

CONSIDERAZIONI SULL'EMERSIONE DELLA RECIDIVA IN ETÀ TARDOANTICA

MARTINA BEGGIATO

Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

ABSTRACT: Although in the Roman legal experience there is no *terminus technicus* to qualify reiteration of crime, it can however be argued that the aggravation of punitive treatment as a consequence of falling back into crime was in any case known. Traces of this are also preserved in older sources, where reiterated delinquency is considered not only as an element of aggravation of the punitive treatment, but also as a cause of exclusion from the concession of indulgent measures. In fact, the legislator would have aimed at the offender's repentance and social recovery through an emendatory function of the penalty. This was made possible by the spread of the Christian religion for which the recidivist would be a sinner to be redeemed, favouring his correction and re-education.

KEYWORDS: reiteration of the offence, imperial indulgence, emendation, resocialisation, repentance.

1. Considerazioni introduttive

Il crescente interesse scientifico maturato nel corso degli ultimi decenni nei confronti del diritto criminale romano ha reso sempre più viva la necessità di giungere a una meditazione di ampio respiro sui temi relativi al medesimo, resa possibile dal fiorire di diversi studi che ne hanno innovato taluni aspetti della materia sia sul versante sostanziale sia su quello processuale¹.

In particolare, per quanto attiene alla recidiva, si può rilevare come tanto nelle fonti giuridiche quanto in quelle letterarie non si trovi traccia di un *terminus technicus* per qualificare la ripetuta commissione di illeciti previa condanna. Nonostante questa lacuna pare difficile non sostenere –

¹ GAROFALO, *Concetti*, 1 ss.

ricordando la celebre diatriba metodologica tra Betti² e De Francisci³ e accogliendo l'idea del primo, secondo cui la 'cosa' esisterebbe anche in assenza del 'nome' – che la recidiva sia in qualche modo emersa nel corso dell'esperienza giuridica romana⁴.

Oltre a ritenere – come si è pacificamente fatto – che sia sconosciuta una qualificazione giuridica attigua alla moderna 'recidiva', non è neppure possibile accogliere l'impostazione dogmatica odierna tendente a mantenere distinte e autonomamente configurabili la recidiva generica e la recidiva specifica, peraltro talvolta confusa con fenomeni alla stessa attigui, come le circo-

² Per BETTI, *Diritto romano*, 25 ss. e soprattutto 75, «l'essenziale non è che nelle fonti romane si trovi bell'e formulato il 'concetto' o posta la 'distinzione' o – tanto meno – enunciato il 'nome', [ma] che nel diritto positivo romano-classico ci sia la 'cosa': vale a dire il fatto, il rapporto, l'istituto, di cui noi non possiamo veramente approfondire e spiegare a noi stessi l'essenza se non mercè quei concetti e quei nomi che la nostra stessa mentalità ci suggerisce». Inoltre, secondo lo studioso, «neppure è necessario ricorrere alla giustificazione – messa innanzi di recente – che si tratta di idee già preesistenti nella 'subcoscienza' giuridica dell'epoca, nella subcoscienza, cioè, degli stessi giuristi romani ... Perché altra cosa è la consapevolezza acquistata dai contemporanei circa il diritto vigente nel proprio tempo; altra cosa è questo diritto in sé e per sé considerato. Ciò che interessa non è la maggiore o minore consapevolezza, che i giuristi abbiano raggiunto, del diritto che creavano o applicavano, [ma] che le loro soluzioni obbediscano oggettivamente a una determinata 'logica degli istituti', e così ne rivelino le direttive e i principi» (75-76).

³ Secondo DE FRANCISCI, *Questioni di metodo*, 98 ss., soprattutto 110-111, la ricostruzione bettiana appare insostenibile, giacché, a suo avviso, è «assurdo, non solo pericoloso, separare la 'cosa' dal 'concetto', e pretendere di sostituire al concetto romano il nostro 'concetto' e quindi la nostra formulazione, nonché la nostra terminologia». A parere dello studioso, infatti, deve essere rigettata l'idea bettiana «di categorie che fungano da 'comuni denominatori' e che con opportuni adattamenti possono applicarsi anche a diversi climi storici e sociali»; in questo modo, «si vengono a foggiare delle categorie puramente nominali che non sono certo quelle del diritto storico e non sono nemmeno quelle della dogmatica odierna». Siffatta operazione riduzionistica costringe a eliminare «tutte le particolarità e peculiarità di contenuto, si distrugge cioè la storia, si offusca tutto il processo per cui dai *canabula iuris* si è pervenuti via via alla dottrina attuale», sicché «non ci resteranno che dei nomi, nei quali noi potremo versare ora un contenuto di concetti romani ora un contenuto di dogmi odierni, al solo scopo di poter dare un aspetto esteriore, uniforme o simile, alla ricostruzione del diritto romano e a quella del diritto odierno».

⁴ Volendo prendere le mosse dall'indagine ermeneutica del verbo *recidère*, cfr. BRUSA, *Studi*, 11 ss. e MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, 801 ss., il quale ha formulato tre diverse espressioni di recidiva, vale a dire «Wiederholungsfall» (864), «Rückfall» (1044) e «Rückfälligkeit» (1047); costruzione che pare vacillare nella versione tradotta in lingua francese nella quale il riferimento è sempre individuato nel termine «récidive» (alludo a MOMMSEN, *Le droit pénal romain*, 114 n. 3; sul punto, cfr. anche RANDAZZO, *Note*, 196 n. 9). Nelle testimonianze della giurisprudenza tale forma verbale è stata individuata sia come forma composta di *re-* e *cadère* sia di *re-* e *caedère*: ricorrono alla prima ERNOUT - MEILLET, *Dictionnaire étymologique*, 1000,

stanze aggravanti⁵ e la reiterazione del reato⁶. Partendo da queste premesse e accogliendo l'ispirazione bettiana dalla quale sarebbe conseguita la previsione, per quanto in forma ancora abbozzata, della recidiva nel contesto romano, vediamo più da vicino come si sostanzia la reiterazione del reato, anche in rapporto alla concessione dei provvedimenti indulgenziali e clemenziali.

2. La declinazione della condotta recidivante alla luce dei provvedimenti indulgenziali

È soltanto in età avanzata, con l'affermarsi del diritto imperiale, che la

secondo i quali la condotta recidivante deve essere ancorata a *cadō*. Peraltro, si può ricordare come l'origine del termine si sarebbe dovuta rinvenire nell'ambito dell'agricoltura e, in special modo, nell'attitudine delle sementi di generare venture messi. La terminologia impiegata richiederebbe, inoltre, di essere investigata alla luce della propensione al rinnovamento e alla rinascita di qualcosa «qui renātō» con precipuo riferimento sia alla innata capacità di una *res* di essere oggetto di rinascita che al riproporsi di una malattia o di un evento morboso non compiutamente debellato, comportando un naturale restringendo dell'ambito applicativo alle sole indagini medico-sanitarie. A riprova della bontà dell'interpretazione della condotta recidivante come ricaduta vd. ANDREOTTI, *s.v. Recidiva*, 283, che accosta tale agire alla locuzione latina '*rursus cadere*' che significa, per l'appunto, cadere nuovamente, replicare o riacutizzare una data condotta. Su questi aspetti, poco dopo, vd. anche CALONGHI, *s.v. Recidiva*, 2319, che si sofferma sul significato di *recidivus* come sinonimo di ricadere, precipitare, ritornare, piombare, ma anche TOZZI PEVERE, *Il casellario giudiziario*, 1 ss., secondo cui il significato di '*recidivus*' sarebbe da ricondursi alla forma verbale '*recidēre*', sovente utilizzata come sinonimo di ricaduta. Vd. inoltre, in tempi più recenti, NAVARRA, *La recidiva*, 8-9, la quale osserva come il verbo '*recadēre*' non fosse mai stato adoperato nelle fonti letterarie e giuridiche in relazione a un fatto di reato. Non può non essere ricordato in questa sede ricordato quanto, in precedenza, sarebbe stato analiticamente osservato da DE BONFILS, '*Omnes ad implenda munia teneantur*', 140 ss. n. 130, il quale avrebbe evidenziato come «nelle fonti giuridiche *persevero* ha il significato consueto di perseverare, persistere, continuare, perseguire un'azione; usato generalmente come intransitivo, è accompagnato da in con il caso ablativo. Si ritrova molto più di rado il suo utilizzo come verbo transitivo nel significato di continuare, proseguire, asserire, insistere nel sostenere, continuare a, non cessare». Su questo specifico punto, cfr. anche RANDAZZO, *Note*, 197-198. Singolare è la prospettazione avanzata da CALONGHI, *s.v. Recidiva*, 2319, in cui il verbo *recidēre* viene ricollegato alla costruzione composta di *re-* e *caedēre*, con ciò intendendosi che l'agire recidivante veniva accostato alle condotte del recidere, tagliar via, levar via, troncare, cancellare, far scomparire, togliere, estirpare, sfrondare. Per cogliere appieno il senso della riflessione si deve muovere dall'idea per cui la forma verbale in parola avesse dovuto riferirsi alla mutilazione o comunque all'arresto del proposito criminoso, riferimento che avrebbe alluso alla condizione di colui il quale avrebbe abbandonato il vivere sociale deviante. Le testimonianze che più tendono a rafforzare la prospettazione avanzata sembrano essere Plaut. *Men.* 518-520: *Numquam edepol quisdam me exorabit quin tuae / uxori rem omnem iam, uti sit gesta, eloquar; / omnes in te istaec recident contumeliae* e Hor. *Carm.* III, 24, 33-36: *Quid tristes querimoniae, / si non supplicio culpa reciditur? / Quid leges sine moribus / vanae proficiunt?* Eppure, per quanto queste ricostruzioni pre-

prima volta si «instaurò il riconoscimento della recidiva generica, quanto meno relativamente all'istituto della *abolitio generalis*»⁷. Tale circostanza sarebbe avvalorata da alcune testimonianze tardoantiche dalle quali si possono trarre elementi utili ad attestare l'emersione dei provvedimenti di clemenza adottati dall'imperatore in base alla sua *indulgentia*⁸.

La riflessione deve prendere le mosse da CTh. 9.38.6, testo del 381 nel quale affiorano per la prima volta limitazioni, in capo ai recidivi, circa la fruizione dei benefici suddetti. Il *leitmotiv* dell'anzidetta restrizione sembra doversi rinvenire nel fallimento dei precedenti provvedimenti di indulgenza

sentassero alcuni punti deboli, non si può non ammettere come, anche nel corso dell'esperienza giuridica romana, l'esegesi dell'aggettivo '*recidivus*' – sebbene fosse assente nelle fonti giuridiche e letterarie nella forma nominalizzata – avesse comunque assunto un suo autonomo rilievo. Osserva a tal proposito NAVARRA, *La recidiva*, 8-9, come nonostante l'aggettivo sopra citato fosse esistente nel lessico latino, non veniva mai impiegato con riferimento a persone, ma soltanto con riguardo a cose. Cfr., in maniera non difforme, seppur in tempi meno recenti, NICOLINI, *Questioni*, 539. L'aporia definitoria sarebbe stata destinata a essere soppiantata in via definitiva soltanto a partire dall'età di mezzo, come bene mettono in evidenza RANDAZZO, «*Collegia iuvenum*», 206 n. 26; RANDAZZO, *Note*, 196 e NAVARRA, *La recidiva*, 8-9. Sulla recidiva nel diritto comune, vd. RONCO, *La liberazione*, 1, il quale mette in luce come, già in quest'epoca, la stessa avesse assunto una sua specifica e determinata configurazione, per quanto rimanesse relegata a determinati ambiti, mentre sulla recidiva nell'età moderna, cfr. CARMIGNANI, *Teoria*, 228 ss.; CARRARA, *Stato della dottrina sulla recidiva*, 127 ss. Ancora sulla problematica definitoria nel corso dell'esperienza giuridica romana e sull'emersione in siffatto contesto della recidiva cfr., in tempi recentissimi, BEGGIATO, *Alle origini della recidiva*, 994 ss.

⁵ Alla recidiva specifica come circostanza aggravante alludono diversi studiosi, fra i quali si possono ricordare, in ordine di tempo, FERRINI, *Diritto penale romano: teorie generali*, 319; FERRINI, *Diritto penale romano: esposizione*, 131; FALCHI, *Diritto penale romano. (Dottrine generali)*, 124; DE ROBERTIS, *La funzione della pena*, 7 ss.; DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, 464; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 667-668; BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, 563; GAUDEMET, *Le problème*, 457; SCAPINI, *Diritto e processo*, 96; ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, 257; NÚÑEZ PAZ, '*Humanitas*', 266; NAVARRA, *La recidiva*, 2 ss. Solo incidentalmente e di sfuggita allude alla recidiva, inquadrandola, ancora una volta, nel novero delle circostanze aggravanti, MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, 1044, il quale avrebbe definito tale condotta come «rückfall wirkt strafschärfend». Analogamente MOMMSEN, *Le droit pénal*, 406, ove, passando ad analizzare le circostanze soggettive incidenti sulla determinazione della pena osserva che «la récidive est une circonstance aggravante». Sulle circostanze del reato rimando all'approfondita analisi condotta, in tempi estremamente recenti, da MILANI, *Le circostanze del reato*, 1187 ss.

⁶ Cfr., in argomento, MANZINI, *Trattato*, 667 e NAVARRA, *La recidiva*, 10 n. 46. Sostiene, seppur con estrema cautela, LATAGLIATA, *Contributo*, 18 ss. – la cui posizione è stata in seguito condivisa e sviluppata da MAZZA, *s.v. Recidiva*, 71-72, – come non fosse affatto prudente l'inquadramento del fenomeno recidivante all'interno della categoria unitaria della 'reiterazione criminosa', giacché avrebbe finito col confondersi con altre ipotesi connotate

che, anziché redimere ed emendare il reo, avrebbero favorito la sua ricaduta nel reato⁹. L'obiettivo fondamentale della costituzione – limitatamente all'indagine in parola – è infatti proprio quello di esaltare questa categoria di rei costituendo, di fatto, il primo esempio pervenutoci di esclusione dei recidivi dai provvedimenti di *indulgentia principis*.

Appare a questo punto necessario soffermarsi sulla costituzione appena richiamata, che avrebbe avuto il seguente tenore:

CTh. 9.38.6 (Imp. Gr[at]ianus A. ad Antidium vic[ari]um): *Paschalis laetitiae dies ne illa quidem genere sinit ingenia, quae flagitia fecerunt; pateat insuetis horridus carcer aliquando luminibus. Alienum autem censemus ab indulgentia, qui nefariam criminum conscientiam in maiestatem superbe animaverit, qui parricidali furore raptus sanguine proprio manum tinxit, qui cuiusque praeterea hominis caede maculatus est, qui genialis tori ac lectuli fuit invasor alieni, qui verecundiae virginalis raptor extitit, qui venerandum cognati sangui-*

anch'esse dalla ripetibilità, in un lasso temporale più o meno ampio, di reati. Tra queste ipotesi si annoverano certamente, oltre alla recidiva, la continuazione, l'abitualità, la professionalità e la tendenza a delinquere e il concorso materiale di reati, anche se si sarebbe trattato, come ben si può vedere, di ipotesi normative teorizzate e sviluppate in tempi assai recenti e, dunque, difficilmente adattabili a un'esperienza come quella romana in cui l'esattezza definitiva sembra aver assunto contorni frastagliati con esiti alquanto sfuggenti e tutt'altro che definiti.

⁷ Il rilievo va ascritto a GATTI, *L'imputabilità*, 432. Allo stesso modo, in tempi più recenti, RANDAZZO, *Note*, 200-201 – accogliendo le posizioni già precedentemente enucleate da MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, 1044; MOMMSEN, *Le droit pénal*, 406; FERRINI, *Diritto penale romano: esposizione*, 131 –, osserva come fosse necessario tenere distinti «i casi di recidiva generica, presenti nelle fonti più tarde, specie nel Codice Teodosiano, da quelli più numerosi e attestati nelle fonti di varie epoche, di recidiva specifica, cioè relativa a singole fattispecie di reato». *Contra*, cfr. GIUFFRÈ, *La repressione*, 171, ove lo studioso, concentrando la propria attenzione su un punto alquanto controverso in dottrina, sarebbe caduto in una sorta di controsenso, giacché se da un lato non riteneva sussistente la recidiva nell'esperienza giuridica romana, dall'altro lato ne scorgeva una, seppur minima ed embrionale, teorizzazione supportata dal fatto che, della stessa, si potevano rinvenire delle tracce seppur solo «sotto una particolarissima angolazione».

⁸ Cfr., in argomento, WALDSTEIN, *Untersuchungen*, 188 ss.; LOVATO, *Il carcere*, 203 ss.; DI MAURO TODINI, *Indulgentia principis*, 21 ss.; LUCHETTI, *La 'misericordia'*, 104 nn. 16 e 17.

⁹ Così, LOVATO, *Il carcere*, 204-205, il quale, descrivendo figurativamente la situazione discendente dalla concessione dei provvedimenti di *indulgentia principis* di cui alla costituzione in disamina, allude a una finalità risocializzante, cogliendo nelle misure clemenziali una bidirezionalità. In particolare, se da un lato, sarebbe stato possibile il «mantenimento dello stato di libertà personale», dall'altro lato, si sarebbe fatto uso della misura contenitiva, ossia della custodia in carcere, in tutti quei casi in cui il provvedimento l'avrebbe previsto. Sposano tale orientamento anche DI MAURO TODINI, *Indulgentia principis*, 215; CENTOLA, *Alcune osservazioni*, 426 ss.; NAVARRA, *La recidiva*, 171 ss.

nis vinculum profano caecus violavit incestu, vel qui noxiis quaesita graminibus et diris in-murmurata secretis. Mentis et corporis venena composuit, aut qui sacri oris imitator et divinorum vultuum adpetitor venerabiles formas sacrilegio eruditus inpressit. His ergo tali quoque sub absoluteione damnatis indultum nostrae serenitatis eo praecepti fine concludimus, ut remissionem veniae crimina nisi semel commissa non habeant, ne in eos liberalitatis Augustae referatur humanitas, qui impunitatem veteris admissi non emendationi potius quam consuetudini deputarunt (recitata XII Kal. Aug. Rom[ae] Syagrius et Eucherio cons.) [a. 381].

Precisamente, due elementi di valutazione si desumono *prima facie* dalla testimonianza in parola: l'*indulgentia* del sovrano nel giorno della *Paschalis laetitia* – forma di clemenza che avrebbe trovato applicazione nei confronti degli autori di reati non particolarmente odiosi, in omaggio a finalità già perseguite in anteriori costituzioni – e la mancata inclusione, in questi provvedimenti, di talune categorie di delinquenti: obiettivo, quest'ultimo, solo parzialmente raggiunto con le precedenti *constitutiones* e che, dunque, necessita di essere sopperito nella parte lacunosa proprio dal presente provvedimento.

In primo luogo, la testimonianza si occupa, in continuità a precedenti *constitutiones*¹⁰, di liberare *'quae flagitia fecerunt'* in occasione della *laetitia* discendente dalle solennità pasquali. Nel prosieguo l'imperatore allude all'apertura dell'*'insuetis horridus carcer aliquando luminibus'*¹¹.

In secondo luogo, la cancelleria imperiale esclude dall'assegnazione del

¹⁰ Cfr., sul punto, CTh. 9.38.3.1-4 (Imp. Val[entini]anus I A. ad Viventium p[raefectum] u[rbis], Dat. III non. Mai. Rom[ae] Lupicino et Iovino cons.) [a. 367].

¹¹ Sul punto, va notato come il provvedimento di *indulgentia principis* assuma le fattezze di un atto di natura eccezionale, essendo utilizzato il termine *'aliquando'*, nonostante l'allusione all'*'insueta lumina'* delinea due diverse concezioni dell'atto di clemenza, l'una di carattere prettamente letterale e l'altra metaforica. Con riguardo a questo aspetto DI MAURO TODINI, *'Indulgentia principis'*, 211-212, rileva come «l'utilizzazione dell'espressione *insueta lumina* sembra lasciare intravedere, oltre al significato concreto, strettamente letterale di 'luce del giorno' cui le persone rinchiusi in carcere non erano più abituate, anche un valore metaforico. Non è da escludere, infatti, che il legislatore abbia voluto contrapporre al buio, alle tenebre delle colpe commesse, dei crimini perpetrati, la luce del giorno di Pasqua, il giorno della Redenzione». Quanto asserito dalla Di Mauro Todini veniva sostenuto, poco prima, anche da LOVATO, *Il carcere*, 203, il quale avrebbe alluso alla «precettistica di stampo etico-religioso, che esalta insieme all'*'emenda'* del colpevole, la benevolenza imperiale, l'*humanitas*, punto di congiunzione fra ideale laico dell'impero e professione di fede cristiana». Alla dimensione etica e spirituale – dimensione propria del Cristianesimo – sembrano accedere, in tempi recentiori, CENTOLA, *Alcune osservazioni*, 426-427; NAVARRA, *La recidiva*, 174-175; FASOLINO, *Pena*, 155-156; FASOLINO, *'Indulgentia principis'*, 192-193; RUSSO RUGGERI, *Recensione a NAVARRA, La recidiva*, 502.

beneficio *'qui nefariam criminum conscientiam'*: si sarebbe trattato di otto specifiche ipotesi di reato tassativamente previste, oltre ai recidivi, vale a dire il *crimen maiestatis*, il *parricidium*, l'omicidio, il ratto, l'incesto, il *veneficium* e il sacrilegio. È ragionevole ipotizzare un mutamento della situazione durante il periodo tardoantico, periodo in cui si è profilato un nuovo scenario in conseguenza di giustificazioni ideologiche, giuridiche e pratiche; scenario che ha reso possibile l'allontanamento dal «contegno corretto nella *vita anteacta*»¹² e che ha favorito l'abbandono dell'«abolizione generale» giacché l'imperatore, con l'eliminazione di siffatta pratica, avrebbe voluto enfatizzare, da un lato, il carattere individuale della redenzione dal crimine e, dall'altro, quello relativo al fallimento della precedente redenzione¹³. Difatti, qualora il reo avesse già in precedenza beneficiato dell'esclusione dalla pena, ma fosse in seguito ricaduto nel reato, avrebbe dato segno della sua impossibilità di redenzione e, dunque, dell'insuccesso del vantaggio goduto. L'anzidetta esclusione trova conferma nella parte finale della costituzione, ove viene fatto espresso accenno alla *remissio* fruibile soltanto da colui il quale abbia delinquito una sola volta, leggendosi nel brano che *'crimina nisi semel commissa'*¹⁴.

Si assiste al progressivo emergere dell'esclusione dai beneficiari della *remissio* della categoria dei recidivi, principio che tende a generalizzarsi¹⁵ oltre che a cristallizzarsi e a costituire fondamento romanistico dell'odierna con-

¹² Così RANDAZZO, *Note*, 200-201 n. 21. Giova essere messo in luce come l'abbandono del parametro valutativo del «corretto contegno nella *vita anteacta*» di cui si avrebbe fatto uso nel periodo tardoantico avrebbe in realtà fondato le proprie radici nel periodo classico. A questa conclusione è possibile accedere grazie al confronto tra la costituzione in disamina e D. 49.16.2 (Men. 1 *de re milit.*), ove «tale possibilità» sarebbe stata «produttiva delle c.d. attenuanti generiche». Sul paradigma dell'*'anteacta vita'* e, più in generale, sulle sue ricadute nel passo di Menandro, vd. recentemente MILANI, *Le circostanze del reato*, 1211 e BEGGIATO, *Alle origini della recidiva*, 998 ss.

¹³ Così ampiamente RANDAZZO, *Note*, 200 n. 21, che aderisce alla posizione assunta sull'argomento, in precedenza, da FERRINI, *Diritto penale romano: esposizione*, 131, il quale ancora «il concetto delle attenuanti generiche, quali soprattutto il contegno del delinquente anteriore e posteriore al reato» alla reiterazione del reato. Sull'esclusione dei recidivi dal novero dei soggetti beneficiari dei provvedimenti di indulgenza imperiale cfr. CAIRNS - ROBINSON, *Critical Studies*, 119.

¹⁴ Non vi è ragione per dissentire da quanto sostenuto da FERRINI, *Diritto penale romano: teorie*, 318-319; FERRINI, *Diritto penale romano: esposizione*, 131, laddove questi osserva come la disposizione attenga alla recidiva generica. Analogamente, in tempi più recenti, RANDAZZO, *Note*, 200 e NAVARRA, *La recidiva*, 174, ammettono che «l'esclusione non riguarda soltanto chi commetta nuovamente lo stesso crimine per il quale è già stato una volta condannato, ma tutti coloro che, già rei, siano ricaduti nel reato anche di specie diversa. Impiegando nozioni moderne si potrebbe affermare che l'amnistia non si applica in caso di recidiva generica».

cettualizzazione in materia¹⁶.

Quanto detto sinora necessita di essere collegato alla parte conclusiva della costituzione, nella quale la cancelleria imperiale avrebbe individuato il *leitmotiv* dell'esclusione dall'*indulgentia principis* per i recidivi nell'*impunitatem veteris admissi non emendationi potius quam consuetudini deputarunt*¹⁷, con ciò intendendosi che i delinquenti ricaduti nella commissione di un reato non possono beneficiare della *remissio* in quanto lo scopo primigenio cui la stessa mira è il ravvedimento del condannato, scopo che la loro ricaduta nel crimine avrebbe tradito¹⁷. È innegabile dunque cogliere, alla luce delle funzioni

¹⁵ Cfr. CTh. 9.38.7 (Imp. Valentinianus II A. ad Marcianum vic[arium], Dat. XI Kal. April. Med[iolano] Richomere et Clearcho cons. [a. 384]); CTh. 9.38.8 (Imp. Valentinianus II A. ad Neoterium p[raefectum] p[raetori]o, Dat. v. Kal. Mart. Med[iolano] Arcadio A. I et Bautone v. c. cons. [a. 385]); CTh. 9.38.10 (Imp. Honorius A. Romulo p[raefecto] p[raetori]o, Dat. VIII id. Aug. Rav[ennae] Stilichone et Aureliano cons. [a. 405]); C. 1.4.3 (Imp. Valentinianus II A. Neoterio p[raefecto] p[raetori]o, Dat. V. Kal. Mart. Mediolani Arcadio A. et Bautone v. c. cons. [a. 385]).

¹⁶ Segnatamente NAVARRA, *La recidiva*, 174, la quale allude alla fissazione di «un principio giunto sino ai giorni nostri» a norma dell'art. 151 cod. pen., disposizione che regolamenta l'amnistia e la sua concessione.

¹⁷ Circa la necessità, particolarmente viva a Roma, di non lasciare impunito il colpevole, in un'ottica volutamente finalizzata all'emenda e alla correzione del reo, sembra riferirsi GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, 150, supponendo che «se per la prima volta si poteva essere soltanto ammoniti, nel caso ad esempio di *iuvenes turbolentes*, ove mai si venisse riacciuffati mentre si commetteva la stessa scelleratezza si era ancor più severamente puniti». Cfr. sul punto, in tempi meno recenti, MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, 1044; MOMMSEN, *Le droit pénal*, 406 e, in seguito, VENTRELLA MANCINI, *Tempo divino*, 136. Su questo aspetto si è soffermato anche BONINI, *I libri 'de cognitionibus'*, 101, a parere del quale dalla testimonianza escerpita da D. 48.19.28.3 sembra possibile trarre spunto per una riflessione che avrebbe consentito estendere all'area del penalmente rilevante a tutte quelle condotte ascrivibili ai *iuvenes turbolentes* nei cui riguardi, in un primo momento, avrebbero trovato applicazione le misure di polizia. Nel prosieguo del frammento, invece, si rinvengono «due accenni alla recidiva: dapprima, infatti la recidiva semplice funziona come causa di passaggio dalle misure di polizia alle pene, poi la recidiva reiterata contribuisce all'aggravamento della pena». Per una completa disamina del passo tradito dal digesto giustiniano, vd. da ultimo FRANCHINI, *I reati associativi*, 626 e BEGGIATO, *Alle origini della recidiva*, 31 ss. Sul trattamento sanzionatorio riservato ai recidivi vanno ricondotte alcune valutazioni ascrivibili a SOLAZZI, *Miscellanea*, 70-71, il quale avrebbe alluso a una previsione di «pene crescenti contro i recidivi». Non dissimili paiono essere le osservazioni avanzate da RANDAZZO, «*Collegia iuvenum*», 206 n. 26; RANDAZZO, *Note*, 196 ss. Cfr., in argomento, anche SANTALUCIA, *Studi*, 241-242, il quale, valorizzando gli aspetti di emenda e di correzione della pena, asserisce come «la grazia (*indulgentia, venia*) era una prerogativa del Principe e del Senato», benché «naturalmente» «la benevolenza» del giudicante «non poteva spingersi al punto di mandare il colpevole esente da pena». Infine, interessanti sono gli spunti proposti da SCAPINI, *Diritto e processo*, 96; DE ROBERTIS, *La funzione della pena*, 31; DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, 419 ss. e, in parti-

emendatrice e risocializzante, nella *remissio* l'elemento cardine cui ancorare la concessione del beneficio. Giova però essere posto in evidenza come della stessa potesse trarre vantaggio soltanto il delinquente primario – purché non si fosse trattato di una delle categorie precipuamente escluse dal beneficio – e che, in secondo luogo, rilievo autonomo sarebbe stato acquisito dal carattere prettamente salvifico della *remissio* medesima, circostanza dalla quale sarebbe conseguito il perdono del reato commesso dal criminale. Il perdono in parola sarebbe stato inteso come esclusione dal beneficio per coloro i quali avessero già beneficiato dell'*indulgentia principis* in conseguenza del fatto che il reo già perdonato una volta non può esserlo una seconda dato che, la ricaduta nel reato, avrebbe dato prova dell'insuccesso della sua redenzione¹⁸.

Valorizzando la componente della remissione del crimine si potrebbe quindi ammettere l'esclusione dal beneficio per i recidivi che avessero in precedenza goduto dello stesso '*ut remissionem veniae crimina nisi semel commissa non habeant*'. È interessante notare, tuttavia, come l'anzidetta *remissio* non possa ritenersi relegata ai soli recidivi, ma avrebbe trovato applicazione anche nei confronti di quanti avessero assunto dei contegni nei cui riguardi nessun rimprovero biasimabile potrebbe essere mosso, essendo fondato su una *consuetudo*. Sicché la citata *remissio* si sostanzierebbe in un atto di clemenza imperiale anziché in una possibilità di emenda '*qui impunitatem veteris admissi non emendationi potius quam consuetudini deputarunt*'¹⁹.

colare, da FERRINI, *Diritto penale romano: esposizione*, 131 ss.; FERRINI, *Diritto penale romano: teorie generali*, 318 ss., il quale ravvisa nella recidiva generica il punto nodale dal quale far discendere «nel nuovo diritto» l'esclusione dal godimento dei benefici conseguenti dall'«applicabilità dell'abolizione generale», laddove «il perdono è concesso a chi non ha già prima riportato condanna per altri delitti», ovvero sia a colui il quale sia ancora correggibile.

¹⁸ Sul punto, vd. NAVARRA, *La recidiva*, 175 e, poco dopo, FASOLINO, *Pena*, 154; FASOLINO, *Indulgentia principis*', 191 ss., il quale acutamente osserva che «il perdono non implica, dunque, anche l'oblio: chi ha goduto dell'amnistia una prima volta, non rimarrà impunito qualora commetta di nuovo un crimine anche se esso rientri teoricamente tra quelli perdonabili».

¹⁹ Su questo aspetto si sofferma NAVARRA, *La recidiva*, 175, secondo la quale il *leitmotiv* dell'esclusione dall'*indulgentia Paschalis* poggia sul «mancato ravvedimento del reo». Dunque, facendo leva sulle funzioni emendatrice e risocializzante del delinquente, la *remissio* sarebbe stata ammessa solo se '*veniae crimina nisi simil non habeant*' e, del pari, l'impunità '*veteris admissi non emendationi potius quam consuetudini deputarunt*'. Così ricostituita, l'*indulgentia principis* trova applicazione nel sol caso in cui il reo fosse stato 'riabilitato'. Ciò consentirebbe di ritenere ragionevolmente condivisibile la posizione della Navarra secondo la quale «se il reo, rimasto impunito in seguito ad una precedente *indulgentia*, è recidivo significa che il perdono non è riuscito a correggerlo e a raggiungere la finalità dell'*emendatio*». Dello stesso avviso è, poco dopo, FASOLINO, *Pena*, 133-134; FASOLINO, *Indulgentia principis*', 189 ss., il quale, assumendo

Dunque, il motivo su cui si fonda l'esclusione dei recidivi dagli atti di clemenza imperiale sarebbe legato al mancato ravvedimento del reo, dinanzi al quale i caratteri rieducativo e paideutico del provvedimento di indulgenza – di cui l'imperatore si sarebbe fatto portavoce, in un'ottica paternalistica – non avrebbero sortito l'effetto loro proprio. Anzi, la sua applicazione avrebbe inevitabilmente comportato un indefettibile volgimento verso «una immotivata impunità»²⁰.

È quindi chiaro il monito proveniente dalla cancelleria imperiale laddove tende a escludere la categoria dei recidivi dall'*indulgentia principis*: prima di tutto dare centralità ai valori individuale e risocializzante e, in seconda battuta, garantire la determinatezza delle dimensioni generalista ed extraindividuale, per fare in modo che nessun crimine rimanga sfornito di repressione²¹.

Tra i provvedimenti concessivi dell'*indulgentia principis* assume rilievo, in progresso di tempo, anche la seguente testimonianza:

C. 1.4.3 (Imp. Valentinianus II A. Neoterio p[raefecto] p[raetori]o): pr. *Nemo deinceps tardiores fortassis adfatus nostrae perennitatis expectet: exsequantur indices, quod indulgere consuevimus. ubi primum dies paschalis extiterit, nullum teneat carcer inclusum, omnium vincula solvantur. 1. Sed ab his secernimus eos, quibus contaminari potius gaudia*

una posizione spiccatamente paternalistica e moraleggiante, ravvisa il *leitmotiv* dell'esclusione dalla *remissio* nei confronti dei recidivi nel conclamato fallimento di «quel processo auspicato di purificazione interiore dal male» in quanto del *beneficium* è possibile giovare in un'unica occasione e – continua – «non giova a coloro che attribuirono l'impunità per il delitto commesso non all'emenda ma piuttosto ad una consuetudine». Entro tale prospettiva, cfr. ancora NAVARRA, *La recidiva*, 175, ove la studiosa avrebbe alluso anch'essa all'esclusione del beneficio per il recidivo che «ha attribuito l'impunità per il primo reato (*vetus admissum*) anziché all'emenda a una *consuetudo*». Sul rapporto tra la recidiva e l'applicazione delle misure custodiali, vd. LOVATO, *Il carcere*, 203-204, il quale muove dal presupposto per cui «la *remissio* può essere concessa una sola volta; l'*humanitas libertatis Augustae* non giova a coloro che attribuirono l'impunità per il vecchio misfatto non all'emenda bensì piuttosto ad una consuetudine. Ciò significa, in sostanza, che il perdono viene concesso sul presupposto del ravvedimento del reo, per cui non è possibile ottenere il beneficio qualora si ricada nella commissione del crimine; e l'emenda richiamata nella norma indica un processo interiore di purificazione dal 'male' commesso». In prospettiva analoga, seppur in tempi più recenti, cfr. CENTOLA, *Alcune osservazioni*, 426 ss. e NAVARRA, *La recidiva*, 175.

²⁰ Così FASOLINO, *Pena*, 154; FASOLINO, *Indulgentia principis*, 191. Del medesimo avviso è anche, poco prima, NAVARRA, *La recidiva*, 176.

²¹ A tal proposito CENTOLA, *Alcune osservazioni*, 428, osserva come il perdono «non solo risponderrebbe ad un'esigenza di carattere etico volta al bene dei destinatari dell'atto di clemenza, ma sarebbe finalizzato anche ad evitare che si ripetano in futuro i reati già commessi e, quindi, a garantire in qualche modo l'ordine sociale».

laetitiāque communem, si dimittantur, animadvertimus. 2. Quis enim sacrilego diebus sanctis indulgeat? quis adultero vel stupri vel incesti reo tempore castitatis ignoscat? quis non raptorem virginis in summa quiete et gaudio communi persequatur instantius? 3. Nullam accipiat requiem vinculorum, qui quiescere sepultos quadam sceleris immanitate non sinit: patiatur tormenta veneficus, maleficus, adulterator violatorque monetae; homicida et parricida quod fecit semper expectet: reus etiam maiestatis de domino, adversus quem talia molitus est, veniam sperare non debet. 4. His ergo tali quoque sub absolutione damnatis indultum nostrae serenitatis eo praecepti fine concludimus, ut remissionem veniae crimina nisi semel commissā non habeant, ne in eos liberalitatis augustae referatur humanitas, qui impunitatem veteris admissi non emendationi potius quam consuetudini deputarunt (Dat. V. Kal. Mart. Mediolani Arcadio A. et Bautone v. c. cons.) [a. 385].

La peculiarità che caratterizza la *constitutio* testé riportata – che è stata prefigurata da parte della dottrina come estrinsecazione concettuale della recidiva reiterata o multirecidiva²² – è motivata dall'unione di due costituzioni²³, entrambe estratte dal *Codex Theodosianus*, mediante la quale si profilava il raggiungimento di un duplice obiettivo. In primo luogo, si consolidava la concessione annuale dell'*indulgentia* nel giorno della *Paschalis laetitia*²⁴ e, inoltre, si rinnovava l'esclusione dal predetto beneficio per i recidivi, finendo per rendere stabile e permanente²⁵ una limitazione ascrivibile all'imperatore Grazia-

²² Cfr., sul punto, GATTI, *L'imputabilità*, 441, il quale è proclive a riconoscere nella *constitutio* in disamina un'ipotesi di recidiva multipla, ancorché «il diritto romano e i diritti da questo derivati non configurarono l'istituto della recidiva reiterata in modo giuridicamente autonomo, e con attribuzioni di principi propri, ma solo accidentalmente, trattando della nozione generica della recidiva, accennarono ad eventuali casi di recidiva multipla», tra i quali, certamente, si appalesa il nostro.

²³ Sull'unione delle costituzioni imperiali, cfr. BONINI, *I libri 'de cognitionibus'*, 124 n. 97, secondo il quale «il procedimento di fusione è utilizzato assai frequentemente dai compilatori giustiniani». Sul punto, cfr. altresì LOVATO, *Il carcere*, 205 n. 77; NAVARRA, *La recidiva*, 176; FASOLINO, *Pena*, 164; FASOLINO, *Indulgentia principis*, 199.

²⁴ Alludo, in tal senso, a CTh. 9.38.8 (Imp. Valentinianus II A. ad Neoterium p[raefectum] p[raetori]o): *Nemo deinceps tardiores fortassis affatus nostrae perennitatis expectet: exsequantur iudices, quod indulgere consuevimus. Ubi primum dies paschalis exstiterit, nullum teneat carcer inclusum, omnium vincula solvantur. Sed ab his secernimus eos, quibus contaminari potius gaudia laetitiāque communem, si dimittantur, advertimus. Quis enim sacrilego diebus sanctis indulgeat? Quis adultero vel incesti reo tempore castitatis ignoscat? Quis non raptorem in summa quiete et gaudio communi persequatur instantius? Nullam accipiat requiem vinculorum, qui quiescere sepultos quadam sceleris immanitate non sinit; patiatur tormenta veneficus, maleficus adulteratorque monetae; homicida, quod fecit, semper expectet; reus etiam maiestatis de domino, adversum quem talia molitus est, veniam sperare non debet (Dat. V. Kal. Mart. Med[iolano] Arcadio A. I et Bautone v. c. cons.) [a. 385].*

²⁵ Bene viene descritta tale stabilità da BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, 444, il quale suppone che l'*indulgentia Paschalis* cui avrebbe alluso C. 1.4.3 fosse divenuta oramai sintomo di un'«amnistia perpetua», seppur temperata, in quanto, continua lo studioso, «l'amnistia re-

no nel 381²⁶.

Si è osservato in dottrina che, proprio in riferimento al profilo relativo all'esclusione dei recidivi dai provvedimenti di *indulgentia principis*, non sarebbe possibile concedere «a chi è ricaduto in condotte criminose la speranza di potersi giovare dell'amnistia pasquale concessa oramai ogni anno»²⁷. Difatti, la progressiva emersione, ma anche la conseguente stabilizzazione, dell'*indulgentia* pasquale e l'esclusione dei recidivi dal novero dei beneficiari di questo atto di grazia tendono via via a generalizzarsi²⁸. Ad affiorare è la componente prettamente politica della costituzione in quanto, senza dubbio, la finalità cui ambisce il legislatore è atta al perseguimento di un interesse pubblico. La stessa sarebbe stata però sottoposta, in epoca tardoantica, a una reinterpretazione – con un evidente influsso della precettistica cristiana – dalla quale sarebbe scaturito un rinnovato interesse verso i provvedimenti di *indulgentia principis* nel quadro della loro applicazione o negazione.

È in primo luogo inconfutabile come la priorità del potere sovrano con riguardo alla categoria dei rei recidivi si radichi nella centralità attribuita alla preservazione dell'interesse pubblico, interesse che sembra rispecchiare armonicamente il concetto cristallizzato da Marialuisa Navarra, incline a ravvisare «la prevalenza, quando si tratti di reo recidivo, dell'interesse pubblico alla punizione sull'interesse, anch'esso pubblico, alla non punizione sempre

sta esclusa, oltre che per i reati più gravi, per i recidivi». A tal proposito, questi ricorda altresì che «tali indulgenze» fossero «forse quasi consuetudinarie, come fa pensare la documentata frequenza di esse, nonché Sirm. 8, che parla di *consuetudo* e di *abolitio indicta et a maioribus tradita*», benché dal novero dei beneficiari dell'*indulgentia principis* rimanga sempre estromessa la categoria dei rei recidivi.

²⁶ In argomento alludo alla parte finale di CTh. 9.38.6 (Imp. Gr[atianus] A. ad Antidium vic[arium]: *His ergo tali quoque sub absolute damnatis indultum nostrae serenitatis eo praecepti fine concludimus, ut remissionem veniae crimina nisi semel commissa non habeant, ne in eos liberalitatis angustiae referatur humanitas, qui impunitatem veteris admissi non emendationi potius quam consuetudini deputarunt* (recitata XII Kal. Aug. Rom[ae] Syagrio et Eucherio cons.) [a. 381].

²⁷ Così si esprime NAVARRA, *La recidiva*, 177. Del pari, cfr., in precedenza, WALDSTEIN, *Untersuchungen*, 201-202 e, in tempi più recenti, RUSSO RUGGERI, *Recensione a NAVARRA, La recidiva*, 502-503; FASOLINO, *Pena*, 166; FASOLINO, *Indulgentia principis*, 200. Allude, infine, alla stabilità raggiunta dall'*indulgentia principis* e al dipanarsi dell'*indulgentia Paschalis* «a cadenza periodica» a partire dalla seconda metà del quarto secolo DI MAURO TODINI, *Indulgentia principis*, 111-112.

²⁸ In tal senso argomenta FASOLINO, *Pena*, 165 n. 26; FASOLINO, *Indulgentia principis*, 200-201, secondo cui, in età giustiniana, la concessione dell'*indulgentia principis* sarebbe avvenuta «solo nel caso di reati commessi una sola volta». Non diversamente cfr., sul punto, poco prima, CENTOLA, *Alcune osservazioni*, 426 n. 43.

sottostante ai provvedimenti di amnistia»²⁹.

In secondo luogo, si perviene a far coincidere ancora una volta, seppur con carattere permanente, la concessione dell'*indulgentia principis* con l'assenza di reiterazione del reato, invero nella testimonianza si legge che '*ut remissionem veniae crimina nisi semel commissa non habeant*'. La stabilità viene accreditata, in via di riflesso e in conseguenza dell'unificazione delle costituzioni escerpate dal *Codex Theodosianus*, alla luce del '*quod indulgere consuevimus*' contenuto in CTh. 9.38.8, ma non vi è dubbio che al medesimo vada attribuito il rilievo più ampio appena descritto, sì da realizzare integralmente l'interesse pubblico sotteso³⁰.

Pare così assicurata la costante esclusione dei recidivi dai provvedimenti di clemenza imperiale, esclusione che si fonda sul ravvedimento del delinquente, idoneo a conferire valore remissivo al *crimen* realizzato – essendone il presupposto per la concessione –, ma che, in caso di rei recidivi, senza dubbio sarebbe destinato in maniera ineludibile a divenire inconsistente.

L'esclusione dell'*indulgentia principis* assume un rilievo di primo piano anche in

CTh. 9.38.10 (Imp. Honorius A. Romulo p[raefecto] p[raetori]o): *Omnes omnium criminum reos vel deportatione depulsos vel relegatione aut metallis deputatos, quos insulae variis servitutibus aut loca desolata susceperunt, hac nostra indulgentia liberamus, separatis illis, qui ad locum poenae destinatum contra iudicum sententias ire noluerunt. Indignus est enim humanitate, qui post damnationem commisit in legem* (Dat. VIII id. Aug. Rav[ennae] Stilichone et Aureliano cons.) [a. 405].

Del testo raccolto nel *Codex Theodosianus* sono state fornite due interpretazioni, la prima delle quali avrebbe considerato l'anzidetta *constitutio* attinente alla recidiva – con la conseguente previsione dell'esclusione dall'*indulgentia principis* per i reiteratori di reati –, mentre la seconda ipotesi (diametralmente opposta) avrebbe (forse irragionevolmente) scorto al suo interno tracce che avrebbero fatto propendere per l'individuazione dell'agire recidivante. Per quanto attiene alla recidiva dobbiamo rilevare come la stessa si possa ritenere configurata non soltanto in caso di reiterazione di un reato della medesima indole – già accertato da una precedente condanna –, ma anche *sine* previa *damnatio*. In relazione all'agire recidivante, invece, possiamo notare come

²⁹ NAVARRA, *La recidiva*, 178, la quale avrebbe ipotizzato la sussistenza di una «una costruzione teorica» piuttosto che «un mero calcolo di convenienza politica». Sul punto vd. anche FASOLINO, *Pena*, 165-166; FASOLINO, '*Indulgentia principis*', 200.

³⁰ In proposito, considera pienamente conseguito tale obiettivo FASOLINO, *Pena*, 164-165; FASOLINO, '*Indulgentia principis*', 198 ss.

con siffatto termine si voglia alludere, in maniera più generica, alla ripetizione di condotte illecite. Dobbiamo, a questo punto, chiederci quale delle due ipotesi ricostruttive possa considerarsi maggiormente plausibile.

Innanzitutto, partendo dalla sua esegesi, si può notare come la *constitutio* in parola avesse prospettato un caso di *indulgentia principis* espressione di una ‘*poenae remissio*’³¹, dalla quale traspare la liberazione ‘*omnes omnium criminum reos vel deportatione depulsos vel relegatione aut metallis deputatos, quos insulae variis servitutibus aut loca desolata susceperunt*’, liberazione che viene per converso negata ‘*qui ad locum poenae destinatum contra iudicum sententias ire noluerunt*’.

Da una disamina anche sommaria della fonte si può rilevare come la testimonianza non alluda in modo esplicito alla condotta recidivante, sebbene tracce della stessa possano comunque rinvenirsi nell’espressione in forza della quale ‘*indignus est enim humanitate, qui post damnationem commisit in legem*’.

Peraltro, non appare fuori luogo cogliere all’interno della stessa spunti improntati alla logica – condivisa anche in CTh. 9.38.6, brano che certamente allude alla recidiva – dell’esclusione dall’*indulgentia principis* per coloro i quali abbiano violato più volte la legge. Date queste premesse, si potrebbe notare come Onorio avrebbe escluso dal summenzionato beneficio coloro i quali ‘*remissionem veniae crimina nisi semel commissa non habeant*’ in quanto, essendo ricaduti nella commissione di un reato, non avrebbero dato prova di aver abbandonato il proposito criminoso e l’agire sociale deviante. Milita a favore di questa conclusione anche CTh. 9.38.10, nella misura in cui ‘*indignus est enim humanitate, qui post damnationem commisit in legem*’, con ciò intendendosi che sarebbero esclusi dall’*indulgentia principis* quanti, *post damnationem*, avessero violato ancora una volta la legge.

In questa prospettiva va ulteriormente evidenziato che la *ratio* dalla quale consegue l’esclusione dal beneficio sarebbe dipesa dalla mancata corrispondenza tra il comportamento tenuto dal reo recidivo e quanto «imposto dal giudice con la sentenza»³². Ciò sembrerebbe desumibile, seppur in via indiretta, dalla *constitutio* in disamina in quanto nella stessa affiorano ipotesi di contumacia che sarebbero conseguite tanto al rientro dall’esilio in un mo-

³¹ Così è stata correttamente concepita da DI MAURO TODINI, *Indulgentia principis*, 109 ss.

³² Così osserva DI MAURO TODINI, *Indulgentia principis*, 110, la quale, riprendendo la posizione del Gothofredus – che si sarebbe spinto più oltre – avrebbe ammesso che «la contumacia cumula e aumenta la pena in quanto colui che è stato condannato, sottraendosi volutamente alla pena da scontare, aggiunge delitto a delitto». Sul punto sembra necessario richiamare l’ampia trattazione di WASHBURN, *Banishment*, 145. In specie, lo studioso osserva che dal «general pardon for exiles» devono considerarsi esclusi coloro «who were unwilling to go to the place determined for the punishment, contrary to the sentences of the judges».

mento precedente rispetto alla data individuata dal giudice nella sentenza di condanna, quanto dal mancato assoggettamento ai capi condannatorii che statuiscono l'esilio. Il profilo da ultimo individuato si sostanzia, dunque, nella mancata (o tardiva) partenza entro il termine prefissato dal giudice nel provvedimento di condanna³³.

A ben riflettere, però, benché la testimonianza in valutazione non afferisca in via diretta all'agire recidivante, non si può comunque non ravvisare il 'criterio comune'³⁴ che la lega a CTh. 9.38.6, laddove entrambe le costituzioni avrebbero perseguito la medesima finalità risocializzante ed emendatrice,

³³ Su questo punto, vd. DI MAURO TODINI, *Indulgentia principis*, 110-111, la quale considera integrata l'ipotesi relativa al mancato assoggettamento all'esilio conseguente alla statuizione di condanna del giudice nel sol caso di partenza non concretizzatasi «entro il termine stabilito». In argomento, cfr. ancora WASHBURN, *Banishment*, 145, secondo cui «the law's phrasing ambiguous for the punishment». Ancora, nel prosieguo, lo studioso asserisce come fosse possibile individuare «a variety of things, including leaving home but then going to a destination other than the one specified. Most likely, though, an exile who resisted the terms of his sentence would have remained in place. Even without comments such as these, it would still seem likely, *prima facie*, that a few individuals snuck back home». A detta del Washburn, dunque, l'ambiguità della costituzione consentiva di contemplare un ampio catalogo di condotte astrattamente idonee a perfezionare la condotta di colui il quale *post damnationem commisit in legem* e a darne attuazione. *Contra*, vd. NAVARRA, *La recidiva*, 179 n. 118, la quale, opponendosi fermamente all'ipotesi ricostruttiva del Washburn, avrebbe assegnato rilievo all'elemento della genericità che irradia il testo della costituzione, finendo col l'ammettere che l'amletica espressione fosse astrattamente «idonea a comprendere l'ampia gamma di situazioni concrete per mezzo delle quali avrebbe potuto essere messa in atto la volontaria trasgressione all'ordine, impartito con la sentenza, di trasferirsi in una determinata località per scontare la pena».

³⁴ Sul punto, cfr. NAVARRA, *La recidiva*, 180, che sembrava adottare un'interpretazione volta a ravvisare in CTh. 9.38.10 un'intrinseca allusione alla recidiva. Non risulta fuori luogo quanto osservato dalla studiosa secondo la quale «quest'idea per la quale non è degno di alcuna benevolenza colui che, avendo riportato una precedente condanna, torna a infrangere la legge, giunta fino ai giorni nostri, è alla base di numerosi effetti giuridici negativi prodotti dalla recidiva e previsti, ad es., dal codice penale italiano in rapporto all'amnistia, all'indulto, al perdono giudiziale, alla sospensione condizionale della pena, alla riabilitazione e così via». Su questo punto, cfr. *supra*, § 1 e, in particolare, n. 16. Questo quadro ricostruttivo è destinato ad essere condiviso anche da DI MAURO TODINI, *Indulgentia principis*, 110, la quale, considerando la costituzione non scevra dall'influenza moraleggiante propria dell'etica cristiana che su di essa ne rifletterebbe l'espressione, ravvisa la *ratio* dell'esclusione dall'*indulgentia principis* a beneficio dei rei recidivi nell'*indignitas* nei confronti «di un trattamento benevolo». Sull'influenza moraleggiante della religione cristiana cfr., VENTRELLA MANCINI, *Tempo divino*, 133. Merita di essere richiamata, per la sua chiarezza, la riflessione elaborata da FASOLINO, *Pena*, 159-160 s.; FASOLINO, *Indulgentia principis*, 195-196, secondo cui «si tratta, in definitiva, di chiari esempi di una legislazione eticamente orientata, in sintonia con i nuovi modelli comportamentali ormai affermatasi nella comunità civile, anche per il forte in-

nonché atta a evitare la commissione di nuovi reati e finalizzata al perseguimento del bene comune. In sostanza, stando a quanto sostenuto da Núñez Paz, «la reincidencia en el delito puede ser también considerada como una circunstancia agravante del delito y como un atentado contra la *humanitas*»³⁵.

Il punto di arrivo riguarda quindi la teorizzazione e la conseguente individuazione in CTh. 9.38.10 di un «concetto fondamentale»³⁶ ovvero di un «principio»³⁷ che, secondo il Ferrini, avrebbe costituito il punto di svolta, oltre che di continuità tra le diverse epoche storiche³⁸.

Vi è di più, perché questo principio parrebbe essere presente persino in un'altra costituzione³⁹, contenuta anch'essa nel *Codex Theodosianus*, ove si allude all'inasprimento del trattamento sanzionatorio in caso di reiterazione del reato *post damnationem*. Tale circostanza potrebbe essere considerata un'ulteriore riprova circa la sua attinenza alla recidiva per quanto, al suo interno, non trovi spazio alcun provvedimento di indulgenza e l'inasprimento del trattamento sanzionatorio avvenga *‘si quinquies eundem constiterit nec damnis ab errore revocari’*⁴⁰.

flusso della religione cattolica». Sullo stesso argomento, con particolare riferimento all'età tardoantica e ai valori pregnanti della stessa età storica, pare necessario cogliere quanto prospettato dallo studioso, a tenore del quale le costituzioni summenzionate – benché anch'egli riconosca la non espressa menzione all'agire recidivante in CTh. 9.38.10 – sarebbero avvinte da una «medesima concezione etico-giuridica, per la quale non è degno di alcun atto di clemenza colui che, avendo già riportato una precedente condanna, torni a violare di nuovo la legge, rivelando così una particolare e reprimenda ostinazione a delinquere».

³⁵ NÚÑEZ PAZ, *Humanitas*, 266.

³⁶ Cfr., sul punto, FERRINI, *Diritto penale romano: teorie*, 319.

³⁷ Vd., su questo punto, FERRINI, *Diritto penale romano: esposizione*, 131.

³⁸ Sembra convergere nella medesima direzione anche RANDAZZO, *Note*, 463-464, il quale allude, con riferimento a CTh. 9.38.10, senza dubbio all'agire recidivante. Solo parzialmente condivisibile appare, invece, il punto di vista espresso da DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, 655, studioso che sembra assumere un approccio neutrale nei confronti della problematica affrontata, senza prendere una posizione decisa, ammettendo però, al contempo, di non poter «escludere ... che il principio potesse riguardare anche la recidiva, nel caso specifico tuttavia, esso più che valere nei confronti della recidiva come aggravante della pena, riguarda i particolari benefici (grazia, amnistia), di cui potevano essere oggetto i condannati: in questo caso si esclude il beneficio non nei confronti dei recidivi, ma di coloro che *ad locum destinatum contra iudicum sententiam ire noluerunt*».

³⁹ In proposito, alludo a CTh. 16.5.54.3 (Imp. Honorius A. Iuliano proc[onsuli] Afric[ae]): *... Ac ne id solum putetur ad resecandam intentionem posse sufficere, quotienscumque ad communionem talem accessisse fuerit confutatus, totiens multam exigatur, et si quinquies eundem constiterit nec damnis ab errore revocari, tunc ad nostram clementiam referatur, ut de solida eius substantia ac de statu acerbius iudicemus* (Dat. XV Kal. Iul. R[a]v[ennae] Constantio et Constante cons.) [a. 414].

⁴⁰ Cfr. RANDAZZO, *Note*, 202-203. Per un approfondimento sul punto, cfr. oltre, § 3.

Sebbene, anche alla luce della ricostruzione sinora prospettata, si voglia accordare preferenza a quella parte della dottrina secondo cui le costituzioni riportate atterrebbero alla recidiva, vi sarebbero alcune posizioni in letteratura che deporrebbero nel senso diametralmente opposto. A quest'ultimo gruppo appartiene il Manzini, il quale, concentrando l'attenzione in particolare modo su CTh. 9.38.10, avrebbe finito con l'escludere l'attinenza della *constitutio* con l'agire recidivante ammettendo, al contempo, che la stessa concerne la mera «trasgressione degli obblighi di condanna»⁴¹.

Questa conclusione non pare condivisibile, ponendosi anzi in aperto contrasto con il paradigma profilato dalla stessa cancelleria imperiale, la quale, seppur in modo implicito, sembra essere mossa da valori di diversa natura, finalizzati a garantire la risocializzazione e l'emenda del reo per evitare che la sua reiterazione del reato possa nuocere alla generalità dei consociati così ledendo l'interesse pubblico.

3. Recidiva e variazione della pena *pro qualitate personarum*

Le relazioni correnti nelle fonti di età tardoantica⁴² tra la recidiva e la va-

⁴¹ In argomento, cfr. MANZINI, *Trattato*, 667 n. 3, il quale nota come nella nostra *constitutio* manchi un'allusione esplicita alla recidiva, ponendosi in aperta antitesi con quanto sostenuto dal Ferrini, con il quale finisce però per condividerne l'approccio più generalizzante. Lo studioso, difatti, sostiene come sia attribuito alla stessa scarso rilievo anche negli «altri passi dal medesimo autore citati». Ciò si sarebbe fondato sulla mancata «chiarezza delle fonti» che non individuano «la ragione dell'aggravamento». Cfr., in tal senso, D. 49.16.5.3 (Men. 2 *de re milit.*); CTh. 16.5.54.3 (Imp. Honorius, A. Iuliano proc[onsuli] Afric[ae], Dat. XV Kal. Iul. R[a]v[ennae] Constantio et Constante cons.) [a. 414]; C. 10.20.1 (Imp. Honorius A. Apollodoro proconsuli Africae, Dat. prid. id. Mart. Mediolani Stilichone et Aureliano cons.) [a. 400]. La tesi del Manzini è stata condivisa anche da BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, 444, secondo cui la testimonianza non atterrebbe a un caso di recidiva. In argomento, vd. altresì FERRINI, *Diritto penale romano: esposizione*, 131-132, mentre sul frammento di Menandro cfr., in tempi recenti, BEGGIATO, *Alle origini della recidiva*, 1006 ss., la quale mette in evidenza come il passo possa ritenersi testimonianza tangibile dell'ammissibilità, nel contesto romano, della recidiva in caso di reiterazione di un reato della medesima indole e in assenza di una previa condanna.

⁴² Sul punto, vd. DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, 490 ss., il quale propende per una discriminazione tra *honestiores* e *humiliores* che si sarebbe fondata su un aspetto meramente patrimoniale. Di opinione diversa sembra invece essere CARDASCIA, *L'apparition*, 481-482, il quale, in aperta antitesi con il de Robertis, osserva che «la distinction entre riches et pauvre à l'égard de la peine pécuniaire n'a pas affacé l'opposition entre *honestiores* et *humiliores*. Il serait imprudent de conclure à un changement de critère sur la seule foi de textes qui infligent à l'*humilior* une peine corporelle et à l'*honestior* une peine pécuniaire». Lo studioso prosegue, assumendo una posizione ancora più drastica, rilevando come la discriminazione che il de Robertis riteneva essere fondata su «un critère de richesse» non fosse in realtà riscontrabile «dans les sources», laddove nelle costituzioni la distinzione tra *honestiores* e *humi-*

riazione della pena *pro qualitate personarum* fondano la loro radice nella modificazione *in peius* del trattamento sanzionatorio in capo ai recidivi – al quale farebbe seguito un inasprimento di pena – come conseguenza discendente dall’«esigenza più progredita di far corrispondere alla diversità dei valori sociali un diverso trattamento penale»⁴³. Difatti, soprattutto con la legislazione di Teodosio I si inaugura un nuovo ‘nuovo corso’ giacché, in conseguenza della stessa, si sarebbe rinforzato il carattere rieducativo della pena con quello relativo alla reiterazione del reato, dando particolare rilievo a un elemento, prima lasciato in secondo piano, ossia la valutazione soggettiva del reo.

Nel mutato contesto appena prospettato la riflessione è caratterizzata dalla centralità di valori quali la *honoris reverentia*, il *respectus dignitatis* e la *memoria dignitatis*⁴⁴, che si considerano connotati fondamentali per determinare la variazione della pena *pro qualitate personarum*.

In primo luogo, quest’ultima trova spazio in:

CTh. 9.10.4 (Imp. Theodosius I A. ad Albinum p[raefectum] u[rbi]): pr. *Servos, qui fecisse violentiam confessionibus testium aut propriis docebuntur, si id inscio domino commiserint, postremo supplicio deditos luere perpetrata censemus. Quod si illi metu atque exhortatione dominorum violentiam admiserint, palam est, secundum legem Iuliam dominum infamem pronuntiandum loci aut originis propriae dignitate non uti, servos vero, quos furoribus talium paruisse constiterit, metallis per sententiam dedi. Viles autem infamesque personae et hi, qui bis aut saepius violentiam perpetrasse convincentur, constitutionum divalium poena teneantur. 1. Iudicem vero nosse oportet, quod gravi infamia sit notandus si violentiae crimen apud se probatum distulerit, omiserit vel impunitate donaverit aut molliore, quam praestituimus, poena perculerit* (Dat. prid. non Mart. Med[iolano] Val[entini]ano A. IIII et Neoterio v. c. cons.) [a. 390]⁴⁵.

liores veniva attagliata sulla base di una bipartizione, ovverosia «suivant la fortune» e «suivant la classe sociale». Per un ulteriore approfondimento sulla distinzione intercorrente tra le due categorie cfr. GARNSEY, *Social ‘Status’*, 103 ss.; GIGLIO, «*Humiliore*», 149 ss.; NAVARRA, *La recidiva*, 153 ss.; RUSSO RUGGERI, *Recensione a NAVARRA, La recidiva*, 501.

⁴³ Così DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, 488. Alla variazione della pena *pro qualitate personarum* alludono – sebbene *incidenter tantum* – anche NAVARRA, *La recidiva*, 153 ss. e, poco dopo, RUSSO RUGGERI, *Recensione a NAVARRA, La recidiva*, 501.

⁴⁴ A tali valori – di cui troviamo traccia soprattutto nel diritto di età classica – sembravano alludere DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, 488; CARDASCIA, *L’apparition*, 477.

⁴⁵ Il testo è stato riproposto – senza alcun intervento significativo – in C. 9.12.8 (Imp. Theodosius I A. ad Albinum praefectum urbi): pr. *Servos, qui fecisse violentiam confessionibus testium aut propriis docebuntur, si id inscio domino commiserint, postremo supplicio deditos luere perpetrata censemus. 1. Quod si illi metu atque exhortatione dominorum violentiam admiserint, palam est secundum legem iuliam dominum infamem pronuntiatum loci aut originis propriae dignitate non uti, servos vero, quos furoribus talium paruisse constiterit, metallis post sententiam dedi. 2. Viles autem infamesque personae et hi, qui bis aut saepius violentiam perpetrasse convincentur, constitutionum divalium poena teneantur. 3.*

A venire in rilievo è, innanzitutto, la bipartizione tra il servo che abbia commesso violenza ‘*si id inscio domino*’ e lo schiavo agente *cum vis* ‘*si illi metu atque exhortatione dominorum*’. Nel primo caso, la *poena* applicabile coincide con il *postremum supplicium* laddove, nella seconda ipotesi, la stessa appare mitigata⁴⁶ in quanto – mentre il servo ‘*metallis per sententiam ded?*’ – il *dominus* viene colpito dall’*infamia*.

Dunque centrale è, ancora una volta, la *summa divisio* tra *honestiores* e *humiliores*: sorprende, tuttavia, che il brano alluda – seppur non espressamente, sulla scia di una distinzione che appariva già ben radicata nel periodo classico⁴⁷ – alla distinzione tra le due categorie citate: alquanto flebile giacché, in qualche caso, sarebbe stato garantito il medesimo trattamento sanzionatorio – individuato, per l’appunto, nel *postremum supplicium* – applicabile nei confronti di ‘*viles autem infamesque personae et hi, qui bis aut saepius violentiam perpetrasset convincentur*’.

Nella *constitutio*, quindi, si allude alle ‘*viles autem infamesque personae*’, ossia

Iudicem vero nosse oportet, quod gravi infamia sit notandus, si violentiae crimen apud se probatum distulerit omiserit vel impunitate donaverit aut molliorem quam praestituimus poenam protulerit (Dat. prid. non Mart. Mediolani Valentiniano A. IIII et Neoterio cons.) [a. 390]. Cfr., altresì, CTh. 9.10.4 pr. (Imp. Theodosius I A. ad Albinum p[raefectum] u[rbi]): ... *Viles autem personae, quae bis aut frequenter admisisse violentiam comprobantur, constituta legibus poena supra scripta omnimodis feriantur* (Dat. prid. non Mart. Med[iolano] Val[entini]ano A. IIII et Neoterio v. c. cons.) [a. 390]. In concreto, considerato che le modifiche apportate dall’*interpretatio* visigotica sono state perlopiù *ad colorandum*, volutamente si sceglie di riportare in questa sede la sola parte della testimonianza ove viene messa in risalto – come ben viene messo in evidenza da NAVARRA, CTh. 9.10.4 (= Brev. 9.7.3), 945 ss., – una ragguardevole alterazione del «significato originario» del testo medesimo. Si ritiene necessaria, a questo punto, una precisazione sul pronome relativo ‘*quae*’ che anziché riferirsi, come in CTh. 9.10.4 pr., alle *infames personae* avrebbe riguardato le *viles personae* «con il risultato di restringere il campo applicativo della *poena* fissata dalle *leges*» in quanto veniva eliminata «la congiunzione *et*» che ne consentiva un’estensione anche alla categoria dei recidivi che «*bis aut saepius violentiam perpetrasset convincentur*». Dell’anzidetto restringimento si deve tener conto perché, come già osservato dalla studiosa nel prosieguo dell’indagine, «alla pena di morte sottostanno soltanto i soggetti di bassa condizione sociale ‘recidivi’, laddove la legge di Teodosio I minacciava della massima pena gli *humiliores* e i ‘recidivi’ (evidentemente *honestiores*)».

⁴⁶ Va considerata la peculiare interpretazione dell’*incipit* resa da NAVARRA, CTh. 9.10.4 (= Brev. 9.7.3), 935-936; NAVARRA, *La recidiva*, 152, secondo la quale la testimonianza alluderebbe all’applicazione di una circostanza attenuante per lo schiavo. Che l’*exhortatione dominorum* sia indice di attenuazione della pena non appare smentito neppure da BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, 432.

⁴⁷ L’ipotesi è stata avanzata da DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, 490 ss. All’opinione espressa dallo studioso sembra convergere, in tempi più recenti, NAVARRA, CTh. 9.10.4 (= Brev. 9.7.3), 937; NAVARRA, *La recidiva*, 153-154.

agli *humiliores*, nei riguardi dei quali il trattamento sanzionatorio è più acro rispetto a quello riconosciuto agli *honestiores*. Pare, infatti, che il riferimento a ‘*saepius violentiam perpetrasse*’ debba essere inteso come ricaduta nella commissione di *crimen violentiae* e da questo derivi una diversa graduazione della pena che avrebbe comportato, sebbene si tratti di *honestiores*, un inasprimento del trattamento sanzionatorio al punto tale da renderlo equipollente – tramite la congiunzione semplice ‘*et*’ – a quello sovente ritenuto applicabile agli *humiliores*. Si potrebbe dunque concludere asserendo che il *postremum supplicium* sia la *poena* irrogabile agli *humiliores* sin dal primo atto di violenza, mentre troverebbe applicazione nei confronti degli *honestiores* solo se ‘*saepius violentiam perpetrasse*’. L’unica eccezione prevista direttamente dalla cancelleria imperiale sarebbe andata a vantaggio del servo che avesse agito con violenza ‘*si illi metu atque exhortatione dominorum*’ sebbene, secondo la Navarra, siffatto beneficio avrebbe portato con sé un implicito «temperamento della pena anche per i rei che non sono *viles infamesque personae*, cioè sono *honestiores*» che avrebbero commesso «violenza una prima e unica volta»⁴⁸.

Volgendo lo sguardo ora su un altro aspetto, si può notare come l’oscurità del brano induca a una lettura non univoca. Sul punto, infatti, la dottrina è divisa fra una tendenza restrittiva e un’altra – a favore della quale pare più corretto propendere – che, valorizzando la componente testuale (alludo, in particolare, all’espressione ‘*bis aut saepius violentiam*’), sostiene la sua attinenza al fenomeno recidivante.

Siffatta tendenza restrittiva sembra trovare fondamento in una parte specifica della testimonianza, ossia nell’espressione ‘*bis aut saepius violentiam per-*

⁴⁸ Sul vantaggio implicito a profitto dei *viles infamesque personae* vanno considerate le osservazioni di NAVARRA, *CTh. 9.10.4* (= *Brev. 9.7.3*), 937-938; NAVARRA, *La recidiva*, 155, a parere della quale, proprio partendo dalla *summa divisio* tra *honestiores* e *humiliores*, «si dà così vita a un regime delle pene fondato sulla giustapposizione di due diverse dicotomie: quella tra *liberi-servi* e quella *honestiores-humiliores*. Il risultato è che oltre a prevedere un diverso trattamento sanzionatorio in collegamento allo *status* di libero o schiavo del reo, con CTh. 9.10.4 si torna a una differenziazione delle pene secondo la condizione di *honestior* che Costantino aveva superato con lo stabilire in CTh. 9.10.1 una pena unica, e fissa, per tutti». Alla medesima conclusione giunge anche RUSSO RUGGERI, *Recensione a NAVARRA, La recidiva*, 501, secondo la quale CTh. 9.10.4 «sanzionò il *crimen violentiae* con pene più miti rispetto a quelle introdotte da Costantino nel 317 d.C. con CTh. 9.10.1». In particolare, sofferma la propria attenzione sulle dicotomie tra *liberi-servi* e tra *honestiores-humiliores*, in precedenza, DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, 504 ss. Secondo CARDASCIA, *L'apparition*, 478, «de Bas-Empire n’a pas bouleversé la situation des classes dans le droit. On a cru cependant apercevoir les trois phénomènes suivant: 1. En général, disparition de la distinction entre *honestiores-humiliores* et retour à la peine unique; 2. Accessoirement, apparition d’une distinction entre riches et pauvres; 3. Retour partiel à la dichotomie ancienne *liberi-servi*».

*petrasse convincentur*⁴⁹. Volendo darvi seguito si dovrebbe ammettere come il caso descritto «potrebbe sembrare un caso di variazione per recidiva» sebbene, in realtà, «la variazione più che dalla recidiva dipende dalla inapplicabilità della pena fondamentale (infamia)»⁴⁹. Il riferimento al concorso materiale di reati appare in tal senso possibile, benché non ineludibile⁵⁰, per quanto sia difficile da sostenere, alla luce della lettura, anche non meramente letterale, della costituzione.

Pare, dunque, più corretto propendere per la fondatezza di una tendenza valorizzatrice della fenomenologia recidivante. Secondo questa parte della dottrina⁵¹ la testimonianza atterrebbe alla recidiva, seppur la stessa non pos-

⁴⁹ Nella riflessione di DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, 655-656, è evidente l'allusione all'inapplicabilità della pena fondamentale dell'infamia in quanto, proseguiva lo studioso, «alla stessa pena erano assoggettati anche i non recidivi che per altre ragioni fossero incorsi nella infamia».

⁵⁰ Coglie nel segno l'ambivalenza prospettata FERRINI, *Diritto penale romano: esposizione*, 133, il quale considera la testimonianza in disamina «probabilmente» espressione di recidiva, seppur non ne disconoscesse, all'interno di un contesto dottrinale vivacemente controversiale e frammentato, la ricomprensione nell'alveo del concorso materiale di reati. Va segnalato come, di recente, NAVARRA, *CTh. 9.10.4 (= Brev. 9.7.3)*, 941; NAVARRA, *La recidiva*, 158-159, avrebbe ammesso che «da forma verbale *convincentur* allude al momento dell'atto, ma non è chiaro se gli avverbi *bis* e *saepius*, sicuro indice di iterazione del reato, nella costruzione sintattica della frase si riferiscano alla condotta criminosa oppure alla sentenza di condanna». Partendo da queste premesse la studiosa avrebbe paventato l'esistenza di due possibili, per quanto diverse, finalità, ovverosia «nel primo caso, secondo la teorica moderna, si configurerebbe un concorso materiale di reati, nel secondo caso si tratterebbe di recidiva, più precisamente di recidiva specifica».

⁵¹ Sul punto, cfr. RUSSO RUGGERI, *Recensione a NAVARRA, La recidiva*, 501 ss., la quale, pur condividendo l'orientamento esternato dalla Navarra, avanzava un'interpretazione difforme, facendo leva sull'avverbio *saepius*. Ad avviso della studiosa, infatti, riecheggerebbe «anche in quest'ipotesi la maggiore severità prevista per chi perseverava nel reato» che direttamente discendeva «da un previo accertamento processuale della colpevolezza del reo». In definitiva, la riflessione della Russo Ruggeri meriterebbe di essere condivisa in quanto, a suo parere, l'avverbio *saepius* «serviva a sottintendere quella perseveranza nel reato, giudizialmente accertata con sentenza di condanna, che in taluni casi giustificava appunto l'aggravamento sanzionatorio». Su questo aspetto si sarebbe soffermato, in precedenza, anche RANDAZZO, *Note*, 215 n. 42, il quale attesta, riferendosi segnatamente agli avverbi *bis* e *saepius*, come la testimonianza in disamina sia espressione di condotta recidivante. Lo studioso, infatti, ravvisa, in aperta antitesi con le quanto osservato dal Ferrini, un'ipotesi certa di recidiva nella condotta di «quegli scellerati che avessero una seconda volta o ancor più spesso commesso atti di violenza». Non dissimili sono, in argomento, le conclusioni a cui, in precedenza, sarebbe pervenuto FALCHI, *Diritto penale romano. (I singoli reati)*, 124, il quale, conferendo maggiore *auctoritas* all'orientamento prospettato, tra i vari «criteri diversificatori della responsabilità» in funzione della «modalità usata» che «ha il valore di accrescere o minorare l'antipenalità dell'azione» era proclive a ricomprendere anche la recidiva. Ma non

sa essere considerata alla stregua di quella conosciuta nell'odierno diritto penale: quest'ultima, infatti, non si ritiene configurabile tecnicamente per l'assenza di una completa teorizzazione⁵². Alcuni indizi testuali sembrano avvalorare siffatta ricostruzione: alludo, ancora una volta, agli avverbi 'bis' e 'saepius', ai quali, almeno in termini generali, avrebbe senso attribuire una connotazione atta a individuare una riproposizione o comunque una reiterazione della condotta criminosa. Pare dunque più conforme allo stesso tenore letterale del lacerto riconoscerne la sua attinenza alla recidiva piuttosto che al semplice concorso materiale di reati, in quanto – se si volesse percorrere questa via interpretativa – l'avverbio *saepius* avrebbe assunto il ruolo definitorio di ricaduta nel reato, trattandosi di una reiterazione di una condotta criminosa susseguente all'emissione di una sentenza di condanna⁵³.

Non dissimili sembrano essere le conclusioni formulabili anche con riguardo a

CTh. 16.5.54.3 (Imp. Honorius A. Iuliano proc[onsuli] Afric[ae]): *Damna quoque patrimonii poenasque pecuniarias evidenter imponimus viris mulieribus, personis singulis et dignitatibus pro qualitate sui quae debeant irrogari. Si igitur proconsulari aut vicariano vel comitivae primi ordinis quisque fuerit honore subcinctus, nisi ad observantiam catholicam mentem propositumque converterit, ducentas argenti libras cogetur exsolvere fisci nostri utilitatibus adgregandas. Ac ne id solum putetur ad reseccandam intentionem posse sufficere, quotienscumque ad communionem talem accessisse fuerit confutatus, totiens multam exigatur, et si quinques eundem constiterit nec damnis ab errore revocari, tunc ad nostram clementiam referatur, ut de solida eius substantia ac de statu acerbius indicemus* (Dat. XV Kal. Iul. R[a]v[ennae] Constantio et Constante cons.) [a. 414].

manca di mettere in risalto un particolare necessario per ravvisare il *trait d'union* tra la condotta recidivante e la testimonianza in disamina, particolare che deve essere scorto rispettivamente nell'esplicita allusione alla ricaduta nel reato da parte dello studioso in C. 9.12.8. Il riferimento cui faccio cenno parrebbe consentire, a *contrariis*, di intendere il 'bis aut saepius violentiam perpetrasse convincentur' quale esemplificazione della fenomenologia recidivante.

⁵² Cfr., in tal senso, NAVARRA, *CTh. 9.10.4* (= *Brev. 9.7.3*), 941; NAVARRA, *La recidiva*, 159. La valorizzazione della «riproduzione in sé della condotta in molteplici contesti spazio-temporali» consentirebbe, a detta della studiosa, di accreditare «il senso della frase in termini di generico riferimento a comportamenti recidivanti». A ogni modo, nonostante si possa considerare attinente alla recidiva la costituzione in disamina, non si deve scordare come di «una attestazione di recidiva, nel senso proprio e ristretto che il termine ha nel linguaggio giuridico moderno, si può dunque parlare soltanto in termini di probabilità». Ancora su questo aspetto, vd. la controversia tra la 'cosa' e il 'nome' innestata da Betti e de Francisci, per un approfondimento della quale rimando alle nn. 1 e 2 contenute nel § 1.

⁵³ Cfr. RANDAZZO, *Note*, 216; NAVARRA, *CTh. 9.10.4* (= *Brev. 9.7.3*), 941; NAVARRA, *La recidiva*, 158 ss.

Nella costituzione testé riportata si è fatto cenno a un inasprimento del trattamento sanzionatorio ‘*damna patrimonii poenasque pecuniarias pro qualitate personarum*’⁵⁴, ovvero sia sembrerebbe qui emergere un aumento di pena ispirato alla *summa divisio* tra *honestiores* e *humiliores* imposto ‘*viris mulieribus personis singulis et dignitatibus*’.

Si noti come il passaggio si occupi di un caso di recidiva specifica, caso che fortemente risente dell’etica cristiana, laddove la stessa condotta recidivante avrebbe assunto «un contenuto morale e psicologico, proprio della concezione della Chiesa in materia»⁵⁵. Si potrebbe dunque concludere asserendo che a proposito degli eretici e dei donatisti, sono stabilite pene pecuniarie diverse a seconda della capacità patrimoniale delle *personae*, suddivise a questo scopo in varie categorie⁵⁶.

A tal riguardo, sono opportuni due rilievi. In primo luogo, alludo all’individuazione dell’importo della pena pecuniaria che viene fissato in ‘*ducentas argenti libras*’ per ‘*proconsulari aut vicariano vel comitivae primi ordinis*’ in caso di mancata conversione ‘*ad observantiam catholicam*’. La sanzione si sarebbe conservata inalterata anche per i più volte condannati⁵⁷ – *rectius* recidivi – comportando, a ogni risultanza giudiziale di colpevolezza che ‘*totiens multam exigatur*’. In secondo luogo, nel medesimo brano sarebbe possibile scorgere un momento, un *dies a quo*, individuato nella quinta condanna, a partire dal quale il trattamento sanzionatorio verrebbe incrementato. L’accrescimento non sarebbe stato tuttavia limitato a un solo aumento patrimoniale, ma avrebbe comportato conseguenze ben più rilevanti sulla sfera personale del condannato, determinando una modificazione del suo *status* personale⁵⁸. In tal caso,

⁵⁴ Alludono alla variazione della pena *pro qualitate personarum* diversi studiosi dalle cui riflessioni parrebbe emergere «la tendenza a tener separate, agli effetti della pena, le varie categorie sociali». Di questo avviso sono DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, 505 e, in tempi recenti, NAVARRA, *La recidiva*, 165.

⁵⁵ Così GATTI, *L'imputabilità*, 432-433, il quale, nel prosieguo del ragionamento, avrebbe alluso alla recidiva specifica come espressione «di pertinacia e consuetudine nel crimine, che vasta risonanza eserciterà nel sistema giuridico statutario».

⁵⁶ Questo è quanto sostenuto da DE ROBERTIS, *La funzione della pena*, 24 ss., il quale, a proposito della nostra *constitutio* ammette che si tratti di un caso in merito al quale incontestabile di variazione della pena per recidiva.

⁵⁷ In questi termini si esprime NAVARRA, *La recidiva*, 163 ss., a parere della quale la costituzione atterrebbe a un’ipotesi di plurirecidiva.

⁵⁸ Osserva NAVARRA, *La recidiva*, 165, come l’*acerbius indicemus*, nel caso di specie, non fosse limitato al solo aspetto patrimoniale, bensì avesse comportato un detrimento anche alle condizioni personali del reo recidivo ‘*si quinquies eundem constiterit nec damnis ab errore revocari*’. In tal senso, infatti, la studiosa asserisce come «la minaccia nei confronti di chi non abban-

infatti, pare fuori discussione che, a seguito di cinque condanne al pagamento della pena pari a *ducentas argenti libras* per accertata e (pluri)reiterata commissione di un *crimen*, ‘*ad nostram clementiam referatur, ut de solida eius substantia ac de statu acerbius indicemus*’.

L’acre sentenza viene giustificata, in maniera non difforme da quanto in precedenza precisato con riguardo alle altre costituzioni⁵⁹, dal mancato ravvedimento del reo che sarebbe conseguito alla reiterazione della condotta criminosa. La testimonianza, sul punto, pare lapidaria: la predetta conseguenza si applica ‘*ab errore revocari*’.

4. Recidiva e variazione della pena *pro modo admissi*

Che sia certamente suggestiva, anche per il periodo tardoantico, l’elaborazione compiuta nel II secolo d.C. dal giurista Venulèio Saturnino⁶⁰, contemporaneo di Gaio e Pomponio, in tema di variazione della pena *pro modo admissi* – sfociata, poi, nella classificazione dei cd. «*septem modis*» – pare essere fuori discussione.

Partendo da questa premessa, è opportuno meditare sui possibili sconfinamenti della recidiva in suddetto ambito⁶¹. Innanzitutto, si deve muovere da

C. 6.1.4 (Imp. Constantinus A. ad Valerianum): pr. *Quicumque fugitivum servum in domum vel in agrum inscio domino eius susceperit, eum cum pari alio vel viginti solidis reddat. 1. Sin vero secundo vel tertio eum susceperit, praeter ipsum duos vel tres alios vel prae-*

dona l’eresia non è solo di colpire il suo patrimonio con la confisca totale ma anche il suo *status* personale. Quest’ultima intimidazione, che potrebbe alludere ad una perdita del rango di appartenenza e dei privilegi che questo comportava, non c’è dubbio che intenda accrescere il timore delle pene». Dello stesso avviso è anche, poco dopo, RUSSO RUGGERI, *Recensione* a NAVARRA, *La recidiva*, 502.

⁵⁹ Sul punto, cfr. *supra*, § 2, ove si allude al mancato ravvedimento del recidivo e al conseguente fallimento delle politiche di emenda e di risocializzazione del reo – con evidenti influssi dell’etica cristiana – atte al perseguimento del pubblico interesse. Vd., inoltre, la riflessione condotta in tema di donatismo, seppur in epoca risalente, da BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, I, 339 ss.

⁶⁰ Circa la classificazione delle cause determinanti la variazione della pena *pro modo admissi* si veda D. 48.19.16.1 (Sat. *lib. sing. de poen. pagan.*): *Sed haec quattuor genera consideranda sunt septem modis: causa persona loco tempore qualitate quantitate eventu*. Il giurista individuava in *causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate* ed *eventu* i ‘*septem modis*’ che concorrevano nella determinazione della pena e che potevano influire nella definizione del suo ammontare. Sul passo riportato, vd. da ultima FUSCO, ‘*Mitigare leges et intendere*’, 1281 ss.

⁶¹ Esplicito sul punto è DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, 647, il quale mette in rilievo, nella prospettiva della legislazione tardoantica, la variazione della pena *pro modo admissi* e «qualche caso di variazione» cui alludono «delle fonti in funzione della recidiva».

dictam aestimationem pro unoquoque domino repraesentet: in minorum persona tutoribus vel curatoribus poena simili imminente. 2. Quod si ad praedictam poenam solvendam is qui susceperit minime sufficiat, aestimatione competentis iudicis castigatio in eum procedat (Dat. V. Kal. Iul. Thessalonicae Gallicano et Basso cons.) [a. 330].

La costituzione propone una *variatio in peius* della pena, che avrebbe rivestito un ruolo centrale nella politica costantiniana atta a punire agevolazioni a profitto del *servus fugitivus*, incidendo sulla teorizzazione dello stesso aggravarsi del trattamento espiatorio⁶².

È prioritario evidenziare la marcata riprovazione della cancelleria imperiale nei confronti dell'agire recidivante, conforme all'esigenza di punire più aspramente il *perseverare* del reo come esito di una sua omessa redenzione, emblema del fallimento di una politica criminale eccessivamente tenue nella repressione delle forme di delinquenza primaria: e ciò a discapito di una tendenziale propensione atta ad arginare la ricaduta nel reato, entro una prospettiva deputata alla preservazione e alla garanzia del pubblico interesse.

La costituzione riportata stabilisce, nella parte iniziale, che chiunque abbia accolto un '*servus fugitivus in domum vel in agrum inscio domino*' è tenuto a restituire lo stesso *servus*, oltre che soggiacere a una sanzione pecuniaria di *viginti solidis* in alternativa alla *datio* di un ulteriore schiavo *cum pari* valore di quello ricettato⁶³; nel prosieguo, tuttavia, si fa cenno a un aggravio di pena nei confronti del *susceptor* che abbia (ri)accolto nei luoghi *ut supra* citati per la seconda o la terza volta il medesimo schiavo. In questi casi il reo sarebbe stato tenuto alla sua restituzione, oltre che al pagamento '*duos vel tres alios vel praedictam aestimationem pro unoquoque domino repraesentet*', dovendosi scorgere

⁶² In merito alla rilevanza delle tematiche connesse alla figura del *servus fugitivus* nel corso dell'intera esperienza giuridica romana e delle sue ricadute in materia di recidiva cfr., FERRINI, *Diritto penale romano: teorie*, 319-320; FERRINI, *Diritto penale romano: esposizione*, 132; DONADIO, *La comparazione*, 140 n. 5. Con particolare riguardo alla legislazione imperiale tardoantica cfr., BARONE-ADESI, '*Servi fugitivi in ecclesia*', 385.

⁶³ Sulla qualificazione giuridica della fattispecie enucleata nel caso di specie in termini di ricettazione cfr. NAVARRA, *La recidiva*, 148, la quale ritiene che – sebbene nella fonte non vi sia alcuna allusione esplicita – apparisse corretto propendere per tale attribuzione in quanto avrebbe condiviso con la naturale connotazione di tale reato alcuni aspetti caratteristici, tra i quali certamente si annovera «la condotta del terzo, che ha protetto una o più volte il fuggitivo sottraendolo alla ricerca». In altri termini, «quel che qui interessa è il comportamento di chi accoglie lo schiavo fuggitivo *inscio domino*». La tendenza a inquadrare il caso prospettato nella costituzione quale ricettazione emerge chiaramente anche in DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, 647 ss. Del pari, con riguardo a C. 6.1.4.1, vd. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, 431, il quale tende a escludere l'indulto, sebbene fosse pacifico che «aggravante importa la recidiva».

nel § 1 un proporzionale aggravio di pena rispetto al numero di condotte recidivanti da questi tenute. Tale elaborazione si riflette sul risultato prodotto dall'esacerbazione del trattamento punitivo, dovendo il *susceptor* consegnare due o tre schiavi (in proporzione al numero di ricadute nel reato) ovvero, in alternativa, pagare i *viginti solidis* per ogni schiavo ricettato. Va ora esaminato partitamente il § 2, del quale pare opportuno ricordarne il contenuto, sebbene in chiave rafforzativa, al fine di accreditare quanto sinora argomentato nel § 1: in caso di insolvenza del *susceptor*, il giudice era tenuto a procedere con la *castigatio*. Un elemento balza immediatamente agli occhi: la pena, da patrimoniale, sfocia in personale.

Si sarebbe dunque trattato di un aggravio che giocoforza avrebbe assunto dei connotati diametralmente opposti e non avulsi dalla realtà e dalle dinamiche storiche in cui è calato. In particolare, la fonte attesta la *variatio* della pena – per quanto proclive a confermare la restituzione dello schiavo ricettato nell'*incipit* e nel § 1 – che da meramente patrimoniale – '*pari alio vel viginti solidis reddat*' nell'*incipit* e '*duos vel tres alios vel praedictam aestimationem pro unoquoque domino repraesentet*' nel § 1 – si rafforza, sostanziandosi in una misura limitativa della libertà personale in caso di insolvenza – '*si ad praedictam poenam solvendam ... aestimatione competentis iudicis castigatio in eum procedat*' nel § 2 –. Dunque, il trattamento sanzionatorio da pecuniario diviene afflittivo portando con sé un conseguente peggioramento delle condizioni di trattamento riservate allo schiavo medesimo.

Pare di poter dire che la testimonianza sia riconducibile all'idea che di *servus* era stata suggellata dall'imperatore Costantino, la cui politica è teleologicamente ricollegabile a un detrimento delle condizioni di vita della popolazione servile⁶⁴. In relazione al predetto aspetto, è opportuno richiamare il §

⁶⁴ A parere di NAVARRA, *La recidiva*, 147, quanto previsto in C. 6.1.4 pr.-3 attiene a «sanzioni che tendono a ostacolare l'accoglienza di schiavi che si sottraevano dal controllo del proprio *dominus* e che, lette unitamente al trattamento previsto nel successivo § 4 nei confronti del *servus fugitivus*, potrebbero far pensare a un peggioramento della condizione servile nella legislazione di Costantino». Eppure, il fatto che la costituzione avvalorò la pratica di contenimento dell'accoglimento di un '*servus fugitivus in domum vel in agrum inscio domino*' ovvero le cessioni ad altro *dominus* dello schiavo *propter lucrum*, dovrebbe far propendere per «un motivo ispiratore in linea con indirizzi tradizionali, volti da un lato, alla tutela della proprietà e, da un altro, alla lotta contro pratiche fraudolente». Il peggioramento della condizione servile e, dovremmo pensare, «non soltanto l'assenza di un reale miglioramento», è ciò a cui allude BARONE-ADESI, *Servi fugitivi in ecclesia*, 396 ss., il quale, nella sua riflessione, ascrive alle «drastiche pene sancite dal primo imperatore cristiano ai danni dei *servi fugitivi*» il motivo illuminante il citato declino. In effetti, nel prosieguo, lo studioso – in conseguenza di un raccordo che sarebbe venuto a perfezionarsi tra la politica atta a sanzionare chiunque abbia accolto all'insaputa del *dominus* un *servus fugitivus* ovvero lo stesso *servus fugitivus* che sia stato

4, ove è esplicitamente evocata la tortura atta a far emergere il *'lucrum capiendum callide'* del *dominus* che avesse ceduto ad altro *dominus* lo schiavo – *'ad domum vel agrum'* – *propter lucrum*.

Il riferimento a cui alludo è conservato in:

C. 6.1.4.4 (Imp. Constantinus A. ad Valerianum): *Sane mancipium torqueri oportet, ut manifestetur, utrum propter lucrum capiendum callide a domino ad domum vel agrum eius qui suscepit immissus est, an non* (Dat. V. Kal. Iul. Thessalonicae Gallicano et Basso cons.) [a. 330].

A seguito di una indagine comparativa dei diversi riferimenti evocati nella costituzione da ultimo richiamata, a venire in rilievo sono i rapporti intercorrenti tra il regime sanzionatorio – e la sua esacerbazione conseguente alla condotta recidivante – da un lato e il trattamento punitivo riservato allo schiavo dall'altro. Tale ultima osservazione consente di inquadrare la politica costantiniana in funzione impeditrice circa l'accoglimento del *'servus fugitivus in domum vel in agrum'* giacché il peggioramento del trattamento punitivo nei confronti degli schiavi – che sarebbe conseguito all'inasprimento di pena – avrebbe fatto sì che vi fosse un detrimento anche delle sue stesse condizioni di vita. Ciò avrebbe trovato diretto appoggio nel § 4 ove l'imperatore allude esplicitamente alla sottoposizione a tortura per gli schiavi al fine di fare emergere eventuali condotte illecite del proprio *dominus*.

Si è osservato altresì in dottrina come la fenomenologia giuridica che si evince dal brano, proprio in riferimento al caso di specie, sarebbe ascrivibile alla recidiva reiterata⁶⁵, in forza della quale l'aumento di pena sarebbe proporzionale al numero – *'secundo vel tertio'* – delle ricettazioni concretizzatesi, purché si trattasse del medesimo schiavo⁶⁶.

concesso *'ad domum vel agrum propter lucrum capiendum callide'* da un lato e la *manumissio in ecclesia* dall'altro – ribadisce come fosse necessaria l'irrogazione di «pene particolarmente severe ai danni dei *servi fugitivi* e di quanti risultano rei di averli accolti o di averne favorito la fuga». A riprova di quanto sinora esposto, «se le drastiche misure costantiniane non si pongono in contrasto con gli indirizzi perseguiti dalla normativa attinente alla *manumissio in ecclesia*, si può notare come la disciplina legislativa dei costumi cristiani afferenti alla liberazione degli schiavi converga in un conseguente disegno legislativo volto a contrastare l'illegale prassi cristiana di prestare accoglienza ai *servi fugitivi*, documentata anche dalla legislazione successiva».

⁶⁵ Alludono alla recidiva specifica, GATTI, *L'imputabilità*, 442-443 e, in tempi più recenti, NAVARRA, *La recidiva*, 149.

⁶⁶ Una conferma di questa prospettiva sembra potersi cogliere nelle parole di NAVARRA, *La recidiva*, 150, a parere della quale il caso di specie avrebbe alluso alla «recidiva specifica, senza dubbio», per quanto si fosse trattato «di un illecito della stessa specie, ma in un senso molto restrittivo». Dunque, vi sarebbe stata «la medesima condotta ai danni della stessa vit-

Successivamente, il discorso si sposta su una fattispecie nella quale a venire in rilievo è l'exasperazione di pena conseguente a ipotesi di plurirecidiva, ovvero si allude a CTh. 16.5.54. Dei diversi paragrafi cui appare suddiviso il testo, troverebbe spazio d'indagine quanto riportato al § 7 e al § 8.

Rileva in argomento

CTh. 16.5.54.7 (Imp. Honorius A. Iuliano proc[onsuli] Afric[ae]): *Officiales autem diversorum iudicum si in hoc errore fuerint deprehensi, ad triginta librarum argenti illationem poenae nomine teneantur, ita ut, si quinquies condemnati abstinere noluerint, coerciti verberibus exilio mancipentur* (Dat. XV Kal. Iul. R[a]v[ennae] Constantio et Constante cons.) [a. 414].

Nel passaggio precedentemente analizzato in tema di variazione della pena *pro qualitate personarum* (§ 3)⁶⁷, la cancelleria imperiale si occupava di un inasprimento del trattamento sanzionatorio ‘*si quinquies eundem constiterit*’. Parimenti, con riguardo al § 7, le conclusioni formulabili non sono dissimili in quanto, se gli *officiales* fossero *deprehensi in hoc errore*, sarebbero condannati alla *poena* di *triginta librarum argenti*. In questa ipotesi vi sarebbe stata, in sostanza, una esasperazione del trattamento punitivo – ‘*si quinquies condemnati abstinere noluerint*’ – che si sarebbe identificata, in maniera non difforme da quanto si è visto al § 3 laddove si riservava l’*acerbius iudicemus si quinquies eundem constiterit nec damnis ab errore revocari*’, in una misura limitativa della libertà personale – l’*exilium* preceduto dalla *verberatio* –, sanzione che si sarebbe sostituita alla precedente *poena pecuniaria*⁶⁸.

All’esito di quanto visto con riguardo a § 3 e § 7, resta il fatto che le implicazioni insite nei paragrafi richiamati, avrebbero continuato a esistere e a riverberarsi, sebbene con diverse sfumature, pure con riferimento al successivo § 8.

tima» e da ciò sarebbe conseguita la reiterazione, seppur circoscritta, della condotta *contra ius* che dava legittimazione all’esacerbazione del trattamento punitivo. Del medesimo avviso era, in precedenza, GATTI, *L'imputabilità*, 441-442, il quale sembra anch'egli propendere a favore della recidiva specifica reiterata, laddove la multirecidiva si collocherebbe solo sullo sfondo, mancando una completa riflessione sistematica sul tema. Non si deve scordare come, a parere dello studioso, «la stessa valutazione della recidiva specifica» assume un nuovo «contenuto morale e psicologico» per il tramite dell’etica cristiana, mutamento che «vasta risonanza eserciterà nel sistema giuridico statutario». La medesima conclusione può essere formulata anche con riguardo a CTh. 16.5.54.3 (442-443).

⁶⁷ Cfr. *supra*, § 3.

⁶⁸ Anche a fronte della consapevolezza che la condotta recidivante avrebbe comportato un inasprimento di pena, viene prospettata da BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, 431, l’esclusione dell’indulto con riguardo a CTh. 16.5.54.7. Una conclusione non dissimile anima anche C. 6.1.4.1.

In particolare, costituisce riprova di quanto detto:

CTh. 16.5.54.8 (Imp. Honorius A. Iuliano proc[onsuli] Afric[ae]): *Servos vero et colonos cohercitus ab huiusmodi ausibus severissima vindicabit. Ac si coloni verberibus coacti in proposito perduraverint, tunc tertia peculii sui parte multentur* (Dat. XV Kal. Iul. R[a]v[ennae] Constantio et Constante cons.) [a. 414].

Anche in questo paragrafo, infatti, il colono è condannato al pagamento di una multa *tertia peculii sui parte si verberibus coacti in proposito perduraverint*⁶⁹.

In sostanza, nei tre paragrafi precedentemente analizzati e tutti contenuti in CTh. 16.5.54, la cancelleria imperiale si sarebbe ripromessa – in modo non difforme da quanto si è potuto scorgere con riguardo all'exasperazione della pena per i recidivi non beneficiari dei provvedimenti indulgenziali⁶⁹ e dei recidivi la cui *variatio in peius* del trattamento punitivo sarebbe stata ancorata alla *qualitas personarum*⁷⁰ – di garantire redenzione e perdono, avendo di mira delle finalità paideutiche ed emendatrici, fermo restando che, dinanzi a delinquenti che reiterano condotte criminose, nessun vantaggio può essere elargito. Anzi, v'è di più, in quanto il legislatore in CTh. 16.5.54 avrebbe previsto un considerevole incremento della pena – con conseguente modificazione dello *status* personale al § 3, la *verberatio* seguita dall'*exilium* al § 7 e la multa *tertia peculii sui parte* al § 8 – che sarebbe dipeso, in tutte le ipotesi ivi considerate, dal «perseverare nella condotta illecita, nell'errore»⁷¹.

Un regime più articolato si ricava, sempre in questo contesto, da una costituzione emanata a Milano nel 400. Si tratta di:

C. 10.20.1 (Imp. Honorius A. Apollodoro proconsuli Africae): *Quidquid ultra debitum elicatum fuerit a curialibus vel cohortalibus vel aliis exactoribus, in duplum eruat, quod provincialibus restitui protinus oportebit. 1. Si quis autem exactorum in superexactionis crimen fuerit confutatus, capitali periculo cupiditas eius amovenda atque prohibenda est, si in isdem sceleribus perseveret* (Dat. prid. id. Mart. Mediolani Stilichone et Aureliano cons.) [a. 400]⁷².

⁶⁹ Cfr. *supra*, § 2.

⁷⁰ Cfr. *supra*, § 3.

⁷¹ A tal proposito NAVARRA, *La recidiva*, 167-168, prendendo le mosse dall'intento risocializzante avuto di mira dal legislatore, avrebbe valorizzato l'elemento dell'errore che veniva considerato centrale in CTh. 16.5.54. In merito, la studiosa osserva che «gli alti dignitari eretici non risulta che *ab errore revocari*, gli *officiales* dei governatori non vogliono *abstinere* l'*error* nel quale sono stati colti; i coloni *in proposito perduraverint*». Siffatta dinamica veniva ulteriormente enfatizzata, laddove si segnalava come «il fine primo non è punire un male passato, ma irrogare la pena per il bene futuro del colpevole».

⁷² Il testo è stato ripreso, senza alcun intervento significativo, dalla costituzione emanata

Che la riflessione verta principalmente sul tipo di sanzione irrogabile a *curiales*, *cohortales* o *exactores* come conseguenza di un ‘*ultra debitum elicitum*’ pare essere fuori discussione⁷³, sebbene la stessa venga poi determinata in relazione al quantitativo di violazioni della prescrizione penale commesse. Alla luce di ciò, si può sin d’ora notare che la recidiva cui allude il testo della costituzione sia quella specifica⁷⁴, attestazione enucleabile dalla chiara allusione alla perseveranza ‘*in isdem sceleribus*’.

Ciò posto, conviene prendere le mosse dal *principium*, in cui la cancelleria imperiale asserisce che, in caso di estorsione *ultra debitum* da parte di quanti fossero incaricati della riscossione delle imposte, il trattamento punitivo fosse da individuarsi ‘*in duplum eruatur*’, somma che deve essere restituita ai provinciali vittima di raggio.

La maggiore intensità della reazione punitiva si sarebbe registrata nel § 1, ove si profila il *capitale periculum* per l’*exactor in superexactionis crimen fuerit confutatus si in isdem sceleribus perseveret*. Ancora, si noti come l’eticità esprima carattere pervasivo, stante l’espresso riferimento nel brano alla ‘*cupiditas eius amovenda atque prohibenda*’⁷⁵.

Ora, l’impostazione adottata dalla cancelleria imperiale nella costituzione in disamina sottende una presa di posizione – invero non pienamente coerente – rispetto all’atteggiamento estorsivo che, sebbene venga sanzionato con la semplice pena pecuniaria in caso di prima violazione, verrebbe a in-

dal fratello per la parte orientale dell’impero tre anni prima. Cfr., in tal senso, CTh. 11.8.1 (Imp. Arcad[ius] A. Caesario p[raefecto] p[raetori]o): *Si quis exactorum superexactionis crimen fuerit confutatus, eandem poenam subeat, quae divi Valentianiani sanctione dudum fuerat definita. Capitis namque periculo posthac cupiditas amovenda est, quae prohibita totiens in isdem sceleribus perseverat* (Dat. prid. non Mart. Constantinop[oli] Caesario et Attico cons.) [a. 397].

⁷³ A tal proposito pare pienamente condivisibile l’assimilazione dell’estorsiva riscossione delle imposte da parte dei soggetti a ciò preposti a una forma di *vis publica*, così come posto in evidenza da RANDAZZO, *Note*, 212.

⁷⁴ Alla recidiva (specifica) alludono MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, 1044 n. 6; MOMMSEN, *Le droit pénal*, 406 n. 2; DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, 656 n. 3, ma anche MANZINI, *Trattato*, 667 e n. 5, il quale asseriva che «la nozione di recidiva specifica non era ignota ai romani» sebbene venisse «spesso confusa nel concetto generico di reiterazione». Alla recidiva specifica ricorrono, altresì, più di recente, NAVARRA, *La recidiva*, 162; RUSSO RUGGERI, *Recensione a NAVARRA, La recidiva*, 502. In precedenza, FERRINI, *Diritto penale romano: teorie*, 320; FERRINI, *Diritto penale romano: esposizione*, 131-132, rileva come, nel corso dell’intera esperienza giuridica romana, «quella che più direttamente viene in considerazione, è», però, «la recidiva specifica». Si badi che nelle sue monografie il Ferrini erroneamente novellava di C. 10.30.1, sebbene riportasse correttamente il riferimento testuale di C. 10.20.1. A tale *lapsus* accenna altresì NAVARRA, *La recidiva*, 162 n. 61.

⁷⁵ Cfr., sul punto, NAVARRA, *La recidiva*, 162.

crementarsi in maniera smodata, finendo con il riconoscere l'applicazione del *capitale periculum* in caso di reiterata trasgressione. Senza per questo dover prospettare una valutazione che parrebbe discendere da logiche di politica criminale⁷⁶, sembrano comunque emergere dei risvolti degni di rilievo. In primo luogo, per quanto attiene all'individuazione del destinatario cui l'inasprimento del trattamento sanzionatorio pare essere diretto, la costituzione è chiara giacché avrebbe previsto che, indipendentemente dalla gravosità della pena comminata, l'esacerbazione della sanzione pare ben lungi dall'essere rivolta in capo ai soli *exactores* come, invece, una sommaria e meramente letterale esegesi del brano parrebbe, a prima vista, far credere. In questa prospettiva, è giocoforza possibile ravvisare un aggravio di pena anche nei confronti di *curiales* e *cobortales*⁷⁷. In secondo luogo, la testimonianza permette di scorgere – trattandosi di una costante rispondente a politiche di lotta alla delinquenza primaria e, più ancora, alla ricaduta nel reato – come i comportamenti tenuti dai soggetti preposti alla riscossione delle imposte possano essere pesantemente esacerbati passando dalla mera pena pecuniaria *in duplum* al *capitale periculum*. Contestualmente, la ricaduta nella commissione del reato è da considerarsi espressione di un atteggiamento che rammostra una perseveranza nel crimine, lungi dall'esprimere un adeguamento ai canoni e ai valori propri della *societas* di riferimento⁷⁸. Sul punto, va notato come non si

⁷⁶ Si pensi all'opinione di NAVARRA, *La recidiva*, 162, per la quale, in questo frammento, a emergere è «da sproporzione» tra la *variatio* della pena che oscilla «da pecuniaria a pena di morte». A tal proposito, infatti, secondo la studiosa, vi sarebbe sia la necessità di porre in risalto, da un lato, la prima violazione di legge di cui al *principium* – punita, forse, in modo eccessivamente blando – ove l'incaricato alla riscossione delle imposte sarebbe stato solo pecuniariamente sanzionato, senza essere estromesso dalle proprie mansioni seppur, a ben vedere, si possa ritenere indubbia espressione di quella politica criminale atta al recupero sociale del reo e alla valorizzazione del pubblico interesse e, dall'altro lato, la ricaduta nel reato e, precisamente la perseveranza *in isdem sceleribus*, che si sostanzia nel timore, esasperato a dismisura, del *capitale periculum*. Quest'ultima sanzione potrebbe essere considerata come l'esito naturale del fallimento della politica citata. Ciò dovrebbe indurre a pensare che il raggio d'azione della cancelleria imperiale abbia come prospettiva privilegiata quella di incutere una viva apprensione nei confronti del trattamento punitivo, apprensione che avrebbe condotto alla concretizzazione di uno stile di vita scevro da propositi delinquenziali.

⁷⁷ Cfr., in tal senso, NAVARRA, *La recidiva*, 161 n. 59.

⁷⁸ Osserva correttamente NAVARRA, *La recidiva*, 162-163, come «il risultato è che nella previsione della costituzione imperiale la misura della pena oscilla tra due poli opposti: da un lato la mitezza della sanzione inflitta per il primo reato che non preclude al reo di adeguare la propria condotta futura alla legalità, da un altro lato l'estremo rigore della pena di morte minacciata in caso di recidiva, volto prevalentemente a intimorire e così prevenire, e al tempo stesso a sanzionare la più grave colpa di chi si è nuovamente reso punibile».

postuli direttamente un rapporto di inasprimento graduale e armonico del trattamento punitivo, bensì si profila un aumento che «fa leva sul terrore per evitare la ripetizione del crimine»⁷⁹ e che pare essere corrispondente al vantaggio della comunità, ponendosi come risultato di una lotta alla commissione – oltre che alla recidiva – del reato e di risocializzazione del soggetto deviante. Difatti, l'estrema gravosità della pena comminata al reiteratore di reati – il riferimento è alla pena capitale – rispetto alla mera sanzione pecuniaria – cui avrebbe soggiaciuto il delinquente primario – sembra da un lato rispondere alla necessità generale di prevenzione e di deterrenza dal reato, ma, al contempo, non è estranea neppure alla estrema fragilità del potere che non sarebbe stato capace – se non tramite la previsione di ‘misure estreme’ per il recidivo – di arginare in altro modo il dilaniare del crimine.

È ora opportuno collegare una parte della costituzione ad altra testimonianza⁸⁰, attribuibile all'imperatore Leone VI il Saggio, nella quale viene fatto cenno a un difforme trattamento punitivo per l'infedele e recidivo esattore delle imposte, per valutarne comparativamente la portata e riassumerne i tratti distintivi⁸¹.

Tornando per un momento al trattamento punitivo di C. 10.20.1 – da scorgersi nel *capitale periculum* in caso di reiterata estorsione *ultra debitum* da parte dei soggetti preposti all'esazione delle imposte –, si può osservare come la scelta della cancelleria imperiale sia caduta a seguito dell'intervento *in melius* predisposto da Leone VI detto il Saggio, il quale avrebbe sostituito il *capitale periculum* con la più blanda pena pecuniaria quantificata nel *quadrumplum* della somma illegittimamente estorta, seguita dalla destituzione dall'*officium* ricoperto⁸².

⁷⁹ Così NAVARRA, *La recidiva*, 162, la quale asserisce che l'esacerbazione del trattamento punitivo fosse necessaria al fine di raggiungere e preservare il bene comune, in quanto «la ripetizione del crimine» non sarebbe stata «sufficientemente scoraggiata se la pena per il secondo fatto fosse rimasta invariata».

⁸⁰ Secondo NAVARRA, *La recidiva*, 162 n. 62, «l'eccessiva severità» del trattamento punitivo è stata mitigata «con una costituzione abrogativa di C. 10.20.1» per opera di Leone VI il Saggio.

⁸¹ A tal proposito alludo alla seguente parte della Nov. Leon. 61: *νεσπίζομεν δε τὸν εἰς πᾶσι περιπίπτον ἐγγλήματι, ἅπασι μὲν τοῦ πράγματος τοῦ αἰματώδους τολμηθέντος, διπλῆ ἀπαιτήσκει ζημιόσσαι οὐ ὑπερεχτείνων ὄψην τέλους τὴν εἰσπρέξιν, εἰ δ' ἐπιμένει τοῦτο πράττων, τετραπλάσιον ἀναστρέφειν τῷ ἡδῆχρημένῳ τὸ ληφέν, καὶ ἀτίμως τῆς ἐμπεπιστευμένης φροντίδος ἐξίστασθαι· καὶ εἶναι ἀπὸ γε τοῦ νῦν του τοιοῦτου ἐγγλήματος ταύτην τὴν ζημίαν, ἀλλὰ μὴ περὶ ψυχὴν χινδυνεύειν τοὺς ἀδίκους εἰς χρήματα.*

⁸² A tal riguardo si veda la traduzione che delle novelle di Leone VI il Saggio è stata realizzata, in tempi ormai remoti, da NOAILLES - DAIN, *Les nouvelles*, 228, e che qui riporto per maggior comodità: «s'il persiste dans ses agissements, qu'il restitue le quadruple de ce qu'il a

Infine, pare opportuno evidenziare un ulteriore riferimento alla variazione della pena *pro modo admissi* che appare in:

CTh. 15.8.2 (Imp. Theod[osius] II A. Florentio p[raefecto] p[raetori]o): *Lenones patres et dominos, qui suis filiis vel ancillis peccandi necessitatem imponunt, nec iure frui domini nec tanti criminis patimur libertate gaudere. igitur tali placet eos indignatione subduci, ne potestatis iure frui valeant neve quid eis ita possit adquiri. sed ancillis filiabusque, si velint, conductisve pro paupertate personis, quas sors damnavit humilior, episcoporum liceat, iudicum etiam defensorumque implorato suffragio omni miseriarum necessitate absolvi, ita ut, si insistendum eis lenones esse crediderint vel peccandi ingerant necessitatem invitis, non amittant solum eam quam habuerant potestatem, sed proscripti poenae mancipientur exilii metallis addicendi publicis, quae minor poena est, quam si praecepto lenonis cogatur quispiam coitionis sordes ferre, quas nolit* (Dat. XI Kal. Mai. Felice et Tauro cons.) [a. 428]⁸³.

Va preliminarmente osservato come la costituzione riportata sia volta alla criminalizzazione⁸⁴ delle condotte astrattamente riconducibili al *lenocinium* e,

pris à tort, et qu'il soit honteusement écarté de l'office qui lui a été confié». Cfr., sul punto, anche FERRARI DALLE SPADE, *Il diritto penale*, 303 ss.

⁸³ Il testo è riproposto nella produzione giustiniana sia parzialmente in C. 1.4.12 (Imp. Theodosius II A. Florentio praefecto praetorio): *Si lenones patres vel domini suis filiabus vel ancillis peccandi necessitatem imposuerint, liceat filiabus vel ancillis episcoporum implorato suffragio omni miseriarum necessitate absolvi* (Dat. XI Kal. Mai. Felice et Tauro cons.) [a. 428], che integralmente in C. 11.41.6 (Imp. Theodosius II A. Florentio praefecto praetorio): *pr. Lenones patres et dominos, qui suis filiabus vel ancillis peccandi necessitatem imponunt, nec iure frui domini nec tanti criminis patimur libertate gaudere. 1. Igitur tali placet eos indignatione subduci, ne potestatis iure frui valeant neve quid eis ita possit adquiri. sed ancillis filiabusque, si velint, conductisve pro paupertate personis, quas sors damnavit humilior, episcoporum liceat, iudicum etiam defensorumque implorato suffragio omni miseriarum necessitate absolvi, ita ut, si insistendum eis lenones esse crediderint vel peccandi ingerant necessitatem invitis, non amittant solum eam quam habuerant potestatem, sed proscripti poenae mancipientur exilii metallis addicendi publicis: quae minor poena est, quam si praecepto lenonis cogatur quispiam coitionis sordes ferre, quas nolit* (Dat. XI Kal. Mai. Felice et Tauro cons.) [a. 428]. In entrambi i brani viene messo in evidenza l'utilizzo della variante '*filiabus*' in luogo di '*filiis*', variazione che non sembra assumere rilievo meramente stilistico, bensì acquisirebbe autorità anche sul fronte della tutela da apprestare. A tal proposito, cfr. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, 444; PULIATTI, '*Quae ludibrio*', 74 n. 138; FAYER, '*Meretrix*', 658, n. 363; RANDAZZO, *Note*, 212. Del pari, in precedenza, SICARI, *Prostituzione*, 29 nn. 9 e 10, osserva come il termine '*filiis*' doveva intendersi al femminile, dato che il meretricio era pratica diffusa soprattutto dalle donne, sebbene fossero radicati, anche se in minor misura, fenomeni di prostituzione maschile. Cfr., per quanto attiene alla prostituzione maschile, ex plurimis MCGINN, *Prostitution*, 10-11; DALLA, '*Ubi venus mutatur*', 7 ss.; CANTARELLA, *Secondo natura*, 129 ss.; VEYNE, *L'omosessualità*, 71 ss.; DE CRISTOFARO, '*Inpudicus*', 41 ss.;

⁸⁴ Si tratta del primo provvedimento adottato nel corso dell'esperienza giuridica romana atto a criminalizzare il *lenocinium*. Colgono questo aspetto, tra i molti, RIZZELLI, '*Lex Iulia*', 125; FAYER, '*Meretrix*', 660; RANDAZZO, *Note*, 470; NAVARRA, *La recidiva*, 169. Sembra condi-

in particolare, all'inasprimento del trattamento punitivo in capo al lenone che abbia tratto vantaggio dal meretricio della persona sfruttata. Ma la testimonianza non sembra affatto riferirsi in maniera indiscriminata a chiunque abbia assunto tale qualifica. Difatti, la pena – e il suo conseguente aggravamento in caso di recidiva – viene applicata per far fronte – e, quindi, limitare se non addirittura azzerare – al *lenocinium* realizzato dal *pater familias* ovvero dal *dominus*, dalle cui attività discende un vantaggio diretto (o meno) dallo sfruttamento della prostituzione di *suis filiis vel ancillis* che *'peccandi necessitatem imponunt'*.

Centrale è però la *'necessitas peccandi'*⁸⁵, che giustifica sia la pena per il primo sfruttamento del meretricio, sia il suo inasprimento in caso di ricaduta nel reato⁸⁶. Cogliendo questo aspetto, diviene progressivamente più eloquente l'esigenza avvertita dalla cancelleria imperiale di adottare provvedimenti atti a preservare e a garantire la tutela dei soggetti deboli; consapevole del fatto che è la necessità che impone loro di peccare, trattandosi di *alieni iuris*, privati della libertà di autodeterminazione e sottoposti alla *voluntas* del *pater familias* (se figlie) o del *dominus* (se schiave).

In primo luogo, a venire in luce è la prima violazione del divieto di non prostituire da parte, rispettivamente, del *dominus* e del *pater familias*. Diversa, sarebbe stata anche la terminologia adoperata, di piena età classica⁸⁷, giacché si sarebbe fatto uso di due diverse espressioni, vale a dire *'ius frui domini'*⁸⁸ e

visibile l'osservazione avanzata su questo punto, in precedenza, da SICARI, *Prostituzione*, 29 ss., la quale, dopo aver messo in luce l'emersione «in maniera netta e inequivocabile» di una criminalizzazione in materia di meretricio, ne evidenzia «una ormai acquisita formalizzazione del carattere appunto criminoso di quel comportamento sociale». Sulla testimonianza riportata vd. anche, in tempi recenti, SOLIDORO MARUOTTI, *I percorsi del diritto*, 48; SOLIDORO MARUOTTI, *La prostituzione*, 231 ss. e ARENA, *Il papa*, 196-197 mentre, più in generale, sulla diffusione del *lenocinium* nel diritto giustiniano e bizantino, cfr. GORIA, *Ricerche*, 333 ss.

⁸⁵ Sulla *necessitas peccandi* cfr., *ex multis*, FAYER, *Meretrix*, 660 e, poco dopo, NAVARRA, *La recidiva*, 170.

⁸⁶ Entro questa prospettiva cfr. NAVARRA, *La recidiva*, 170, a parere della quale «non si tratta di un provvedimento repressivo della prostituzione in generale, ma di misure a protezione di donne che soggiacciono a un potere giuridicamente fondato». In precedenza, PULIATTI, *Quae ludibrio*, 74, sostiene che la costituzione avrebbe avuto di mira la repressione del solo *lenocinium* di *pater familias* e *dominus*. Tale asserzione sarebbe corroborata da una riflessione più generale inerente all'individuazione del *lenocinium* a loro ascritto come proscettismo.

⁸⁷ Cfr., sul punto, la riflessione spesa da SICARI, *Prostituzione*, 33.

⁸⁸ Sulla specifica locuzione merita di essere richiamata, per la sua chiarezza, la riflessione elaborata da SICARI, *Prostituzione*, 33, secondo cui nella costituzione in disamina viene adottata «una terminologia che sconvolge i canoni del diritto classico secondo i quali il verbo

'*ius frui potestatis*'⁸⁹. Così la cancelleria imperiale prospetta un divieto per il *pater familias* e per il *dominus* di godere, in caso di prima violazione, dello *ius dominii* e dello *ius potestatis* nei confronti di *filiis vel ancillis* dei quali si sfruttava la prostituzione sebbene, lungi dal limitarsi a una mera e formale preclusione – peraltro, si badi, strettamente correlata con la natura criminosa del comportamento tenuto –, ne asserviva la medesima a un acerbo trattamento sanzionatorio, senz'altro rilevante sul terreno general-preventivo. La predetta prospettiva conduce a considerare rimarchevole il ricorso – '*si velint*' – da parte di *ancillis filiabusque*⁹⁰ alla protezione dell'*episcopus*, del governatore provinciale o del *defensor civitatis* al fine di essere assolti da *omni miseriarum necessitate*⁹¹.

Volendo tornare al lenocinio di *pater familias* e *dominus*, nell'avversione riportata nella *constitutio* e avvertita dalla cancelleria imperiale si troverebbe conferma non soltanto della comprovata radicalizzazione della condotta, nel tessuto sociale romano, ma anche – e soprattutto – della particolare ripugnanza che la stessa comporta: '*nec tanti criminis patimur libertate gaudere*' si legge nella testimonianza⁹². Non è un caso, infatti, che dall'induzione alla pro-

frui era solitamente utilizzato in connessione a una *res*».

⁸⁹ Non meno rimarchevole rispetto a quanto riportato nell'allusione allo *ius dominii* parrebbe essere la riflessione condotta da SICARI, *Prostituzione*, 33, con riguardo allo *ius potestatis*. Va notato a tal proposito, infatti, che la studiosa asserisce alla «privazione, come conseguenza del giudizio, espresso dall'ordinamento, di assoluta e totale condanna circa il comportamento tenuto da chi ne è titolare».

⁹⁰ Osserva correttamente FAYER, *Meretrix*, 660, che è indubbio, pure alla luce della terminologia adottata dalla stessa costituzione, come accanto a *filiis vel ancillis* il ricorso alla protezione di vescovi, governatori provinciali e *defensor civitatis* sia garantito anche alle persone di umile condizione – '*quas sors damnavit humilior*' si legge nel testo della testimonianza – che sono costrette, a causa del loro stato di indigenza e povertà, a esercitare l'attività di meretricio '*conductivae pro paupertate personis*'. Cfr., sul punto, RIZZELLI, *Lex Iulia*, 125 n. 10 e, non molto tempo dopo, PULIATTI, *Quae ludibrio*, 74.

⁹¹ Sul punto, vd. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, 444 e 482; MANNINO, *Ricerche*, 131-132; CIMMA, *L'episcopalis audentia*, 13-14 e 16 n. 32; FORMIGONI CANDINI, *Ne lenones*, 120; SOLIDORO MARUOTTI, *I percorsi del diritto*, 48; SOLIDORO MARUOTTI, *La prostituzione*, 231 ss.; ARENA, *Il papa*, 196-197.

⁹² In argomento, SICARI, *Prostituzione*, 32, pone in risalto due elementi di valutazione – che andavano ad accostarsi a quanto desunto con riguardo alla stessa terminologia adoperata dalla cancelleria imperiale al fine di reprimere il favoreggiamento della prostituzione da parte del *pater familias* e del *dominus* – da individuarsi, in primo luogo, nell'«indignazione nella quale incorre colui che lo compie» e, in secondo luogo, nel riconoscimento «di una pari dignità» tra *filiis vel ancillis* in quanto facenti parte di «uno stato di subordinazione potestativa sostanzialmente identica». Sulla ripugnanza dell'induzione alla prostituzione nell'esperienza giuridica romana, cfr. PULIATTI, *Quae ludibrio*, 74; FAYER, *Meretrix*, 660 e, soprattutto, RANDAZZO, *Note*, 472-473. Come ha correttamente osservato lo studioso, «*damnatio in metal-*

stituzione in capo ai lenoni non vi è soltanto la perdita dello *ius frui domini/ius frui potestatis*, ma anche la *proscriptio* dei beni accompagnata dall'*exilium* e la *damnatio in metallum*⁹³.

Ed ecco che viene posto in risalto il secondo rilievo degno di nota, da scorgersi nell'aggravamento del trattamento sanzionatorio in caso di ricaduta nel medesimo reato.

È proprio la recidiva specifica che giustifica la *variatio in peius* della pena, una *variatio* particolarmente significativa per il *pater familias* e il *dominus*, avvalorata da un lato «dal giudizio morale negativo che la società riservava agli autori di tale crimine» e dall'altro lato dall'emersione dell'etica cristiana⁹⁴, e la cui traccia viene scorta nel '*si insistendum*' riscontrabile nella testimonianza⁹⁵.

lum è considerata *proxima morti*, importando per il condannato la *servitus poenae*, oltre che la costrizione ai lavori forzati nelle miniere». Cfr., a tal proposito, poco oltre, n. 95.

⁹³ Cfr., in argomento, COSTA, *Crimini*, 169-170; FORMIGONI CANDINI, *Ne lenones*, 120; SICARI, *Prostituzione*, 34-35; FAYER, *Meretrix*, 660; NAVARRA, *La recidiva*, 171; RUSSO RUGGERI, *Recensione* a NAVARRA, *La recidiva*, 502. Alla completa «liberazione della schiava» – e non solo – «nel caso di prostituzione» allude, con riguardo alla testimonianza in disamina, BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, II, 279. Sul punto, vd. anche PULIATTI, *Il diritto penale*, 4490, il quale mette in risalto un duplice profilo: in sostanza, lo studioso avrebbe scorto un vantaggio per le persone avviate alla prostituzione e un detrimento per l'induttore. Sicché, precisa lo studioso, come «Teodosio II infligge al lenone i lavori forzati nelle miniere (*metallum*) e la perdita dei soggetti prostituiti, i quali ottengono la libertà».

⁹⁴ Cfr., sul punto, SICARI, *Prostituzione*, 34 ss. Per alcuni versi riconducibili agli spunti proposti dalla studiosa, trattando dell'emersione dell'etica cristiana, si possono considerare le valutazioni di RANDAZZO, *Note*, 208-209, a tenore delle quali «da prostituzione inizia ad essere denunciata come un male sociale, e per tale ragione a reprimerla; tuttavia, poiché l'etica cristiana non era ancora saldamente incardinata nella coscienza popolare, il divieto da solo probabilmente non sarebbe bastato e da qui la previsione dell'aumento di pena per la reiterata pratica di tale condotta vietata». In un siffatto contesto ben si innestano, a tal proposito, le sanzioni prescritte dalla cancelleria imperiale che tendono «a considerare deprecabili le condotte immorali, oltre che illecite, e ad aggravare le pene per i crimini contro il buon costume». L'influenza dell'etica cristiana volta a perseguire e arginare «un uso distorto della sessualità oltreché a salvaguardare l'ordine pubblico» era notevolissima, come conferma DALLA, *Recensione* a SICARI, *Prostituzione*, 208.

⁹⁵ Come viene correttamente notato da PULIATTI, *Quae ludibrio*, 74, «da sanzione inflitta a tale attività, una volta accertata e constatato il rifiuto degli autori di recedere da essa (*si insistendum eis lenones esse crediderint*), è insieme privatistica (perdita del *ius potestatis* sui soggetti prostituiti e del diritto agli acquisiti patrimoniali per il suo tramite) e personale afflittiva (il *metallum* invece della semplice *relegatio*)».

5. Recidiva nelle *Novellae* giustinianee: rilevanza dell'etica cristiana ed elaborazione imperiale

In ordine alla condotta recidivante, nella produzione novellare giustiniana si possono scorgere diverse tendenze che ricorrono in maniera frastagliata, sebbene conservino un medesimo tratto comune, da individuarsi nell'influsso dell'etica cristiana.

È prioritario dunque domandarsi – e valutare – come la recidiva si rapporti a tale legislazione e se vi si possano ravvisare elementi di congiunzione. Ciò potrebbe essere scorto, in primo luogo, nella normativa in materia di preservazione «di ordine e morale pubblici»⁹⁶, individuando in quest'ultima un valido *trait d'union*.

Si ritiene opportuno muovere primariamente dall'esegesi di una novella la cui datazione pare incerta per mancanza di *subscriptio*, sebbene sembri collocabile nel 535 d.C., ossia:

Nov. 77.1: 1. Ἐπειδὴ δὲ τινες πρὸς τοῖς εἰρημένοις καὶ βλάσφημα ῥήματα καὶ ὄρκους περὶ θεοῦ ὀμνύουσι τὸν θεὸν παροργίζοντες, καὶ τοῦτοις ὁμοίως παρεγγυῶμεν ἀποσχέσθαι τῶν τοιούτων βλασφημῶν ῥημάτων καὶ τοῦ ὀμνύειν κατὰ τριχός τε καὶ κεφαλῆς καὶ τῶν τοῦτοις παραπλησίων ῥημάτων. εἰ γὰρ αἱ κατ' ἀνθρώπων γινόμεναι βλασφημίαι ἀνεκδίκητοι οὐ καταλιμπάνονται, πολλῶ μᾶλλον ὁ εἰς αὐτὸ τὸ θεῖον βλασφημῶν ἄξιός ἐστι τιμωρίας ὑποστῆναι. διὰ τοῦτο οὖν πάντας τοὺς τοιούτους προτρέπομεν ἐκ τῶν εἰρημένων πλημμελημάτων ἀποσχέσθαι καὶ τὸν τοῦ θεοῦ φόβον κατὰ νοῦν λαμβάνειν καὶ ἀκολουθεῖν τοῖς καλῶς βιοῦσιν. διὰ γὰρ τὰ τοιαῦτα πλημμελήματα καὶ λιμοὶ καὶ σεισμοὶ καὶ λοιμοὶ γίνονται, καὶ διὰ τοῦτο παραινοῦμεν τοῖς τοιούτοις ἀποσχέσθαι τῶν εἰρημένων ἀτοπημάτων, ὥστε μὴ τὰς αὐτῶν ἀπολέσαι ψυχάς. εἰ γὰρ καὶ μετὰ τὴν τοιαύτην ἡμῶν νοθεσίαν εὐρεθῶσί τινες τοῖς αὐτοῖς ἐπιμένοντες πλημμελήμασι, πρότερον μὲν ἀναξίους ἑαυτοὺς ποιοῦσι τῆς τοῦ θεοῦ φιλανθρωπίας, ἔπειτα δὲ καὶ τὰς ἐκ τῶν νόμων ὑποστήσονται τιμωρίας. 2. Ἐπετρέψαμεν γὰρ τῷ ἐνδοξοτάτῳ ἐπάρχῳ τῆς βασιλίδος πόλεως τοὺς ἐπιμένοντας ταῖς εἰρημέναις ἀτόποις καὶ ἀσεβέσι πράξεις καὶ μετὰ ταύτην ἡμῶν τὴν νοθεσίαν συνέχειν καὶ ταῖς ἐσχάταις ὑποβάλλειν τιμωρίας, ἵνα μὴ ἐκ τοῦ παραβλέπειν τὰς τοιαύτας ἀμαρτίας εὐρεθῇ καὶ ἡ πόλις καὶ ἡ πολιτεία διὰ τῶν τοιούτων ἀσεβῶν πράξεων ἀδικουμένη. εἰ γὰρ καὶ μετὰ ταύτην ἡμῶν τὴν παραίνεσιν τινες τοὺς τοιούτους εὐρίσκοντες συγκρύψουσιν αὐτούς,

⁹⁶ Cfr., sul punto, le riflessioni di SANDIROCCO, «*Cum vir nubet in feminam*», 15, il quale ravvisa un «forte collegamento tra il crimine sanzionato e la salvaguardia della città», ossia Costantinopoli, essendo a codesti abitanti rivolto il provvedimento, «dal pericolo di un decadimento morale e materiale». Si badi che necessita di essere precisata la centralità assunta, per il tramite dell'etica cristiana, dai «problemi di ordine e moralità pubblici» nella produzione giustiniana e che tende a riverberarsi nelle testimonianze che verranno in questa sede affrontate.

ὁμοίως παρὰ τοῦ δεσπότης θεοῦ κατακριθήσονται. καὶ αὐτὸς γὰρ ὁ ἐνδοξότατος ἔπαρχος, ἐὰν εὔρη τινὰς τοιοῦτό τι πλημμελοῦντας καὶ τὴν ἐκδίκησιν εἰς αὐτοὺς μὴ ἐπαγάγη κατὰ τοὺς ἡμετέρους νόμους, πρότερον μὲν ἔνοχος ἔσται τῇ τοῦ θεοῦ κρίσει, ἔπειτα δὲ καὶ τὴν ἐξ ἡμῶν ἀγανάκτησιν ὑποστήσεται⁹⁷.

Il lessico impiegato è illuminante sul punto oggetto di trattazione⁹⁸ in quanto, nell'ambito della repressione della sodomia⁹⁹ e della blasfemia – oltre che del giuramento ‘*per aliquod membrum aut per capillos Dei*’ –, si sostanzierebbe un irrigidimento del trattamento sanzionatorio laddove si assiste all'emersione di una (ri)commissione ulteriore dei delitti, anche a fronte di una propensione volta all'astensione da codesti propositi devianti.

Muovendo primariamente dall'esegesi del *principium*, sarebbero – ‘*et quoniam quidam ad haec quae diximus*’¹⁰⁰ – da scorgere nei ‘*blasphema verba et sacramenta de deo iurant*’ i comportamenti che avrebbero determinato l'insorgere dell'ira divina e, conseguentemente, la diffusione di *fames, terrae motus et pestilentiae* presso l'intera comunità. La pena prevista, a titolo di sanzione individuale in capo al reo, sarebbe stata la condanna della propria anima alla per-

⁹⁷ Trad. ed. Schöll-Kroll: 1. *Et quoniam quidam ad haec quae diximus et blasphema verba et sacramenta de deo iurant deum ad iracundiam provocantes, et istis iniungimus abstinere ab huiusmodi blasphemis verbis et iurare per capillos et caput et his proxima verba. Si enim contra homines factae blasphemiae impunitae non relinquuntur, multo magis qui ipsum deum blasphemat dignus est supplicia sustinere. Propterea igitur omnibus huiusmodi praecipimus a praedictis delictis abstinere et dei timorem in corde percipere et sequi eos qui bene vivunt. Propter talia enim delicta et fames et terrae motus et pestilentiae fiunt, et propterea admonemus abstinere ab huiusmodi praedictis illicitis, ut non suas perdant animas. Sin autem et post huiusmodi nostram admonitionem inveniantur aliqui in talibus permanentes delictis, primum quidam indignos semetipsos faciunt dei misericordia, post haec autem et legibus constitutis subiiciuntur tormentis. 2. Praecipimus enim gloriosissimo praefecto regiae civitatis permanentes praedictis illicitis et impus actibus et post haec nostram admonitionem et comprehendere et ultimis subdere suppliciis, ut non ex contemptu talium inveniatur et civitas et respublica per hos impios actus laedi. Si enim et post hanc nostram suasionem quidam tales invenientes hos subterclaverint, similiter a domino deo condemnabuntur. Et ipse enim gloriosissimus praefectus in invenerit quosdam tale aliquid delinquentes et vindictam in eos non intulerit secundum nostras leges, primum quidem obligatus erit dei iudicio, post haec autem et nostram indignationem sustinere.*

⁹⁸ Per la singolarità della rubrica, cfr. MIGLIARDI ZINGALE, *Il manoscritto greco*, 461 ss.

⁹⁹ Va segnalato come la *diabolica instigatione* che conduce gli uomini alla commissione di atti lussuriosi contro natura tenti di essere arginata dal timore di Dio e del *futurum iudicium*. Tali prospettazioni avrebbero, infatti, dovuto ‘*abstinere ab huiusmodi diabolicis et illicitis luxuriis, ut non per huiusmodi impios actus ab ira dei iusta inveniantur et civitate cum habitatoribus earum pereant*’. Coglie nel segno, dunque, il rilievo di SANDIROCCO, «*Cum vir nubit in feminam*», 16, a tenore del quale «la decadenza dei costumi suscita l'ira divina, che ricade non solo sui criminali ma su tutta la comunità».

¹⁰⁰ Cfr., *supra* n. 98.

dizione.

Ma, procedendo con l'esegesi del testo (in particolare l'attenzione va riposta sul § 1), non si può prescindere dal rintracciare nella permanenza nel delitto '*post huiusmodi nostram admonitionem*' il motivo dell'aggravamento di pena che, in primo luogo, viene scolpito in un detrimento di carattere religioso e violativo della prescrizione divina – difatti nella fonte viene precisato come '*primum quidem indignos semetipsos faciunt dei misericordia*' – e che, solo in subordine, si sostanzia in una trasgressione della legge umana, come attestato dall'espressione '*post haec autem et legibus constitutis subiciuntur tormentis*'¹⁰¹.

Invero, nel § 2, si evince che in caso di permanenza nell'illecito e negli atti empì – noncuranti dell'ammonizione in precedenza sofferta e anche a fronte della consapevolezza delle sanzioni prescritte nei riguardi *gloriosissimus praefectus* che si astenga dall'intervenire – si renderà necessaria l'applicazione delle più estreme torture¹⁰² proprio perché si vuole salvaguardare l'integrità

¹⁰¹ Merita di essere richiamata, per la sua chiarezza, la riflessione elaborata da SANDIROCCO, «*Cum vir nubet in feminam*», 15-16, il quale – circa la previsione di una punizione che si sarebbe declinata primariamente in una dimensione divina e, solo in un secondo momento, avrebbe assunto rilievo sul versante del diritto secolare – asserisce che «ciò avvalorava l'idea di un mutamento nel pensiero dell'imperatore, ormai propenso a conferire più importanza alla giustizia divina rispetto a quella umana, in un cesaropapismo ormai assoluto, che ne rafforzava la propria leviatonica egemonia che vede ben salde nelle sue mani la spada del potere politico e il pastorale di quello religioso». A riprova di ciò, lo studioso continua sostenendo che nella testimonianza è «forte la tensione spirituale» laddove non viene più fatto uso di una terminologia prettamente giuridica (in merito veniva fatto accenno al «crimine» e alla «pena»), bensì si propende per un impiego di vocaboli avvinti da una dominante connotazione religiosa (a tal riguardo si allude al «peccato», al «castigo», alla «penitenza» e alla «conversione»). Quest'ultima riflessione è stata avanzata, in tempi precedenti, da DALLA, '*Ubi venus mutatur*', 200, il quale evidenzia la primigenia sanzione divina e il subordinato trattamento punitivo promanante dal braccio secolare. Cfr., sul punto, FALCHI, *Diritto penale romano. (I singoli reati)*, 217; BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, 427-428; BONINI, *Studi*, 88-89; SITZIA, *Legislazione criminale*, 215; FASOLINO, *Pena*, 137-138. Ancora sulla testimonianza e sui rapporti con la dimensione religiosa, vd. FIORENTINI, *Il giurista*, 201 ss. Più in generale, sulla misericordia nel diritto romano, cfr. LUCETTI, *La misericordia*, 119 ss.

¹⁰² Alla pena di morte allude BOTTA, *Giustiniano*, 283, a parere del quale si tratterebbe di una sanzione che affonda le sue radici nel diritto mosaico, all'interno del quale siffatto trattamento repressivo sarebbe stato riconosciuto per dei reati limitati, vale a dire «sia per la blasfemia sia per l'omosessualità, a somiglianza del trattamento divino delle corrotte città di Sodoma e Gomorra». Lo studioso, comunque, non crede si possa escludere recisamente la sua plausibile derivazione dal diritto romano, laddove si evidenzia una continuità tra «la condotta considerata da Giustiniano» e le «fattispecie represses come *sacrilegium*». Meritano di essere ricordate anche le riflessioni condotte da SITZIA, *Legislazione criminale*, 215, a parere del quale, in maniera non dissimile da quanto evidenziato dal Botta più tardi, la pena di morte si considera «l'estremo rimedio cui occorre far ricorso dinnanzi ad una pervicace vo-

della *civitas* e della *respublica* dalle possibili conseguenze nefaste derivanti da questo empio atto, rendendosi al contempo necessaria la sottomissione alla pena divina.

Ancorché finalizzato alla proposizione di un sistema atto ad arginare le condotte astrattamente riconducibili a episodi di blasfemia – oltre che episodi di giuramento ‘*per aliquod membrum aut per capillos Dei*’ – e di sodomia, non può comunque negarsi l’attinenza della testimonianza (e di quanto in essa previsto, con particolare riguardo al profilo relativo alla permanenza nell’illecito e negli atti empì) alla recidiva.

A tal proposito pare necessario interrogarsi, anche a fronte della consapevolezza dell’inasprimento di pena a seguito di (ri)commissione dei delitti¹⁰³, sulla locuzione di cui viene fatto uso nella testimonianza, vale a dire

lontà del reo di non emendarsi». Dunque, siffatta interpretazione consentirebbe di propendere a favore della previsione della funzione emendatrice della pena quale finalità primigenia avuta di mira dal legislatore. A quest’ultimo proposito, difatti, sembra alludere lo studioso che non individua il *leitmotiv* della pena capitale nella prevenzione generale, bensì nella necessità di emenda del reo. Circa l’identificazione dell’*ultimum supplicium* con la pena di morte si vedano altresì FALCHI, *Diritto penale romano. (I singoli reati)*, 225; BONINI, *Studi*, 89; FASOLINO, *Pena*, 137-138. Pare opportuno porre in evidenza la riflessione condotta da DALLA, ‘*Ubi venus mutatur*’, 202-203, il quale, a fronte della «assenza di un’indiscutibile tecnicità di linguaggio», non ammette *in nuce* la certa individuazione della pena di morte – nel § 2 – quale pena applicabile in caso di perseveranza nel delitto, benché paia «da interpretare come pena di morte, soprattutto alla luce del confronto con il tenore della Nov. 141». Cfr., sul punto, la notazione che veniva spesa dallo studioso con riguardo alla *poena gladii* e la riflessione condotta in argomento da FALCHI, *Diritto penale romano. (I singoli reati)*, 131. Va altresì osservato come BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, 469, avesse anch’egli ricavato dal testo l’idea relativa all’individuazione dell’*ultimum supplicium* con la pena di morte e che tale accostamento andrebbe ulteriormente avvalorato dalla conformità ad alcuni precetti evangelici e, in particolar modo, a Matth. XII, 31: *Spiritus autem blasphemia non remittentur* e a Tim. I, 1, 20: *Quod tradidi Satanae, ut discant non blasphemare*.

¹⁰³ Si noti come la dottrina non sia unanime nel riconoscere – ovvero nel negare – autorità alla recidiva con riguardo alla testimonianza in disamina. A tal proposito, BRUSA, *Studi sulla recidiva*, 131, era propenso a considerare la Nov. 77 espressione di recidiva in senso tecnico. Non pare proclive a condividere quanto sostenuto dal Brusa, invece, in tempi recenziatori, NAVARRA, *La recidiva*, 181 n. 125, secondo la quale «il legislatore prende in considerazione condotte che erano abitudinarie (ma non sanzionate) prima dell’introduzione della nuova figura criminosa e che vengono dal soggetto ripetute nonostante che, dopo il dissuasivo provvedimento imperiale, siano divenute illecite». Va dunque notato come la studiosa pervenga alla conclusione secondo cui, nella novella in esame, non si possa considerare perfezionata alcuna condotta recidivante dovendosi cogliere il *leitmotiv* nella carenza di alcuni elementi strutturali, ovverosia «una precedente sanzione e condanna, presupposto della recidiva». Paradigmatica, sul punto, è la notazione spesa, tempo addietro, da DALLA, ‘*Ubi venus mutatur*’, 202, alla luce della quale si deve scorgere «un preesistente sistema sanzionatorio»

'*praecipimus a praedictis delictis*'. Siffatta espressione parrebbe riferirsi all'agire recidivante in quanto allude specificamente alla ricaduta¹⁰⁴ nella commissione di un delitto e tale considerazione viene ulteriormente avvalorata dalla finalità emendatrice cui ambisce il detentore della potestà legislativa, in un periodo storico caratterizzato dall'emersione dell'etica e dei valori della cristianità.

Ora, nel tentativo di dispiegare ulteriormente il primo profilo avanzato, acquista efficacia la perseveranza nella commissione del delitto, requisito ineludibile al fine di potersi considerare integrata la recidiva, che necessita della reiterazione nel proposito delinquenziale, sebbene non si possa riferirsi propriamente alla recidiva 'in senso tecnico', non riservando il provvedimento alcun cenno a una precedente condanna. Invero, sarebbe impossibile parlare tecnicamente di recidiva¹⁰⁵, sebbene paia possibile scorgere tracce di una legislazione finalizzata a evitare la ricaduta nel reato e tale propensione verrebbe ulteriormente avvalorata dalla forma verbale '*praecipimus*', conservata anch'essa nella testimonianza. Siffatto profilo pare rapportarsi intimamente con la finalità dell'apparato punitivo predisposto dalla cancelleria imperiale, atto a evitare la commissione e la perseveranza nell'illecito. Difatti, nell'anzidetto scenario, è inevitabile fare cenno alla «funzione sostanzialmente purificatrice» e catartica della pena che, soltanto in via di riflesso, preserva la generalità dei consociati dalla commissione del crimine¹⁰⁶.

sia con riferimento alla blasfemia che con riguardo alla sodomia. Parrebbe invece deporre a favore dell'individuazione di un agire recidivante la riflessione condotta da FASOLINO, *Pena*, 138, il quale ritiene applicabile l'*ultimum supplicium* «laddove il reo persista nel proprio misfatto mostrando di essere, perciò, irrecuperabile». Lo studioso, nel prosieguo del ragionamento, correttamente osserva come, in diverse occasioni, la cancelleria imperiale si fosse avvalsa del timore ingenerato nella generalità dei consociati dalla previsione astratta di un rigido trattamento punitivo atto a scongiurare o, comunque, disincentivare «chi volesse intraprendere azioni illecite o persistere nel suo comportamento delittuoso» con il precipuo scopo di «evitare che, attraverso la commissione di reati, gli uomini portino alla dannazione la propria anima».

¹⁰⁴ Alla perseveranza nel delitto alludono diversi studiosi, tra i quali vd., *ex multis*, BONINI, *Studi*, 89; SITZIA, *Legislazione criminale*, 215; BOTTA, *Giustiniano*, 85; FASOLINO, *Pena*, 137-138 e 183-184.

¹⁰⁵ Cfr., a tal proposito, NAVARRA, *La recidiva*, 181 n. 125.

¹⁰⁶ Sotto questo profilo, pare necessario condividere quanto sostenuto da SITZIA, *Legislazione criminale*, 215 s., secondo cui «in Nov. 77 l'emenda appare come lo scopo primario del legislatore e la pena come un male necessario al quale il legislatore stesso si piega qualora non riesca a realizzare questo scopo primario». Del medesimo avviso è FASOLINO, *Pena*, 138, il quale rafforza l'orientamento sin qui prospettato, invero sostenendo come «da pena viene comminata solo quale *extrema ratio*, al fine di evitare il rischio che un atteggiamento troppo

Entro l'orizzonte riguardante la rilevanza della condotta recidivante nella produzione novellare giustiniana, merita di essere partitamente analizzata la Nov. 154, avente come oggetto di trattazione gli *incesti crimina*. Il testo della Novella del 535-536 d.C. assume il seguente tenore:

Nov. 154.1: ... μετὰ δὲ τὸν ἡμέτερον νόμον τὸν ἔναγχος περὶ τούτου τεθέντα εἶ τις ἐτόλμησεν ἢ καὶ τολμήσειεν τοιοῦτό τι πράξει, βουλόμεθα τοῦτον ὑπὸ πονῆς ἐσχάτας καταστῆναι, εἰδότα ὡς οὐ μέχρι χρηματικῶν στησόμεθα πονῶν, ἀλλ' αὐτόν τε καὶ γυναῖκα καὶ παῖδας ἐξ ἀθεμίτων γινομένους γάμων μετὰ τὴν ἡμετέραν, ὡς εἴρηται, θείαν διάταξιν μετελευσόμεθα, καὶ τὸν εἰς κεφαλὴν κίνδυνον καὶ τὴν εἰς περιουσίαν αὐτοῖς ποινὴν ἐπιστήσομεν, οὐδενὸς φειδόμενοι οὔτε εἰ μείζονος οὔτε εἰ ἐλάττονος εἴη καταστάσεως ἢ τύχης ἢ ἱερωσύνης (τοῦτο γὰρ ἔτι μᾶλλον ἔστι δυσκολώτερον), ἀλλὰ πᾶσιν ὁμοίως ἐπεξιόντες τὴν νενομισμένην καὶ τοῖς ῥωμαϊκοῖς πρέπουσαν νόμοις φυλάζομεν εὐταξίαν, οὐ μέρος μόνον τῆς οὐσίας ἀφαιρούμενοι, ἀλλὰ καὶ τὴν οὐσίαν ὅλην καὶ μέρος τοῦ σώματος, καὶ εἴπερ καὶ δυσκολωτέραν εὖρωμεν τὴν ἀθεμιτογαμίαν, καὶ αὐτὴν ἴσως τὴν ψυχὴν· οὐδενὸς ἀποφυγεῖν δυναμένου εἰς τὸ τοῖς πέλας ἐν τοῖς πλημμελήμασιν ἀκολουθεῖν. χρὴ γὰρ τὰ ὀρθὰ τε καὶ προσήκοντα φρονεῖν καὶ τοὺς ἄλλους ἀνίσταν εἰς τὸν τοιοῦτον ζῆλον, ἀλλ' οὐκ αὐτοὺς πράττειν παράνομα καὶ εἰς τὴν πρὸς ἀλλήλους καταφεύγειν μίμησιν. ταῦτα τοίνυν φυλάττεσθαι βουλόμεθα ἐπὶ τῶν εἰρημένων ἐπαρχιῶν, τῶν τε πολιτικῶν τῶν τε στρατιωτικῶν ἀρχόντων τοῦτο φυλαττόντων καὶ τὰς πονῆς ἐπιτίθεσθαι τοῖς ἀμαρτάνουσι παρασκευαζόντων. τοῦτο δὲ αὐτὸ τοῖς τῆς χώρας κατὰ πρόσταξιν σὴν διὰ προγραμμάτων παρὰ τῶν οἰκείων ἀρχόντων γενέσθαι βουλόμεθα φανερόν, εἰ μὴ βούλονται καὶ αὐτοὶ ταῖς ἐσχάταις ὑποβληθῆναι ποιναῖς καὶ ταῖς ἐκπτώσεσι τῶν ἀρχῶν καὶ τῶν οὐσιῶν, εἴ τινος τούτων ἀμελήσειαν¹⁰⁷.

indulgente nei confronti dei peccatori attiri l'ira di Dio sull'intera comunità». Siffatta interpretazione riceverebbe conforto dal testo della testimonianza e ben si inserirebbe in un contesto segnato dall'emersione dell'etica cristiana atto a evitare «che sulla collettività ricadano le conseguenze dell'ira divina». Va ricordata la conclusione avanzata, in precedenza, da BONINI, *Studi*, 125, secondo cui la testimonianza in disamina consentirebbe di scorgere al suo interno «un'alternativa fra autoemenda, a seguito dell'*admonitio*, e applicazione della sanzione penale; e quest'ultima trae la sua necessità dall'intento di evitare l'ira divina, presentandosi quindi come strumento di una sorta di purificazione».

¹⁰⁷ Trad. ed. Schöll-Kroll: ... *Post legem vero nostram nuper hac de re latam si quis quid eiusmodi facere ausus fuerit vel etiam audeat, eum extremis suppliciis subici volumus, sciatque is nos in pecuniariis poenis non substituros, sed et ipsum et uxorem et liberos ex illicitis nuptiis natos post nostram, uti dictum est, sacram constitutionem persecuturos esse, et de capite periculum et de bonis poenam iis inflictuuros, nulli parcetes nec si maioris nec si minoris sit conditionis aut fortunae aut sacerdotii (hoc enim etiam magis importunum est), sed in omnes pariter animadvertentes solitum et Romanis legibus dignum ordinem esse servaturos, cum non solum substantiae partem auferamus, sed etiam totam substantiam et partem corporis, et si quidem vel importunius contractas deprehenderimus illicitas nuptias, forte etiam ipsam animam: ita ut nemo effugere possit ad vicinorum in peccatis exemplum sequendum. Recta enim et quae decent sapere oportet*

Pur essendovi dei dubbi circa l'attinenza della testimonianza riportata alla recidiva, non si può escludere che al suo interno siano contenute tracce che in qualche modo consentano di concludere in senso favorevole.

La novella attiene alla repressione delle nozze incestuose, unione evitata tramite la previsione di un rigido sistema di pene che ne avrebbe limitato e osteggiato la diffusione. In particolare, la testimonianza regolamenta tre diverse situazioni – che si stagliano in una dimensione temporale diacronica – ovvero sia attiene alle nozze incestuose celebratesi in Mesopotamia e in Osroene in data antecedente all'entrata in vigore della Nov. 12 (dell'anno 535) e a un rigoroso sistema di pene irrogate contro le nozze incestuose celebrate in data successiva rispetto all'entrata in vigore della medesima novella; sistema di pene destinato a essere ulteriormente implementato in caso di mancata repressione da parte degli organi deputati¹⁰⁸.

Si badi che, a tal proposito, il disvalore della condotta serbata – giacché una parte della novella avrebbe garantito l'incolumità per le nozze incestuose celebrate prima dell'anno 535 – avrebbe reso possibile l'applicazione di un ampio ventaglio di sanzioni, sia di carattere personale oltre che patrimoniale al cui interno si collocano, in particolare, la confisca dei beni sul versante patrimoniale – ‘οὐ μέρος μόνον τῆς οὐσίας ἀφαιρούμενοι, ἀλλὰ καὶ τὴν οὐσίαν ὅλην’ si legge nella testimonianza – e la mutilazione (‘μέρος τοῦ σώματος’) sino a giungere all'estremo supplizio¹⁰⁹ sul versante personale (‘καὶ

tet ceterosque ad talem aemulationem excitare, nec vero ipsos quae contra leges sunt agere et ad mutuum imitationem confugere. Haec igitur custodiri volumus in praedictis provinciis, ut tam civiles quam militares magistratus hoc custodiant efficiantque ut poenae delinquentibus imponantur. Hoc ipsum autem iis qui in provincia sunt ex praecepto tuo a propriis magistratibus per edicta manifestum fieri volumus, nisi ipsi quoque extremis poenis subici velint et administrationum et bonorum amissioni, si quid horum neglexerint.

¹⁰⁸ Cfr., a tal proposito, FRANCIOSI, *Il regime delle nozze incestuose*, 743-744; PULIATTI, *Ricerche*, 37 ss.; PULIATTI, *Incesti crimina*, 219-220; AMELOTI, *Recensione a PULIATTI, Ricerche*, 205.

¹⁰⁹ Alla pena di morte sembra alludere LUCHETTI, *La legittimazione*, 248-249 n. 130., il quale ravvisa un'alternativa nella sua «commutazione in una pena mutilante». Sul punto emblematiche sono le riflessioni condotte da GORIA, *Studi*, 204-205 n. 53, a parere del quale «al tempo di Giustiniano i giudici irrogavano spesso una pena mutilante quando la legge prevedeva la pena capitale: probabilmente già allora si stava affermando l'interpretazione lata dell'espressione *poena gladii* che troviamo presso più tardi giuristi bizantini, secondo i quali essa comprenderebbe anche l'accecamento e il taglio della mano e del naso» e tale ipotesi ben si attaglia con quanto risulta dalla lettura di Nov. 154.1. Infatti, proseguiva lo studioso, la pena mutilante sarebbe stata sostituita «sistematicamente e obbligatoriamente» dal «taglio di un membro» per «spirito umanitario». Tale osservazione è stata ripresa, in tempi recenziari, anche da BOTTA, *“Per vim inferre”*, 204 n. 69, il quale ravvisa nella Nov. 154.1 un antecedente giustiniano della *mutatio* sinora dispiagata.

τόν εἰς κεφαλὴν κίνδυνον ἐπιστήσομεν¹¹⁰). La norma avrebbe fatto fronte anche al caso di negligenza dei funzionari civili e militari, prevedendo in loro capo rigide sanzioni, pure in questo caso sia di carattere patrimoniale oltre che personale, *‘extremis poenis subici velint et administrationum et bonorum amissionem’*¹¹¹.

La ragione che soggiace alla statuizione della cancelleria imperiale di prevedere un così grave sistema di pene deve essere identificata con la reiterazione nella conclusione di nozze incestuose a fronte dell’inosservanza di quanto stabilito dalla Nov. 12, circostanza che ha condotto volutamente verso un’esacerbazione del trattamento punitivo, onde ottenervi osservanza¹¹².

La testimonianza, difatti, concerne l’inasprimento del trattamento punitivo – tendenza, peraltro, completamente in linea con la politica giustiniana – e sembra confermare l’esistenza di tracce della recidiva anche in questa epoca.

Entro il quadro sin qui prospettato, necessita di essere considerata la portata della Nov. 123.30, databile al 546 d.C. e recante il divieto per la diaconessa di coabitare con un uomo. Pare a questo punto opportuno rievocarne il contenuto:

Nov. 123.30: Διακόνισσαν δὲ οὐδενὶ τρόπῳ μετὰ ἀνδρός, ἐξ οὗ δύναται ἀσέμνου βίου ἀναφύεσθαι ὑποψία, οἰκεῖν συγχωροῦμεν. εἰ δὲ ταῦτα μὴ παραφυλάξει, ὁ ἱερεὺς ὑπ’ ὃν τέτακται ὑπομνησκέτω ταύτην, ἵνα πᾶσι τρόποις τὸν τοιοῦτον ἀνδρα ἐκβάλλῃ τοῦ ἰδίου οἴκου. εἰ δὲ τοῦτο ὑπέρθηται πρᾶξι, τῆς ἐκκλησιαστικῆς ὑπηρεσίας καὶ τῶν ἰδίων διαρίων ἀλλοτριουμένη ἐν μοναστηρίῳ παραδίδόσθω, κάκεῖ πάντα τὸν τῆς ἰδίας ζωῆς χρόνον

¹¹⁰ Che l’effetto preventivo della pena da un lato e la rimarchevole tendenza all’esacerbazione della pena dall’altro fossero elementi centrali della politica giustiniana, sono elementi considerati da FRANCIOSI, *Il regime*, 744, quali indici atti a garantire non soltanto «il rispetto dell’ordinamento giuridico romano, di cui si intende conservare la dignità», bensì anche i «fini paradigmatici deterrenti da opporre agli esempi che inducono alla moltiplicazione dei casi di reato».

¹¹¹ Non vi è dubbio che la portata generale della novella concorra ad attribuire un particolare rilievo alla tendenza giustiniana volta a garantire l’irrigidimento del trattamento punitivo e che, nel quadro sin qui prospettato – quadro conforme a quanto osservato da PULIATTI, *Incesti crimina*, 220 –, sia da individuare nella novella in disamina la sola legge in materia di *crimen incesti* che «colpisce con misure retributive altrettanto aspre i funzionari negligenti». Lo studioso depone in tal senso pure in *Ricerche*, 41, ove ravvisa nella «decisione del linguaggio» e nella «stessa gravità delle sanzioni civili e penali previste per i funzionari negligenti» il *vulnus* della legislazione giustiniana sul tema.

¹¹² Cfr., a tal proposito, FRANCIOSI, *Il regime*, 743-744.

διατελείτω· τῶν πραγμάτων αὐτῆς, εἰ μὲν παῖδας ἔχοι, μεταξύ αὐτῆς κάκεινων κατὰ τὸν ἀριθμὸν τῶν προσώπων διαιρουμένων, ἵνα τὸ ἀρμόζον τῇ αὐτῇ γυναικὶ μέρος τὸ μοναστήριον λαμβάνον ταύτην ἀποτρέφοι· εἰ δὲ μὴ ἔχοι παῖδας, πᾶσα ἡ αὐτῆς περιουσία μεταξύ τοῦ μοναστηρίου ὅπου ἐμβάλλεται καὶ τῆς ἐκκλησίας ἐν ἧ πρότερον ἐτέτακτο ἐξ ἴσης μοίρας διαιρεῖσθω¹¹³.

Nella Nov. 123.30, permangono, sebbene vi sia una difformità di contenuti, i medesimi punti oscuri già precedentemente riscontrati in merito all'individuazione della condotta ivi descritta quale estrinsecazione dell'agire recidivante.

Ancorché non sia agevole accertare l'allusione alla ricaduta nel reato, pare nondimeno necessario procedere a un'esegesi della norma, laddove la stessa sembrerebbe dispiegare un difforme trattamento punitivo come diretta conseguenza dell'inosservanza della proibizione imposta alla diaconessa dal sacerdote alla quale la stessa è destinata a soggiacere *'sacerdos sub quo subiacet'*.

Se è vero che alla diaconessa non è *nullo modo* consentito di coabitare *cum viro* *'ex quo potest inhonestae vitae emergere suspicio'*, quanto al caso di inosservanza della prescrizione, la novella prosegue imponendo al sacerdote di redarguirla affinché tale uomo esca dalla sua abitazione. Laddove la donna, già precedentemente ammonita, decidesse di non adempiere a tale prescrizione, sarebbe stata più rigidamente sanzionata. La maggiore intensità del trattamento punitivo si sarebbe registrata non soltanto a livello patrimoniale, bensì avrebbe sviluppato i propri effetti anche sul profilo prettamente personale. Si badi che, a tal proposito, il provvedimento avrebbe fatto cenno alla privazione, nei riguardi della diaconessa, del suo ministero ecclesiastico e degli emolumenti, ma sarebbe giunto finanche a prevedere la reclusione *'omni suae vitae tempore'* presso un monastero. In questo quadro, si aggiunge altresì una precisa disposizione – alla quale la diaconessa inosservante è destinata a soggiacere – per quanto attiene alle sostanze di sua spettanza: le stesse verranno suddivise *'si quidem filios habeat'* tra sé e i suoi figli *'secundum numerum personarum dividendis'*, mentre *'si autem non habuerit filios'* verranno ripartite *'inter monasterium, ubi immittitur, et ecclesiam, in qua prius erat constituta, ex aequa portione'*.

¹¹³ Trad. ed. Schöll-Kroll: *Diaconissam vero nullo modo cum viro, ex quo potest inhonestae vitae emergere suspicio, habitare permitimus. Si vero haec non observet, sacerdos sub quo subiacet admoneat eam, ut omnibus modis talem virum eiciat sua domo. Si vero hoc distulerit agere, ecclesiastico ministerio et propriis emolumentis alienata monasterio tradatur, et ibi omni suae vitae tempore degat: rebus eius, si quidem filios habeat, inter se et illos secundum numerum personarum dividendis, ut competentem ipsi mulieri partem monasterium accipiens eam alat; si autem non habuerit filios, omnis eius substantia inter monasterium, ubi immittitur, et ecclesiam, in qua prius erat constituta, ex aequa portione dividatur.*

Va notata, innanzitutto, la prospettiva desumibile dal testo della novella, volta a potenziare il trattamento punitivo in capo alla diaconessa ‘*si vero haec non observet*’ il divieto di coabitare *cum viro*: ma pare necessario interrogarsi in merito alla riconducibilità del contenuto della novella, anche in via approssimativa, con l’agire recidivante. Siffatta considerazione necessita di essere rapportata con la condotta serbata dalla diaconessa, che si colloca in una dimensione diacronica successiva all’ammonizione e che si staglia in una mera inosservanza di quanto impostole dal sacerdote, in qualità di suo superiore.

A tal proposito pare opportuno rilevare sin da ora l’estraneità¹¹⁴ del caso descritto alla recidiva sul presupposto della carenza degli elementi oggettivi essenziali di cui la stessa necessita – va notata, in particolar modo, la mancanza di un precedente provvedimento di condanna –, sebbene non si possa negare come il trattamento punitivo più severo sia diretta conseguenza di una reiterata condotta vietata – fatto che formalmente si rinviene nella novella in disamina – e conduca verso il riconoscimento, nel corso dell’esperienza giuridica romana, di tracce, talvolta meramente abbozzate, di recidiva.

È dunque in tale contesto, caratterizzato dalla persistenza di nutriti dubbi circa l’emersione della condotta recidivante da un lato e l’individuazione nelle fonti di tracce di esasperazione della pena dall’altro, che pare necessario soffermare la nostra attenzione su

Nov. 123.42.1: Ἐὰν μοναχὸς καταλείψῃ τὸ μοναστήριον καὶ εἰς κοσμικὸν βίον μετέλθῃ, τοῦτον τῆς στρατείας καὶ τῆς τιμῆς, εἴ τινα ἔχει, πρῶτον γυμνωθέντα ἐκ τοῦ ἐπισκόπου τῶν τόπων καὶ τοῦ τῆς ἐπαρχίας ἄρχοντος εἰς μοναστήριον βάλλεσθαι, καὶ τὰ πράγματα, ὅσα μετὰ ταῦτα ἔχειν δειχθεῖν, τῷ μοναστηρίῳ ἐν ᾧ ἐμβάλλεται διαφέρειν. εἰ δὲ καὶ πάλιν καταλείψει τὸ μοναστήριον, τότε αὐτὸν ὁ ἄρχων τῆς ἐπαρχίας ἐν ἧ ἂν εὐρεθῆ κρατεῖτω καὶ τῇ ὑποκειμένη αὐτῷ τάξει συναριθμεῖτω¹¹⁵.

Nella presente novella del 546 d.C., che delinea le conseguenze cui è destinato a soggiacere il *monachus* il quale abbia deciso di abbandonare la vita religiosa a favore della vita secolare, si staglia un duplice elemento di rilievo.

Invero, in primo luogo, il ‘*monachus qui migraverit ad saecularem vitam*’ subi-

¹¹⁴ Solo parzialmente condivisibile appare il punto di vista espresso da NAVARRA, *La recidiva*, 181-182 n. 125, la quale scorge «un diverso schema repressivo, non riconducibile a recidiva» con riguardo alla Nov. 123.30; alludendo altresì all’unicità del reato consumato.

¹¹⁵ Trad. ed. Schöll-Kroll: *Si monachus reliquerit monasterium et ad saecularem vitam migraverit, hunc militia et honore, si quem habet, prius spoliatum ab episcopo locorum et provinciae iudice in monasterio mitti, et res, quas postea habuisse probatus fuerit, monasterio in quo mittitur competere. Si vero rursus reliquerit monasterium, tunc eum iudex provinciae in qua inventus fuerit teneat et subdito sibi officio connumeret.*

sce delle sanzioni sia a livello personale – prima di tutto viene recluso in un monastero, oltre a essere spogliato della *militia* e dell'*honor* dal vescovo locale e dal governatore della provincia – che a livello patrimoniale, in quanto i beni dallo stesso posseduti vengono ceduti al monastero ove lo stesso è destinato a vivere.

In secondo luogo, viene previsto un ulteriore irrigidimento del trattamento punitivo nel caso in cui il *monachus* ancora una volta lasci il monastero – '*rursus reliquerit monasterium*' si legge nella fonte –. In questa ipotesi, infatti, il '*index provinciae in qua inventus fuerit*' è tenuto a trattenerlo presso di sé e a sottometterlo al proprio *officium*¹¹⁶.

La corretta lettura della fonte ci consente di ricavare una concreta prova circa l'emersione della recidiva nell'esperienza giuridica romana, in quanto l'esacerbazione del trattamento punitivo sarebbe conseguita alla persistenza nell'illecito, anche in considerazione del fatto che la fonte accenna a una sanzione, più flebile, in caso di prima violazione e una seconda pena, ben più aspra, nell'ipotesi di ulteriore abbandono del monastero¹¹⁷.

In questo contesto diviene progressivamente necessario ravvisare, in caso di prima violazione, l'inflizione di una sanzione da parte del vescovo o del governatore della provincia, espressione dei poteri secolare e temporale. Solo a seguito di ricaduta nella condotta illecita la testimonianza consente di cogliere pienamente il senso del fallimento dei precedenti precetti e impone, in conseguenza di ciò, l'arrogazione in capo al solo potere secolare del pote-

¹¹⁶ Cfr. FERRINI, *Diritto penale romano: esposizione*, 132, il quale ravvisa nella «pena ai pubblici servizi» la sanzione addebitabile al *monachus* che avesse deciso di abbandonare *rursus* il monastero. Di diverso avviso sembra essere, invece, GORIA, *Studi*, 41 n. 43, secondo cui il *monachus* doveva essere ricercato e rinchiuso nell'istituto monastico una volta ritrovato. A parere di NAVARRA, *La recidiva*, 186, non pare possibile formulare la pena alla quale il *monachus* recidivo era destinato a soggiacere, non essendoci alcun riferimento nella testimonianza.

¹¹⁷ A tal proposito pare di doversi condividere quanto sostenuto da RANDAZZO, *Note*, 217, il quale propende per l'esistenza di un duplice binario per quanto concerne il profilo sanzionatorio, laddove individua l'«irrogazione della doppia sanzione di natura solo disciplinare, per i comportamenti posti in essere per la prima volta, e di tipo penale in caso di recidiva». Cfr., sul punto, NAVARRA, *La recidiva*, 183 ss.; RUSSO RUGGERI, *Recensione a NAVARRA, La recidiva*, 503 e, soprattutto, in precedenza, FERRINI, *Diritto penale romano: teorie*, 320; FERRINI, *Diritto penale romano: esposizione*, 132, ove lo studioso considera la recidiva come «indice di proposito malvagio» dal quale ne sarebbe scaturito inevitabilmente che «il fatto prima oggetto di provvedimenti disciplinari o di polizia diventi oggetto di vera e propria pena». Non difforme è l'orientamento di MANZINI, *Trattato*, 668, il quale osserva, in merito a Nov. 123, come la recidiva avesse la funzione di far soggiacere «a pena un fatto che altrimenti sarebbe stato oggetto di soli provvedimenti di polizia o di disciplina».

re punitivo per la reiterazione nell'illecito¹¹⁸.

Cogliendo questi aspetti, pare di potersi propendere per l'integrazione della recidiva nel caso in disamina, anche in considerazione del fatto che si ravvisa un'esacerbazione di pena a seguito di reiterazione della condotta vietata.

La nostra attenzione si concentra, infine, sulla Nov. 141, databile al 559 d.C., novella che si pone perfettamente in linea con quanto sinora prospettato. In particolare, il contenuto della testimonianza è del seguente tenore

Nov. 141.1: ... ὥστε πάντα ὀφείλιν τῷ τοῦ θεοῦ προσέχοντας φόβῳ ἀποσχέσθαι τῆς τοιαύτης ἀσεβοῦς καὶ ἀνοσίας πράξεως, ἣν οὐδὲ ἐν ἀλόγοις ἀμαρτανομένην ἔστιν εὐρεῖν· καὶ τοὺς μὲν μηδὲν ἑαυτοῖς συνειδότας τοιοῦτον φυλάττειν ἑαυτοὺς καὶ πρὸς τὸν ἔπειτα χρόνον, τοὺς δὲ ἤδη συνσαπέντας τούτῳ τῷ πάθει μὴ μόνον παύσασθαι τοῦ λοιποῦ, ἀλλὰ καὶ μετανοῆσαι δικαίως καὶ τῷ θεῷ προσπεσεῖν, καὶ προσαγγεῖλαι τῷ μακαριωτάτῳ πατριάρχῃ τὴν νόσον καὶ τρόπον θεραπείας λαβεῖν, καὶ κατὰ τὸ γεγραμμένον καρπὸν ἐνεργεῖν μετανοίας, ἵνα ὁ φιλόανθρωπος θεὸς κατὰ τὸν πλοῦτον τῶν ἰδίων οἰκτιρῶν ἀξιόση φιλανθρωπίας καὶ ἡμᾶς, καὶ πάντες εὐχαριστήσωμεν ἐπὶ τῇ τῶν μετανοούντων σωτηρίᾳ· οἷς καὶ νῦν τοὺς ἄρχοντας ἐπέξελεθῆν ἐκελεύσαμεν τὸν θεὸν θεραπεύοντες τὸν δικαίως ἡμῖν ὀργιζόμενον ... προαγορευόμεν δὲ πᾶσιν ἐφεξῆς τοῖς τοιοῦτό τι συνειδόσιν ἑαυτοῖς ἡμαρτήσθαι, ὡς εἰ μὴ καὶ παύσονται καὶ προσαγγείλαντες ἑαυτοὺς τῷ μακαριωτάτῳ πατριάρχῃ τῆς οἰκείας ἐπιμελήσονται σωτηρίας ὑπὲρ τῶν τοιούτων ἀσεβῶν πράξεων τὸν θεὸν ἐξιλεούμενοι εἴσω τῆς ἀγίας ἑορτῆς, πικροτέρας ἑαυτοῖς ἐπάξουσι τιμωρίας ὡς οὐδεμιᾶς τοῦ λοιποῦ συγγνώμης ἄξιοι¹¹⁹.

¹¹⁸ La motivazione di quanto sinora esposto è stata abbozzata da NAVARRA, *La recidiva*, 186-187, a parere della quale «è possibile che l'esclusione del vescovo sia giustificata dall'irrecuperabilità del reo alla vita religiosa comunitaria». Tale interpretazione della novella permette di accedere all'opinione secondo la quale il diritto divino, con evidente influsso dell'etica cristiana, avrebbe esercitato una forma repressiva nei confronti del *monachus* che, pur avendo infranto le disposizioni impostegli, sarebbe stato ancora redimibile. Per converso, dinanzi a un *monachus* recidivo, nessuna recuperabilità potrà realizzarsi in quanto è da considerarsi per sempre violata «la promessa di rinunciare al mondo per servire Dio».

¹¹⁹ Trad. ed. Schöll-Kroll: ... *Itaque omnes timori dei intenti abstinere debent impia et nefaria actione, quae ne a brutis quidem animalibus invenitur commissa; et qui quidem nullius eiusmodi rei sibi conscii sunt, in futurum quoque tempus sibi caveant, qui autem hoc affectu iam computruerunt, non solum in posterum ab eo desistant, sed etiam meritam paenitentiam agant et deo se submittant, et beatissimo patriarchae morbum denuntient et sanationis rationem accipiant, et secundum id quod scriptum est fructum ferant paenitentiae, ut clemens deus pro copia misericordiae suae nos quoque clementia sua dignetur, et omnes ei gratias agamus pro eorum qui paenitentiam agunt salute: quos nunc quoque magistratus persequi iussimus deum concilians, qui merito nobis irascitur ... Denuntiamus autem omnibus deinceps qui eiusmodi alius peccati sibi conscii sunt, nisi et peccare desierint et se ipsi beatissimo patriarchae deferentes propriae salutis prospexerint, pro impiis eiusmodi actionibus deum intra sanctos dies festos placantes, acerbiores sibi*

Nel § 1, discutendo in tema di atti lussuriosi *contra naturam*, si osserva che – con specifico riguardo a coloro i quali non si siano astenuti dalla commissione di tale ‘*impia et nefaria actione, quae ne a brutis quidem animalibus invenitur commissa*’ – viene fatto cenno al contegno da serbare *pro futuro*, con il fine di scongiurare la commissione di ulteriori nefandezze. La prima prescrizione, di ordine divino, consisterebbe ‘*non solum in posterum ab eo desistant*’, ma anche ‘*meritam paenitentiam agant et deo se submittant*’. Viene fatto altresì obbligo di denunziare il morbo al beatissimo patriarca, in occasione delle solennità pasquali – ‘*intra sanctos dies festos*’ si legge nella testimonianza –, al fine di riceverne ‘*sanationis rationem*’ e ‘*secundum id quod scriptum est fructum ferant paenitentiae*’. La seconda prescrizione, di diritto umano, riguarderebbe, invece, ‘*qui eiusmodi alicuius peccati sibi conscii sunt, nisi et peccare desierint*’ e chi persevera ‘*in eadem impia actione*’. Nei loro riguardi la cancelleria imperiale avrebbe previsto l’applicazione, seppur non sia possibile scorgere la specifica pena applicabile a causa dell’oscurità del brano, delle più acerbe sanzioni¹²⁰.

D’altra parte, il mutato scenario imposto dalla Nov. 141, avrebbe determinato l’applicazione, per chiunque perseveri nella commissione del delitto, di una pena fumosa – alle mere ‘*acerbiores poenae*’ allude la testimonianza – in luogo di una sanzione che, sebbene dai confini non ben tratteggiati, era comunque maggiormente determinata, ovverosia l’*ultimum supplicium*¹²¹.

Dunque, è certamente suggestiva l’allusione, da un lato, alla pena divina, mirante alla redenzione e alla liberazione dal peccato, e, dall’altro lato, alla pena secolare che, originata in subordine rispetto alla prescrizione ecclesiastica, ambisce alla sua non applicazione, sebbene sia «la sopravvivenza dello Stato» a giustificare «questa sorta di diritto premiale»¹²².

poenas arcessituros esse, quippe qui nulla in posterum venia digni sint.

¹²⁰ Sulle *acerbiores poenae*, cfr. PESCANI, *Tracce*, 182, il quale, con riguardo sia alla Nov. 77 che alla Nov. 141, propende a favore dell’applicazione delle «dure persecuzioni» in caso di sodomia. Del pari, vd. BONINI, *Studi*, 89 e soprattutto 126, ove lo studioso mette in luce come dalle *acerbiores poenae* sarebbero dipese l’*inquisitio* e l’*emendatio* al fine di scongiurare l’accanimento degli Dei «*adversus eos qui intra sanctos dies festos se non detulerint, vel etiam in eadem impia actione perseveraverint*». Non dissimili paiono essere le conclusioni formulate da SITZIA, *Legislazione criminale*, 216, il quale allude all’«applicazione delle pene severa e puntuale», da SANDIROCCO, «*Cum vir nubuit in feminam*», 16, che individua le *acerbiores poenae* di cui alla Nov. 141 nelle «pene più severe» e da FASOLINO, *Pena*, 139, secondo cui la fumosità della testimonianza consentirebbe di palesare maggiori «spazio e rilievo alla competenza del Patriarca di stabilire le sanzioni, anche civili, per i casi concreti».

¹²¹ Così DALLA, ‘*Ubi venus mutatur*’, 208.

¹²² Cfr., sul punto, DALLA, ‘*Ubi venus mutatur*’, 202 e MELLUSO, *La schiavitù*, 137 n. 30.

Ben lungi dal reputare, sulla scia di quanto argomentava il Pescani¹²³, in merito alla repressione di sodomia e blasfemia, oltre che del giuramento ‘*per aliquod membrum aut per capillos Dei*’, che il contenuto della Nov. 141 fosse riconducibile alla previsione di cui alla precedente Nov. 77 – laddove veniva fatto cenno, nel § 1, al comando avanzato nei confronti dei magistrati di perseguire anche ora il morbo (‘*quos nunc quoque magistratus persequi iussimus*’ si legge nel testo della testimonianza) – l’unica allusione possibile pare essere quella relativa a una successiva Novella, forse collocabile tra la Nov. 77 e la Nov. 141, in materia di sodomia¹²⁴. Al contempo, non può essere negata la necessaria compenetrazione tra le Novelle in disamina, in particolare alla luce dell’inasprimento del trattamento punitivo conseguente alla reiterazione dell’illecito, sebbene in assenza di precedente condanna.

Nella sostanza, andrebbe individuato nel fallimento della prescrizione ecclesiastica la primigenia applicazione del diritto secolare. Sotto tale profilo, è certamente da rilevare come la perseveranza ‘*in eadem impia actione*’ consenta il dispiegarsi del diritto umano con le più acerbe pene. Proprio la mancanza, ancor più radicata, di tecnicità nel linguaggio adottato dal brano, non permette di individuare, neppure sommariamente, la pena in concreto irrogabile a colui il quale persevera nell’illecito, laddove la testimonianza precedentemente analizzata, sebbene con ampia discordanza di vedute nella dottrina, consentiva di rinvenire nell’*ultimum supplicium* la pena applicabile. Pare in tal

¹²³ Si veda, in argomento, quanto asserito da PESCANI, *Tracce*, 182.

¹²⁴ Va segnalato, a tal riguardo, come DALLA, ‘*Ubi venus mutatur*’, 208, correttamente individuasse nel «*quos nunc quoque magistratus persequi iussimus*», ovvero sia nelle «leggi preesistenti», un’allusione alla «normativa del Codice e delle Istituzioni, come anche di quel provvedimento intermedio di cui ipotizzammo l’esistenza», benché lo studioso escludesse recisamente il riferimento alla Nov. 77 in quanto «puramente interlocutoria». Si noti come il provvedimento cui allude Dalla si riferisse a Proc. *Anek.d.* XI, 34-36 e riservasse il suo ambito applicativo alla sola sodomia rimanendo invero escluso qualsivoglia accenno alla blasfemia. Una riflessione in tale direzione si rinviene anche in BOTTA, *Giustiniano*, 296 ss., ove viene fatto cenno a una Novella, non recepita in alcuna raccolta, in materia di sodomia e veniva posto l’accento sull’infondatezza della ricostruzione prospettata dal Pescani. Lo studioso osserva che, entro tale contesto, non potrebbe scorgersi alcuna allusione alla Nov. 77, sicché se il rimando fosse rivolto a siffatta novella, «la si daterebbe oggettivamente troppo avanti». Tendono ad avvicinarsi alla riflessione da ultimo prospettata anche le valutazioni formulate da SANDIROCCO, «*Cum vir nubet in feminam*», 14 ss., il quale propende a favore dell’«esistenza di una costituzione andata perduta che prevedeva espressamente per gli omosessuali la pena mutilante dell’evirazione», sebbene la Nov. 141 non alluda a cotal pena che, al contrario, si può riscontrare sia in Proc. *Anek.d.* XI, 34-36 che nel testo della Nov. 142. Cfr., a tal proposito, altresì la riflessione condotta, in precedenza, da DALLA, ‘*Ubi venus mutatur*’, 208-209.

sensu opportuno osservare come la forma verbale *'perseveraverint'* alluda alla condotta recidivante che il legislatore, sia umano che divino, tende ad arginare. Si tratterebbe, alla pari di quanto *ut supra* analizzato con riguardo alla Nov. 77, di una recidiva non tecnica, in quanto sprovvista di una precedente condanna¹²⁵.

6. Considerazioni conclusive

Dall'esame delle testimonianze dell'età tardoantica è emerso come la recidiva – sebbene sia fallace individuare nell'esperienza giuridica romana una elaborazione sistematica sul tema – determini un incremento di pena conseguente a una reiterata condotta *contra legem*: la sua *ratio* risiederebbe nell'esigenza di emenda del reo al fine di rafforzare e rinvigorire la prevenzione generale dal proposito delinquenziale.

È certamente innegabile il suo affiorare in talune delle fonti analizzate nel presente contributo¹²⁶, ancorché vi siano fondate ragioni per ritenere che fossero carenti non soltanto l'elaborazione sistematica e la riflessione scientifica da parte della componente dottorale, ma pare altresì innegabile, se non addirittura inscalfibile, la distanza tra l'esperienza giuridica romana e l'odierna penalistica in materia. In argomento, va certamente richiamato e condiviso il pensiero di Randazzo laddove questi, pur ritenendo esistente la recidiva nel corso dell'esperienza giuridica romana, considera la stessa non perfettamente aderente alle circostanze aggravanti, individuando l'impossibilità di adottare schemi teorizzati e formalizzati nel corso di elaborazioni successive e delineate da una fisionomia che non risulta perfettamente assimilabile a codesto tessuto giuridico¹²⁷.

¹²⁵ È pur vero che NAVARRA, *La recidiva*, 181 n. 125, rileva come non si potesse disquisire di recidiva benché si fosse posti di fronte a «una condotta mantenuta nel tempo» e a una reiterazione «di comportamenti contrari alle leggi divine ancor prima che umane». A parere della studiosa, infatti, «le dure pene, non meglio precisate, minacciate ai trasgressori che non si siano ravveduti hanno funzione deterrente, ma non sono la punizione più severa per chi sia già stato condannato».

¹²⁶ Entro questa prospettiva deve essere esaminata la precisazione di RANDAZZO, *Note*, 217, il quale, ritenendo esigue le fonti utili allo studio della recidiva – ancorché la sua riflessione si dispiegasse nel corso dell'intera esperienza giuridica romana e non fosse limitata alla sola epoca tardoantica – considera la stessa come utile e valido «strumento di deterrenza, utilizzato a livello legislativo, pur in assenza di una norma che ne prevedesse il contenuto e ne disponesse l'applicazione generale».

¹²⁷ La ricostruzione prospettata viene proposta da RANDAZZO, *Note*, 217, laddove l'autore considera certa l'esistenza della recidiva nell'esperienza giuridica romana, «pur rientrando nell'ambito di quelle che, in termini moderni, definiremmo circostanze aggravanti», benché, a ben vedere, rispondesse al medesimo principio in quanto incideva anch'essa sull'esacerba-

La riflessione necessita però di essere ulteriormente chiarificata alla luce di un duplice rilievo.

In primo luogo, si attesta l'assenza di un'elaborazione concettuale (oltre che sistematica) in tema di recidiva: non vi è alcun riferimento esplicito nelle fonti alla ricaduta nello stesso ovvero in un altro reato – le odierne recidive generica e specifica –, ma neppure all'infettibilità della precedente condanna¹²⁸. Oltre a ciò, nelle testimonianze considerate non si scorge neppure alcun riferimento esplicito al termine tecnico '*recidivus*', bensì al loro interno si ravvisano soltanto elementi – tra i quali si possono ricordare l'*in proposito perduraverin'* in CTh. 16.5.54, il '*bis aut saepius violentiam perpetrasse convincentur*' in CTh. 9.10.4 e l'*in isdem sceleribus perseveret*' – che consentono di ritenere la recidiva nitidamente strutturata. Tale considerazione è vieppiù da reputarsi condivisa anche con riguardo alle testimonianze ove, sebbene la recidiva non possa considerarsi integrata dal punto di vista tecnico per carenza degli elementi strutturali – come la Nov. 123.30 e la Nov. 154.1 –, nondimeno se ne avvertirebbero tracce della sua esistenza, confermate proprio dall'esacerbazione del trattamento punitivo. Nell'ipotesi prospettata, infatti, la sanzione più acerba viene ancorata proprio alla reiterazione del reato, a ulteriore riprova del fatto che colui il quale ricade nell'illecito sarebbe punito più severamente rispetto a quanti si fossero avvicinati per la prima volta al crimine, nei cui riguardi sarebbe ancora viva la possibilità di redenzione.

In secondo luogo, si potrebbe cogliere nella carente elaborazione, oltre che nella sua mancata riflessione, il «carattere prevalentemente processuale del diritto romano»¹²⁹, carattere che avrebbe richiesto un temperamento tra aspetti e circostanze connaturate a siffatta esperienza giuridica rispetto alla riflessione scientifica maturata in seno all'odierno diritto penale. In questo contesto, difatti, si ritiene opportuno ravvisare l'emersione di un concetto di recidiva adeguato alla natura e alla struttura proprie della Roma tardoantica, in cui l'affiorarsi dei provvedimenti indulgenziali prima e il profilarsi dell'etica cristiana poi sono da considerarsi quali nitidi baluardi di un pragmatismo volto alla correzione del reo e a favorire il perseguimento del bene comune. Dunque, in quest'epoca, anche grazie all'influsso di matrice religiosa, si assiste a una progressiva e più decisa 'lotta alla delinquenza' che sarebbe passata tramite la concessione di trattamenti più severi ai reiteratori di reati – i quali avrebbero dimostrato, con la loro ricaduta nel crimine, l'im-

zione del trattamento sanzionatorio, determinando un inevitabile aggravamento di pena.

¹²⁸ È molto esplicita sul punto NAVARRA, *La recidiva*, 8 ss. e 190.

¹²⁹ NAVARRA, *La recidiva*, 190.

possibilità di redenzione – e, al contempo, la lotta alla criminalità per il mezzo della rieducazione e del reinserimento del condannato, anche in un'ottica preventiva rispetto alla commissione di nuovi illeciti, che avrebbe condotto verso il raggiungimento di pace e sicurezza sociali.

Siffatte considerazioni introducono alla conseguenza secondo cui, nel tessuto ideologico sin qui teorizzato, si possano scovare componenti giustificative – che possono essere tratte, per esempio, nell'emenda, nella risocializzazione, nell'influsso dell'etica cristiana – che tendono a cogliere alcune dinamiche dell'agire recidivante nel loro concreto operare, nella misura in cui pongono in rilievo situazioni ed eventi giuridici di capitale importanza per comprendere la definizione della recidiva nell'epoca storica trattata.

È innegabile che, entro tale prospettiva, le funzioni di emenda e di correzione del reo avrebbero consentito il consolidamento progressivo di una peculiare funzione atta a incentivare la risocializzazione del delinquente. Si è detto che, per quanto attraverso un processo graduale, l'etica cristiana avrebbe consentito che «l'espiazione della pena costituisse un mezzo per la redenzione di chi aveva peccato»¹³⁰, come elemento «essenziale di soggezione dell'uomo a Dio»¹³¹.

Sebbene da quanto sinora esposto possa desumersi una relazione tra la funzione emendatrice della pena e l'influenza dell'etica cristiana alla luce di alcuni indizi testuali che sembrano avvalorare questa ricostruzione – basti pensare a CTh. 9.38.6, C. 1.4.3, CTh. 16.5.54.3, CTh. 16.5.54.7, CTh. 16.5.54.8 e CTh. 9.38.10 –, emergerebbe dalle testimonianze in nostro possesso una situazione meno aderente, se non addirittura antitetica, rispetto a quella sinora descritta, rispetto alla quale viene posto in primo piano un trattamento punitivo che sembra cozzare con l'insieme dei valori propria della cristianità. A tal proposito alludo a CTh. 9.10.4, alla Nov. 77, alla Nov. 141.1 e alla Nov. 154.1. Sono questi taluni dei brani in cui vengono in scena delle contraddizioni, «nonostante la direttrice segnata dall'evidente influenza dei principi della religione cattolica»¹³².

Particolarmente interessante è, infatti, la singolare giustapposizione tra valori quali l'*indulgentia*, la *benignitas* e l'*humanitas* da una parte e l'estremo supplizio dall'altra: rilievo assume, in siffatto contesto, il *leitmotiv* che spinge la cancelleria imperiale a prevedere una cotale sanzione e lo stesso sembra doversi ravvisare nella necessità di preservare, talvolta tangenzialmente, il bene

¹³⁰ FASOLINO, *Pena*, 132.

¹³¹ BONINI, *Studi*, 89.

¹³² FASOLINO, *Pena*, 164-165; FASOLINO, *Indulgentia principis*, 186.

comune e la generalità dei consociati¹³³.

È nondimeno da osservare che alla concezione della pena come emenda o correzione risponde anche il principio per cui «il recidivo sia punito più severamente»¹³⁴; concezione che necessita di essere acclarata mediante un altro elemento indefettibile – che abbisogna anch'esso di essere considerato quale approdo pacifico di un'evoluzione del pensiero etico cristiano –, consistente nel pentimento. Siffatto elemento evocherebbe una propensione propria della cancelleria imperiale di volgere alla concretizzazione di una sfera di non sanzionabilità non tanto fondata sulla gravità del reato commesso, quanto piuttosto sulla partecipazione del reo alla sua redenzione. In tal senso meticolosa è stata l'osservazione della Navarra, secondo la quale, in generale, solo «colui che si pente merita il perdono»¹³⁵.

Dunque, si potrebbe concludere sostenendo che la recidiva, per quanto non compiutamente teorizzata, fosse comunque presente, quantomeno in una forma abbozzata, nei suoi lineamenti essenziali, seppur in maniera atecnica. E allora, il risultato così ricavato presta il fianco ad alcune conseguenti limitazioni in capo al reiteratore degli illeciti che conducono verso il dispiegarsi della ricaduta nel reato in un modo differentemente riferito. A tal proposito, va ricordato che la recidiva è un limite all'applicazione dell'*indulgentia principis* – essendo la stessa inapplicabile in caso di reiterazione nell'illecito –, ma al contempo è anche indice di inasprimento del trattamento punitivo per particolari categorie di soggetti.

In altri casi avrebbe determinato un'esacerbazione *pro modo admissi* o, ancora, in forza della crescente diffusione dell'etica cristiana avrebbe favorito l'evolversi di una tendenza ben radicata in età tardoimperiale e certamente favorita dal superamento delle *quaestiones perpetuae* a vantaggio della *cognitio extra ordinem*.

Consapevole della imprecisione definitoria che è emersa nel corso del tempo e che viene ulteriormente suffragata nel diritto criminale tardoantico¹³⁶ e della sua divergenza rispetto all'odierna categorizzazione dogmatica

¹³³ Cfr., a tal riguardo, FASOLINO, *Pena*, 164-165; FASOLINO, *Indulgentia principis*, 186-187, a parere del quale «una reazione blanda dell'imperatore provocherebbe il diffondersi dei comportamenti empì e criminosi, scatenando così, come nel racconto biblico di Sodoma e Gomorra, l'ira di Dio e terribili sventure sulla collettività».

¹³⁴ Così WACKE, *Le finalità*, 147.

¹³⁵ NAVARRA, *La recidiva*, 198, ravvisa un'intima connessione tra la recidiva e il perdono nell'epoca tardoantica, laddove asserisce che siffatti elementi «siano egualmente informati a un principio etico che fa acquistare rilevanza giuridica al pentimento».

¹³⁶ Cfr., sul punto, BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, 413.

sul tema, non ci si può comunque esimere dal considerare come l'elaborazione condotta esprima perfettamente la sua forza espressiva in alcune tracce che fungono da guida alla riflessione attestata non soltanto in epoca medievale e moderna, ma persino nell'odierna penalistica.

BIBLIOGRAFIA

AMELOTTI M., *Recensione a S. PULIATTI, Ricerche sulle Novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II, II: Problemi di diritto privato e di legislazione e politica religiosa*, II, Milano 1991, IURA 42 (1991) 204-209 (= *Scritti Giuridici*, a cura di M. Amelotti e L. Migliardi Zingale, Torino 1996, 961-966).

ANDREOTTI A., *s.v. Recidiva*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma 1900.

ARANGIO-RUIZ V., *Storia del diritto romano*, Napoli 1996.

ARENA G., *Il papa, il vescovo e le meretrici: un postribolo pubblico a Siracusa in età protobizantina?*, *Historika* 10 (2020) 187-201.

BARONE-ADESI G., *'Servi fugitivi in ecclesia'. Indirizzi cristiani e legislazione imperiale*, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana, VIII Convegno internazionale di Spello-Perugia*, a cura di G. Crifò e S. Giglio, Napoli 1990, 695-741 (= *Il Diritto Romano nella legislazione degli Imperatori Cristiani. Scritti di Giorgio Barone Adesi*, a cura di O. Licandro, M. Carbone e I. Pirro, Roma-Bristol 2019, 695-741).

BEGGIATO M., *Alle origini della recidiva nell'esperienza giuridica romana*, in *Diritto penale romano. Fondamenti e prospettive*, I. *Discipline generali*, a cura di L. Garofalo, Napoli 2022, 1235-1275 (= AG online I.2 [2022] 994-1053).

BETTI E., *Diritto romano e dogmatica odierna*, AG 99 (1928) 129-150 (= *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna*, I, a cura di G. Luraschi e G. Negri, Como 1997², 33-53).

BETTI E., *Diritto romano e dogmatica odierna*, AG 100 (1928) 26-66 (= *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna*, a cura di G. Luraschi e G. Negri, Como 1997², 55-95).

BIONDI B., *Il diritto romano cristiano. Orientamento religioso della legislazione*, I, Milano 1952.

BIONDI B., *Il diritto romano cristiano. La legislazione, le persone*, II, Milano 1952.

BIONDI B., *Il diritto romano cristiano. La famiglia - rapporti patrimoniali - diritto pubblico*, III, Bologna 1957.

BONINI R., *I libri 'de cognitionibus' di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della «cognitio extra ordinem»*, Milano 1964.

BONINI R., *Studi sull'età giustiniana*, Rimini 1990.

BOTTA F., *'Per vim inferre'. Studi su 'stuprum' violento e 'raptus' nel diritto romano e bizantino*, Cagliari 2004.

BOTTA F., *Giustiniano e la repressione della blasfemia*, in *φιλία. Scritti per G. Franciosi*, I, Napoli 2007, 275-305.

BRUSA E., *Studi sulla recidiva*, Milano 1886.

- CAIRNS J. - ROBINSON O., *Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History. Essays in Honour of Alan Watson*, London 2001.
- CALONGHI F., s.v. *Recidiva*, in *Dizionario latino-italiano*, III, Torino 1993.
- CANTARELLA E., *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Roma 1988.
- CARDASCIA G., *L'apparition dans le droit des classes d'«bonestiores» et d'«bumiliores»*, RHD 28 (1950) 305-337.
- CARMIGNANI G., *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, III, Pisa 1832.
- CARRARA F., *Stato della dottrina sulla recidiva*, in *Opuscoli di diritto criminale*, II, Firenze 1898.
- CENTOLA D.A., *Alcune osservazioni sui provvedimenti imperiali di clemenza in occasione della Pasqua*, Koinonia 39 (2015) 411-437.
- CIMMA M.R., *L'«episcopalis audentia» nelle costituzioni imperiali da Costantino a Giustiniano*, Torino 1989.
- COSTA E., *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna 1921.
- DALLA D., *'Ubi venus mutatur'. Omosessualità e diritto nel mondo romano*, Milano 1987.
- DALLA D., *Recensione ad A. SICARI, Prostituzione e tutela giuridica della schiava. Un problema di politica legislativa nell'impero romano*, Bari 1991, IURA 42 (1991) 209-213.
- DE BONFILS G., *'Omnes ad implenda munia teneantur'. Ebrei, curie e prefetture fra IV e V secolo*, Bari 1998.
- DE CRISTOFARO C., *'Inpudicus'. Il diritto romano di fronte al prisma della sessualità maschile dalle origini al principato*, Napoli 2022.
- DE FRANCISCI P., *Questioni di metodo*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, I, Palermo 1936 (= *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna*, I, a cura di G. Luraschi e G. Negri, Como 1997², 98-114).
- DE ROBERTIS F.M., *La funzione della pena nel diritto romano*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli 1948, 169-196 (= *Scritti vari di diritto romano [articoli da riviste e miscellanee]. Diritto Penale*, III, Bari 1987, 5-34).
- DE ROBERTIS F.M., *La variazione della pena nel diritto romano*, Bari 1954 (= *Scritti vari di diritto romano [articoli da riviste e miscellanee]. Diritto Penale*, III, Bari 1987, 403-520).
- DI MAURO TODINI A., *'Indulgentia principis' in età tardoantica: materiali e prospettive di ricerca*, Napoli 1996.
- DONADIO N., *La comparazione tra 'desertor' e 'fugitivus', tra 'emansor' ed 'erro' in D. 49.16.4.14*, in *Scritti in ricordo di B. Bonfiglio*, Milano 2004, 137-177.
- ERNOUT A. - MEILLET A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris 1951.

- FALCHI G.F., *Diritto penale romano. (Dottrine generali)*, I, Treviso 1930.
- FALCHI G.F., *Diritto penale romano. (I singoli reati)*, III, Padova 1932.
- FASOLINO F., *Pena, amnistia, emenda: una prospettiva storico-giuridica*, Napoli 2016.
- FASOLINO F., *Indulgentia principis' ed emenda: aspetti della politica criminale nell'impero romano tra IV e VI sec. d.C.*, *Vergentis* 4 (2017) 179-216.
- FAYER C., *'Meretrix': La prostituzione femminile nell'antica Roma*, Roma 2013.
- FERRARI DALLE SPADE G., *Il diritto penale nelle "Novelle" di Leone il filosofo*, *Rivista Penale* 67 (1908) 3-29 (= *Scritti giuridici*, I, Milano 1953, 9-39).
- FERRINI C., *Diritto penale romano: teorie generali*, Milano 1899.
- FERRINI C., *Diritto penale romano: esposizione storica e dottrinale*, in *Enc. dir. pen. it.*, I, Milano 1905 (rist. anast. ed. 1976).
- FIorentini M., *Il giurista e l'eretico. Critica delle fonti e irenismo religioso nella prima età moderna*, Roma 2016.
- FORMIGONI CANDINI W., *Ne lenones sint in ullo loco reipublicae Romanae'*, *AUFE* 4 (1990) 97-127.
- FRANCHINI L., *I reati associativi*, in *Diritto penale romano. Fondamenti e prospettive*, I. *Discipline generali*, a cura di L. Garofalo, Napoli 2022, 565-641.
- FRANCIOSI E., *Il regime delle nozze incestuose nelle novelle giustiniane*, in *Estudios en homenaje al profesor J. Iglesias con motivo de sus bodas de oro con la enseñanza (1936-1986)*, II, Madrid 1988, 727-746.
- FUSCO S., *'Mitigare leges et intendere': la variazione della pena nel diritto romano*, in *Diritto penale romano. Fondamenti e prospettive*, I. *Discipline generali*, a cura di L. Garofalo, Napoli 2022, 1277-1289.
- GARNSEY P., *Social 'Status' and Legal Privilege in the Roman Empire*, Oxford 1970.
- GAROFALO L., *Concetti e vitalità del diritto penale romano*, in *'Iuris Vincula'. Studi in onore di M. Talamanca*, IV, Napoli 2001, 77-106 (= *Dir. pen. XXI secolo*, 2002, 203-229; *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi*, a cura di L. Garofalo e M. Talamanca, Padova 2005, 235-265; *Piccoli Scritti di diritto penale romano*, Padova 2008, 95-123; *'Crimina' e 'delicta'. Applicazioni normative e costruzioni dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Padova 2019, 1-30).
- GATTI T., *L'imputabilità, i moventi del reato e la prevenzione criminale negli Statuti italiani dei secoli XII-XVI*, Padova 1933.
- GAUDEMET J., *Le problème de la responsabilité pénale en droit romain classique*, in *Studi in onore di E. Betti*, II, Milano 1962, 31-88.
- GIGLIO S., *«Humiliores»*, in *Studi per G. Nicosia*, IV, Milano 2007, 149-165.

- GIUFFRÈ V., *La repressione criminale nell'esperienza romana*, Napoli 1998⁵.
- GORIA F., *Ricerche su impedimento da adulterio e obbligo di ripudio da Giustiniano a Leone VI*, II. 'Lenocinium mariti', adulterio e relativo impedimento nel diritto bizantino fra Giustiniano e Leone VI, SDHI 39 (1973) 333-384 (= *Studi sul matrimonio dell'adultera nel diritto giustiniano e bizantino*, Torino 1975, 175-251).
- GORIA F., *Studi sul matrimonio dell'adultera nel diritto giustiniano e bizantino*, Torino 1975.
- LATAGLIATA A.R., *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli 1958.
- LOVATO A., *Il carcere nel diritto penale romano. Dai Severi a Giustiniano*, Bari 1994.
- LUCETTI G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustiniane*, Milano 1990.
- LUCETTI G., *La 'misericordia' nella legislazione tardoantica e giustiniana*, Koinonia 41 (2017) 167-181 (= *Nuovi contributi di diritto tardoimperiale e giustiniano*, Bologna 2021, 99-114).
- LUCETTI G., *La misericordia nelle fonti giurisprudenziali romane*, AUPA 60 (2017) 317-332 (= *Ricerche di diritto romano e di fondamenti del diritto europeo*, Bologna 2021, 119-136).
- MANNINO V., *Ricerche sul «defensor civitatis»*, Milano 1984.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano. Dirimenti, aggravanti e attenuanti - Tentativo - Partecipazione - Concorso di reati - Recidiva*, II, Torino 1950.
- MAZZA L., s.v. *Recidiva*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano 1988.
- MCGINN T.A.J., *Prostitution and Julio-Claudian Legislation: The Formation of Social Policy in Early Imperial Rome*, University of Michigan 1986.
- MELLUSO M., *La schiavitù nell'età giustiniana. Disciplina giuridica e rilevanza sociale*, Paris 2000.
- MIGLIARDI ZINGALE L., *Il manoscritto greco τῆς παναγίας Καταγωγῆς 175 e Nov. Inst. 77*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, III, Milano 1983, 461-481.
- MILANI M., *Le circostanze nel diritto penale romano*, in *Diritto penale romano. Fondamenti e prospettive*, I. *Discipline generali*, a cura di L. Garofalo, Napoli 2022, 1187-1233.
- MOMMSEN TH., *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899.
- MOMMSEN TH., *Le droit pénal romain*, III, trad. francese J. Duquesne, Paris 1907.
- NAVARRA M., *CTh. 9.10.4 (= Brev. 9.7.3) e la sua 'interpretatio': un confronto a proposito di 'recidivi'*, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana. Convegno Internazionale*, XX, Roma 2014, 933-948.
- NAVARRA M., *La recidiva nell'esperienza giuridica romana*, Torino 2015.

- NICOLINI N., *Quistioni di diritto trattate nelle conclusioni, ne' discorsi ed in altri scritti legali*, I, Napoli 1869.
- NOAILLES P. - DAIN A., *Les nouvelles de Léon VI le Sage. Texte et traduction publiés*, Paris 1944.
- NÚÑEZ PAZ M.I., 'Humanitas' y limitaciones al 'ius occidenti', in *Scritti in ricordo di B. Bonfiglio*, Milano 2004, 263-271.
- PESCANI P., *Tracce di una ignota Novella di Giustiniano in Procopio? (in tema di 'accusatio servi contra dominum')*, IURA 15 (1964), 181-184.
- PULIATTI S., *Ricerche sulle Novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, II. *Problemi di diritto privato e di legislazione e politica religiosa*, Milano 1991.
- PULIATTI S., *'Incesti crimina'*. *Regime giuridico da Augusto a Giustiniano*, Milano 2001.
- PULIATTI S., *'Quae ludibrio corporis sui quaestum faciunt'*. *Condizione femminile, prostituzione e lenocinio nelle fonti giuridiche dal periodo classico all'età giustiniana*, in *Da Costantino a Teodosio il Grande: Cultura, Società, Diritto*. Atti del Convegno Internazionale (Napoli, 26-28 aprile 2001), a cura di U. Criscuolo, Napoli 2003, 31-83.
- PULIATTI S., *Il diritto penale nell'ultima legislazione giustiniana. I crimini contro la moralità e la famiglia. I reati sessuali: adulterio, stupro, lenocinio*, in *'Fides Humanitas Ius'*. *Studii in onore di L. Labruna*, VII, Napoli 2007, 4491-4523.
- RANDAZZO S., «*Collegia iuvenum*». *Osservazioni in margine a D. 48.19.28.3*, SDHI 66 (2000) 201-230.
- RANDAZZO S., *Note sulla recidiva nel diritto penale romano*, ZSS 130 (2013) 457-477 (= *Diritto associativo romano*, a cura di A. Milazzo, Napoli 2021, 191-223).
- RIZZELLI G., *'Lex Iulia de adulteriis'*. *Studi sulla disciplina di 'adulterium', 'lenocinium', 'stuprum'*, Lecce 1997.
- RONCO M., *La liberazione dalla recidiva nel giudizio di cognizione*, Archivio Penale 1 (2021) 1-9.
- RUSSO RUGGERI C., *Recensione a M. NAVARRA, La recidiva nell'esperienza giuridica romana*, Torino, 2015, IURA 65 (2017) 493-504.
- SANDIROCCO L., «*Cum vir nubuit in feminam*», RDR 9 (2009) 1-17.
- SANTALUCIA B., *Studi di diritto penale romano*, Roma 1994.
- SCAPINI N., *Diritto e processo criminale nell'esperienza giuridica romana: appunti dalle lezioni di storia del diritto romano*, Milano 1990.
- SICARI A., *Prostituzione e tutela giuridica della schiava. Un problema di politica legislativa nell'impero romano*, Bari 1991.

SITZIA F., *Legislazione criminale nelle novelle di Giustiniano*, in 'Subseciva Groningana'. *Studies in Roman and Byzantine Law. Novella Constitutio*. *Studies in Honour of Nicolaas van der Wal*, IV, Groningen 1990.

SOLAZZI S., *Miscellanea*, AG 94 (1925) 58-130.

SOLIDORO MARUOTTI L., *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico*, II, Torino 2014.

SOLIDORO MARUOTTI L., *La prostituzione femminile nel diritto imperiale*, in *Diritto e controllo sociale. Persone e 'status' nelle prassi giuridiche*. Atti del Convegno della Società italiana di Storia del Diritto (Napoli, 22-23 novembre 2012), a cura di L. Solidoro, Torino 2019, 187-261.

TOZZI PEVERE G., *Il casellario giudiziale e la recidiva. Aspetti giuridici e sociologici*, Firenze 2007.

VENTRELLA MANCINI C., *Tempo divino e identità religiosa: culto, rappresentanza, simboli dalle origini all'VIII secolo*, Torino 2012.

VEYNE P., *L'omosessualità a Roma*, in *L'amore e la sessualità*, a cura di G. Duby, Bari 1994.

WACKE A., *Le finalità della sanzione penale nelle fonti romane*, INDEX 37 (2009) 137-149.

WALDSTEIN W., *Untersuchungen zum römischen Begnadigungsrecht. 'Abolitio - indulgentia - venia'*, Innsbruck 1964.

WASHBURN D.A., *Banishment in the Later Roman Empire, 284-476 CE*, New York 2017.