

detenersi: popolazione, struttura sociale, disuguaglianza, famiglia, religione, salute e sanità. In particolare, per la sua attualità, il lavoro di Juan José Tohária, per il quale è stato dato il titolo "La Administración de Justicia", punto 4. 6, è anche incluso in questo primo capitolo. ("Il sistema politico", pp. 549-694). Comprende l'immagine della Giustizia tra gli spagnoli, l'immagine del giudice, l'immagine interna (corporativa) dei giudici, la giurisdizione della politica... (pp. 651-674). Per ultimo, è importante anche, questa volta all'estremo opposto dell'opera, capitolo 13 del secondo volume, la novità presentata sotto il titolo "Tecnologías para la Información: la conclusión de la década", pp. 2075-2277, che tratta di interesse e materiale complementario a quanto editato nei rapporti di Fundesco.

Hanno partecipato alla curata elaborazione dell'opera, sotto la direzione di M. Juárez, un nutrito elenco di specialisti: D. Casado, J. M. Cobo Suero, P. González Blasco, J. Iglesias de Ussel, R. López Pintor, S. Lorente Arenas, J. M. de Miguel, V. Ramos Ayala, G. Rodríguez Cabrero, L. Tohária Cortés e M. Valenzuela Rubio. Apparece anche una nota, molto utile, sulla metodologia seguita e sui questionari di indagine.

E ora, una riflessione finale. I politici e moralisti possono guardare questo Foaesa come uno strumento da subito prescindibile, e semplicemente ignorarlo. Però allora, chiaro è, forse anche per loro, che ho ricevuto qualcosa di simile a quello scritto da Hebbel nella sua tragedia *Judith*: vennero trasformati in quello che guardavano. — José CALVO GONZÁLEZ

A. LOVATO, *Il carcere nel Diritto penale romano. Dai Severi a Giustiniano*, Bari 1994.

L'impiego del carcere come mezzo unicamente di carattere preventivo è stato considerato un dogma del Diritto penale romano, e dunque, si è accettato senza discussione per tutta la dottrina. Infatti, nel corso dei secoli, questa è stata la posizione dominante. Però, in confronto a questa corrente vi sono altri autori che, sebbene non lo rifiutino totalmente, ne mettono in discussione il carattere assoluto. In questo senso gli studi di M. Balzarini, *Pene detentive e "cognitio extra ordinem" criminale*, pubblicato in *Sodalitas. Scritti in Onore di Antonio Guarino VI* (Napoli 1984) e *La pena de encarceramiento hasta Ulpiano*, pubblicato in *Seminarios Complutenses de Derecho romano I* (Madrid 1989) sono due lavori fondamentali, dal momento che in cui è svolta una esauriente analisi del problema. Balzarini arriva alla conclusione che, durante il Principato, si applica la pena di carcerazione anche a uomini liberi, dopo una sentenza giudiziaria come conseguenza della commissione di un reato e, che è stata la Scienza penalistica del secolo sedicesimo e la conferma posteriore del Mommsen, che hanno dato all'affermazione di D. 48,19,8,9 (Ulp. 9 *de off. proc.*) valore normativo¹. Lovato imposta nel suo lavoro alcune delle questioni che già Balzarini segnalava dieci anni prima e include, allo stesso tempo, altri aspetti di riflessione. In definitiva, l'autore fa un interessante lavoro di approfondi-

1. M. BALZARINI, *Pene detentive e "cognitio extra ordinem" criminale*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino VI* (Napoli 1984) 2878-84; *La pena de encarceramiento hasta Ulpiano*, in *Seminarios Complutenses de Derecho romano* (Madrid 1989) 233.

mento sul principio della proibizione del carcere con funzione punitiva nel Diritto romano. Il suo studio si caratterizza per un dettagliato analisi delle fonti, soprattutto di D. 48,19,8,9 (Ulp. 9 *de off. proc.*) nel cui testo si è voluto vedere spesso la più chiara esposizione di questo principio; inoltre si esaminano la legislazione tardoantica, le testimonianze papirologiche ed epigrafiche, la letteratura apologetica cristiana, i Basilici e gli scolii bizantini, e la Glossa ordinaria. Lovato mette in rilievo come probabilmente D. 48,19,8,9 (Ulp. 9 *de off. proc.*) sia il risultato di una alterazione giustiniana, finalizzata ad un aggiornamento sul testo di Ulpiano. Sebbene lo stesso Lovato riconosca di non disporre di prove per affermare con tutta sicurezza la effettiva applicazione a Roma del carcere come pena, si può concludere che l'importanza di questo lavoro risieda nell'aver scoperto come, in gran parte, questo divieto sia il risultato di indizi, che sono stati accettati senza discussione, diventando una delle peculiarità del Diritto criminale romano. L'opera si divide in quattro capitoli. Il primo è dedicato allo studio della custodia preventiva all'epoca dei Severi (p. 11 a 73); il secondo, è dedicato allo studio del carcere da una duplice prospettiva, cioè, come mezzo preventivo e come pena (p. 77 a 168); il terzo tratta la sua situazione in età tardoantica (p. 171 a 226); e in fine, il capitolo quarto si occupa dell'analisi delle possibili tradizioni manoscritte del testo ulpiano (p. 229 a 249).

Il primo dei problemi che si impone all'autore è quello della esistenza o meno di criteri riferiti alla condizione sociale o giuridica degli'imputati, e determinativi della decisione di applicare o meno la custodia preventiva o altri mezzi sostitutivi, raccolti in D. 48,3,1 (Ulp. 2 *de off. proc.*)². Secondo Lovato, non si può ammettere l'impiego di questo genere di criteri, perchè le fonti offrono casi dove si osserva come i decurioni sono detenuti [D. 28,3,6,7 (Ulp. 10 *ad Sab.*)] e altri in quali si permette la liberazione degli schiavi i cui *domini* abbiano dato una garanzia e, incluso, di quelli che non hanno potuto favore di questa opportunità per la assenza o per la grande povertà del suo *dominus* [D. 48,3,2,1 (Pap. 1 *de adult.*)]³. Il secondo aspetto che distacca Lovato nel capitolo primo è la frequente confusione che si dà tra *vincula* e *carcere* (p. 19 a 25). La confusione parte delle stesse fonti, già che in alcuni

2. Questo problema, come segna Lovato è stato oggetto di un importante dibattito dottrinale, il cui punto di riferimento è il binomio *honestiores — humiliores* che spesso appare nelle fonti di età imperiale. Certamente le pene applicabile a uno ed altro gruppo sono diverse, ma questo non vuole dire che nel momento della custodia preventiva, anteriore al giudizio, attuasse anche questo trattamento differenziato. D'altra parte, è importante, al nostro avviso, la determinazione di quelli che si includevano in ogni uno di queste categorie. Sul problema *honestiores — humiliores*, cfr. R. RILINGER, *Humiliores — honestiores. Zu einer sozialen Dichotomie im Strafrecht* (München 1988) specialmente p. 83 a 136; cfr. anche la recensione critica a Rilinger fatta da M. BREITONE, *Fra Storia sociale e Storia giuridica*, in *Rechtshistorische Journal* 8 (1989) 35 a 51 e anche U. BRASSIELLO, in *NDN. XII s.v. pena (Diritto romano)* 813.

3. Il termine *decurion* si dà ai membri del Senato municipale. Per potere avere questo incarico si dovevano riunire certi requisiti raccolti da R. MENTXAKA nel suo lavoro *El Senado municipal en la Bética hispana a la luz de la lex Irnitana* (Vitoria 1993) 90-95; d'altra parte, M. NUYENS, in *Le statut obligatoire des decurions dans de droit constantinien* (Louvain 1964) 24 considera ai *decuriones* come parte della categoria degli *honestiores* e dunque, secondo la sua interpretazione, dovevano avere gli stessi benefici penali previsti per gli altri soggetti anche inclusi nel gruppo dei *honestiores*, come per esempio, erano quelli che esercitavano qualche incarico pubblico [D. 48,15,39,10 (Pap. 36 *quaest.*)].

frammenti si impieghino come sinonimi [D. 48,3,3 (Ulp. 7 de off. proc.)]4. Questo ha determinato che autori come Brassiello, La Rosa o Ferrini⁵ abbiano concesso all'incarcerazione la stessa funzione preventiva che ai *vincula*⁶. Tra le pagine 25 e 29, Lovato espone gli altri usi che dei *vincula* si facevano a Roma, e anche gli abusi della prassi, ma si presentano anche i mezzi adottati per remediare la situazione (p. 30 a 37). Di seguito, nel paragrafo quarto del capitolo primo (p. 37 a 53) l'autore procede a dimostrare l'esistenza di un uso limitato della *coercitio* (p. 43), derivato della determinazione precisa di norme di quelli che possono esercitare questo potere D. 2,4,2 (Ulp. 5 ad ed.) e, inoltre, della fissazione di certi presupposti necessari per la sua attuazione D. 48,3,10 (Ven. Sat. 2 de iud. pub.), D. 48,3,5 (Ven. Sat. 2 de iud. pub.). Così pure, nei supposti di *mandatum iurisdictionis* del proconsole ai sui legati (p. 44 a 46), Lovato arriva alla conclusione che, nonostante possa loro delegare la *cognitio* dei detenuti, dovrà essere il proconsole a decidere sulla eventuale liberazione⁷. Per arrivare a questa impostazione, Lovato partine

4. M. BALZARINI, *Pene detentive e "cognitio extra ordinem" criminale*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino* (Napoli 1984) 2868 si accorgi che la confusione si dà nel stesso Ulpiano, chi in D. 48,19,8,9 (Ulp. 9 de off. proc.) differenza tra loro, mentre che in D. 48,3,3 (Ulp. 7 de off. proc.) li impiega come sinonimi. Altri testi dove anche si osserva questo ultimo sono, per esempio, D. 4,6,9 (Call. 2 ed. mon.) e D. 50,16,224 (Ven. 7 stip.).

5. U. BRASSIELLO, *La repressione penale* (Napoli 1937) 386s., 408-415; F. LA ROSA, *Nota sulla "custodia" nel Diritto criminale romano*, in *Syntelesia V. Arangio-Ruiz I* (Napoli 1964) 310; C. FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del Diritto romano*, in *Enciclopedia del Diritto penale* (Milano 1899) 145.

6. U. BRASSIELLO, *La repressione penale* (Napoli 1937) 412, 414-451, si esprime pienamente a favore della funzione preventiva come unico scopo del incarcerationamento, anche in età imperiale, considerando un glossema la espressione *poena carceris* che si trova in D. 48,3,3 (Ulp. 7 de off. proc.). Sul questo brano ha riflettuto anche O. ROBINSON, *Slaves and the Criminal law*, in *SZ.* 98 (1981) 232 chi avverte la contraddizione che si trova nello stesso Ulpiano. Altri autori che, come Brassiello, seguono la lettura che tradizionalmente si fa di D. 48,19,8,9 (Ulp. 9 de off. proc.), e che non sono citati da Lovato in p. 23 s. sono, tra altri, T. SPAGNUOLO VIGORITA, *"Imperium mixtum". Ulpiano, Alessandro e la giurisdizione procuratoria*, in *INDEX* 18 (1990) 149; A. PORTEAU-BITKER, *L'emprisonnement dans le droit laïque du moyen âge*, in *Revue Historique de Droit Français et Étranger* 46 (1968) 390, chi considera il carattere preventivo del carcere romano come ispiratore della funzione che ha la incarcerationazione nel Diritto del Antico Regime; lo stesso scopo lo riconosce O. ROBINSON, *Private prisons*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 15 (1968) 39, ma questa studiosa opina che il brano dove si esprime il divieto del carcere come pena è CJ. 9,47,6,214. Accanto a questa corrente dottrinale si situa un'altra che ammette l'esistenza in età imperiale, dell'impiego delle prigioni con una finalità punitiva, sebbene riconoscendo che la sua importanza come tale è abbastanza limitata. In questo senso si esprime HITZIG, in *RE.* III 2 s.v. *carcer*, col. 1578 e M. BALZARINI, *Pene detentive e "cognitio extra ordinem" criminale*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino VI* (Napoli 1984) 2878-2889 chi, inoltre, aggiunge testi riferiti ad epoca tiberiana [Tac. *ann.* 3,36; D. 47,10,38 (Scaev. 4 reg.), D. 48,19,28,7 (Call. 6 de cogn.)] ed all'età di Antonino Pio [(D. 48,3,3 (Ulp. 7 de off. proc.))] dove si avverte l'uso del carcere come pena. D'altra parte, sono pochi gli autori che come R. VIGNERON, *La société a Perpignano*, in *Labeo* 28 (1982) 261 difendono apertamente una interpretazione di D. 48,19,8,9 contraria allo stabilimento di una proibizione di incarcerationazione e favorevole alla ammissione di questo brano come una indicazione che scosglia l'uso eccessivo della pena detentiva.

7. Tra le opinioni incontra Lovato cita T. SPAGNOULO VIGORITA, *"Imperium*

della interpretazione del *ad se remittant* di D. 1,16,6 pr. (Ulp. 1 *de off. proc.*) come riferito ai *proconsules* e non ai *legati*, come fino adesso si è fatto, perchè se si fosse trattato dei *legati* sarebbe dovuto apparire *proconsules ad eos* (i *legati*) *remittant* (p. 45). Insieme ai limiti della *coercitio*, Lovato segna altre garanzie del imputato, come per esempio, la proibizione di procedere alla *bonorum publicatio* dei suoi beni fino alla condanna [D. 48,20,2 (Call. 6 *de cognit.*)], la conservazione dei suoi *pannicularia* [D. 48,20,6 (Ulp. 10 *de off. proc.*)], la proibizione di un trattamento vessatorio [D. 49,7,1,3 (Ulp. 4 *de apell.*)] o delle torture [D. 48,18,22 (Paul. 1 *sent*)] (p. 50 a 52). L'ultimo degli argomenti trattati per Lovato nel capitolo primo è la situazione giuridica del *in vinculis esse* (p. 58 a 73). L'autore ha come punto di partenza la differenziazione tra *vincula publica* e *vincula privata* che già abbia impostato nelle pagine 22 a 24. Secondo lui, soltanto i *vincula publica* hanno come funzione lo sviluppo della custodia preventiva, perchè questo è un incarico esclusivo dello Stato. L'uso dei *vincula privata* è lecito in certi casi che vengono in rapporto a uno scopo correttivo degli schiavi (CJ. 3,36,5), contro i debitori insolventi (XII *Tab.* 3,3; *Liv.* 23,14,2-4) o sul quelli che dopo la liberazione del nemico non hanno pagato il riscatto [D. 28,1,20,1 (Ulp. 1 *ad Sab.*)]⁸. Secondo Lovato, il soggetto che soffre la custodia preventiva era condotto in prigione e incatenato, almeno fino alla età di Teodosio I (p. 57 s.)⁹. Le *lautumiae* (cioè, la reclusione dei custoditi nella cavità di una rocca) sono equiparate ai *vincula* e provocano, dunque, una situazione di *in vinculis esse*. La ragione si trova nelle conseguenze giuridiche che da questa derivano e che sono esposte da Lovato nel paragrafo settimo del capitolo primo. Tra le conseguenze positive (p. 67) sta la *in integrum restitutio*, la inconfiscabilità dei beni, la validità del suo testamento, la sospensione dei termini di prescrizione delle azioni [D. 44,3,1 (Ulp. 74 *ad ed.*)] e la non considerazione come moroso. Tra gli effetti negativi si trova (p. 68 s.) la proibizione di rendere testimonianze Ω D. 22,5,3,5 (Call. 4 *de cognat.*) = *Coll.* 9,2,2), le limitazioni alla capacità giuridica¹⁰, la diminuzione del valore di mercato degli

mixtum. Ulpiano, Alessandro e la giurisdizione procuratoria, in *INDEX* 19 (1990) 120, 146 n. 53. Secondo il nostro avviso Spagnuolo basa la sua interpretazione su una solida base testuale che riconosce come connesso alla *iurisdictio* delegata il uso anche de una modica *coercitio*. Cfr. T. SPAGNUOLO, *idem* 149 e i testi che là si offrono [D. 1,21,5,1 (Paul. 18 *ad Plaut.*), D. 1,21,1 (Paul. *ad Pap. quest.*), D. 2,1,2 (lav. 6 *ex Cass.*)].

8. Sui *vincula privata*, vedere l'interessante lavoro di O. ROBINSON, *Private prisons*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 15 (1968) 390-428. E' molto conveniente esaminare con attenzione anche D. 50,16,224 (Ven. 7 *stip.*) perchè in questo brano si ammette la divisione dei *vincula* in *publica* e *privata*, mentre nel caso dei *custodia* si prevedono soltanto i pubblici. In questa linea, l'imperatore Zenon considera come reo di lesa maestà quello che avesse un carcere privato (CJ. 9,5,1). Sull'ammissione dei *vincula privata* sugli gli schiavi, cfr. MAYER-MALY, *RE.* VIII A2 s.v. *vincula* col. 2200 e 2203.

9. HITZIG, *RE.* III A2 s.v. *carcer* col. 1581, sebbene riconosce la applicazione delle catene nell'Impero, non considera che quelle dovessero accompagnare necessariamente l'incarceramento, nonostante fosse così nella prassi. D'altra parte, Hitzig ci offre un interessante elenco di fonti sull'incatenamento.

10. Lovato segna, invece, come *per se* la detenzione non aveva effetto infamante (p. 65). Anche in senso restrittivo degli effetti negativi si esprime MAYER-MALY, in *RE.* VIII A2 s.v. *vincula* col. 2206, chi distacca la mancanza di conseguenze giuridiche delle

schiavi [(D. 21,1,48,3-4) (Pomp. 23 *ad Sab.*)] o la possibilità di sostituire il procuratore processuale che si trovasse detenuto [D. 3,3,17-19 (Ulp. 9 *ad ed.*)].

Nel capitolo secondo, Lovato procede ad un profondo studio di D. 48,19,8,9 (Ulp. 9 *de off. proc.*) e all'interpretazione di questo come esempio della funzione preventiva dell'imprigionamento¹¹. L'autore prende come punto di partenza la determinazione precisa di quello che deve intendersi per *poena* nella esperienza romana (p. 87). Questo lo porta a criticare il frequente trattamento del problema da una impostazione costruita sul modello processuale delle *quaestiones perpetuae*, dove ha piena validità il principio *nullum crimen nulla poena sine lege* (p. 83s.). Certamente questo non significa che anche possa essere estrapolato ad altre forme processuali di persecuzione criminale come è, per esempio, il processo cognitorio, dove la discrezionalità del giudicante gioca un ruolo fondamentale nella tarea di criminalizzazione di certi comportamenti e nella creazione di nuove pene (p. 89 s.). E per questo che nell'ambito della *cognitio* criminale sia più conveniente, secondo Lovato, parlare di *iurisdictio* e non di *iudicatio* (p. 90). Lovato arriva a questa conclusione dopo avere fatto un ampio riferimento alle posizioni dottrinali sul rapporto *coercitio-iurisdictio* (p. 78 a 83) dopo che il Mommsen avesse stavilto le differenze tra loro. Per il gran studioso tedesco la *coercitio* è una sanzione imposta per il magistrato con lo scopo di proteggere una determinata prescrizione formale (p. 80 s.)¹². Giofredi, il quale ha lavorato anche sullo stesso argomento, differenzia il *ius dicere*, che indica lo stabilimento di un *ius* che deve essere rispettato nel futuro, dal *iudicare*, che fa riferimento all'accertamento dei fatti presuntamente criminali¹³. Lovato pone in rilievo come nonostante la ampia discrezionalità riconosciuta al preside provinciale, le sue pratiche potevano essere considerate come sviate e, dunque, dovevano essere corrette¹⁴. Questo è il contesto nel quale si inquadra il *de officio proconsulis* di Ulpiano¹⁵. Ma, in qualche caso,

vincula nell'ambito negoziale e nello riferito alla capacità giuridica.

11. Su questo punto è importante avere in conto la interessante osservazione fatta da Santalucia, nel Colloquio di Filosofia penale di Cagliari, secondo la quale incluso il carcere preventivo presenta una natura afflittiva *in re ipsa*; cfr. F. MARINO, *Il colloquio di Filosofia penale a Cagliari*, in *Labeo* 35 (1985) 390.

12. Cfr. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* [Unveränderter photomechanischer Nachdruck der Ausgabe 1899] (Graz 1995) 39, 48 e 897.

13. Su questi concetti è particolarmente interessante la impostazione di F. BETANCOURT, *Derecho romano clásico* (Sevilla 1995) 130s. il quale considera che *dicere* implica un atto di oggettivizzazione e *ius dicere* indica l'insieme di dichiarazioni fatte da un magistrato con potestà, mentre che *dicare* fa riferimento alle dichiarazioni di carattere privato del giudice, le quali hanno unicamente effetti personali derivati della sua *auctoritas*. Betancourt pone in rilievo le diverse fonti dalle quali derivano le dichiarazioni del magistrato (*iurisdictio*) e del giudice (*iudicatio*): nel primo caso da la *potestas*, nel secondo dalla *auctoritas* derivata da un sapere prudenziale concreto.

14. M. BRETONNE, *Fra storia sociale e storia giuridica*, in *Rechtshistorische Journal* 8 (1989) 43 riconosce l'esistenza di una *ratio* o criterio non astratto, che veniva determinato per il costume e raccolto per la giurisprudenza, che serviva da limite alla discrezionalità del giudice cognitorio.

15. M. BALZARINI, *Pene detentive e cognitio extra ordinem criminale*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino VI* (Napoli 1984) 2867, 2887 s. considera che D. 48,19,8,9 (Ulp. 9 *de off. proc.*) è soltanto la opinione di un giurista e non è, dunque una fonte autorizzata per stabilire una proibizione di questa entità; nonostante, Balzarini

la esistenza di la proibizione di una prassi non significa, secondo Lovato, che possa dedursi un implicito divieto della pena di incarcerazione, perchè per potere fare questo è necessario trovare qualsiasi altro indizio (p. 93). D'altra parte, il *maius imperium* e la *plenissima iurisdictio* del preside provinciale si trovano subordinati ai *mandata* del principe. D. 48,19,35 (Call. 1 *quaest.*) raccoglie uno di essi sulla proibizione dei *vincula perpetua* (*ne quis perpetuis vinculis damnetur*) dato da Adriano, cioè, prima della età dei Severi (p. 98s.). L'impiego di *quis* in questo passo può fare pensare che veniva riferita alla proibizione di catene sui liberi e su gli schiavi, ma non è così: infatti, altre fonti dimostrano la legittimità dell'applicazione dei *vincula* sugli schiavi [D. 48,19,8,13 (Ulp. 9 *de off. proc.*); CJ. 9,47,6; 9,47,10]. Soltanto in un momento futuro verà estesa la proibizione di *vincula perpetua* nei confronti dei liberi ad altre supposti di incarceramento (p. 99s.). Nel terzo paragrafo del capitolo secondo, l'autore dimostra la applicazione effettiva della *poena vinculorum* come sanzione punitiva (p. 110 a 128), concludendo che il testo alpiù non doveva fare riferimento ai *vincula* come pena autonoma, bensì a una modalità di un'altra pena, l'incarcerazione, che applicata in una determinata forma (in aggiunta alle catene e di forma perpetua) si era vietato (p. 128). Ma questa interpretazione di D. 48,19,8,9 (Ulp. 9 *de off. proc.*) incontra un importante ostacolo sintattico segnato da Lovato nelle pagine 128 a 130: *in carcere* appare in ablativo, mentre *che damnare* regge accusativo. Questo fa in modo che *damnare* non abbia un referente logico, perchè viene seguito della disgiuntiva *aut* che introduce la proposizione *ut in vinculis contineantur*. Attraverso l'esame dell'opera ulpiniana, Lovato mette in rilievo come Ulpiano non impiega mai l'espressione *damnare aut ut*, mentre lo fa con *damnare ut*. E per questo si può considerare *aut* come una probabile addizione posteriore (p. 130 s.). Detta scoperta fa preoccupare Lovato riguardo le altre possibili alterazioni del testo ulpiniano (p. 132 a 134). Lo studio dei Basilici (B. 60,51,8,9) e degli scolii bizantini rivela come nel Sch. n. 18 appare l'avverbio *διηνεχῶς* che indica perpetuità, il quale fu ommesso dai compilatori giustiniani. Nella stessa linea si esprime lo scolio n. 17 alla voce *δεσμοί*¹⁶. Lovato, in fine, conclude presentando la possibilità di salvare l'omissione esistente nella tradizione testuale della Florentina con il ricorso ad altre tradizioni pregiustiniane, che permetteranno una ricostruzione del testo originale, il quale dovrebbe contenere qualsiasi termino indicativo della perpetuità (p. 135). Secondo l'autore gli riferimenti al carcere come pena dovrebbero essere stati cancellati in epoca tardoantica poichè era necessario per l'aggiornamento degli scritti classici (p. 148). Invece, si trovano testimonianze epigrafiche e papirologiche sulla pena carceraria (150 a 156) e la sua esistenza è anche posta in rilievo dall'apologetica cristiana del secolo III (p. 157 a 168). Infatti, Lovato sa che non si tratta di testi giuridici ma deve comunque tenerli in considerazione, perchè citano il carcere tra altre pene,

riconosca allo stesso tempo che o sia poco probabile interpretare tale opinione di Ulpiano come un suggerimento agli organi di giurisdizione criminale provinciale in contrasto ai mandati imperiali.

16. Infatti, la consultazione dei Basilici e degli scolii risulta di grande utilità, forse non sempre sufficientemente apprezzata da tutti i romanisti che non hanno saputo sfruttare le possibilità che ci offre queste bellissime fonti; cfr. le conclusioni di BALZARINI, *Pene detentive e "cognitio extra ordinem" criminale*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino VI* (Napoli 1984) 2871 s. estrae del suo esame ai Basilici di D. 48,19,8,9 (B. 60,51,8) e agli scolii anonimi riferiti al passo.

come la *relagatio*, i *vincula* o le *bestiae* che vengono impiegate nella persecuzione dei cristiani (p. 160).

Nel capitolo terzo, Lovato affronta lo studio dell'incarceramento in età tardoantica (p. 171 a 226). Parte dell'esame dell'orientazione, la quale nasce con Costantino e si sviluppa fino a Giustiniano, che prevede un uso limitato dell'incarcerazione (CTh. 9,3,1 pr. = CJ. 9,4,1 pr.-3) stabilendo un uso limitato delle catene, tranne *si criminis qualitas etiam catenarum acerbitatem postulaverit* (CJ. 9,4,1 pr.-3)¹⁷ e si cerca di migliorare le condizioni dell'incarceramento (pulizia delle celle, persecuzione dei funzionari corrotti, etc.) (p. 178 a 180). Lovato nega che l'adozione di questa nuova posizione sia dovuta all'influenza del Cristianesimo (p. 177). Ne è conforme il fatto che Costantino continuò a riconoscere il potere punitivo dei *domini* sugli schiavi (CTh. 9,12,1 = CJ. 9,14,1; CTh. 9,12,2) e che, d'altra parte, il Cristianesimo considerasse la schiavitù come parte dell'ordine naturale¹⁸. Secondo l'autore, questo orientamento risponde a uno scopo propagandistico. Perché, da un lato, Costantino ritiene che l'unica garanzia del buon funzionamento delle istituzioni è la creazione di un sistema punitivo rigoroso, e, dall'altro reputa necessario stabilire garanzie che in certa misura riducano l'impopolarità che l'indurimento della repressione criminale implicherebbe (p. 181s.). La corrente inaugurata da Costantino sarà seguita dai suoi successori, benché Costanzo continuerà ad attribuire al carcere una funzione punitiva (CTh. 2,1,1)¹⁹. Teodosio I dichiarerà il Cristianesimo religione ufficiale nel 380. A lui si attribuisce una costituzione dove si esprime la necessità di applicazione di una *velox poena* ai colpevoli e la liberazione degli innocenti (CTh. 9,3,6 = CJ. 9,4,5). Questo passo è interpretato per l'autore, in relazione anche con CTh. 9,3,1 pr. = CJ. 9,4,1, pr.-3, come una proibizione implicita del carcere come pena (p. 198s.)²⁰. Dopo il 380 ci troviamo con la consolidazione della struttura organizzativa della Chiesa, che intenta fare coincidere i suoi momenti liturgici con il calendario civile (p. 201s.). In materia di incarcerazione si arriva facilmente a un intendimento, per ché con la liberazione dei detenuti per certe feste cristiane, lo Stato riesce a sfollare li carceri. Parallelamente si sviluppa una legislazione sull'ammnistia che esalta la *humanitas* imperiale (p. 203). Finalmente arriverà Giustiniano, per il quale era fondamentale un maggiore rigore nella attribuzione di competenze giudiziale e nella osservazione delle costituzioni imperiali (p. 220). Altre espuesto, Giustiniano stabilisce un sistema di garanzie raccolte per Lovato nelle pagine 222 a 226 e consiste nella proibizione di detenzioni senza un ordine del magistrato o *dei defensores civitatum* (CJ. 1,4,22 pr. = CJ. 9,4,6 pr.), nella necessità di

17. Matizzazione che appare nel testo giustiniano e non nel *Codex Theodosianus*.

18. Ma a nostro avviso sono cose diverse l'ammissione della schiavitù e il fatto di favorire le limitazione dei supposti di carcerazione.

19. Lovato interpreta *quod innocentibus miserum, noxiis non satis severum cognoscitur* (CTh. 9,3,1 pr. = CJ. 9,4,1 pr.-3) come espressione delle posizione costantiniana contraria al carcere punitivo. Però secondo noi non deve dimenticarsi che l'imperatore riconosce l'efficacia del *ius corrigendi del dominus* (CTh. 9,12,1 = CJ. 9,14,1). Più che una non ammissione del carcere come pena, in CTh. 9,3,1 pr. = CJ. 9,4,1 pr.-3 si esprime l'opinione favorevole di Costantino sull'applicazione limitata.

20. Invece, dal nostro avviso, la necessità di una *velox poena* non significa che non si possa applicare l'incarceramento come pena, perché questo può essere più o meno prolungato, ma non necessariamente lungo.

accertare le cause della detenzione (CJ. 1,4,22,1 = CJ. 9,4,6,1), la affissione di un termino massimo di detenzione in sei mesi e la possibilità di evitarla presentando fideiussori (CJ. 9,4,6,4) e anche si prevede la reclusione in un carcere pubbliche di quelli che hanno avuto un altro sotto custodia in un carcere privato (CJ. 9,5,2). Lovato pone in rilievo come in questo supposto siamo chiaramente davanti ad un impiego del carcere con finalità sanzionatoria (p. 224). Inoltre, si stabilisce la necessità di concludere in un massimo di due anni le cause criminali o, al contrario, procedere ad assolvere all'imputato (CJ. 9,44,3) asi come la proibizione dell'incarceramento preventivo di donne (Nov. 134,9,1). Nel capitolo quarto (p. 229 a 249), l'autore fa una profonda analisi testuale di D. 48,19,8,9, della Glossa ordinaria e del caso di Manilio che appare in CJ. 2,11,1 e negli *Appendices Legis Romanae Visigothorum* (C Greg. 1,12,33). Rispetto a D. 48,19,8,9 (Ulp. 9 *de off. proc.*) Lovato propone due ipotesi esplicative sull'inserzione di *aut*. Da una parte la sua inclusione si può attribuire ad un lettore del brano che volendo aggiornarlo unisce l'encantamento nella stessa proibizione generale (p. 230s.). Ma questa impostazione presenta una importante obiezione sintattica, perchè carcere e *vincula* non appaiono concordati con *damnare* e sembra molto difficile ammettere che l'autore non avvertisse questo (p. 232s.). La seconda ipotesi consisterebbe nella accettazione di *aut* come una inclusione involontaria prodotta per la similitudine di scrittura e di pronuncia tra *aut* e *ut* (p. 233). L'analisi della Glossa ordinaria, d'altra parte, pone in rilievo che probabilmente i suoi autori lavorarono con una tradizione diversa della Florentina, perchè il termino *carcer* appare nella Glossa coordinato con *damnare* e, inoltre, *vinculis* viene interpretato, in nota marginale, come *vinculis perpetuis* (p. 235s.).

Del suo approfondimento sul D. 48,19,8,9 (Ulp. 9 *de off. proc.*), del suo confronto con i Basilici, gli scolii bizantini e dell'esame del contesto e della sua tradizione testuale, Lovato arriva alla conclusione che il consacrato principio della proibizione dell'impiego del carcere come pena nel Diritto romano si fonda soltanto su indizi (p. 24)²¹. Secondo la interpretazione di Lovato, il *De officio proconsulis* di Ulpiano avrebbe raccolto unicamente la proibizione di incarceramento accompagnato di catene e con carattere perpetuo. Sono stati i compilatori coloro i quali, come risultato di una orientazione che comincia in epoca tardoantica, hanno esteso il divieto a tutti i supposti di incarcerazione e quelli che omisero il requisito della per petuità, perchè il riconoscere al carcere soltanto una funzione preventiva la perpetuità non aveva senso.—Rosario de CASTRO-CAMERO

Lygia NÉGRIER-DORMONT & Stamatios TZITZIS, *Criminologie de l'acte et philosophie pénale. De l'ontologie criminelle des Anciens à la victimologie appliquée des Modernes*, "Préface" de Hans-Albrecht Schwarz-Liebermann von Wahlendorf y "Postface" de George C. Christie, Paris, Litec, 1994, XVII+182 pp.

Lo primero que en estas líneas ha de registrarse relaciona con el demostrado provecho que la colaboración intelectual entre cultivadores en áreas

21. Il pericolo di un esame delle fonti partendo de pregiudizii dogmatici è stato esposto da B. Santalucia nel Colloquio di Filosofia penale a Cagliari; Cfr. F. MARINO, *II Colloquio di Filosofia penale a Cagliari*, in *Labeo* 35 (1989) 390.