

PREMESSA

Negli ultimi decenni, come è noto, il diritto criminale romano è stato oggetto di numerosi ed importanti studi che ne hanno investigato i più vari profili, sia sostanziali che processuali; sono state così spesso messe in luce ed esplorate le connessioni esistenti tra l'esperienza giuridica romana e molti tra i più significativi approdi concettuali e sistematici ai quali è giunta, nei secoli, la scienza criminalistica in Europa¹.

In questo volume sono raccolti sette saggi, da me elaborati nell'ultimo lustro, alcuni dei quali hanno rappresentato la base di partenza per ulteriori e più ampie indagini monografiche², dedicati all'esame delle politiche e degli strumenti della repressione criminale a Roma, con particolare riferimento all'arco temporale che va dal I al VI secolo d.C.

L'ordine qui prescelto non riproduce pedissequamente quello cronologico della relativa pubblicazione, avendo preferito piuttosto disporli per "aree tematiche": i primi due studi, infatti, approfondiscono lo scopo dell'emenda del reo, sia nell'ambito del plurifunzionalismo della pena nell'ordinamento giuridico romano che in relazione ai provvedimenti di indulgenza imperiale; il terzo riguarda il tema

¹ Cfr., in tal senso, L. Garofalo (a cura di), *'Crimina' e 'Delicta'. Applicazioni normative e costruzioni dottrinali*, Napoli 2019, pp. 5 ss.

² Mi riferisco a *Pena, amnistia, emenda: una prospettiva storico-giuridica*, Napoli 2016, ed a *La disciplina dell'evasione nel diritto romano*, Napoli 2020.

complesso della esecuzione del giudicato penale e della certezza della pena; il quarto concerne le origini del principio in *dubio pro reo* e la sua applicazione nei tribunali dell'impero romano; gli ultimi tre saggi, infine, approfondiscono la disciplina dell'evasione dalla custodia preventiva e dalla condanna.

L'indagine, in ciascuno degli studi suddetti, è stata condotta nella prospettiva dell'analisi della legislazione imperiale ma alla luce della riflessione giurisprudenziale: i *prudentes*, infatti, pur nella totale mancanza di chiare ed invalicabili coordinate generali di sistema alle quali fare riferimento, ebbero il merito quantomeno di aver tentato un complessivo riordino di una materia di per sé intrinsecamente magmatica qual è quella della repressione criminale; facendosi spesso promotori dell'adozione di *rationes* interpretative ispirate ad umanità e benevolenza, essi cercarono, invero, di arginare i numerosi arbitri che la prassi dei tribunali faceva registrare.

Più in generale, l'approccio ai temi di ricerca prescelti è stato non tanto quello di porre in luce le possibili analogie e differenze tra i regimi giuridici antichi e quelli moderni, bensì di comprendere, nei limiti del possibile, le ragioni di fondo e le conseguenze delle scelte di politica criminale effettuate a Roma in età imperiale, anche al fine di ricavarne elementi di orientamento per l'attualità ma pur sempre nella consapevolezza della non esportabilità *tout court* di soluzioni e categorie giuridiche proprie di epoche molto lontane e molto dissimili dalla nostra.

Nel dare alle stampe il presente volume, desidero esprimere tutta la mia gratitudine ai professori Andrea Lovato e Francesco Lucrezi, i quali hanno benevolmente accolto il mio lavoro nella Collana *Forme e Itinerari del Diritto*, da essi diretta, ed altresì all'editore, dott. Giuliano Giappi-

chelli, tra i pochissimi ormai che continuano, convintamente, a sostenere e promuovere la diffusione dei risultati della ricerca storico-giuridica.

Un sentito ringraziamento va anche ai colleghi “romanisti” del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università degli studi di Salerno: il continuo, quasi quotidiano, confronto con essi ha, infatti, contribuito non poco alla mia maturazione scientifica ed umana.

Infine, esprimo la mia riconoscenza al dott. Giovanbattista Greco, assegnista di ricerca nell’Ateneo salernitano, che con competenza ed affettuosa dedizione ha curato la redazione degli indici.

Salerno, 16 settembre 2020

Capitolo 1

POENA CONSTITUITUR IN EMENDATIONEM HOMINUM: RIFLESSIONI SULLA FUNZIONE EMENDATRICE DELLA PENA NEL TARDO ANTICO *

* Pubblicato in *Koinonia*, 39, 2015, pp. 153-210.

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Caratteristiche d'insieme della legislazione penale del tardo antico. – 3. La funzione emendatrice della pena. – 4. Pena ed emenda nel pensiero di Sant'Agostino. – 5. La pena come *emendatio* nel Digesto. – 6. Il dibattito culturale greco e romano sulle funzioni della pena. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Frutto di una ancor oggi diffusa, ma non per questo meno erronea, convinzione è l'idea che ci si possa avvicinare allo studio del diritto dell'antichità utilizzando *tout court* le categorie ed i concetti moderni, ed a noi maggiormente familiari, quasi che essi abbiano una sorta di intrinseca e perpetua valenza che li renderebbe idonei, sempre e comunque, a ricostruire, analizzare e comprendere il fenomeno giuridico. Si tratta di un vero e proprio condizionamento, di cui siamo profondamente, anche se spesso inconsapevolmente, intrisi e che rischia di disorientare, se non di fuorviare, il lavoro dello storico del diritto; in realtà, il dialogo, sempre più auspicato e sicuramente auspicabile, tra storici del diritto e cultori del diritto positivo, senz'altro si giova del ricorso a concetti e schemi comuni nella misura in cui, tuttavia, il loro utilizzo non produca effetti distorsivi, rendendo solo apparenti i benefici dell'interscambio culturale laddove sia fondato su presupposti non del tutto corretti.

Ciò è specialmente vero in un campo, qual è quello della ricostruzione del sistema di repressione criminale nell'ordinamento giuridico romano, per lo studio del quale occorre, a mio avviso, saper fare un misurato e prudente uso di tali categorie; in particolare, per quanto specificamente concerne l'oggetto di questo lavoro, tentare di ricostruire natura e finalità della pena a Roma nel periodo del tardo antico, non liberandosi, nei limiti del possibile, del

retaggio di idee consolidate nella cultura giuridica attuale, quali la ‘necessità’ della pena, la ‘necessaria’ esistenza di un sistema punitivo statale, la netta distinzione tra illeciti di natura privata e illeciti a valenza pubblica, la ‘naturale’ corrispondenza tra la gerarchia delle infrazioni e quella delle pene in ragione della loro gravità, il ‘necessario’ collegamento tra responsabilità individuale e pena, e altre simili, rischia seriamente di inficiare la correttezza della metodologia e, in definitiva, di compromettere la attendibilità dei risultati della ricerca¹.

Soprattutto, a mio modo di vedere, nell'accingersi allo studio della pena nel mondo antico, e in quello romano in particolare, bisogna dismettere quel convincimento, anch'esso abbastanza diffuso, che vi sia una sorta di naturale ‘evoluzione’ del sistema punitivo, che da logiche ispirate alla vendetta ed al principio del taglione sarebbe via via approdato a più moderne concezioni maggiormente improntate a criteri di umanità e, in senso lato, pedagogico-rieducative².

¹ In tal senso, tra gli altri, cfr. il recentissimo lavoro di F. Lucrezi, *Ne peccetur, quia peccatum est: sulle ragioni della pena nel mondo antico*, in AA.VV., *Minima de poenis I*, Napoli 2015, 59 ss., in part. 60 s. Cfr., altresì, V. Giuffrè, *La ‘repressione criminale’ nell’esperienza romana. Profili*⁵, Napoli 1998, 67 ss.

² Cfr., per tutti, F.M. de Robertis, *La funzione della pena nel diritto romano*, in *Scritti vari di diritto romano*, III, *Diritto penale*, Bari 1987, 24 ss. L’A. sostiene la relatività del concetto di “funzione della pena”: a suo dire, dalla prevalenza, nel diritto arcaico, della funzione preventiva, legata a motivi sacrali, si sarebbe passati, nel diritto classico, al principio retributivo fino a tornare, in epoca postclassica, alla funzione preventiva, intesa però, in senso sostanzialmente analogo a quella moderna, cioè quale deterrente. Sul punto, si veda anche B. Santalucia, in M. Talamanca (sotto la direzione di), *Lineamenti di storia del diritto romano*², Milano 1989, 35 ss. nonché Id., *Pena criminale (diritto romano)*, in *ED.*, 32, 1982, 734 ss. Più di recente, si veda F. Gnoli, voce *Diritto penale nel diritto romano*, in *Di-*

In realtà, così come il pensiero giuridico e filosofico occidentale non ha sinora raggiunto una unitarietà di visione circa il fondamento della pena, tanto che prevale nella dottrina penalistica contemporanea una sorta di visione sincretistica, la quale propende per un plurifunzionalismo della pena, che avrebbe in sé tanto l'elemento retributivo, quanto quello preventivo (sia generale che speciale) che, infine, quello rieducativo³, così anche, vorrei

*gesto delle discipline penalistiche*⁴, Torino 1990, 43 ss. ed ivi ampia bibliografia.

³ Si tratta di una questione che ha continuato a suscitare l'interesse dei pensatori dall'età moderna fino alla nostra epoca. Per una brevissima carrellata circa le dottrine della pena elaborate da grandi filosofi si può ricordare, ad esempio, Ugo Grozio, seguace della teoria della retribuzione, secondo cui la pena non è altro che la ricompensa dovuta al reo per la violazione dell'ordinamento giuridico: *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*. Tuttavia, per Grozio, la pena doveva essere anche utile: pertanto, suo supremo compito era la correzione del reo e l'ammonimento degli altri uomini, ai quali doveva essere reso chiaro che la sofferenza della pena è superiore al vantaggio ottenibile dalla commissione di un delitto: per approfondimenti si rinvia ad A. Wacke, *Le finalità della sanzione penale nelle fonti romane*, in *Index*, 37, 2009, 137 ss., in part. 139. Secondo Kant, invece, la legge penale è un imperativo categorico che ha in se stesso la propria giustificazione: essendo il delitto la trasgressione dell'ordine etico, la coscienza morale ne esige la punizione. Hegel, a sua volta, inserisce la riflessione sulla pena entro una forma dialettica: il crimine è una negazione del diritto mentre la pena è una negazione del crimine: perciò la pena, essendo una negazione della negazione, riafferma il diritto violato. Feuerbach pone la teoria della pena in un'ottica di prevenzione: la minaccia di sanzioni, agendo sulla psicologia dell'individuo, ne frena gli impulsi criminali e costituisce un necessario strumento di difesa sociale. Diffusa è, in tempi più recenti, anche la teoria dell'emenda, secondo cui la principale funzione della pena è quella di tendere al ravvedimento del reo: conseguentemente, il sistema sanzionatorio avrebbe una valenza principalmente rieducativa e correttiva. Come è noto, negli ordinamenti moderni si sono affermate concezioni sincretistiche, incentrate sull'idea della plurifunzio-

dire a maggior ragione, l'esperienza giuridica romana non ha conosciuto un'unica funzione della pena ma, in relazione a ciascuna delle diverse epoche del suo svolgersi, ha teorizzato una pluralità variamente articolata di ragioni a fondamento della sanzione penale, pur se con la netta prevalenza di una, o alcune, di esse in ciascuna fase storica.

Come per l'attualità, dunque, così anche per il mondo antico, la repressione dei delitti non ha sempre risposto ai medesimi fini; per quanto concerne l'ordinamento giuridico romano, in particolare, né a livello normativo, né a livello giurisprudenziale e, più in generale, nemmeno nell'ambito della riflessione culturale e della speculazione fi-

nalità della pena, ritenuta un *mixtum compositum*, al cui interno sono contemporaneamente rinvenibili tanto la funzione della retribuzione quanto quella dell'intimidazione nonché, infine, quella dell'emenda. Sul punto, cfr. G. Pugliese, *Relazione finale*, in O. Diliberto (a cura di), *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano. Atti del deuxième colloque de philosophie pénale*. Cagliari, 20-22 aprile 1989, Napoli 1993, 425 ss., il quale ribadisce che anche nel mondo antico la pena non ebbe un'unica ragion d'essere. In relazione al dibattito relativo al diritto vigente si rinvia alle interessanti considerazioni di F. Mantovani, *Diritto penale – Parte generale*⁵, Padova 2007, 714 ss.; T. Padovani, *Diritto penale*⁷, Milano 2004, 289 ss.; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale – Parte generale*¹⁶, Milano 2003, 675 ss.; S. Moccia, *Funzione della pena e sistematica teleologica. Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli 1992, in part. 40 ss. Per una visione d'insieme dei principali orientamenti moderni in materia di funzione della pena, è sempre utile la consultazione di M.A. Cattaneo, *Pena (filosofia)*, in *ED.*, 32, 1982, 701 ss. Del medesimo autore, cfr. anche: *Il problema filosofico della pena*, Ferrara 1978, *passim*; ed altresì, *Pena diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino 1990, in part. 55 ss. Sulle varie finalità della sanzione penale nell'ordinamento giuridico italiano, con particolare riferimento a quella cd. rieducativa di cui all'art. 27 Cost., cfr. G. Frigo, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in A. Calore, A. Sciumè (a cura di), *La funzione della pena in prospettiva storica e attuale*, cit., 183 ss.

losofica, si rinvengono testimonianze di una presa di posizione univoca circa la funzione della pena⁴.

Eppure, sin dall'antichità ci si è interrogati su quali potessero essere le ragioni sottese all'irrogazione della pena, che ne giustificassero cioè l'effettiva funzione, la punizione dell'autore di un reato rispondendo, di volta in volta, almeno prioritariamente, a precise esigenze sentite come fondamentali in un determinato ambito storico-sociale. Come vedremo, tale dibattito, originatosi all'interno della filosofia platonica, si è esteso e protratto a lungo nel corso dei secoli a Roma senza, tuttavia, mai trovare una definitiva composizione, anzi via via arricchendosi di ulteriori profili di complessità, in ragione anche della progressivamente minore coesione socio-valoriale, dei disordini politici e dei rapidi e incisivi mutamenti istituzionali che connotano, in specie, gli ultimi secoli della storia della civiltà romana⁵. In tale scenario, il diffondersi del cristianesimo

⁴A tale specifico riguardo, F.M. de Robertis, *La funzione della pena*, cit., 33 s., afferma che la mancata formulazione, da parte dei giuristi romani, di «una teoria generale sulla relatività delle funzioni della pena» sarebbe dovuta alla loro «consapevolezza della concettuale impossibilità di richiamare la funzione della pena come qualcosa di assoluto»; sarebbe questa la ragione per la quale «i giuristi classici si sono astenuti del tutto da tentativi di sistemazione generale, limitandosi per lo più ad accennare a questa o a quella funzione determinata a proposito di singole norme o di singoli casi di variazione della pena; ma si tratta di semplici accenni al di fuori di ogni pretesa sistematica o generalizzatrice». In tal senso si veda pure F.M. de Robertis, *La variazione della pena nel diritto romano. 1. Problemi di fondo e concetti giuridici fondamentali*, Bari 1954, ora in *Scritti vari di diritto romano*, III, *Diritto penale*, Bari 1987.

⁵Cfr. M. Humbert, *La peine en droit romain*, in *Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, LV, *La peine – punishment*, Bruxelles 1989, 133 ss. Per un'efficace sintesi della problematica, si veda, inoltre, F. Lucrezi, *Senatusconsultum Macedonianum*, Napoli 1992, 180 ss.

e il suo recepimento quale religione ufficiale dell'impero, hanno sicuramente contribuito in misura significativa a far sì che, in relazione alle teorie sulla pena criminale, venisse privilegiata una prospettiva maggiormente attenta alla persona del colpevole e alla sua 'recuperabilità' morale; tale funzione di emenda, tuttavia, pur se fortemente amplificata dall'incidenza della dottrina cattolica sulla legislazione imperiale del tardo antico, era già nota alla giurisprudenza del III secolo d.C., che ne aveva fatto oggetto di esplicita enunciazione.

Sulla scorta di tali considerazioni, il presente studio intende approfondire, tra le funzioni che alla pena sono state attribuite, dichiaratamente o meno, nel corso dell'esperienza giuridica romana, in particolare quella volta all'emenda ed alla correzione del reo, finalizzata cioè ad evitare che questi potesse nuovamente commettere il male. Su tale specifica finalità della pena, infatti, la letteratura romanistica si è sinora soffermata solo sporadicamente, nell'ambito, peraltro, di studi più vasti dedicati alla ricostruzione del sistema penale romano nel suo complesso⁶ o, in tutt'altra prospettiva, diretti a porre in luce i mutamenti dell'ordinamento giuridico riconducibili al diffondersi del Cristianesimo⁷, ritenendo, per lo più, ma a mio avviso non esattamente, che la funzione di emenda sia riscontrabile solo a partire dalla seconda metà del IV secolo d.C. in avanti, e in particolare nell'età giustiniana, per diretto influsso della dottrina cattolica e, secondo alcuni⁸, in misura pressoché limitata alla repressione delle

⁶ Per tutti, cfr. V. Giuffrè, *La 'repressione criminale'*, cit., 139.

⁷ B. Biondi, *Diritto romano cristiano*, III, Milano 1954, 425 ss.

⁸ Cfr. F.M. de Robertis, *La funzione della pena*, cit., 32; più di recente, G. Barone Adesi, *Religio e polifunzionalità della pena tardo antica*, in A. Calore, A. Sciumè (a cura di), *La funzione della pena in prospettiva storica e attuale. Atti del convegno della Società Italiana di Storia del Diritto (Brescia 16-17 ottobre 2009)*, Milano 2011, 33 ss.

fattispecie delittuose maggiormente involgenti profili di natura religioso-confessionale. In definitiva, la stragrande maggioranza degli studiosi che finora hanno trattato l'argomento⁹, hanno sostanzialmente concluso che l'emenda non avrebbe trovato un significativo spazio nell'ordinamento giuridico romano, essendo di volta in volta prevalse altre finalità della pena¹⁰.

In realtà, come spero di poter dimostrare nel corso di questo lavoro, la funzione emendatrice della pena è tra le più risalenti nell'ambito della speculazione giuridica e filosofica romana, che a tale riguardo si rifà espressamente alle teorie greche di derivazione platonica che permeano l'ambiente culturale romano fra il primo ed il secondo secolo d.C. Come vedremo approfonditamente più avanti, autori come Plutarco, Seneca, Gellio, Favorino, non soltanto enunciano espressamente ed elaborano compiutamente nelle loro opere il concetto della pena finalizzata alla correzione del reo, ma tale funzione, pur non essendo l'unica ad essere da essi teorizzata, è senz'altro ritenuta quella prevalente. Di tale speculazione intellettuale una diretta influenza si rinviene anche nella giurisprudenza

⁹Fatta eccezione per il Biondi e il Barone Adesi, i quali, tuttavia, si concentrano esclusivamente sulla legislazione da Teodosio in poi.

¹⁰Da ultimo, in tal senso, B. Santalucia, *Metu coercendos esse homines putaverunt. Osservazioni sulle funzioni della pena nell'età del Principato*, in A. Calore, A. Sciumè (a cura di), *La funzione della pena in prospettiva storica e attuale*, cit., 15 ss., in part. 31 s. Per la dottrina meno recente, si veda C. Ferrini, *Diritto penale romano (teorie generali)*, Milano 1899, 25, il quale ritiene che la funzione emendatrice fu solo occasionalmente presente nella riflessione giurisprudenziale dell'età severiana. La necessità di riconsiderare la fondatezza di tale convinzione è stata sottolineata, per primo, da A. Lovato, *Legittimazione del reo all'accusa e funzione emendatrice della pena*, in *SDHI*, 55, 1989, 423 ss., in part. 430 ss. e nt. 29 e, più di recente, da G. Barone Adesi, *Religio e polifunzionalità della pena tardo antica*, cit., 55 ss.

dell'età dei Severi, come è possibile riscontrare in tre passi, rispettivamente di Ulpiano, Paolo e Papiniano, sinora fatti oggetto di poca attenzione, o meglio, di una sostanziale svalutazione da parte degli autori che si sono interessati al problema degli scopi della pena.

Nell'età del tardo antico, dunque, la vigorosa e frequente riproposizione, a livello sia concettuale che normativo, della pena con finalità di correzione ed emenda, se pure è da ricollegarsi, senza dubbio, alla progressiva affermazione e diffusione dei principi della religione cristiana, tanto che è possibile ritrovarne spunti diretti ed immediati sia nella letteratura patristica sull'argomento che nel testo stesso dei Vangeli, non costituisce, tuttavia, una vera e propria novità: l'*emendatio*, in altre parole, riesce ad enuclearsi con nettezza tra i vari scopi attribuiti alle sanzioni penali, tanto da essere espressamente menzionata in quanto tale in diverse norme imperiali a partire da Diocleziano, anche perché va ad inserirsi su un sostrato culturale e giuridico nel quale tale specifica funzione era non soltanto già conosciuta ma anche considerata, se non prioritaria, quantomeno di pari rilevanza rispetto alle altre finalità della sanzione penale pure individuate.

In realtà, la cifra distintiva della concettualizzazione della pena criminale nel sistema giuridico romano, appare propriamente questa per cui, fatta eccezione forse per l'età arcaica, nella quale, come è noto, era nettamente predominante la funzione satisfattivo-vendicatoria, nelle varie fasi ed epoche vi è la coesistenza di una pluralità di funzioni ad essa ascrivibili, su ciascuna delle quali, volta per volta, in relazione alle specifiche sensibilità dei singoli giuristi ed imperatori, nonché alla peculiarità delle varie vicende storiche, si è soffermata in particolare la loro attenzione ma senza che l'accentuazione posta su una specifica funzione volesse affatto comportare l'esclusione delle rimanenti: ed invero, il sottolineare un particolare scopo della pena comminata non voleva certa-

mente significare che gli altri, pure conosciuti ed individuati a livello della riflessione teorica, culturale e giurisprudenziale, non fossero ritenuti sussistenti, ma esclusivamente che uno soltanto fra essi era ritenuto quello prevalente, in ragione delle specifiche esigenze di quel determinato momento storico. Né deve trascurarsi lo sforzo di elaborazione della giurisprudenza che, al fine di adeguare le norme antiche alle nuove esigenze sociali, ha rielaborato le pene già previste assegnandogli ulteriori o, anche, nuove funzioni ¹¹.

Ciò, peraltro, non significa che, nell'accingersi a studiare la funzione della pena in un certo contesto storico-giuridico, si debba immaginare di rinvenire, sempre e comunque, nell'ambito del sistema, delle enunciazioni espresse o addirittura delle elaborazioni teoriche compiute, fenomeno che non è riscontrabile, del resto, nemmeno negli ordinamenti contemporanei. Il presupposto di determinate decisioni della giurisprudenza romana o di alcune disposizioni normative della cancelleria imperiale è, invero, da rinvenire negli orientamenti culturali, religiosi e di pensiero su cui esse poggiano ma che non sempre, anzi raramente, emergono; non basta, perciò, a mio modo di vedere, limitarsi a considerare le enunciazioni esplicite che possono essere contenute nelle fonti per tentare di comprendere se e in che misura è conosciuta od applicata una determinata finalità della pena; occorre, invece, individuare, nei limiti del possibile, i criteri ed i presupposti teorici che hanno ispirato quelle determinate soluzioni giu-

¹¹ Cfr. F.M. de Robertis, *La funzione della pena*, cit., 33 s., il quale sottolinea la relatività del concetto di funzione della pena in quanto «la concettuale illimitatezza delle funzioni a cui il legislatore, sul piano astratto e nei limiti si intende della natura particolare della pena, può piegare quest'ultima, cede sul piano storico, ad un certo numero di determinate funzioni, tra le quali, a seconda dei sistemi e dei periodi, può sempre individuarsi la prevalente».

ridiche, ovvero quelle specifiche scelte di politica legislativa, per tentare di ricostruirne i nessi e i percorsi che legano gli uni alle altre.

Su tale presupposto, nel presente lavoro, dopo aver sinteticamente delineato le varie finalità attribuite alla sanzione penale nelle diverse fasi dell'evoluzione dell'ordinamento romano, verranno dapprima esaminate quelle testimonianze normative e giurisprudenziali nelle quali si fa espressa menzione della funzione emendatrice della pena; successivamente verranno esaminate le principali correnti dottrinali, filosofiche e culturali che hanno significativamente contribuito, nel panorama culturale romano, alla elaborazione concettuale degli scopi della pena, evidenziando come la funzione correttiva e di emenda fosse, già prima dell'affermarsi del cristianesimo, talmente radicata nella cultura giuridica romana, da indurre a ritenere che essa sia stata tenuta presente, con buona probabilità, anche oltre i casi ed i limiti nei quali la si trova espressamente enunciata.

2. Caratteristiche d'insieme della legislazione penale del tardo antico

Nell'ottica appena chiarita dobbiamo, dunque, analizzare in primo luogo la produzione normativa, concernente l'ambito penale, a partire da Diocleziano e fino a Giustiniano, nella quale appaiono coesistere, benché con diversa frequenza e con differente grado di rilevanza, pressoché tutte le funzioni tipicamente assegnate alla pena, vale a dire quella retributiva (o satisfattoria), quella di prevenzione generale (deterrente), quella di prevenzione speciale e, infine, quella volta alla correzione ed emenda del reo.

La letteratura romanistica che sin qui si è interessata di questo tema, ha già posto in luce, pur con argomentazioni differenti e, soprattutto, in relazione a prospettive di

indagine diverse, la possibilità di rinvenire nelle fonti post-classiche e giustinianee una pluralità di funzioni della pena ma, come ho già detto, senza adeguatamente soffermarsi su quella di emenda del colpevole, ritenuta in-giustificatamente secondaria, se non addirittura marginale e, comunque, laddove esistente, mera espressione diretta e circoscritta di dottrine religiose¹².

Tale funzione, tuttavia, se come è noto acquista, nel periodo del tardo antico, una particolare e specifica rilevanza, soprattutto per l'evidente influsso della letteratura patristica, che paragona il reo ad un infermo per il quale l'espiazione della pena rappresenta la medicina necessaria per la salvezza dell'anima¹³, non è però, come si vedrà, di certo assente nelle epoche precedenti.

¹² Con specifico riferimento alla legislazione giustiniana, ed in specie alle Novelle, ciò è già stato sottolineato da F. Sitzia, *Aspetti della legislazione criminale nelle Novelle di Giustiniano: il problema della giustificazione della pena*, in *Novella Constitutio. Studies in honour of Nicolaas van der Wal*, Groningen 1990, 211 ss. L'A. ha sostenuto che le varie funzioni della pena sono tutte coesistenti nella normazione di Giustiniano, anche se prevale quella di prevenzione generale, sulla quale si insiste specialmente nelle Novelle degli anni 535-536, nelle quali l'imperatore ritiene che alla riorganizzazione dell'amministrazione imperiale sia maggiormente funzionale una concezione della pena intesa come ammonimento per la collettività a non commettere delitti, allo scopo di mantenere l'ordine all'interno dell'impero. In senso analogo, R. Bonini, *Alcune considerazioni sulla funzione della pena nelle Novelle giustinianee*, in O. Diliberto (a cura di), *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano*, cit., 397 ss.

¹³ Sulla funzione di emenda del reo e l'influsso che su di essa ha avuto il pensiero cristiano, cfr., *amplius*, B. Biondi, *Diritto romano cristiano*, III, cit., 425 ss., nonché J. Gaudemet, *L'Église dans l'empire romain (IV-V siècles)*, Paris 1958 (avec mise à jour 1989), 277 ss.