

Il problema della giustificazione della pena*

I

Una dottrina tradizionale¹ afferma che nel basso impero ed in epoca giustiniana alla pena sarebbe stata assegnata essenzialmente la funzione di prevenzione generale. Questa impostazione è stata, peraltro, criticata dal Biondi² per il quale, da un lato la funzione preventiva o intimidatrice della pena "può dirsi universale e quindi non propria del basso impero", dall'altro essa coesiste con la funzione di "reazione" nonchè con quella di emenda del reo.

La dottrina più recente, pur ribadendo la prevalenza della funzione preventiva, ha posto in evidenza che il quadro offerto dalle fonti postclassiche e giustiniane si presenta assai articolato. In particolare il Gaudemet³ ed il Gioffredi⁴ hanno sottolineato, pur con accenti diversi, che l'opera dei Padri della Chiesa tende a far

* Il presente contributo ha formato oggetto di una comunicazione presentata al *Deuxième Colloque de Philosophie pénale* tenutosi a Cagliari i giorni 20-22 aprile 1989. Nel corso dello stesso convegno il collega ed amico Roberto Bonini ha svolto un'interessante relazione su analogo tema dal titolo "*Alcune considerazioni sulla funzione della pena nelle Novelle giustiniane*" (relazione che apparirà negli atti del convegno). È per me particolarmente significativo rilevare che i risultati cui giunge il presente contributo sono, in buona misura, analoghi a quelli cui è giunto uno specialista del diritto giustiniano della competenza e dell'acutezza del Bonini, col quale mi è stato possibile avere, in occasione del suddetto colloquio, un confronto d'idee assai utile e stimolante e del quale gli sono particolarmente grato.

- 1 Vedi Buonamici, 'Il concetto della pena nel diritto giustiniano', *Studi Pessina* II, Napoli, 1899, p. 187 ss.; Costa, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna 1921, p. 44 nt. 3; De Robertis, 'La funzione della pena in diritto romano', *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli 1948, p. 187 nt. 93 e 188 ss. (= *Scritti vari di diritto romano*, III: *Diritto penale*, Bari 1987), il quale giunge ad affermare che nessuna costituzione imperiale richiama il principio retributivo ed ammette soltanto (p. 194) che la dottrina dei Padri della Chiesa, inclini ad attribuire alla pena una funzione di emenda, abbia influito "sul perfezionamento successivo di questa concezione preventiva"; Bonini, *Ricerche di diritto giustiniano*, Milano 1968, p. 181 nt. 36.
- 2 Biondi, *Il diritto romano cristiano*, III, Milano, 1954, p. 425 ss.
- 3 Gaudemet, 'Le problème de la responsabilité pénale dans l'antiquité', *La responsabilité pénale* [*Ann. Fac. dr. et Sc. pol. et écon. Strasbourg*, VIII], Paris 1961, p. 77 s. = *Studi Betti*, II, Milano, 1962, p. 506 = *Études de droit romain*, III, Napoli 1979, p. 482.
- 4 Gioffredi, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, p. 54 ss.; id, 'Sulla concezione romana della pena', *Studi Volterra*, II, Milano 1971, p. 349, il quale invita a non sopravvalutare i testi in cui si affaccia l'idea di emenda. Sulla funzione della pena nel pensiero dei Padri della Chiesa vedi Gaudemet, *L'Église dans l'empire romain (IV-V siècles)*, Paris 1958, p. 277 s.; Houlou, 'Le droit pénal chez Saint Augustin', *Rev. Hist. de Dr. franc. et étr.* 52 (1974) p. 15 nt. 3, p. 13 ss.

SITZIA

emergere la funzione di emenda e lo stesso Gioffredi ha avuto modo di rilevare che non mancano accenni alla funzione retributiva.⁵

Le ricerche sulla funzione della pena in diritto giustiniano, a partire da quella classica del Buonamici,⁶ non hanno certo trascurato le testimonianze delle Novelle, non mi sembra però che sui testi novellari sia stata mai compiuta, in assenza di quei sussidi che hanno caratterizzato gli ultimi decenni,⁷ un'indagine sistematica. L'utilità di una ricerca specifica sulla funzione della pena nelle Novelle giustiniane appare quindi evidente, soprattutto se si considera che i testi novellari, tramandandoci il contenuto integrale delle costituzioni, consentono un'indagine sul nostro tema particolarmente significativa.

Una prima analisi dei testi novellari⁸ conferma che la funzione prevalente della pena sembra permanere quella della prevenzione generale. Questa funzione non viene peraltro normalmente ricollegata alla previsione legislativa della pena ma alla concreta applicazione della stessa. In questo senso il problema del corretto esercizio della giurisdizione penale con la possibilità di pervenire ad una giusta sentenza di condanna (e quindi ad un'esecuzione della pena stessa) appare al centro degli interessi della cancelleria imperiale.⁹ Le considerazioni sulla funzione della pena si ritrovano, infatti, per lo più in testi che stabiliscono poteri e competenze dei magistrati e dettano i principi ai quali questi devono ispirarsi nell'esercizio del loro potere giurisdizionale.

Possono ricordarsi a questo proposito in primo luogo alcuni passi in tema di corruzione dei magistrati. Particolarmente significative mi paiono le testimonianze di Nov. 8 praef., 1 (a. 535), in cui si rileva che la possibilità di evitare la pena corrompendo i magistrati fa venire meno il timore di commettere i reati, nonché di Nov. 13, 4 pr. (a. 535) in cui parimenti si osserva che può essere temuto soltanto il magistrato che non si lasci corrompere.

La particolare rilevanza della funzione di prevenzione generale, legata ad un corretto ed efficace esercizio del potere giurisdizionale, viene altresì sottolineata

5 Gioffredi, *Sulla concezione*, cit., p. 346.

6 Buonamici, *op. cit.*, p. 194 ss.

7 Mi riferisco, in particolare, al manuale del Van der Wal, (*Manuale Novellarum Iustiniani*, Groningen - Amsterdam, 1964) nonché al *Legum Iustiniani Imperatoris Vocabularium. Novellae* (G. Archi moderante curavit A.M. Bartoletti Colombo) e al *Lessico delle Novellae di Giustiniano nella versione dell'Authenticum* (sempre a cura della stessa Bartoletti Colombo).

8 Non mi pare opportuno nella presente ricerca procedere ad un'analisi meramente terminologica delle espressioni tipiche della repressione penale impiegate dal legislatore; come ha, infatti, giustamente rilevato il Gioffredi (*Sulla concezione*, cit., p. 346), non si può attribuire alle espressioni in esame un particolare significato.

9 Si è ritenuto opportuno nella presente ricerca non affrontare ex professo il problema della paternità sostanziale del testo delle singole costituzioni. Nel proseguo della ricerca ci si riferirà quindi, in modo del tutto formale, a Giustiniano in quanto legislatore, piuttosto che a Triboniano (o ai questori successivi). Sul problema vedi, comunque, Honoré, *Tribonian*, London 1978.

dalla Nov. 8, 8, 1 in cui la funzione in esame viene ad incidere sulle modalità di esecuzione della pena, stabilendosi che il magistrato corrotto debba essere punito nella stessa provincia *ubi iniustitiam fecit*, di guisa che nessuno osi più comportarsi in un modo siffatto πρὸς τὸ παράδειγμα βλέποντα (*ad exemplum respiciens*).

Sempre in tema di corretto esercizio del potere giurisdizionale possiamo altresì ricordare Nov. 17, 5 pr. (a. 535) in cui si ordina ai magistrati di perseguire i criminali con severità, ma secondo la legge, in modo che il *supplicium* di pochi possa salvare tutti gli altri;¹⁰ lo stesso principio si trova riproposto in Nov. 30, 11 pr. (a. 536) in cui, tra l'altro, esso è addotto per giustificare l'*humanitas* della pena.

Talvolta la giustificazione della pena in termini di prevenzione generale appare in disposizioni che prevedono la repressione di singole figure di reato. Così, ad esempio, in Nov. 17, 15 (a. 535) si giustifica l'ordine di perseguire con la *publicatio bonorum*¹¹ coloro che impongono *titulos praediis alienis vel ergasteriis* osservando che l'irrogazione della pena deve servire *aliis exemplum abstinentiae*, nella consapevolezza che, se commetteranno lo stesso reato, saranno sottoposti alla medesima pena. Nello stesso ordine d'idee, in Nov. 153 pr. (a. 541) si impartisce al prefetto dell'Illirico l'ordine di perseguire coloro che, dopo aver esposto gli infanti, li rivendichino come schiavi, rilevando la necessità che gli autori di un simile crimine non sfuggano alle pene previste dalle leggi in modo tale che *ceteri moderatiores fierent*.

Anche là dove il discorso appare collegato alla formulazione legislativa della pena, mi sembra si abbia riguardo non tanto alla previsione astratta della stessa quanto alla sua concreta applicazione. Così, ad esempio, in Nov. 154, 1 (a. 535-6) si giustifica la repressione particolarmente severa delle nozze incestuose osservando che, ove i rei sfuggissero alla pena, il male si diffonderebbe per mutua imitazione.¹²

Talvolta il legislatore si preoccupa che un provvedimento di clemenza possa indurre a delinquere. È il caso della Nov. 139, 1 (a. 535-6) nella quale Giustiniano, dopo aver rimesso in alcuni casi portati alla sua cognizione le gravi pene previste per le nozze illegittime, a condizione che i rei paghino 10 libbre auree, si affretta ad affermare che ciò non è stato stabilito *ad exemplum* di altri e minaccia quindi pene severissime per coloro che incorrano nel medesimo delitto.

10 Sulla giustificazione in esame vedi Gioffredi, *Sulla concezione*, cit., p. 349. Per la funzione preventiva della pena vedi anche Nov. 17, 5, 3.

11 Sul problema vedi Bonini, *Studi sull'età giustiniana*, Rimini, 1987, p. 44 s.

12 In Nov. 154,1 si ordina, comunque, ai magistrati delle province interessate (Osroene e Mesopotamia) di procedere con loro editti alla pubblicazione del testo della norma imperiale per garantirne ai sudditi la conoscenza. In quest'ottica la funzione di prevenzione generale appare legata già alla previsione normativa della pena. (Sul nostro testo vedi, da ultima, Lanata, *Legislazione e natura nelle Novelle giustiniane*, Napoli 1984, p. 25s., 40).

Una funzione di prevenzione generale della stessa formulazione normativa sembra, invece, emergere da Nov. 60 pr. (a. 537).¹³ In questa, infatti, Giustiniano, dopo aver affermato che la varietà dell'esistenza determina l'emersione di sempre nuove situazioni non contemplate dal legislatore¹⁴ ed aver ricordato il caso concreto portato alla sua cognizione e da lui già risolto,¹⁵ osserva che è opportuno dettare in materia una legge generale onde evitare che si continui a delinquere in assenza di una specifica statuizione legislativa. Per quanto il nostro testo ricollegli la funzione preventiva non specificatamente alla pena, ma più genericamente alla legge, esso mi sembra di un certo interesse per la ricerca che andiamo conducendo: non è certo, infatti, l'astratta previsione legislativa della fattispecie a produrre l'effetto deterrente, quanto invece la previsione della relativa sanzione.¹⁶ Che di ciò Giustiniano fosse ben consapevole appare in una costituzione che, per quanto non riguardi il diritto criminale, può essere opportuno ricordare in questa sede; si tratta di Nov. 88, 1 (a. 539) in cui si afferma espressamente che compito del legislatore non è solo quello di proibire i comportamenti, ma altresì di incentivare un giusto timore in coloro che abbiano il proposito di violare la norma.¹⁷

- 13 Un riconoscimento della funzione di prevenzione generale della previsione legislativa della pena (anche se ristretta alla sola categoria dei *tabelliones*, destinatari delle norme) sembra emergere altresì da Nov. 44, 1, 1: nella costituzione in esame si giustifica, infatti, la previsione di una pena per coloro che violino la norma, osservando che ciò serve a far sì che i *tabelliones* "ob timorem fiant circa documenta et iusti et cautiores" (Auth.). Nel nostro caso la funzione deterrente attribuita già alla previsione normativa della pena appare giustificata dalla circostanza che la costituzione è destinata ad una categoria ristretta di soggetti (i *tabelliones*) che verranno realmente a conoscenza del testo.
- 14 Sul problema vedi Lanata, *Legislazione*, p. 105 ss., 170 ss.
- 15 Sebbene Giustiniano non ci informi espressamente su come il caso sia stato da lui risolto, si può ritenere che l'autore del comportamento riprovato nella costituzione sia stato punito; si potrebbe quindi ravvisare nel nostro caso una deroga al principio *nulla poena sine lege*.
- 16 Una costituzione di Tiberio II (Nov. 161 praef.) mostra, peraltro, come la cancelleria imperiale fosse ben consapevole del fatto che non è sufficiente emanare le leggi, ma occorre altresì che queste siano applicate e che siano puniti coloro che le violano. In tema di disapplicazione delle disposizioni legislative può essere interessante ricordare un caso in cui Giustiniano dichiara espressamente (Nov. 129, praef.) di non aver di fatto mai applicato la legge: si tratta delle sanzioni previste per i Samaritani che vengono rimesse con la Nov. 129 (a. 551) nella quale si sottolinea, tra l'altro, che non esiste crimine così grande che ad esso non possa applicarsi la clemenza imperiale. La pena non appare quindi come una conseguenza inderogabile del reato, essendo sufficiente nel nostro caso per la sua remissione che sia venuta meno la situazione di allarme sociale che aveva determinato l'intervento sanzionatorio del legislatore. Può, inoltre, ricordarsi un caso in cui Giustiniano dimostra di utilizzare la previsione legislativa della remissione della pena come strumento per una più efficace tutela dell'interesse a salvaguardia del quale è prevista la sanzione: si tratta della Nov. 134, 11, 3 (a. 556) in cui si concede ai coniugi che abbiano divorziato al di fuori dei casi previsti dalla legge di evitare la reclusione in monastero riprendendo la vita coniugale.
- 17 Lo stesso legislatore è, peraltro, ben consapevole del fatto che l'effetto deterrente della pena non sempre è sufficiente ad assicurare il rispetto della norma e si piega talvolta, dinanzi ad una diffusa disapplicazione, ad una modifica delle disposizioni legislative. È il caso, ad esempio, di Nov. 94, 2 (a. 539) con cui Giustiniano esonera la madre che intende assumere la tutela del figlio

II

Accanto alla funzione di prevenzione generale sembra emergere quella di emenda, che caratterizza, in particolare, le pene comminate per i reati che più da vicino riguardano le materie di competenza della Chiesa.

Un'affermazione di carattere generale, non collegata alla materia ecclesiastica, appare comunque in Nov. 25, 2, 2 (a. 535). In essa si ordina, infatti, al magistrato (il *Praetor Lycaoniae*) di distinguere tra i violenti (ἀδικεῖς)¹⁸ coloro che siano irrecuperabili (da sottoporre immediatamente alle pene competenti), da coloro che siano recuperabili (da richiamare sulla retta via). A ben vedere nel nostro testo la funzione di emenda non sembra riferita direttamente alla pena, sembra anzi che vi sia una contrapposizione tra pena ed emenda in quanto alla prima si ricorre soltanto là dove l'emenda del reo non sia ritenuta possibile. Il testo, peraltro, non identifica gli strumenti ai quali il magistrato può fare ricorso per richiamare il reo sulla retta via, anche se si può ragionevolmente ritenere che fra essi possa annoverarsi, non tanto l'irrogazione di sanzioni con funzione medicinale, quanto, invece, la minaccia di pene severe qualora si perseveri nel comportamento vietato.

L'alternativa emenda - pena appare anche nella Nov. 77 (a. 535 o 538-9), relativa alla repressione dell'omosessualità e del turpiloquio blasfemo.¹⁹ Rammentando il principio evangelico per cui Dio vuole la salvezza e la conversione del peccatore e non la sua morte, Giustiniano invita tutti coloro che si siano macchiati di simili infamie ad astenersi per il futuro da tale comportamento, minacciando nel contempo gravi pene per coloro che perseverino nel loro crimine. Nel nostro caso la pena di morte appare quindi come l'estremo rimedio cui occorre far ricorso dinanzi ad una pervicace volontà del reo di non emendarsi.

Mentre in Nov. 25, 2, 2 il ricorso all'emenda in alternativa all'applicazione della pena (in relazione a reati non particolarmente gravi) era determinato da un giudizio di previsione sulla recuperabilità o meno del reo, in Nov. 77 l'emenda appare invece 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.

Occorre piuttosto segnalare che la Nov. 77, nel prevedere la pena di morte per coloro che perseverino nella loro empia condotta, non giustifica l'irrogazione di una sanzione così grave con considerazioni attinenti alla prevenzione generale. La previsione di una punizione particolarmente severa trova, invece, le sue motivazioni in riferimenti biblici alla circostanza che un comportamento indifferente o blando

dalla prestazione del giuramento di non passare alle seconde nozze, osservando che questo giuramento era stato rispettato solo di rado e che il legislatore deve considerare non "*quod raro contingit*" "*sed quod plerumque fit*".

18 Il nostro testo non specifica di quali reati si siano resi colpevoli gli ἀδικεῖς; si può solo rilevare che questi sono ricordati dopo coloro che commettono adulteri, omicidi e ratti, per i quali l'ordine impartito è sempre quello di punire severamente.

19 Vedi Lanata, *Legislazione*, p. 149. Sulla Nov. 77 vedi, da ultimo, Dalla, "*Ubi Venus mutatur*",

del legislatore, consentendo il diffondersi di tali empietà, attirerebbe sulla πόλις e sulla πολιτεία l'ira di Dio.²⁰ La pena esercita quindi nel nostro caso una funzione sostanzialmente purificatrice, evitando che sulla collettività ricadano le conseguenze dell'ira divina.²¹

Le stesse considerazioni di Nov. 77 sulla misericordia divina²² si ritrovano, a distanza di oltre 20 anni, in Nov. 141 (a. 559), sempre indirizzata ai costantinopolitani.²³ La costituzione, relativa agli omosessuali, ordina infatti a coloro che si siano macchiati di una simile empietà di confessare il loro crimine al Patriarca entro le festività pasquali e di astenersi in futuro da tali pratiche abominevoli; per coloro che non si confessino o ricadano nel medesimo peccato si minaccia un'applicazione delle pene severa e puntuale. Nel nostro testo appare evidente la contrapposizione tra la pena ecclesiastica, irrogata dal Patriarca, che deve tendere alla redenzione del peccatore, e quella civile. Quest'ultima viene, infatti, giustificata, come in Nov. 77, con l'osservazione che anche la sola negligenza nella persecuzione di un tale crimine attirerebbe inevitabilmente l'ira divina.²⁴

La circostanza che Giustiniano assegni alla pena ecclesiastica una funzione di emenda appare altresì in modo evidente da Nov. 83, 1 (a. 539). In essa, infatti, nello stabilire la giurisdizione vescovile per i delitti ecclesiastici compiuti dai clerici e per i quali sia prevista una pena ecclesiastica, l'imperatore osserva espressamente che lo scopo di quest'ultima è emenda dell'anima del peccatore.

La riaffermazione della funzione di emenda della pena ecclesiastica ma altresì il limite di questa funzione appaiono chiaramente in alcune considerazioni riportate in Nov. 133, 5, 1.²⁵ In essa si distinguono, infatti, tre ipotesi di delitto compiuto da un monaco:

1 delitto lieve per il quale è prevista un'ammonizione ed una lieve penitenza che consenta al reo una rapida emenda;

Milano 1987, p. 199 ss.

20 In Nov. 77, 1 pr., con evidente riferimento a Sodoma, si afferma che a causa di queste empietà le civitates periscono con i loro abitanti; in Nov. 77, 1, 1 si ribadisce che da questi peccati nascono le carestie, i terremoti e le pestilenze.

21 Sul problema vedi già Biondi, *op. cit.* III, p. 424 s.

22 Sul problema vedi Dalla, *op. cit.*, p. 204.

23 Sulle costituzioni indirizzate agli abitanti di Costantinopoli vedi Lanata, *Legislazione*, p. 159 ss. Su Nov. 141 vedi, da ultimo, Dalla, *op. cit.*, p. 203 ss.

24 Non a caso nella parte iniziale del paragrafo 1 si ricorda la fine di Sodoma. Sugli avvenimenti catastrofici (terremoto e peste) che sconvolsero Costantinopoli negli anni immediatamente precedenti al 559 e che possono, in una qualche misura, aver determinato le considerazioni di Nov. 141 vedi Dalla, *op. cit.*, p. 203 s. Un discorso analogo si ritrova anche in Nov. 14 che giustifica la particolare attenzione dedicata dall'imperatore alla repressione del lenocinio osservando che grazie ad essa si può confidare in una maggiore benevolenza divina nei confronti della *res publica*. Nella stessa ottica si poneva già la legislazione criminale di Costantino (vedi Dupont, *Le droit criminel dans les constitutions de Constantin. Les peines*, Lille, 1955, p. 83.

25 Sulla nostra Novella vedi Biondi, *op. cit.* III, p. 428.

2 delitto di una certa gravità: si esige un'ammonizione più severa ed una pena più grave, sempre diretta all'emenda del reo;²⁶ si stabilisce peraltro, con una motivazione di carattere retributivo, che la *cura emendationis* debba essere *secundum commissum*;²⁷

3 delitto particolarmente grave: si afferma che in questo caso non si può più far ricorso ad una pena che abbia la funzione di emenda ma che occorre cacciare il reo dal monastero onde evitare che il male possa contagiare gli altri monaci; la funzione di prevenzione generale dell'irrogazione della pena viene quindi riaffermata, nel nostro caso, anche se in un'ottica diversa da quelle finora esaminate.²⁸

Non mi sembra invece, nonostante le parole impiegate dal legislatore, che sia prevalente la funzione di emenda nelle disposizioni di Nov. 12, 1 (a. 535), relativa alle nozze incestuose.²⁹ Per quanto, infatti, si giustifichi l'irrogazione della pena osservando che in questo modo il reo impara a vivere castamente ed a comportarsi secondo natura, l'affermazione sembra porsi più in un'ottica retributiva che di emenda.

III

Siamo quindi giunti all'esame della terza categoria di fonti, quelle cioè che sembrano assegnare alla pena una funzione di tipo retributivo.

Tra queste, per la rilevanza generale dell'affermazione in essa contenuta, può in primo luogo ricordarsi la testimonianza di una Novella assai tarda, la Nov. 143, 1 (= 150) (a. 563) in cui si sottolinea che le *nefariae nuptiae* della rapita col rapitore devono essere corrette con le pene, non onorate con i premi. Dal nostro testo sembra, infatti, emergere una visione del fenomeno giuridico che assegna alla norma una funzione retributiva dei comportamenti umani attraverso la previsione di

26 Si ribadisce, con una citazione ripresa verosimilmente da Luca 15, 10, che vi è particolare gioia in cielo fra gli angeli per un peccatore che si pente.

27 Sempre in materia di sanzioni ecclesiastiche, uno spunto per una visione retributiva della pena può cogliersi in Nov. 6, 1, 9 in cui si sanziona con la perdita dell'episcopato l'ordinazione a vescovo avvenuta in seguito a dazione di denaro o altri beni e la pena viene definita come la giusta ἀντίδοσις (remunerazione) del comportamento dell'ordinante e dell'ordinato. Una visione analoga traspare altresì da Nov. 56, 1, nella quale si stabilisce che gli ecclesiastici i quali ricevano *emphanistica* dai chierici debbano essere privati del sacerdozio: nella costituzione si afferma, infatti, che la pena rappresenta la mercede (μισθός) dell'insaziabile cupidigia dei sacerdoti.

28 Sembra, infatti, prevalere nel nostro caso la funzione purificatrice.

29 Sulle quali vedi, da ultimo, il Franciosi, 'Il regime delle nozze incestuose nelle Novelle giustiniane', *Estudios en homenaje al prof Juan Iglesias*, II, Madrid, 1988, p. 734 ss.

un effetto giuridico favorevole in caso di comportamento positivo (diritto premiale), la previsione di una pena in caso di comportamento negativo (diritto penale).³⁰

Particolarmente significative nell'ottica in esame mi paiono inoltre alcune disposizioni legislative in cui la determinazione della pena sembra essere legata all'applicazione del principio del contrappasso o del taglione.³¹

Questo principio sembra già potersi cogliere in Nov. 17, 15, Nov. 28, 5, 1 e Nov. 29, 4 in cui si stabilisce la perdita di tutti i beni a vantaggio del fisco per coloro che abbiano usurpato prerogative fiscali.³²

Esso appare però in modo assai più evidente in Nov. 142, 1 (a. 558) che stabilisce la pena della castrazione³³ per coloro che *eunuchos faciunt*.³⁴ In relazione alla pena in esame il Biondi ha osservato che non ci troviamo dinnanzi ad un'applicazione della legge del taglione "giacchè si tratta non della vendetta, ma di una pena particolare che viene irrogata dallo Stato".³⁵ L'osservazione è indubbiamente corretta, ma non spiega perchè il legislatore si sia indotto a configurare nel nostro caso una pena così particolare: solo una visione ispirata al

30 In realtà, a ben vedere, nel nostro caso il *praemium*, consistente nell'acquisto del patrimonio del rapitore, viene attribuito alla rapita (C. 9, 13, 1, 1f) non in seguito ad un suo comportamento positivo da incentivare ma per ripagarla, in qualche misura, dell'affronto subito. Il comportamento della rapita viene quindi preso in considerazione dalla nostra Novella non per l'attribuzione del *praemium* ma per la sua esclusione, come comportamento disdicevole (nozze col rapitore) che rende l'interessata non più meritevole del *praemium* stesso. (Sul diritto premiale vedi Luraschi, 'Il "praemium" nell'esperienza giuridica romana', *Studi in onore di A. Biscardi*, IV, Milano 1983, p. 239 ss.; sul ratto vedi Desanti, 'Costantino, il ratto e il matrimonio riparatore nelle fonti retoriche e nelle fonti giuridiche', *SDHI* 52 (1986) p. 195 ss.; id., 'Osservazioni sul matrimonio riparatore nelle fonti retoriche e nelle fonti giuridiche', *Atti del II Seminario romanistico gardesano*, Milano, 1988, p. 319 ss.)

31 Una prospettiva che stabilisce una diversa relazione tra *delictum* e *poena* si ha in Nov. 42, 1, 2 che prevede l'amputazione della mano per coloro che trascrivano i libri eretici; nel nostro caso, infatti, come ha rilevato il Biondi (*op. cit.*, III, p. 454), sembra applicarsi l'antico principio per cui appare "appropriata la pena dell'amputazione della porzione *peccans* del corpo". Forse un principio analogo si applica anche in Nov. 17, 8 pr. che prevede (oltre ad una generica *ζημίαν μεγάλην*), l'amputazione della mano per gli esattori delle imposte che non compilino correttamente le *ἀποχαί* relative ai tributi.

32 Vedi, ad esempio, le considerazioni di Nov. 17, 15 in cui, come abbiamo visto, emerge anche la funzione di prevenzione generale attribuita alla pena (Auth.: *Si enim causam soli imperio et fisco datam temptaverit aliquis abripere, in suis agnoscat experimentum et suis rebus titulis impositis publicis fiat aliis exemplum abstinentiae*).

33 Si prevede altresì, nell'ipotesi in cui il reo sopravviva alla castrazione, la confisca dei beni e l'invio nell'isola di *Gypsum*.

34 Sul reato sanzionato da Nov. 142 vedi Biondi, *op. cit.*, III, p. 467.

35 Biondi, *op. cit.*, III, p. 446. Non si può, invece, condividere l'affermazione del Costa, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna, 1921, p. 200, per cui con la nostra Novella si consentirebbe alla vittima, "qualora lo preferisca", di esercitare il taglione.

principio del taglione può giustificare l'applicazione a coloro che *eunuchos faciunt* della pena della castrazione.³⁶

Una visione di tipo retributivo sembra altresì emergere in quei testi in cui si giustifica la pena osservando che essa rappresenta la degna conseguenza del comportamento del reo.³⁷

Una prima testimonianza in questo senso mi pare offerta da Nov. 60, 1 pr. (a. 537) in cui si afferma che chi col suo comportamento non ha rispettato la natura umana è degno di subire la perdita dei beni e della *dignitas* nonché le altre conseguenze previste dalla legge.³⁸

Ancor più significativa mi sembra la testimonianza di Nov. 27, 2 (a. 535) in cui si ordina al magistrato di adoperarsi per irrogare le pene a coloro che ne siano degni, ma gli si vieta nel contempo di perseguire il patrimonio dei rei, osservando che sono gli uomini e non le cose a delinquere.³⁹

Il principio della personalità della pena, che deve colpire soltanto l'autore del reato, sembra altresì porsi alla base delle considerazioni riportate in Nov. 12 praef. (a. 535) in cui si giudicano imperfette le leggi precedenti sull'incesto in quanto lasciavano impuniti i genitori, autori del crimine, e privavano dei beni i figli incolpevoli.⁴⁰

Parimenti in un'ottica retributiva sembrano porsi alcune considerazioni di Nov. 127, 4 (a. 548) dalle quali emerge la tendenza a commisurare la pena alla gravità del delitto. La nostra costituzione, infatti, per giustificare l'applicazione della stessa

36 L'ottica del legislatore sembra altresì confermata dalle considerazioni che accompagnano la determinazione della pena prevista per le donne che incorrano nel medesimo crimine, cioè la confisca dei beni e l'esilio; si sottolinea, infatti, che la pena fa sì che coloro che tramite un'empietà speravano di arricchirsi subiscano per il loro comportamento la perdita di tutti i beni.

37 Per Nov. 6, 1, 9 e Nov. 56, 1 vedi *supra*, nt. 27. Un limite all'applicazione del principio retributivo è rappresentato, come si è visto (vedi *supra* nt. 16), dall'affermazione contenuta in Nov. 129 praef. per cui non esiste crimine così grande che non possa meritare la clemenza imperiale.

38 Una visione di tipo retributivo sembra emergere anche da Nov. 6, 6 (in fine) che prevede la pena di morte e la perdita dei beni per le diaconesse consacrate a Dio e per i loro complici che violino il voto di castità. Nel nostro testo si osserva, infatti, che, se la pena di morte era prevista per le vergini vestali, a maggior ragione essa è giustificata per le diaconesse consacrate al vero Dio (su Nov. 6, 6 vedi Desanti, 'Sul matrimonio di donne consacrate a Dio', *SDHI* 53 (1987) p. 285).

39 Sul punto in esame vedi Biondi, *op. cit.*, III, p. 441.

40 Sull'imperfezione della legge precedente che occorre modificare con un intervento legislativo vedi Lanata, *Legislazione*, p. 92. Sul principio della personalità della pena vedi anche Nov. 134, 4 (a. 556) in cui si fa divieto ai magistrati di trattenerne *alium pro alio* e di devastare i villaggi dei rei (sul passo vedi Bonini, *Studi*, cit., p. 73) (principi analoghi appaiono anche in Nov. 52, 1 (a. 537)). Il principio in esame non sembra, peraltro, applicato in Nov. 154, 1 (a. 535-6) in cui si afferma che si perseguiteranno non soltanto i coniugi che abbiano contratto nozze illegittime ma altresì i figli. Sulla responsabilità individuale contrapposta alla collettiva nel pensiero cristiano vedi Houlou, *op. cit.*, p. 9 ss.; Gaudemet, *L'Église*, cit., p. 273.

pena all'uomo ed alla donna che ripudino *sine causa*, afferma espressamente che si è ritenuto giusto di fronte allo stesso delitto stabilire la medesima pena.⁴¹

Che il principio retributivo non fosse ignoto alla cancelleria imperiale, appare altresì dalla testimonianza di Nov. 134, 13 pr. (a. 556) con la quale Giustiniano, per spirito di umanità, vieta il taglio di entrambe le mani, di entrambi i piedi e degli arti. Nella nostra costituzione si distinguono, infatti, i crimini per i quali sia prevista la pena di morte da quelli che non siano degni (ἄξιοι) di una pena così grave ma di un'altra pena personale o dell'esilio; si aggiunge inoltre che nell'ipotesi in cui la *qualitas* del crimine richieda il taglio di un arto, si procederà al taglio di una sola mano.⁴²

IV

Quali conclusioni trarre al termine della ricerca? Mi sembra che l'analisi delle fonti abbia confermato la pluralità di prospettive emergenti, talvolta nella stessa Novella, in ordine alla giustificazione delle pene. Non può, peraltro, non sottolinearsi che la funzione di prevenzione generale appare più strettamente legata alle Novelle del 535-6 con le quali, com'è noto, Giustiniano tentò di operare una profonda riforma dell'amministrazione dell'impero.⁴³ Si può quindi affermare che la funzione di prevenzione generale appare prevalente, quanto meno allorché il legislatore si pone il problema centrale della riorganizzazione e del funzionamento dello Stato.

Nel tardo diritto giustiniano sembrano, invece, emergere due ulteriori tendenze nettamente in contrasto fra loro: l'una verso una maggiore umanità della pena,⁴⁴ l'altra verso un ritorno a primitive forme di vendetta.⁴⁵

FRANCESCO SITZIA

41 Nov. 127, 4 (Auth.: *In delicto enim aequali proximas eis imminere poenas iustum putavimus esse*).

42 La costituzione esclude quindi la morte o una pena mutilante per le ipotesi di *furtum*. In un'ottica analoga a quella di Nov. 134, 13 pr. si ponevano, peraltro, anche se in modo meno evidente, già due Novelle risalenti al 535 relative alle competenze di singole magistrature. In Nov. 13, 6, 1, in tema di poteri del *praetor plebis*, si distinguono, infatti, i reati particolarmente gravi, che appaiono degni della pena di morte, da quelli più lievi, per i quali è previsto soltanto il bando dalla città. In Nov. 15, 6, 1 si ordina al *defensor civitatis* di giudicare dei crimini più lievi, sottoponendo i rei alla pena conveniente (σωφρονισμῷ προσήκοντι) e di incarcerare ed inviare al prefetto della provincia i responsabili dei crimini più gravi.

43 Sia attraverso le due leggi quadro, la Nov. 8 e la Nov. 17, sia attraverso le Novelle di riforma dell'amministrazione periferica. Sul problema vedi Bonini, *Studi*, cit., p. 35 ss.

44 La tendenza in esame emerge, ad esempio, dalle disposizioni di Nov. 134, 13 pr.

45 La tendenza in esame emerge, ad esempio, dalle disposizioni di Nov. 142,1.