

Martina Beggiato

ALLE ORIGINI DELLA RECIDIVA NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Paradigmi dell'*anteacta vita* e dell'*an ante quid fecerit*. – 3. Reati militari. – 4. *Crimen abigeatus*. – 5. *Liber-tus ingratus*. – 6. *Iuvenes turbolentes*. – 7. *Grassatores* e *latrones*. – 8. *Vaticin-atores*. – 9. Produzione retorica e fonti letterarie di età classica. – 10. Osser-vazioni conclusive.

1. *Considerazioni introduttive*

Traendo spunto dalla celebre divergenza metodologica tra Betti¹ e De Francisci² sulla possibile esistenza di un deter-

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Per E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in AG, 1928, 99, p. 129 ss.; 1928, 100, p. 26 ss. e, in particolare, p. 58 s., ora in *Questioni di me-todo. Diritto romano e dogmatica odierna*, a cura di G. LURASCHI e G. NEGRI, Como, 1997², p. 25 ss., soprattutto p. 87 s., «poco importa, del resto, che i giu-risti romani non abbiano mai adoperato il nome che a noi vien fatto di usare in cospetto di certi fenomeni, o che non abbiano mai formulato certi concetti, né avvertito il bisogno di certe distinzioni che a noi paiono invece indispensa-bili. L'essenziale non è che nelle fonti romane si trovi bell'e formulato il *con-cetto* o posta la distinzione o – tanto meno – enunciato il *nome*. L'essenziale è 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 spiega-re a noi stessi l'essenza se non mercè quei concetti e quei nomi che la nostra stessa mentalità ci suggerisce». La giustificazione, a parere dello studioso, non si rinviene nelle «idee già preesistenti nella *subcoscienza* giuridica dell'e-poca, nella subcoscienza, cioè, degli stessi giuristi romani», ma si ritrova piut-tosto nella «*logica stessa delle cose*, che a noi oggi parla il suo linguaggio sotto la specie di certi concetti».

² Secondo P. DE FRANCISCI, *Questioni di metodo*, in *Studi in onore di S. Ric-cobono*, I, Palermo, 1936, p. 3 ss., in particolare, p. 15 s., ora in *Questioni di me-todo. Diritto romano*², cit., p. 98 ss., soprattutto p. 110 s., la ricostruzione bet-tiana appare insostenibile, giacché, a suo avviso, «è assurdo, non solo pericolo-so, separare la *cosa* dal *concetto*, e pretendere di sostituire al concetto romano il nostro *concetto* e quindi la nostra formulazione, nonché la nostra terminolo-gia». A parere dello studioso, infatti, la terminologia è l'elemento centrale dato che «le parole sono rappresentative di concetti e l'identità di parola (e soprat-

minato istituto anche in difetto di termine tecnico che lo designasse e volendo accogliere l'idea del primo, secondo cui la 'cosa' esisterebbe anche in assenza del 'nome', si ritiene che la recidiva – sebbene nelle fonti giuridiche e letterarie non vi sia traccia di un *terminus technicus* per qualificare la ripetuta commissione di illeciti previa condanna – fosse comunque emersa nel corso dell'esperienza giuridica romana³.

I romani, infatti, conoscevano sia l'aggettivo *recidivus* – che non trova rispondenza in forma nominalizzata⁴ – sia il verbo *recidēre*⁵. Se si volesse condurre un'indagine etimologi-

tutto quando come vuole il Betti essa rappresenti categorie elastiche) può indurre nella convinzione che anche i concetti (e cioè le cose) siano identici». Nel rigettare la posizione del Betti, De Francisci rilevava anche come «per applicare la dogmatica odierna a un diritto storico, si proceda a sceverare categorie a questo applicabili da categorie non applicabili e ad attribuire alle prime» che, volendo utilizzare la terminologia dello studioso, considereremo come «*communi denominatori*» ai quali attribuire «una portata elastica». Così facendo, vengono elise «tutte le particolarità e peculiarità di contenuto, si distrugge, cioè la storia, si offusca tutto il processo per cui dai *cunabula iuris* si è pervenuti via via alla dottrina attuale». A questo punto, «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». Si viene così a «disintegrare la dogmatica odierna che è un complesso organico ed a sostituirla un'altra dogmatica costituita da un insieme meccanico di categorie: nuova dogmatica la quale da un lato non ha valore pratico perché non corrisponde più al diritto odierno e non ha dall'altro lato valore storico né scientifico perché è una costruzione artificiale e *nominale* eseguita eliminando i contenuti concreti per raggiungere delle somiglianze esteriori ma fallaci».

³ Così S. RANDAZZO, «*Collegia iuvenum*». Osservazioni in margine a D. 48.19.28.3, in *SDHI*, 2000, 66, p. 206, nt. 26.

⁴ Cfr., sul punto, N. NICOLINI, *Quistioni di diritto trattate nelle conclusioni, ne' discorsi ed in altri scritti legali*, I, Napoli, 1869, p. 539. In tempi più recenti, M. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana*, Torino, 2015, p. 8 s., osserva che, nonostante l'aggettivo *recidivus* fosse esistente nel lessico latino, non veniva mai impiegato con riferimento a persone, ma soltanto a cose.

⁵ Cfr. G. CARNAZZA-RAMETTA, *Studio sul diritto penale dei romani*, Messina, 1883, p. 159, ove lo studioso individuava nella parola latina *recidere* la fonte dell'odierna recidiva ed E. BRUSA, *Studi sulla recidiva*, Milano, 1886, p. 11 ss. Ancorché esposta in modo serrato, TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 801 ss., avrebbe dato la luce – nella sua opera principe edita in lingua originale – a una triplice indicazione semantica, sebbene la prospettata ricostruzione possa sfumare nella versione tradotta in lingua francese ove

ca, si dovrebbero prendere le mosse dall'investigazione ermeneutica della forma verbale che, nelle fonti pervenuteci, viene individuata sia come forma composta di *re-* e *cadère*⁶ che di *re-* e *caedère*⁷. Con riguardo a quest'ultima accezione, il riferi-

l'allusione è al termine «récidive». Cfr., sul punto, Id., *Le droit pénal romain*, III, traduzione francese J. Duquesne, Paris, 1907, p. 114, nt. 3. In argomento, v. Id., *Römisches Strafrecht*, cit., p. 801 e p. 1047 (ove lo studioso utilizza il termine «Rückfälligkeit»), p. 864 (pagina in cui l'allusione alla recidiva rimanda al termine tedesco «Wiederholungsfall») e, infine, p. 1044 (ove si rinviene il termine «Rückfall»). Cfr., in tempi più recenti, anche S. RANDAZZO, *Note sulla recidiva nel diritto penale romano*, in *ZSS*, 2013, 130, p. 460, nt. 9, ora come capitolo dall'omonimo titolo contenuto in *Diritto associativo romano*, a cura di A. MILAZZO, Napoli, 2021, p. 196, nt. 9 (da cui si cita).

⁶ A riprova della bontà dell'interpretazione della recidiva come ricaduta v. A. ANDREOTTI, voce *Recidiva*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1900, p. 283, che avvicina tale agire alla locuzione latina *rursus cadere* – da intendersi come sinonimo di cadere nuovamente, replicare o riacutizzare una data condotta –. Ricorrono a questa terminologia anche A. ERNOUT e A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Parigi, 1951, p. 1000, secondo i quali la recidiva doveva essere accostata al verbo *cadō*, individuando un punto di raccordo con l'ambiente agricolo, tipico della società romana prettamente rurale dell'epoca. Ma ancora, l'allusione va ricondotta all'attitudine propria delle sementi di generare messi, alla propensione al rinnovamento e alla rinascita – «qui renâit» ci dicono gli studiosi – con specifica attenzione alla idoneità di una *res* di essere germoglio di nuova vita. Non solo: tale termine ben potrebbe connettersi con la recidiva – ovverosia la ricaduta – di una certa affezione non compiutamente debellata; limitando il contesto di riferimento al solo ambito medico-sanitario. Cfr., inoltre, F. CALONGHI, voce *Recidiva*, in *Dizionario latino-italiano*, vol. III, Torino, 1993, p. 2319, sul significato di *recidivus* come sinonimo di ricadere, precipitare, ritornare, piombare e G. DE BONFILS, *'Omnes ad implenda munia teneantur'. Ebrei, curie e prefetture fra IV e V secolo*, Bari, 1998, p. 140 ss., nt. 130, il quale osservava che «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». Infine, cfr. G. TOZZI PEVERE, *Il casellario giudiziale e la recidiva. Aspetti giuridici e sociologici*, Firenze, 2007, p. 1 ss., secondo cui il significato di *recidivus* si riscontra nel verbo *recidère* utilizzato come sinonimo di ricaduta e M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 8 s., la quale osserva come il verbo *recadère* non sia mai stato adoperato nelle fonti letterarie e giuridiche con chiara allusione a un fatto di reato.

⁷ Cfr. F. CALONGHI, voce *Recidiva*, in *Dizionario latino-italiano*, cit., p. 2319, in cui il verbo *recidère* viene accostato alla costruzione composta di *re-* e *caedère*, con ciò derivando che l'agire recidivante allude propriamente

mento è rivolto all'arresto o alla mutilazione del proposito criminoso e, dunque, riguarderebbe il soggetto che si sarebbe discostato dal vivere sociale deviante⁸.

Però, la sensibilità romanistica nei riguardi della reiterazione del reato – indipendentemente dal fatto che si fosse trattato di un illecito della medesima indole – sarebbe sorta solo con la *cognitio extra ordinem*, forma processuale che avrebbe consentito il superamento della fissità della pena – previsto nell'ormai soppiantato sistema delle *quaestiones perpetuae* –, lasciando spazio a una maggiore discrezionalità nella sua determinazione. Difatti, in un sistema caratterizzato dalla fissità della pena – e dalla sua conseguente immodificabilità –, ove «la giuria si limitava semplicemente all'affermazione o alla negazione della responsabilità dell'accusato», non vi sarebbe stato spazio per la modificazione – *in meius* o *in peius* – della pena medesima e, dunque, per un suo aggravamento in caso di reiterazione del reato⁹. Nonostante ciò, sebbene, da un lato,

alle condotte del recidere, tagliar via, levar via, troncane, cancellare, far scomparire, togliere, estirpare, sfrondare. Del pari, in tempi più recenti, S. RANDAZZO, *Note*, cit., p. 197 s.

⁸ In argomento, v. Plaut. *Men.* 518-521: *Numquam edepol quisdam me exorabit, quin tuae / uxori rem omnem iam, uti sit gesta, eloquar; / omnes in te istaec recident contumeliae: / faxo haud inultus prandium comederis*; Hor. *Carm.* 3.24.33-36: *Quid tristes querimoniae, / si non supplicio culpa reciditur? / Quid leges sine morbus / vanae proficiunt?*

⁹ Il rilievo va ascritto a U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, 225 e in seguito condiviso da B. SANTALUCIA, *Studi di diritto penale romano*, Roma, 1994, p. 24, il quale precisa come soltanto nel sistema della *cognitio extra ordinem* «la pena poteva variare in relazione alle circostanze soggettive e oggettive del reato, alla parte in esso avuta dal reo, al comportamento anteriore o posteriore al fatto criminoso, alla sua condizione personale o sociale». Inutile aggiungere che «al giudicante», come diretta conseguenza di quanto sinora rilevato, «era riconosciuta una ampia discrezionalità nella determinazione della pena e anche quando veniva investito della cognizione di un crimine contemplato nel sistema dell'*ordo* non era vincolato alla rigorosa osservanza della pena di legge» (Id., *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998², p. 213 ss.). Che, in realtà, «fin da età assai antica il diritto romano» abbia consentito di «adattare la pena alle particolarità più salienti del caso concreto» è stato sostenuto da F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena «pro modo admissi» nella «cognitio extra ordinem» e nel processo post-classico: contributo alla teoria generale delle circostanze di reato*, Bari, 1940, p. 58, ora in *Scritti vari di diritto romano*, III, Bari, 1987, p.

una compiuta ricostruzione in termini generali¹⁰ sulla recidiva si sia fatta strada solo in tempi moderni¹¹, mentre, dall'altro lato, l'aporia definitoria¹² e la povertà di elaborazione siano state soppiantate in via definitiva soltanto a partire dall'età di mezzo¹³, pare comunque lecito – quandanche non addirittura opportuno – domandarsi se, nel corso dell'esperienza giuridica romana, sia possibile scorgere traccia, per quanto sommaria e frammentata, della stessa, magari in una forma solo abbozzata nei suoi lineamenti generali, ancora agli albori.

2. *Paradigmi dell'anteacta vita e dell'an ante quid fecerit*

In alcune fonti di età classica il riferimento alla ricaduta nel reato non appare evincersi in maniera nitida, venendo talvolta in rilievo – ed essendo con gli stessi frammisto – con i paradigmi dell'*anteacta vita* e dell'*an ante quid fecerit*.

Allusioni all'*anteacta vita*¹⁴ si possono scorgere in primo luogo in:

464 (da cui si cita). In tempi più recenti, cfr. sul punto, M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 190 s.

¹⁰ Appare fuori discussione, infatti, per M. RONCO, *La liberazione dalla recidiva nel giudizio di cognizione*, in *Archivio Penale*, 2021, 1, p. 1, che la recidiva avesse assunto una propria rilevanza e un'autonoma conformazione già nel diritto comune, sebbene fosse relegata a specifici delitti.

¹¹ Sul punto, cfr. M. RONCO, *La liberazione dalla recidiva*, cit., p. 1. Sulla recidiva nell'età moderna, v. G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, III, Pisa, 1832, p. 228 ss.; F. CARRARA, *Stato della dottrina sulla recidiva*, in *Opuscoli di diritto criminale*, II, Firenze, 1898, p. 127 ss.

¹² Come ha osservato, a tal proposito, S. RANDAZZO, *Note*, cit., p. 217, «dall'esame delle poche fonti a nostra disposizione possiamo infatti ipotizzare che essa, seppure non teorizzata in termini generali, abbia costituito uno strumento di deterrenza, utilizzato a livello legislativo, pur in assenza di una norma che ne prevedesse il contenuto e ne disponesse l'applicazione generale».

¹³ Cfr. S. RANDAZZO, «*Collegia iuvenum*», cit., p. 206, nt. 26; Id., *Note*, cit., p. 199 s.; M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 8 s.

¹⁴ In merito al dibattito dottrinale, che a tutt'oggi non pare essere ancora sopito, circa la ricomprensione della recidiva nel novero delle circostanze aggravanti, cfr. F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, III, cit., p. 462 s., nt. 1 e p. 574, il quale scorge, nell'ambito dei reati militari, la presenza di una

Arr. Men. 2 *de re mil.* D. 49.16.5 pr.: *Non omnes desertores similiter puniendi sunt, sed habetur et ordinis stipendiorum ra-*

molteplicità di «cause di giustificazione» prive del carattere di assolutezza; sicché le stesse sono da ritenersi «semplici criteri di massima, a cui il giudicante avrebbe pur potuto attenersi nella determinazione della pena, ma che nulla rendeva per lui rigidamente obbligatori». Alla medesima conclusione giunge anche V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano. Dirimenti, aggravanti e attenuanti - Tentativo - Partecipazione - Concorso di reati - Recidiva*, II, Torino, 1950, p. 667, per il quale «la recidiva in reati di specie diversa (recidiva generica) nel diritto romano classico non appare come una vera e propria circostanza aggravante, gli effetti di essa riducendosi a privare il delinquente dei benefici derivanti dall'incensuratezza della *vita ante acta*». Infine, la tendenza comune ai due studiosi pare non essere stata posta in discussione da M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 123 s., la quale nota come «la recidiva in reati di specie diversa sarebbe valsa soltanto a escludere il reo dal vantaggio che in sede di giudizio avrebbe potuto derivargli dall'incensuratezza della vita precedente»; vantaggio che si sarebbe dovuto scorgere nella possibilità di giovare della concessione di circostanze attenuanti la pena in caso di primeva violazione e nella recisa esclusione in presenza di reiterazione criminosa. Non può in questa sede non essere ricordata C. RUSSO RUGGERI, *Recensione a M. NAVARRA, La recidiva nell'esperienza giuridica romana*, Torino, 2015, in *Iura*, 2017, 65, p. 500, la quale asserisce come «benché mancasse una regola generale di aggravamento della pena in caso di recidiva generica, certamente nella prassi della *cognitio extra ordinem* la pregressa condotta del reo, e dunque certamente anche l'esistenza di precedenti condanne per reati diversi, era uno dei fattori di cui il giudice, nell'ambito della sua discrezionalità, teneva conto nel valutare l'entità della pena». Ecco, dunque, che dall'osservazione della studiosa pare possibile implicitamente assimilare i precedenti di vita – che potevano essere sia favorevoli che negativi alla luce della condotta tenuta dal reo – alle circostanze, in un contesto come quello romano ove, in realtà, la gravità o la *benignitas* della circostanza venivano soppesate sul parametro dell'*anteacta vita*. Sembra invece alludere all'*anteacta vita* come autonoma circostanza aggravante C. FERRINI, *Diritto penale romano: esposizione storica e dottrinale*, in *Enc. dir. pen. it.*, vol. I, Milano, 1905 (rist. anast. ed. 1976), p. 131, a parere del quale – con un ragionamento da compiersi *a contrariis* – l'*anteacta vita* andrebbe a configurarsi quale espressione di recidiva generica. Sul punto cfr. inoltre V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro e la letteratura 'de re militari'*, in *Labeo*, 1974, 20, p. 42, il quale asserisce che, in sede di graduazione della pena, l'organo giudicante si sarebbe dovuto avvalere – dotandoli di «valore generale» – di «una serie di 'precedenti' per così dire amministrativo-legislativi» ai quali avrebbe fatto seguito «un probabile principio normativo» – all'interno del quale pare doversi ricomprendere anche l'*anteacta vita* – seguito poi da una vasta «gamma di specificazioni, di cui soltanto alcune sono riferibili a lemmi legislativi». Ancora, lo studioso sostiene che l'*anteacta vita* venisse in rilievo quale parametro utile ai fini della corretta graduazione della pena, laddove «non tutti i disertori sono da punire allo stesso modo». Si tratta a tutti gli effetti di una circostanza «da prendere in» debita «considerazione» alla luce della viva

tio, gradus militiae vel loci, muneris deserti et anteactae vitae ...

Riguardo alla repressione dei crimini militari, Arrio Menandro¹⁵ rileva come non tutti i disertori dovessero essere puniti allo stesso modo: si tiene conto dell'ordine degli stipendi, della durata del servizio prestato, del grado o del luogo della milizia, dell'incarico lasciato e della vita precedente¹⁶.

Ecco, dunque, che il giurista elenca una serie di circostanze che vengono poste alla base della valutazione discrezionale del giudice in sede di comminazione della sanzione. Per quanto di nostro interesse, giova rilevare come la pena fosse più o meno severa a seconda del vissuto precedente del reo¹⁷: una

«necessità di graduare la repressione» (ID., *Testimonianze sul trattamento penale dei Milites*, Napoli, 1989, p. 43 e nt. 20).

¹⁵ Sul testo, cfr. G.F. FALCHI, *Diritto penale romano (I singoli reati)*, Padova, 1932, p. 249 e, in particolare, per quanto attiene alla diserzione, p. 250 s.; V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., p. 55; A. WACKE, *Fahrlässige Vergehen im römischen Strafrecht*, in *RIDA*, 1979, 26, p. 537, nt. 108; S. GÜNTHER, K. RUFFING e O. STOLL, *Pragmata. Beiträge zur Wirtschaftsgeschichte der Antike im Gedenken an Harald Winkel*, Wiesbaden, 2007, p. 113; A.D. MANFREDINI, *De ante acta vita. Per il settantesimo compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà*, a cura di L. DE SANTI, P. FERRETTI e A.D. MANFREDINI, Milano, 2009, p. 295; C. WOLFF, *Déserteurs*, cit., p. XIV e nt. 23, p. 13 e nt. 55; M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 124 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *La rilevanza dell'«anteacta vita» nell'esperienza processuale romana*, in *AUPA*, 2017, 60, p. 147.

¹⁶ Detta circostanza si radicava nella produzione retorica, sebbene ivi non si esaurisse: testimonianze – tra le quali, certamente, si annovera anche quella in valutazione – non mancano di far confluire il paradigma della *vita anteacta* nella sfera del giuridicamente rilevante. Echi di questa prospettiva sono giunti sino ai giorni nostri, laddove l'odierno art. 133 cod. pen. (al comma 2, punto 2) consente al giudice di tener conto, in sede di determinazione della pena, «dei precedenti penali e giudiziari e, in genere, della condotta della vita del reo, antecedenti al reato», con ciò dovendosi intendere propriamente quello che i giuristi romani erano soliti definire come *vita anteacta*. Cfr., A.D. MANFREDINI, *De ante acta vita*, cit., p. 269 ss.; M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 125; C. RUSSO RUGGERI, *La rilevanza*, cit., p. 119. Sui disertori più in generale, cfr. C. WOLFF, *Déserteurs et transfuges dans l'armée romaine à l'époque républicaine*, Napoli, 2009, p. XI ss.

¹⁷ Considera la vita precedente ristretta a quella militare M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 125, sebbene non vi sia alcun indizio nella fonte che porti a escludere la valutazione della vita nella sua dimensione generalizzata. In

vita specchiata giustificava la mitigazione o l'esclusione della pena, un trascorso licenzioso comportava, invece, il suo aggravamento¹⁸. Si potrebbe essere quindi indotti a pensare che, non essendoci stato a Roma l'istituto della recidiva, non sarebbe neppure stata teorizzata alcuna distinzione tra lo stesso e le circostanze aggravanti (o attenuanti) la pena giacché, mentre la prima avrebbe comportato l'inasprimento della sanzione, nel frammento in disamina Arrio Menandro avrebbe consentito al giudice non solo di aggravare la pena, ma anche di attenuarla¹⁹.

Esaminiamo ora un altro passo – ancora una volta di ambito militare – dal quale si trae ulteriore conferma circa la valutazione dell'*anteacta vita* del reo:

Mod. 12 *pand.* D. 48.4.7.3: *Hoc tamen crimen iudicibus non in occasione ob principalis maiestatis venerationem habendum est, sed in veritate: nam et personam spectandam esse, an poterit facere, et an ante quid fecerit et an cogitaverit et an sanae mentis fuerit.*

Dalla testimonianza riportata²⁰ si evince come il giudice, nell'occuparsi dei crimini di lesa maestà, deve tenere conto

tempi meno recenti, V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., p. 41 s., considera i precedenti cui alludeva la testimonianza di natura amministrativo-legislativa.

¹⁸ Così T. GATTI, *L'imputabilità, i moventi del reato e la prevenzione criminale negli Statuti italiani dei sec. XII-XVI*, Padova, 1933, p. 432; V. GIUFFRÈ, *La letteratura 'de re militari': appunti per una storia degli ordinamenti militari*, Napoli, 1974, p. 92; S. RANDAZZO, *Note*, cit., p. 204; M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 125; C. RUSSO RUGGERI, *La rilevanza*, cit., p. 147.

¹⁹ Si esprime in termini di recidiva generica F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, III, cit., p. 574. Meno definite paiono essere le conclusioni formulate da M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 125, laddove la studiosa osserva come l'*anteacta vita* non potesse esaurirsi nella «nozione di recidiva generica», sebbene in parte vi attenesse dato che «nel suo significato sono, infatti, compresi tanto gli antecedenti positivi quanto quelli negativi».

²⁰ Sul brano, cfr. S. SOLAZZI, *D. 48.4.7.3 e l' analogia nel diritto penale*, in *Scritti giuridici in memoria di E. Massari*, 1938, p. 407 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, III, 1960, p. 563; R.S. ROGERS, *The Case of 'Cremutius Cordus'*, in *TAPhA*, 1965, 96, p. 356; R.A. BAUMAN, *The 'Leges iudiciorum publicorum' and their Interpretation in the Republic, Principate and Later Empire*, in *ANRW*, II.13, Berlin - New York, 1980, p. 136; F. NASTI, *L'attività normati-*

della persona dell'imputato, del suo apporto materiale, della sua condotta precedente ovvero ancora del suo stato mentale²¹. Anche in questo caso, dunque, l'allusione all'*an ante quid fecerit*²² non può che essere intesa come indicatore della precedente vita, dal quale conseguirebbe (o meno) un inasprimento del trattamento punitivo a seconda che si tratti di un buono o di un cattivo precedente²³.

va di Severo Alessandro, I. Politica di governo, riforme amministrative e giudiziarie, Napoli, 2006, p. 133 s. Più in generale, sul frammento v. anche M. SCOGNAMIGLIO, *'Nullum crimen sine lege'*, cit., p. 123 ss.

²¹ Sullo stato mentale, v. E. NARDI, *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, Milano, 1983, p. 265.

²² Sembrano alludere alla precedente vita nella sua dimensione globale al fine di accertare la *veritas* processuale M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 128; C. RUSSO RUGGERI, *La rilevanza*, cit., p. 144.

²³ Così, F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, III, cit., p. 546 e nt. 2, il quale osserva che il rilievo è limitato al solo «elemento psicologico del reato», laddove la recidiva che veniva a integrarsi era fuor di ogni dubbio generica. Cfr., altresì, M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 124 e p. 128, a parere della quale «non si tratta di una precisa menzione di recidiva generica, né, d'altra parte, si prevede esplicitamente un aggravamento della pena per il fatto della ricaduta nel reato». Infine, va richiamata la posizione di C. RUSSO RUGGERI, *Recensione* a M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 501, che, pur condividendo le osservazioni della studiosa, meglio ne adatta la prospettiva alla luce del quadro di riferimento. Indubbiamente nella testimonianza non vi è alcuna allusione alla recidiva – in specie generica – «anche perché il testo non prevederebbe espressamente alcun aggravamento della pena per la ricaduta nel reato». Ciò posto, parrebbe nondimeno altisonante la conclusione formulata, laddove sarebbe più ragionevole desumere, seppur implicitamente, dal «discorso di Modestino» un rilievo duplice: in primo luogo, infatti, in presenza di *anteacta vita* affastellata dalla commissione di reati e «precedenti condanne subite nel passato dall'imputato, non c'è dubbio che il giudice dovesse orientarsi verso una maggiore severità nella punizione», dato che l'aggravio di pena sarebbe una diretta conseguenza di una sconsiderata vita. Contrariamente, il giudice avrebbe applicato una *poena* più mite, dacché «una vita condotta fino a quel momento in modo irreprensibile poteva meritare» a tutti gli effetti «una maggiore indulgenza». Ancora sull'elemento psicologico, cfr. L. DI CINTIO, *'Pater patriae' e 'maiestas'. Un possibile nuovo modello normativo*, in *Iura and Legal System*, 2019, 6.2, p. 10 e, in tempi meno recenti, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano. Delitti contro la personalità dello Stato*, IV, Torino, 1981, p. 460 e nt. 3, il quale, ricollegando il frammento di Modestino alla pronuncia della Suprema Corte (Cass. 18 febbraio 1957, *Giust. pen.*, 1957, II, p. 911), osserva come nella valutazione il giudicante debba usare «particolare attenzione per non lasciarsi giudicare da altra preoccupazione, che non sia quella di rendere serenamente giustizia».

Da ultimo, facendo cenno il contenuto del § 16 di Call. 6 *de cogn.* D. 48.19.28:

Maiores nostri in omni supplicio severius servos quam liberos, famosos quam integrae famae homines punierunt.

Il giureconsulto ricorda i costumi dei propri avi, che erano soliti, in ogni tipo di punizione²⁴, sanzionare gli schiavi più severamente rispetto agli uomini liberi, e gli uomini di cattiva fama più di quelli di buona reputazione²⁵.

Ecco che, in questo caso, la pena veniva determinata alla luce dello *status* giuridico della persona e della sua *fama*, in linea con il sistema delle *quaestiones perpetuae* esistenti all'epoca degli antenati²⁶ e in aperta antitesi con la *cognitio extra ordinem* del tempo di Callistrato²⁷. Non pare, quindi, possibile concludere a favore di un'ipotesi di ricaduta nel reato giacché

²⁴ Quanto all'espressione '*in omni supplicio*', cfr. U. BRASIELLO, *La repressione penale*, cit., p. 154, a parere del quale si tratterebbe di «un glossema», giacché «non si punisce 'in una pena', si punisce 'per un crimine'».

²⁵ Cfr., anche con riferimento all'individuazione dei '*famosi*', M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 131; C. RUSSO RUGGERI, *La rilevanza*, cit., p. 145. V. inoltre, con riguardo all'espressione '*maiores nostri*', R. BONINI, *I libri 'de cognitionibus' di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della 'cognitio extra ordinem'*, Milano, 1964, p. 133, il quale osserva che «non sembra» esserci «nel *de cognitionibus* alcuna relazione con orientamenti di antichi giuristi, ma rimanda più genericamente ad un complessivo indirizzo normativo».

²⁶ Sul punto, cfr. S. PULIATTI, *Callistratus. Opera*, Roma - Bristol, 2020, p. 289 s.

²⁷ Così R. BONINI, *I libri 'de cognitionibus'*, cit., p. 102, il quale «avverte l'esigenza di sottolineare i fondamentali motivi di contrapposizione con il vecchio regime delle *quaestiones*». A un analogo ordine di idee sembrano accedere anche M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 140 s. e, poco dopo, C. RUSSO RUGGERI, *Recensione a M. NAVARRA, La recidiva*, cit., p. 500 s., la quale parla, in relazione all'*anteacta vita*, di una «consuetudine che riporta addirittura ai *maiores*» di cui Callistrato si sarebbe valso per giustificare «una maggiore severità nella scelta della pena» e «con ciò alludendo con buona probabilità non al sistema delle *quaestiones*, caratterizzato dalla pena fissa, ma alla *coercitio* magistratuale da cui si sviluppò poi la *cognitio extra ordinem*». Tempo addietro, v. U. BRASIELLO, *La repressione penale*, cit., p. 155, secondo cui «la distinzione di cui parla Callistrato, poi, nella tarda epoca classica, col predominio della *cognitio*, doveva essersi anche più accentuata, e fa meraviglia di vederla ricordata come una usanza dei *maiores*».

l'aumento di pena sarebbe conseguito alla *condicio servile* del reo e alla sua *ingrata fama*²⁸.

3. *Reati militari*

Nel paragrafo precedente si è avuto modo di notare come i paradigmi dell'*anteacta vita* e dell'*an ante quid fecerit* avessero notevoli punti di intersezione con l'ambito dei reati militari. Appare opportuno, a questo punto, soffermarsi sulle principali fonti che paiono ulteriormente confermare questa tendenza.

L'attenzione va posta, in primo luogo, su

Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.9: *Si plures simul primo deseruerint, deinde intra certum tempus reversi sint, gradu pulsus in diversa loca distribuendi sunt. sed tironibus parcendum est: qui si iterato hoc admiserint, poena competentis adficiuntur.*

Il giureconsulto allude al caso in cui in molti, per la prima volta, avrebbero disertato insieme e, decorso in certo periodo di tempo, sarebbero tornati. Questi, al loro rientro, dovrebbero essere degradati e assegnati a posti diversi. Nei confronti delle reclute si dovrà invece usare perdono, mentre nessun beneficio potrà essere garantito loro in caso di reiterazione della condotta: in questo caso, infatti, dovranno soggiacere anch'essi alla pena corrispondente²⁹.

²⁸ In argomento, v. R. GAROFALO e L. CARELLI, *Dei recidivi e della recidiva*, Milano, 1891, p. 14; P. GARNSEY, *Social Status*, cit., p. 260; R. DE CASTRO-CAMERO, *Consecuencias jurídicas de la dicotomía social 'honestiores'-'humiliores'*, in *SDHI*, 1999, 65, p. 333; J.-J. AUBERT e B. SIRKS, 'Speculum Iuris'. *Roman Law as a Reflection of Social and Economic Life in Antiquity*, Ann Arbor, 2002, p. 104; M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 131 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *La rilevanza*, cit., p. 145 s. Sulla *poena* in generale, cfr. E. SCHEPSES, *Der Rechtsfall des Alypius (Aug. 'Conf.' VI 9, 14 u. 15)*, in *SDHI*, 1939, 5, p. 160.

²⁹ Sul passo, cfr. V. GIUFFRÈ, *Il 'diritto militare' dei romani*, Bologna, 1980, p. 68; Id., 'Militum disciplina' e 'ratio militaris', in *ANRW*, II.13, Berlin - New York, 1980, p. 266 s.; S.T. TOVAR e I.P. MARTÍN, *Castigo y reclusión en el mundo antiguo*, Madrid, 2003, p. 117.

Dal frammento del giurista severiano, si desume come la prima diserzione sia motivo di risparmio della giovane recluta alla sanzione, ma si sarebbe trattato di un vantaggio funzionale alla sua tenera età, con evidenti ricadute nella politica di lotta alla criminalità. Infatti, dal brano si evince come la degradazione e l'allocazione dei fuggiaschi in luoghi diversi sia conseguente alla prima diserzione di tutti coloro che non sono giovani reclute: solo nei loro confronti, dunque, il trattamento sarà clemente. Non solo: a rilevare è anche il fatto che, nei soli riguardi delle giovani reclute, la reiterazione del reato avrebbe comportato un inasprimento del trattamento punitivo in assenza di una previa condanna per il medesimo fatto. La clemenza avrebbe fatto sì che la loro prima diserzione fosse scriminata con la logica conseguenza, però, che la reiterazione della condotta avrebbe comportato l'applicazione – non discrezionale ma fissa – anche nei loro riguardi della *poena capitis*. Non pare, dunque, possibile parlare di recidiva³⁰, sebbene l'idea di esacerbare il trattamento punitivo a seguito della ripetizione del reato – in questa ipotesi della diserzione – farebbe pensare che anche presso i romani vi fosse l'idea di reprimere più aspramente i rei che sono soliti delinquere³¹.

³⁰ In proposito, ammettono la recidiva, G. CARNAZZA-RAMETTA, *Studio*, cit., p. 161, il quale allude alla recidiva per i «soldati refrattari al servizio e recidivi nella diserzione»; E. COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna, 1921, p. 89, nt. 1; F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, III, cit., p. 574; M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 122.

³¹ Non si può esimersi dal rilevare che in questa testimonianza come in Arr. Men. 2 *de re mil.* D. 49.16.5.3 l'attenzione sia posta sugli stessi due elementi: la fissità della pena in caso di reiterazione e l'irrogazione del trattamento sanzionatorio in conseguenza della ripetuta delinquenza. Sul punto, cfr. le osservazioni spese da C. RUSSO RUGGERI, *Recensione a M. NAVARRA, La recidiva*, cit., p. 500, a parere della quale nei due frammenti sarebbe stato possibile scorgere elementi idonei ad attestare previe commissioni del reato – valorizzando l'elemento accertativo e condannatorio in luogo dell'emenda –, laddove «l'accertamento di responsabilità implica una condanna». La studiosa lascerebbe intendere «che in entrambi i casi non ci sia da parte del *dux* un precedente accertamento della responsabilità delle giovani reclute alla loro prima diserzione o di coloro che fuori dall'urbe avessero disertato per la prima volta, ma si fosse proceduto anche alla loro condanna». Si tratta di una prospettiva che risulterebbe ulteriormente avvalorata da «una precisa scelta di politica criminale», alla luce della quale la condanna «poteva essere stata

Infine, la reiterazione del reato della medesima indole³² e in assenza di una previa condanna viene considerata anche in:

Arr. Men. 2 *de re mil.* D. 49.16.5.3: *Desertor si in urbe inveniat, capite puniri solet: alibi adprehensus ex prima desertione restitui potest, iterum deserendo capite puniendus est.*

Il frammento allude all'ipotesi in cui si trovi un disertore a Roma: questi è sovente sottoposto alla pena di morte. Se, invece, viene sorpreso altrove, allora può essere riabilitato per la prima diserzione³³, ma qualora lo facesse una seconda volta, non gli sarà più riconosciuto alcun beneficio e dovrà essere anch'egli punito con la *poena capitis*³⁴.

loro risparmiata in ragione dell'inesperienza dei *tirones* o della minore pericolosità di chi disertava per la prima volta fuori dalla città». In altre parole, a tali categorie il giudicante avrebbe garantito «a sua discrezione, la possibilità di emendersi».

³² Propendono a favore della recidiva (specifica e susseguente a una previa *damnatio*), M. CARCANI, *Dei reati, delle pene e dei giudizi militari presso i romani*, Napoli, 1981, p. 81; F.M. DE ROBERTIS, *La variazione*, cit., p. 574; S. RANDAZZO, «*Collegia iuvenum*», cit., p. 207, nt. 30, secondo cui il passo alluderebbe, con riguardo alle sole giovani reclute, a un'ipotesi di «sanzione amministrativa che si tramuta, in caso di reiterazione del comportamento criminoso, in pena vera e propria» e, infine, M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 122. Quanto al rapporto tra la recidiva e il passo in disamina, v. R.F. DE MONTGEX, *Étude sur la récidive*, Chambéry, 1868, p. 39.

³³ In merito alla terminologia del '*restituere*' che è «usualmente impiegata, a prescindere dalla funzione ed estensione effettiva dei singoli provvedimenti, nel più generico ambito dei provvedimenti di clemenza a favore dei militari» cfr. U. ZILLETI, *Nota sulla 'restitutio in integrum damnatorum'*, in *Studi in onore di G. Grosso*, II, Torino, 1968, p. 67. Infatti, il verbo '*restitui*' deve essere inteso in senso lato, parendo possibile dissentire da un suo utilizzo come sinonimo di '*restitutio in integrum*' nella sua «precisa accezione tecnica». In tempi più recenti, v. M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 121, la quale osserva come la *restitutio in integrum* abbisognasse della «pronuncia di una sentenza di condanna con successiva remissione della pena e conseguente reintegrazione nei ranghi del condannato *restitutus*».

³⁴ Sul frammento, cfr. V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., p. 42; ID., *Il 'diritto militare'*, cit., p. 58; L. LOSCHIAVO, *Autodifesa, vendetta, repressione poliziesca. La lotta al brigantaggio nel passaggio dalle province tardo-imperiali ai regni romano-barbarici*, in *Il diritto giustiniano fra tradizione classica e innovazione. Atti del Convegno. Cagliari, 13-14 ottobre 2000*, a cura di F. BOTTA,

Prima di approfondire il profilo relativo all'inasprimento del regime sanzionatorio in caso di reiterazione del reato, va fatto cenno alla diversità di trattamento punitivo a seconda che la prima diserzione avvenga all'interno o al di fuori dell'urbe³⁵. Solo nella prima ipotesi, infatti, il *iudex* è solito comminare la *poena capitis*. Ecco che, con la forma verbale 'solei', il giureconsulto mette in luce il formante discrezionale³⁶ di cui si avvale il giudicante ai fini della determinazione della *poena*. Non solo: è proprio in questo elemento che si rinviene anche la radice della *restitutio* nei confronti del reo che sia stato *adprehensus ex prima desertione* al di fuori dell'urbe. Inoltre, nel passo, Arrio Menandro si avvale anche del verbo 'potest', con ciò dovendosi intendere che la riabilitazione non può di certo concepirsi quale automatismo, ma è il frutto di una valutazione rimessa alla discrezionalità dello stesso organo giudicante³⁷.

Nel prosieguo del brano, invece, si prevede l'applicazione della *poena capitis* per il *desertor* che fosse ricaduto nella com-

Torino, 2003, p. 116; C. WOLFF, *Déserteurs*, cit., p. 133 e nt. 216; C. RUSSO RUGGERI, *La rilevanza*, cit., p. 149.

³⁵ In argomento, cfr. V. GIUFFRÉ, *Testimonianze*, cit., p. 44, nt. 24.

³⁶ Così T. GATTI, *L'imputabilità*, cit., p. 432 e p. 441, laddove lo studioso si riferisce anche a ipotesi di multirecidiva; V. MANZINI, *Trattato*, II, cit., p. 667; C. FERRINI, *Diritto penale romano: esposizione*, cit., p. 132; C. FERRINI, *Diritto penale romano: teorie generali*, Milano, 1899, p. 321; S. RANDAZZO, *Note*, cit., p. 205. Analogamente, cfr. M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 120 s., a parere della quale il giureconsulto, avvalendosi del verbo 'solei', avrebbe dato nuova luce a «una prassi giudiziaria consolidata – e in questo senso cogente –, dato che si sarebbe trattato di un profilo destinato a coesistere con la «discrezionalità del giudice militare» e «la valutazione circa l'opportunità di irrogare tale sanzione». A tal proposito, la studiosa prosegue precisando che il perdono nei confronti del disertore avrebbe necessitato di un «accertamento della responsabilità del militare, quantunque non sanzionata penalmente in ragione dell'atto di clemenza» al fine di poter «constatare la reiterazione» e, dunque, negare l'ulteriore «concessione di un nuovo perdono». Dello stesso avviso pare essere anche C. RUSSO RUGGERI, *Recensione a M. NAVARRA, La recidiva*, cit., p. 500, la quale allude al potere valutativo e discretivo del giudicante in merito alla possibilità «valutare le circostanze, di sottrarre il colpevole all'applicazione della pena a cui avrebbe dovuto sottostare a seguito dell'accertamento della sua colpevolezza».

³⁷ Cfr., G.F. FALCHI, *Diritto penale romano (dottrine generali)*, Treviso, 1930, p. 251.

missione del medesimo illecito. Dunque, la reiterazione della diserzione avrebbe comportato un inasprimento del trattamento punitivo nel caso in cui questa fosse avvenuta al di fuori dell'urbe.

A venire in rilievo sono due elementi: la fissità della pena e la reiterazione seguita alla riabilitazione. Partendo dal primo, si può rilevare come, dal tenore delle parole riversate dal giureconsulto nel passo in disamina, la *poena capitis* non sia discrezionalmente applicata dal giudice, ma sia una sanzione fissa. Inoltre, volgendo lo sguardo al secondo elemento, si può notare come la pena di morte trovi applicazione nei riguardi di coloro che siano stati disertori una seconda volta. Si potrebbe dunque essere indotti a pensare che ciò sia diretta conseguenza del fallimento di un trattamento benevolo (la riabilitazione), circostanza, quest'ultima, che avrebbe condotto all'esclusione della recidiva, almeno nelle forme conosciute nell'odierna dogmatica penalistica, per carenza di un elemento strutturale, vale a dire la precedente condanna. Si deve comunque ammettere che la reiterazione – in questo caso della diserzione al di fuori dell'urbe – sia anche nel contesto romano osteggiata tramite l'infissione di una pena più severa³⁸.

4. Crimen abigeatus

Con riguardo al *crimen abigeatus* a venire in rilievo è, in primo luogo, un *rescriptum* del *divus Hadrianus* di cui si conserva traccia nella *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* e che sembra costituire, più in generale, la prima testimonianza in assoluto pervenutaci relativamente all'inasprimento di pena in caso di ricaduta nello stesso reato³⁹.

³⁸ In argomento, cfr. M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 122.

³⁹ Sulla testimonianza, cfr. TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 775, nt. 10 e p. 1040, nt. 1; ID., *Le droit pénal*, cit., III, p. 84, nt. 10 e p. 400, nt. 1; F.M. DE ROBERTIS, *Scritti vari*, III, cit., p. 575; G. CARDASCIA, *L'apparition dans le droit des classes d'honestiores et d'humiliores*, in *RDH*, 1950, 28, p. 335; F. CANCELLI, voce *Abigeato (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Varese, 1958, p. 75; P. GARNSEY, *Social Status and Legal Privilege in the Roman Em-*

Alludo specificamente a

Coll. 11.7.1-3: *De abigeis puniendis ita divus Hadrianus rescripsit concilio Baeticae: 'Abigei cum durissime puniuntur, ad gladium damnari solent. Puniuntur autem durissime non ubique, sed ubi frequentius est hoc genus maleficii: alioquin et in opus et nonnumquam temporarium damnantur'*⁴⁰. 2. *Ideoque puto apud vos quoque sufficere genus poenae, quod maximum huic maleficio inrogari solet, ut ad gladium abigei dentur: aut si quis tam notus et tam gravis in abigendo fuit, ut prius ex hoc crimine aliqua poena affectus sit, hunc in metallum dari oportere*. 3. *Rescriptum divi Hadriani sic loquitur, quasi gravior poena sit metalli: nisi forte hoc sensit divus Hadrianus gladii poenam dicendo ludi damnationem*.

pire, Oxford, 1970, p. 157 ss.; S. PIETRINI, *A proposito della sanzione nel reato di abigeato*, in *Studi senesi*, 1990, 102, p. 455 ss.; G. SPOSITO, 'Quattuor genera ... septem modis': le circostanze del reato in *D. 48.19.16* ('Claudius Sатурninus de poenis paganorum'), in *SDHI*, 1999, 65, p. 105 s.; B. SANTALUCIA, *Adriano e il rango sociale dei re*, in *Studi in onore di R. Martini*, III, Milano, 2009, p. 476 s.; P. PAVÓN, 'De abigeis puniendis' (*D. 47, 14, 1*; 'Coll.' 11, 7, 13): *er rescripto de Adriano sobre el robo de ganado en la Bética*, in *Gerión*, 2010, 28.1, p. 276; L. MINIERI, 'Abactum animal'. *Sulla repressione dell'abigeato in diritto romano*, Napoli, 2018, p. 44 ss. e, da ultimo, L. GAROFALO, *Recensione* (dal titolo 'L'abigeato: da furto a crimine autonomo') a L. MINIERI, 'Abactum animal'. *Sulla repressione dell'abigeato in diritto romano*, Napoli, 2018, in *Index*, 2020, 48, p. 230 s. Ancora sul passo e, in particolare, con riguardo a § 2, v. E. LEVY, *Gesetz und Richter im Kaiserlichen Strafrecht. Erster Teil. Die Strafmessung*, in *BIDR*, 1938, 45, p. 116.

⁴⁰ Il *principium* è riprodotto, in termini quasi analoghi, in *Ulp. lib. 8 de off. procons.* D. 47.14.1 pr. Sul punto, v. U. BRASIELLO, *La repressione penale*, cit., p. 199; M. BALZARINI, *In tema di repressione «extra ordinem» del furto nel diritto classico*, in *BIDR*, 1969, 11, p. 242, nt. 119, il quale considera configurato l'abigeato anche con il furto di un solo capo di bestiame e P. GARNSEY, *Social Status*, cit., p. 157 e nt. 4, che correttamente osserva come la modulazione del trattamento punitivo non fosse connessa allo *status* del reo. Ancora, F.M. DE ROBERTIS, *Interdizione dell'«usus equorum» e lotta al banditismo in alcune costituzioni del Basso Impero*, in *SDHI*, 1974, 40, p. 94 e nt. 161; A.M. HESPANHA, *Da «iustitia» à «disciplina». Textos, poder e política penal no anti-go regime*, in *AHDE*, 1987, 57, p. 571, nt. 140; B. SANTALUCIA, *Adriano*, cit., p. 476, nt. 12; M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 67, nt. 192; L. MINIERI, 'Abactum animal', cit., p. 51 s.

Nel *rescriptum* adrianeo, indirizzato al *concilium Baeticae*, viene delineato il furto di bestiame⁴¹ e si precisa che i responsabili di abigeato siano puniti aspramente, ossia con la *poena gladii*⁴². Questa sanzione così dura non trova però applicazione ovunque, ma solo in quei luoghi ove l'abigeato è particolarmente frequente. In altri termini, è garantita l'aspra punizione, sebbene «tale pena non era applicata in maniera generalizzata, bensì in correlazione con le situazioni locali»⁴³.

La conclusione di Ulpiano – che riporta il testo del *rescriptum* – è chiara: la modulazione della pena avrebbe dispiegato i propri effetti sul versante della frequenza – maggiore o minore – nella commissione dell'abigeato, dato che il soggetto attivo del reato sarebbe stato assoggettato alla *poena gladii* solo nei luoghi in cui il *crimen* fosse stato maggiormente usuale. Ci si troverebbe dunque dinanzi a due elementi valutativi connessi e volti ad arrecare un aggravamento di pena, che poteva essere «più o meno grave in ragione della maggiore o minore *frequentia admissorum*»⁴⁴. Ciò avrebbe dunque comportato la necessità di riconoscere una rilevanza alla mera condanna *in opus* – anche se soltanto, talvolta, temporaneo – qualora l'*abigeatus* fosse stato meno frequentemente realizzato. Infatti, anche se la *frequentia* è «un elemento estraneo al reato, in sé e per sé ne accresce la gravità»⁴⁵.

Due ordini di argomentazioni necessitano di essere esaminate partitamente: l'aggravamento del trattamento punitivo del recidivo e la sanzione in concreto irrogabile in caso di ricaduta nel reato.

⁴¹ Per quanto attiene all'*abigeatus*, oltre a Coll. 11.7.1 si può ricordare Paul. Sent. 5.18.2 (che ritroviamo anche in Coll. 11.2).

⁴² Assimila l'*ad gladium damnari* alla '*condamnatio ad bestias*' – e non, invece, alla decapitazione –, B. D'ORGEVAL, *L'empereur Hadrien: oeuvre législative et administrative*, Paris, 1950, p. 321.

⁴³ M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 66 ss.

⁴⁴ M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 69. Sulla *frequentia admissorum*, cfr. F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, III, cit., p. 425; ID., *Interdizione*, cit., p. 94 e nt. 161.

⁴⁵ M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 73.

Muovendo dalla vicenda riversata nel *rescriptum* del *divus Hadrianus*, emergerebbe una impossibilità di fatto⁴⁶ – anche sul piano meramente formale – di una reiterazione del reato nei luoghi (come la Betica) ove l’abigeato veniva punito aspramente, trattandosi di un illecito molto comune, giacché l’abigeo veniva sanzionato già nel primo *furtum* di animali con la pena di morte⁴⁷. Proprio in questi casi, una sanzione così grave veniva giustificata dalla necessità di arginare la «pericolosità dell’agente»⁴⁸, al fine di garantire la pacifica convivenza sociale.

⁴⁶ Cfr. quanto osservato da M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 73, la quale considera fuor di dubbio che fossero carenti le «condizioni di fatto» utili affinché il ladro di bestiame potesse reiterare il proposito delinquenziale.

⁴⁷ In merito alla *poena gladii* come pena di morte, cfr. TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 776, nt. 1; ID., *Le droit pénal*, III, cit., p. 85, nt. 1 e B. D’ORGEVAL, *L’empereur Hadrien*, cit., p. 321, il quale differenzia la *poena gladii* (applicabile agli *humiliores*) dalla *damnatio ad bestias* (nei confronti degli *humiliores*). In tempi più recenti, v. C. RUSSO RUGGERI, *Recensione a M. NAVARRA, La recidiva*, cit., p. 496, a parere della quale «*frequentia* e *recidiva* erano dunque le due situazioni che, per Adriano, meritavano un trattamento *in peius* del reo». La studiosa, infatti, osserva che è non vi alcun dubbio sulla funzione intimidatrice della pena, funzione che sarebbe originata da «una politica di diritto criminale volta a graduare la pena alla gravità del reato». Di diverso avviso parrebbero essere, invece, A. D’ORS, *Epigrafía jurídica de la españa romana*, Madrid, 1953, p. 57, che ammette l’applicazione della pena ai lavori forzati nei confronti degli abigei nel territorio della Betica e F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, III, cit., p. 425 s., il quale mette in risalto la funzione sociale della pena. Ancora sul punto, cfr. P. GARNSEY, *Social Status*, cit., p. 157, nt. 4 e p. 158, nt. 1; R.A. BAUMAN, *Crime and Punishment in Ancient Rome*, London - New York, 1996, p. 158; S. PIETRINI, *A proposito della sanzione*, cit., p. 464; P. PAVÓN, *De abigeis puniendis*, cit., p. 283 ss.

⁴⁸ Ciò è quanto sostiene M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 73 s., la quale osserva inoltre come la finalità cui mira la politica criminale adrianea dovesse rinvenirsi nell’«adeguatezza della sanzione alla situazione concreta da reprimere» dato che la cancelleria imperiale «guardava al fenomeno dell’abigeato con la concretezza e la duttilità pratica di chi istituzionalmente è garante della pace e della sicurezza». La studiosa ritiene che fossero proprio «*maggior frequentia* e *recidiva*» a costituire il *leitmotiv* che avrebbe comportato «un aumento del rischio di lesione della pacifica convivenza, richiedendo una variazione *in peius* della pena rispettivamente in confronto a quella sufficiente per la realtà in cui il tasso delinquenziale è più basso e a quella per il reo che abbia commesso abigeato una prima e unica volta».

Per converso risulta ineluttabile, quand'anche non immediato, propendere per la possibile reiterazione del reato nei luoghi ove l'*abigeatus* non appare così frequente; infatti, nel *rescriptum* veniva individuata la *damnatio in opus* – perpetuo o *temporarium* – come pena da applicare.

Anche se volessimo confrontare il contenuto del *rescriptum* tramandatoci dalla *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* con Ulp. *lib. 8 de off. procons.* D. 47.14.1 pr. le conclusioni traibili sarebbero equivalenti:

De abigeis puniendis ita divus Hadrianus consilio Baeticae rescripsit: 'abigei cum durissime puniuntur, ad gladium damnari solent. puniuntur autem durissime non ubique, sed ubi frequentius est id genus maleficii: alioquin et in opus et nonnumquam temporarium dantur'.

Anche in questo caso, infatti, la sanzione prevista per gli abigei sarebbe stata la *poena gladii*, mentre altrove avrebbe trovato applicazione la *damnatio in opus* perpetuo o temporaneo⁴⁹.

Ma il testo della *Collatio* va oltre⁵⁰, come ben si evince dalla lettura del § 2:

Coll. 11.7.2: ... aut si quis tam notus et tam gravis in abigendo fuit, ut prius ex hoc crimine aliqua poena affectus sit, hunc in metallum dari oportere.

⁴⁹ Sul frammento, cfr. *ex multis* TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 1040, nt. 1; *Id.*, *Le droit pénal*, III, cit., p. 400, nt. 1; P. GARNSEY, *Social Status*, cit., p. 157 e nt. 4; F.M. DE ROBERTIS, *Interdizione dell'usus eorum*, cit., p. 94, nt. 161; P. PAVÓN, *De abigeis puniendis*, cit., p. 278, ma anche, in tempi più recenti, M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 67, nt. 192 e L. MINIERI, *Abactum animal*, cit., p. 51 s.

⁵⁰ Sul punto, sono da condividersi le osservazioni spese da P. PAVÓN, *De abigeis puniendis*, cit., p. 278 s. per giustificare le uguaglianze (e le assenze) tra il passo della *Collatio* e quanto riportato nel Digesto giustiniano. Seppur incidentalmente, v. anche E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in *La critica del testo. Atti del secondo congresso internazionale della società italiana di Storia del Diritto*, II, Firenze, 1971, p. 856.

Muovendo dall'idea secondo cui i recidivi⁵¹ necessitano di essere sanzionati più aspramente in quanto inclini alla reiterazione, si fa strada l'applicazione, nei loro riguardi, della pena delle miniere. Pare dunque di poter dire che il brano alluda alla recidiva specifica subordinata alla precedente condanna, laddove la locuzione *'ut prius ex hoc crimine aliqua poena affectus sit'* contempla al suo interno la *damnatio ad metalla* per il reo *notus et tam gravis in abigendo*⁵² che sia ricaduto nuovamente nella commissione del medesimo reato.

Appare quindi inevitabile correlare le considerazioni spese con riferimento al § 2 con quanto rilevato con riguardo al *locus* ove l'abigeato veniva meno aspramente perseguito e che, almeno in maniera abbozzata, consentiva al ladro di animali di ricadere nel reato essendo lo stesso, in caso di prima violazione, perseguito con la mera *damnatio in opus* perpetuo o *temporarium*. Al contrario, nei luoghi (come la Betica) ove il *crimen* veniva in essere con una certa *frequentia*, la punizione prevista per il reo, già per il primo *furtum* di animali, era la *poena gladii*. Quindi questo rigore punitivo rendeva impossi-

⁵¹ In argomento, v. F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, III, cit., p. 575, secondo cui «appartiene al diritto delle costituzioni imperiali l'aggravamento della pena per recidiva in tema di abigeato», J.PH. LÉVY, *'Dignitas', 'gravitas', 'auctoritas testium'*, in *Studi in onore di B. Biondi*, II, 1965, p. 59 s., nt. 263 e U. ZILLETI, *In tema di 'servitus poenae' (Note di diritto penale tardoantico)*, in *SDHI*, 1968, 34, p. 82 s., nt. 173, il quale allude alla categoria dei «abigeatari notori e recidivi». Che il *rescriptum* adrianeo debba essere inteso espressione dell'agire recidivante è opinione propugnata da C. FERRINI, *Diritto penale romano: esposizione*, cit., p. 225, condivisa poi da S. PIETRINI, *A proposito della sanzione*, cit., p. 457 ss. e, in tempi più recenti, da V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero. Studi sui libri 'de officio proconsulis' e la loro fortuna tardoantica*, II, Napoli, 2004, p. 17, il quale osserva che l'*abigeus* già sottoposto a condanna in un primo processo diventava recidivo a seguito di reiterazione nell'illecito. Non dissimili sono le conclusioni formulate da B. SANTALUCIA, *Adriano*, cit., p. 477; M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 66 ss., la quale considera il passo espressione di recidiva generica e L. MINIERI, *'Abactum animal'*, cit., p. 44 ss.

⁵² Riguardo all'interpretazione da fornire alla locuzione *'notus et tam gravis in abigendo'*, cfr. M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 70, nt. 200, la quale osserva che *'notatus'* esige di essere ricostruito «nel senso di conosciuto» e ciò spiegherebbe, inoltre, la sua qualificazione «in senso negativo» come sinonimo di «essere dedito all'abigeato»; nonché il termine *'gravis'* che postulerebbe la sua tendenziale assimilazione col termine *'famosus'*.

bile il concretizzarsi, anche solo astrattamente, della ricaduta nel reato.

Ma vi è di più: dalla lettura del § 3 si potrebbe pensare che il giurista assimilasse la *poena gladii* alla *ludi damnatio* al fine di rendere maggiormente coerente il trattamento punitivo⁵³. Infatti, è da considerarsi iniquo che nei luoghi in cui *furtum* di animali era più frequente la *poena* prevista per la prima commissione del reato fosse la morte inferta per mezzo della spada mentre, negli ove il reato era meno frequente il recidivo dovesse soggiacere alla ben più mite *damnatio ad metallam*. Non sarebbe equo pensare che il condannato per la prima volta soggiacesse a una pena più mite rispetto al recidivo, anche alla luce dell'assenza di un appiglio testuale che giustificasse una diversità punitiva fondata sulla diversità locale a seconda della maggiore o minore frequenza del reato. La Navarra si è espressa su questo punto alquanto controverso, tentando di approdare a una soluzione, e finendo con l'ammettere – forse a ragione – che Ulpiano avrebbe dovuto «forzare l'interpretazione del rescritto», al fine di renderlo maggiormente conforme alla «riflessione scientifica» fondata su una «visione sistematica e unitaria dell'ordinamento delle pene», alla base del quale vi è «una consapevolezza della funzione della pena»⁵⁴. E per raggiungere questo scopo l'unica via sarebbe stata proprio quella di assimilare la *poena gladii* alla *ludi damnatio*⁵⁵.

⁵³ Così M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 75.

⁵⁴ M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 75.

⁵⁵ Sulla *ludi damnatio* e il suo rapporto con la *poena gladii* anche in forza della finalità cui mira il trattamento repressivo, cfr. R.A. BAUMAN, *Crime and Punishment*, cit., p. 156, nt. 36; D. POTTER, *Constantine and the legal gladiators*, in *The Classical Quarterly*, 2010, 60.2, p. 599; P. PAVÓN, *De abigeis puniendis*, cit., p. 277 e p. 285; L. MINIERI, *Abactum animal*, cit., p. 48 s. Ancora, rispetto all'accurata ricostruzione offerta dal giurista al *rescriptum* del *divus Hadrianus* – il quale parrebbe identificare la *poena gladii* con la *ludi damnatio* – sembra ragionevole distinguere, nel § 4, i due trattamenti punitivi dato che la *poena gladii* avrebbe dispiegato il proprio effetto a seguito di un ferimento per mezzo della spada al quale sarebbe conseguito l'evento morte, mentre la *ludi damnatio* presupporrebbe tecnicamente uno scenario difforme, nel quale faceva capolino l'evento morte come volgimento non esiziale della *poena* medesima. Cfr., in argomento, S. PIETRINI, *A proposito della sanzione*, cit.,

Sempre in tema di abigeato, si segnala un passo escerpito dal Digesto giustiniano e attribuibile a Callistrato, ove il giurista farebbe cenno alla reiterazione dell'illecito in questo caso concretizzatasi 'saepius'. Mi riferisco a

Call. 6 *de cogn.* D. 47.14.3.2: *Qui saepius abegerunt, licet semper unum vel alterum pecus subriperint, tamen abigei sunt.*

Dalla testimonianza riportata si evince che coloro i quali avessero una o più volte – *saepius* per l'appunto – portato via anche un solo capo di bestiame per volta sarebbero stati considerati abigei⁵⁶.

p. 464 ss., a parere della quale la *poena gladii* disvela il significato tecnico di pena capitale e V. MAROTTA, *Ulpiano*, II, cit., p. 17 e p. 114, che sostiene come Ulpiano, nel momento in cui allude alla *gladii poena*, avesse voluto riferirsi alla *ludi damnatio* «altrimenti, sarebbe apparso ultroneo considerare più grave la condanna al lavoro forzato in miniera». A favore di una diversa ricostruzione depone M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 71 s., notando come la testimonianza, nelle sue più disparate flessioni evocate nei §§ 3 e 4, chiederebbe di essere più cauti. La ricostruzione della studiosa, infatti, attesta come il *divus Hadrianus* «avrebbe ammesso per l'abigeato commesso nella Betica, la *poena gladii*, non nel senso di pena di morte inferta con la spada, ma nel senso di *ludi damnatio*, pena a sua volta meno grave della *damnatio in metallum* nei confronti del recidivo». Anche volendo supporre che tale ricostruzione del passo attingesse, in modo diretto o meno, all'orizzonte del *rescriptum* adrianeo, non può non essere fatto cenno alla «forzata interpretazione di frattura ulpiana, riproposta dai più in maniera tralatizia». Alludo, a tal proposito, a quanto supposto dalla Navarra – facendo proprie le riflessioni di Wieacker e della Pietrini sul punto –, la quale accenna a un duplice scenario punitivo: si sarebbe fatto ricorso alla *poena gladii* «laddove la particolare frequenza del reato di abigeato esigeva la massima severità», mentre si accede alla *damnatio ad metallum* «nel caso di delinquente recidivo». Ora, non potendo escludere la validità – peraltro convincente – di quanto sinora argomentato, si potrebbe concludere che il disegno di politica criminale sembri in qualche modo sollecitare forme repressive rispetto alle quali la funzione intimidatrice della pena ne risultava il fine naturale. In argomento, cfr. le riflessioni condotte da F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, p. 397 ss. e S. PIETRINI, *A proposito della sanzione*, cit., p. 464 ss.

⁵⁶ Sul punto cfr., G.F. FALCHI, *Diritto penale romano (dottrine generali)*, cit., p. 227, il quale include siffatta ipotesi di reato nella categoria relativa all'abigeato «inteso in senso proprio»; P. PAVÓN, *De abigeis puniendis*, cit., p. 288; L. MINIERI, *'Abactum animal'*, cit., p. 116 s.; S. PULIATTI, *Callistratus*, cit., p. 292. Dubbi sulla genuinità del passo sono avanzati in dottrina da R. RILIN-

Ecco, quindi, che il giureconsulto considerava rei di abigeato anche i ladri che frequentemente avessero rubato anche un solo capo di bestiame⁵⁷, sebbene non vi sia alcuna allusione né a un previo accertamento della loro reità (dato che nel frammento il riferimento è al solo furto anche di un solo capo per volta in più occasioni), né all'inasprimento di pena in caso di reiterazione della condotta. Con riguardo a quest'ultimo aspetto, infatti, giova precisare che Callistrato non solo non fa cenno ad alcuna pena applicabile in caso agli abigei per il primo furto, ma neppure considera un suo aumento – tendenzialmente discrezionale – per le sottrazioni future⁵⁸, anche se non si può escludere che la reiterazione del furto di animali possa comportare «un mutamento della qualificazione giuridica dell'illecito che da delitto privato diventa *crimen*»⁵⁹.

L'indulgenza sembra quindi essere l'elemento centrale nel passo riportato: infatti, a tal proposito, si può sostenere che la finalità cui mira l'atteggiamento benevolo nei confronti dei rei di abigeato è proprio quella di evitare la ricaduta in un reato della medesima indole⁶⁰.

GER, *'Humiliores-Honestiores'. Zu einer sozialen Dichotomie im Strafrecht der römischen Kaiserzeit*, München, 1988, p. 72 e nt. 14.

⁵⁷ Sul *furtum* reiterato di bestiame, v. C. FERRINI, *Diritto penale romano: esposizione*, cit., p. 224 s.

⁵⁸ A tal proposito, militava a favore della recidiva R. BONINI, *I libri 'de cognitionibus'*, cit., p. 103 s. e nt. 71, il quale asserisce che «con *saepius* si voglia alludere» in modo non difforme da quanto rilevato in D. 48.19.28.10 «a qualcosa di più della recidiva, anche reiterata, e cioè ad una sorta di professionalità del reo». È considerazione pienamente plausibile quella secondo cui «la qualifica del *crimen* come furto o abigeato è fatta dipendere con molta chiarezza da circostanze rientranti nel *modus admissi*, e che di per sé avrebbero potuto quindi determinare semplicemente una variazione della pena; in questo caso, invece, pur trattandosi di un reato per la prima volta delineato autonomamente nella *cognitio*, l'influenza dei vari elementi» – tra i quali certamente si annovera la recidiva – «si manifesta con conseguenze formalmente e sostanzialmente diverse». Esclude invece recisamente la recidiva M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 100, nt. 304.

⁵⁹ M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 100, nt. 304.

⁶⁰ Entro questa prospettiva deve essere esaminata la precisazione di M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 118, secondo la quale pare fuori discussione «che la responsabilità dei *tirones* fosse stata effettivamente accertata (probabilmente confessata), anche se, trattandosi di reclute che per la prima volta, oc-

Infine, sembra opportuno volgere l'attenzione su un altro passo, questa volta contenuto nelle *sententiae* pseudo-paoline, attinente alla repressione di animali, ove viene stabilito – in modo non dissimile da quanto si vedrà in seguito con riguardo a Call. 6 *de cogn.* D. 48.19.28.10 in riferimento *grassatores* e *latrones* – che gli *atroces abactores* possano essere condannati tanto alla *poena gladii* quanto alla *damnatio in metallum*, *nonnumquam autem in opus publicum*.

In particolare, il brano cui alludo è il seguente:

Paul. Sent. 5.18.2: *Atroces pecorum abactores plerumque ad gladium vel in metallum, nonnumquam autem in opus publicum dantur. Atroces autem sunt, qui equos et greges ovium de stabulo vel de pascuis abigunt vel si id saepius aut ferro aut conducta manu faciunt*⁶¹.

Il passo riportato si riferisce a un'ipotesi di abigeato aggravato, in cui gli *atroces abactores* si impossessano di cavalli o di greggi sottraendoli dalla stalla, dal pascolo, ovvero ancora commettono tali atti in maniera frequente (*saepius*) e avvalendosi delle armi. Questi vengono puniti alla *poena gladii* o, in alternativa, alla *damnatio in metallum* e in *opus publicum* a seconda di una valutazione discrezionale condotta dal giudice che tiene conto della gravità della loro violazione⁶².

casionalmente, si erano resi autrici di diserzione e che si erano poi presentate al campo, il comandante, giudice militare, aveva rinunciato a punire».

⁶¹ Il testo è riprodotto integralmente anche in Coll. 11.2.1.

⁶² In argomento, v. O. ROBINSON, *Slaves and the Criminal Law*, in ZSS, 1981, 98, p. 231 e I. RUGGIERO, *Ricerche sulle 'Pauli Sententiae'*, Milano, 2017, p. 233 ss.; L. GAROFALO, *Recensione* a L. MINIERI, 'Abactum animal', cit., p. 231, che mettono in luce la distinzione del trattamento punitivo riservato a *honestiores* e *humiliores*. Ancora sulla pena, cfr. V. NERI, *I marginali nell'occidente tardoantico. Poveri, 'infames' e criminali nella nascente società cristiana*, Bari, 1998, p. 344; S.D.W. LAFFERTY, *Law and Society in the Age of Theodoric the Great. A Study of the 'Edictum Theoderici'*, Cambridge, 2013, p. 71 e sul suo aggravamento in conseguenza della specie e della quantità di animali rubati, v. G. SPOSITO, 'Quattuor genera ... septem modis', cit., p. 105. Sull'applicazione dei «criteri interpretativi formulati dalla giurisprudenza: *quantitas*, *locus* e mezzo usato», cfr. M.A. DE DOMINICIS, *Rapporti tra «iudicium privatum» e «iudicium publicum» dal diritto classico a Giustiniano*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè, I. Rievocazioni. Filosofia e storia del diritto. Diritto romano*.

È ragionevole ritenere che si tratti di una recrudescenza conseguente all'insuccesso della politica criminale, giacché si assecondava una più mite sanzione nei confronti degli *abactores* che non fossero, per l'appunto, *atroces*⁶³. Non a caso, sif-

Storia delle idee, Milano, 1967, p. 251 ss., ma anche, in tempi più recenti, L. MINIERI, *'Abactum animal'*, cit., p. 123 s.

⁶³ Sul punto insiste M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 99 s., la quale precisa come il riferimento agli *atroces abactores* anziché agli *abactores* «semplici» fosse verosimilmente giustificabile alla luce della «iterazione nel tempo della condotta criminosa» e, non molto tempo dopo, anche L. MINIERI, *'Abactum animal'*, cit., p. 123 s., secondo cui l'espressione in parola sarebbe stata «elaborata per definire un preciso concetto giuridico e attribuendo ad essa un significato specifico». Tutto ciò, evidenzia lo studioso, non sarebbe stato privo di rilievo, ma avrebbe consentito di «creare, per così dire, una 'aggravante di una aggravante' e cioè un contenitore che accorpi tutti quei casi particolari di furto di bestiame che si distinguevano da esso per la loro particolare gravità». Va altresì osservato come C. RUSSO RUGGERI, *La rilevanza*, cit., p. 150, nt. 138 considerasse attinente alle «circostanze da cui dipendeva la qualificazione di *atroces*» certamente «la reiterazione nel tempo della stessa condotta criminosa, cioè, in buona sostanza, la considerazione di un passato già contrassegnato da una *consuetudo delinquendi*». Con riguardo a quest'ultimo aspetto – essendo la *consuetudo delinquendi* intimamente connessa, se non addirittura sovrapponibile, alla *vita antea* – cfr., G.F. FALCHI, *Diritto penale romano (dottrine generali)*, cit., p. 228 s. il quale, facendo perno sulla qualifica di «*atroces*» assunta dagli *abactores*, sostiene che in entrambe le ipotesi sarebbe stato possibile scorgere l'abigeato in forma aggravata. V. inoltre L. MINIERI e F. LUCREZI, *'Atroces abactores'*, in *SDHI*, 2015, 81, p. 106 s., i quali, dando seguito all'analisi di Isid. *etym.* 107, – ove «il termine *abactor* viene considerato come l'espressione tecnica, la dizione colta per indicare l'autore del furto di bestiame» – ravvisano una sorta di *trait d'union* tra i due frammenti, che sarebbe sfociata in «una definizione ormai matura di abigeato e alla, per così dire, compiuta autonomia della fattispecie di abigeato rispetto al furto (aggravato)». A ben vedere, si tratterebbe di una ricostruzione che avrebbe consentito di «tracciare un percorso che, passando per l'individuazione dei soggetti che compiono il reato e il progressivo distacco dell'abigeato dal furto, trova il suo punto di arrivo nella creazione, per così dire, di un autonomo reato aggravato rispetto ad uno più generico e copioso delitto precedente». Sarebbe dunque possibile riconoscere nella «figura degli *atroces abactores*, per così dire un'aggravante di un'aggravante» che trova la ragion d'essere, tra i vari elementi, nella recidiva. Presuppone, dunque, la persistenza di «questi criteri aggiuntivi» la definizione dell'abigeato aggravato, criteri che «non furono tali da determinare un nuovo autonomo reato ma soltanto un'aggravante dello stesso crimine». Più in generale sull'*atrocitas*, v. il recente saggio di M.L. BICCARI, *'Atrocitas'. Alle radici della teoria penalistica circa le aggravanti del reato*, in *Studi urbinati*, 2011, 62, p. 7 ss., a parere della quale la stessa nella quotidiana-

fatta qualifica, viene assunta dai ladri di bestiame che abbiano commesso il furto *saepius*, ossia – come si è già avuto modo di precisare in precedenza con riguardo a Call. 6 *de cogn.* D. 47.14.3.2 – spesso, con una certa frequenza⁶⁴. Questo avverbio denota una inclinazione del reo alla commissione reiterata, nel corso del tempo, del medesimo reato e consentiva al *iudex* di modulare discrezionalmente la pena. Il punto di vista esige alcune precisazioni circa la rilevanza del termine *saepius* e le conseguenze giuridiche da ricollegare all'impiego del medesimo⁶⁵. In primo luogo, mancando qualunque accenno a un previo provvedimento di condanna⁶⁶, a rilevare sarebbe il mero dato oggettivo⁶⁷ rimanendo, per converso, sullo sfondo la componente soggettiva della *voluntas* del reo⁶⁸.

nità coincide proprio «con il concetto di crudeltà particolarmente efferata», ricomprendendo al proprio interno qualsivoglia «atto, avvenimento atroce», cioè posto in essere in maniera violenta ed offensiva e che, proprio in ragione dei modi e delle circostanze in cui è commesso, suscita orrore e spavento, ovvero, di volta in volta, raccapriccio e pena indicibile, in quanto è straziante oltre ogni immaginazione» (p. 8).

⁶⁴ Sul punto, cfr. M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 100.

⁶⁵ Paiono in questo senso pienamente condivisibili le osservazioni avanzate da M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 100 s., che – con riferimento al termine '*saepius*' – allude alla generica «frequenza con la quale il singolo reo ha commesso il reato». Cosicché appare limitativo pensare che il passo si riferisse esclusivamente alla reiterazione del medesimo proposito criminoso – alla pari di quanto previsto in Coll. 11.7.1 – dato che, mentre la testimonianza da ultimo citata prevede espressamente al suo interno una delimitazione spaziale atta a circoscrivere la portata pratica del provvedimento – si sarebbe trattato, infatti, di un *rescriptum* predisposto dall'imperatore Adriano e rivolto al *concilium Baeticae* –, lo stesso non può dirsi per il passo pseudopaolino che parrebbe assumere una portata localmente generalizzata. In merito alla delimitazione temporale di Paul. Sent. 5.18.2, cfr. S. PIETRINI, *A proposito della sanzione*, cit., p. 469.

⁶⁶ È pur vero che M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 102, non esclude *tout court* che, dal tenore letterale del frammento, non potesse estrinsecarsi una allusione «anche alla ricaduta nel reato dopo una condanna».

⁶⁷ A tal proposito, M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 101, perviene ad annoverare, tra gli elementi necessari del fatto, «cosa è stato sottratto, in quale quantità, dove, come, per quante volte», ovvero sia dei criteri funzionali atti a fungere da guida nella valutazione discrezionale rimessa all'organo giudicante.

⁶⁸ L'elemento soggettivo è privo di rilievo anche in § 10 di D. 48.19.28. Sembra adottare un'interpretazione volta a evidenziare i riferimenti al solo elemento oggettivo del reato M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 102, secondo cui

Da ciò si può desumere che, per quanto non si possa far rientrare la ripetizione dell'abigeato nell'odierna recidiva (specificata)⁶⁹ per carenza di un elemento strutturale⁷⁰, al contempo la forma avverbiale 'saepius' sembrerebbe alludere tanto a un reato commesso per la prima volta, quanto a uno ripetuto nel tempo. Di per certo non pare comunque possibile spingersi sino a individuare una distinzione tra la reiterazione di reati della medesima o di diversa indole, ovvero ammettere la reiterazione dell'illecito – alla quale farebbe seguito il conseguente inasprimento sanzionatorio – anche in assenza di un precedente provvedimento condannatorio.

«quel che colpisce non è un tipo naturale o un tipo normativo di delinquente» dacché «non si considera l'inclinazione interna» del reo, bensì la reiterazione del medesimo illecito.

⁶⁹ Sul punto, v. F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, III, cit., p. 579 e p. 595. In argomento, cfr. anche la posizione di C. RUSSO RUGGERI, *Recensione* a M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 498 (*contra*, v. M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 102), che ammette la configurabilità dell'abitualità criminosa solo a seguito di un accertamento della «colpevolezza del reo»; accertamento che sarebbe stato provato giudizialmente con l'emissione «di precedenti sentenze di condanna, sulla cui base il giudice poteva appunto valutare l'*atrocitas* del comportamento del reo e infliggere le pene consequenziali» come diretto riflesso della persistenza nel crimine – dando così rilievo al termine *saepius* rinvenibile nel testo del frammento –. Per la Russo Ruggeri ben difficile risulta indagare la propensione all'abitualità nel reato se non alla luce di precedenti condanne, mentre per la Navarra l'aggravamento di pena in capo ai rei che '*saepius id faciunt*' apparirebbe verosimilmente possibile anche in assenza di un precedente provvedimento condannatorio, laddove «è solo 'la pluralità in sé di reati commessi nel tempo allo stesso titolo dalla medesima persona a denotare inequivocabilmente un'insistenza delittuosa rivelatrice di una maggiore pericolosità riflessa nella qualifica di *atrox abactor*'».

⁷⁰ Circa la commistione tra la recidiva e istituti giuridici attigui, cfr. F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, III, cit., p. 594 s., a parere del quale l'«insistenza nel comportamento illecito» avrebbe determinato il perfezionarsi del reato continuato, con conseguenti ricadute proprio sulla variazione della pena. Non a caso lo studioso considera i rei «puniti *extra ordinem* a pena piuttosto severa nel caso di continuazione».

5. *Libertus ingratus*

In relazione all'ingratitude reiterata del *libertus* nei confronti del proprio *dominus*, appare opportuno prendere le mosse da un passo ulpiano, collocato nel nono libro del *de officio proconsulis*, attinente alle querele avanzate dai patroni contro i liberti irrispettosi nei loro riguardi, ossia:

Ulp. 9 *de off. procons.* D. 37.14.1: *Patronorum querellas adversus libertos praesides audire et non translaticie exsequi debent, cum, si ingratus libertus sit, non impune ferre eum oporteat. sed si quidem inofficiosus patrono patronae liberisve eorum sit, tantummodo castigari eum sub comminatione aliqua severitatis non defuturae, si rursus causam querellae praebuerit, et dimitti oportet. enimvero si contumeliam fecit aut convicium eis dixit, etiam in exilium temporale dari debet: quod si manus intulit, in metallum dandus erit: idem et si calumniam aliquam eis instruxit vel delatorem subornavit vel quam causam adversus eos temptavit.*

Dal testo emerge un graduato sistema di pene predisposto nei confronti del *libertus* che avesse assunto un comportamento ingrato – dispiegato nella fonte in diverse declinazioni – nei confronti del proprio *dominus*.

Infatti, Ulpiano fa cenno alla presentazione di una querela⁷¹ da parte dei patroni contro i liberti che non deve rimanere impunita, ma deve essere ascoltata e valutata accuratamente dai *praesides*, giacché non dovrebbe tollerarsi impunemente che il liberto sia ingrato nei confronti del proprio *dominus*. Nel seguito, si afferma che se il liberto è solo meno servizievole nei riguardi del patrono, di sua moglie o dei figli, allora dovrà essere punito più moderatamente.

Il giureconsulto, quindi, prendendo le mosse dall'elencazione dei casi integranti ingratitude del liberto *adversus* il

⁷¹ Sul vocabolo 'querella' nel corso del Principato e, in particolare nel caso di specie, v. G. ZANON, *Le strutture accusatorie della 'cognitio extra ordinem' nel principato*, Padova, 1998, p. 44 s., nt. 3, ove la studiosa rinviene già nei testi di età classica le primigenie allusioni all'«azione o» a «un'accusa che si contrappone all'ordinaria in quanto priva di determinate solennità o, addirittura, della forma scritta», sebbene nella fonte il riferimento sia all'accusa orale.

suo *patronus*, inizia proprio da quello meno grave e muove dal presupposto secondo cui il *libertus inofficiosus* sarebbe stato punito – nel caso in cui fosse venuto meno all'*officium* nei confronti di *patrono* – con la sola castigazione, sebbene venisse avvertito che, in caso di reiterazione, non andrà esente da pena. Se, poi, questi avesse insultato o offeso verbalmente il *patrono*, la moglie o i figli, la sanzione sarebbe stata l'*exilium temporale*. Infine, se avesse alzato le mani contro di loro, in caso di *calumnia*, di corruzione di un delatore o, ancora, di avanzamento di una qualunque accusa nei loro confronti, la pena sarebbe stata la *damnatio in metallum*.

Da ciò si evince come Ulpiano avesse avuto di mira l'aggravamento del trattamento punitivo, al fine di rendendo equo e conforme al tenore della violazione perpetrata, avuto riguardo di valutare la lesione arrecata alla persona offesa⁷², alla luce di «fatti, che sono oggetto di meri provvedimenti di polizia»⁷³ e che, dunque, soddisfano «una finalità disciplinare»⁷⁴.

Sul punto si potrebbe andare oltre: infatti, non si deve scordare come il passo si inserisca nella cornice della *cognitio extra ordinem*, che avrebbe consentito al giudice di definire, in modo discrezionale, la pena da applicare al caso concreto. Dunque, l'esito sarebbe stato scontato: tale facoltà attribuita al giudicante avrebbe permesso di riconoscere un mutato contesto rispetto al previgente sistema delle *quaestiones perpetuae* e, sebbene non si possa propriamente parlare di reci-

⁷² Sembra propendere per la «proporzione della sanzione alla gravità della violazione» M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 79, la quale individua – alla luce dell'esegesi testuale del brano – «un sistema repressivo di crescente afflizione che giunge fino alla possibilità di comminare la pena del *metallum* con conseguente *servitus poenae* del condannato». Dello stesso avviso erano, in tempi meno recenti, J. SANTA CRUZ, *Algunas referencias juridicas de los escritos de Sèneca*, in *Studi in onore di G. Grosso*, I, 1968, p. 227 s.; A. WILINSKI, *Intorno all'«accusatio» e «revocatio in servitutum» del liberto ingrato*, in *Studi in onore di E. Volterra*, II, 1971, p. 561 e nt. 10; C. MANNING, 'Actio ingrati' (Seneca, 'De benef.' 3, 6-17: a contribution to contemporary debate?), in *SDHI*, 1986, 52, p. 70 e E. PÓLAY, 'Iniuria extra ordinem', in *Labeo*, 1986, 32, p. 321.

⁷³ C. FERRINI, *Diritto penale romano: esposizione*, cit., p. 132.

⁷⁴ M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 81 e, in tempi più recenti, A. MANNI, *D. 48.19.28.3 (Call. 6 'de cogn.) e la sanzione dei recidivi*, in *Index*, 2019, 47, p. 362.

diva, nondimeno si può riconoscere in capo al giudice il potere di aggravare, in caso di ricaduta nel medesimo reato, il trattamento sanzionatorio⁷⁵.

Il giurista, per quanto di nostro interesse, si riferisce all'ipotesi in cui il *patronus* presenti una successiva accusa nei confronti del liberto *inofficiosus* e l'esito pare essere congruente con il quadro delineato, giacché l'inasprimento punitivo sarebbe conseguito alla ricaduta nel medesimo reato. Sicché, proprio il riferimento alla causa che viene instaurata *rursum*⁷⁶ farebbe pensare a una reiterazione nel proposito criminoso⁷⁷. Si potrebbe andare oltre: il giureconsulto sembrava alludere a una funzione preventiva della pena laddove, se così non fosse, il riferimento all'avverbio '*rursum*' perderebbe di significato. Si tratterebbe di una funzione preventiva atta a scongiurare la ricaduta nel medesimo reato e, di conseguenza, volta a inibire ogni proposito delinquenziale. Ma accanto a questa, ci sarebbe spazio anche per una funzione emendatrice della pena, dato che il *libertus inofficiosus* veniva minacciato di subire un male ulteriore e futuro che si voleva evitare senza dimenticare che, allo stesso tempo, veniva rilasciato con chiaro intento correttivo⁷⁸.

⁷⁵ Così M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 191.

⁷⁶ Cfr., a tal proposito, l'argomentazione spesa da A. ANDREOTTI, voce *Recidiva*, cit., p. 283.

⁷⁷ Sembrano deporre a favore dell'individuazione in D. 37.14.1 di una testimonianza esplicita di recidiva, TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 1044, nt. 6; ID., *Le droit pénal*, III, cit., p. 406, nt. 2; V. MANZINI, *Trattato*, II, cit., p. 667, nt. 5; C. FERRINI, *Diritto penale romano: esposizione*, cit., p. 132 e M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 81 e p. 105 s.

⁷⁸ La constatazione è di M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 80, ad avviso della quale la fustigazione «vale come monito, un avvertimento che, unitamente alla minaccia di un male maggiore, è finalizzato a correggere il liberto, che dopo aver subito la *castigatio* sarà rilasciato, e con ciò prevenire la ricaduta nell'illecita condotta».

6. Iuvenes turbulentes

Non dissimile dal frammento ulpiano appena analizzato è un passo di Callistrato che delinea i confini dell'aggravamento di pena a seguito di perseveranza nel medesimo proposito delinquenziale:

Call. 6 *de cogn.* D. 48.19.28.3: *Solent quidam, qui volgo se iuvenes appellant, in quibusdam civitatibus turbulentis se adclamationibus popularium accommodare. qui si amplius caesi dimittuntur aut etiam spectaculis eis interdicitur. quod si ita correcti in eisdem deprehendantur, exilio puniendi sunt, nonnumquam capite plectendi, scilicet⁷⁹ cum saepius seditiose et turbulente se gesserint et aliquotiens adprehensi tractati clementius in eadem temeritate propositi perseveraverint.*

Il brano si riferisce ai *iuvenes turbulentes*⁸⁰ che sono soliti

⁷⁹ Cfr. U. BRASIELLO, *La repressione penale*, cit., p. 225, nt. 25, il quale sostiene che da 'scilicet' in poi il brano sia una glossa.

⁸⁰ Per quanto attiene all'individuazione dei soggetti ricompresi nella categoria di 'qui volgo se iuvenes appellant', necessitano di essere ricordate le due diverse dottrinali confluite in R. LAURENDI, *Riflessioni sul fenomeno associativo in diritto romano. I 'collegia iuvenum' tra documentazione epigrafica e giurisprudenza: Callistrato 'de cognitionibus' D. 48.19.28.3*, in AUPA, 2016, 59, p. 266 ss. A tal riguardo, secondo un primo filone esegetico, i *iuvenes* sarebbero stati assimilati ai membri dei *collegia iuvenum* mentre, secondo l'altra linea interpretativa, gli stessi «indebitamente utilizzavano l'appellativo proprio di associati nel sodalizio». Prendendo le mosse da quest'ultimo rilievo è necessario ricordare le riflessioni condotte da M. VANZETTI, «*Iuvenes*» *turbolenti*, in *La-beo*, 1974, 20, p. 77 ss., la quale osserva come questi non potessero essere considerati membri delle associazioni giovanili in quanto, a suo avviso, «un'attenta lettura del testo farebbe propendere per una risposta negativa basata su due motivi: uno formale e l'altro sostanziale». In relazione al primo rilievo, l'espressione di cui si è avvalso il giureconsulto mal si concilierebbe con riguardo «a persone che portavano quel titolo ufficialmente, per lunga consuetudine». Il secondo elemento, invece, attiene a dei profili prettamente sanzionatori e punitivi. Si badi che la studiosa individua, in età imperiale, l'utilizzo del termine «*iuvenis*, oltre che nel suo significato generale» anche nell'accezione più ristretta e riferita a «colui che appartiene a un *sodalicium iuvenum*, cioè a uno di quei gruppi, favoriti e sviluppati da Augusto, che tendono con la loro organizzazione a preparare, fin dalla più giovane età, i quadri della classe dirigente dell'Impero». A tale evenienza fa cenno altresì T. SPAGNUOLO VIGORITA, *I senatori nel Principato di Massimino* (K.H. DIETZ, *'Senatus contra principem'*

prendere parte – *accomodare* si legge nel frammento⁸¹ – a tu-

Untersuchungen zur senatorischen Opposition gegen Kaiser Maximinus Thrax), in *Labeo*, 1982, 28, p. 208, nt. 16, il quale osserva che «il dubbio che non si tratti propriamente di collegi di *iuvenes* resta» e pare essere suffragato dall'utilizzo del termine '*volgo*' che può «significare 'comunemente' senza sfumatura peggiorativa», anche se considerare «*appellant* invece di *appellantur*» come «un grecismo non è credibile». Interessante in argomento è anche la riflessione condotta da S. RANDAZZO, «*Collegia iuvenum*», cit., p. 208, il quale allude a un utilizzo promiscuo della denominazione, laddove asserisce che gli *iuvenes* si sarebbero vi si sarebbero avvalsi «quasi a fregiare se stessi e la propria convelticola di un appellativo altisonante, derivante dall'appartenenza ad un *collegium splendidissimum* di *iuvenes*, ma impropriamente utilizzato». Si interrogano sul tema anche V. MAROTTA, *Conflitti politici e governo provinciale, in Politica e partecipazione nelle città dell'Impero romano*, a cura di F. AMARELLI, Roma, 2005, p. 145 s.; E. FRANCIOSI, '*Athletae*', '*agitatores*', '*venatores*'. *Aspetti del fenomeno sportivo nella legislazione postclassica e giustiniana*, Torino, 2012, p. 113 s., che assimila i *iuvenes turbolentes* dei primi tre secoli dell'impero ai «gruppi organizzati in associazioni dedicate all'atletica o ad altri sport, che, riservate dapprima ai praticanti, divennero in progresso di tempo *club* di sostenitori» i quali ben presto diedero vita a «manifestazioni di irrazionalità come risse, disordini o vandalismi»; M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 82 s., la quale sostiene come «il sospetto che non si tratti di appartenenti a organizzazioni di *iuvenes* è tutt'altro che infondato» laddove la locuzione farebbe «pensare ad una sorta di posticcia auto denominazione». Necessita poi di essere ricordato A. MANNI, *D. 48.19.28.3 (Call. 6 'de cogn.)*, cit., p. 354, secondo cui, nel testo «non si parla di *iuvenes tout court*, ma si specifica che sono persone che *volgo* si danno tale appellativo». Mi pare che le conclusioni degli autori possano essere pienamente condivise, laddove il frammento – dando rilievo all'avverbio '*volgo*' che deve essere inteso come sinonimo di «abituamente» e alla forma verbale «*appellant*» – parrebbe propendere, riprendendo una terminologia adoperata dalla Navarra, a favore di una «sorta di posticcia auto denominazione», giacché della stessa si sarebbero avvalsi indebitamente. Ancora sulla disamina dell'espressione '*vulgo*' si sofferma, seppur in tempi meno recenti e incidentalmente anche con riguardo al passo di nostro interesse, T. MAYER-MALY, «*Vulgo* und *Vulgarismus*», in *Labeo*, 1960, 6, p. 13 s. Da ultimo, considera i *iuvenes turbolentes* appartenenti al mondo degli spettacoli pubblici, dei *ludi* circensi S. PULIATTI, *Callistratus*, cit., p. 288. Deporrebbe, per converso, a favore dell'assimilazione dei *iuvenes* ai membri dei «*collegia iuvenum*», dubbiosamente R. BONINI, *I libri 'de cognitionibus'*, cit., p. 101, nt. 67, il quale ritiene solo «probabile che il giurista» volesse «riferirsi ad aspetti degenerativi dell'attività di associazioni giovanili del tipo dei *collegia iuvenum*» e, così argomentando, allude a «un'autodenominazione degli stessi gruppi sediziosi» e certamente L. CRACCO RUGGINI, *Le associazioni professionali nel mondo romano-bizantino, in Artigianato e tecnica nella società dell'alto medioevo occidentale. XVIII Settimana di studio del Centro italiano di studi sull'alto Medioevo (Spoleto, 2-8 aprile 1970)*, Spoleto, 1971, I, p. 90, nt. 82 e p. 99 s.

⁸¹ Il significato attribuito da Callistrato al verbo '*accomodare*' è stato discusso da V. MAROTTA, *Conflitti*, cit., p. 146, rilevando l'autore che tale forma

multi e sedizioni⁸² giovandosi delle *adclamationes* nei pubblici spettacoli. Si tratterebbe, di bande composte da giovani – così, infatti, sembra evincersi dal tenore letterale del passo che allude a partecipanti che vengono comunemente (e forse impropriamente) chiamati *iuvenes*⁸³ – che, in alcune città, si uniscono in tumulti popolari e che, se non sono mai stati in precedenza ammoniti da parte del governatore delle province – si sarebbe dinanzi, dunque, a una prima violazione – vengono fustigati e poi rilasciati ovvero viene impedito loro l'accesso ai pubblici spettacoli. Ma questo è vero '*si amplius nihil admiserint*', ovvero sia se i *iuvenes* non si fossero resi autori di un più grave misfatto⁸⁴.

verbale poteva «alludere al semplice associarsi a un'iniziativa altrui» trattandosi, dunque, di una mera adesione passiva. Ma ecco che, dal tenore e dal contesto in cui il verbo è inserito si può intravedere una qualche forma di partecipazione attiva al sodalizio criminale alla luce del fatto che – come in seguito avrebbe ricordato anche il Manni – pare ergersi come maggiormente conforme al quadro proposto una «pronta e accondiscendente risposta alle voci e alle grida provenienti dai settori del teatro o dell'anfiteatro occupati dal *populus*». Non dissimili paiono essere le conclusioni formulate da M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 84 s., secondo cui «le condotte in questione dovevano consistere nel partecipare a tumulti – forse persino nel provocarli, o almeno, nell'alimentarli – in occasione di *adclamationes* negli spettacoli pubblici» e da R. LAURENDI, *Riflessioni*, cit., p. 279, la quale ritiene evidente come tale forma verbale non potesse che essere intesa nel senso che i *iuvenes turbulentes* «non fossero all'origine della sedizione, ma se ne fossero fatti trascinare». Necessita infine di essere ricordata la posizione assunta da A. MANNI, *D. 48.19.28.3 (Call. 6 'de cogn.)*, cit., p. 350 ss., laddove lo studioso ravvisa «la colpa» dei *iuvenes turbulentes* proprio nell'essersi fatti «trascinare» dai *populares* e, così facendo, gli stessi in qualche modo «amplificano la portata del comportamento dei *populares*, alimentandolo e consentendogli di fuoriuscire dai confini degli strati più bassi della popolazione e di dilagare anche tra altri gruppi».

⁸² Sulle sedizioni e sui tumulti di cui parla Callistrato si è soffermato U. BRASIELLO, *La repressione penale*, cit., p. 225, il quale considera «da espressione '*seditiose*' adoperata incidentalmente».

⁸³ Dubbi sul fatto che i partecipanti ai tumulti e alle sedizioni popolari fossero effettivamente dei giovani vengono avanzati da T. MAYER-MALY, «*Vulgo*», cit., p. 13, nt. 30; M. VANZETTI, «*Iuvenes*», cit., p. 79, la quale lo esclude recisamente e, in tempi recenziatori, da C. CASCIONE, «*Verberabilissime*», in *Index*, 1997, 25, p. 474.

⁸⁴ Cfr. T. GATTI, *L'imputabilità*, cit., p. 445 s., a parere del quale nel passo si potrebbero scorgersi tracce di abitualità criminosa. Pare condivisibile la riflessione condotta sul punto da M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 85, la quale asserisce che l'interdizione dai pubblici spettacoli «si può immaginare che ve-

Se, poi, gli stessi avessero perseverato nell'illecito rendendosi rei di un'altra violazione, allora avrebbero dovuto soggiacere alla *poena* dell'*exilium*. Si sarebbe trattato, però, di un caso alquanto singolare, dato che a questa sanzione sarebbero stati sottoposti coloro che fossero ricaduti nel reato.

Nel prosieguo del brano, Callistrato allude alla *poena capitis* da applicare nei confronti dei rei nuovamente recidivi. Un trattamento così gravoso sarebbe stato giustificato dal fatto che, sebbene in passato fossero stati arrestati e trattati con benevolenza, avrebbero perseverato nella stessa incoscienza del loro proposito.

Due paiono dunque essere gli elementi di rilievo: in primo luogo, il differente trattamento sanzionatorio applicabile al recidivo a seconda che si trattasse di una prima o di una successiva reiterazione nel medesimo illecito e, in secondo luogo, lo stretto rapporto tra le misure di polizia (applicabili in caso di prima violazione) e la loro sostituzione con le pene (nelle ipotesi di recidiva semplice o reiterata).

Con riguardo a quest'ultimo aspetto, dunque, il brano pare riconducibile alle misure di polizia⁸⁵ nell'ipotesi di una prima trasgressione, situazione che comportava l'applicazione nei confronti del reo della sola pena corporale (*fustigatio*) ovvero dell'interdizione dai pubblici spettacoli. In caso di prima reiterazione nell'illecito, il recidivo avrebbe subito, invece, la più aspra pena dell'*exilium* che sarebbe stata ulteriormente aggravata in caso di recidivo che '*saepius*' fosse ricaduto nel reato. In questa ipotesi, infatti, la *poena* assumerebbe le vesti del supplizio capitale⁸⁶. Da ciò si evince come il giureconsulto nel frammento alludesse a un mutamento della pena che da mero

nisse di regola inflitta sia per accrescere la carica affittiva della punizione sia per evitare ulteriori occasioni di turbamento della quiete pubblica». Si veda altresì A. MANNI, *D. 48.19.28.3 (Call. 6 'de cogn.'*), cit., p. 361, il quale – riferendosi a coloro i quali *amplius commiserit* – sostiene che «l'apparato sanzionatorio in D. 48.19.28.3 non trovi applicazione e gli «scalmanati» debbano essere sottoposti alle misure previste per il reato più grave».

⁸⁵ Alle misure di polizia si riferiscono anche Ulp. *9 de off. procons.* D. 37.14.1 e Paul. Sent. 5.21.1.

⁸⁶ Alla necessità di essere «colti in flagranza degli stessi reati» alludeva R. LAURENDI, *Riflessioni*, cit., p. 266.

provvedimento dotato di finalità disciplinare sarebbe divenuta una sanzione affittiva e, come tale, assorbita nell'area del penalmente rilevante⁸⁷.

⁸⁷ Tale aspetto è stato oggetto di approfondimento da parte di diversi studiosi, tra cui C. FERRINI, *Diritto penale romano: teorie*, cit., p. 320 s., a parere del quale il frammento attiene a quei casi in cui «ciò che la prima volta è punito con pene disciplinari o di polizia è punito nelle successive ricadute come un vero delitto», riuscendo lo studioso (Id., *Diritto penale romano: esposizione*, cit., p. 132 e nt. 3) altresì a rilevare come mentre «gli autori di disordini, dimostrazioni e tumulti», in caso di prima trasgressione, sarebbero stati sanzionati sul piano affittivo, in caso di recidiva semplice, sarebbero stati perseguiti in sede penale e, ancora, nell'ipotesi di «recidiva iterata» la sanzione avrebbe addirittura assunto le forme della *poena capitis*. Si vedano, inoltre, V. MANZINI, *Trattato*, II, cit., p. 667 s. e nt. 5, il quale si sofferma sull'aggravamento che sarebbe conseguito alla perseveranza nell'illecito; F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, III, cit., p. 575, che allude a una repressione connotata dalla vigenza di «provvedimenti speciali a cavallo tra la repressione penale vera e propria e l'attività di polizia» e R. BONINI, *I libri 'de cognitionibus'*, cit., p. 101, a parere del quale nel frammento si potrebbero scorgere «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». Cfr., altresì, M. VANZETTI, *Juvenes*, cit., p. 79, la quale fa cenno all'applicazione delle misure di polizia che, in caso di reiterazione del reato, avrebbero dovuto lasciare spazio alle «vere pene, sempre più pesanti, in relazione al grado della recidiva stessa» e V. MAROTTA, *Conflitti*, cit., p. 146, che, interrogandosi «sulla configurazione della pena in caso di recidiva» si fa latore di una riflessione volta a stigmatizzare «in un primo momento» una «causa di passaggio dalle misure di polizia alle pene vere e proprie» e, «in un secondo momento, qualora sia reiterata», ravvisa «l'aggravamento della pena». Necessita di essere ricordata, con riguardo a questo aspetto, la puntualizzazione ascrivibile a S. RANDAZZO, «*Collegia iuvenum*», cit., p. 207; Id., *Note*, cit., p. 206 s., il quale nega che la testimonianza potesse alludere «ad un comportamento che configuri *crimen* associativo vero e proprio» sicché, secondo l'autore, «siamo invece di fronte all'applicazione di normali misure di polizia che possono eventualmente essere sostituite, nei casi più gravi e pericolosi, da incisive sanzioni penali». Lo studioso farebbe così discendere dalla particolare gravità della reiterazione e dalle conseguenti sanzioni predisposte al fine di arginare il dilagare della delinquenza la «più grave fattispecie del delitto *extra ordinem* di 'sedizione' vera e propria», facendo propria una riflessione condotta in precedenza da TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 563, nt. 7; Id., *Le droit pénal romain*, II, traduzione francese J. Duquesne, Paris, 1907, p. 264, nt. 3. A parere del Randazzo, la reiterazione nell'illecito sarebbe stata strumento idoneo «a provocare un ampio e generalizzato allarme sociale» sicché, «costituendo la *seditio* un ben più grave pericolo per l'ordine pubblico», il timore sarebbe stato insito nella possibilità – anche solo paventata e astratta – di procacciarsi «le simpatie di ampie

Ecco che la testimonianza di Callistrato e quella ulpiana precedentemente analizzata sembrano analoghe: in entrambi i casi, infatti, la prima violazione viene sanzionata meno aspramente rispetto al perseverare nell'illecito, anche in conseguenza del fatto che, nella prima ipotesi, il comportamento sarebbe rientrato nell'area del mero illecito disciplinare, mentre la ricaduta (la prima e le successive) sarebbero state trattate nella sfera del penalmente rilevante. A ben vedere, però, il passo di Callistrato va oltre. Il giureconsulto, infatti, non si limita a differenziare la prima violazione dalla reiterazione del reato, ma nel *genus* recidiva individua delle *species* (fondate sulla prima o sulla successiva reiterazione)⁸⁸.

fasce popolari, diffondendo la sedizione ed indirizzandola verso sbocchi gravi e politicamente incontrollabili» giovandosi, in tal modo, «del favore ottenuto nei giochi» al fine di «affermarsi nella vita politica». Sebbene non possa essere messa in discussione la bontà della riflessione condotta, pare necessario richiamare anche le indagini di U. BRASIELLO, *La repressione penale*, cit., p. 244 s. e, in tempi più recenti, di A. MANNI, *D. 48.19.28.3 (Call. 6 'de cogn.')*, cit., p. 356 s., a parere dei quali «a parte l'espressione *seditione* adoperata incidentalmente, non vi è nessun accenno ad una sedizione vera e propria», per quanto quest'ultimo condividesse il «grave allarme sociale» che talvolta sarebbe potuto «degenerare in scontri destabilizzanti e rivolte sanguinose». Si veda, infine, M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 111 s., la quale approfondisce il riferimento alle «misure di polizia» come strumenti disciplinari, di carattere amministrativo, ai quali avrebbe fatto seguito, in caso di esito negativo, l'adozione di provvedimenti di natura affittiva. A tal riguardo, è verosimile propendere per la configurazione della recidiva, giacché la studiosa ravvisa una «concezione unitaria dei modelli della persecuzione pubblica».

⁸⁸ Fanno cenno alla recidiva semplice e a quella aggravata, R. BONINI, *I libri 'de cognitionibus'*, cit., p. 101; C. FERRINI, *Diritto penale romano: teorie*, cit., p. 320 s.; Id., *Diritto penale romano: esposizione*, cit., p. 132; V. MAROTTA, *Conflicti*, cit., p. 146; M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 87 e S. PULIATTI, *Callistratus*, cit., p. 288 s. *Contra*, S. RANDAZZO, «*Collegia iuvenum*», cit., p. 206, nt. 26 (per una dimensione generalizzata e non relativa al singolo passo in esame, v. anche Id., *'Notae'*, cit., p. 460), a parere del quale a Roma non vi sarebbe stata traccia, neppure in forma abbozzata, della recidiva e che, anche se si volesse «parlare di recidiva per la situazione descritta da Callistrato» si fanno comunque strada «seri problemi di rapportabilità teorica rispetto a come il moderno concetto di recidiva appare configurato». Accogliendo questa linea di pensiero, dunque, si finirebbe per ammettere che il giureconsulto avesse voluto alludere a «una misura *'ad personam'*, legata cioè alla personalità del reo che viene ritenuto meritevole di inasprimento di pena nel caso in cui reiteri un comportamento 'comunque' criminoso ... sviluppando un più coerente regime di

Volgendo, infine, lo sguardo alla discrezionalità propria del giudicante – in questo caso del governatore delle province – si può notare come, in modo non dissimile dal passo ulpiano, venga in luce l'elasticità della pena propria della *cognitio extra ordinem*⁸⁹. Il profilo relativo all'individuazione della sanzione in concreto irrogabile pare essere intimamente connesso con quello relativo alla funzione della pena. Proprio in conseguenza di siffatto accostamento si può sostenere che, nell'alveo della discrezionalità garantita al *praeses* di adottare più volte un trattamento benevolo nei riguardi dei *iuvenes turbulentes*, il delinquente, seppur recidivo, avrebbe potuto godere di una sanzione più o meno aspra a seconda della *clementia* del governatore⁹⁰. L'esito sarebbe stato a questo punto scontato: il recidivo sarebbe stato sottoposto a un trattamento più blando qualora fosse stato possibile intravedere un suo ravvedimento, mentre, al contrario, la sanzione sarebbe stata più forte nel caso in cui fosse parso incorreggibile⁹¹.

imputazione 'personale' della recidiva, intesa come 'Lebensfuehrungsschuld', colpa per tutte la vita».

⁸⁹ Quanto alla repressione *extra ordinem* con riguardo al caso di specie, cfr. U. BRASIELLO, *La repressione penale*, cit., p. 224 s., il quale allude a una «procedura che si svolge, per così dire, bonariamente».

⁹⁰ Come ha correttamente osservato M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 88, il sostantivo «*clementia*» designa «non un criterio astratto ma pratico» ed essendo deputato a garantire la «correzione del reo» avrebbe garantito la realizzazione di una funzione di «prevenzione (speciale) dei crimini». Si noti come la ricostruzione prospettata da S. SOLAZZI, *Miscellanea*, in *AG*, 1925, 94, p. 70 s., consenta di qualificare «*tractati clementius*» come «un glossema». La sua trattazione pare reggersi sulla premessa che «colpisce la forma '*adprehensi tractati*'; ma anche la sostanza è censurabile, perché il fatto che siano disposte pene crescenti contro i recidivi non implica che i *iuvenes* siano 'trattati più clementemente' di quello che esigerebbe la gravità delle mancanze commesse». Cfr., sul punto, altresì S. RANDAZZO, «*Collegia iuvenum*», cit., p. 205, nt. 25, a parere del quale «la motivazione sostanziale della critica di Solazzi» apparirebbe «un pò troppo formalistica».

⁹¹ Un'intuizione in tal senso si intravede nella disamina proposta da S. RANDAZZO, *Note*, cit., p. 207, il quale, appurata la discrezionalità di cui godrebbe il *praeses* in sede di comminazione della pena, asserisce che sarebbe stato necessario serbare «un differente atteggiamento verso chi semplicemente si sia lasciato trascinare dal clamore, creando disordini» rispetto a chi, al contrario, si sia reso «col suo comportamento perseverante» nuovamente reo. A tale distinzione si accompagna una chiara consapevolezza dei riflessi preor-

Dal frammento di Callistrato si possono dunque intravedere degli spiragli che sembrano alludere a una funzione emendatrice, rieducativa e correttiva della pena⁹². Due sono gli elementi degni di nota, uno oggettivo e strutturale, l'altro soggettivo⁹³: quanto al primo, la comminazione in concreto della pena (e della sua gravità) si rinviene nel «numero di ricadute»⁹⁴ trattandosi di valutare, in tal senso, più benignamente il delinquente primario o il recidivo – che sia soltanto *bis* – rispetto a colui il quale abbia commesso più volte il medesimo reato⁹⁵. Il secondo profilo va invece scorto nella rivalutazione (discrezionale) di colui che sia ricaduto nella commissione del reato; situazione che denota il fallimento delle precedenti correzioni

dinati ad articolare compiutamente il ragionamento, laddove nota che «i primi, una volta catturati, saranno *tractati clementius*, mentre gli altri che *cum saepius seditiose se gesserint*, saranno puniti con sanzioni diverse» e calibrate sulla base della «loro perseveranza recidivante nel delinquere». È pur vero, come rilevato da R. LAURENDI, *Riflessioni*, cit., p. 266, che i *iuvenes* che siano stati ammoniti hanno perseverato «negli stessi temerari comportamenti» daché, come ben evidenzia A. MANNI, *D. 48.19.28.3 (Call. 6 'de cogn.)*, cit., p. 361, la loro violazione non sarebbe stata riferibile a «precedenti penali di ordine pubblico», bensì avrebbe riguardato «soggetti che hanno più specificamente ricevuto un richiamo o una lieve sanzione dalla funzione emendativa collegata a comportamenti turbolenti dello stesso genere».

⁹² A tale funzione sembra alludere A. WACKE, *Le finalità della sanzione penale nelle fonti romane*, in *Index*, 2009, 37, p. 148, il quale asserisce che si sarebbe trattato di una finalità «svilupata nelle fonti in minore misura» e che «rimaneva solamente per la piccola criminalità».

⁹³ Al contrario, l'elemento soggettivo non avrà alcun rilievo nel § 10 di D. 48.19.28.

⁹⁴ Così M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 88, per la quale «chi ricade nello stesso comportamento punibile deve subire un trattamento più severo e ancor più chi vi ricade più volte», assodato come – nella discrezionalità di cui godeva il *praedes* – un maggior numero di violazioni avrebbe inevitabilmente comportato che «più la sanzione alla fine risulterà grave».

⁹⁵ Pare possa essere condivisa siffatta precisazione condotta A. MANNI, *D. 48.19.28.3 (Call. 6 'de cogn.)*, cit., p. 362, il quale, entro questa prospettiva, percepisce nella sussistenza di entrambi gli elementi oggettivi il carattere essenziale e ineludibile al fine di considerare integrati «i fattori di variazione della sanzione». Di diverso avviso pare essere, invece, M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 88, la cui riflessione avrebbe prodotto risultanti aberranti laddove, dando risalto alla sola «gravità del fatto», oscurava la perseveranza nell'illecito, così da considerare quest'ultimo elemento privo di rilievo alla luce del fatto che, a suo avviso, si tratterebbe del medesimo comportamento illecito.

e, a cascata, del sistema criminale⁹⁶. Infatti, proprio del *perseverare* nel *propositum* imprudente⁹⁷ discende l'incorreggibilità che darebbe spazio all'applicazione discrezionale della massima pena, ossia della *poena capitis*⁹⁸.

7. *Grassatores e latrones*

Dal sesto libro di Callistrato *de cognitionibus* si trarrebbero indizi favorevoli all'emersione di figure particolari di reiterazione del reato, parzialmente assimilabili all'odierna recidiva, ma svincolate dalla precedente *damnatio* o, quantomeno, da pregresse sanzioni.

Prova di quanto esposto si sarebbe resa esplicita in:

⁹⁶ È pur vero, come rilevato da C. FERRINI, *Diritto penale romano: teorie*, cit., p. 77 ss.; Id., *Diritto penale romano: esposizione*, cit., p. 40 ss. e da M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 90 s., che all'epoca di Adriano si avrebbe assistito al tramonto dell'elemento oggettivo del reato, il quale sarebbe stato soppiantato dalla rilevanza della dimensione soggettiva dell'illecito. Tale emersione, mi pare, che ben si possa conformare alla dimensione valutativa discrezionale dell'organo giudicante.

⁹⁷ Cfr., sul punto, le valutazioni di C. FERRINI, *Diritto penale romano: teorie*, cit., p. 92, cui ha sostanzialmente aderito, in progresso di tempo, M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 89 s. Il Ferrini, infatti, inquadra la «*temeritas propositi*» nel «cattivo istituto di vita, la cattiva condotta» in quanto, a suo avviso, «coll'endiade *voluntas et propositum*» – che egli sapientemente accosta al *dolo malo*, alla *sciens et prudens* e alla *sciens dolo malo* – «s'intende denotare il contenuto della volontà stessa, l'intenzione concreta del delinquente» alludendo, dunque, a un proposito attinente alla dimensione soggettiva, ovvero sia l'«animo del delinquente». La studiosa, ritenendo plausibile la riflessione condotta sul tema – laddove insiste sulla «temerità, avventatezza, sconsideratezza, imprudenza» –, a siffatta considerazione aggiunge un elemento in più, vale a dire la necessaria sussistenza di una «volontà delle azioni».

⁹⁸ In proposito, è opportuno segnalare come M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 88, constatasse l'esistenza di due elementi degni di rilievo, giacché avrebbe alluso tanto alla valutazione discrezionale del *praeses* come «strumento tecnico», ma anche, al contempo, avrebbe fatto cenno al fallimento della politica criminale. A quest'ultima avrebbe riconosciuto, come contrappeso, la finalità emendatrice della pena, dacché avrebbe individuato proprio nell'inasprimento del trattamento punitivo in capo al recidivo lo «strumento giuridico per contrastare la criminalità». Sulla recidiva reiterata e la *poena capitis* v. S. PULIATTI, *Callistratus*, cit., p. 289.

Call. 6 *de cogn.* D. 48.19.28.10: *et si cum ferro adgredi et spoliare instituerunt, capite puniuntur, utique si saepius atque in itineribus hoc admiserunt: ceteri in metallum dantur vel in insulas relegantur.*

Nell'inizio del frammento si accenna alla repressione garantita nei confronti di *grassatores* e *latrones*⁹⁹, ma è il prosieguo del passo a meritare attenzione, laddove si afferma che i *grassatores* – e, in particolare, i *grassatores* che attaccano con le armi per i loro assalti¹⁰⁰ – sono puniti con la *poena capitis* se lo fanno frequentemente e se assaltano sulle strade. Subito dopo, il giureconsulto metteva in luce che i *ceteri* – ossia i rei che avessero integrato ipotesi meno gravi di grassazione –, sono condannati alle miniere ovvero vengono relegati in un'isola¹⁰¹.

Dal brano si evincono tre elementi degni di rilievo: la commissione dell'illecito in modo frequente¹⁰², con l'uso delle ar-

⁹⁹ Call. 6 *de cogn.* D. 48.19.28.10: *Grassatores, qui praedae causa id faciunt, proximi latronibus habentur.*

¹⁰⁰ Si è soffermata sull'espressione '*cum ferro adgredi*' S. MORGESE, *Taglio di alberi e 'latrocinium'*: D. 47, 7, 2, in *SDHI*, 1983, 49, p. 171 e nt. 60, la quale si fa promotrice di «un'altra via interpretativa» secondo la quale, non essendoci alcun riferimento all'omicidio, con il termine *grassatores* il giureconsulto si sarebbe voluto riferire «alle forme predatorie che non si siano spinte sino ai massimi livelli di danno (ferimenti e uccisioni) per le persone». Del pari, cfr., in tempi più recenti, L. D'AMATI, '*Civis ab hostibus captus*'. *Profili del regime classico*, Milano, 2004, p. 40 e nt. 127, secondo cui i *grassatores* sarebbero stati dei «semplici e singoli ladri delle vie».

¹⁰¹ A parere di M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 96, «ben difficilmente un condannato in *metallum* o alla *relegatio in insulam* avrebbe avuto la possibilità di ripetere il reato» a causa dell'estrema durezza propria delle sanzioni prescritte.

¹⁰² Sul punto, v. A. BONNEVILLE, *De la récidive, ou des moyens les plus efficaces pour constater, rechercher et réprimer les rechutes dans toute infraction a la loi pénale*, I, Paris, 1844, p. 163, il quale, valorizzando la componente temporale della frequenza nella commissione dell'illecito, finiva con l'ammettere che «leurs larcins qui n'étaient punis, pour la première fois, que de la *relégation* ou *des mines*, encouraient, après plusieurs récidives, la peine capitale». In argomento, v. anche quanto osserva, più di recente, M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 95 s., a parere della quale con il termine «*saepius*» il giureconsulto si riferisce soltanto alla mera «riproduzione della condotta in una pluralità di contesti spazio-temporali».

mi¹⁰³ e nelle vie pubbliche¹⁰⁴. Si può ipotizzare che si tratti di circostanze aggravanti utilizzate dal giudice, nel sistema della *cognitio extra ordinem*, per inasprire discrezionalmente la pena¹⁰⁵. Una particolare attenzione deve essere posta sull'avverbio '*saepius*' che potrebbe indicare genericamente la perseveranza nell'illecito¹⁰⁶. Nella testimonianza in nostro possesso non si trova però alcun cenno all'inasprimento del trattamento punitivo in seguito a condanne per precedenti reati (della medesima o di altra indole), limitandosi il giureconsulto a prevedere la pena di morte in capo a chi abbia, tra le varie circostanze oggettive¹⁰⁷, commesso il fatto con una certa frequenza. Peraltro, l'estrema genericità nella formulazione parrebbe garantire, forse, una più piena discrezionalità al giudicante della *cognitio*. A tal proposito, Callistrato non ci dice – a differenza delle altre due circostanze aggravanti che risultano, al contrario, evidenti – quando la frequenza si concretizzi: se sia sufficiente una sola reiterazione ovvero ne siano necessarie (come credo sia maggiormente corretto ritenere) di più. Qualora fosse accolta quest'ultima ipotesi rimarrebbe l'interrogativo sul trattamento punitivo da infliggere giacché per l'applicazione discrezionale della *poena capitis* è necessario che il reo abbia agito *cum ferro*, abbia perseverato nell'illecito e abbia commesso il fatto nella via pubblica.

Si può inoltre rilevare come l'approccio del giureconsulto sia, ancora una volta, casistico, in quanto questi si limitava a differenziare le due tipologie di *grassatores*, fondandole su «diversi casi di grassazione che non vengono a trovarsi tut-

¹⁰³ Cfr. F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, III, cit., p. 586.

¹⁰⁴ Così F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, III, cit., p. 586.

¹⁰⁵ Così S. MORGESE, *Taglio di alberi*, cit., p. 172, e, in modo più approfondito in tempi recenziatori, M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 94 s., la quale asserisce che, mediante la ponderazione di «una pluralità di elementi» il giudicante avrebbe garantito «l'adeguatezza della sanzione alla reale offensività della condotta», dato che il giudizio formulato dal *iudex* «sarà tanto più rigoroso quanto più il turbamento della pace sociale è risultato grave per il mezzo con il quale il reato è stato consumato, il luogo in cui l'attività criminosa è stata compiuta, la quantità dei fatti commessi».

¹⁰⁶ Cfr. M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 95 s.

¹⁰⁷ Così M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 95.

ti sullo stesso piano, ma stanno in una vera e propria scala gerarchica»¹⁰⁸.

Proprio alla luce di queste considerazioni pare possibile escludere l'attinenza del passo alla recidiva¹⁰⁹ – anche se non

¹⁰⁸ M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 93. Del pari, tempo addietro, A. BONNEVILLE, *De la récidive*, cit., p. 163, il quale differenziava le due ipotesi di grassazione «en sorte que, de leur part, le vol simple réitéré était puni à l'égal des vols les plus graves, tels que ceux a main armée ou sur chemins publics». Sulle due forme di grassazione cfr. G. SPOSITO, 'Quattuor genera ... septem modis', cit., p. 101 e p. 104; T. GRUNEWALD e J. DRINKWATER, *Bandits in the Roman Empire: Myth and Reality*, London - New York, 2004, p. 15; V. MAROTTA, *Ul-piano*, II, cit., p. 205 e nt. 64.

¹⁰⁹ Propendono, invece, per la recidiva, E. COSTA, *Crimini*, cit., p. 89, nt. 1 e S. RANDAZZO, *Note*, cit., p. 215 e nt. 42, il quale – osteggiando la tesi del Ferrini – osserva come il brano paresse attenersi «ad ipotesi di vero e proprio comportamento recidivo». La parte più rigorista della letteratura, invece, ha preferito soffermarsi sull'aspetto assai controverso relativo alla perimetrazione delle condotte integranti recidiva e di quelle rientranti nel novero del «concorso materiale di reati». A tal proposito, cfr. T. GATTI, *L'imputabilità*, cit., p. 445, il quale si interroga sulla fumosa questione relativa alla plausibile rilevanza nell'esperienza giuridica romana della «nozione di abitualità criminosa» rilevando come, certamente, sarebbero carenti sia il profilo dell'«elaborazione» che quello attinente alla «sistemazione»; C. FERRINI, *Diritto penale romano: teorie*, cit., p. 321; ID., *Diritto penale romano: esposizione*, cit., p. 133 e V. MANZINI, *Trattato*, II, cit., p. 667 e nt. 5, che non avanza dubbi circa la possibilità di considerare il passo espressione di «particolari aggravamenti». Da ultimo si ricorda quella parte della letteratura che, sebbene ravvisasse indizi di «abitualità criminosa» e di «professionalità nel reato», non esclude *tout court* la recidiva, giacché i confini appaiano «assai incerti e sfumati» e l'elaborazione dottrinale carente. Infatti, «la terminologia non è univoca, in quanto in un altro par. di D. 48.19.28, con la stessa espressione 'saepius' si allude invece con tutta probabilità ad una recidiva iterata, o reiterata» (R. BONINI, *I libri 'de cognitionibus'*, cit., p. 100 s., p. 103, nt. 71). Ancora, F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, III, cit., p. 594, interrogandosi sul «reato continuato» e sulla dichiarazione di «professionalità» alla luce dell'«insistenza nel comportamento illecito», avrebbe ammesso che il termine *saepius* – nel frammento in disamina e in D. 47.14.3.2 – potesse essere inteso come sinonimo di «una sorta di professionalità nel reato» e non soltanto di «recidiva, anche reiterata» e S. MORGESE, *Taglio di alberi*, cit., p. 177, che allude a un caso di «abitualità criminosa». In tempi più recenti, M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 95 ss., la quale, dopo aver aderito al ragionamento del Manzini, nega autorità a quella parte della dottrina che riscontrava tracce di abitualità e professionalità nel reato, facendo leva sulla notevole distanza con l'odierno diritto penale e sul difforme contesto in cui erano maturate. Metteva in luce, tempo addietro, la confusione tra la recidiva e la reiterazione, M. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*.

può escludersi una turbativa all'«ordine sociale»¹¹⁰ –, in primo luogo perché non vi è spazio per alcun accertamento di precedente reità (e della conseguente condanna) e, in secondo luogo, perché la formulazione è talmente generica che lascia trapelare un mero intento volto a condurre un inasprimento di

Pénalité - Juridictions - procédure suivant la science rationelle, la législation positive, et la jurisprudence avec les données de nos statistiques criminelles, I, Paris, 1863, p. 539, nt. 1, mentre fa cenno genericamente alla «reiterazione dell'azione delittuosa» S. PULIATTI, *Callistratus*, cit., p. 287.

¹¹⁰ All'approccio casistico allude M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 95 e p. 98 s., secondo cui, dallo stesso, sarebbe scaturito un sistema criminale ove «l'inasprimento sanzionatorio prescinde da una condanna anteriore colpendo non soltanto chi, eventualmente, torna a delinquere nonostante l'esperienza di precedenti sanzioni punitive, ma anche chi, per la mera frequenza con la quale ha commesso il reato, rappresenta un pericolo per l'ordine pubblico». A tal proposito, va ricordata la posizione di C. RUSSO RUGGERI, *Recensione a M. NAVARRA, La recidiva*, cit., p. 497, che, dopo averne osteggiato la posizione – soprattutto con riguardo ai dubbi che la studiosa nutre circa la configurazione «di recidiva vera e propria» risultando inesistenti «espliciti riferimenti a precedenti sentenze di condanna o ad altri interventi punitivi» –, mette in luce come l'infondatezza si sarebbe dovuta scorgere nella mancata spiegazione del motivo che potesse condurre il giudicante verso una certezza in merito alla reiterazione di una «condotta criminosa imputata al reo», giacché «non c'erano stati previi accertamenti conclusivi con altrettante sentenze di condanna». Essendo carente l'elemento della certezza della reiterazione costante dell'illecito, sarebbero mancate le basi alle quali poter ancorare – e quindi giustificare – un trattamento punitivo così rigoroso – riferendosi, la testimonianza, alla *poena capitis* –. La Russo Ruggeri prosegue poi rilevando come il giureconsulto non si riferisse neppure «ad un reato continuato», giacché «verosimilmente erano diversi i contesti e le persone vittime dell'attività criminale posta in essere dal reo nel tempo». Così argomentando, «si trattava cioè in sostanza di una plurima ricaduta nello stesso reato». Pare possibile concludere nel senso che, sebbene debba ritenersi carente «la presenza di precedenti condanne» in quanto non «espressamente esplicitata» nella testimonianza, nondimeno non si può esimersi dal rilevare come «il *saepius hoc semper admiserit* sottintenda comunque una condotta criminosa abituale»; condotta che sarebbe stata repressa già in precedenza con sanzioni meno aspre e che, alla luce della persistenza nell'illecito e della incorreggibilità del delinquente, sarebbe possibile arginare solo facendo ricorso all'estremo supplizio. Muovendo da queste premesse la studiosa addiviene a ritenere poco credibile «l'idea che il testo provi che l'inasprimento sanzionatorio colpisse non solo chi era ricaduto nel reato per il quale era già stato punito, ma anche chi, a prescindere da condanna, 'per la mera frequenza con la quale ha commesso il reato, rappresenta un pericolo per l'ordine sociale'».

pena in capo al reo che è solito delinquere, senza dare una concreta materialità alla perseveranza nel reato¹¹¹.

8. *Vaticinatores*

Con Paul. Sent. 5.21.1 il discorso si sposta sulla pertinacia dei *vaticinatores*¹¹² e l'attenzione è di nuovo concentrata sull'esacerbazione del trattamento punitivo in caso di reiterazione del reato:

... Ideoque primum fustibus caesi civitate pelluntur: perseverantes autem in vincula publica coniciuntur aut in insulam deportantur vel certe relegantur.

Il testo pseudopaolino, seppur di epoca precedente alla testimonianza di Callistrato – alludo a Call. 6 *de cogn.* D. 48.19.28.3, con il quale presenta diverse analogie –, ci permette di constatare come dal *perseverare* nell'illecito scaturisca un inasprimento di pena nei confronti del reo. Infatti, mentre la prima *vaticinatio* viene punita con la *fustigatio* cui avrebbe fatto seguito l'espulsione dalla *civitas*, in caso di ricaduta nel medesimo reato, il giudice avrebbe potuto applicare discrezio-

¹¹¹ Si badi che l'allusione all'avverbio 'saepius' compare anche in altri passi, tra i quali si ricordano il già visto Call. 6 *de cogn.* D. 48.19.28.3, Call. 6 *de cogn.* D. 47.14.3.2 e Paul. Sent. 5.18.2 (= Coll. 11.2).

¹¹² Sul testo e, più in generale, sui *vaticinatores* cfr., *ex multis*, U. BRASIELLO, *La repressione penale*, cit., p. 232 e p. 393 s.; C. FERRINI, *Diritto penale romano: esposizione*, cit., p. 132; L. DESANTI, *La repressione della scienza divinatoria in età del Principato*, in *Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano*, Padova, 1988, p. 227 s.; EAD., 'Sileat omnibus perpetuo divinandi curiositas': *indovini e sanzioni nel diritto romano*, Milano, 1990, p. 56 e p. 114 ss.; L. DE GIOVANNI, *Mondo tardoantico e formazione del «diritto romano cristiano». Riflessioni su CTh. 9,16,1-2*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto: dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, I, Napoli, 1997, p. 171; ID., *L'imperatore Costantino e il mondo pagano*, Napoli, 2003, p. 44 s.; M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 103; I. RUGGIERO, *Ricerche*, cit., p. 268 s.

nalmente la reclusione *in vincula publica*¹¹³, la *deportatio* o, ancora, la *relegatio in insulam*¹¹⁴.

Peraltro, giova precisare che la previsione della *fustigatio* accompagnata dall'espulsione dalla *civitas* farebbe propendere per una finalità disciplinare – come già si è avuto modo di apprezzare con riguardo a Ulp. 9 *de off. procons.* D. 37.14.1 e Call. 6 *de cogn.* D. 48.19.28.3 – che passerebbe all'area del penalmente rilevante – divenendo, dunque, sanzione affittiva¹¹⁵ – solo con la reiterazione del reato. Ecco che, proprio in questa seconda ipotesi, il reo che avesse reiterato il medesimo reato verrebbe punito discrezionalmente dal giudice con una pena più grave rispetto a quella comminata per la prima violazione¹¹⁶. A ben vedere, è proprio il verbo '*perseverare*' di cui si trova traccia in entrambi i testi a fungere da collante tra il passo delle *Pauli Sententiae* e quello di Callistrato: non a caso, la reiterazione nell'illecito sarebbe conseguita al mancato ravvedimento del reo; circostanza per cui, all'elemento oggettivo del reato – individuato, per l'appunto, nella persistenza nel pro-

¹¹³ Che con l'espressione '*vincula publica*' si volesse intendere '*in opus publicum*' è opinione propugnata da TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 952, nt. 1; ID., *Le droit pénal*, cit., III, p. 295, nt. 4 e in seguito condivisa da U. BRASIELLO, *La repressione penale*, cit., p. 363 s. e p. 367; M. BALZARINI, *Pene detentive e «cognitio extra ordinem» criminale*, in '*Sodalitas*'. *Scritti in onore di A. Guarino*, VI, Napoli, 1984, p. 2883 e nt. 62.

¹¹⁴ Cfr. TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, p. 971, nt. 4; ID., *Le droit pénal*, cit., III, p. 318, nt. 2; L. DESANTI, '*Sileat omnibus perpetuo divinandis curiositas*', cit., p. 116 s.; M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 103 s. Alla *deportatio in insulam* come valorizzazione del «particolare allarme sociale» destinato dai *vaticinatores*, cfr., S. RANDAZZO, '*Collegia iuvenum*', cit., p. 206, nt. 27.

¹¹⁵ Anche all'interno di questo contesto sarebbe da valorizzare l'allusione alle «misure di polizia». Cfr., sul punto, C. FERRINI, *Diritto penale romano: esposizione*, cit., p. 132 e nt. 3; ID., *Diritto penale romano: teorie*, cit., p. 320; L. DESANTI, '*Sileat omnibus perpetuo divinandis curiositas*', cit., p. 116 s.; S. RANDAZZO, '*Collegia iuvenum*', cit., p. 205, nt. 25; ID., *Note*, cit., p. 206 s.; M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 104.

¹¹⁶ Alludono alla recidiva, con riguardo al passo in disamina, U. BRASIELLO, *La repressione penale*, cit., p. 234; S. RANDAZZO, *Note*, cit., p. 206 s.; M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 104. *Contra*, cfr. T. GATTI, *L'imputabilità*, cit., p. 446 che si riferisce all'abitudine criminosa.

posito criminoso – se ne sarebbe aggiunto uno subiettivo, che faceva perno sulla *voluntas* del reo¹¹⁷.

All'aggravamento di pena in caso di ricaduta nel reato sembra riferirsi anche:

Macer 2 de publ. iud. D. 48.19.10.1: *Qui ex causa in metallum dati sunt et post hoc deliquerunt, in eos tamquam metallicos constitui debet, quamvis nondum in eum locum perducti fuerint, in quo operari habent: nam statim ut de is sententia dicta est, condicionem suam permutant.*

I condannati per qualsiasi causa alle miniere che, dopo ciò, abbiano commesso un nuovo crimine devono essere puniti, anche se non sono ancora stati trasferiti nel luogo dove devono lavorare perché, appena la condanna è stata pronunciata, cambiano la loro condizione.

Dunque, il giureconsulto sembra alludere a un'ipotesi in cui il reo, condannato alla *damnatio in metallum*, non si sia astenuto dalla commissione di ulteriori reati, motivo per cui avrà luogo una *variatio in peius*¹¹⁸ della sua *condicio* a partire dal giorno in cui è stata pronunciata la sentenza sul primo reato per il quale il reo è stato condannato al lavoro nelle miniere¹¹⁹.

¹¹⁷ Così approfondisce il riferimento agli elementi oggettivi e soggettivi del reato M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 105, per poi concludere riconoscendo, in questa ricostruzione, «i germi di una valorizzazione della dimensione soggettiva dell'illecito». La dimensione soggettiva, però, alluderebbe a una valutazione del reo «in termini politico-sociali», in conformità a una società, come quella romana, che rifugge dalla dimensione atomistica dell'uomo (propria della società ellenica in forza di valori quali l'*humanitas* che ne esalta il filantropismo e la visione antropocentrica), a favore di una impostazione mirante al perseguimento del bene comune, sulla scia dello spirito civico e del comunitarismo che connotavano l'uomo romano, soprattutto durante l'età del Principato. Alla luce di queste premesse, si rafforzava anche il diniego di «una considerazione della personalità del delinquente in quella dimensione biologica e psicologica presente alla moderna scienza penalistica».

¹¹⁸ Parla di «*permutatio status*» U. ZILLETI, *In tema di 'servitus poenae'*, cit., p. 103. Ancora sul «*condicionem permutare*», seppur in tempi meno recenti, U. BRASIELLO, *La repressione penale*, cit., p. 428, nt. 29.

¹¹⁹ Sul lavoro alle miniere, cfr. M. ORTOLAN, *Éléments*, cit., p. 539 s., nt. 1, a parere del quale i *metallici* «sont assimilés aux esclaves et par conséquent

Quello che interessa ai nostri fini è la valutazione della ricaduta nella commissione di un ulteriore illecito dopo che la sentenza di condanna è stata pronunciata. Non solo: volendo valorizzare la componente letterale del testo, in Macro emerge, per la prima volta, un'allusione alla delinquenza in modo generico, senza che il riferimento vada posto sulla reiterazione del medesimo reato. Si noti, infatti, come l'espressione '*post hoc deliquerunt*' contenuta nel frammento si differenzi non solo dall'avverbio '*rursum*' riportato in Ulp. 8 *de off. procons.* D. 37.14.1 e, come si è visto, dall'espressione '*ut prius ex hoc crimine aliqua poena affectus sia*' contenuta in Coll. 11.7.2, ma anche dal verbo '*persevero*' di Call. 6 *de cogn.* D. 48.19.28.3 (*perseveraverint*) e Paul. Sent. 5.21.1 (*perseverantes*). A ben vedere, infatti, tutte le espressioni elencate sembrano riferirsi a una reiterazione nel medesimo reato, dalle quali sarebbe conseguito un trattamento punitivo più gravoso per il condannato¹²⁰, contrariamente al passo di Macro dove genericamente l'allusione è alla ricaduta nella delinquenza.

9. Produzione retorica e fonti letterarie di età classica

L'accento alla reiterazione del medesimo illecito è resa esplicita nella produzione letteraria, sia nelle esercitazioni retoriche, che nella produzione tacitiana. Tra le prime, si possono ricordare Pseud.-Quint. *Decl. min.* 310 – ove l'allusione è al '*bis adulterii*' – e Pseud.-Quint. *Decl. min.* 331 – in cui il riferimento è al '*bis damnatus*' –, mentre per quanto attiene alla seconda, l'attenzione viene posta in particolare su Tac. *ann.* 4.21.3, testimonianza in cui si incontra l'espressione '*eadem actitando*'.

punis comme eux en cas de délits». Ancora, v. M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 130 s., che considera la *variatio in peius* della condizione del reo diretta «conseguenza della *capitis deminutio maxima* della condanna *in metallum*», svincolandola dal dato oggettivo della ricaduta nella delinquenza.

¹²⁰ Così, cfr. G.F. FALCHI, *Diritto penale romano (dottrine generali)*, cit., p. 125.

Prendendo le mosse da Pseudo-Quintiliano, l'oratore in *Decl. min.* 310 esordisce con un titolo dal seguente tenore: *fortis bis adulterii damnatus*. Tale enunciazione sembra riferirsi, dunque, alla ricaduta di un *vir fortis* in un'ipotesi di *adulterium*.

Leggiamo infatti nel *thema*:

Pseud.-Quint. *Decl. min.* 310 *fortis bis adulterii damnatus: Bis adulterii notatus ignominiosus sit. Notatus adulterii fortiter fecit. Petit praemii nomine ut iterum accusaretur. Impetravit. Accusatus est iterum et damnatus. Dicitur ignominiosus.*

Nella prima parte dell'operetta retorica viene enucleata la norma, la quale prevede che il reo '*bis adulterii notatus*' venga colpito da *ignominia*, mentre nella seconda parte del frammento Quintiliano propone – in continuità con il principio generale – un caso pratico, alquanto discusso ed emblematico, ove viene fatto cenno alle conseguenze cui è destinato a soggiacere il *vir fortis* che commetta adulterio.

Era considerato *ignominiosus*¹²¹, stando a quanto riportato nella *declamatio*, il reo di *adulterium* che, dopo aver chiesto

¹²¹ Osserva M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 23 che '*nota*' e '*damnatio*' non possono essere ritenuti sinonimi, «ma è possibile che la prima presupponga ... la seconda». Ancora sull'ignominia applicabile all'uomo '*bis notatus*' per *adulterium*, cfr. M. WINTERBOTTOM, *The Minor Declamations ascribed to Quintilian*, Berlino, 1984, p. 455, il quale considera l'uomo recidivo di *adulterium* passibile di nota censoria e M. LENTANO, '*Auribus vestris non novum crimen*'. *Il tema dell'adulterio nelle 'Declamationes minores'*, in *Le Declamazioni minori dello pseudo-Quintiliano: Discorsi immaginari tra letteratura e diritto*, a cura di A. CASAMENTO, D. VAN MAL-MAEDER e L. PASETTI, Bologna, 2016, p. 32, nt. 5. Circa la corretta individuazione e perimetrazione dell'ambito applicativo dell'ignominia G. DIMATTEO, *La 'pena d'infamia' e l'inibizione dello 'ius accusandi'*. *Le norme e le argomentazioni in tema di infamia delle Declamazioni minori 250, 263, 265 e 275*, 51, in *Le Declamazioni minori dello pseudo-Quintiliano*, cit., p. 51, nt. 12, ritiene che i termini '*infamia*' e '*ignominia*' debbano essere considerati sinonimi in quanto «costruiti entrambi in base al meccanismo morfologico, in cui *in* privativo si unisce rispettivamente ai sostantivi *fama* e *nomen*, indicano la mancanza di buona reputazione, o, più precisamente, la 'cattiva reputazione'».

come premio¹²² di essere giudicato per una seconda volta, godesse del vantaggio, venisse dunque giudicato e, ancora una volta, incriminato e condannato¹²³.

Al di là del mero riferimento testuale all'autore del reato quale '*bis adulterii*', non si individuano ulteriori elementi che depongano a favore della recidiva. Il quadro sembra essere ulteriormente avvalorato dal prosieguo della *declamatio*:

Pseudo-Quint. *Decl. min.* 310.2-4: *Nemo igitur nostrum negat, ita in lege scriptum esse «qui bis adulterii damnatus est, ignominiosus sit». Ne id quidem negabitur, bis in iudicium hunc descendisse, bis contra hunc latam esse sententiam. Sed si manifestum fuerit, legem non ideo esse conscriptam, ut hoc genus damnationis ignominiam faciat, si ne in cogitationem quidem cuiusquam cadere omnino potuit, aliquem ex eadem causa bis potuisse damnari, profecto manifestum est, non in aliud scriptas esse leges, in aliud valere. Quaero igitur ex ipsis adversariis, cur bis damnatum adulterii ignominiosum esse voluerint? Ut opinor, iudices, quoniam una damnatio habebat aliam et suam poenam, geminatio criminis afferebat ignominiam. Neque immerito: semel enim errare sane tolerabile¹²⁴ sit, in eadem*

¹²² Sulla centralità dell'elemento premiale nella produzione pseudo-quintiliana si vedano anche le seguenti *Declamationes minores*: 249; 266; 295; 303; 315; 367; 375; 387.

¹²³ Sul punto cfr. F. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani. Contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano*, Milano, 1938, p. 459 e C. FAYER, *La 'familia' romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Concubinato. Divorzio. Adulterio*, III, Roma, 2005, p. 201, la quale allude a «conseguenze funeste per tutta la *domus* dell'impudica». V. altresì M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 16 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *La rilevanza*, cit., p. 143, nt. 105.

¹²⁴ Come ben evidenzia anche la Navarra, il termine '*tolerabile*' (risultante dal testo latino) non consente all'autore del reato di andare esente da pena e la giustificazione sembra doversi rinvenire nella stessa dizione terminologica. Infatti, tollerare implica un atteggiamento di *pati*, di sopportazione, e non, certamente, di favoreggiamento o incitamento a un agire deviante (M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 37). Escludono il concretizzarsi della malvagità dell'autore a seguito di un solo e isolato agire *contra ius*, D.R. SHACKLETON BAILEY, *M. Fabii Quintiliani Declamationes minores*, Stutgardiae, 1989, p. 196 s.; G. RIZZELLI, *Modelli di 'follia' nella cultura dei giuristi romani*, Lecce, 2014, p. 39, nt. 82; Id., '*Adulterium*'. *Immagini, etica, diritto*, in '*Ubi tu Gaius*'. *Modelli familiari, pratiche sociali e diritti delle persone nell'età del principato. Relazioni*

*vero incidere*¹²⁵, *ne damnatione quidem compesci, ultra omnia videbatur.*

che necessita di essere letta insieme al § 8 della *declamatio medesima*:

Damnatus est adulterii. Sed postea fortiter pugnando ostenderit, non eos mores suos, non eam vitam, ut in illo credibilia haec crimina forent.

Il testo¹²⁶ è emblematico, in quanto l'oratore non nega che esista una norma a tenore della quale «*qui bis adulterii damnatus est, ignominiosus sit*», come non nega che il *vir fortis* sia giunto due volte a giudizio e che in entrambe le occasioni sia stato sottoposto a un provvedimento di condanna. Difatti, nella sua strategia difensiva, mette in luce come il *vir fortis* abbia chiesto al giudice di essere processato per una seconda volta *praemii nomine*¹²⁷, ma non anche di ottenere una rivalutazione del fatto oggetto del primo accertamento. Chiede, dunque, di essere nuovamente sottoposto a giudizio, ma per un fatto nuovo¹²⁸.

Quello che rileva ai nostri fini è però la differente pena: solo con la *geminatio criminis* il reo sarebbe stato sottoposto alla sanzione dell'*ignominia* – che avrebbe trovato applicazione in caso di ricaduta nel medesimo reato, sul quale, dunque, già sarebbe stato emesso un provvedimento punitivo – e non, invece, nell'ipotesi in cui venga richiesto al giudicante di rivalutare il medesimo fatto che in precedenza sarebbe già stato oggetto di condanna.

del Convegno Internazionale di Diritto Romano. Copanello, 4-7 giugno 2008, a cura di F. MILAZZO, Milano, 2014, p. 190, nt. 78.

¹²⁵ Sul punto v. M. WINTERBOTTOM, *The Minor Declamations*, cit., p. 144; D.R. SHACKLETON BAILEY, *The Lesser Declamations*, London, 2006, p. 454. Si legge *recidere* anziché *incidere* nel brano riportato da M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 36 e p. 42.

¹²⁶ M. WINTERBOTTOM, *The Minor Declamations*, cit., p. 144.

¹²⁷ Per una completa ricostruzione del *praemium* in diritto romano, v. G. LURASCHI, *Il 'praemium' nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, IV, Milano, 1983, p. 239 ss.

¹²⁸ Sul punto, v. M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 33 ss.

Nel frammento, Quintiliano rammenta che un *vir fortis* – già ritenuto reo di *adulterium* e che si fosse poi comportato in modo eroico – chiedeva, a titolo di premio, di essere nuovamente giudicato a fronte della sopraggiunta *virtus* – che avrebbe fatto apparire difficilmente credibile che *'haec crimina forent'* –, ma veniva ancora una volta accusato e condannato¹²⁹. In questo caso, dunque, il soggetto agente non viene processato e accusato per aver commesso un nuovo – come parrebbe, invece, sostenere nella sua arringa difensiva l'oratore –, bensì avanza un *petitum* che, dal tenore letterale del frammento, parrebbe volto all'ottenimento di una celebrazione di un nuovo processo avente per oggetto il medesimo fatto storico già precedentemente valutato al fine di ottenere una revisione della precedente *res iudicata*, con indubbi rilievi problematici sia per quanto attiene al profilo del *ne bis in idem* processuale che per quanto riguarda «il principio della irrevocabilità della sentenza resa da una *quaestio*»¹³⁰.

Pare indubbia la conclusione: sebbene il caso espostoci nella testimonianza non attenga alla recidiva, nondimeno non è possibile escludere che a Roma la reiterazione del reato fosse comunque conosciuta. Al fine di osteggiarla, difatti, sarebbe stata prevista l'*ignominia* per il reo che fosse ricaduto nella commissione di un reato della medesima indole, indice del fallimento del «valore pedagogico dell'esperienza»¹³¹.

Il passo va collegato a un'altra testimonianza, sempre pseudo-quintiliana, che attiene alla reiterazione del medesimo reato, ossia

Pseud.-Quint. *Decl. min.* 331: *Qui capitis reum non damnaverit, ipse puniatur. Qui ter iniuriarum damnatus fuerit, capite puniatur. Bis damnatus iniuriarum tertio a quodam postulatus absolutus est. Agit cum accusatore tamquam capitis accusatus.*

¹²⁹ Cfr. M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 28 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *La rilevanza*, cit., p. 143.

¹³⁰ M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 31 s.

¹³¹ M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 37.

Il caso prospettato dal retore riguarda un episodio in cui un reo, già condannato a titolo di *iniuria* per due volte, venga accusato un'altra volta per il medesimo reato ed esposto alla *poena capitis*, ma sia assolto. In conseguenza del suo proscioglimento i ruoli si invertono: egli assume la posizione di accusatore e chiede l'applicazione della pena capitale nei confronti del precedente denunciante¹³².

Partendo dall'inizio, le norme che vengono in rilievo sono due. La prima prescrive la sottoposizione alla pena capitale per '*qui ter iniuriarum damnatus fuerit*' – che verrà assolto e, dunque, andrà esente da pena –, mentre la seconda, estrapolata dal *thema*, pare perspicua in quanto, mediante una lettura congiunta con la prima disposizione normativa e in continuità con la tradizione attica¹³³, sembra alludere all'assoggettamento alla *poena capitis* anche per il calunniatore '*qui ter iniuriarum*' e che venga nuovamente accusato *iniuriarum*¹³⁴. Il caso poi continua con un rinvio all'estensione analogica della prima norma e con la conseguente applicazione della *poena capitis*, in quanto «era noto al suo accusatore che in concreto

¹³² In argomento, v. M. BALZARINI, «*De iniuria extra ordinem statui*». *Contributo allo studio del diritto penale romano dell'età classica*, Padova, 1983, p. 69, nt. 95, il quale osserva che «l'attore nel terzo processo *iniuriarum* contro il protagonista agisce a sua volta *tamquam capitis accusatus*» e, più di recente, M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 38.

¹³³ Così sembrerebbero intendere F. LANFRANCHI, *Il diritto*, cit., p. 341; M. BALZARINI, «*De iniuria*», cit., p. 68, nonché M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 39, la quale, da ultima, ravvisa la carenza di «alcun positivo riscontro nei testi giuridici romani», anche se, continua la studiosa, «presenta generici caratteri di atticità, risultando attestato ad Atene, in diversi casi, un trattamento sanzionatorio aggravato del recidivo nel medesimo reato dopo la tripla infrazione della legge». Di diverso avviso è, invece, C. FERRINI, *Diritto penale romano: teorie*, cit., p. 319, nt. 1, le cui argomentazioni lasciano trasparire chiaramente che è privo di «fondamento nel diritto romano» quanto viene sostenuto da Quintiliano nel testo della *declamatio*.

¹³⁴ Cfr., sul punto, M. SCOGNAMIGLIO, '*Nullum crimen sine lege*'. *Origini storiche del divieto di analogia in materia criminale*, Salerno, 2009, p. 93 s.; EAD., *Principio di legalità e divieto di analogia: note sull'origine del principio 'nullum crimen sine lege'*, in *Regole e garanzie del processo penale romano*, a cura di L. SOLIDORO, Torino, 2016, p. 156 s.; M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 38.

si sarebbe potuto verificare questo risultato, a causa dell'aggravante della recidiva»¹³⁵.

Pare confermare quanto detto anche:

Tac. ann. 4.21.3: *Relatum et de Cassio Severo exule, qui sordidae originis, maleficiae vitae, sed orandi validus, per immo-dicas inimicitias ut iudicio iurati senatus Cretam amoveretur effecerat, atque illic eadem actitando recentia veteraque odia advertit, bonisque exutus, interdicto igni atque aqua, saxo Seripho consenuit.*

Cassio Severo, di umili origini e di *malefica vita*¹³⁶, era stato condannato prima con una sentenza emessa dal senato in

¹³⁵ M. SCOGNAMIGLIO, 'Nullum crimen', cit., p. 94; EAD., *Principio di legalità*, cit., p. 156 s., sembra adottare un'interpretazione volta a cogliere i riferimenti all'estensione analogica della norma 'qui capitis reum non damnaverit, ipse puniatur' «prevista per i giudizi capitis, perché altrimenti la ratio della disposizione sarebbe stata violata». Sul punto cfr. anche M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 41, la quale illustra in modo completo gli argomenti che costituirebbero il fondamento primigenio dell'applicazione dell'analogia nella *Declamatio* pseudo-quintiliana. Al contrario, radicale era l'opinione manifestata da F. LANFRANCHI, *Il diritto*, cit., p. 46 s., p. 150 s., p. 334, p. 517 s., p. 563 ss., il quale, da una rapida lettura del testo, desume che «siccome per la prima legge chi non riesce a far condannare l'accusato, che sarebbe sottoposto alla pena capitale in caso di verdetto positivo, deve essere sottoposto alla medesima pena dell'accusato, l'accusatore oppone che questo non è il suo caso, perché non *capitis* egli ha accusato, ma *iniuriarum*, accusa che di per sé, senza la recidiva sancita nella seconda legge, non comporterebbe la condanna a morte». Il ricorso all'infamia e alla recidiva nel processo ordinario viene escluso anche M. BALZARINI, «*De iniuriarum*», cit., p. 69, nt. 96.

¹³⁶ Sul punto cfr. le valutazioni di M. BALZARINI, «*De iniuriarum*», cit., p. 104 ss. e di M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 48 ss. Occorre attenzione anche C. RUSSO RUGGERI, *La rilevanza*, cit., p. 134 s., la quale, in maniera non difforme e facendo propria la riflessione condotta, in precedenza, da A. SCHILLING, *Poena extraordinaria. Zur Strafzumessung in der frühen Kaiserzeit*, Berlin, 2010, p. 159, riferisce che Cassio Severo sarebbe stato un recidivo in quanto avrebbe dato luogo a una «reiterazione dello stesso reato per il quale era già stato condannato a titolo di *maiestas* sotto Augusto nell'8 d.C.». Dubbi si possono avanzare in merito all'organo deputato all'infrazione della seconda condanna essendo la fonte lacunosa su questo aspetto. Cfr., sul punto, M. BALZARINI, «*De iniuriarum*», cit., p. 107, nt. 104, il quale, ritenuto probante quanto riportato in Suet. *Cal.* 16, ravvisa come organo deputato ad infliggere la condanna al recidivo il senato e, in tempi più recenti, M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 50.

forza della quale venne condannato all'esilio a Creta, per diffamazione¹³⁷ e, in un secondo momento, avrebbe subito un'altra condanna, questa volta nel luogo in cui stava scontando l'esilio – presumibilmente ancora dal senato –, per aver reiterato il fatto¹³⁸. A questo punto, l'oratore viene sanzionato con la relegazione perpetua nell'isola di Creta, corredata dall'*interdicto igni atque aqua* e dalla confisca dei beni.

Il brano sembra dunque confermare, ancora una volta, come la ricaduta nel reato fosse fenomeno conosciuto a Roma e, in qualche modo, osteggiato mediante la previsione di un apparato sanzionatorio più aspro per il reo recidivo. Difatti, nel caso di specie, il mutamento di pena sarebbe conseguito proprio alla reiterazione della diffamazione, ossia alla ripetizione del medesimo illecito da parte di un soggetto già reo¹³⁹.

10. Osservazioni conclusive

Per concludere, sebbene la riflessione sulla recidiva, nel contesto romano¹⁴⁰, fosse connotata da molteplici zone d'ombra, a ragione della mancanza dell'istituto e della conseguen-

¹³⁷ La prima condanna viene attestata anche da Tac. *ann.* 1.72.3-4: *Primus Augustus cognitionem de famosis libellis sub specie legis eius tractavit, commotus Cassii Severi libidine, qua viros feminasque inlustris procacibus scriptis diffameverat. 4. Hunc quoque asperavere carmina incertis auctoribus vulgata in saevitiam superbiamque eius et discordem cum matre animum.*

¹³⁸ A tal proposito magistrale cfr. la ricostruzione prospettata da M. BALZARINI, «*De iniuria*», cit., p. 107, nt. 104, il quale addebita «la seconda – e definitiva – condanna dello scrittore agli eccessi della sua penna».

¹³⁹ Cfr. TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 974, nt. 3; ID., *Le droit pénal*, III, cit., p. 322, nt. 1; M. BALZARINI, «*De iniuria*», cit., p. 104 ss.; A. SCHILLING, «*Poena extraordinaria*», cit., p. 178 ss.; M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 48 ss. Sembra aver manifestato qualche perplessità, invece, B. SANTALUCIA, *La situazione patrimoniale dei 'deportati in insulam'*, in *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2009, p. 418, il quale, pur ammettendo l'aggravamento della pena all'esito della successiva condanna, non allude in senso tecnico alla recidiva.

¹⁴⁰ Rileva S. RANDAZZO, *Note*, cit., 462, come fosse stato possibile scorgere tracce di recidiva nell'esperienza giuridica romana, laddove «alla reiterazione del comportamento criminoso l'ordinamento giuridico riconnetta una sanzione di diversa natura e maggiore intensità rispetto a quella comminata per la prima violazione di legge».

te carenza di una matura elaborazione scientifica, nondimeno l'avversione verso la reiterazione nel reato era comunque avvertita. La ripugnanza verso il perseverare nella delinquenza avrebbe difatti assunto nuovi connotati resi possibili dall'abbandono delle *quaestiones* ove «la giuria si limitava semplicemente all'affermazione o alla negazione della responsabilità dell'accusato»¹⁴¹ e dall'avvento della *cognitio extra ordinem*¹⁴². Sarà solo nel periodo tardoantico che prenderà forma il rapporto tra la reiterazione nel reato e la funzione emendatrice della pena, laddove i recidivi sarebbero stati esclusi dai benefici conseguenti dai provvedimenti indulgenziali e, in particolare, dell'*abolitio generalis* e dell'*indulgentia* resa nel giorno della *Paschalis laetitiae*, a causa della loro mancata *emendatio*¹⁴³. In questo mutato contesto, la recidiva diviene un limite all'applicazione dell'*indulgentia principis*, laddove il perseverare nell'illecito e nella nequizia avrebbe impedito – seguitando finalità emendatrici e rieducative della pena – di considerare il reo risocializzato parendo, in converso, irrimediabile¹⁴⁴.

¹⁴¹ B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., p. 24, il quale avrebbe precisato come soltanto nel sistema della *cognitio extra ordinem* «la pena poteva variare in relazione alle circostanze soggettive e oggettive del reato, alla parte in esso avuta dal reo, al comportamento anteriore o posteriore al fatto criminoso, alla sua condizione personale o sociale». Inutile aggiungere che «al giudicante», come diretta conseguenza di quanto sinora rilevato, «era riconosciuta una ampia discrezionalità nella determinazione della pena e anche quando veniva investito della cognizione di un crimine contemplato nel sistema dell'*ordo* non era vincolato alla rigorosa osservanza della pena di legge». Che, in realtà, «fin da età assai antica il diritto romano» abbia consentito di «adattare la pena alle particolarità più salienti del caso concreto» è stato sostenuto, in tempi meno recenti, da F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, III, cit., p. 464.

¹⁴² Cfr., sul punto, M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 190 s.

¹⁴³ Così, CTh. 9.38.6 (*Imp. Gratianus*) (a. 381); C. 1.4.3 pr.-4 (*Imp. Valentinianus II*) (a. 385); CTh. 9.38.10 (*Imp. Honorius*) (a. 405). Cfr., in argomento, A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano. Dai Severi a Giustiniano*, Bari, 1994, p. 203 ss.; A. DI MAURO TODINI, *Indulgentia principis' in età tardoantica: materiali e prospettive di ricerca*, Napoli, 1996, p. 21 ss.

¹⁴⁴ In proposito, appaiono condivisibili le osservazioni spese da M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 175; F. FASOLINO, *Pena, amnistia, emenda: una prospettiva storico-giuridica*, Napoli, 2016, p. 154; ID., *Indulgentia principis' ed emenda: aspetti della politica criminale nell'Impero Romano tra IV e VI sec. d.C.*, in *Vergentis*, 2017, 4, p. 191 ss., il quale asserisce che «l'esclusione dei recidivi» trova la sua ragion d'essere nella mancata realizzazione «del percor-

Queste osservazioni non sarebbero di secondaria importanza nello scenario globale della repressione criminale nell'esperienza giuridica romana dato che, come si è visto, in questo contesto la reiterazione del reato non avrebbe comportato *sic et simpliciter* un inasprimento del trattamento sanzionatorio¹⁴⁵, ma talvolta avrebbe prodotto effetti sui versanti general-preventivo e di emenda della pena oltre che avere impatto sulle finalità di politica criminale¹⁴⁶. In relazione a

so di purificazione interiore dal male», giacché se «chi ha beneficiato dell'impunità torna poi a delinquere, ciò vuol dire, che in lui non si è riusciti realmente a correggerlo». Non pare possibile dissentire, dunque, dalle riflessioni enucleate dallo studioso il quale, nel prosieguo, allude a una «immotivata impunità» in caso di concessione «ulteriore».

¹⁴⁵ Con riguardo alla *cognitio extra ordinem* e agli effetti dalla stessa prodotti sulla modulazione della pena, si possono considerare le valutazioni di B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., p. 241 s., la cui impostazione è seguita anche nei lavori cronologicamente successivi di S. RANDAZZO, *Note*, cit., p. 462 ss.

¹⁴⁶ All'inasprimento del trattamento punitivo come finalità propria della recidiva si riferisce V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana*, Napoli, 1998, p. 150, il quale, dopo aver evidenziato l'assenza nelle fonti romane della recidiva, ne individua «una particolare angolazione». Secondo l'autore, infatti, «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». V. inoltre sul punto, TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 1044; ID., *Le droit pénal*, III, cit., p. 406; C. FERRINI, *Diritto penale romano: teorie*, cit., p. 318 ss.; ID., *Diritto penale romano: esposizione*, cit., p. 131 ss.; S. SOLAZZI, *Miscellanea*, cit., p. 70 s.; R. BONINI, *I libri 'de cognitionibus'*, cit., p. 101; F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, III, cit., p. 31; N. SCAPINI, *Diritto e processo criminale nell'esperienza giuridica romana: appunti dalle lezioni di storia del diritto romano*, Milano, 1990, p. 96; B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., p. 241 s.; S. RANDAZZO, «*Collegia iuvenum*», cit., p. 206, nt. 26; ID., *Note*, cit., p. 460 ss. Alla recidiva come circostanza aggravante alludono diversi studiosi, v., *ex multis*, C. FERRINI, *Diritto penale romano: teorie*, cit., p. 318 s.; ID., *Diritto penale romano: esposizione*, cit., p. 131; B. BIONDI, *Il diritto romano*, Bologna, 1957, p. 563; J. GAUDEMET, *Le problème de la responsabilité pénale en droit romain classique*, in *Studi in onore di E. Betti*, II, Milano, 1962, p. 457; F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, III, cit., p. 30 ss.; N. SCAPINI, *Diritto e processo*, cit., p. 96; V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1996, p. 257; M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 2 ss. Ancora sull'agire recidivante da inquadrare nel novero delle circostanze aggravanti, TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 1044, il quale definisce tale condotta propriamente come «*Rückfall wirkt strafschärfend*». Analogamente si veda ID., *Le droit pénal*, III, cit., p. 406, ove lo studioso, passando ad analizzare le circostanze soggettive

quest'ultimo rilievo, infatti, non si devono dimenticare i notevoli punti di connessione tra la ricaduta nel reato e i fenomeni attigui e con i quali tende talvolta a confondersi (tra cui si annoverano l'abitualità, la professionalità, il concorso materiale di reati e il reato continuato) essendo carente un'elaborazione scientifica sul tema¹⁴⁷.

Dall'esame delle testimonianze in nostro possesso emerge come la reiterazione nel reato fosse variamente concepita a Roma, giacché avrebbe assunto rilievo non solo in caso di ricaduta nella commissione di un illecito della medesima o di diversa indole a seguito di una previa *damnatio*, ma anche nelle ipotesi in cui la precedente condanna fosse assente, talvolta combinandosi con i paradigmi dell'*anteacta vita* e dell'*an ante quid fecerit*.

Infatti, in Ulp. 9 *de off. procons.* D. 37.14.1 e in Call. 6 *de cogn.* D. 48.19.28.3, la reiterazione riguarda il medesimo reato e comporta il mutamento dalla misura di polizia (applicabile in caso di prima violazione) alla pena (in caso di ricaduta nello stesso reato). In più, nel frammento di Callistrato si coglie la distinzione tra la prima e le successive reiterazioni del reato, con conseguente inasprimento del trattamento punitivo. La medesima conclusione consegue alla disamina di Coll. 11.7.1-3, ove la reiterazione del medesimo reato avrebbe comportato l'aggravamento di pena nei soli luoghi in cui l'abigeato fosse stato meno frequente e non punito, già in caso di primo furto, con la *poena gladii*. In Macer 2 *de publ. iud.* D. 48.19.10.1, invece, è la delinquenza intesa in senso lato a venire in rilievo

incidenti sulla determinazione della pena, osserva che «la récidive est une circonstance aggravante».

¹⁴⁷ Cfr. A.R. LATAGLIATA, *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, 1958, p. 18 ss., la cui posizione è stata in seguito fatta propria e sviluppata anche da L. MAZZA, voce *Recidiva*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 71 s., i quali hanno considerato non prudente l'inquadramento della recidiva all'interno della categoria unitaria della reiterazione criminosa giacché sarebbe stato difficile fare uso di istituti sorti o sviluppati in seno all'odierna penalistica all'interno del contesto romano. Analogamente, cfr. M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 10, nt. 46. Sulla commistione «tra concorrenza e reiterazione di delitto da un lato, e recidivanza dall'altro», v. F. CARRARA, *Stato della dottrina sulla recidiva*, cit., p. 128.

vo, mentre in una serie di testimonianze (attinenti all'ambito militare e non solo¹⁴⁸) la ricaduta nel reato si combina con i paradigmi dell'*anteacta vita* e dell'*an ante quid fecerit*. Infatti, in questo contesto, si valuta il comportamento tenuto dal reo nella vita precedente, che verrebbe inteso in maniera duplice giacché, a seconda che la stessa fosse stata più o meno licenziosa, sarebbe conseguito un aggravamento ovvero un'attenuazione del trattamento punitivo (Arr. Men. 2 *de re mil.* D. 49.16.5 pr. e Mod. 12 *pand.* D. 48.4.7.3). Talvolta, invece, come si può desumere dalla lettura di Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.12 il riferimento è ai buoni precedenti (e ai conseguenti vantaggi che questi avrebbero comportato) mentre, in altre occasioni, è la buona/cattiva reputazione o lo *status* di libero/schiavo a determinare la pena irrogabile (Call. 6 *de cogn.* D. 48.19.28.16).

Dalle fonti in valutazione si può inoltre notare come vi fossero dei casi in cui la reiterazione del reato si configura a seguito della ripetizione avvenuta '*saepius*' del medesimo illecito¹⁴⁹. In altre occasioni, invece, a rilevare sono l'espressione '*ut prius ex hoc crimine aliqua poena affectus sia*' di Coll. 11.7.2, il verbo '*persevero*' di Call. 6 *de cogn.* D. 48.19.28.3 (*perseveraverint*) e Paul. Sent. 5.21.1 (*perseverantes*) e l'avverbio '*rursum*' riportato in Ulp. 8 *de off. procons.* D. 37.14.1 che si riferiscono alla reiterazione nel medesimo reato, a differenza dell'espressione '*post hoc deliquerunt*' contenuta in Macer 2 *de publ. iud.* D. 48.19.10.1 che allude genericamente alla ricaduta nella delinquenza.

Ancora, dalla disamina di un gruppo nutrito di testi¹⁵⁰ si evince che la reiterazione nel reato può aversi anche in assenza di un previo provvedimento di condanna, circostanza per cui si può sostenere che a Roma l'aggravamento di pe-

¹⁴⁸ Alludo, con riguardo all'ambito militare, a Arr. Men. 2 *de re mil.* D. 49.16.5 pr.; Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.12, mentre rilevano, seppur il contesto di attinenza sia difforme, Mod. 12 *pand.* D. 48.4.7.3; Call. 6 *de cogn.* D. 48.19.28.16.

¹⁴⁹ Mi riferisco, in particolare, a Call. 6 *de cogn.* D. 48.19.28.3; Call. 6 *de cogn.* D. 48.19.28.10; Call. 6 *de cogn.* D. 47.14.3.2; Paul. Sent. 5.18.2 (= Coll. 11.2).

¹⁵⁰ Alludo a Call. 6 *de cogn.* D. 48.19.28.10; Call. 6 *de cogn.* D. 47.14.3.2; Arr. Men. 2 *de re mil.* D. 49.16.5.3; Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.9.

na fosse conseguente alla sola ricaduta fattuale nell'illecito e non, invece, al previo accertamento di reità. In particolare, in Call. 6 *de cogn.* D. 48.19.28.10 avrebbe comportato un inasprimento di pena la frequente grassazione, in Call. 6 *de cogn.* D. 47.14.3.2 a rilevare sarebbe stato, invece, il furto continuato di animali, mentre in Arr. Men. 2 *de re mil.* D. 49.16.5.3; Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.9 ad acquisire autorità sarebbero stati, rispettivamente, l'aggravamento di pena per il *desertor* che fosse ricaduto nel reato al di fuori dell'urbe e la clemenza riservata nei confronti delle giovani reclute che, in caso di recidiva, sarebbero state degradate e l'allocate in luoghi diversi.

In conclusione, si tende ad accreditare l'idea per cui, nel contesto romano, vi sarebbe stato spazio per l'emersione della recidiva – circostanza peraltro suffragata da eterogenei contesti casistici –, la quale avrebbe preso forma non soltanto in caso di reiterazione di un reato della medesima indole (in conseguenza di una precedente condanna), ma anche *sine* previa *damnatio*. Ma i confini della ricaduta nel reato appaiono talmente labili che la stessa – come abbiamo avuto modo di vedere – in talune occasioni avrebbe addirittura costituito – il riferimento è ai paradigmi dell'*anteacta vita* e dell'*an ante quid fecerit* – elemento di aggravamento o di attenuazione della pena in conseguenza di una valutazione della precedente vita del reo consentendo, in questo modo, di ampliare ulteriormente il ventaglio di ipotesi riconducibili alla fattispecie in disamina¹⁵¹.

¹⁵¹ Cfr., a tal proposito, M. NAVARRA, *La recidiva*, cit., p. 96 s., nt. 295.

MARTINA BEGGIATO, Alle origini della recidiva nell'esperienza giuridica romana

Sebbene manchi nell'esperienza giuridica romana un *terminus technicus* per qualificare la ripetuta commissione di illeciti previa condanna, si può ritenere che elementi riconducibili alla moderna recidiva siano emersi in progresso di tempo. Da diverse testimonianze, infatti, si evince come la reiterazione dell'illecito avrebbe comportato un inasprimento del trattamento punitivo, talvolta anche facendo mutare la qualificazione di fattispecie in termini di rilevanza penalistica. Alla luce di determinati passi, inoltre, a venire in questione sono alcuni paradigmi attigui alla recidiva, che con la medesima si combinano, inducendo un aggravamento o un'attenuazione della sanzione a seconda del comportamento tenuto nella vita precedente. In ulteriori occorrenze, infine, la recidiva appare integrata nonostante difetti un preventivo accertamento di reità, circostanza la quale avrebbe permesso di ancorare l'aumento della pena alla ricaduta nel reato invece che a una precedente *damnatio*.

Parole chiave: recidiva, reiterazione del reato, aggravamento di pena, *anteacta vita* e *an ante quid fecerit*, precedente condanna.

MARTINA BEGGIATO, The origins of recidivism in the Roman legal experience

Although a *terminus technicus* to qualify the repeated commission of crimes after conviction is lacking in Roman legal experience, we can see some evidence of modern recidivism along the times. Several sources suggest that the repetition of the offence would have led to an increasing of the punishment, sometimes even causing a change in the qualification due to criminal relevance. In the light of certain passages, moreover, certain paradigms adjoining the recidivism counts: they are combined with it, leading to an aggravation or mitigation of the penalty depending on the behaviour in one's earlier life. Finally, in further instances, recidivism appears realized despite of the absence of a former assessment of guilt and this made it possible dealing the increased penalty with the recidivism rather than with a past conviction.

Key words: recidivism, reiteration of the offence, aggravation of penalty, *anteacta vita* and *an ante quid fecerit*, prior conviction.