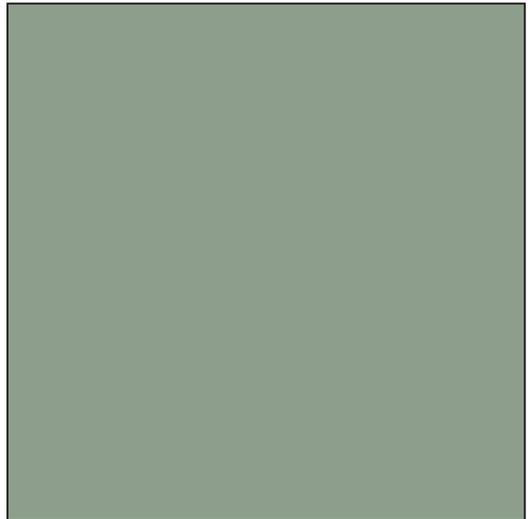


per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

66



MICHELE PIFFERI

*GENERALIA
DELICTORUM*

IL TRACTATUS CRIMINALIS
DI TIBERIO DECIANI
E LA "PARTE GENERALE" DI DIRITTO PENALE

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da BERNARDO SORDI

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME SESSANTASEIESIMO

MICHELE PIFFERI

GENERALIA DELICTORUM

*Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani
e la "Parte generale" di diritto penale*



Milano - Giuffrè Editore

ISBN 88-14-12298-9

TUTTE LE COPIE DEVONO RECARE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2006

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

ai miei genitori

INTRODUZIONE

I. *Generalia delictorum* è l'espressione con cui i giuristi del tardo diritto comune indicano principi, regole, istituti fondamentali del diritto penale. Prodotto dell'*interpretatio* e dell'elaborazione teorica della dottrina, tali caratteri generali maturano lentamente nella criminalistica grazie ad un'opera d'astrazione applicata alla varietà dei casi previsti nelle fonti romano-canoniche, disciplinati negli statuti e regolati nei giudizi. Il metodo sistematico e l'approccio didattico orientato alla conoscenza deduttiva dai *generalia* agli *specialia*, favoriscono nel Cinquecento un nuovo modello d'esposizione dei *criminalia*: al fianco delle *practicae* si pubblicano *tractatus* e *lecturae* che presentano uno stile originale per il tentativo di descrivere il *delictum* in astratto, individuandone caratteri fondamentali, elementi costitutivi, forme di manifestazione riferibili non ad un particolare episodio criminoso o ad una specifica fattispecie, ma alla generalità dei reati.

Al processo di separazione tra diritto penale materiale e processuale si associa la configurazione di uno spazio speculativo sempre più esteso dove i giuristi elaborano una teorica del delitto servendosi degli argomenti logico-dialettici, delle *causae*, delle *distinctiones*, delle *definitiones*. L'emersione dei *generalia* rappresenta un momento di svolta nella storia del diritto penale, segna una cesura con la frammentazione casistica delle pratiche medievali e apre feconde opportunità sistematiche. La discussione dei giuristi si arricchisce di nuove *quaestiones* e di *loci* che rinviano a diversi argomenti: affiorano con contorni più netti gli istituti del dolo, della responsabilità, del concorso, del tentativo; il rapporto tra fatto e colpevolezza, la causalità nell'offesa, la legalità del divieto e della pena sono temi sui quali si sviluppa un ampio dibattito. Il XVI secolo segna dunque, nella disciplina, un'apertura al moderno sia nei contenuti che nel metodo e rischia di essere assunto dalla storiografia come inizio di

un percorso che giunge senza soluzioni di continuità sino alla riflessione contemporanea.

Generalia delictorum e parte generale di diritto penale, per l'assonanza e la somiglianza funzionale, sono state spesso accostate, sovrapposte, identificate da un desiderio di fondazioni antiche forse troppo ideologizzato o forse poco attento alle peculiarità di ogni esperienza storica. La valorizzazione del filo di continuità che nell'elaborazione dei *principia* lega il diritto contemporaneo all'epoca pre-moderna riceve nuovo impulso dalla prospettiva di un diritto penale sovranazionale. Nel titanico odierno impegno della scienza giuridica per elaborare un diritto penale europeo, capace di corrispondere agli avvenuti processi d'unificazione politica e di contrastare la criminalità globalizzata con adeguati strumenti penali e sanzionatori, così come nella discussione che accompagna la costituzione del Tribunale penale internazionale, ritorna con stringente attualità la questione della parte generale e dei relativi modelli. Interessante, per lo storico che osserva il dibattito in corso, il fatto che autorevoli voci proponano un confronto di metodo con i *generalia* del maturo diritto comune, nella ricerca di un approccio al giuridico svincolato dalla supremazia del dato positivo e fondato, piuttosto, sulla condivisa *koinè* culturale ⁽¹⁾. Contemporaneamente, sul fronte interno, l'ormai annoso impegno che coinvolge il legislatore e soprattutto la scienza giuridica nel progetto di riforma del Codice Rocco, sottopone la parte generale a critiche, proposte di revisione e aggiornamento, ripensamenti del suo necessario rapporto con le fattispecie di parte speciale, con i valori costituzionali, con la più aggiornata e diffusa dottrina, con i consolidati orientamenti giurisprudenziali interni ed europei. La crisi dello stesso modello codicistico, depotenziato nel suo organico carattere di completezza dal proliferare di leggi speciali e dall'indebolimento della tenuta sistematica, si ripercuote in valutazioni sulla forma, la natura, la

⁽¹⁾ Per la rivalutazione metodologica della storia del diritto penale in prospettiva europea cfr. A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 31, 2002, II, specie pp. 529-536, dove si sottolinea come l'approccio storico-culturale al diritto criminale favorisca tra i giuristi la formazione di una « grammatica penale condivisa » (p. 532) e la disponibilità verso un sistema comune di fonti.

funzione dell'*Allgemeiner Teil* e dei principi che contiene. Argomento di estrema attualità scientifica, la parte generale è dunque bersaglio di un serrato fuoco di fila, oggetto di studi differenziati e di disparati approcci disciplinari.

Non sembra, tuttavia, metodologicamente corretto un accostamento così diretto tra prime formulazioni dei principi generali nel XVI secolo e odierne dinamiche legate alla creazione teorica di una parte generale nel diritto interno o europeo. Occorre piuttosto accostarsi allo studio storico dei *generalia* cinquecenteschi con uno sguardo duplice, rivolto da un lato all'indietro, verso il confuso ma ricco apparato penalistico del diritto medievale, e dall'altro in avanti, proiettato verso le costruzioni umanistiche e giusnaturalistiche. Solo così è possibile cogliere il senso delle prime sperimentazioni metodiche, scoprirne le ragioni e gli obiettivi, leggere i tratti tipici di alcuni autori in un determinato contesto e riconoscere le intuizioni destinate a fortune di lungo periodo.

La ricerca storica sulle origini della parte generale, condotta alla luce di una storiografia penale sempre più cospicua e attenta a combinare il dato tecnico con il profilo culturale, politico e sociale, aggiunge ulteriori spunti di riflessione e complica il quadro ricostruttivo basato su analogie e parallelismi diacronici. L'intento del presente studio non vuole essere quello di tracciare una linea di continuità tra la criminalistica medievale e i problemi attuali, quanto piuttosto quello di ricostruire il faticoso periodo della gestazione dottrinale di *principia* e concetti di diritto penale materiale, di indagare la genesi dei *criminalia* e della teoria generale del reato. Centrale, in questo senso, è la figura di Tiberio Deciani, considerato il primo grande criminalista moderno proprio per l'elaborazione di una parte generale nel suo *Tractatus criminalis*. Non si può certo rinvenire, a livello né tecnico né contenutistico o argomentativo, una lineare evoluzione tra i *generalia* decianeî e le parti generali dei Codici; si può tuttavia affermare, con altrettanta convinzione, che la *methodus* del *Tractatus* rappresenta un archetipo dogmatico destinato a consolidarsi nel moderno.

Il Cinquecento, indicato come « fase edificatoria » dell'esperienza di codificazione, avrebbe avviato due essenziali processi scientifici che segnano anche altrettanti passaggi teorici: quello dal 'particolare' al 'generale' « per astrazione dei connotati caratteriz-

zanti » e quello dai ‘paradigmi criminali’ alle ‘categorie dogmatico-penali’ « *per tipizzazione* delle modalità di lesione più intollerabili del bene comune »⁽²⁾ (la sovranità prima, poi i diritti soggettivi e, da ultimi, i beni giuridici). Il *Tractatus* di Deciani rappresenta il prodotto più compiuto di tali tensioni: momento genetico di quel criterio astrattivo-concettuale che è alla base dell’odierna teoria classica del reato e che vedrà poi nella formalizzazione di Beling il suo culmine, sembra dunque aprire una via destinata ad affermarsi nel moderno ed offrire, oggi, l’esempio metodologico di un sistema penale elaborato scientificamente senza un’unica, positiva legge sovrana di riferimento. La chiave di lettura per comprendere le ragioni storiche della sistematizzazione operata dal professore friulano e per giustificare il persistente interesse che i penalisti le riservano, deve essere cercata proprio nel rapporto tra compito creativo ed ordinante della *scientia iuris* e ruolo del legislatore nell’assetto politico costituzionale. Il trattato deciano dimostra come i *generalia*, pur in assenza di Stato o in mancanza di un organismo legiferante sovrastatale, possono comunque essere elaborati attraverso procedimenti logici di astrazione e tipizzazione, che colgano nella diversità dei casi e delle discipline speciali i tratti comuni, i caratteri sostanziali, i *principia*.

II. Nella storiografia la figura del giurista udinese è stata, ed è tutt’ora, considerata in riferimento a due particolari differenti profili: il confronto tra umanesimo giuridico e tradizione del *mos italicus*; la maturazione della scienza criminale come disciplina autonoma, apogeo della penalistica di diritto comune. Nell’arco temporale compreso negli ultimi settanta anni, dal primo studio di Antonio Marongiu del 1934 al recente Convegno di Udine⁽³⁾, Deciani è stato inquadrato sia come intelligente apologeta della

(2) C. E. PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la « Parte generale » di un Codice penale dell’Unione Europea*, in « Riv. it. dir. e proc. pen. », 2000, 2, pp. 471-472.

(3) Il riferimento è al contributo di A. MARONGIU, *Tiberio Deciani (1509-1582). Lettore di diritto, consulente, criminalista*, in « Rivista di storia del diritto italiano », VII, 1934, pp. 135-202, 312-387 e al Convegno tenutosi nella città friulana nel 2002, i cui atti sono ora pubblicati nel volume *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero giuridico moderno*, a cura di M. Cavina, Udine, Forum, 2004.

giurisprudenza consultiva e dello stile del miglior bartolismo, sia come ‘padre’ del diritto penale moderno ⁽⁴⁾, antesignano di un approccio ai *criminalia* che si sarebbe consolidato solo due secoli più tardi.

Due immagini quasi contraddittorie, che esaltano l’una la continuità con la tradizione e l’estrema difesa di una realtà giuridica al tramonto, l’altra la premonizione di tempi nuovi per la scienza penale e il precorrimto di nette partizioni contenutistiche che troveranno una loro compiuta formulazione solo molto più tardi, alle soglie del XIX secolo. Quella di Deciani si rivela un’esperienza complessa, dalle molteplici chiavi di lettura, che risente dei mutamenti profondi della *scientia iuris* nel Cinquecento e che, ad un tempo, riflette tutte le ambiguità, i compromessi, i difficili equilibri di un momento di cambiamento. Nei cinque volumi di *Responsa*, nell’*Apologia pro iuris prudentibus, qui responsa sua edunt* (pubblicata unitamente ai primi tre volumi di *Responsa* nel 1579) e nel *Tractatus criminalis* (stampato postumo nel 1590 ⁽⁵⁾), uniche sue opere edite, l’Autore dimostra formazione completa, erudizione umanistica, piena conoscenza dei dibattiti e delle dispute del suo tempo.

Difficilmente comprensibile se interpretato con le etichette storicamente poco efficaci del conservatore o dell’anticipatore, Deciani deve essere letto all’interno della trama di relazioni accademiche, incarichi pubblici, interessi e attività che intrecciano la sua vicenda: l’ambiente dello *Studium* patavino in cui studia e insegna, i progetti politici di Venezia nella Terraferma, l’appartenenza al *Collegium*

⁽⁴⁾ Così, tra gli altri, F. SCHAFFSTEIN, *Tiberius Decianus und seine Bedeutung für die Entstehung des Allgemeinen Teils im Gemeinen deutschen Strafrecht*, (1938), ora in Id., *Abhandlungen zur Strafrechtsgeschichte und zur Wissenschaftsgeschichte*, Aalen, Scientia Verlag, 1986, pp. 199-226; F. CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Bari, Laterza, 1986, p. 300.

⁽⁵⁾ *L’editio princeps* del *Tractatus criminalis*, composto nel 1572 secondo la ricostruzione cronologica di Marongiu, è stata pubblicata postuma ad opera del figlio Nicolò, a Venezia nel 1590, per i tipi dei fratelli Giovanni e Andrea Zenarii; in seguito vi saranno altre quattro edizioni che non presentano alcuna differenza testuale: Venetiis, apud F. de Franciscis senensem, 1590; Francofurti, Fischer, 1591, accresciuta dal Brederode; Augustae Taurinorum, apud haeredem N. Bevilacqua, 1593; Venetiis, apud haeredes Hieronymi Scoti, 1614, utilizzata nel presente lavoro e da qui in avanti citata solo come *Tractatus criminalis*.

iuristarum di Padova, gli *officia* ricoperti, il clima post-tridentino e i particolari rapporti tra Serenissima e Chiesa di Roma nel Cinquecento. Una pluralità di stimoli, di influenze, di pressioni, che tuttavia permette di ricostruire un'immagine unitaria e coerente del giurista, capace anche di offrire nuovi spunti per interpretare il significato del *Tractatus criminalis*. L'opera penalistica recupera storicità e vitalità proprio nella misura in cui essa è collocata all'interno del percorso complessivo dell'autore, espressione di una visione globale del ruolo del giurista, che coinvolge tanto il profilo tecnico e metodologico quanto la dimensione politica e costituzionale della sua *scientia*.

La presente ricerca muove, dunque, dall'opportunità di verificare alcuni assunti di una storiografia non più recente ma poi costantemente ribadita, con l'obiettivo particolare di risalire alle ragioni e ai fondamenti della parte del *Tractatus* considerata più innovativa, ovvero ai capitoli del libro secondo comunemente descritti come primo esempio di 'parte generale' di diritto penale. Il tema dei *generalia delictorum* appare cruciale per la dottrina del Cinquecento, catalizzatore delle istanze sistematiche e ordinanti d'impronta umanistica, ma anche cardine di un modello di giustizia criminale che riflette le tensioni tra pretese accentratrici degli Stati o dei Principi e prerogative ordinanti dei giuristi. Un argomento tutto ancora da indagare, dove il ricco apparato di fonti, regole e interpretazioni formatosi da Gandino in avanti è rimodellato in funzione di più razionali schemi conoscitivi, dove tra le soluzioni tecniche trovano spazio anche principi programmatici e scelte di politica criminale.

III. Informazioni utili per risalire alle ragioni dello stile e insieme del progetto giuridico del *Tractatus* vengono dall'analisi 'a tutto tondo' della formazione culturale di Deciani. Il suo percorso intellettuale va collocato nel contesto universitario padovano, dove si apre alle proposte dei *neoterici* Culti, è coinvolto nelle sperimentazioni didattiche, tocca con mano l'interferenza di Venezia nell'elaborazione del proprio programma politico attraverso i canali dell'educazione giuridica. Occorre non solo una precisa ricognizione biografica ⁽⁶⁾, ma anche una lettura trasversale che ponga le attività

(6) Ad essa, peraltro, già aveva provveduto P. ANTONINI, *Di Tiberio Deciano celebre*

di Deciani in relazione alle tendenze dottrinali, alla situazione universitaria, alla realtà politico-istituzionale, così da poter dare del trattato una spiegazione 'storicizzata' e perfettamente coerente con il profilo dell'autore. L'udinese è, infatti, un protagonista assoluto della scena accademica, professore di prestigio e membro dei Riformatori dello *Studium* in un'epoca in cui esso accentua la dipendenza amministrativa dalla capitale, attiva nuove *lecturae* nell'organizzazione dei corsi, introduce differenti moduli d'insegnamento. Lettore di diritto criminale per due anni e poi stabilmente titolare della cattedra di civile, inserito nell'*élite* intellettuale cittadina che s'interessa di *humanitates*, conosce le esigenze di un rinnovamento didattico e accoglie con moderazione gli inviti dei fautori del *mos gallicus* per un diritto più colto, integrato con la filosofia, la storia, la filologia. Ciò che maggiormente interessa per la comprensione dello stile del trattato criminale è, tuttavia, la sua attenzione al problema dell'*ordo* e della *methodus* nell'impostazione dell'opera.

Deciani è legato alla tradizione del diritto comune, se ne sente parte e la difende, ma matura al contempo la consapevolezza delle potenzialità ordinanti di nuovi statuti epistemologici, mostrando aperture nei confronti dell'aristotelismo padovano. Cerca un equilibrio tra *empirici*, *methodici* e *dogmatici*, attento a conservare alla *scientia iuris* un profilo alto, un ruolo primario nella gestione dell'esperienza giuridica. Applicato ai *criminalia*, questo suo stile si traduce in un approccio del tutto originale, in una sperimentazione metodica che esce dai binari consolidati delle *Practicae* e delle distinzioni casistiche per seguire, almeno in parte, la via della sintesi concettuale, degli *universalia*, degli elementi generali (7). Un approccio innovativo per il diritto criminale che, tuttavia, non può considerarsi casuale o estemporaneo ma s'inserisce, piuttosto, in un processo di profonda trasformazione della disciplina, fatta oggetto nel Cinquecento di una diffusa fioritura di *lecturae*. Al di là dello specifico rapporto tra le lezioni penalistiche decianee — peraltro

giureconsulto udinese, Bassano, Tipografia Baseggio, 1858; successivamente, Marongiu nel saggio sopra citato (nt. 3) e E. SPAGNESI, *Deciani Tiberio*, in « Dizionario Biografico degli Italiani », 33, 1987, pp. 538-542.

(7) Gli intrecci tra Deciani e l'umanesimo e le ricadute di tale rapporto culturale nel *Tractatus* sono oggetto del Capitolo I. I-III.

limitate allo spazio di due anni — e il *Tractatus*, interessa in questa ricerca cogliere le ragioni del vento nuovo che soffia sui *criminalia* e di cui la specializzazione didattica non è che il naturale portato. Nei programmi di studio le cattedre di criminale appaiono proprio quando l'espansione dei poteri centrali erode la sfera d'autonomia delle Università, interferendo nella nomina dei docenti, nel pagamento degli stipendi, nei diritti degli studenti.

Se il sedicesimo è il secolo più fecondo per la scienza penale, ciò si deve certo al momento di maturazione interna della dottrina e alla raggiunta indipendenza dagli schemi civilistici, ma un fattore altrettanto importante va cercato nell'ascesa di formazioni politiche che sfruttano con consapevolezza sempre maggiore le potenzialità di controllo sociale dell'apparato penale. Nel meccanismo di selezione dei comportamenti illeciti e d'applicazione della conseguente sanzione si concentra una delle più efficaci prerogative della *potestas*, della sovranità come carattere peculiare del Principe. Ad una rete di divieti, imposizioni, precetti e pene che s'infittisce, si allarga, si complica corrisponde un diverso modello sostanziale e processuale che necessita di essere insegnato con corsi *ad hoc*, specializzati nel linguaggio, negli strumenti tecnici, nelle abilità pratiche da apprendere ⁽⁸⁾.

In una circolarità tra pratica e teoria che diviene programmato strumento di governo, le *lecturae criminalium* sono affidate per lo più a giuristi organici al potere, che rivestono o hanno rivestito cariche di assessori o giudici del podestà, capaci a loro volta di educare nel sapere tecnico e nella mentalità d'apparato i futuri funzionari e burocrati. I vertici dei nascenti Stati si appropriano delle leve della potestà punitiva e nelle strategie della 'giustizia penale egemonica' ⁽⁹⁾ rientrano tanto i provvedimenti legislativi

⁽⁸⁾ Al rapporto tra le *lecturae criminalium* e la politica assolutistica degli Stati nel XVI secolo è dedicato il Cap. II.

⁽⁹⁾ L'espressione, mutuata dagli studi di Mario Sbriccoli (cfr. per es. M. SBRICCOLI, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medio evo ed età moderna*, a cura di M. Bellabarba, G. Schwerhoff, A. Zorzi, Bologna, il Mulino; Berlin, Duncker & Humblot, 2001, pp. 345-364), indica in modo sintetico i caratteri di autorità, repressione del dissenso e della disobbedienza con la pena pubblica, graduale centralizzazione delle fonti che il diritto penale assume pienamente nel XVI secolo, in contrapposizione alla

quanto i discorsi legittimanti dei *doctores*, la severità delle pene come i corsi universitari nei quali apprendere fondamenti, regole, procedure del diritto della *Respublica*.

IV. Nel Cinquecento il diritto criminale dello Stato si fa più pervasivo, intervenendo a regolamentare una serie sempre più estesa di comportamenti e di situazioni. Il numero dei reati cresce, la pena sanziona con la sua durezza e previene con la deterrente minaccia, la forza probatoria del procedimento *ex officio* s'impone *ope legis* o *de consuetudine* sul rito accusatorio. Un apparato in espansione, promosso e sollecitato dal Principe, ma difficile da imporre e da gestire, per la frammentazione dei poteri e delle giurisdizioni, per i margini d'intervento dell'*opinio doctorum* e dell'*arbitrium iudicis*. Occorrono nuovi strumenti operativi, dispositivi che recepiscano gli scopi e i caratteri del penale 'ordinamentale' e li traducano in costruzioni giuridiche, poiché il sistema delle *Practicae* non è più sufficiente a comunicare e sostenere le politiche penali dello Stato. I giuristi elaborano nuove proposte e provano vie diverse dalla casistica e dalla trama processuale.

In questo panorama s'inserisce il contributo fondamentale di Deciani nel *Tractatus criminalis*: opera di transizione e di passaggio tra il declino della scienza penale di diritto comune e l'inizio di quella moderna, esso è naturalmente un prodotto 'del suo tempo'. Ma proprio perché espressione di una fase di fermenti e sperimentazioni nuove, assume un significato particolarmente importante. È sistemazione e sintesi definitiva del patrimonio di *regulae, principia, opinioniones* che hanno attraversato più di tre secoli da Gandino all'Aretino fino a Marsili, Tiraqueau, Bossi e Claro; ma rappresenta anche l'avvio di un modello stilistico e cognitivo del diritto penale destinato ad una fortuna di lungo periodo nel moderno. Deciani non è accidentalmente 'fuori dal tempo', non intuisce né prevede architetture futuribili: esprime, invece, in modo erudito lo stato della migliore *scientia iuris* del tardo Cinquecento, incarna il tipo di giurista d'apparato che media tra appartenenza corporativa e servi-

'giustizia penale negoziata', gestita privatamente dai *clan* e dalle *familiae*, tendente al risarcimento della vittima, aperta alla vendetta o comunque a soluzioni eso- o infragiudiziali del diritto penale medievale.

zio alla *Respublica*, offre una 'fotografia' fedele del penale in atto riuscendo a combinare la pratica e il dato tecnico con gli strumenti ordinanti, logici, classificatori della dottrina umanistica.

Quello di Deciani è un penale ridotto in sistema, ordinato secondo coordinate originali perché il profilo sostanziale è preferito a quello processuale: la cifra stilistica e l'impianto espositivo segnano una svolta rispetto alla letteratura precedente, mentre nei contenuti e nei temi affrontati prevale la continuità. È proprio questo ambivalente aspetto dell'opera deciana il filo conduttore della presente ricerca: indagare le ragioni della struttura del *Tractatus* in riferimento al messaggio trasmesso, porre le opzioni metodiche in relazione con il progetto di politica criminale sottostante, verificare gli equilibri che l'autore propone tra giurista, giudice e Principe, ricostruire i rapporti istituzionali sottesi al discorso giuridico.

Se è vero, infatti, che occorre riconoscere tanto « la centralità della questione penale in alcune decisive fasi di transizione e di cambio sociale », quanto « la crucialità storica del problema di punire (per l'intreccio strettissimo che esso ha con la vita sociale, con le strategie politiche generali, con i sistemi delle libertà ed altro ancora) »⁽¹⁰⁾, il trattato deciano diviene, allora, una lente attraverso la quale leggere condizioni, progetti e limiti di un sistema criminale che riflette le politiche assolutistiche dei Principi e i programmi dei *doctores* per sostenerle e gestirle nello stesso tempo, per legittimarle e insieme mantenerne il controllo. Anche le soluzioni tecniche e le elaborazioni dogmatiche, cifra imprescindibile dell'esperienza giuridica, assumono la valenza di un linguaggio da decodificare in funzione di una pluralità di fattori e condizionamenti, dalle emergenze pratiche alla difesa del ruolo dei maestri del diritto, dalle necessità di chiarezza definitoria e d'uniformità applicativa ai rapporti tra *delictum* e *peccatum*.

L'impostazione e la struttura del *Tractatus* sembrano rispondere alle attese del *Princeps* nei confronti della giustizia penale: quella di trovare giustificazioni giuridiche che legittimino il cambiamento e teorizzino l'accresciuta forza della sua *potestas*, e quella di rafforzare e provvedere di cautele e armi difensive il nascente Stato moderno

⁽¹⁰⁾ Così A. CAVANNA, *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII) nella più recente storiografia italiana*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 113.

attraverso discorsi stabilizzanti e strumenti operativi. L'architettura razionale dell'opera, tuttavia, rappresenta anche il prodotto delle capacità sistematiche del *doctor iuris*, il risultato di un lavoro di sistemazione dottrinale, la *summa* che compendia *opiniones* e interpretazioni della criminalistica precedente. Nel duplice impegno tecnico-politico volto, da un lato, a trovare nuove categorie per esprimere il carattere del penale principesco e le torsioni autoritarie del sistema, ma finalizzato, dall'altro, alla conservazione del primato creativo della *scientia iuris*, si ritrova la spiegazione della tanto ammirata 'parte generale' del trattato ⁽¹¹⁾.

V. 'Parte generale', *allgemeiner Teil*: i sintagmi evocano inevitabilmente una modellistica moderna e rinviano alle partizioni del Codice maturate nel clima illuministico e giusnaturalistico che si contrappone al diritto comune. Nella cultura giuridica il binomio parte generale/Codice si è consolidato a tal punto che si fatica a concepire una loro possibile scissione, un'indipendenza di percorsi genetici, una formazione che parte parallela e solo dopo si interseca. Per lo storico l'eredità dell'assunto è pesante, costringe a calibrare le parole, a misurare le frasi per non incorrere in evidenti anacronismi o incappare in improbabili forzate anticipazioni. La parte generale prima del fenomeno codificatorio è un qualcosa di necessariamente incompiuto e imperfetto: è 'una sorta di', una 'cosiddetta', una '*ante litteram*'.

Nel diritto penale, poi, la solidità della coppia è ulteriormente cementata dalla funzione garantista che la parte generale assume nel Codice, come solenne affermazione dei principi di legalità, tassatività, determinatezza e dei loro principali corollari di riserva di legge e di irretroattività della legge penale. Regole che presuppongono un legislatore 'assoluto' ed esclusivo, leggi tese a definire rigorosamente le fattispecie, un apparato giudiziario diretto ad applicarle in modo uguale per tutti, processi formali senza spazio discrezionale per il giudice: regole che presuppongono, in altre parole, lo Stato. In questo quadro i concetti recepiti nella parte generale codificata acquistano un ruolo normativo, cogente nei confronti delle disposizioni di parte speciale e vincolante per l'interprete: essi hanno

⁽¹¹⁾ Il capitolo III è dedicato all'analisi della struttura e delle ragioni storiche e giuridiche dei *generalia delictorum*.

specifiche ragioni politiche (protezione degli individui e funzione d'equità) e tecniche (ulteriore tipicizzazione delle norme di parte speciale, definizioni generali, economicità del sistema) ⁽¹²⁾.

Discutere di una parte generale nel *Tractatus* deciano in questi termini è ovviamente assurdo, mancando non solo le caratteristiche interne, ma anche, e soprattutto, le coordinate esterne dell'assetto costituzionale moderno. Occorre, dunque, tentare una premessa definitoria: la questione è se sia esistita una parte generale senza il Codice, pre-Codice, e quali caratteri essa abbia avuto. Se, cioè, il fenomeno della codificazione abbia recepito e assunto un'idea di parte generale già presente in dottrina, l'abbia cristallizzata in una forma normativa per poi caricarla di ulteriori e propri significati. Capire, in altri termini, se, storicamente, la parte generale nasca con il Codice o se, piuttosto, sia possibile rintracciarne prima, nella scienza giuridica, una forma prodromica.

È naturale che sulle scelte dogmatiche della parte generale, molto più che sulle singole incriminazioni della parte speciale o della legislazione complementare, tra legislatore e scienza giuridica vi sia un continuo scambio, che l'uno utilizzi teorie, schemi, classificazioni dell'altra e che la seconda rielabori le decisioni del primo. Mentre, infatti, il legislatore si arroga un'ampia libertà nella definizione dei reati in base a strategie di politica criminale dettate da contingenze criminose, temporanee sensibilità politiche, emergenze sociali reali o percepite, deve invece necessariamente ricorrere alle opzioni teoriche più condivise dalla dottrina nella positivizzazione dei principi. Interessa però capire se la parte generale come 'spazio' giuridico abbia avuto una sua autonomia, una funzione propria anche in un'esperienza storica precedente a quella codificata. L'impressione è che nel Cinquecento, in una fase del diritto comune in cui la tradizione del commento si combina con le istanze metodiche dell'umanesimo giuridico, i *doctores* abbiano la volontà e gli strumenti per definire principi generali, per tracciare architetture siste-

⁽¹²⁾ Utile la sintesi in T. PADOVANI-L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, il Mulino, 2002, pp. 15-26. Sul rapporto tra principi generali e parte speciale nella prospettiva di una codificazione europea, cfr. G. DE FRANCESCO, *Profili di una « codificazione » europea dei principi generali della responsabilità penale*, in « Politica del diritto », 1999, 2, specie pp. 327-328.

matiche, per ordinare il materiale depositato dalla tradizione in partizioni razionali che superino la frammentazione casistica procedendo dall'universale al particolare.

Nella ricerca di dati costanti, di strutture portanti delle forme dell'esperienza, emergono le categorie astratte del *contractus* e del *delictum*. I civilisti si concentrano sul modello tipico, sull'unità concettuale, sul contratto *in genere*: ne individuano gli elementi naturali, sostanziali, accidentali, ne indagano la struttura con i procedimenti logico-dialettici, ne distinguono le *species*. Non è un caso che alcuni di questi dottori lavorino nell'ambiente padovano e abbiano contatti accademici proprio con Deciani (Mantica e Moccia sono suoi studenti, Matteacci è lettore di civile nello stesso periodo). Quello che *in civilibus* ha una lunga gestazione, *in criminalibus* è sperimentato per la prima volta da Deciani: il delitto come categoria da porre al centro del sistema penale. L'operazione di sistemazione delle teorie precedenti converge nella costruzione di un concetto sintetico, definito negli *elementa*, unitario, considerato *in abstracto*, nel quale si concentrano i caratteri della rilevanza penale ⁽¹³⁾. Deciani parla di *generalia omnia delictorum*, di *delictum in genere*, inaugurando un *topos* che avrà grande e longeva fortuna nella criminalistica. Il senso della modernità, tuttavia, sta proprio, e solo, nella creazione dell'espedito argomentativo, nell'individuazione dello spazio teorico che potrà poi essere ampliato, modificato, ridiscusso. Il contenitore è proiettato verso il futuro, mentre il contenuto è tutto calato in quel particolare contesto storico; sarebbe, dunque, un errore vedere in Deciani anticipazioni della teoria tripartita del reato ⁽¹⁴⁾ o della nozione di reato in senso formale ⁽¹⁵⁾.

Dopo il *Tractatus* lo spazio indicato come *de delictis in genere*, *de delictis generatim*, *generalia delictorum continens*, *prolegomena delictorum*, sarà più completo e ampio: nello studio del delitto come fenomeno unitario che può riassumere i caratteri delle singole

⁽¹³⁾ Della costruzione concettuale del *delictum* si occupa ampiamente il capitolo IV.

⁽¹⁴⁾ Sostiene una continuità in questo senso F. SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, (1930), Aalen, Scientia Verlag, 1973, p. 35.

⁽¹⁵⁾ Sembra attribuire a Deciani tale merito M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, Cedam, 1996, p. 421.

fattispecie, disciplinerà anche imputabilità, tentativo, *auxilium*, *mandatum*, responsabilità dell'*universitas*. Si consolida un luogo dottrinale, un *topos* dogmatico nel quale illustrare attraverso la teoria generale del reato i cardini del sistema punitivo e la *ratio* della giustizia criminale. Spazio prettamente 'scientifico', dai giuristi pensato, gestito, quasi gelosamente custodito e rivendicato: la legge è in esso assorbita, il discorso e l'impianto teorico prevalgono sul dato normativo.

Se, dunque, è riconoscibile a Deciani una paternità della parte generale, essa va intesa solo ed esclusivamente in questo specifico significato, come spazio di riflessione dogmatica condotta con metodo scientifico sul delitto: in questo senso peculiare intendiamo utilizzare nel prosieguo del lavoro i sintagmi 'parte generale' o 'teoria generale del reato'. L'avvertenza che nel passaggio dall'esperienza di diritto comune a quella moderna, giusnaturalismo contrattualismo e illuminismo andranno a modificare i contenuti e la struttura della parte generale, non inficia la permanenza di una distinzione di fondo tra la parte generale dottrinale e quella codificata, che continua ancora ad essere sentita come vitale per il compito ordinante della scienza ⁽¹⁶⁾. Un'appartenenza, quella della parte generale alla *scientia iuris* e alle sue tecniche, che è stata, comunque, un'intuizione fertile e densa di futuri sviluppi, tanto che ancora oggi si parla dell'« impegno teorico-scientifico profuso dal giurista sulla parte generale e sulle premesse stesse dello *jus puniendi* » come di una « specificità penalistica del rapporto tra scienza giuridica e innovazione legislativa » ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ Il riferimento è a PELLEGRINO ROSSI, *Trattato di diritto penale*, Torino, Bozza, 1859, p. 451: « Nondimeno, si dirà tutte le materie di diritto penale hanno certi rapporti fra di loro; questi rapporti veri, naturali, sono possibili a colpirci; si intendono anche, o si tenta di intenderli, in un libro; senza di ciò, che cosa sarebbe un'opera di diritto penale? Essa mancherebbe d'ordine, di metodo. Si dimentica troppo, insistiamo a dirlo, che un'opera di diritto ed una legge sono cose ben differenti fra loro ».

⁽¹⁷⁾ Così F. PALAZZO, *Diritto penale*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 settembre 1996, Milano, Giuffrè, 1997, p. 315, successivamente pubblicato con il titolo *Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico*, in « Riv. it. dir. e proc. pen. », 1997, 3, p. 697.

VI. I recenti avvenimenti politico-istituzionali legati al processo d'unificazione europea e all'internazionalizzazione del diritto penale hanno rimesso in discussione, a livello sia normativo sia dottrinale, l'immagine monolitica di un binomio inscindibile tra parte generale e legge formalizzata nella struttura del Codice. Si è incrinata, anzitutto, la convinzione che solo il legislatore possa ideare e realizzare l'impresa di costruzione di una parte generale: la crisi del concetto classico di sovranità, unitamente alla frammentazione o distribuzione del potere legislativo provocate dall'estensione delle competenze dell'Unione Europea e dalle attribuzioni degli organi sovranazionali, hanno assegnato alla scienza giuridica un essenziale ruolo creativo. I giuristi ritornano ad essere investiti della funzione di *trait d'union* tra generale e particolare, con l'incarico di elaborare una comune piattaforma teorica condivisa, di procedere alla formulazione di principi generalmente validi, alla definizione di istituti, alla concettualizzazione di categorie, con il compito di preparare, attraverso un complesso lavoro dogmatico, il terreno che anticipi e favorisca poi un'eventuale, peraltro non da tutti auspicata, codificazione penale europea e internazionale ⁽¹⁸⁾. Il dibattito sul Codice

(18) In merito all'opportunità di una codificazione del diritto penale dell'Unione la bibliografia è ormai ricchissima. Un sostegno alla necessità di codificare l'*Allgemeiner Teil* europeo è espresso, tra gli altri, da J. VOGEL, *Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts. Kompetenzrechtliche, methodische und inhaltliche Grundfragen*, in «Juristen Zeitung», 1995, 7, pp. 331-341; A. CADOPPI, *Towards a European Criminal Code?*, in «European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice» IV, 1996, 1, pp. 2-17; A. BERNARDI, *Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive*, in «Annali dell'Università di Ferrara – Scienze Giuridiche», Saggi, III, 1996, pp. 47-57 e pp. 111 ss.; G. DANNECKER, *Der Allgemeine Teil eines europäischen Strafrechts als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft*, in *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, hrsg. T. Weigend und G. Küpper, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1999, specie pp. 142-173; U. SIEBER, *À propos du Code Pénal Type Européen*, in «Revue de droit pénal et de criminologie», LXXIX, 1999, pp. 3-34. In senso inverso, critiche alla prospettiva codificatoria unitaria sono avanzate, ad es., in T. WEIGEND, *Strafrecht durch internationale Vereinbarungen - Verlust an nationaler Strafrechtskultur?*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 105, 1993, p. 774-802; C. ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 2000, pp. 3-16, sostenitore piuttosto del ruolo autonomo e decisivo della scienza penale nel preparare un comune terreno dogmatico, una condivisa 'riserva' di istituti di parte generale; G. DE FRANCESCO, *Internazionalizzazione del diritto e della politica criminale: verso un equilibrio di molteplici sistema penali*, in «Diritto

Penale Modello, così come la chimera del *Corpus Juris* che per alcuni anni ha impegnato i penalisti provenienti dai diversi paesi europei (19), mettono in crisi gli abituali strumenti discorsivi dell'esperienza moderna, mentre riaffiora un frequente, a volte forse troppo affrettato e semplicistico, interesse per modelli storici d'antico regime, in particolare del diritto comune. La centralità medievale della scienza giuridica, il suo ruolo d'edificazione del sistema criminale fondato sul superamento delle diversità normative, ed anzi legittimato proprio da interessenze e regole di combinazione delle fonti nel pluralismo d'ordinamenti, sono prese da alcuni a paradigma metodologico per procedere alla formazione del diritto penale europeo (20).

penale e processo », 2003/1, pp. 5-10, anch'egli scettico rispetto all'idea di 'imbalsamare' in una parte generale europea regole attinenti al settore dei delitti economici, ma favorevole all'opera di aggiornamento ed evoluzione attuata da scienza giuridica, prassi e giurisprudenza.

(19) Si pensa in particolare al "*Corpus Juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea*", redatto nel 1997 da un gruppo di lavoro intereuropeo diretto dalla professoressa Mireille Delmas-Marty e presentato in una seconda versione modificata nel 2000, e all'altro progetto coordinato da Klaus Tiedemann, pubblicato nel 2002 sotto il titolo di "*Diritto penale dell'economia dell'Unione Europea*".

(20) Sull'origine di una dimensione europea della dogmatica penale già dal tardo diritto comune, cfr. i più datati e anticipatori contributi di G. BETTIOL, *Sull'unificazione del diritto penale europeo*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, Cedam, 1968, pp. 8-9 e di A. PAGLIARO, *Diritto penale e cultura europea*, ivi, pp. 150-152; poi H. H. JESCHECK, *Dogmatica penale e politica criminale nuove in prospettiva comparata*, in « L'Indice penale », 1985, pp. 508-509. Più recentemente, a conferma dell'utilità metodologica di quelle intuizioni e con una strumentalizzazione che pare a volte forzare in modo eccessivo l'idea della continuità storica nella formazione di una scienza penale europea, cfr. per es. S. RIONDATO, *Sull'arcipelago neo-medievale del diritto penale della Comunità e dell'Unione Europea. In margine al Corpus Juris per la protezione penale degli interessi finanziari dell'Unione*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*, a cura di L. Picotti, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 97-113. Ancora H. H. JESCHECK, *Nuove prospettive del diritto penale nazionale, europeo e internazionale: quale politica criminale per il XXI secolo?*, Relazione svolta all'Università di Modena e Reggio Emilia il 25 settembre 2002, p. 6 del dattiloscritto in corso di pubblicazione, richiama Gandino, Dietrich e Claro come esempi del medievale *ius commune*, elaborato dalla scienza giuridica sulla base di un sapere condiviso nelle *Universitates*, originario esempio di una « comune convinzione di fondo europea (...) che è stata nuovamente riportata in vita dalla moderna comparazione giuridica ».

Nel diritto interno, parte generale e Codice sono unitamente sottoposte a ripensamenti dogmatici e sistematici nel costante e reiterato tentativo di riformare il Codice penale del 1930. Di nuovo si insiste sulla necessità di stabilire quali siano i compiti e le rispettive autonomie di legislatore e scienza giuridica nel 'laboratorio' in cui il progetto viene pensato e costruito, con particolare attenzione alla parte generale, al contributo che i giuristi possono offrire in termini di coerenza sistematica, di correttezza del linguaggio, di rappresentazione dei problemi cruciali della disciplina; la dottrina, nuovamente, è chiamata a ragionare di metodo e contenuti, di circolarità tra principi di parte generale e delitti di parte speciale, di *ratio essendi* delle due partizioni ⁽²¹⁾. L'estrema urgenza di ripensare morfologia, sostanza e teleologia dei *generalia*, la necessità politica di sperimentare nuove relazioni tra insieme delle regole e corpo dei contenuti, rimettono in discussione l'assunto secondo cui la parte generale sarebbe un peculiare prodotto e una condizione della codificazione illuministica, non separabile né concepibile fuori o

(21) In argomento cfr., per es., F. PALAZZO, *Tra aspirazioni e chimere la ricodificazione del diritto penale italiano*, in « Diritto penale e processo », 1999, 3, pp. 271-273; D. PULITANÒ, *Nel laboratorio della riforma del Codice penale*, in « Riv. it. dir. e proc. pen. », 2001, pp. 3-26; G. FORTI, *La riforma del Codice penale nella spirale dell'insicurezza: i difficili equilibri tra parte generale e parte speciale*, in « Riv. it. dir. e proc. pen. », 2002, pp. 39-75. Aperture ad una « prospettiva policentrica » che abbandoni l'idea tradizionale dell'unicità del Codice a favore di « un sistema aperto o a rete » costituito da diversi sottosistemi, traducibile in « un programma di microcodificazioni », sono espresse in G. FIANDACA, *Problemi e prospettive attuali di una nuova codificazione penale*, in « Il Foro Italiano », vol. CXVII, 1994, V, cc. 1-14; Id., *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in « Diritto penale e processo », 2001, 2, pp. 137-142. Una sintesi del controverso dibattito sulle concezioni di 'sottosistema' penale e sulla sua importanza sia per il rapporto tra parte generale e parte speciale del Codice sia per la creazione di 'micro parti generali' è, da ultimo, in G. LOSAPPIO, *Il sottosistema nel diritto penale. Definizioni e ridefinizione*, in « L'Indice Penale », VII, 2005, 1, pp. 7-34. Critiche verso l'ipotesi di creare sottosistemi normativi di parte generale sostitutivi del Codice con il rischio di tornare al « feudalesimo penale » in cui le garanzie e i criteri di accertamento e valutazione della responsabilità sono diversi a seconda dei tipi d'illecito, sono state recentemente espresse da G. DE FRANCESCO, *Dilemmi e prospettive della codificazione penale. Riflessioni alla luce di un contributo recente*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », XXXV, 2005, 1, in particolare pp. 265-270.

autonomamente dallo stesso Codice di cui è figlia e più tipica manifestazione ⁽²²⁾.

L'odierno declino della statualità del diritto e del modello codicistico ha ormai demolito — mutuando l'espressione di Paolo Grossi — anche questa 'mitologia giuridica': i giuristi ricercano altrove, fuori dagli schemi formali della legge, categorie ordinanti, istituti comuni, presupposti dogmatici e *rationes* che legittimino tanto il loro impianto discorsivo quanto l'architettura di un futuro sistema penale, più rispondente ai mutamenti politici, istituzionali, sociali. Il venir meno delle certezze fondate sul diritto positivo spinge la scienza giuridica a volgersi indietro per trovare, attraverso la storiografia e la comparazione, una possibile alternativa epistemologica per edificare il sapere penalistico: abbandonato l'illuministico giudizio di un diritto criminale medievale irrazionale e crudele, il diritto comune viene ora elevato ad archetipo di uno *ius europaeum* dottrinale e si forza, spesso, il senso di una continuità che avrebbe da sempre contraddistinto, fin dai commentatori, la dimensione comunitaria della cultura penale ⁽²³⁾. Fiume che scorre lento ma senza interruzioni, a volte visibile in superficie altre volte sotterraneo, la *scientia iuris criminalis* sorge nell'alveo dell'Europa culturalmente e religiosamente unificata del Medio Evo e sfocia nell'Europa istituzionalmente integrata di oggi, sempre trasversale, sempre sospinta dai medesimi interessi teorici, sempre fondata sulle medesime radici tecniche e dogmatiche.

La fretta di trovare una base autoritativa al complesso impegno dottrinale di uniformazione dei sistemi penali nazionali, di pensare il

⁽²²⁾ Sostiene tale dipendenza tra parte generale e codificazione anche M. FINCKE, *Das Verhältnis des allgemeinen zum besonderen Teil des Strafrechts*, Berlin, J. Schweitzer, 1975, p. 5.

⁽²³⁾ Secondo M. DONINI, *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in « Cassazione penale », XLIII, 2003, pp. 1816-1817, l'attuale diritto nazionale corrisponde al diritto particolaristico degli statuti comunali, la legislazione comunitaria alla *lex universalis* dell'Imperatore, mentre in sostituzione di un mancante *ius poenale commune* « esiste solo il possibile prodotto, artificiale, della comparazione, un prodotto peraltro non consuetudinario, ma legislativo e formale, anche se desunto da usi interpretativi e sintesi culturali, che potrà assumere come modelli più dominanti o dotati di *vis attractiva*, di volta in volta, alcuni sistemi giuridici o soluzioni giuridiche prevalenti ».

molteplice con un linguaggio unitario, la necessità, in altre parole, di legittimare il ruolo creativo e per lungo tempo dismesso della scienza penale, portano al rischio di troppo semplificanti parallelismi, che espungono dal dibattito la dimensione storica, fatta di cesure, di discontinuità, di faticose acquisizioni dottrinali, di peculiarità proprie di un autore o di un ambiente. Certo l'esperienza giuridica dello *ius commune* ha avuto un'innegabile dimensione europea; il penale di Gandino, tuttavia, non è quello di Marsili o di Claro, né la legge penale o il delitto hanno lo stesso significato in san Tommaso, Deciani o Alfonso de Castro. Occorre prudenza nel trasporre vocaboli, cautela nel vedere 'origini' e 'sviluppi' là dove vi sono fenomeni culturali e giuridici espressione di uno specifico e storicizzato contesto (24). Proprio l'indagine storica porta, infatti, ad ulteriori complicazioni del quadro teorico, contribuendo a rivedere assunti che sembravano intangibili: riceve smentite, per esempio, l'idea secondo cui la distinzione in parte generale/parte speciale ha un significato pratico-funzionale e risponde ad un'esigenza primaria della tecnica di codificazione, alla luce di criteri sia formali che materiali (25). È possibile rintracciare due distinti percorsi nella genesi e nello sviluppo della parte generale, quello scientifico-dottrinale e quello legislativo-codificatorio: non sempre né necessariamente hanno camminato uniti, poiché come esistono Codici senza parte generale, in senso inverso la parte generale può prescindere dalla positivizzazione in un corpo legale. Se l'impeto sistematico del XVI secolo è, almeno concettualmente, alla base di ogni successiva codificazione, è altrettanto vero che la corrente umanistica resta essenzialmente un movimento dottrinale, capace di esercitare tutta la sua influenza a livello metodologico per l'elaborazione dei principi, ma non in rapporto diretto con il pensiero che sorregge i Codici moderni. Il Cinquecento è momento d'avvio di un lungo, complesso lavoro

(24) Insiste su questi avvertimenti, proprio in riferimento ai rischi della nozione di 'parte generale', M. SBRICCOLI, *Lex delictum facit. Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico*, in *Tiberio Deciani*, a cura di M. Cavina, cit., pp. 93-98.

(25) Sui nessi formali e materiali tra parte generale e speciale per la scienza penale che ragiona sul Codice, cfr. per es. H. H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996⁵, pp. 18-19.

d'edificazione teorica del sistema, che procede indipendente dalla sua traduzione in forma codificata almeno fino all'Ottocento e che pare, oggi, riaffiorare *mutatis mutandis* nella sua veste dottrinale pura, spogliata dell'ingombrante struttura legislativa ⁽²⁶⁾.

VII. I meriti 'originari' dell'operazione culturale e metodologica di Deciani sui *generalia omnia delictorum* maturano nel clima vivo del Cinquecento, caratterizzato dal crimine diffuso, dagli scontri di religione, dal Concilio di Trento, dal rapporto di Venezia con la Chiesa di Roma. La sua teorica del delitto è strettamente connessa, come le successive, ad un preciso ambiente, ad una dimensione storica determinata: espressione del 'pensiero giuridico' di quella data esperienza, legata ai fatti concreti e, dunque, alla realtà socio-politica presente, cerca di ordinarla, di ridurla a categorie, di irretirla in modelli e schemi generali di comprensione ⁽²⁷⁾.

Il *Tractatus*, alla luce del profilo scientifico di Deciani, offre come possibile cifra interpretativa dell'opera il rapporto tra il giurista e la legge. Diversi spunti riconducono al nodo problematico dell'atteggiamento della scienza penale di fronte alla presenza sempre più ingombrante del legislatore positivo, che pretende di stabilire in modo esclusivo e perentorio reati, procedure, pene. La *potentia legis circa delicta* condiziona la materia che il giurista vuole regolare, poiché è la legge (in particolare quella scritta) a definire l'area della rilevanza penale. La *lex poenalis* è manifestazione di *publica potestas* e strumento di governo del Principe: l'utilizzo della giustizia come braccio armato del potere politico, mezzo di controllo sociale e di mantenimento del *quietus status civitatis*, si traduce nella moltiplicazione dei provvedimenti prescrittivi, dei divieti, degli ob-

⁽²⁶⁾ Un'analisi storica della parte generale dottrinale e del suo rapporto con la forma Codice, in particolare riferimento al diritto civile ma con accenni anche al penale, è, da ultimo, in M. SCHMOECKEL, *Der Allgemeine Teil in der Ordnung des BGB*, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, I, *Allgemeiner Teil*, §§ 1-240, hrsg. Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, pp. 123-165, in particolare pp. 133-139 per l'apporto culturale della giurisprudenza umanistica.

⁽²⁷⁾ Si utilizzano qui suggestioni che vengono da P. GROSSI, *Pensiero giuridico (Appunti per una 'voce' enciclopedica)*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 17, 1988, pp. 263-269.

blighi imposti, delle pene comminate ai trasgressori. L'inflazione legislativa del XVI secolo in campo penale coincide con l'acquisita coscienza delle sue potenzialità ordinamentali, ma l'irruzione della legge come unica necessaria fonte dell'illiceità penale mette in crisi un equilibrio consolidato e obbliga Deciani a ridefinire la frontiera tra delitto e peccato, tra foro interno e foro esterno ⁽²⁸⁾.

L'esperienza dell'udinese nei confronti della Repubblica è segnata da una costante vicinanza con gli organi di governo, ma anche dalla diversa concezione del ruolo che il *doctor iuris* deve esercitare nell'amministrazione della giustizia e nella produzione del diritto. Il modello giuridico veneziano, fondato sulle consuetudini lagunari, sulle competenze non tecniche ma politiche dei giusti e sapienti nobili cittadini, è costretto a incontrarsi con quello sapienziale e giurisprudenziale della Terraferma, dove è radicata la tradizione di diritto comune e dove il corpo dei dottori giuristi è parte essenziale dell'*establishment* cittadino. La Dominante, dunque, ha bisogno di professionisti per perseguire il suo progetto d'espansione nell'entroterra: occorrono giuristi capaci di elaborare espedienti tecnici e giustificazioni teoriche per sostenere l'ideologia dello Stato, per raccordare il diritto del centro a quello della periferia. Lo *Studium* patavino assume una rilevanza strategica, diventa per Venezia il luogo ufficiale di unione e coesione tra le due realtà, il veicolo di educazione al nuovo assetto costituzionale, lo strumento culturale di propaganda del programma della Serenissima. I docenti veicolano con l'avallo della loro *scientia* l'idea della sovranità veneziana e traducono nel linguaggio e negli istituti dello *ius commune* i piani egemonici della capitale.

Deciani si trova al centro di questi difficili equilibri, direttamente chiamato alla mediazione tra dimensione del potere politico e statuto della scienza giuridica. Gli intrecci sono molteplici: le *lecturae* si sovrappongono agli incarichi di assessore, le cariche istituzionali sono esercitate come membro prestigioso del *collegium iuristarum*. Giurista organico, d'apparato, pronto a cogliere le opportunità che lo Stato gli offre, ma mai disposto a rinunciare al ruolo ordinante della sua *scientia*. Nell'ambito penale la tensione sembra emergere con chiarezza:

(28) È questo l'argomento trattato nel capitolo V. II-III.

proprio attraverso le definizioni, le categorie concettuali e i *principia*, il giurista rivendica uno spazio irrinunciabile d'autonomia, ribadisce le proprie prerogative nell'attività di costruzione del sistema e d'interpretazione della complessa realtà giuridica.

Lex e *doctrina* si confrontano nel *Tractatus* in una fase di transizione della giustizia criminale: Deciani riconosce l'intervento normativo del *Princeps* che crea i reati, ne valorizza la facoltà di determinare l'area di rilevanza penale separando il lecito dall'illecito, ma la *lex positiva scripta* va pur sempre inserita e compresa in un impianto ben più ampio, dove si deve coordinare con l'*ordo* e la *ratio iuris communis*. La *potestas* legislativa della *Respublica* rappresenta il moderno che avanza, ma il *doctor iuris* udinese è ancora convinto che solo la scienza giuridica abbia gli strumenti dogmatici e le risorse argomentative per poter gestire il cambiamento.

VIII. Nella parte speciale come in quella generale, opzioni metodologiche e scelte stilistiche maturano in un contesto di cambiamento profondo della giustizia penale, sia sul piano scientifico-culturale che su quello politico. Il lavoro dogmatico sotteso all'elaborazione dei *delicta* tocca il cuore del sistema criminale del Cinquecento nel passaggio dall'età comune a quella moderna: definire il reato, fissarne elementi costitutivi e peculiarità processuali significa intervenire attivamente sui confini del lecito e dell'illecito, stabilire i margini di libertà dei soggetti, incidere sui meccanismi di controllo sociale e sulla pedagogia della sovranità. La titolarità di tale potere è oggetto di contesa tra diversi attori: il Principe legislatore, i giudici, i giuristi rivendicano, ciascuno con le proprie 'armi', un ruolo privilegiato nell'individuazione del reato. Nella giustizia alto-medievale, vissuta come la risultante dell'attività e dei rapporti di forza tra le parti in causa, fatta di denunce, transazioni, richieste di perdono e intercessioni, essenzialmente fattuale e legata alla dimensione pratica della soluzione delle controversie, non interessa tanto la nozione dei reati, recuperata dalla dimensione consuetudinaria, quanto piuttosto la modalità di composizione tra membri di una comunità della frattura provocata dal comportamento offensivo. Il problema delle *definitiones delictorum* non è sentito come urgente né dai giuristi o dai giudici né dal detentore della *potestas*; non interessa il dato formale del precetto, né la sua completezza, ma la minuziosa

e circostanziata elencazione dei possibili casi cui corrisponda un tariffario di sanzioni, prevenendo così possibili abusi dei magistrati o iniqui risarcimenti.

Nella fase in cui l'intervento penale diviene più autoritario e si passa dalla dimensione delle relazioni orizzontali a quella di un controllo verticale, imposto dall'alto, le fattispecie sono fatte oggetto di strategiche operazioni definitorie, in quanto manifestazioni esterne di un sottostante giudizio di valore. Anche se il legislatore tenta di formalizzare le definizioni dei delitti e le regole processuali in norme giuridiche, non bisogna, tuttavia, sopravvalutare l'autonomia e l'autoreferenzialità del sistema di giustizia principesco, ancora fortemente contaminato dalle norme sociali e soggetto alle *interpretationes* dei *doctores*. L'attività dei giuristi non viene, infatti, ridotta a meccanicistico procedimento di sussunzione dei casi sotto regole prestabilite, ma anzi si orienta verso il complesso processo costruttivo del contenuto tipico dei delitti. Lo scienziato del diritto gioca un fondamentale ruolo di intermediazione tra le *leges* romane, le norme del Principe o degli statuti, gli usi e i casi concreti, tra il diritto e la società, tra la descrizione normativa di un reato e la sua contestualizzazione in riferimento a una serie di elementi variabili soggettivi e oggettivi. Contribuisce in modo decisivo alla definizione dei caratteri essenziali di un illecito, proprio grazie alla sua attività di studio, di valutazione, di mediazione tra volontà del sovrano, organizzazione dei corpi e tradizione giuridica: l'individuazione degli *elementa*, la riconduzione dei *casus* analoghi entro una determinata tipologia delittuosa, la ponderazione degli *accidentalia*, l'influsso del contesto sociale nel quale si è verificato il misfatto e il rispetto delle differenze di *status*, sono tutti fattori che il giurista combina e sintetizza nel tracciare la latitudine di ogni crimine.

La 'scoperta' delle potenzialità ordinanti e del valore pedagogico del penale sostanziale deve collocarsi nel più ampio quadro di riferimento tracciato dalla recente storiografia che ricerca i segni del passaggio dal *droit négocié* al *droit imposé* ⁽²⁹⁾. In particolare il tema

⁽²⁹⁾ Il binomio è mutuato dal titolo del volume *Droit négocié, droit imposé? sous la direction de P. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, che affronta nei diversi saggi il passaggio verso l'età moderna alla luce di queste due categorie. Spunti interessanti per cogliere il significato cruciale delle

della definizione dei reati, emerso con le *lecturae criminalium* e poi esaltato da Deciani, assume un significato centrale perché interseca tutti i fili del sistema, la trama politico-istituzionale con l'ordito dogmatico della *scientia*. La criminalistica del Cinquecento determina una netta cesura rispetto alla dimensione processuale delle *practicae*; la manifestazione più evidente di tale cambiamento traspare nella trasformazione d'importanti profili o regole procedurali in termini concettuali. È, in particolare, il problema della costruzione teorica del fatto tipico, ovvero l'enucleazione dei caratteri propri di ogni fattispecie, ad ereditare ed assorbire orientamenti relativi a due essenziali questioni di rito: il *corpus delicti* e le *qualitates delicti*. Piegato a discorsi sulla *quidditas* e sulla *definitio delictorum*, il complesso apparato di argomenti, vincoli, cautele approntato dai giuristi per costruire il *iudicium* e conformarlo alle esigenze della giustizia medievale, assume nel Cinquecento una funzione dogmatica determinante sia nell'indicazione degli elementi sostanziali sia nella formulazione di nozioni sintetiche dei reati.

Diversi sono i segni che rivelano il graduale ma deciso spostamento della *scientia iuris* sul terreno delle potenzialità impositive e sistematiche del diritto penale materiale. Due sono i profili più ricchi di spunti tecnici nel dibattito cinquecentesco: la derivazione, ormai ampiamente riconosciuta, della nozione di fatto tipico da quella di *corpus delicti* e dagli accertamenti probatori legati alle due fasi

definitiones delictorum nel passaggio dal tempo della *négociation* a quello dell'*adjudication*, nel quale alla giustizia orizzontale risolta dalla comunità con soluzioni endogene si sostituisce la giustizia verticale, dove la centralità del Principe prevale sulle giurisdizioni periferiche e decentrate, sono in X. ROUSSEAU, *De la négociation au procès pénal: la gestion de la violence dans la société médiévale et moderne (500-1800)*, in *Droit négocié, droit imposé?*, cit., pp. 273-312. L'Autore coglie bene, con riferimento particolare all'omicidio ma con riflessioni estensibili anche ad altre ipotesi, i nessi tra definizioni scritte dei *doctores* e tendenza al monopolio statale nella regolazione della violenza, affermando che « le droit savant et écrit apparaît comme une construction intellectuelle (romaine et criminaliste) au service des intérêts du prince » (p. 307). L'opportunità che la storiografia penale si interessi delle dinamiche legate alla costruzione della fattispecie è ribadita da G. SCHWERHOFF, *Die frühmoderne Justiz zwischen Staat und Gesellschaft. Eine Tatungsnachlese*, in *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia*, cit., pp. 365-373, che sottolinea in particolare il contributo creativo della scienza giuridica nel processo di formazione e definizione dei delitti.

dell'*inquisitio* (*generalis* e *specialis*)⁽³⁰⁾; l'assunzione, ancora tutta da indagare, delle qualità che devono essere indicate nell'atto d'accusa come fattori costitutivi dell'essenza di un illecito. I requisiti formali del libello accusatorio o dell'*inquisitio*, relativi alla descrizione dettagliata del *petitum* e dell'accadimento da accertare, vengono ora proiettati attraverso una lente sostanziale sui caratteri del *delictum*, che guadagna in questo modo i tratti della determinatezza e della tipicità. La limitazione dei poteri eccessivi del giudice, così come la selezione dei confini della penalità, sono ora più efficacemente ottenuti mediante la costruzione della fattispecie. Costruzione, è bene chiarirlo, rimessa sempre alla dottrina, chiamata a comporre le opzioni strategiche del Principe con la tecnica del diritto comune, ad esprimere scelte di politica criminale in definizioni astratte ma idonee sia ad indirizzare i pratici che a mantenere vivo il collegamento con la realtà sociale in trasformazione⁽³¹⁾. Descrizione e

(30) Ancora fondamentale sul punto K. A. HALL, *Die Lehre vom corpus delicti. Eine dogmatische Quellenexegese zur Theorie des gemeinen deutschen Inquisitionsprozesses*, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 1933; più recentemente sul tema cfr. A. GARGANI, *Del corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, Giuffrè, 1997. Utili le osservazioni relative alla funzione politico-costituzionale di limite al potere giurisdizionale svolta prima dal *corpus delicti*, poi dalla nozione astratta di fattispecie penale entro una cornice di autonomia del diritto penale sostanziale, in R. ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, in « Riv. it. dir. e proc. pen. », 1996, pp. 574-576.

(31) Sulla costruzione del *Typus* la letteratura penalistica è vasta; come per la parte generale, l'apporto dello studio storico può forse contribuire ad una lettura più critica d'alcuni temi, fornendo elementi d'ulteriore problematizzazione derivanti dall'indagine su processi giuridici che affondano radici nel diritto comune e dalla messa in discussione dell'orizzonte statale moderno come l'unico possibile. L'impegno di alcuni criminalisti del XVI secolo nella formulazione di definizioni d'illeciti, per esempio Damhouder e Deciani, dimostra la consapevolezza dell'importanza di tale operazione giuridica e denota tutto lo sforzo di mediazione tra astratto e concreto, tra diritto e fatto storico, tra universale e particolare che sta alla base del pensiero tipologico. In questo caso, però, è il giurista a compiere ciò che in A. KAUFMANN, *Analogia e « natura della cosa »*. *Un contributo alla dottrina del tipo*, (1965), Napoli, Vivarium, 2003, specie pp. 53-72 è considerato compito del legislatore, ovvero a costruire la fattispecie tipica, a « plasmare in forma normativo concettuale » gli accadimenti concreti, a « raggruppare in una fattispecie espressa concettualmente un insieme di fatti storici rivelantisi 'eguali' da un punto di vista da ritenere "essenziale" (ad esempio per una specifica situazione di interesse ovvero per l'aggressione rivolta a un determinato bene giuridico), e prescrivere in base a ciò una conseguenza giuridica » (p. 59).

valutazione come imprescindibili e inseparabili aspetti del processo di tipizzazione dei delitti, espresso fondamentalmente attraverso lo strumento definitorio-concettuale: ‘tipi’, tuttavia, costruiti dalla sapienza tecnico-interpretativa dei *doctores iuris*, vista l’ancora fragile *potestas* legislativa dello Stato; ‘tipi’ assemblati con l’utilizzo di concetti e istituti sui quali la *scientia* ha a lungo lavorato e sui quali continuerà a riflettere anche dopo l’imporsi del diritto positivo. Il problema dogmatico dell’elaborazione dei *delicta* rappresenta un nodo centrale nel *Tractatus*, che rivela l’importanza di collegamenti razionali, di coerenza metodica tra *generalia* e *specialia*: esempio efficace della conversione dei presupposti processuali in strumenti di costruzione del diritto materiale, questo tema sarà affrontato con riferimento sia ai dati teorici generali (Cap. III. II. 5-6), sia nell’analisi di alcune singole fattispecie (Cap. VI. III. 1 ss.).

IX. Il mosaico del *Tractatus* è composto con tessere in parte già utilizzate, ma il disegno finale appare del tutto originale, proprio in virtù della capacità del professore friulano di inserire *loci* e *opiniones communes*, sue personali proposte ed urgenze della pratica entro partizioni logiche innovative. La griglia descrittiva delle fattispecie, prodotto della *methodus* sistematica, permette al giurista di intervenire in modo creativo nel definire il *nomen delicti* e nel fissarne i contenuti: la selezione del fatto tipico, la descrizione della modalità di lesione e del profilo psicologico, la scelta dei caratteri che vanno a comporre la *quidditas* di un reato, sono operazioni che assegnano al *doctor iuris* un ruolo assolutamente primario e restituiscono la costruzione del penale alla *scientia*. *Conditor iuris* non è solo il legislatore ma anche il criminalista, lo scienziato del diritto che alla conoscenza della legge affianca metodo, tecnica, storia e tradizione ⁽³²⁾.

⁽³²⁾ Il diritto penale dotto, la *doctrine savante*, ovvero la dottrina dello *ius commune* che recupera e sviluppa i rigorosi principi e le regole romanistiche, sono considerati da B. SCHNAPPER, *Le naufrage de droit pénal coutumier*, ora in Id., *Voies nouvelles en histoire du droit. La justice, la famille, la répression pénale (XVIème-XXème siècles)*, Paris, PUF, 1991, specie pp. 181-185, come la causa principale del ‘naufragio’ e dell’esautoramento del diritto penale consuetudinario, ben più determinante della *désuétude* e della *législation royale*.

La posizione del giurista udinese, in qualità di teorico, docente e consulente, non è affatto contrapposta o incompatibile con una giustizia che si fa sistema, più incisiva nel sociale, più repressiva. Certo, in questo momento di cambiamento e di centralizzazione autoritaria del penale egli si muove in una duplice direzione: da un lato, lavora per mantenere un margine di autonomia, per non essere soffocato dalla forza e dalla rigidità delle norme che stabiliscono la punibilità di certe azioni definendone i contorni; dall'altro, contribuisce egli stesso alla costruzione di un apparato più lineare, organico, razionale, senza dubbio più efficiente del modello precedente casistico e contrattato. È pur sempre, tuttavia, un 'sistema del giurista', nel quale la legge è valorizzata ma ad un tempo vincolata, denaturata dal lavoro necessario che su essa viene svolto dall'attività di interpretazione e razionalizzazione del professionista del diritto, formatosi nel solco dello *ius commune* di Terraferma. È il giurista che, definendo i delitti, si sostituisce alla rigidità della legge irretendola nel suo *ordo*, è lui che dà veste giuridica alle nuove paure provocate dalle forme di criminalità più diffuse o pericolose (*latrocinium*, *vis armata*, mandato a delinquere), lui che percepisce le esigenze di repressione del Principe riuscendo a comporre il tutto nell'architettura rigorosa del *Tractatus*. Principi dogmatici e categorie generali permettono di assorbire la *potestas* della legge positiva nell'impianto teorico dottrinale, che già prevede al suo interno argomentazioni logiche ed opportunità dialettiche per consentire realismo, bilanciamenti di interessi, flessibilità applicativa.

L'esito della ricerca sarà valutato dal Lettore. All'autore spetta il piacere di ricordare le persone che ne hanno reso possibile la realizzazione attraverso continui confronti, suggerimenti, stimoli culturali.

Desidero ringraziare Pietro Costa, Paolo Cappellini e Raffaele Volante per gli utili consigli seguiti alla lettura del manoscritto e Bernardo Sordi per la disponibilità ad accogliere il lavoro nella prestigiosa Collana del fiorentino Centro Studi per la storia del pensiero giuridico moderno, di cui è direttore.

La permanenza al Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte di Francoforte sul Meno, grazie anche ai colloqui con Michael Stolleis e Karl Härter, ha permesso di arricchire l'indagine di nuovi

spunti. Nella ricerca di un dialogo con il diritto positivo, preziosi sono stati i colloqui con Francesco Palazzo e Renzo Orlandi, oltre che con gli amici ferraresi Alessandro Bernardi, Daniele Negri, Stefania Carnevale e Francesco Morelli.

A Paolo Grossi mi lega un sentimento di profonda gratitudine sia per alcuni specifici consigli sui temi deciane, sia, soprattutto, per il fiducioso e amichevole sostegno con cui mi ha esortato ad intraprendere questi studi, comunicandomi la passione per la ricerca storico-giuridica. Un pensiero particolare va all'amico Mario Sbriccoli, indiscusso maestro di storia penale che in questi anni ha costantemente accompagnato il mio lavoro. Proprio quando ho creduto di trovare nelle fonti quel filo rosso che Lui mi aveva aiutato a cercare e ho completato la scrittura, Mario è scomparso senza riuscire a darmi il Suo definitivo giudizio. La pubblicazione di questo libro, che purtroppo risentirà di tale 'incompiutezza', vuole essere un semplice ma sincero omaggio per quanto ha saputo generosamente insegnarmi.

Il ringraziamento più sentito lo debbo, infine, a Giovanni Cazzetta: senza il suo continuo sostegno e la sua affettuosa amicizia questo libro non avrebbe mai visto la luce, né mai io avrei avuto la capacità di scriverlo.

PARTE PRIMA

**DECIANI E LA SCIENZA PENALE NEL
CINQUECENTO: OPERAZIONI
CULTURALI E STRATEGIE POLITICHE
ALLE RADICI DEL *TRACTATUS***

CAPITOLO I

I FERMENTI DELL'UMANESIMO PADOVANO

Premessa. — I. Lo Studio e la *patavina libertas*. — I.1. Il connubio tra teoria e pratica nell'Università di Padova. — I.2. Deciani tra difesa del 'bartolismo' e influssi della Scuola Culta. — II. I temi dell'umanesimo giuridico. — II.1. Rinnovamento metodologico della *scientia iuris*. — II.2. Il dibattito sul metodo nella Scuola padovana. — II.3. L'equilibrio possibile: Deciani e le *factiones* dei giuristi nel Cinquecento. — III. Il penale disposto in sistema. — III.1. L'esigenza di strumenti ordinanti. — III.2. La scelta innovativa di Deciani: la *methodus* applicata ai *criminalia*. — III.3. Logica accentratrice dell'impianto deciano.

Premessa

Il *Tractatus criminalis* viene considerato la prima esposizione sistematica di diritto penale. Questo aspetto, unitamente alla prosa ricercata, all'utilizzo di fonti filosofiche e alla ricerca storico-filologica, induce la storiografia a riconoscere le influenze dell'umanesimo giuridico in Deciani. Giurista umanista, ma anche apologeta della giurisprudenza consulente, esponente di un modello tradizionale di *doctor iuris* formatosi sul diritto comune ed in esso ancora immerso. Le proposte metodologiche della nuova scuola si fondono con forti elementi di continuità, la sperimentazione si affianca alla riproposizione di canoni consueti: la personalità di Deciani è evidentemente complessa, la sua esperienza si snoda in un contesto caratterizzato da molteplici tensioni che attraversano tanto la scienza giuridica, quanto il momento religioso e la dimensione politico-istituzionale.

La conoscenza del percorso formativo dell'autore offre importanti chiavi di lettura per poter contestualizzare la sua produzione giuridica, per coglierne il significato in riferimento alla peculiare situazione del Cinquecento. L'esperienza didattica presso l'Università di Padova, gli incarichi politici, l'attività come assessore del

podestà a Vicenza, Padova e Verona ⁽¹⁾, l'intenso lavoro di consulente, rivelano come Deciani sia un protagonista del suo tempo, naturalmente influenzato dall'ambiente in cui vive e insegna. La conoscenza dei diversi orientamenti scientifico-dottrinali, delle tensioni politiche che animano il mondo giuridico nel XVI secolo in particolare a Padova e a Venezia, unitamente allo studio della posizione dell'udinese attraverso i suoi scritti e la sua biografia, permettono di leggere il *Tractatus* non come il prodotto originale di un giurista particolarmente colto, anticipatore rispetto alle teorie del periodo, ma come l'applicazione alla materia criminale di una globale visione sistematica che abbraccia coerentemente tutto il diritto.

Solo collocandolo nella trama di queste relazioni è possibile tracciare un profilo coerente del professore friulano, trovare un nesso tra i suoi incarichi pubblici e la produzione scientifica, risalire alle scelte che sono alla base del *Tractatus* e alle ragioni del suo sistema penale. La formazione che matura nell'Università lo educa ad uno studio approfondito delle *humanitates*, ad un sapere che unisca al diritto la storia, le lettere, la teologia, la filosofia. Viene in contatto con le proposte dei 'neoterici' e con le letture metodologiche dell'aristotelismo padovano, di cui riconosce sia i meriti nel rinnovamento della didattica, sia le potenzialità ordinanti degli strumenti dialettici. Ma segue sempre un percorso autonomo, attento a non allontanarsi dal solco di una rassicurante appartenenza corporativa al ceto dei giuristi, impegnato nell'adeguare i temi della cultura giuridica alle pressioni di uno Stato sempre più 'invadente' entro il quadro degli equilibri di potere post-tridentini.

Al di là dell'erudizione, i tratti umanistici dell'opera deciana devono essere collocati nell'ottica più ampia dei cambiamenti culturali e politici del XVI secolo, specie nella Repubblica veneziana. La figura di Deciani interpreta le istanze del suo tempo, le torsioni autoritarie dello Stato, le sollecitazioni ad un rinnovamento della *scientia iuris*, filtrandole nelle argomentazioni dottrinali come negli *officia* che ricopre. L'analisi del contesto padovano, delle tendenze

⁽¹⁾ Nel 1546 è assessore del podestà di Vicenza Lorenzo Venier, l'anno successivo svolge lo stesso incarico a Padova con Bernardo Navagerio e nel 1550 è a Verona con Francesco Venier.

che lo rendono culturalmente così vivace e fecondo, in particolare del ruolo dello Studio in rapporto al progetto egemonico della Dominante, rappresentano una ricca fonte d'informazioni per la comprensione del *Tractatus*.

I. *Lo Studio e la patavina libertas*

I.1. *Il connubio tra teoria e pratica nell'Università di Padova*

La polemica cinquecentesca tra i bartolisti, sostenitori del *mos italicus*, e gli umanisti fautori del *mos gallicus*, molto ridimensionata dall'odierna storiografia, risulta insufficiente e troppo semplificante per inquadrare la figura di Deciani. È, tuttavia, utile verificare quale sia la sua posizione rispetto a questa contrapposizione d'indirizzi, per capire in che misura sia stato influenzato dall'una o dall'altra scuola. Il *Tractatus* è, infatti, l'espressione della maturità giuridica del suo autore, ma rappresenta anche l'opera penalistica più raffinata e completa della Scuola padovana, dove le nuove idee dell'Umanesimo d'oltralpe s'incontrano con la tradizione pratica italiana, dove più si manifestano aperture alle istanze sistematiche.

Deciani consegue presso l'Università di Padova la laurea *in utroque* il 19 aprile 1529 ritornandovi nel 1549 in veste di titolare della *lectura criminalium*; da allora non abbandonerà più il suo ruolo di docente nello Studio. L'opportunità di formarsi culturalmente nella città veneta è per lui particolarmente favorevole, dal momento che a differenza di ogni altro, lo Studio di Padova, Ateneo della Serenissima, attraversa ancora nel Cinquecento una fase culturalmente florida, in concomitanza con lo splendore più alto della Repubblica di Venezia. La libertà di pensiero, già nota allora come *patavina libertas*, garantita anche dall'eccezionale tolleranza di Venezia in materia di religione tanto verso gli insegnanti quanto verso gli studenti di differenti paesi e confessioni, fa dello Studio un luogo privilegiato per il confronto tra diversi orientamenti culturali (2).

I numerosi, insigni docenti provenienti da varie Università,

(2) In altre città il podestà e l'inquisizione esercitano un attento controllo sugli

molti dei quali hanno un ruolo determinante nella formazione di Deciani ⁽³⁾, e gli scolari italiani francesi inglesi e tedeschi, lo rendono disponibile ad accogliere tutte le tendenze della giurisprudenza che in quel secolo presentano caratteri di novità.

Quella padovana è « una scuola di giurisprudenza pratica illuminata dalla teoria » ⁽⁴⁾, dove si riesce ad andare oltre lo scontro polemico tra sostenitori del *mos italicus* e promotori del *mos gallicus*, nell'interesse del progresso della scienza giuridica che si giova dei contributi di entrambi gli indirizzi. Non è un caso isolato: anche nel vicino Studio ferrarese i semi dell'umanesimo attecchiscono e crescono nel fertile terreno culturale che i duchi d'Este cercano di

studenti, specie dopo la promulgazione nel 1564 della bolla *In sacrosancta* di Pio IX che impone a tutti i laureandi un giuramento di ortodossia cattolica: a Bologna, governata da legati pontifici, dal 1567 al 1587 vengono bruciati sui roghi alcuni luterani. A Padova la situazione è diversa, dal momento che la Repubblica di Venezia è sì rispettosa dell'autorità ecclesiastica e severa nel contrastare l'eresia, ma si rifiuta di compiere azioni che possano pregiudicare la nota libertà di pensiero che dà fama all'Università, ed anzi in qualche occasione interviene come mediatrice nei confronti del vescovo o di nunzi pontifici per cercare di conservare una sfera di autonomia a lettori e studenti protestanti, specialmente tedeschi; sugli espedienti utilizzati dal governo veneziano in difesa dei privilegi dello Studio, cfr. M. ROGGERO, *Professori e studenti nelle università tra crisi e riforme*, in *Storia d'Italia*, Annali, 4, *Intellettuali e potere*, Torino, Einaudi, 1981, pp. 1053-1054 e B. BRUGI, *Gli scolari dello Studio di Padova nel Cinquecento*, in *Id.*, *Per la storia della giurisprudenza e delle Università italiane. Nuovi Saggi*, Torino, UTET, 1921, specie pp. 138-141.

⁽³⁾ Marco Mantova (Mantua) Benavides (1489-1582), padovano, membro e fondatore di accademie e anche studioso di letteratura e raccoglitore di libri antichi, insegna a lungo diritto civile e canonico. Nel 1570, lui e Deciani, prima suo allievo e poi amico e collega, sono dichiarati dal Senato veneziano primi fra tutti i docenti dello Studio; lavora sul diritto civile, penale, canonico, pontificio e pubblico, lasciando trattati e raccolte di *consilia*. Poi Guido Panciroli e Giacomo Menochio, scolaro dell'Alciato, amico e giurista molto stimato da Deciani (*compater meus honorandus o doctissimus* lo definisce l'udinese) con il quale ama disputare. Il piemontese Matteo Gribaldi Mofa (c. 1500-1564), insegna a Perugia, Tolosa, Valence, Grenoble e poi dal 1548 al 1555 a Padova, dove matura il passaggio alla Chiesa riformata. Autore di varie opere, scrive i *De methodo ac ratione studendi libri tres*, considerati il manifesto del *mos italicus*, pubblicati a Lione nel 1541 e più volte ristampati anche anonimi per ragioni di censura.

⁽⁴⁾ B. BRUGI, *L'Università dei giuristi in Padova nel cinquecento, saggio di storia della giurisprudenza e delle Università italiane*, in « Archivio Veneto Tridentino », I, 1922, p. 89.

promuovere, per dare lustro sia alla città sia al casato ⁽⁵⁾. Ma se le dimensioni dell'Università emiliana seguono il corso di una storia locale strettamente dipendente dalle alterne fortune degli Estensi, a Padova il radicamento dello Studio nella vita culturale della città, la sua tradizionale *libertas* e la presenza di stranieri, facilitano maggiori aperture alla nuova *methodus*, stimolando sperimentazioni.

Il modello culturale umanistico si diffonde; trova terreno fertile non solo tra gli intellettuali o nei circoli eruditi, ma ha importanti, seppur moderate, ripercussioni anche nella didattica. Oltre alle consuete cattedre che avevano finalità pratiche e che univano allo studio delle fonti anche la conoscenza delle interpretazioni dei più noti giuristi, vengono istituiti corsi che spiegano il nudo e puro testo romano giustiniano, senza il corredo della glossa o del commento. La *natio germanica* chiede ed ottiene nel 1578 una cattedra ordinaria di Pandette, per la quale il Senato veneziano decreta che le lezioni siano fatte « eodem modo quo fit in publicis Germaniae Gymnasiis », ossia *more gallico*: il primo professore incaricato è Angiolo Matteacci, uomo erudito, docente disponibile a sperimentazioni metodiche che sembra soddisfare le esigenze degli studenti diversamente dal suo successore, l'udinese Antonio Ottelio, del quale gli scolari si lamentano poiché « non explicat Pandectas, ut desiderant nobilissimi Germani, sed more italico per quaestiones et autoridades recentiorum Iurisconsultorum » ⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Sullo Studio ferrarese quale centro di diffusione dell'umanesimo, cfr. i due saggi contenuti in *La rinascita del sapere. Libri e maestri dello studio ferrarese*, a cura di P. Castelli, Venezia, Marsilio, 1991, di S. CHIELLINI, *Contributo per la storia degli insegnamenti umanistici dello studio ferrarese (XIV-XVII secolo)*, pp. 210-245 e di P. CAPPELLINI, *L'«umana misura»*. *Briciole su di un'amicizia fra giuristi o dell'Alciato a Ferrara 'prima' di Ferrara*, pp. 138-146, che nel dialogo tra Alciato e Lorenzo Cato rintraccia segni dell'umanesimo giuridico nel contesto ferrarese.

⁽⁶⁾ Le informazioni sono tratte da, *Atti della Nazione germanica dei legisti nello Studio di Padova*, a cura di B. Brugi, Venezia, Deputazione veneta di storia patria, 1912, I, p. 344, dove si legge anche che il professor Piso Socia leggeva *more gallico* da una cattedra di *ius civile*. Sull'argomento cfr. anche B. BRUGI, *I giureconsulti italiani del secolo XVI*, in *Id.*, *Per la storia della giurisprudenza e delle Università italiane. Nuovi Saggi*, cit., pp. 108-109. Di Antonio Ottelio è conservato il manoscritto di una sua *lectura* civilistica svolta secondo il tradizionale metodo esegetico su passi del *Codex*, in tema di azione (*l. de edendo*, C. 2.1), contratti (*de pactis*, C. 2.3; *de rescindendo venditione*, C. 4. 44) e testamento (*ad Senatus Consultum Trebellianum*, C. 6. 49), presso ARCHIVIO DI STATO DI

Queste *lecturae* che propongono un innovativo schema d'insegnamento, basato su un approccio del tutto storico-filologico, restano casi isolati ed episodici nel panorama universitario, dove permane una forte continuità con il *mos italicus docendi* anche tra i maestri umanisti (7). Una maggiore libertà dallo stile tradizionale si diffonde prima in opere non legate alla scuola, o in corsi non fondamentali, facoltativi o privati; solo sul finire del XVI secolo si assiste a qualche rilevante cambiamento anche nella didattica. Certamente a Padova, percorsa dai fermenti dei 'neoterici' culti, il contesto universitario nel quale Deciani è attivo per oltre trent'anni mostra evidenti segni d'apertura al rinnovamento della scienza giuridica, pur continuando a considerare lo studio tradizionale del diritto un insostituibile passaggio nella formazione dei *doctores legum*.

Esempio di mediazione tra le due differenti correnti è la monumentale raccolta del *Tractatus universi iuris*, pubblicata da Giovan Battista Ziletti nel 1583: specchio della scuola di diritto padovana nel Cinquecento, presenta l'ormai consolidata giurisprudenza teorica e pratica senza però trascurare le nuove tendenze stilistiche. Consigliato nella scelta dei trattati dai professori Giacomo Meno-

UDINE, *Archivi di famiglie, persone e società, Ms. Liruti*, b. 19. Una *lectura Pandectarum* era stata istituita alla Sapienza di Roma nel 1567: affidata a Marc Antoine Muret e organizzata secondo lo stile e la *methodus* di Alciato, Cuiacio, Connano e Duareno, fu soppressa dopo soli cinque anni a causa dei sospetti e del misonicismo degli altri colleghi *doctores* per essere poi riattivata solo nel 1658. Come a Padova, una cattedra di Pandette venne prevista, su richiesta degli studenti tedeschi e ultramontani, nel piano di riforma dell'Università di Siena del 1589: il lettore doveva attenersi rigorosamente ed esclusivamente al testo di legge, senza riferimenti alla glossa, a Bartolo a agli altri commenti. Sulla 'novità assoluta' delle *lecturae pandectarum*, cfr. A. ROMANO-D. NOVARESE, *L'insegnamento del diritto da Alciato a Grozio*, in *Le Università dell'Europa. Le scuole e i maestri. L'età moderna*, a cura di G. P. Brizzi e J. Verger, Milano, Silvana Editoriale, 1995, p. 151.

(7) Il *mos gallicus* nella sua forma più pura, costruito su uno studio storico, filologico e linguistico, non era impiegato nelle lezioni universitarie neppure da Alciato in Francia, e tanto meno nelle cattedre italiane, dove l'attenzione era sempre rivolta al diritto vigente, alla formazione di giuristi capaci di operare nei tribunali e nelle amministrazioni con i concreti strumenti tecnico-legislativi; in questo senso cfr. A. BELLONI, *L'insegnamento giuridico in Italia e in Francia nei primi decenni del Cinquecento e l'emigrazione di Andrea Alciato*, in *Università in Europa. Le istituzioni universitarie dal Medio Evo ai nostri giorni: strutture, organizzazione, funzionamento*, a cura di A. Romano, Messina, Rubbettino, 1995, pp. 137-158.

chio e Guido Panciroli, Ziletti utilizza, oltre a Bartolo e Baldo, anche autori più recenti o a lui contemporanei, quali Alciato, Cuiacio, Duareno, Covarruvias, Zasio, esponenti di spicco della Scuola Culta critici sia con i pratici che con lo stile del tardo commento. Dimostrazione di come, nell'Ateneo patavino, sia diffuso ed apprezzato il modello umanistico di un giurista non più prevalentemente impegnato nel commento ormai sterile o nelle continue reinterpretazioni del *Corpus Iuris*, ma capace di un approccio sistematico, storico-filologico ai testi romani (8).

I.2. *Deciani tra difesa del 'bartolismo' e influssi della Scuola Culta*

Deciani, giurista tra i più celebrati dello *Studium* padovano, non può non risentire del clima di apertura culturale che lo circonda, delle sollecitazioni a curare un'erudizione globale attraverso gli *studia humanitatis*, ritenuti strumento indispensabile per la formazione giuridica. La passione per le lettere e per l'arte è testimoniata dalla frequentazione dei circoli culturali, dalla galleria di quadri oltre che dalla sua ricchissima biblioteca di opere antiche e moderne; l'interesse per la storia si concretizza nella redazione di brevi cronache locali (9) ma anche nella ricostruzione dell'evoluzione degli istituti giuridici partendo dai Greci o dall'antica Roma, mentre gli

(8) L'opera completa è pubblicata a Venezia, *ad signum Aquilae se renovantis*, tra il 1583 e il 1586; qui si utilizza la riproduzione in formato cd-rom, Roma, sub signo Stellae, 2001. Dall'ordine in cui Ziletti ripartisce i *Tractatus* nelle diverse rubriche del tomo primo, corrispondenti alle parti della giurisprudenza, emergono le nuove impostazioni metodologiche: prima (nella rubrica *De iure cognoscendo et interpretando*) un'introduzione allo studio storico del diritto romano (la *Historia iuris civilis* di Aymarus Rivellinus e il *De historia iuris civilis romani libri tres* di Valentinus Forster); poi una riflessione sul problema dell'interpretazione, con scritti che ragionano sulla corretta *methodus studendi*, come quelli di Corasio (*De iure civili in artem redigendo*), di Joachim Hopper (*De iuris arte*) e di Ludovico Pelleo (*Confutatio eorum qui ius civile artis aut scientiae titulo non esse donandum asservere*) finalizzati alla esposizione sistematica del diritto romano.

(9) Nella Biblioteca comunale "V. Joppi" di Udine è conservato un frammento di storia veneta in volgare attribuito a Deciani, così catalogato: ms.f.p. 713 *Frammento originale di cronaca del XVI secolo*.

studi di filologia e grammatica si traducono in un linguaggio elegante.

Disponibile a confrontarsi con le nuove proposte, a recepire il modello di una conoscenza del diritto integrata e resa più completa dagli studi di altre discipline, la figura del giurista udinese non può, dunque, essere ridotta nell'ottica di una rigida distinzione tra il *mos italicus* e il *mos gallicus*. Condizionato indifferentemente da entrambi, non è né un seguace del bartolismo né un umanista, quanto piuttosto l'espressione di un *mos italicus* che si è 'incontrato' positivamente con la scuola d'oltralpe, fino quasi ad eliminare i punti di contrasto nella ricerca di una proficua mediazione⁽¹⁰⁾. Deciani oltre a conoscere bene le proposte di una nuova *methodus* avanzate dai maggiori esponenti della Scuola Culta, mostra anche di condividerle in parte⁽¹¹⁾, curando una formazione culturale differenziata e arricchendo l'indagine giuridica del *Tractatus* con digressioni storiche, spiegazioni filologiche, citazioni letterarie.

Con Alciato, Valla, Zasio, Duareno o Budé « antiquitatis diligens perscrutator, et primus qui antiquitates et historias cum legibus nostris coniunxit »⁽¹²⁾, giuristi o letterati dei quali riconosce i meriti, è pronto a disputare nel merito servendosi delle loro stesse armi discorsive, mantenendo autonomia di giudizio e costruendo un suo personale percorso argomentativo capace di combinare riflessioni metodologiche, elaborazioni dogmatiche, riferimenti alla pratica⁽¹³⁾. Nel *Tractatus*, alla ricostruzione storica e allo studio teorico

⁽¹⁰⁾ Questo giudizio era già espresso in MARONGIU, *Tiberio Deciani*, cit., pp. 152-159.

⁽¹¹⁾ È noto l'apprezzamento rivolto da Deciani ad Alciato in *Apologia pro iuris prudentibus, qui responsa sua edunt. Imprimendo adversus dicta per Alciatum, Parergon Lib. XII, cap. ultimo*, qui consultato nell'edizione di Francoforte s. M., apud Ioan. Wechelum, impensis Sigismundi Feyrabendii, 1589, XII, n. 38, p. 18: « nostram iurisprudentiam ornavit non mediocriter, cum pro sordida ac barbara veste, qua erat induta, politioem et elegantioem illi comparaverit, docueritque posse iurisconsultos barbariem exuere et puriore latinitate uti ».

⁽¹²⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, VII, II *Maiestas quid, et quid laedere Maiestatem*, n. 4.

⁽¹³⁾ Tra i numerosi esempi che si potrebbero menzionare, cfr. *Tractatus criminalis*, II, VI *De iure naturali*, nn. 3-4; I, XIII *De flagitio*, n. 1; I, XV *De noxa*, nn. 11-13 dove critica in modo severo le opinioni e le ricostruzioni filologiche di Valla, autore che evidentemente Deciani non ama e definisce *temerarius inuasor messis alienae*.

degli istituti, al confronto culturale e di metodo con i « neoterici plures non vulgaris eruditionis Interpretes »⁽¹⁴⁾, segue sempre l'opinione personale dell'autore, adeguatamente motivata, spesso anche suffragata dai riscontri nella prassi. Tra le letture decianee ci sono sicuramente anche le opere degli umanisti (dalle *Pandectae Florentinae*⁽¹⁵⁾ agli scritti metodologici): Alciato è citato spesso, articolata è la replica all'opinione di Zasio sulla *culpa*, ma affiorano sporadicamente anche gli altri nomi, per lo più in riferimento al corretto uso di un vocabolo (l'Haloander su *nox*⁽¹⁶⁾), alla ricostruzione della tradizione romanistica o a distinzioni terminologiche che hanno ricadute nella definizione della fattispecie (Hotman sul rapporto genere/specie tra *crimen laesae maiestatis* e *perduellio*⁽¹⁷⁾). Richiamati spesso nel primo libro o nei capitoli a carattere storico-introdotivo, gli autori umanisti scompaiono invece quasi del tutto nelle pagine dedicate a questioni penalistiche sostanziali, istituti tecnici, delitti, processo e pene: in questo campo, quello che costituisce l'oggetto principale del trattato, le autorità citate tornano inevitabilmente ad essere quelle classiche della criminalistica di diritto comune, della tradizione giuridica civilistica e canonistica, quelle delle *Practicae* e dei *Commentarii*.

Le più pesanti critiche rivolte dai Culti ai giuristi italiani non sono riferibili allo stile di Deciani, la cui trasversale esperienza culturale attinge da variegati ambiti, tanto da risultare incomprensibile se incardinata nella semplificante *oppositio* tra bartolisti e

(14) Così in *Tractatus criminalis*, I, VI *De culpa*, n. 7 si riferisce ad Alciato, Zasio, Connano, Duareno, Corasio.

(15) Cfr. per es. DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, VI *De culpa*, n. 3, dove ammonisce il lettore sulla corretta tradizione del passo D. 45.1.91 (*l. si servum, de verborum obligationibus*): « quod culpa potest consistere tam in faciendo quam in negligendo l. si servum Stichum, in prin. ff. de verbor. obl. in quem text. cum nunc inciderim, nolim Lectorem ignorare, corruptam esse vulgarem et communem scripturam, dum scriptum est, an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo quidem accipienda sit, an in non faciendo, cum tamen legi debeat (ut legitur in Pandectis Florentinis) loco adverbii an negativa non ».

(16) Cfr. DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, XV *De noxa*, n. 10.

(17) Cfr. DECIANI, *Tractatus criminalis*, VII, VI *Quot modis contrabatur crimen laesae Maiestatis*, n. 4.

antibartolisti (18). Pur ricorrendo ancora ai canoni espositivi consolidatisi nel Commento, l'udinese ha una prosa elegante, usa un latino colto, dedica attenzione alla storia degli istituti giuridici « cum ad doctrinam cuiusque rei multum conferat inventionem, atque originem ipsius cognoscere » (19), non abusa certo di citazioni né aderisce senza riserve alla *communis opinio*, segue uno schema espositivo razionale, a tratti sistematico e deduttivo, ma comunque mai vincolato all'esegesi del *Corpus* giustiniano. I suoi impegni didattici e professionali lo portano a fondere le ricerche storiche con gli insegnamenti della glossa e di tutti gli autori successivi, a confrontare le elaborazioni teoriche con le massime delle più influenti Rote o Corti di giustizia, a leggere criticamente la tradizione, selezionando le autorità che possano dare conferma ad una certa dottrina.

Partecipa attivamente al dibattito che attraversa la riflessione giuridica del suo tempo, ricercando una posizione di equilibrio tra le sterili e spesso eccessive contrapposizioni. Si occupa a più riprese di un argomento allora assai rilevante quale l'*interpretatio legis* (20), si

(18) Le critiche al bartolismo sono riprese, senza distinzioni o eccezioni, seguendo uno schema storiografico ora superato e certo troppo riduttivo della complessità e delle 'trasversalità' di quell'esperienza, da L. CHIAPPELLI, *La polemica contro i legisti dei secoli XIV, XV, XVI*, in « Archivio Giuridico », XXVI, 1881, p. 298; per l'inopportunità di tale rigida schematizzazione e per lo studio problematico dell'umanesimo giuridico e delle sue concrete manifestazioni (storicizzazione, studio filologico delle fonti, sistematizzazione) in rapporto al più ampio contesto culturale, sociale e politico e « nel concreto operare dei singoli uomini più che nelle affermazioni polemiche delle quali sono intessuti i loro scritti », si può ancora rinviare a D. MAFFEI, *Gli inizi dell'Umanesimo Giuridico*, Milano, Giuffrè, 1956 (la citazione è a p. 17).

(19) DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, I *De origine Delictorum*, n. 1. Ma cfr. ad es. anche I, II *De peccato*, n. 5; V, II *De ordinariis et extraordinariis criminibus*, nn. 2-6, sulla distinzione romana tra *cognitio criminis ordinaria* ed *extra ordinem*.

(20) Sulle regole per l'interpretazione delle leggi tenne la prolusione (non pervenuta) al corso di diritto civile quando nel 1552 gli venne assegnata la cattedra ordinaria. Poi ampliò e perfezionò lo studio dell'argomento in un trattato dal titolo *De interpretatione legis* che non fu mai pubblicato perché il manoscritto andò perduto. Di esso ce ne dà notizia lo stesso Deciani in *Apologia pro iuris prudentibus*, cit., XXII, n. 57, p. 43: « ex quibus autem locis verborum proprietates dignoscatur, hic non est locus describendi, cum tantum de officio consulentis tractemus, non autem intendamus dare regulas, et modos interpretationum, quod forte favente Deo speciali tractatu, quem De interpretatione inscripsimus, exponemus, si vita supererit ». Diffusamente sul tema dell'*interpre-*

schiera contro l'Alciato a favore della giurisprudenza consultiva nell'*Apologia pro iuris prudentibus, qui responsa sua edunt*, pubblicata nel 1579 insieme ai *Responsa*. I toni della nota polemica tra i due giuristi non sono, in vero, così aspri da raffigurare un'insanabile frattura tra scuole: anche la storiografia che ha ricostruito i termini di quel confronto riconosce che tra l'accusatore e il difensore dell'attività consiliare non vi sono né un vero scontro metodologico né una profonda diversità di stile, quanto piuttosto differenti disponibilità al rinnovamento (21).

L'appartenenza al *mos italicus*, anche se quello più positivamente influenzato dalle nuove correnti di pensiero, educa Deciani ad un'eguale attenzione per la teoria e per la pratica, portandolo ad insegnare e a studiare il diritto 'vivo', in cui gli istituti giuridici romani vengono modificati in funzione delle attuali esigenze dei rapporti socio-politici. Esponente di spicco del ceto dei *doctores legum* attivamente coinvolti nelle funzioni di governo o di amministrazione della giustizia, l'udinese difende la centralità del ruolo pubblico del giurista, nelle sue diverse vesti di docente universitario, consulente, diplomatico e uomo di potere.

Questi aspetti della mentalità di Deciani si riflettono — come vedremo — anche nel modello di giustizia penale che il *Tractatus* esprime: si muovono nella direzione di un penale pervasivo e autoritario, disponibile ad essere assunto dal Principe tra i suoi strumenti di governo, malleabile nelle mani del legislatore, ma ci consegnano un sistema ancora architettato e sostenuto dal giurista, dall'autorità della tradizione che lo precede, dalle sue costruzioni

tatio cfr. V. PIANO MORTARI, *Ricerche sulla storia dell'interpretazione del diritto nel secolo XVI*, Milano, Giuffrè, 1956.

(21) Anche l'Alciato scrisse *consilia* e, viceversa, Deciani mostra di apprezzare e condividere le proposte alciatee di rinnovamento e miglioramento culturale della scienza giuridica, 'ornata' dagli *studia humanitatis* e immersa in un sapere dove il *doctor iuris* è un erudito che conosce le lettere, l'arte, la medicina, la filosofia; secondo M. ASCHERI, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Bologna, il Mulino, 1995, p. 191, quello dell'Alciato è un « attacco palesemente parziale », mentre Deciani propone una « difesa tutto sommato fondata ». Sull'«equilibrio tra ragione giuridica e ragione storico-filologica», tra interpretazione ed elaborazione dogmatica del diritto e sua conoscenza storica in Alciato, cfr. già le osservazioni di R. ABBONDANZA, *Alciato Andrea*, in « Dizionario Biografico degli Italiani », 2, 1960, pp. 74-75.

teoriche, dalle competenze tecniche, dalla sua capacità di individuare la *ratio* degli istituti.

II. *I temi dell'umanesimo giuridico*

II.1. *Rinnovamento metodologico della scientia iuris*

La sistematica è uno dei temi centrali che nel Cinquecento attraversa la scienza nelle sue varie discipline compresa quella giuridica: ripercorrere in sintesi i termini di tale questione è fondamentale per il lavoro di ricostruzione dei modelli che ispirano la *methodus* del *Tractatus criminalis*. Il professore friulano per primo cerca di esporre il diritto penale entro un sistema, ma il suo lavoro riflette un progresso generale della *scientia iuris*, che gradatamente compie il passaggio dall'interpretazione dei testi romani alla elaborazione sistematica del diritto.

Nella svolta metodologica del Cinquecento, gli scritti sulla *iuris ars* degli umanisti dimostrano come il diritto possa essere riorganizzato, individuando nelle varie materie i principi generali e gli istituti fondamentali. Com'è noto, le mutate coordinate dell'ordine politico modificano anche gli obiettivi dei giuristi: la ricerca di rigore espositivo, l'indagine storico-filologica, l'impegno nel disegnare un quadro organico delle singole discipline, sembrano essere in questo secolo le attenzioni più urgenti ⁽²²⁾. La costruzione del sistema con la conseguente specializzazione delle varie branche del diritto, già avviate dai commentatori, subiscono una decisa accelerazione, accompagnata da un più generale ripensamento del ruolo dei *doctores* e dei canoni dell'insegnamento nelle Università.

Storicismo e nuovi assetti costituzionali, *methodus* e cambiamento del sistema, modelli didattici e formazione del ceto dirigente: i temi del dibattito umanistico accompagnano i mutamenti politici, le svolte assolutistiche degli Stati, li sospingono con la teorizzazione di sistemi giuridici diversi da quelli del diritto comune e nello stesso

⁽²²⁾ Ancora fondamentale sul punto V. PIANO MORTARI, *Dialettica e giurisprudenza. Studio sui trattati di dialettica legale del sec. XVI*, in ID., *Diritto logica metodo nel secolo XVI*, Napoli, Jovene, 1976, specie pp. 216 ss.

tempo ne sono il portato, beneficiando di una spinta al superamento dei vecchi schemi ordinanti. Conoscenze storiche, ordine logico, abilità retoriche e capacità persuasive: al giurista è richiesta una formazione globale in funzione degli incarichi nei nuovi apparati amministrativi, giurisdizionali, diplomatici. L'erudizione non è fine a se stessa ma finalizzata alla creazione di un'elitaria classe dirigente che possa affiancare e consigliare il Principe ⁽²³⁾. Servizio al potere senza esserne asservito, collaborazione necessaria ma anche mantenimento di una dimensione corporativa a difesa di prerogative esclusive: i giuristi, e Deciani tra questi, lavorano su 'metodo' e 'sapere' per ritagliarsi uno spazio decisivo al fianco o all'interno delle strutture di governo.

Il tema principale degli scritti programmatici di questo secolo è l'esigenza di introdurre nello studio del diritto un metodo diverso da quello degli interpreti italiani seguito sino ad allora ⁽²⁴⁾: tanto i neoterici d'oltralpe quanto gli apologeti del *mos italicus*, con accenti e sensibilità differenti, gli uni proponendo un superamento della tradizione bartolistica gli altri solo una sua 'scientizzazione', riconoscono la necessità di strumenti più razionali sia nell'interpretazione che nello studio del diritto. Ad un approccio frammentario si sostituisce una visione d'insieme, volta alla formazione di un sapere chiaro, armonico, ben organizzato nella sua totalità e sistematicità, come proposto dall'ideale pedagogico umanistico. Lo sforzo dei Culti non è diretto tanto all'elaborazione di teorie nuove, quanto alla costruzione di un sistema diverso, per disporre l'eterogeneo materiale giuridico stratificatosi nel tempo entro uno schema più libero, ricostruibile mentalmente, basato sulla deduzione logica.

Il criterio per riordinare la materia giuridica, come per tutte le scienze, è discendere dagli *universalia* ai *singularia*, partire dai principi generali per poi passare alla conoscenza delle questioni particolari e degli istituti specifici. L'esigenza di semplificazione di

⁽²³⁾ Spunti sul nesso tra dimensione politica pubblica e sapere umanistico sono in C. VASOLI, *La dialettica umanistica e la metodologia giuridica nel secolo XVI*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze, Olschki, 1977, pp. 237-279.

⁽²⁴⁾ Sul punto cfr. gli studi di Vincenzo Piano Mortari raccolti nel volume *Diritto logica metodo*, cit., specie *Considerazioni sugli scritti programmatici dei giuristi del secolo XVI*, (1955), pp. 267-300.

tutto il materiale giuridico, condivisa da studiosi e pratici di diversa formazione, trova la formulazione più compiuta nell'opera di Pietro Ramo. La *methodus* come *multorum et bonorum argumentorum dispositio* favorisce il procedimento conoscitivo deduttivo, mostra le definizioni più generali, le nozioni particolari; è lo strumento dialettico che didatticamente permette di estrarre dalla confusione della giurisprudenza, delle norme e delle *opiniones*, i *principia*, le proposizioni, gli istituti propri delle singole discipline:

« Methodus est dispositio, qua de multis enuntiatis homogeneis, suoque vel syllogismi iudicio notis, disponitur primo loco absoluta notione primum, secundo secundum, tertio tertium, et ita deinceps; ideoque ab universalibus ad singularia perpetua progreditur. Hac enim sola et unica via proceditur ab antecedentibus ad consequentia ignota declarandum » (25).

Il metodo sintetico diviene anche nella scienza giuridica la via necessaria per la formazione di un sistema come unità delle varie parti intorno ad un unico principio informatore, intorno ad un centro ideale dal quale possano discendere i vari istituti generali o particolari, una categoria 'universale' generativa di concetti specifici valida come modello per un determinato settore disciplinare: « nam eruditorum consensu receptum est, in docendis artibus, ab iis, quae universalialia, et a nobis notiora sunt, ad singularia procedendum esse » (26). Propositi che, come vedremo ampiamente, guidano anche Deciani nella programmazione del trattato trovando in esso una convinta, seppur non completa, applicazione: i *generalia*, le *causae* e la *definitio delicti* costituiscono, infatti, la base concettuale, generale e astratta, dalla quale poi si tenta di far discendere tutta l'architettura del sistema penale. Il dibattito cinquecentesco sul-

(25) La citazione di P. RAMO, *Dialectica*, Parisiis, 1566, p. 367 è tratta da PIANO MORTARI, *Considerazioni sugli scritti programmatici*, cit., p. 282, nt. 28.

(26) F. DUARENO, *Ad Andream Guillartum, de ratione docendi, discendique iuris epistola*, in ID., *Opera omnia*, IV, Lucae, Typis Josephi Rocchii, 1768, p. 368. Questa nuova tendenza porta i giuristi a scrivere tanto opere programmatiche per diffondere l'indirizzo razionalistico e sistematico, quanto compendi panoramici del diritto, indipendenti dagli schemi precedenti, con una struttura ordinata per titoli, capitoli, paragrafi, come aiuto per orientarsi nel *vastissimum pelagus praeceptionum*.

l'*ordo* che attraversa l'ambiente accademico padovano, trova nel professore udinese un attento spettatore, un criminalista disposto a sperimentare per innovare.

In risposta agli scritti programmatici degli umanisti che indicano nella *dialectica* e nella rivisitazione ramistica della logica aristotelica il metodo per razionalizzare gli schemi espositivi del diritto, il *Tractatus* è certamente il risultato di una ricerca metodologica, in cui Deciani tenta di percorrere vie nuove restando, tuttavia, fedele alla logica di tipo tradizionale. La parte generale, quella che più necessita di fondamenti filosofici perché ha la pretesa di stravolgere il consueto approccio ai *criminalia*, è tutta giocata sulle potenzialità ordinanti di *definitiones*, *causae*, *regulae iuris*, differenza tra *qualitas* e *quantitas* e tra *genus* e *species*. Non sono gli strumenti argomentativi a cambiare, tanto che Aristotele e Tommaso continuano ad essere indiscussi riferimenti, ma l'oggetto stesso di analisi; è la nuova sensibilità verso il diritto sostanziale che piega i tradizionali dispositivi logici a diversi risultati sistematici. Così le definizioni, per esempio, vengono ancora valorizzate come momento sintetico di descrizione della sostanza di un istituto, ed anzi sono utilizzate come inizio nell'itinerario logico conoscitivo, come espediente che introduce l'oggetto di studio (il *delictum* in generale, o le singole fattispecie) anticipandone da subito gli elementi che saranno poi analiticamente trattati ⁽²⁷⁾. La formazione culturale di Deciani riceve stimoli nuovi dai neoterici Culti, così come sente l'influenza dell'aristotelismo padovano: pressioni che agiscono sulla sensibilità del giurista udinese, disposto a rivedere alcuni aspetti della *methodus* senza però mai rompere con la tradizione. Così il superamento della casistica nello studio del diritto penale, tradottosi nella scelta di un approccio sostanziale e deduttivo alla materia, segna una profonda cesura con la penalistica precedente, senza tuttavia criticarla o rifiutarla apertamente.

(27) In questa fiducia nello strumento definitorio, Deciani si avvicina alle proposte degli umanisti; cfr. per es. G. CORASIO, *De iure civili in artem redigendo*, in *Tractatus Universi Iuris*, cit., t. I, cap. X *De rerum et verborum definitionibus*, f. 61va: « Ius ipsum, ac singulas eius partes, pro instituta methodo definiturus et divisurus, operae precium facturus videbor, si pauca quaedam, de definitionum et divisionum natura praemisero ».

II.2. *Il dibattito sul metodo nella scuola padovana*

Nella scuola padovana che si confronta con le proposte del *mos gallicus*, diversi elementi testimoniano un'apertura alla sistematica. Già abbiamo detto del *Tractatus universi iuris*, veicolo per la diffusione degli scritti programmatici sul metodo e di quelli a carattere storico giuridico. Gribaldi Mofa, lettore padovano per alcuni anni, noto per i *De ratione studendi libri tres* nei quali spiega la metodologia del *mos italicus*, pur restando fedele alla tradizione mostra aperture ai criteri e alle tendenze sistematiche anche nella giurisprudenza italiana. La divisione in *genus, species, praedicamenta*, lo studio necessario delle *causas et rationes*, la vera interpretazione basata non « in cumulandis Doctorum opinionibus sed in exploranda mente Legislatoris »⁽²⁸⁾, la disposizione dei vari argomenti nelle *sedes materiae* e nei *loci communes*⁽²⁹⁾, delineano una tecnica giuridica in cui le dottrine vengono riunite in sotto-sistemi che a loro volta formano il sistema complessivo della *scientia iuris*, costruito attorno alle *regulae* o principi fondamentali:

« in primis considerare oportet, unicuique scientiae hunc esse praescriptum ordinem, ut ab his, quae generalia sunt, ac in universum tradita, successive ad specialia singulariaque descendatur »⁽³⁰⁾.

Tali precetti universali, eterni ed immutabili, *solida veraque naturae principia*⁽³¹⁾ posti a fondamento del diritto indipendentemente dal cambiamento storico di leggi e istituzioni presso i vari popoli, sono l'*aequitas* e la *naturalis ratio*⁽³²⁾, cui dovrebbero ispirarsi tutte le legislazioni particolari, fonti dei concetti cardine

⁽²⁸⁾ M. GRIBALDI MOFA, *De ratione studendi libri tres*, Lugduni, Apud Seb. Gryphium, 1544, I, IV, p. 16.

⁽²⁹⁾ Tra i *loci communes* che Gribaldi Mofa riferisce ai *iudicia criminalia* vi sono *accusatio, adulterium, crimen, culpa, dolus*, a dimostrazione dell'autonomia scientifica del diritto penale, con il consolidarsi di una terminologia e di categorie specifiche.

⁽³⁰⁾ GRIBALDI MOFA, *De ratione*, cit., I, III, p. 9.

⁽³¹⁾ L'espressione è di CORASIO, *De iure civili*, cit., c. II *An Ius civile in artem redigi possit?*, f. 59rb.

⁽³²⁾ Cfr. CORASIO, *De iure civili*, cit., f. 59va: « Cum lex nihil aliud sit quam recta et a numine deorum tracta ratio praecipiens honesta et vetans contraria, omnibus igitur ratio, omnibus lex et omnibus ius a natura datum est ».

nelle differenti branche del diritto ⁽³³⁾. La *methodus* così descritta da Gribaldi Mofa e riferita alle nuove propensioni della scuola italiana sembra, dunque, trovare punti di contatto con la razionalizzazione tanto richiesta dagli umanisti. Questo a conferma di una contrapposizione tra scuole che è enfaticamente rivendicata da alcuni ma che concretamente, almeno nell'ambiente culturale in cui Deciani opera e si forma, non presenta contorni così definiti né conduce a divergenze nette ⁽³⁴⁾.

La stessa tradizione bartolistica matura l'esigenza di un rinnovamento delle proprie tecniche per approcciarsi al diritto, incontrandosi in questo con le proposte dei Culti. Il fatto, poi, che nel momento interpretativo si riconosca la priorità della *mens Legislatoris* rispetto alle *opiniones Doctorum*, conferma l'esigenza di chiarezza e di riordino metodologico del diritto: i giuristi affidano alla volontà del *conditor legum* e alla *ratio legis*, più che all'autorevolezza delle teorie dottrinali, il compito di semplificare il sistema, razionalizzarlo e, non ultimo, spostarne il baricentro dalla libera interpretazione al più sicuro diritto positivo.

Un procedimento non dissimile, sebbene il Mofa non sia mai citato, sembra muovere anche Deciani nel suo itinerario legislativo del libro II del trattato. La *naturalis ratio*, « intellectus nobis a Deo insitus, quo bonum a malo communi quodam omnium consensu discernimus » che « pro lege habetur, et ita debet movere iudicem,

⁽³³⁾ Corasio nei capp. XXIV-XXV (*De principiis Iurisprudentiae; De tribus Iuris civilis praeceptis*) del suo *De iure civili*, cit., ff. 65va-66rb, indica come *primaria principia*, quelli cioè universali, insiti nella natura di ogni uomo, i tre precetti *Honeste vivere, Alterum non laedere, Ius suum cuique tribuere*; vi sono poi i *secundaria principia seu regulae*, stabiliti « non tam natura, quam civili aliqua ratione et auctoritate, aut communi mortalium usu », che differiscono a seconda dei vari rami del diritto (*in contractibus, in ultimis voluntatibus, in delictis* etc.), e infine i *particularia*, principi di diritto « quae in certis et singularibus Iurisprudentiae partibus, specialiter a lege tradita, constitutaeque sunt ».

⁽³⁴⁾ Il problema della *methodus* coinvolge nel Cinquecento tanto i Culti quanto i bartolisti, in un confronto a distanza fatto di invettive e difese reciproche che testimonia la fertilità del dibattito e favorisce contaminazioni e vicendevoli apporti, attenuando i toni delle prime e più aspre polemiche; utile in tal senso l'analisi della figura di Gribaldi Mofa di D. QUAGLIONI, *Tra bartolisti e antibartolisti. L'Umanesimo giuridico e la tradizione italiana nella Methodus di Matteo Gribaldi Mofa (1541)*, in *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, a cura di F. Liotta, Bologna, Monduzzi, 1999, pp. 185-212.

sicut lex ipsa »⁽³⁵⁾, assieme allo *ius gentium* che « naturali ratione praecipue innitatur, quae etiam aequitas aequum bonum appellatur »⁽³⁶⁾, rappresentano anche per il diritto penale il momento iniziale, le fonti prime dove recuperare i *generalia* e gli *universalia* che poi il legislatore storico ha concretizzato nelle *leges*: sono come rivoli scaturiti dalla stessa sorgente che il giurista è chiamato a far emergere e codificare. Attraverso il sistema, l'ordine delle fonti, i principi generali da cui discendono i precetti particolari, l'udinese ricerca la coerenza dell'architettura complessiva ispirandosi ad una logica deduttiva. Come base autoritativa per la trattazione dei singoli reati sceglie le leggi scritte, quelle romane *in primis*, ne individua la *ratio* per poi sviluppare la sua analisi, cercando di definire la fattispecie, individuare gli *elementa* e tipizzare la condotta alla luce dei criteri esposti nella parte generale.

L'impostazione sistematica teorizzata nelle opere programmatiche, facilmente diffuse grazie all'elevato numero delle edizioni a stampa nel XVI secolo, gradatamente caratterizza anche i piani di studio delle lezioni. Nel 1589 Angiolo Matteacci, docente di diritto civile dell'Università patavina, viene pregato dagli studenti di utilizzare, nel suo corso privato, un metodo diverso da quello di tutti i suoi colleghi, arricchendo la giurisprudenza con lo studio della filosofia e delle altre *liberales doctrinae*. Le lezioni sono pubblicate nel 1591 in un volume dal titolo *De via et ratione artificiosa iuris universi libri duo*⁽³⁷⁾. L'esposizione dello *ius civile* ruota attorno al concetto che comprende tutte le azioni umane giuridicamente rilevanti, posto a fondamento del sistema: il *συναλλαγμα* o *factum obligatorium* in senso lato. Obiettivo dell'insegnante, influenzato dall'indirizzo umanistico e dalla lettura di Aristotele e Zabarella, è quello di far conoscere con ordine, enucleando i principi generali, il complesso disordinato delle leggi⁽³⁸⁾. La diffusione in ambito

⁽³⁵⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, IX *De Ratione naturali et Aequitate*, n. 1 e n. 5.

⁽³⁶⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, VIII *De iure gentium*, n. 5.

⁽³⁷⁾ *Angeli Matthaecii iurisconsulti in celeberrimo patavino gymnasio et prima cathedra horis matutinis ius civile interpretis, De via et ratione artificiosa iuris universi libri duo*, Venetiis, Apud Paul Meietum, 1591.

⁽³⁸⁾ Si veda quanto scrive in proposito B. BRUGI, *Un corso sistematico di un nostro*

universitario degli scritti degli umanisti transalpini, il *Tractatus universi iuris* di Ziletti, i libri metodologici di Gribaldi Mofa e il corso di diritto civile di Matteacci, sono segnali inequivocabili di una generale tendenza alla sistematica giuridica, filtrata dall'aristotelismo padovano, di cui risente anche Deciani.

II.3. *L'equilibrio possibile: Deciani e le factiones dei giuristi nel Cinquecento*

Nell'Umanesimo sono soprattutto la medicina e la giurisprudenza, pilastri degli *Studia Generalia*, ad essere sottoposte ad un profondo ripensamento che incide sui canoni epistemologici, sulle certezze della tradizione, sui criteri conoscitivi. La dottrina medicobiologica di tipo galenico-ippocratico, fondata sui testi classici di Galeno, Ippocrate, Avicenna, risulta inadeguata ad affiancare allo studio generale dell'argomento aggiornate diagnosi e classificazioni delle nuove malattie e dei casi clinici: è invece l'osservazione diretta dei fenomeni a favorire sia un controllo e una 'depurazione' filologica dei testi classici, che una revisione in senso razionalistico dei metodi di ricerca. Così avviene anche nel diritto, dove maturano le esigenze di un rapporto nuovo con le fonti storiche, crescono le istanze di sistematizzazione razionale del sapere, dove il lavoro interpretativo sul *Corpus Iuris* secondo lo stile del commento appare sempre più inadeguato ad accompagnare i mutamenti socio-politici che prendono forma giuridica.

Nello Studio patavino tali comuni esigenze di ripensamento stilistico portano a confronti e a reciproci contributi tra le due discipline: i giuristi interessati ad una fondazione metodica della scienza giuridica possono apprendere nel quadro dei corsi di medicina una *methodus* che sembra offrire loro una risposta a molti

professore del secolo XVI, in ID., *Per la storia della giurisprudenza e delle Università italiane*. Saggi, Torino, Utet, 1921, p. 156, che sottolinea come il corso di Matteacci debba essere valutato non per la originalità delle idee, ma per il desiderio di « mostrare agli scolari il modo di fare una sistematica esposizione del diritto, prendendo il buono dove lo trova, come appare quasi sempre da scrupolose citazioni, spesso in margine, all'uso alciato; e informarli delle discussioni sul sistema in guisa che giudichino con la propria testa ».

problemi teorici. Definizioni, ricerca degli elementi costitutivi, deduzione di concetti generali più semplici da quelli più complessi attraverso la *resolutio*, spiegazioni causali a struttura sillogistica: i modelli conoscitivi ed euristici delle scienze naturali possono essere applicati anche al discorso giuridico, la diversità dell'oggetto di studio non impedisce similitudini nell'attività scientifica né vieta reciproche contaminazioni epistemologiche e argomentative ⁽³⁹⁾.

Si differenziano gli indirizzi, prendono forma tre *sectae* — il termine è usato *in bonam partem* precisa Deciani — che, tanto tra i medici quanto tra i giuristi, indicano tendenze e approcci di lavoro diversi più che nette contrapposizioni:

« Et apud nostros Iuris Consultos variae etiam sectae semper fuerunt, ut Capitones, Labeones, Sabiniani, Proculiani, Cassiani, Pegasiani; sic et Accursii tempore quidam Bulgarum, quidam Martinum Gesiam sequebantur; postea vero successerunt Ultramontani, et Citramontani, demum nostris temporibus in tres familias iuris nostri interpretatio partita videtur, prout et medicina, videlicet in Empiricos, advocatos nempe, qui praxi tantum innituntur, et exempla rerum iudicatarum sequuntur et coacervant. Item in dogmaticos sive theoreticos, qui subtilitatibus, et captionibus quibusdam saepe involvuntur. Item et in methodicos, qui iuris ordinem, ac dispositionem simul cum antiquitatis cognitione coniunctam variis viis pro suo quisque ingenio disponunt, iuris quaestiones, ac disputationes prorsus abhorrentes » ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁹⁾ Diffusamente, sulle reciproche contaminazioni metodologiche tra scienza giuridica e scienza medica nell'ambiente patavino, cfr. M. HERBERGER, *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1981, specie pp. 234-260. Spunti interessanti vengono dal confronto tra l'opera di Giovanni Battista Da Monte (*In artem parvam Galeni explanationes*, Venetiis, Valentino Lublino, 1554), che insegnò medicina a Padova prima del 1550, e quella di Christoph Ehem (*De principiis Iuris libri septem, quibus Iurisprudencia arte, methodo, ordineque tradi propriisque finibus circumscribi posse, dilucide ostendit*, Basel, 1556), filosofo e giurista tedesco che aveva studiato a Padova (anche se non si sa con certezza se Ehem avesse frequentato i corsi di medicina di Da Monte), su cui cfr. ancora M. HERBERGER, *Dialettica e giurisprudenza all'Università di Padova nel Cinquecento*, in *Diritto comune Diritto commerciale Diritto veneziano*, a cura di K. Nehlsen von Stryk e D. Nörr, Centro tedesco di studi veneziani, Quaderni, 31, Venezia, 1985, pp. 141-154.

⁽⁴⁰⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, VII, VII *De coniuratione, factione, et seditione*, n. 12.

Vi sono tre *familiae*: gli *empirici*, avvocati che si affidano solo alla prassi seguendo la varietà dei casi concreti; i *dogmatici* o *theorici* che spesso, dimenticando la funzione pratica che deve conservare la riflessione giuridica, si contorcono in sottigliezze e inutili cavilli; i *methodici* che combinano liberamente in vario modo la *dispositio* e l'*ordo iuris* con la conoscenza della storia antica, rifiutando del tutto lo stile classico delle *quaestiones* o delle *disputationes*. La sintesi è efficace, con pochi tratti è disegnato il quadro della *scientia iuris* del Cinquecento: pratici, teorici e metodici rappresentano le tre correnti che si contendono la scena, incarnano approcci al diritto alternativi. Il primo è legato allo stile curialesco, si risolve nella valutazione degli *exempla*, insegue la vittoria nella causa, il profitto del consulente o dell'avvocato e rischia di portare alla degenerazione i controversisti, bersaglio polemico dell'Alciato e dei suoi fedeli. Il secondo, proprio dei *doctores* eruditi che operano tra i circoli culturali e le Università, porta ad elaborazioni dogmatiche complesse; se ha il merito di superare l'immediato riferimento alla casistica, spesso si traduce in sterili sofismi troppo distanti dal diritto praticato. Il terzo approccio, infine, è quello degli umanisti, che abbandonano gli strumenti dialettici della scolastica per concentrarsi sul rinnovamento della *methodus*, modificano l'ordine espositivo e la disposizione sistematica degli argomenti per facilitarne la comprensione, si dedicano alla precisa ricostruzione storico-filologica di istituti e concetti per aprire nuovi spazi al diritto presente.

Dalle parole di Deciani non emerge un giudizio netto, né un'adesione convinta all'una o all'altra 'fazione': non si schiera, non si definisce, non si attribuisce un'appartenenza. Né è pensabile tracciare confini rigorosi e invalicabili tra i diversi indirizzi: sono piuttosto tendenze culturali, orientamenti metodologici che, se in alcune figure vengono estremizzate, spesso invece si contaminano reciprocamente, si confrontano, si influenzano, sfumando distinzioni e attenuando distanze. Tutte e tre le *sectae*, così come presentano profili positivi, mostrano anche difetti: mettendone in luce i limiti, l'udinese sembra voler rifiutare uno schieramento univoco per proporre il modello di un giurista completo, poliedrico, capace di integrare le differenti proposte, flessibile nello stile, in grado di operare nella pratica, di offrire consulenze sui singoli casi e calarsi

nel diritto quotidiano, ma anche di elaborare teorie, di maneggiare dogmi, di disporre il materiale in sistemi e di risalire alle *antiquitates*. La tripartizione è ripresa anche nell'*Apologia*, sempre con il parallelismo tra scienza medica e giuridica: obiettivo di Deciani sembra essere quello di rispondere alle critiche mosse ai *doctores iuris* fedeli al *mos italicus* sia dagli umanisti francesi che dai medici più avviati verso lo studio sperimentale. La difesa muove dalla convinzione di un necessario equilibrio tra teoria e pratica, tra *universalia* e *specialia* nel lavoro del giurista; alla prassi, « altera pars iurisprudentiae », spetta un ruolo fondamentale, poiché il diritto non può isolarsi in riflessioni e speculazioni dogmatiche incapaci di comunicare con la dimensione applicativa, staccate dal confronto con la realtà da regolare.

La giurisprudenza consulente, ma più in generale la *scientia iuris* di alto profilo che l'udinese personifica, non può essere né solo metodica, o solo pratica o solo dogmatica, ma deve trovare forme e stili di mediazione, di composizione di tutti e tre questi metodi, per passare con facilità dal generale al particolare, dalla costruzione astratta al caso concreto, dal principio generale alla fattispecie specifica, poiché « absque cognitione atque arte componendi universalia theoremata cum singularibus negociis, manca est iurisprudentia »⁽⁴¹⁾. Le esperienze giuridiche di Deciani, divise tra l'attività di avvocato e la didattica, gli incarichi come podestà e come diplomatico, i *Consilia* e il *Tractatus*, dimostrano il suo impegno per tradurre in concreto la concezione polivalente del *doctor iuris* teorico e pratico, erudito ed empirico, dogmatico e metodico, al centro della vita sociale, culturale, politica.

Sembra, dunque, legittimo ipotizzare che il *Tractatus criminalis*, espressione della piena maturità culturale del suo autore, sia il prodotto delle tensioni sistematiche maturate nell'ambiente padovano, oltre che l'espressione di un ordine politico modificato e del relativo diverso compito del giurista. L'autore udinese ha il merito di riorganizzare le ampie conoscenze penalistiche entro un sistema disponendole in uno schema espositivo nuovo: nel primo libro lavora sulla terminologia aiutato dalla filologia e dalla storia; nel

⁽⁴¹⁾ DECIANI, *Apologia pro iuris prudentibus*, cit., X, n. 24, p. 11. Sul punto cfr. anche M. HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pp. 253-254.

secondo, dove indica i principi fondamentali che regolano la materia, ragiona pur con incompletezza sugli *universalia delictorum*, *generatim* e *in abstracto*. Storia della disciplina, ricerca delle origini, fondazioni teologiche, logica aristotelica e assunti dottrinali: il tentativo deciano, seppur solo parzialmente riuscito, si muove certamente nella direzione di un riordino del diritto penale, di una sua semplificazione e razionalizzazione, di un ripensamento della materia alla luce dei contributi metodologici umanistici.

Dagli autori richiamati e dagli argomenti affrontati traspare, tuttavia, un costante riferimento alla letteratura di diritto comune che ha costruito la scienza del diritto criminale. La tradizione non solo garantisce all'opera una solida base autoritativa, ma assicura anche il patrimonio di definizioni, teorie e interpretazioni sulle quali si è gradualmente formata la disciplina. La materia cui dare forma secondo i rinnovati canoni del sapere giuridico continua ad essere quella, costruita lentamente nello scambio tra prassi ed elaborazione teorica, delle *Practicae criminales* o dei *tractatus* monografici, ovvero quella ricchissima miniera di norme romane, precetti statuari, *opiniones*, consuetudini che ha dato vita allo *ius criminale* come autonoma branca del diritto grazie alla combinazione dell'intervento punitivo pubblico con l'applicazione giurisprudenziale e con le teorie dottrinali ⁽⁴²⁾. Deciani avvia sperimentazioni metodiche su un materiale vasto ma informe, abbondante e dettagliato ma disorganico: la matura scienza penale può essere ripensata con categorie più

(42) Un segno della vastità del confuso ma crescente arcipelago penalistico è dato, per restare in ambiente padovano, dalla raccolta *omnium tractatum criminalium* curata sempre da Giovan Battista Ziletti, data alle stampe a Venezia nel 1556 e poi più volte riedito: il *Volumen praeclarissimum ac in primis omnibus iuris peritis pernecessarium ac utilissimum* contiene trentadue scritti di diversi autori (Marco Antonio Bianchi, Paolo Ghirlando, Ludovico Carerio, Giovanni Tierry, Guido da Suzzara e altri), alcuni di poche pagine altri più lunghi, alcuni stampati per la prima volta. Gli argomenti sono vari, ma indicativi delle questioni più rilevanti e dibattute, dai temi processuali sull'accusa nei pubblici giudizi e sul procedimento *extra ordinem*, alla lesa maestà, dal trattamento dei *banniti* ai crimini contro la religione come eresia e sortilegio, agli otto trattati che riguardano il vasto tema degli indizi e della tortura. Dichiaratamente destinato agli operatori del diritto e pensato per essere utile nella pratica, la raccolta non segue un ordine logico né razionalizza la materia, ma predispone una sorta di prontuario antologico. Lo stesso Giovan Battista Ziletti curò poi anche una raccolta di *consilia* penalistici, edita da Giordano Ziletti nel 1560.

generali, entro un quadro d'insieme razionale e teoricamente fondato, disposto in una struttura che, senza trascurare l'aspetto pratico, valorizzi le costruzioni dogmatiche, la terminologia tecnica, le premesse storiche, la teoria delle fonti.

Come avviene per il corso di lezioni di Matteacci, l'attenzione di Deciani non è tanto diretta ad un 'rivolgimento' contenutistico, quanto, piuttosto, ad una differente impostazione metodologica. L'incontro, più che lo scontro, tra tradizione e sistema, ovvero la sintesi tra il complesso apparato di elaborazioni teoriche, produzioni normative e giurisprudenziali da un lato, e le proposte di un più organico approccio al diritto dall'altro, rappresenta per Deciani la via per far progredire la scienza penale, poiché — come si vedrà in seguito — principi e concetti generali acquistano, se inseriti al vertice di un'architettura in cui tutti i *criminalia* sono logicamente disposti, un valore aggiunto, un'estensione del loro significato.

III. *Il penale disposto in sistema*

III.1. *L'esigenza di strumenti ordinanti*

Esiste, dunque, una stretta connessione tra natura razionale del diritto, uso della metodologia dialettica e sistematica giuridica, poiché i giuristi Culti vedono i mezzi dialettici non solo in funzione di guida per interpretare le norme del diritto romano, ma anche come strumenti argomentativi capaci di indicare la via razionale ad una nuova distribuzione delle materie ⁽⁴³⁾. Gli umanisti hanno come fine principale non la rottura con le radici dell'antica tradizione retorica, ma la disposizione pedagogica degli argomenti in funzione della *facultas cognoscendi*, la partizione del diritto secondo *naturam et rectam rationem*. I loro sforzi non muovono nella direzione della costruzione di un sistema autonomo in senso di polemica proposta d'un differente assetto di fonti, ma *methodus, ordinatio, ars, syn-*

⁽⁴³⁾ In questo senso cfr. V. PIANO MORTARI, *Dialettica e giurisprudenza. Studio sui trattati di dialettica legale del sec. XVI*, in ID., *Diritto logica metodo*, cit., specie p. 133.

tagma sono volte ad una migliore conoscenza del diritto attraverso un suo più efficace insegnamento ⁽⁴⁴⁾.

È la ricerca di una coerenza interna nel magmatico mare del diritto giustiniano l'obiettivo primo dei neoterici, per i quali il giurista ha innanzi tutto il compito non di elaborare contenuti nuovi, ma di intervenire sull'*ordo*, di modificare la *compositio*, di ripartire la *collocatio* degli argomenti per elevare ad *ars* la scienza giuridica con le capacità razionalizzanti dell'intelletto ⁽⁴⁵⁾. « A principibus est auctoritas iuris: a peritis, et intelligentibus via, et recta ratio docendi » ⁽⁴⁶⁾: spetta ai *doctores* trovare le linee d'ordine nell'insieme delle fonti. L'*ars* giuridica è *doctrina*, un sapere accumulato dall'interprete che lo compone e lo espone secondo una certa sequenza, consiste nel modificare l'*ordinis perversio*, nel sanare *confusio* e *permixtio* assegnando alle diverse parti una collocazione naturale, finalizzata a facilitarne la *comprehensio*. Nonostante l'apparente contrapposizione di indirizzi tanto gli umanisti quanto i pratici utilizzano i principi logici e le forme dialettiche come strumenti per l'opera di concettualizzazione e interpretazione del diritto positivo, necessari nella costruzione di un impianto sistematico ⁽⁴⁷⁾. Nei giuristi del

⁽⁴⁴⁾ Insiste sulla funzione pedagogica delle operazioni che intervengono su *ordo* e *methodus* nel periodo dell'umanesimo F. EBEL, *Über Legaldefinitionen. Rechtshistorische Studie zur Entwicklung der Gesetzgebungstechnik in Deutschland, insbesondere über das Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsdarstellung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1974, pp. 80-91.

⁽⁴⁵⁾ Assai indicativo di questa tendenza è tutto il capitolo primo dei *Commentarii* di Donello; sul rapporto con il corpo giustiniano cfr. per es. U. DONELLO, *Commentariorum*, cit., Pars prima, Lib. I, c. I, n. 24: « Minime vero ego ius civile a veteribus traditum, et ut nunc est, Justiniani mandato compositum, repudio; Immo maxime id ipsum retinere contendo, dum id conor opera nostra explicare, et velut in lucem magis ac magis educere, ut placeat etiam iis, qui eius vim non intelligentes tanquam rem partim non necessariam Reipublicae, partim etiam perniciosam, velut litium fomitem reiciunt ».

⁽⁴⁶⁾ DONELLO, *Commentariorum*, cit., Pars prima, Lib. I, c. I, n. 26, p. 3.

⁽⁴⁷⁾ L'impiego delle regole logico-dialettiche aristoteliche rappresenta, come noto, una costante di lungo periodo che accompagna l'evoluzione in senso sistematico della *scientia iuris* già nell'*interpretatio* di glossatori e commentatori; cfr., in proposito, G. OTTE, *Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1971; T. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 67-85 e i saggi ora raccolti in V. PIANO MORTARI, *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Napoli, Jovene, 1976.

XVI secolo, però, la riproposizione di tali operazioni tradizionali si accompagna ad una maggiore libertà nell'ordine espositivo della materia, svincolato dallo schema legale delle leggi del *Corpus*: al modello del commento si sostituisce quello di trattazioni lineari, più brevi, che favoriscono la formazione di definizioni astratte, di regole interpretative applicabili ad una generalità d'ipotesi, di principi propri dei diversi rami del diritto.

Ed è in questo filo doppio di tradizione e sperimentazione, di conservazione e di aperture, che si possono cogliere i motivi umanistici nel *Tractatus* di Deciani. Convinto sostenitore del ruolo insostituibile del giurista, ma consapevole della necessità di percorrere vie innovative dal punto di vista metodico specie nella strutturazione del testo, l'udinese impiega in chiave sistematica alcune delle operazioni logiche, per elaborare il concetto di delitto e i *generalia omnium delictorum*. Il compito risulta certo facilitato dal debito molto meno oneroso della materia penalistica, rispetto al diritto privato, nei confronti delle partizioni romanistiche. La disciplina si è sviluppata poggiando solo in parte sulle fonti antiche e ricorrendo spesso, invece, alle disposizioni statutarie, ai provvedimenti normativi particolari dei Principi, alle consuetudini; di riflesso, anche la letteratura penalistica si è formata libera dall'adesione ossequiosa alle scansioni giustiniane.

Il risultato è un trattato dallo stile espositivo originale, che ricorre spessissimo al diritto romano (in particolare alle varie *leges*) senza, tuttavia, esserne assorbito ma collocandolo anzi entro uno schema fortemente caratterizzato dalla disposizione degli argomenti scelta da Deciani. Una trama in cui le fonti seguono il tracciato dell'autore e non viceversa, un ordito in cui le fila sono intrecciate in funzione del disegno da lui programmato. Il dibattito ampio sulla *methodus* gioca, dunque, un ruolo importante nell'opera del professore friulano, seppur nei limiti di una 'moderata innovazione' ispirata all'equilibrio culturale.

III.2. *La scelta innovativa di Deciani: la methodus applicata ai criminalia*

Deciani utilizza nel *Tractatus* gli schemi dialettici classici per organizzare il suo organico sistema di diritto penale. L'arsenale

argomentativo degli umanisti Giovanni Apel (*definitio, divisio, causa, effectus, contraria, circumstantiae*), Giovanni Tommaso Freigius (*definitio, divisio, distributio, genus, species*) e Corasio (*definitio, divisio, partitio, enumeratio, causa*), finalizzato all'elaborazione di un sistema teorico che si sviluppa secondo meccanismi deduttivi, viene in parte applicato dall'udinese alla materia criminale, per disporla entro una struttura più coerente (48). Nella prima parte dell'opera la questione del metodo ricorre con frequenza, l'autore fa largo uso delle operazioni dialettiche per costruire il sistema dei *criminalia*, sottolineando la programmazione razionale del disegno complessivo. Il diritto penale, come ogni altro ramo del sapere, come ogni materia oggetto di studio, può essere riorganizzato entro uno schema conoscitivo deduttivo, analizzato con strumenti logici come avviene per la *perfectam cuiusque disciplinae scientiam*. Sottoposto al vaglio delle regole epistemologiche, esso modifica il suo volto casistico e il suo carattere eminentemente pratico; insieme all'emersione di *principia* e *dogmata* si definiscono confini e caratteristiche disciplinari.

Non si può certo considerare il trattato deciano come espressione della corrente sistematica umanistica 'pura'. Da un lato la materia stessa, relativamente più giovane del diritto civile e per sua natura più frammentata, mal si presta ad essere completamente incardinata e ripartita in sistema; d'altro lato, però, è Deciani che sceglie di percorrere una strada diversa, evidentemente non del tutto convinto delle opzioni umanistiche ma ancora fiducioso nelle potenzialità della dialettica aristotelica. Fiducia rinnovata, con ogni probabilità, dalle proposte che maturano proprio nel contesto padovano, grazie in particolare alle riflessioni filosofiche e metodologiche di Zabarella che aprono i testi del *Philosophus* greco a nuove possibilità applicative. L'idea della logica come *disciplina instrumen-*

(48) Cfr. CORASIO, *De iure civili*, cit., c. XI *De divisione et partitione*, ff. 61vb-62ra: « Definitionem, iusto ordine, sequitur divisio. Definitione quid sit res explicatur (...) Divisio est unius generis in plures species distributio (...) Partitio est totius in sua partes diductio, ut si fundum in proprietatem et usumfructum dividamus (...) Enumeratio est multorum, quae uni alicui insunt distinctio et recensio ». Nell'opera di Corasio vi sono poi quattro capitoli (XVIII-XXI) dedicati allo studio del diritto civile secondo le quattro cause aristoteliche. Ampiamente, sull'utilizzo della topica e dei vari *loci* negli scritti di dialettica legale del Cinquecento, cfr. PIANO MORATRI, *Dialettica e giurisprudenza*, cit., pp. 147 ss.

talis che si serve delle proprie leggi per ordinarle alla conoscenza in altri rami del sapere, come dottrina del metodo per ogni scienza, consente di mantenere fermi i canoni dello stagirita e di servirsene in modo nuovo per indagare le varie discipline ⁽⁴⁹⁾.

Il processo cinquecentesco di rifondazione critica del metodo, nel quale oltre al diritto sono coinvolte tutte le discipline dello Studio, è ad un tempo l'effetto e la causa della disputa sulla logica che vede impegnati su posizioni spesso divergenti importanti docenti padovani, come Marco Antonio Zimara, Girolamo Balduino, Francesco Piccolomini e naturalmente Giacomo Zabarella con il suo *De methodis libri quatuor* edito nel 1578 ⁽⁵⁰⁾. È proprio quest'ultimo ad insistere sulla differenza tra *ordo* e *methodus*: il primo termine si riferisce all'ordinata disposizione di una materia finalizzata ad una migliore conoscenza della stessa, è una pura successione di una parte o un argomento dopo l'altro, senza passaggi deduttivi dal dato noto all'ignoto; il secondo, invece, vero metodo scientifico perché permette l'acquisto di nuove conoscenze, non è solamente una *dispositio* delle *partes*, ma è un *progressus* che conduce *in cognitionem ignoti* inferendo dagli elementi conosciuti. Su tale bipartizione, s'innestano poi ulteriori distinzioni: quella tra ordine compositivo, che procede dai principi agli effetti, e ordine risolutivo, che dal fine risale ai principi generativi; quella tra metodo dimostrativo che procede dalla causa all'effetto e metodo risolutivo che muove in senso inverso ⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁹⁾ Sulla rivisitazione della logica aristotelica operata in ambiente patavino da Zabarella e da altri suoi epigoni, cfr. per esempio, F. BOTTIN, *Giacomo Zabarella: la logica come metodologia scientifica*, in *La presenza dell'aristotelismo padovano nella filosofia della prima modernità*, a cura di G. Piaia, Padova, Antenore, 2002, pp. 33-55 e M. A. DEL TORRE, *Studi su Cesare Cremonini. Cosmologia e logica nel tardo aristotelismo padovano*, Padova, Antenore, 1968, pp. 89-133.

⁽⁵⁰⁾ Vasta è la letteratura che si è occupata del dibattito sulla *methodus* nell'Università padovana; cfr., tra gli altri, J. H. RANDALL, *The School of Padua and the emergence of modern science*, Padova, Antenore, 1961, specie pp. 13-68 sullo sviluppo del metodo scientifico e A. POPPI, *Introduzione all'aristotelismo padovano*, Padova, Antenore, 2^a ed., 1991, specie pp. 93-121.

⁽⁵¹⁾ Per una più approfondita analisi del pensiero del filosofo padovano si rinvia all'ampia trattazione di A. POPPI, *La dottrina della scienza in Giacomo Zabarella*, Padova, Antenore, 1972, specie pp. 161-195 in riferimento alla parte qui sintetizzata. Zabarella, in contrasto con gli umanisti e con altri esponenti della Scuola padovana, critica ed esclude la validità scientifica sia del metodo definitorio che di quello divisivo: il primo, sul pre-

Sollecitazioni prontamente raccolte sia da Angiolo Matteacci, che riprende quasi alla lettera le distinzioni di Zabarella tra *dispositio* e *methodus demonstrativa* o *resolutiva*, organizzando le sue *lecturae* sulla base di tale modello conoscitivo ⁽⁵²⁾, sia da Giulio Pace nel *De iuris methodo* edito nel 1597 ⁽⁵³⁾, sia, in forma più attenuata, da Tiberio Deciani nel *Tractatus. Potissimum ordinem, iusto ordine, methodum aliquam* ⁽⁵⁴⁾: il linguaggio dimostra la volontà dell'autore udinese di disporre il materiale in una forma sistematica, segnala le tensioni umanistiche, le influenze dei *methodici*, la ricezione dei loro canoni espositivi. Evidentemente i contatti culturali padovani, il confronto universitario, le letture delle opere giuridiche dei neoterici convincono Deciani a sperimentare, seppure con cautela, il nuovo stile, più razionale, più chiaro, capace di organizzare la materia non più secondo l'ordine del *Corpus Iuris* o le *quaestiones* di una fattispecie, ma seguendo un percorso scientifico deduttivo, dai *generalia* alle ipotesi particolari. In questa tensione innovativa concorrono, con una certa approssimazione linguistica se confrontata con il rigore dei filosofi o dei logici, il desiderio didattico di rendere più facilmente conoscibili i *criminalia* e il tentativo di dare uno statuto scientifico allo studio del diritto penale. Nel *Tractatus* si parla

supposto che la definizione non sarebbe uno strumento logico perché tra definizione e quiddità della *res* definita non vi sarebbe alcun progresso conoscitivo da una cosa nota ad una ignota, ma solo una esplicitazione del significato già contenuto nell'oggetto definito; il secondo, perché la *divisio* non avrebbe la *vis probandi vel notificandi* e dunque non sarebbe un vero strumento metodico scientifico, ma potrebbe solo essere utile per l'ordine dispositivo di una disciplina e per la formulazione di una buona definizione. Proprio in quel periodo, tuttavia, la scienza giuridica umanistica o gli autori che ne subiscono comunque l'influenza come Deciani, sfruttano ampiamente tanto le *definitiones* come operazioni per elaborare ed esprimere la *substantia* di un istituto, quanto la divisione in *genera* e *species* per individuare gli elementi distintivi, per esempio di un contratto o un delitto, classificarli e ordinarli in modo sistematico e razionale.

⁽⁵²⁾ L'apporto del filosofo sul metodo tenuto da Matteacci nel suo corso di lezioni è bene illustrato in HERBERGER, *Dogmatik*, cit., pp. 254-256.

⁽⁵³⁾ Sull'influenza avuta da Zabarella e dalla scuola filosofica padovana su Giulio Pace, cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna*, I, *Il Cinquecento*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 195-201 e bibliografia ivi riportata.

⁽⁵⁴⁾ Le espressioni sono di DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, I *De vocibus, quibus delicta ecc.*, incipit; II, IV *De substantialibus, naturalibus et accidentalibus delicti in genere*, n. 1; II, II *De causis delictorum*, n. 3.

di *ars*, di *partes*, di *significatio verborum*, si studia l'origine storico-filologica e l'area semantica dell'illecito; poi tutti gli strumenti dialettici sono applicati al delitto in chiave sistematica.

Il lettore è accompagnato lungo il percorso, è invitato a seguirne l'andamento deduttivo, a prendere coscienza prima del linguaggio, dei principi, degli istituti portanti. Una parte relativa alla spiegazione dei termini è cosa comune nei trattati cinquecenteschi, ma il merito dell'udinese è di averla scritta con esclusivo riferimento ai *criminalia* ⁽⁵⁵⁾, così da caratterizzarli e qualificarli come scienza autonoma, dotata già di un proprio specifico vocabolario. È la prima volta che un autore si sofferma in maniera così attenta ed esaustiva sull'*interpretatio* dei vocaboli penalistici; questo dato conferma la piena maturità raggiunta dalla disciplina, con giuristi 'specializzati', capaci di distinguere i differenti contenuti semantici delle parole in modo tale da poterne individuare le implicazioni nel campo dei delitti.

Nel Libro II Deciani applica le quattro cause aristoteliche al *delictum* per arrivare a conoscerne più facilmente *substantiam*, *naturam* e *finem*, ne seleziona gli elementi necessari, li sintetizza nella *definitio*, poi passa ad uno studio dei *substantialia*, *naturalia* e *accidentalialia* del reato, servendosi dello schema dialettico della *definitio — divisio — partitio* per enucleare le regole comuni fondamentali del diritto penale sostanziale e processuale. L'obiettivo di

⁽⁵⁵⁾ In questo senso cfr. I. MEREU, *Storia del diritto penale nel '500. Studi e ricerche*, Napoli, Morano, 1964, nt. 76 p. 71. Anche Farinaccio, dopo una sintetica definizione di *delictum*, *crimen*, *maleficium*, riconosce la precisione e la completezza delle indicazioni terminologiche decianee, cfr. P. FARINACCIO, *Praxis et theoricae criminalis Libri Duo*, Francofurti ad Moenum, typis Hartmanni Palthenii, sumptibus haeredum D. Zachariae Palthenii, 1622, tit. III *de delictis et poenis*, q. 18, n. 3, p. 251: « Sed si plura, quam quae haec scripsi, apud alios scripta perquirere volueris, de hisce, et similibus vocibus delictum significantibus adeas, post Bartol. Tegeum in sua practi. crim. part. 1 n. 2 seqq. bene declarantem, Tiberius Decianus suis tractat.crim.par. 1 lib. I. cap. I. et per tot. et lib. II. cap. III., ubi de delicto, crimine, maleficio, peccato, iniquitate, vitio, malitia, excessu, facinore, scelere, flagitio, nequitia, improbitate, et similibus, plura de eorum verborum significatione, proprietate, diffinitione, divisione, differentiis, et generaliter de tota materia apud eum bene explorata reperies, nec hic transcribere volui, aut potui, cum huius doctissimi viri tractatus, post huius libri primam impressionem, ad manus pervenerint meas ». Lo stile di Farinaccio, diversamente da quello di Deciani, è ancora legato alla casistica e destinato prevelantemente ad un uso forense; in proposito cfr. A. MAZZACANE, *Farinacci, Prospero*, in « Dizionario Biografico degli Italiani », 45, 1995, pp. 1-5.

questo itinerario è didattico, consiste nel fornire gli strumenti concettuali per comprendere i « generalia omnia et quae communia sunt omnibus delictorum species »⁽⁵⁶⁾, per giungere alla *perfectam cognitionem*⁽⁵⁷⁾ della materia nei suoi caratteri 'universali', per inquadrare *summam tantum*, in partenza, caratteristiche e requisiti del concetto di delitto, assunto a categoria portante del diritto criminale in tutta la sistematica del trattato.

Le indicazioni sullo *ius in artem redigere* degli umanisti sembrano accolte e messe a frutto. Deciani lavora sull'apparato penalistico consolidato, non inventa ma modella un materiale già circolante ampiamente sedimentato, non crea ma riordina. Affronta la materia in un modo nuovo, servendosi delle conoscenze storiche; ragiona *in abstracto* sul delitto, scomposto e analizzato con la griglia della logica aristotelica piegata alle cinquecentesche esigenze di razionalizzazione metodica. Nell'economia complessiva del *Tractatus* queste pagine di studio generale sono una piccola parte, ma certamente la più originale e sintomatica della complessa formazione culturale deciana. L'autore sa di muoversi su un terreno ancora tutto inesplorato, di essere il primo a combinare gli strumenti dialettici con lo *ius criminale* (« quod tamen ab aliis factum non legis » dice a proposito della definizione e « quamquam neminem legerim, qui in hac delictorum materia haec putaverit consideranda, et pertractanda » in riferimento alla conoscenza *per causas*⁽⁵⁸⁾), ragione per cui spiega al lettore tutti i passaggi.

Gli strumenti argomentativi sono essenzialmente quelli aristotelici, certo non nuovi al discorso giuridico, impiegati, tuttavia, in chiave ordinante non solo per interpretare ma per disporre la materia in maniera più chiara. L'autore non si vuole limitare ad un'esposizione, per quanto completa, delle forme del processo criminale, delle fattispecie di reato e dei rapporti tra le vigenti norme

(56) DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, IV *De substantialibus, naturalibus et accidentalibus delicti in genere*, n. 1.

(57) Di *perfectam cuiusque rei cognitionem* e di *perfectam universalis cognitionis delictorum materiam* si parla in DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, III *De diffinitione delicti*, n. 1 e II, IV *De substantialibus ecc.*, incipit.

(58) I passi citati sono in DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, III *De diffinitione delicti*, n. 1 e II, II *De causis delictorum*, n. 2.

precettive e sanzionatorie, ma concepisce un trattato che apra una prospettiva ‘strutturante’ della materia, capace di condurre ad una comprensione del sistema nel suo insieme, di offrire una focalizzazione della *ratio* su cui poggia tutta l’architettura dell’apparato punitivo. In questa ricerca di astrazione dall’ordine che, da Gandino in avanti, era sempre stato pensato in funzione della *practica*, in questa lettura dei *criminalia* attraverso schemi in grado di far emergere i concetti e gli istituti generali, così da semplificarne lo studio e l’applicazione, va colta la ‘svolta’ deciana.

III.3. *Logica accentratrice dell’impianto deciano*

Entro tale struttura così innovativa sono affrontate *quaestiones* e teorie poste dalla tradizione penalistica italiana, anche se spesso riviste proprio grazie al quadro generale in cui sono collocate. Non vi sono rotture polemiche con il diritto delle *Practicae*, né cesure nette con il linguaggio, la tecnica, i *loci* discorsivi della tradizione, ma solo un approccio differente alla materia, una cauta sperimentazione espositiva, una riflessione sulla *res* che astrae dalle fattispecie per soffermarsi sulle acquisizioni dogmatiche già patrimonio della scienza penale. Emerge, con Deciani, il bisogno di una ricostruzione più ordinata, semplificante, dunque anche più ‘politicamente’ funzionale dello *ius criminale*.

È opportuna qualche precisazione per anticipare fin d’ora i lineamenti del volto ‘politico’ del trattato, così come veicolato dalla partizione degli argomenti nell’architettura complessiva. La storiografia riconosce che le istanze di storicizzazione e di ritorno alla purezza delle fonti autentiche, la ricerca di un modello espositivo più semplice, la ripartizione dell’ordinamento giuridico in sistemi e la proposizione di nuovi approcci didattici, sono condizioni originate da un disegno politico oltre che da un progetto culturale, tanto da divenire espressione di movimenti riformatori che investono assetti costituzionali, equilibri di potere, profili religiosi e organizzazione dei piani di studio nelle Università ⁽⁵⁹⁾. Questo fenomeno è certamente

⁽⁵⁹⁾ Sul nesso tra proposte metodologiche degli umanisti, progetti di riforma e ridefinizione degli equilibri politici con particolare riferimento all’area tedesca, cfr. A. MAZZACANE, *Sistematiche giuridiche e orientamenti politici e religiosi nella giurisprudenza*

ben visibile fuori dall'Italia, in Francia o in Germania, in particolare nelle regioni dove più forte soffia il vento della Riforma. Si delinea un quadro politico nuovo in cui il superamento della concezione universalistica che fa riferimento al Papato e all'Impero consente l'emersione di entità territoriali che, rivendicando indipendenza e autonomia, cercano fondazioni culturali e modelli di sapere legittimanti.

Un diritto 'nuovo' rispetto a quello *ius commune* che è l'espressione più tipica dell'*unum imperium* può diventare il motore di un programma politico, essere il segno di un'insofferenza all'assetto tradizionale, aumentare la possibilità di rafforzare il valore di fonti normative particolari. Questi temi attraversano gli scritti dei giuristi, affiorano in modi e forme diverse, con diversa carica polemica, innovativa o conservatrice. Nel caso di Deciani, se sicuramente va riconosciuta una tensione metodica e ordinante, è invece molto più tenue il profilo di riforma giuridica e politica. Cattolico del tempo tridentino, il suo atteggiamento è conservatore, di difesa severa della Chiesa di Roma; ma risente sia dei fermenti assolutistici del suo secolo, forti anche nei territori del dominio veneziano, sia delle pressioni accentratrici dello Stato. Il *Tractatus* si colloca, forse, in una terza via che non è né quella della rottura polemica con la tradizione medievale, sospinta da ben più destabilizzanti fratture religiose e politiche, né quella della conservazione di un equilibrio ormai passato tra Chiesa e Stato.

Il sistema penale deciano si serve della *methodus* per ordinare la materia e consegnarla, così razionalizzata, nelle mani del Principe. L'attribuzione della dimensione punitiva alle competenze esclusive dello Stato, la separazione del foro di coscienza da quello legale, rese possibili dalla definizione teorica del delitto e dall'individuazione dei suoi elementi costitutivi, dimostrano le potenzialità in chiave assolutistica del disegno di Deciani, probabilmente favorito dalla posizione 'autonomista' che Venezia stava assumendo nel Cinquecento nei confronti di Roma culminata poi nell'Interdetto del 1606. Ma è un equilibrio che continua ad essere fortemente sostenuto dal pilastro religioso come dimostra tutta la parte sui delitti contro la fede cattolica: non è la fede ad essere toccata, quanto piuttosto

tedesca del secolo XVI, in *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, a cura di Liotta, cit., pp. 213-252.

l'autorità temporale della Chiesa espressa dai suoi rappresentanti entro uno Stato che rivendica piena sovranità.

Anche per quanto riguarda la distribuzione degli argomenti, lo stile dell'udinese si colloca in una posizione intermedia tra continuità con la tradizione e recepimento dei canoni sistematici. L'organizzazione dei temi, che nella programmazione iniziale e fino all'inizio del libro V sembra procedere in modo lineare, chiaro, presentando gli istituti secondo un ordine che muove dal generale al particolare, poi nel resto della trattazione spesso si smarrisce; si ritorna ad una griglia espositiva più classica in cui riaffiorano *distinctiones e limitationes*. La prosa si mantiene alta, quasi mai entra nella descrizione casistica minuta, ed anche nella parte sui singoli reati vi sono microsistemi, frequenti riferimenti storici o letterari, richiami precisi alle leggi antiche che regolavano la fattispecie, spesso definizioni ⁽⁶⁰⁾. Non è lo stile concreto delle *Practicae*, né quello didattico dei commentari alle *leges* penalistiche romane (quelli di Marsili per esempio) e neppure quello modellato sulle parti penalistiche delle schematiche Istituzioni di Gaio ⁽⁶¹⁾: è sicuramente originale, frutto di un'elaborazione profonda, di una conoscenza vasta della materia, tanto teorica quanto pratica, dove però i contenuti ricalcano quelli della criminalistica precedente. A livello metodologico, dunque, prima che contenutistico, Deciani si colloca in una posizione di equilibrio tra continuità con la tradizione giuridica e disponibilità al rinnovamento.

⁽⁶⁰⁾ Vedi Cap. VI. II. 1.

⁽⁶¹⁾ I delitti sono trattati secondo la partizione delle *Institutiones*, come obbligazioni *ex maleficio*, in alcuni giuristi umanisti che vedevano nel testo di Gaio il riferimento per la semplificazione del sistema giuridico; cfr. per es. N. VIGELIUS, *Methodus universi iuris civilis absolutissima*, Basileae, ex officina Oporiniana, 1586, dove la parte VI, intitolata *De obligationibus et actionibus ex delicto descendantibus*, tratta al libro 22 (*De quatuor maleficiorum generibus, cum suis actionibus*) i reati di furto, rapina, *damnum e iniuria* e al 23 (*De reliquis maleficiis et quasi maleficiis, necnon praecedentium actionum ad finibus remediis*) le azioni. Lo schema dell'esposizione è quello di enunciare una regola, in modo molto sintetico, utilizzare, specie nei delitti, *definitiones e divisiones* schematiche richiamando la legge di riferimento, elencare poi le possibili *causae* per le quali si può proporre l'azione e infine le eccezioni, con i soli riferimenti alle leggi romane, senza alcun richiamo alla dottrina successiva. Come lui, in modo più esteso, fa C. LAGUS, *Iuris utriusque traditio methodica*, Francoforti, apud Chr. Egenolphum, 1552.

CAPITOLO II

L'ISTITUZIONE DELLE CATTEDRE DI *CRIMINALIA*

I. Frammentazione disciplinare e autonomia didattica: le cattedre di 'criminale'. — I.1. Le ragioni delle *lecturae criminalium*. Maturazione scientifica del diritto penale ed esigenze della pratica. — I.2. Modelli culturali e strategie di potere. — II. Istruzione giuridica e pedagogia del potere. — II.1. Deciani *doctor iuris* d'apparato. — II.2. Il necessario compromesso tra cultura giuridica e politica egemonica veneziana. — II.3. L'impegno del lettore di 'criminale' tra lo Studio e gli *officia publica*. — II.4. Il *Tractatus* oltre la *lectura*: un organico progetto penale.

I. *Frammentazione disciplinare e autonomia didattica: le cattedre di 'criminale'*

I.1. *Le ragioni delle lecturae criminalium. Maturazione scientifica del diritto penale ed esigenze della pratica*

Il consolidarsi di una disciplina penalistica autonoma, basata su propri principi interpretativi ed elaborata principalmente con riferimento alla lettura di alcuni passi del *Corpus Iuris*, agli statuti, all'ampio arcipelago di norme e consuetudini relative al procedimento per la *cognitio criminis*, genera nuove esigenze didattiche nel già complicato panorama accademico cinquecentesco.

Attraversate nel XVI secolo da una crisi culturale sempre più acuta, con un profondo mutamento dei programmi e dei metodi di studio, minacciate dal sorgere di centri del sapere più agili come le Accademie o i Collegi ⁽¹⁾, le Università sono anche luoghi d'importanti rinnovamenti disciplinari nel campo giuridico. Le cattedre di

⁽¹⁾ Sui Collegi come luoghi di cultura e d'istruzione più moderni e flessibili frequentati dalle *élites* cittadine, « veri e propri focolai per l'umanesimo o la Riforma », cfr. J. VERGER, *Collegi e Università tra Medio Evo ed Età moderna*, in *I collegi universitari*

diritto civile orientate alla spiegazione testuale del *Codex* e del *Digestum vetus*, già presenti al tempo dei glossatori, prima aumentano di numero, poi modificano la *methodus studendi*. L'attenzione esclusiva al testo non è più sufficiente per una preparazione adeguata degli studenti, ma occorre un insegnamento che comprenda anche la conoscenza dell'ampio apparato d'interpretazioni dottrinali e di commenti che sono divenuti diritto vigente, in particolare quelli di Bartolo. Testo, glossa, commento, Bartolo: le nuove esigenze didattiche impongono un sapere giurisprudenziale, formato sulle *auctoritates* più utilizzate e sulla *communis opinio* che orienta la pratica ⁽²⁾.

Questa impostazione metodologica, favorendo un maggiore distacco dalla lettera e dall'ordine legale del testo giustiniano, consente il delinarsi di nuove discipline, che separandosi dallo *ius civile* acquistano una propria identità didattica quanto più consolidano una specificità scientifica. Così avviene per il diritto internazionale, per il diritto commerciale e pure per quello criminale. Il copioso lavoro interpretativo esercitato sulle fonti romane, sulle disposizioni statutarie e sulle pratiche arbitrarie, ha permesso l'accumulazione di un materiale sufficientemente ampio, omogeneo nei contenuti, dotato di una compiutezza e di una tipicità tali da poter essere anche insegnato separatamente. La frammentazione dello *ius civile*, giustificata dalla specializzazione disciplinare, consente di inserire nei piani di studio delle Università insegnamenti più specifici, mirati ad una formazione giuridica che, pur nel carattere universale della

in Europa tra il XIV e il XVIII secolo, a cura di D. Maffei e H. De Ridder-Symoens, Milano, Giuffrè, 1991, specie pp. 7-11.

⁽²⁾ Nel 1544 a Padova è istituita una cattedra di testo, glossa, Bartolo, da affiancare a quelle di diritto civile ordinarie per completare ed aggiornare il corso di studi, cfr. B. BRUGI, *I giureconsulti italiani del secolo XVI*, cit., p. 107. Lo stesso avviene a Napoli nel 1507, mentre la proposta di letture 'straordinarie' fondate non solo sul *Corpus* ma anche sulle glosse e sull'*interpretatio Bartoli*, è avanzata nel 1586 dal Collegio dei giuristi di Perugia. Nello *Studium Messanese* (su cui cfr. D. NOVARESE, "Che li legisti debbano fondare le lectioni loro sopra Bartolo". *Insegnare e studiare diritto nel Messanese Studium Generale* (secc. XVI-XVII), in « Annali di storia delle Università italiane », Bologna, CLUEB, 2, 1998, pp. 73-84) i Nuovi Capitoli del 1565 stabiliscono che le lezioni di diritto abbiano ad oggetto l'esegesi della glossa, di Bartolo e di Alessandro Tartagni e quelli del 1597 che i maestri fondino le lezioni su Bartolo; non sono previste, invece, letture di 'criminale'.

scientia iuris, richiede nei diversi settori conoscenze e competenze particolari, modellate sulla pratica, sugli usi, sulle norme che regolano in modo differente gli ambiti della vita sociale, i rapporti tra i privati, lo *ius mercatorum* e lo *ius criminale* (3).

Una prima ragione dell'attivazione di cattedre di 'criminale' o di 'pratica criminale' (entrambe le dizioni comprendono sia il diritto sostanziale che quello processuale, unitariamente concepiti) sta, dunque, nella necessità contingente di offrire agli studenti un'adeguata competenza per muoversi nel sempre più complesso labirinto penalistico, fortemente caratterizzato dai modi e dalle regole processuali ma anche ormai ricco di concetti, istituti, dogmi sostanziali. Uno dei motivi 'originari' che avevano spinto Gandino a scrivere il *Tractatus de maleficiis* era proprio la necessità di offrire uno strumento di completamento degli studi istituzionali. Nel proemio dice di volerlo « ad utilitatem et eruditionem » dei suoi figli, studenti di diritto a Padova: evidentemente il fatto che i *criminalia* fossero ancora trascurati nell'insegnamento universitario, pur rivestendo ormai un ruolo importante nell'attività quotidiana dei giuristi, aveva indotto il *magnus practicus* a colmare la lacuna con un'opera destinata ad aprire una lunga tradizione.

Esigenze pratiche, certamente, sono alla base delle *lecturae criminalium* del Cinquecento. Pratiche (anche, se non solamente) sono le motivazioni che spingono gli studenti dello Studio padovano a chiedere l'istituzione di una cattedra di 'criminale', richiesta accolta dopo otto anni solo nel 1540 con l'incarico affidato a Pier Filippo Mattioli. Gli scolari sono evidentemente consapevoli del bisogno di aggiornare i loro studi; non vogliono perdere l'opportunità d'acquisire le conoscenze necessarie per sfruttare al meglio le possibilità di maggiore profitto economico garantite dall'attività di avvocato o consulente in affari penali (4). Pratica, ovvero acquisita

(3) Per qualche spunto sull'autonomia di queste discipline cfr. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, il Mulino, 1987, p. 96.

(4) Ippolito Marsili, nel *Proemium* della sua edita *lectura bolognese sulla lex Cornelia de sicariis* (I. MARSILI, *Brassea. Commentaria super titulis ff. ad l. Corneliam de sicariis et ad l. Pompeam de parricidiis et ad l. Corneliam de falsis, Cum additionibus per eundem auctorem noviter in lucem editis. Una cum summaris novissime compositis. Et cum repertorio*, Venetiis, per Franciscum Caronum, 1526, *Proemium*, f. 78ra) afferma di

nello svolgimento dell'attività di podestà o assessore, è l'esperienza in forza della quale gli *Studia*, o i Principi per loro, scelgono i docenti cui affidare questo insegnamento. È il caso di Deciani, chiamato direttamente dall' 'augusto Senato Veneto' nel 1549: « essendo la Lettura delli Criminali di molta importanza nel Studio nostro di Padova, e perciò molto desiderata da quei scolari », dato che già da un anno non può essere letta a causa della malattia del docente Marco Antonio Bianchi con grave danno per gli studenti stessi, la scelta cade sull'udinese, « il quale già da molti anni si esercita in tal professione, servendo per Giudice, e per Vicario li Rettori nostri, di modo che alla dottrina, ch'egli ha singolare, ha ancora congiunta la pratica, come si desidera »⁽⁵⁾.

Finalizzati alla pratica sono, infine, l'oggetto e i contenuti dei corsi, come delle numerose opere — le *Practicae criminales* appunto — che vengono date alle stampe con l'intento di fornire gli strumenti per muoversi nel processo penale. Presa coscienza della nascita di un'autonoma branca del diritto e della sua raggiunta maturità tecnica, l'obiettivo comune delle lezioni e delle *Practicae* è di formare giuristi con le abilità necessarie per navigare in questo nuovo mare: il penale ha un proprio linguaggio, istituti peculiari, regole interpretative particolari, meccanismi processuali specifici che meritano di essere studiati separatamente dalle altre discipline giuridiche. L'importanza della materia nei meccanismi politico-costituzionali e la delicatezza delle questioni che coinvolgono la vita degli imputati rendono necessaria una professionalità 'nuova', spendibile sia nell'attività forense che negli *officia publica*, come giudice o assessore al servizio della macchina punitiva 'statale'.

affrontare una materia assai utile, *quotidianam et valde lucrosam*. Invita, infatti, gli studenti a disertare le lezioni di civile piuttosto che quelle di criminale, non solo perché nelle questioni penali si tratta non *de praeiudicium rerum et bonorum* ma *de periculo personarum*, e dunque « immo tanquam magis periculosa diligentibus in ipsa materia est insistendum », o perché le pene sono più gravi, ma anche perché « magis cause criminales sunt lucrose quam civiles ». L'attività forense in campo penalistico è divenuto l'affare più redditizio, e i giovani studenti frequentano volentieri le letture in grado di istruirli in una materia fatta, ancora nel Cinquecento, più di abilità pratica che di teoria.

⁽⁵⁾ La citazione dalle Lettere Ducali, Collazione 1549, 23 Aprile, è riportata da G. G. LIRUTI, *Notizie delle vite ed opere scritte da' letterati del Friuli*, t. III, Udine, Per i Fratelli Gallici alla Fontana, 1780, p. 383.

La giovane disciplina in questo periodo non ha ancora né spazi né mezzi speculativi per una riflessione dogmatica approfondita, ma la sua è una vocazione che risponde *in primis* ad esigenze concrete, alle attese dei futuri avvocati e soprattutto alla richiesta di funzionari qualificati da parte dei nascenti apparati di giustizia centralizzati. Naturale, dunque, che in tale fase iniziale i primi postulati teorici siano al servizio dell'abilità forense, per educare tanto i professionisti quanto chi — ricorrendo di nuovo a Marsili — volendo impegnarsi negli incarichi pubblici, deve diventare degno di *gubernare la res publica* con il suo *patrocinium*:

« Attento quod parum prodesset habere theoreticam ipsarum causarum criminalium sine practica, maxime tyronibus qui cupiunt se exercere in officiis. Idcirco practicam ipsam conabor quam brevius, et clarius potero tradere et explicare, ponendo etiam aliquas quaestiones circa materiam ipsarum multum utiles quotidianas et necessarias, non tactas, nec examinatas ab aliquo docente antiquo, nec moderno, usque ad haec tempora. Practicam ergo istam gratiose suscipite, curiose perlegite, et fructuose memoriae commendate, ut digni efficiamini respublicas diversorum principum, et locorum vestro patrocinio gubernare, ut inquit Imperator in proemio Institutionum » (6).

I.2. *Modelli culturali e strategie di potere*

Le cause che nel XVI secolo portano molte Università ad istituire corsi di *criminalia* sono, tuttavia, molteplici, non tutte risolvibili nell'accumulazione di un autonomo patrimonio tecnico-dogmatico, né nell'interesse forense o nel carattere lucrativo della materia. Alle ragioni della prassi occorre aggiungere sia le spinte che provengono dalle istanze dell'umanesimo giuridico, sia le pressioni che sugli Studi esercitano con sempre maggiore insistenza i detentori del potere politico. La combinazione di queste tre ragioni — *practica*, culturale e politico-istituzionale — pare fornire gli elementi necessari per spiegare il fiorire delle letture penalistiche. Variamente influenti nelle diverse scuole, esse permettono di porre l'istituzione

(6) I. MARSILI, *Practica criminalis, Averolda Nuncupata, Iudicibus, caeterisque in foro versantibus, mirum in modum utilis, ac necessaria*, Venetiis, Apud Io. Antonium Bertanum, 1583, § *Principium*, n. 4, f. 2v.

delle cattedre in relazione con il più ampio contesto delle trasformazioni che nel Cinquecento attraversano gli *Studia*, sia dal punto di vista della didattica che sotto il profilo della ‘politica universitaria’ condotta dai Principi e dagli Stati. Mentre mutano le esigenze degli studenti e cresce la preparazione culturale della scienza giuridica, le mire assolutistiche degli Stati invadono gli spazi del sapere, i mezzi d’educazione e di formazione della classe dirigente.

È nell’intreccio di questi fattori, nel tentativo di adeguare l’insegnamento alla nuova realtà politica che maturano le condizioni per lo sviluppo didattico del diritto criminale. Condizioni che hanno radici anche nel movimento culturale umanistico, con le relative proposte di riforma dei piani di studio, così come nelle strategie politiche d’accentramento del potere che producono ingerenze dei Principi sugli *Studia* e sulle forme dell’istruzione. Cultura giuridica e disegni politici, *scientia* e *potestas*: soprattutto nel penale gli intrecci sono forti, le influenze reciproche, le tendenze dell’una si sovrappongono alle motivazioni dell’altra, i discorsi dei giuristi riconoscono e ad un tempo consolidano il ruolo ordinante della giustizia pubblica. Le istanze dei neoterici s’incontrano spesso con i piani egemonici e con le rivendicazioni d’esclusiva sovranità delle entità statali: il concetto stesso di riforma investe tanto i profili didattici quanto gli assetti costituzionali e le opzioni religiose.

Il penale si trova al centro di interessi emergenti, di strategie nuove: strumento privilegiato di controllo sociale e d’imposizione d’ordine, diviene il braccio armato ‘legale’ a servizio del detentore unico della *publica potestas*; per questo richiede anche una legittimazione teorica dei suoi fondamenti. La scienza giuridica, interpellata da tali cambiamenti, risponde con la preparazione di una professionalità *ad hoc* dotata di una speciale competenza, per la quale si attiva un apposito corso universitario. Troppo peculiare l’argomento, troppo svincolato dalle fonti antiche e legato all’intervento del legislatore positivo per essere considerato semplicemente una parte del programma delle lezioni civilistiche. Non a caso Deciani — penalista anche accademico — dedica lunghi capitoli a spiegare *quomodo ius criminale differt a ius civile* e quali aspetti caratterizzano il penale statale rispetto a quello disciplinato dal diritto canonico.

È un nuovo spazio giuridico: i giuristi lo individuano, attivano le loro armi per regolarlo, modellarlo, gestirlo, disponibili ad ammet-

terne la funzione costituzionale di conservazione della pace sociale, ma anche pronti ad organizzarlo entro categorie dottrinali. Le *lecturae* di ‘criminale’ devono formare un giurista capace di orientarsi tanto nell’ampio apparato dei concetti e degli istituti elaborato dai teorici, quanto nella cavillosa casistica giurisprudenziale, istruito e preparato per la carriera universitaria come per quella forense o per incarichi politici, burocratici e diplomatici a servizio di un qualche Stato (7).

Nel XVI secolo le metodologie d’insegnamento tipiche delle Università medievali subiscono, in misura e con tempi diversi nelle regioni europee, rilevanti cambiamenti, determinati in parte dalle proposte di rinnovamento del sapere di stampo umanistico che portano all’integrazione degli studi giuridici con quelli di ‘umanità’, in parte da più velate strumentalizzazioni dei centri d’insegnamento per opera di Principi, Senati, organismi di governo statali. Le critiche dei Culti rivolte al disordinato approccio ai testi romani favoriscono un processo d’organizzazione dell’istruzione giuridica entro un quadro sistematico in cui, da una concezione totalizzante del diritto identificata con il testo giustiniano, gradualmente emergono singole discipline con carattere autonomo. Le aree disciplinari che hanno sviluppato una loro specifica identità, nella terminologia negli istituti e nelle regole interpretative, ricevono ulteriore impulso al processo d’emancipazione dall’unitario *ius civile*. Si attivano, così, oltre alle cattedre di Pandette e ai corsi metodici di Istituzioni, anche le *lecturae* di *ius criminale*, basate prima su alcuni titoli del Digesto o del Codice secondo lo stile del commento (quelle di Marsili a Bologna, che, per esempio, nel 1518 legge la *lex unica de raptu virginum* e nel 1519 la *lex Cornelia de sicariis*) e successivamente, dove la legislazione ‘statale’ riesce ad essere dominante, aventi ad oggetto il sistema punitivo di diritto positivo (8).

(7) Sui rapporti culturali e le interessenze politiche tra docenti criminalisti e Principe, con particolare riferimento alla realtà ferrarese sotto la signoria degli Este, chi volesse può cfr. M. PIFFERI, *Lo Studio e la corte. L’attività dei lettori di diritto criminale a Ferrara durante la signoria estense*, in « Annali di storia delle Università italiane », Bologna, CLUEB, 8, 2004, pp. 77-91.

(8) È il caso dell’Università di Halle, dove alla fine del XVII secolo nel corso di criminale si studiava la *Constitutio Criminalis Carolina*; sull’emancipazione delle *lecturae*

L'introduzione di cattedre di diritto criminale nei principali atenei della penisola ⁽⁹⁾ è dunque il frutto di una scienza penalistica già matura, di dottrine consolidate anche nella prassi, avviate dallo studio dei glossatori sui *libri terribiles* del *Digestum novum* e perfezionate poi dall'attività interpretativa sulle leggi antiche, sugli statuti e sulle fonti del processo romano-canonico, nel quale sempre più domina l'inquisitorio. L'autonomia didattica in origine non implica affatto né uno stravolgimento contenutistico della disciplina né l'elaborazione di nuove teorie, ma, al contrario, la *lectura* arriva come coronamento di un percorso di sintesi scientifica che ha già prodotto ottimi risultati. Tale nuovo ramo di studio del diritto ha la funzione di riunire un insieme di riflessioni dottrinali, dispute interpretative, regole ed eccezioni stratificatesi in tutti gli anni che vanno dalla compilazione giustiniana fino al secolo XVI. Ma esso è,

penalistiche cfr. H. COING, *L'insegnamento del diritto nell'Europa dell'Ancient Regime*, in « Studi Senesi », LXXXII, 1970, pp. 186-187.

⁽⁹⁾ Lo Studio di Bologna è il primo ad istituire una *lectura criminalium* nel 1509, con un corso quotidiano, quadriennale, affidato ad Ippolito Marsili. Pisa attiva l'insegnamento nel 1544, Ferrara nel 1547, Roma nel 1572, Perugia nel 1600. A Pavia il diritto criminale si insegna come lettura straordinaria, gratuita e festiva, dal 1565 e poi, nel 1578, la cattedra 'teorico-practicae criminalis' diviene ordinaria, seppur ultima per importanza dopo quelle di civile, canonico e istituzioni. In alcune Università (Bologna e Padova sicuramente) è considerata una lettura importante ed è molto frequentata dagli studenti, in altre invece (Ferrara e Pavia per esempio) è complementare e letta non tutti gli anni (l'elenco dei lettori di criminale nello Studio ferrarese dal 1547 al 1596 è in A. FRANCESCHINI, *Nuovi documenti relativi ai docenti dello Studio di Ferrara nel sec. XVI*, Deputazione provinciale ferrarese di storia patria, s. M., vol. VI, 1970, pp. 232-233). A Torino una *lectura* di criminale figura dall'anno 1568-69, affidata a Curtio Vimercato; nel 1571 le *Istruzioni ai Riformatori dell'Università di Torino* di Emanuele Filiberto la indicano tra le letture straordinarie delle feste e dei tempi feriali e successivamente, almeno fino agli anni Venti del Seicento, essa compare quasi senza interruzioni nei *rotuli* tra le letture *de sera*, cfr. F. PATETTA, *L'Università di Torino nei secoli XVI-XVII*, Torino, Giappichelli, 1972, pp. 69 ss. Il *Gymnasium Patavinum* istituisce l'autonoma *lectura criminalium* nel 1540 e da allora fino al 1620 si susseguono come docenti il perugino Pier Filippo Mattioli e il padovano Marco Antonio Bianchi (1540), Tiberio Deciani (1549), poi Hieronymus Campi S. Petrus (1550), Michael Calidonius Vicentinus (1556), Antonius de Cataro (1559), Fabricius S. Severinus e Sebastianus Monticulus in alternanza (1560), Bartholomaeus Silvaticus (1563), Donatus Fina Sangrensis (1575), Ottonellus Dicalcius Patavinus (1577), Laurentius Castellanus Patavinus (1586), Victor Saxonia Patavinus (1594), Ioannes Galvanus Patavinus (1620), come riportato in G. F. TOMASINI, *Gymnasium Patavinum*, Utini, ex typographia Nicolai Schiratti, 1654, pp. 260-261.

nello stesso tempo, l'espressione della raggiunta consapevolezza del bisogno di approfondimento teorico e pratico della materia con metodo razionale, esprime un'esigenza di ridefinizione del diritto criminale entro un sistema, in modo tale da poter essere meglio insegnato, studiato, applicato ⁽¹⁰⁾.

Accanto alle ragioni culturali della specializzazione universitaria del diritto penale, vi sono certamente, ugualmente importanti, quelle politiche. Il processo d'accentramento del potere avviato dalle nascenti entità statali mira ad eliminare gli spazi di autonomia sostanziale delle realtà intermedie, o comunque ad occuparli per insinuarsi nei centri direttivi della vita politica. L'Università diventa uno strumento gestito dal potere centrale, un canale privilegiato per controllare e dirigere la formazione giuridica di una nuova classe di funzionari, il luogo in cui elaborare e diffondere un nuovo modello di governo della *res publica* attraverso la selezione dei professori, l'importanza attribuita ad una certa materia, l'organizzazione dell'insegnamento ⁽¹¹⁾. I corsi di studio formano la futura classe dirigente, gli avvocati, i diplomatici di corte, i giudici e i giuristi 'organici' alle istituzioni, tanto abili quanto necessari mediatori fra le Università e il mutevole caleidoscopio della realtà sociale. La bravura *in foro* e la capacità di incidere nella vita pubblica, contribuendo alla legittimazione delle strutture di governo, dipendono dalla formazione ricevuta *in scholiis*.

Rientra, dunque, nella strategia egemonica del Principe dotarsi di *boni magistratus* e trovare i canali, direttamente o attraverso la

⁽¹⁰⁾ La relazione esistente tra l'istituzione delle cattedre di diritto penale e le spinte verso la rielaborazione in sistema della materia è sostenuta da A. MARONGIU, *La scienza del diritto penale nei secoli XVI-XVIII*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, cit., p. 410.

⁽¹¹⁾ Insiste sul ruolo sempre più prevalente che negli *Studia*, già dal XIV secolo, assumono i Principi e gli Stati territoriali P. NARDI, *Relations with authority*, in (editor) H. DE RIDDER-SYMOENS, *A history of the University in Europe*, I, *Universities in the middle ages*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, cap. 3, pp. 77-107; gli elementi che caratterizzano la 'politica di ingerenza e di dominazione' attuata nei confronti dello Studio pavese prima dal ducato sforzesco-visconteo e poi dal Senato milanese sotto la corona spagnola, sono illustrati in M. C. ZORZOLI, *Interventi dei duchi e del Senato di Milano per l'Università di Pavia (secoli XV-XVI)*, in *Università e società nei secoli XII-XVI*, (Atti del nono convegno internazionale, Pistoia, 20-25 settembre 1979), Pistoia, Centro italiano studi di storia e d'arte, 1982, pp. 553-573.

nomina di propri rappresentanti negli organi vitali degli *Studia*, per interferire sull'elaborazione del diritto controllandone l'insegnamento⁽¹²⁾. Spinto da queste ragioni, il nuovo soggetto politico ha bisogno in particolare di una riflessione sul diritto penale che fornisca strumenti tecnici e argomenti teorici per creare fattispecie delittuose efficaci, per utilizzare la forza della giustizia come mezzo di coesione, per trasformare la trasgressione della norma in forma di controllo sociale. Inevitabilmente, la strumentalizzazione in chiave egemonica della potestà punitiva passa anche attraverso la promozione e la gestione del sapere penalistico nelle Università⁽¹³⁾.

II. Istruzione giuridica e pedagogia del potere

II.1. *Deciani doctor iuris d'apparato*

Deciani rappresenta un'icona esemplare del modello di giurista d'apparato. La scelta del Senato veneziano di chiamarlo nel 1549 come successore di Bianchi alla lettura *delli criminali*, oltre a confermare l'interessamento particolare riservato al diritto penale ormai

⁽¹²⁾ Qualche indicazione sul rapporto tra cultura giuridica universitaria e strategie dell'autorità politica è in H. COING, *Die juristische Fakultät und ihr Lehrprogramm*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, (hrsg.) H. Coing, I, München, C. H. Beck'sche, 1973, pp. 85-90. Per una conferma dello stretto legame tra *Studium*, giuristi, Senato cittadino e *universitas civium* nel Cinquecento, con riferimento alla realtà messinese ma con aspetti che riflettono un andamento generale, cfr. D. NOVARESE, *Istituzioni politiche e studi di diritto fra Cinque e Seicento. Il "Messanese Studium generale" tra politica gesuitica e istanze egemoniche cittadine*, Milano, Giuffrè, 1994, specie pp. 237-304.

⁽¹³⁾ In questo senso N. HAMMERSTEIN, *Relations with authority*, in *A history of the University in Europe*, II, *Universities in early modern Europe (1500-1800)*, ed. by H. De Ridder-Symoens, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, cap. 3, p. 151, associa lo sviluppo dello Stato nel XVI secolo ad un forte bisogno di stabilità interna, perseguita sia attraverso l'interconnessione cercata dall'autorità politica secolare con la sfera religiosa, sia grazie al controllo dell'istruzione universitaria. L'importanza di un apparato di funzionari fedeli alle logiche egemoniche del potere centrale, tecnicamente formati e dotati di solide conoscenze giuridiche, come chiave per imporre la politica penale del Principe, è confermata con riferimento al ducato estense, in D. S. CHAMBERS - T. DEAN, *Clean hands and rough justice. An investigating magistrate in Renaissance Italy*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1997, pp. 19-57.

compreso nella sua funzione ordinamentale, s'inserisce pienamente in un più ampio piano accentratore, messo in atto dalla Dominante a partire dalla metà del XV secolo e diretto a fare dello Studio un vero e proprio strumento di governo, con interventi penetranti in tutti gli ambiti della vita universitaria ⁽¹⁴⁾.

La scelta del Senato di avocare a sé la nomina di tutti i lettori, subentrando in una prerogativa tipica degli scolari, permette il controllo della didattica ⁽¹⁵⁾; la presa in carico degli stipendi dei docenti mostra certo l'impegno economico per il mantenimento dello Studio, ma implica anche la rivendicazione esclusiva della gestione amministrativa fino ad esautorare, di fatto, tutti gli altri

⁽¹⁴⁾ Con un decreto del 1406 lo Stato veneziano s'impegna a provvedere a quanto necessario allo Studio, e nel 1407 istituisce il monopolio universitario di Padova su tutto il territorio della Repubblica, in forza del quale solo esso può concedere titoli dottorali, e stabilisce altresì che nessun suddito possa *ire vel stare ad alium Studium, quam ad Studium paduanum* (divieto non originale, adottato nel 1392 da Gian Galeazzo Visconti per l'Università di Pavia e nel 1485 da Ercole I d'Este per quella di Ferrara). È, però, dalla metà del Quattrocento che si moltiplicano i provvedimenti di Venezia relativi all'Università e che lo Studio diviene oggetto di scelte e strategie politiche: risale, per esempio, alla metà del XV secolo la presa di posizione del Consiglio dei X contro i tentativi della veneziana Scuola di Rialto di sostituirsi allo Studio patavino nella concessione dei titoli dottorali in arti e medicina (cfr. in proposito B. NARDI, *Letteratura e cultura veneziana del Quattrocento*, ora in Id., *Saggi sulla cultura veneta del Quattro e Cinquecento*, Padova, Antenore, 1971, specie pp. 25-29). Esso è il luogo per la formazione di un ceto giuridico che assista e sostenga il nuovo assetto di poteri, una riserva di personale tecnico e burocratico e uno strumento di controllo della cultura giuridica, chiamata a legittimare e a definire le forme dell'*auctoritas* della Dominante. Per un quadro esaustivo del rapporto tra Venezia e lo Studio cfr. F. DUPUIGRENET DESROUSSILLES, *L'Università di Padova dal 1405 al Concilio di Trento*, in *Storia della cultura veneta*, II, *Dal primo Quattrocento al Concilio di Trento*, Vicenza, Neri Pozza Editore, 1980, pp. 607-647; S. DE BERNARDIN, *La politica culturale della Repubblica di Venezia e l'Università di Padova nel XVII secolo*, in « Studi Veneziani », XVI, 1974, pp. 443-502; A. VIGGIANO, *Fra governanti e governati. Legittimità del Potere ed esercizio dell'Autorità Sovrana nello Stato Veneto della prima età moderna*, Treviso, Edizioni Canova, 1993, pp. 193-194, e, da ultimi, G. BENZONI, *La Repubblica di Venezia e l'Università di Padova*, in « Quaderni di Storia dell'Università di Padova », 1998, 31, pp. 5-26 e D. GALLO, *Università e signoria a Padova dal XIV al XV secolo*, Trieste, Lint, 1998, che analizza proprio le interessenze politiche nei rapporti tra lo Studio e la Dominante.

⁽¹⁵⁾ La soppressione definitiva delle cattedre elettive è nel 1560. Sull'impegno del Senato nella nomina dei docenti, cfr. già E. BESTA, *Il Senato veneziano (origine, costituzione, attribuzioni e riti)*, Venezia, Fratelli Vicentini, 1897, p. 159.

poteri od organi autonomi concorrenti. Nel 1517 il Senato crea la magistratura dei tre “Riformatori dello Studio di Padova” per l’attuazione della sua politica culturale, con l’evidente intenzione di subentrare nel governo dell’Ateneo per escluderne altri possibili organi, corporazioni e cariche centrifughe concorrenti, retaggio del modello originario medievale delle Università indipendenti. Lo Studio è in mano ai maestri, a loro volta nominati e influenzati, se non direttamente guidati, dall’oligarchia della città lagunare: il giurista docente, specie nelle materie più importanti, deve essere uomo di cui il governo si fida, un collaboratore disponibile a trasmettere, nel e dal mondo accademico, il progetto culturale che fonda il modello politico-costituzionale della Dominante, piegando il discorso giuridico a sostegno del difficile equilibrio tra centro e periferia.

Deciani rientra in questo prototipo di *doctor iuris* allineato, partecipe dei meccanismi di potere. Diversi sono gli elementi che provano la sua collaborazione alla politica della Serenissima, fornendo utili indicazioni anche per leggere il *Tractatus* come manifesto giuridico colto di un penale sempre più a carattere egemonico, concentrato nella *iurisdictio* statale. Prima della nomina a docente, poi di nuovo nel 1550 durante il primo anno d’insegnamento, assiste il podestà a Vicenza, Padova e Verona nella funzione d’assessore: presta, così, il suo servizio di consulente giuridico dei rettori che Venezia invia in Terraferma come delegati del potere centrale nei Dominii, strumenti d’accentramento giurisdizionale e *longa manus* del governo della Repubblica.

Poi viene l’esperienza accademica, con l’attività non solo didattica per lo Studio: i Riformatori affidano a Deciani nel 1550 il compito di curare l’edizione a stampa degli Statuti dell’Università; in seguito, sempre su incarico della stessa magistratura, l’udinese, assieme a Marco Mantova Benavides, Girolamo Tornielli e Guido Panciroli, si occupa nel 1562 della riforma degli Statuti, in senso autoritario e senza nessun coinvolgimento degli studenti. Una partecipazione alla vita universitaria, dunque, che va ben oltre la trentennale docenza (dopo tre anni dal primo incarico, il 12 ottobre del 1552 il Senato lo chiama al secondo luogo della cattedra ordinaria di diritto civile, quella più importante, che da quel momento ricoprirà con continuità), ma che lo vede coinvolto nell’amministrazione generale, nella ridefinizione dell’assetto istituzionale e

nella limitazione delle prerogative dei tradizionali organi decisionali (i Rettori, le *nationes* degli studenti) per conto e in favore della Serenissima. Tale è la fiducia riposta in Deciani dalla capitale, tanta la riconoscenza per i suoi servigi, che dopo aver ricevuto il titolo di consultore *in iure* della Serenissima, con decreto del 1570 il Senato sancisce che tra i docenti padovani, eccetto il Benavides, *in gradu dignitatis nemo ei par esse posset*.

Il *cursus honorum* di Deciani è quanto di meglio possa sperare un giurista: docente di prestigio in uno Studio tra i più importanti d'Europa, funzionario della Repubblica di Venezia con incarichi di responsabilità, consulente stimato e interpellato anche dalle pubbliche autorità per esprimere un parere su temi di massima rilevanza ⁽¹⁶⁾, erudito al centro della vita intellettuale padovana. Espressione della cultura di diritto comune, ma nello stesso tempo anche disponibile a prestare la sua competenza al servizio dello Stato, il modello di giurista impersonato dall'udinese rappresenta una pedina fondamentale nello scacchiere politico veneziano. Nel rapporto tra Venezia e i centri sottoposti della Terraferma, il ruolo giocato dai *doctores iuris* costituisce, infatti, un momento essenziale della strategia espansionistica della Dominante.

L'obiettivo è quello di espandere l'egemonia del governo centrale nell'entroterra, seguendo una politica che favorisca le dedizioni spontanee facendo leva sul mantenimento degli statuti e delle consuetudini locali nelle città sottoposte, pur proiettando in esse la concezione del diritto propria della capitale. Ma tra il diritto veneziano e il diritto della Terraferma, specie nei centri più vitali e importanti come Padova Vicenza o Verona, esiste una profonda differenza: mentre il primo rifiuta il diritto romano, si fonda sulle tradizioni particolari della città ed è amministrato non da giuristi di professione ma dagli aristocratici in base all'equità e all'arbitrio, il secondo è invece il diritto comune, quello insegnato nelle Università, intriso di fonti romane, di *opiniones doctorum*, di tecnicismi e di

⁽¹⁶⁾ Si rivolgono a lui, oltre che la Serenissima, gli Imperatori Massimiliano e Carlo V per questioni sulla spettanza di feudi e castelli, i duchi d'Este per lo scontro sulla precedenza con Firenze, la Repubblica di Genova per la confisca dei beni dei Fiesci, il patriarca di Aquileia Giovanni Grimani accusato di eresia.

raffinate distinzioni concettuali. Il problema del rapporto tra centro e periferia diviene, dunque, a livello amministrativo e giurisdizionale, quello della relazione tra diritto veneziano e *ius commune*, dell'interazione tra due concezioni giuridiche apparentemente inconciliabili, espressioni di due diversi modi di intendere l'attività di governo e l'amministrazione della giustizia (17).

II.2. *Il necessario compromesso tra cultura giuridica e politica egemonica veneziana*

Il diritto tutto politico ed equitativo, discrezionale e consuetudinario della Dominante fatica ad imporsi nei centri dalla forte tradizione di diritto comune, dove la dimensione giuridica è appannaggio del ceto dei giuristi che custodiscono gelosamente un sapere fatto di tecnica, di cavilli, di linguaggio da 'professionisti' (18). Questo impone a Venezia di adottare, nel corso di Quattro e Cinquecento, una politica del diritto improntata alla massima flessibilità e al più realistico pragmatismo, accettando soluzioni diverse da città a città, a seconda delle loro tradizioni, degli usi e della difficile collaborazione con i giuristi. Sono questi ultimi, infatti, i soli che possono creare un collegamento tra le due realtà così distanti, i soli che, custodi della *scientia iuris*, possono permettere alla Repubblica di trovare le vie per interferire sul diritto della Terraferma. È la dimensione giuridica a giocare, nelle mire assolutistiche del governo lagunare, il ruolo forse meno evidente ma più delicato per la realizzazione dell'organico progetto politico. Il *doctor iuris* diviene una pedina fondamentale, un mediatore indispensabile alla Domi-

(17) Qualche esempio concreto, in termini processuali, di tali differenze tra modello veneziano e scienza penale degli assessori come espressione di una cultura che istituzionalmente la Dominante non voleva accettare, sono in G. COZZI, *La difesa degli imputati nei processi celebrati col rito del Consiglio dei X*, in *La Leopoldina. Criminalità e giustizia criminale nelle riforme del 700 europeo*, 9, *Crimine, giustizia e società veneta in età moderna*, a cura di L. Berlinguer e F. Colao, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 1-87.

(18) Sui caratteri peculiari del diritto veneziano e sui giuristi come espressione diretta della classe politica e non tecnici del diritto appartenenti ad una corporazione, cfr. S. GASPARINI, *I giuristi veneziani e il loro ruolo tra istituzioni e potere nell'età del diritto comune*, in *Diritto comune Diritto commerciale Diritto veneziano*, cit. pp. 67-105.

nante per penetrare nei meccanismi e negli organi giurisdizionali dei centri controllati (19).

La Repubblica si riserva alcune prerogative, come quella dell'approvazione degli Statuti locali, conservati ma formalmente legittimati dalla nuova autorità. Nell'attività di controllo e di gestione della giustizia, tuttavia, i delegati della Serenissima devono necessariamente essere affiancati da giuristi di Terraferma, non appartenenti al patriziato veneziano, capaci di amministrare in modo disteso i rapporti tra dominanti e dominati, senza imporre con la forza nuovi modelli giuridici. Sono i vari assessori, vicari, giudici del maleficio o giudici della ragione che svolgono nel quotidiano esercizio della giurisdizione un fondamentale ruolo di mediazione tra potere e sudditi, investiti del compito di dare una dimensione giuridica concreta alla politica della Dominante. L'opportunità politica impone una collaborazione tra questi giuristi, nel novero dei quali spicca anche la figura di Deciani, e i *praetores civitatum*, ben descritta dal contemporaneo Contarini:

« Cuique enim civitati, quae in societatem Veneti imperii venit, municipales leges relictæ sunt, multisque honoribus cives in sua quisque civitate potiuntur: oppida autem non pauca in agris urbium sita a civibus ipsarum urbium ibi magistratum gerentibus gubernantur. His adde, quod praetoribus civitatum, qui illustres sunt, assident cum ius populo dicunt homines iurisperiti: quibuscum consultant, antequam quippiam decernant, qui honos est non exiguus, nec modicum inde emolumentum ad eos venit. huius generis magistratibus fungi patricii Veneti non possunt, sed vel ex Veneto populo, vel, ut plerumque, ex sociis civitatibus deliguntur » (20).

(19) Osservazioni sul ruolo del giurista, formato nelle Università e corifeo del diritto comune, come indispensabile protagonista della politica espansionistica veneziana in Terraferma sono in G. COZZI, *La politica del diritto nella Repubblica di Venezia*, in ID., *Repubblica di Venezia e Stati italiani. Politica e giustizia dal secolo XVI al secolo XVIII*, Torino, Einaudi, 1982, pp. 79 ss. Insiste sull'« ampio rimescolamento di uomini e linguaggi » tra Dominio e Terraferma e sulle diverse concezioni del sapere giuridico e delle pratiche di risoluzione dei conflitti, che conferiscono ai giuristi formati *in utroque* un indispensabile ruolo di legittimazione del potere e mediazione dei conflitti, VIGGIANO, *Fra governanti e governati*, cit., *passim*, e in particolare pp. 32-39.

(20) G. CONTARINI, *De Magistratibus et Republica Venetorum*, Libri quinque, Venetiis, Apud Io. Bapt. Ciottum Senensem, 1592, pp. 71v-72r.

Gli *homines iurisperiti* rendono possibile l'esercizio di sovranità alla Repubblica attraverso le elaborazioni teoriche e gli argomenti tecnici propri del diritto comune di Terraferma, divengono strumento di coesione, fattore indispensabile alla complessa ideologia di dominazione « per conferire una dignità statale al confuso sovrapporsi di entità diverse »⁽²¹⁾. Questo comporta un graduale ingresso del diritto romano nell'ordinamento giuridico anche veneziano, costretto a confrontarsi con esso, a conoscerlo per potersi appropriare degli spazi di governo insiti nella giurisdizione e per controllare l'apparato della giustizia. I *doctores* esperti *in utroque*, formati nelle Università sui testi tradizionali, sono allora il fondamentale collante tra il diritto prima e dopo il dominio veneziano, garanti della continuità per il tessuto sociale dei centri periferici e contemporaneamente porta d'ingresso che consente a Venezia di subentrare alle istituzioni locali.

Deciani riconosce queste nuove prospettive di lavoro e le sfrutta: utilizza la sua cultura giuridica di diritto comune per assecondare i piani egemonici della Dominante filtrandoli attraverso le maglie degli istituti, delle *rationes*, delle elaborazioni dottrinali prima apprese e poi insegnate nello Studio patavino. Nel *Tractatus*, per esempio, molte pagine sono dedicate agli statuti e alla loro validità, come ultima espressione in ordine di tempo delle *leges poenales*. L'autore traccia il suo disegno servendosi degli argomenti tradizionali, ma, pur nell'equilibrio dei poteri, emerge con chiarezza il limite della *potestas condendi statuta*. Sono nulli gli statuti emanati da chi non ha la competenza e l'autorità necessarie; è una questione di sovranità, di *potestas*, d'*imperium* che appartengono in forma piena solo a Venezia:

« quaelibet autem civitas non recognoscens superiorem, potest statuta condere etiam poenalia, quia aequiparatur principi, ut est inclita Venetia-

(21) Così A. MAZZACANE, *Lo Stato e il Dominio nei giuristi veneti durante il « secolo della Terraferma »*, in *Storia della cultura veneta. Dal primo Quattrocento al Concilio di Trento*, I, Vicenza, Neri Pozza Editore, 1980, p. 579; al riguardo cfr. anche Id., *Rechtswissenschaft und Ideologie in Venedig. Erwerbung der „Terraferma“ und Wandlungen des Staates*, in *Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates*, hrsg. R. Schnur, Berlin, Duncker & Humblot, 1986, pp. 149-167.

rum civitas, et prout erat civitas Florentiae, Senarum, Lucae, Ianuae et simil. » (22).

I soggetti *recognoscentes superiorem*, come le città di Terraferma annesse al Dominio, possono legiferare *circa res suas* ma non *poenam imponere*, salvo quelle che hanno il *merum et mixtum imperium* le quali hanno la facoltà di « punire delicta et ordinem certum constituere servandum in procedendo et quaerendo de dictis criminibus » (23). Anche in questo caso, tuttavia, il più ampio margine di autonomia è compensato dalla necessità della *confirmatio* del Principe, specie in una materia come la criminale che ha un'evidente connessione con l'esercizio del potere sovrano, oltre che un importante ritorno in termini economici e di pedagogia del potere: « confirmatio autem superioris requiritur in omnibus statutis poenalibus, et criminalibus quia concernunt materiam iurisdictionis, et fisci, quae ad solum principem spectat » (24).

Deciani compone un quadro equilibrato, nel quale la superiorità della Repubblica è riconosciuta ma anche bilanciata dal mantenimento di prerogative proprie dei centri sottoposti. Il discorso imbastito sulle ragioni del diritto comune riesce a legittimare il nuovo assetto costituzionale senza provocare forti scontri o conflitti istituzionali; ricompono le fratture e teorizza l'autorità sovrana di Venezia senza stravolgere l'impianto del sistema giuridico di riferimento. Il giurista innova garantendo continuità, esattamente come gli viene chiesto dal governo lagunare. In questo modo l'udinese e gli altri *clarissimi Italiae Iurisconsulti* mantengono una posizione sociale privilegiata, rinsaldano l'appartenenza corporativa custodendo il sapere romanistico e riescono, nello stesso tempo, a vendere le loro competenze per ricoprire incarichi al servizio degli organi amministrativi del nuovo Stato.

In proposito merita di essere riportato per intero un passo di Arthur Duck, professore di Oxford del XVII secolo: egli, dopo aver notato come l'osservanza del diritto romano nei territori del dominio

(22) DECIANI, *Tractatus criminalis*, cit., II, XXXIII *Statuta quae non valeant*, n. 1.

(23) Ivi, n. 3.

(24) DECIANI, *Tractatus criminalis*, cit., II, XXXVII *De confirmatione Statutorum*, n.

veneziano sia legata alla presenza dello Studio padovano e all'attività 'amministrativa' dei suoi maestri, richiama proprio Deciani come esempio di giurista autorevole che in quella determinata regione e in quel contesto costituzionale contribuisce a diffondere lo *Ius Civile Romanorum*. Il filo logico che unisce Università, *consilia sapientis* e assessori alla strategia di espansione 'rispettosa', di egemonia non oppressiva della Serenissima è evidente, come chiaro è il ruolo chiave giocato dallo *ius commune* per mezzo dei suoi artefici:

« Negari tamen non potest, Venetos Ius Civile Romanorum colere et venerari, immeritoque eos superbiae redarguant aliqui, quod non dignentur Legibus Imperialibus parere, quia Iuris Civilis Professorum ut Assessorum in Iudiciis suis opera et Consilio utuntur, pluresque Sententias Auditorum Venetorum in Scriptis promulgatas se Venetiis vidisse ait *Decianus*, in quibus Iurisconsultorum responsa descripta sunt, quod in Italiae Civitatibus frequentissimum est, ut Iudices ex consilio Sapientis pronunciare debent; nam et Civitas Patavina Iure Communi regebatur, priusquam in ditionem Venetorum incideret. Et Serenissimae Reipublicae Venetorum curam de conservando Iure Civili, unica Academia Patavina demonstrat, ad quam Clarissimos Italiae Iurisconsultos magnis Stipendiis invitant pro docendo Iure Civili, in qua praeter alios plurimos Ius Civile nuper professi sunt *Tiberius Decianus*, *Jacobus Menochius*, *Franciscus Cardin. Mantica*, et *Antonius Peregrinus*, qui tantum Lucis et Ornamenti Iuri Civili attulerunt »⁽²⁵⁾.

Questo spiega perché Venezia si avvale della consulenza di celebri giuristi, addottorati *in utroque* preferibilmente nel vicino

⁽²⁵⁾ ARTHUR DUCK, *De usu et autoritate Iuris Civilis Romanorum, in dominiis Principum Christianorum, libri duo*, Neapoli, Typis Dominici Antonii et Nicolai Parrino, 1719, lib. 2, cap. III, § XIX, p. 148; il giudizio di Deciani, cui Duck fa riferimento nella prima parte, è in DECIANI, *Apologia pro iuris prudentibus*, cit., IX, n. 9, p. 9: « vidi enim ego plures sententias Clarissimorum iudicum Venetorum novorum scilicet, et veterum Auditorum in ipsa Venetiarum civitate in appellatione pendentes ex prudentum responsis in ipsis sententiis descriptis promulgatas: adeo ut nil mirum sit, si praedictis ex causis pauciora veterum iurisconsultorum habeamus responsa, quam sequentium temporum, et nostrorum precipue ». Il tema è ripreso anche da M. FOSCARINI, *Della letteratura veneziana ed altri scritti intorno ad essa*, Venezia, Teresa Gattei editrice, 1854 (Rist. per A. Forni, Bologna, 1976), p. 20. Al successivo § XXIV l'inglese richiama nuovamente l'opinione dell'udinese, secondo il quale anche *in Dominio Ferrariae* nelle cause civili e profane si deve osservare lo *ius civile*, inteso come diritto romano, piuttosto che quello canonico.

Studio padovano, sia da affiancare ai propri funzionari sia come consultori *in iure*, carica così importante che nel 1541 è il Consiglio dei X ad assumersi il compito della loro elezione (tra questi, vale ribadirlo, vi è anche Deciani). Per la stessa ragione si spiega l'attenzione rivolta da Venezia allo Studio, luogo di formazione dei futuri giuristi e dei funzionari destinati ad operare nel nuovo quadro statale: l'aristocrazia veneziana non vuole abbandonare il proprio modo di concepire e applicare il diritto, ma si rende conto che per l'amministrazione della periferia è necessaria la conoscenza del diritto comune ⁽²⁶⁾.

Deciani si colloca esattamente in questo rapporto che la Dominante cerca di instaurare con i giuristi: lo dimostrano i suoi incarichi, i riconoscimenti, gli impegni per lo Studio. Egli è uno dei massimi esponenti della cultura giuridica di diritto comune nell'area veneta del Cinquecento, convinto della sua appartenenza corporativa al ceto professionale e delle prerogative che esso deve conservare ⁽²⁷⁾,

(26) È sempre il Consiglio dei X a stabilire che dei membri della Cancelleria ducale vadano per quattro o cinque anni a studiare diritto civile e canonico, nonché elementi di arte notarile, a Padova; dal 1539 esige da tutti i vicari, giudici e assessori dei rettori il certificato di dottorato in diritto rilasciato dallo Studio patavino. Permane, comunque, nel patriziato veneziano impegnato nell'amministrazione della *civitas*, l'orgoglioso auto-compiacimento per la propria sapienza politica, fondata su elementi di saggezza legislativa ed equità che trascendono la formazione impartita nello Studio padovano; in questo senso cfr. BENZONI, *La Repubblica di Venezia*, cit., pp. 19-20, che parla di 'transuniversità' per indicare l'arte del buon governo imparata fuori dalle aule universitarie.

(27) Con la nomina a lettore di 'criminale' nel 1549, viene ammesso anche a far parte del Collegio dei giuristi di Padova, organo che svolge un'intensa attività di consulenza e di consolidamento del sistema giuridico statale attraverso l'autorevolezza delle sue decisioni ed opinioni. Il contributo teorico del Collegio è determinante per la definizione di una sovranità politica unitaria che superi la frammentazione feudale e per l'accentramento interno della giustizia criminale e civile voluto dalla Dominante. Le tesi sulle autorità *superiorem non recognoscentes*, sul diritto veneziano come *ius commune* dei territori sottoposti e sull'indipendenza della Repubblica dalla Chiesa, mostrano l'utilizzo delle categorie e delle argomentazioni del diritto comune in modo funzionale alla strategia di potere della Serenissima. Deciani, quale membro del *Collegium iuristarum*, contribuisce agli orientamenti dello stesso, e ha modo di maneggiare temi penalistici anche dopo il periodo di docenza di 'criminale'. Per una descrizione del lavoro e del ruolo del Collegio è ancora utile il contributo di M. ROBERTI, *Il Collegio padovano dei dottori giuristi. I suoi consulti nel secolo XVI. Le sue tendenze*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », XXXV, 1903, pp. 171-249.

ma anche disposto a collaborare alla realizzazione del progetto politico della Repubblica. Convivono nella sua esperienza, come nelle sue opere giuridiche, il volto del *doctor iuris* geloso custode della propria peculiare *scientia*, con quello più pragmatico del giurista al servizio dello Stato, ad un tempo ‘arruolato’, celebrato e ben remunerato dal governo veneziano. La concezione del diritto che proviene dalla tradizione dello *ius commune* resta in lui sempre ben radicata, ma le costruzioni teoriche sono diversamente piegate alle esigenze del Principe.

Tradizione e modernità, continuità e nuove prospettive: la conservazione del ruolo centrale della scienza giuridica nelle sue forme ed espressioni consolidate (ecco il senso della difesa nell’*Apologia* di un’attività — quella di consulente — che lo vede direttamente coinvolto, anche in modo significativo ed esemplare) e la permanenza entro l’alveo del diritto comune, non gli impediscono di cogliere le opportunità, di sfruttare i nuovi spazi di potere che al giurista si aprono al vertice del nascente apparato amministrativo dello Stato.

II.3. *L’impegno del lettore di ‘criminale’ tra lo Studio e gli officia publica*

Le vicende didattiche delle *lecturae criminalium* seguono il percorso che ha condotto alla specializzazione della scienza penalistica, ne riflettono le medesime esigenze culturali e rientrano in un comune progetto politico, che si avvale tanto della forza economica e militare quanto della meno appariscente propaganda dai canali universitari. Dalle cattedre, almeno in alcuni docenti più disponibili alla nuova *methodus*, emerge la spinta verso l’impostazione sistematica della disciplina (in Deciani e Dietrich per esempio), ma questo nuovo approccio deve reggersi necessariamente sulla continuità delle teorie insegnate: il rispetto della *communis opinio*, adeguata con sottili ragionamenti al mutato assetto istituzionale, garantisce stabilità e autorevolezza.

È evidente come l’autonomizzazione della *scientia poenalis* abbia bisogno di essere rafforzata da un insegnamento altrettanto differenziato. Il diritto criminale, settore fondamentale della giuspubblicistica, si allontana sempre più dai criteri interpretativi civilistici, tanto che questa separazione si riflette non solo nella creazione di fattispecie

delittuose e precetti generali, ma anche nella tecnicizzazione del linguaggio e nell'elaborazione di specifiche categorie dogmatiche (come il dolo penale, l'*auxilium*, il *conatus*). In *criminalibus* una parola può avere un significato specifico, diverso da quello in uso *in privatis* ⁽²⁸⁾, così come vi sono istituti tipici: la terminologia va insegnata nei corsi come nei trattati e, così facendo, il diritto penale acquista connotati esclusivi, sostanziali e processuali, vocaboli e regole generali propri su cui poter fondare un sistema autonomo.

Il legame tra l'autonomia didattica e quella scientifica è confermato dal fatto che, spesso, chi riveste l'incarico di docente possiede una tale conoscenza della materia da poter anche produrre un'opera esaustiva di diritto penale ⁽²⁹⁾. È vero che tra questi trattati di giuristi e docenti esistono importanti differenze metodologiche, non riducibili unicamente alla finalità pratica dell'uno e didattica dell'altro: se, infatti, alcuni testi riproducono i contenuti delle lezioni, altri non hanno diretta attinenza con la scuola. Tuttavia, nella formazione e nella competenza di tali *doctores*, è così rilevante il rapporto tra esperienza e docenza, così inscindibile l'incarico accademico da quello di pubblico funzionario, che sembra inutile, oltre che difficile, separare in modo netto i due momenti. Tutti i lettori di 'criminale' devono essere anche esperti del penale praticato, quello che vive nei giudizi e nei casi quotidiani, ed anzi il sapere dei maestri si forma proprio nell'attività di assessore o di podestà, dove si esercita un costante raffronto tra il sistema punitivo legale e la tipicità delle trasgressioni particolari (così è per Marsili, Deciani e Dietrich).

(28) « Differat doli nomen in criminalibus a doli in privatis iudiciis » afferma, per esempio, Deciani (*Tractatus criminalis*, I, IV *De dolo*, n. 9), e analogamente fa con la *vis*: « de quibus hoc loco mihi non est dicendum in universum, cum possessorii materiam civilem concernant hae species praecipue, sed de eis id duntaxat dicemus, quod ad criminum puniendorum materiam spectat (...) Quod autem attinet ad materiam nostram criminum, vis quae in crimen transit et puniri potest, duplex est, publica scilicet et privata » (*Tractatus criminalis*, VIII, I *De vi publica et privata*, nn. 4 e 6); sui significati penalistici e non del termine *violenzia*, cfr. I. ROSONI, *Violenza (dir. interm.)*, in « Enciclopedia del diritto », XLVI, Milano, 1993, pp. 843-845.

(29) Ippolito Marsili, primo insegnante di *criminalia*, scrive la *Practica criminalis*, edita nel 1546, e dà alle stampe con il titolo di *Commentaria* o di *Lecturae* le sue lezioni; di Marco Antonio Bianchi, titolare della cattedra padovana prima di Deciani, è pubblicata postuma nel 1567 una *Practica criminalis*; poi ci sono il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e il *Judicium Criminale* di Dietrich.

Non è pensabile una scienza criminalistica solo teorica o astratta, né una *lectura* orientata alla riflessione dogmatica che trascuri il legame con i fatti e l'utilità per l'attività forense. Lo stile differente che caratterizza le opere dei docenti di 'criminale' è il segno di un itinerario sia didattico che scientifico: lo spazio autonomo dell'insegnamento favorisce sicuramente ricostruzioni teoriche più articolate, aiuta un riordino della materia e una disposizione sistematica degli argomenti più funzionale all'apprendimento nelle lezioni. Le soluzioni delle questioni e dei casi, le conoscenze delle opinioni e delle possibili interpretazioni non vengono escluse, ma solo inserite in una trama logica, deduttiva, che offra prima agli scolari i principi generali fondanti della disciplina. Ma interessante è anche il fatto che sulle cattedre penalistiche siedano giuristi espressione del potere del Principe, fedeli alla corte o comunque *repraesentans Reipublicae*, giudici, assessori, consiglieri, funzionari ⁽³⁰⁾.

L'insegnamento è delicato, tocca le leve del potere, coinvolge i temi del controllo sociale, gli strumenti di punizione della trasgressione e della devianza: è luogo d'educazione alla *potentia* della legge, di celebrazione della *publica potestas* e di propaganda della sovranità del Principe, che si concretizza in un equilibrato compromesso di severità e mitezza, di minaccia e perdono. La 'eloquentissima Orazione' pronunciata da Deciani come prolusione del suo primo corso di 'criminale' nel 1550, non pervenutaci se non nella sintetica descrizione del Liruti, sembra una conferma importante sia della strumentalizzazione del penale *ex cathedra* per la legittimazione del sistema punitivo statale, sia della fondamentale opera dei giuristi nella diffusione di una cultura assolutistica. Essa tende sempre più ad identificare 'la giustizia' con la giustizia del Principe, quella espressa dalle leggi e dai provvedimenti di grazia, dalla formalità e dal rigore del giudizio bilanciate dal ricorso alla sua personale equità, così da garantire *pax publica* e *concordia civium*. L'orazione, riferisce l'erudito friulano,

⁽³⁰⁾ Marsili, come detto, è podestà a Bologna; assessore al podestà è per tre volte Deciani; a Ferrara legge il 'criminale' Renato Cato, procuratore fiscale nel 1553 e diplomatico tra i più stretti collaboratori degli Estensi, cfr. T. ASCARI, *Cato, Renato*, in « Dizionario Biografico degli Italiani » 22, 1979, pp. 394-395.

« versa in lode della Giustizia nel giudicare i delitti, che dee essere conservata ne' Tribunali per la pubblica quiete, non escludendo però tal volta la clemenza, e mitezza adoperata però con le regole della prudenza » ⁽³¹⁾.

Il lettore di 'criminale' deve essere uomo vicino al Principe, sostenitore delle sue velleità accentratrici, voce di un apparato di giustizia che istruisce e interviene, teorizza e applica, celebra ed esegue. La politica egemonica proietta sull'insegnamento del diritto penale le tensioni per un uniforme disciplinamento della società; vuole sfruttare in modo consapevole i canali dell'«inculturazione giuridica» per consolidare la forza della *potestas puniendi* statale.

II.4. *Il Tractatus oltre la lectura: un organico progetto penale*

Sostenere che l'opera di Deciani sia semplicemente la pubblicazione del suo corso di lezioni per volere del figlio, e leggere l'intero *Tractatus* come pensato nella scuola e ad essa sola rivolto ⁽³²⁾, sembra un'ipotesi non del tutto convincente. Mentre da un lato non giustifica una così innovativa impostazione espositiva della materia, rispetto ad esempio all'opera di altri docenti come Bianchi o Marsili, dall'altro porta a fraintendere il nesso che pure esiste tra insegnamento e trattatistica. Se, infatti, è innegabile che tale libro « rispecchi l'autonomia didattica e scientifica conquistata nell'università dal diritto penale » ⁽³³⁾, è altrettanto vero che la sua completezza e vastità contrastano con la durata di un corso di lezioni. Si aggiunga poi che una conoscenza così approfondita del diritto non solo criminale, quale emerge sicuramente dal trattato, Deciani non può averla all'inizio della sua carriera giuridica, dal momento che la *lectura criminalium* è il suo primo incarico nell'ateneo veneto ma che dopo solo tre anni passa ad insegnare il civile ⁽³⁴⁾.

⁽³¹⁾ LIRUTI, *Notizie delle vite ed opere*, cit., p. 397.

⁽³²⁾ Questa tesi è sostenuta in I. MEREU, *Culpa = Colpevolezza. Introduzione alla polemica sulla colpevolezza fra i giuristi del diritto comune*, Bologna, Patron, 1973², pp. 34-36.

⁽³³⁾ SPAGNESI, *Deciani, Tiberio*, cit., p. 541.

⁽³⁴⁾ Sostiene che il *Tractatus*, per la struttura e per l'ampiezza, non si debba

Pare allora più corretto riconoscere le sicure influenze che l'esperienza didattica ha avuto sulla stesura dell'opera: le premesse terminologiche derivano probabilmente anche da un'esigenza di chiarezza maturata nella scuola, mentre il tentativo di organizzare la materia in un ordine nuovo rientra certo nella riflessione umanistica sulla *methodus docendi iuris*. Ma, in senso più ampio, è la posizione stessa di Deciani come maestro di diritto nello Studio ad offrire importanti spunti per comprendere l'idea di sistema penale che sorregge il trattato. Non è, in altre parole, determinante capire se e in che misura l'opera corrisponda alla *lectura*, mentre ben più utile è inquadrare l'attività didattica nel più ampio rapporto tra potere centrale e giuristi di scuola. Al di là della questione editoriale specifica (che forse potrebbe risolvere solo il ritrovamento dei manoscritti delle lezioni di cui abbiamo notizia da Liruti), esiste sicuramente un filo che lega il ruolo dell'udinese nell'Università patavina alle sue opere giuridiche (non solo il *Tractatus* ma anche i *Responsa* e l'*Apologia*) e al suo contributo per la politica veneziana in Terraferma.

Il Deciani giurista, e il trattato che è espressione della sua concezione dell'ordine costituzionale, devono essere interpretati in riferimento alla politica assolutistica della Repubblica, ai mutati equilibri istituzionali e normativi, alla funzione legittimante dei *doctores iuris*, protagonisti del passaggio dalla frammentazione dei poteri all'accentramento della *potestas* nelle mani dello Stato. La tensione verso la sovranità del Principe e la difesa del ruolo ordinante e creativo dello scienziato del diritto sono le chiavi di lettura dell'unitaria esperienza deciana che coerentemente comprende l'insegnamento, i *consilia*, il *Tractatus*, gli incarichi pubblici.

Il periodo dell'insegnamento serve certamente a Deciani per comprendere meglio i termini di una cultura del diritto penale in evoluzione, ma non può essere assunto a chiave di lettura unica della sua opera. La nuova impostazione metodologica ha alla base una maturazione giuridica che risente profondamente tanto delle tensioni sistematiche del XVI secolo, del dibattito culturale e didattico che lo attraversa, quanto delle forti pressioni esercitate sui meccanismi punitivi da parte di chi governa. La consapevolezza dell'incisività del-

considerare l'edizione a stampa delle lezioni universitarie MARONGIU, *Tiberio Deciani*, cit., p. 320.

l'apparato penale ai fini della difesa e del rafforzamento dell'assetto istituzionale, favorisce nel Cinquecento l'attenzione per i *criminalia*. Lo Stato in costruzione nelle sue fondamenta mira ad impadronirsi del diritto penale, sia nelle vesti di unico legislatore che in quelle di giudice, così da poter liberamente stabilire precetti e sanzioni ⁽³⁵⁾.

Tale visione monistica deve, tuttavia, prevalere sul pluralismo medievale; l'affermazione di una gerarchia delle fonti, con la superiorità della *lex scripta*, implica il superamento delle varie dimensioni giuridiche che si autolegittimavano per la loro rilevanza diretta nel tessuto sociale e che riuscivano a convivere. Le spinte verso l'elaborazione di un 'sistema di diritto penale' non vengono, dunque, solo dal nuovo approccio metodologico dei Culti, ma riflettono anche interessi politici: spinte concorrenti che convergono nell'ambiente universitario, trovando nei giuristi formati dallo Studio padovano un indispensabile fattore di rielaborazione e di traduzione in istituti concreti. Le molteplici e covigenti fonti penali dell'epoca del diritto comune devono essere ricondotte alla figura di un unico legislatore, l'apparato di *opiniones* e criteri interpretativi deve essere indirizzato verso una chiave di lettura precisa, la tipologia dei reati, in netta crescita, assume un taglio decisamente pubblicistico (*crimina* e su tutti il *crimen laesae maiestatis*) e lo stesso concetto di delitto si compone di nuovi elementi ⁽³⁶⁾.

È evidente come un'architettura sistematica, ben limitata nelle linee generali, nella terminologia, negli *elementa* dei reati e nelle

⁽³⁵⁾ Il discorso vale in generale con riferimento alle entità statali e territoriali della penisola italiana e alle monarchie europee, e tanto più vale nell'area del Dominio veneziano in cui Deciani vive e opera. Un quadro ampio dell'importanza e della strumentalizzazione del diritto penale per la politica egemonica della Repubblica nella Terraferma è in C. POVOLO, *Aspetti e problemi dell'amministrazione della giustizia penale nella repubblica di Venezia. Secoli XVI-XVII*, in *Stato società e giustizia nella repubblica veneta (secc. XV-XVIII)*, a cura di G. Cozzi, Roma, Jouvence, 1980, pp. 153-258; spunti anche in P. LAVEN, *Banditry and lawlessness on the Venetian Terraferma in the later Cinquecento*, in *Crime, Society and the Law in Renaissance Italy*, a cura di T. Dean e K. J.P. Lowe, Cambridge University Press, 1994, pp. 221-248.

⁽³⁶⁾ Il diritto comune e la dottrina dei giuristi divengono uno strumento indispensabile anche al patriato veneziano, per affrontare la complessità dei casi e stabilire definizione e disciplina di delitti e infrazioni non più riconducibili alle categorie consuetudinarie del diritto lagunare; sul punto cfr. VIGGIANO, *Fra governanti e governati*, cit., pp. 283-285.

regole processuali, rifletta queste trasformazioni. Ridurre la dimensione penale entro un sistema significa, per Deciani e per gli altri giuristi del Cinquecento chiamati a ricoprire incarichi o funzioni pubbliche, ordinare un materiale eterogeneo e differenziato per poi poterlo meglio controllare ed utilizzare. Alla plurivocità del diritto comune si va sostituendo l'organicità che accompagna la presenza sempre più penetrante dello Stato: di conseguenza anche la *scientia iuris* deve rivedere metodi interpretativi e categorie concettuali. Permane, tuttavia, inalterato il ruolo di supplezza della dottrina nell'edificazione dell'ordinamento penale, sia per l'elaborazione dei principi fondamentali, sia per la definizione delle fattispecie e dei criteri di commisurazione della pena. La legislazione statale, che pure tende ad estendersi a ventaglio in tutte le direzioni e ad essere sempre più invasiva, non può prescindere dall'impianto teorico dei *doctores*.

L'intreccio tra un penale legislativo che tenta di imporsi attraverso la moltiplicazione capillare di divieti, obblighi e sanzioni, indirizzati alla soluzione di emergenze criminali o al controllo di pericolosi fenomeni di dissenso politico, e il penale dogmatico dei giuristi che fanno sintesi, propongono criteri interpretativi, stilano regole generali, astraggono dalla contingenza per tentare di offrire definizioni, è — tale intreccio appunto — la trama su cui si svolge il *Tractatus* deciano. Nella struttura tutta teorica della parte generale, ma anche nella disposizione della parte speciale, metodologicamente pensata in funzione del bene giuridico leso e costruita attraverso *definitiones*, indicazione delle *qualitates* essenziali, descrizione del *factum* e spiegazione dei nodi teorici più controversi, lo spessore culturale del giurista prevale ancora sulla volontà del legislatore. Il *doctor* resta un vettore irrinunciabile per la diffusione della politica criminale del Principe, mezzo di persuasione sia degli operatori pratici del diritto, che dei sudditi. Nella graduale formazione di un penale giocato sulle potenzialità del profilo sostanziale, l'autorevolezza di Deciani esaltata dal percorso didattico, contribuisce a ritagliare al giurista uno spazio di autonomia che si integra e si confronta con le strategie approntate dal governo veneziano per il Dominio.

PARTE SECONDA

**L'ELABORAZIONE DELLA 'PARTE
GENERALE': SISTEMA DEL GIURISTA
E *POTESTAS* DEL PRINCIPE**

CAPITOLO III
LA STRUTTURA DEL *TRACTATUS*:
I *GENERALIA OMNIA QUA DELICTA CONCERNUNT*

Premessa. La programmazione di un ordine razionale. — I. Le fondamenta di un nuovo sistema. — I.1. La dimensione fattuale del penale casistico. — I.2. Il carattere normativo del penale statale. — I.3. Nuove sfide per il criminalista. — II. Separazione tra diritto penale materiale e processuale. — II.1. Verso il 'legalismo logico'. — II.2. Il penale in atto delle *Practicae* e la trama del *iudicium*. — II.3. La 'scoperta' del penale sostanziale. — II.4. L'inversione di Deciani: categorie e nozioni che limitano il giudice. — II.5. Profili processuali delle *qualitates delicti*. — II.6. *Substantia delicti* e *qualitas cumulata*: interpretazioni repressive del Cinquecento. — II.7. Incompiutezza di un dogma: *la strumentalità del processo nel sistema deciano*. — III. *La parte generale del Tractatus*: la creazione di uno spazio teorico. — III.1. La divisione in parte generale e parte speciale. — III.2. Premesse terminologiche per delimitare l'area semantica. — III.3. Le ragioni culturali e politiche di una parte generale. — III.4. Continuità e rotture, modello e contenuti.

Premessa. La programmazione di un ordine razionale

La struttura e il metodo sistematico del *Tractatus* sono da considerare come aspetti di significativa novità nel panorama della letteratura penalistica di diritto comune. La scelta espositiva comporta importanti conseguenze sulle costruzioni dogmatiche: la veste rinnovata con la quale Deciani descrive il penale, se per un verso favorisce necessariamente ripensamenti teorici degli istituti, per altro verso dipende dagli stessi strumenti concettuali utilizzati. Sembra, in altre parole, fuorviante ragionare su metodo e contenuto cercando una priorità logica dell'uno o una dipendenza dell'altro: è più plausibile pensare che la ricerca di nuovi criteri di organizzazione della materia sia sollecitata dalla maturazione scientifica della scienza giuridica penale e che l'autore cerchi un percorso metodico che possa a sua volta facilitare l'elaborazione dottrinale.

All'inizio del *Tractatus*, composto di IX libri divisi in capitoli, è indicato in modo sintetico ma chiaro l'ordine programmatico complessivo d'esposizione della materia:

« (in prima parte nostri tractatus) tractaturi sumus tantum *principia, causas, fontes, naturam, accidentia, augmenta, diminutiones, effectus ac fines delictorum in genere omnium*: nam caeterarum vocum, quae singulas eorum species ac formas respiciunt, in secundam reiecimus huius tractationis partem, *quae sicut speciatim singula continebit crimina inter se divisa*, ita et singularia eorum nomina ac proprias eorum voces apertissime recipiet pro ut et tertia pars *quae praxis et forum duntaxat spectabit*, ea similiter reliqua primo in limine explicabit vocabula, quae respiciunt accusatoris, Rei, iudicis, vel ministrorum personas, ac caetera omnia quae ad constituendum et exercendum iudicium intercedunt » (1).

È la prima volta che uno schema così lucidamente delineato nella distinzione tra concetti generali, *singula crimina* e regole procedurali relative a *praxis et forum* viene anteposto ad un trattato di diritto penale. Deciani, scegliendo di rompere con il modello pragmatico legato ai tempi e alle modalità dell'*actio poenalis*, propone un approccio che predilige, prima dello studio degli istituti o delle singole ipotesi specifiche, la visione d'insieme, la comprensione dei fondamenti sostanziali e dei *principia*. Il programma non è, in vero, rispettato in modo preciso, specie per la frammentazione del terzo blocco di argomenti, ma è comunque possibile individuare una parte sui *generalia delicti* che comprende fino al capitolo VI del libro V (2), in cui è inclusa una parte generale processuale (libri III-IV), e una parte speciale che inizia con il delitto di eresia ed affronta poi le singole fattispecie con le relative pene.

Il superamento dello stile casistico, la chiara distinzione tra diritto penale sostanziale e processuale, la costruzione di una parte generale sono scelte che caratterizzano la struttura complessiva

(1) DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, I *De vocibus, quibus delicta, et crimina significantur*, n. 4 (i corsivi sono nostri).

(2) Questa è la divisione che sembra più corretta, considerando che i temi procedurali di carattere generale sono trattati nei libri III-IV, mentre quelli specifici sui singoli delitti sono uniti alla parte speciale. In questo senso cfr. SPAGNESI, *Deciani Tiberio*, cit., p. 540.

dell'opera deciana e comportano anche una redistribuzione della materia che, veicolando nuove opzioni dottrinali, esprime differenti contesti politici. Ma il *Tractatus*, lontano dall'essere un esperimento stilistico casuale frutto dell'originale vocazione sistematica del suo autore, risente profondamente dei movimenti culturali, delle logiche politiche, delle trasformazioni giuridiche che animano il XVI secolo e che adeguano il penale ai nuovi assetti costituzionali.

I. *Le fundamenta di un nuovo sistema*

I.1. *La dimensione fattuale del penale casistico*

Il diritto comune penale è descritto unanimemente dalla storiografia come 'casistico' ⁽³⁾, termine che ha assunto una connotazione quasi negativa al confronto delle astratte costruzioni teoriche moderne. Ma quel modello logico-giuridico, di derivazione scolastica ⁽⁴⁾, era in realtà perfettamente aderente alle caratteristiche di un'esperienza giuridica per nulla abituata a ragionare secondo schemi astratti, tipi formali e concetti generali. Si consideravano rilevanti il singolo fatto criminoso, l'accadimento concreto, il caso specifico che solo presentasse caratteristiche o forme di manifestazione non eccezionali, reiterabili, tali da poter rientrare nel vago *nomen* di un reato. Non c'era ricerca teorica né degli elementi costitutivi di una fattispecie, comuni generali necessari, né di quelli accessori, ma spesso le singole circostanze di realizzazione dell'illecito erano criteri d'identificazione di un delitto, così come le *qualitates* o gli *status* dei soggetti attivi o passivi.

Tale assetto che riproduce tutte le particolarità degli accadimenti concreti è, tuttavia, capace di riflettere le molteplici differenze di stato,

⁽³⁾ Il dato è comune a tutta la storiografia; cfr. per es. J. M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, Presses Universitaires de France, 1990, pp. 185-186.

⁽⁴⁾ La tecnica casistica, analitica e dialettica, era utilizzata sia dai teologi moralisti che dai giuristi, in quanto consentiva di scomporre la rigida enunciazione di una norma giuridica o di un precetto morale in una soluzione flessibile, equitativa, 'realización de lo justo en concreto', come sottolinea F. TOMAS Y VALIENTE, *El derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1969, specie p. 89.

di genere, di appartenenza a gruppi, esprime l'ordine frammentato della società tardo medievale, ne comunica i *privilegia* e le particolarità, legge il fenomeno criminoso in tutta la sua complessità. Le circostanze di fatto, i tempi, i luoghi, le condizioni sociali o familiari dei soggetti diventano fattori di moltiplicazione delle fattispecie; il giurista gioca un ruolo non ordinante ma descrittivo, riportando nelle *Practicae* e nei trattati la frammentazione che osserva nella prassi ⁽⁵⁾. Obiettivo principale se non unico delle opere *de maleficiis* è quello di fornire esempi, offrendo soluzioni per le future controversie; esse, dunque, cercano di prevedere il maggior numero possibile d'ipotesi, di eccezioni, di limitazioni, confrontandosi con un diffuso pluralismo normativo, riportando differenti orientamenti giurisprudenziali e più o meno autorevoli opinioni dottrinali.

Il sistema penale delle *Practicae* che risulta oggi di difficile lettura, confuso e disordinato, si fondava su una propria coerenza, seguiva schemi ormai consolidati, riproponeva *topoi*, rafforzava modelli: facilmente fruibile da chi era abituato a pensare il penale in

(5) Solo qualche esempio della dimensione europea del fenomeno: l'Aretino nel *Tractatus de maleficiis, cum additionibus Aug. Bonfrancisci Ariminensis*, Coloniae Flackenburg, 1599, rist. an. Goldbach, Keip, 1998, § *Incendiario*, prevede quattro casi di incendio (commesso con dolo, colpa grave, lieve, per negligenza o colpa lievissima), a loro volta distinti e diversamente sanzionati in base al *locus delicti* (*in civitate, infra oppida, in villa*) e al *gradus dignitatis vel status* del reo, lasciando poi sempre margini di intervento all'*arbitrium iudicis*; Joost de Damhouder nella *Practica rerum criminalium*, Lugduni, apud Sebastianum de Honoratis, 1558, dedica dieci capitoli all'omicidio (dal LXVII al LXXVI) indicando i diversi modi in cui può essere commesso (*manuali, linguae, per consensum, per indicia seu signa, per sortilegia, per venenum*) ed elencando poi i soggetti *cui permissum occidere*. ANTONIO GOMEZ, *Variarum Resolutionum Iuris Civilis, Communis et Regii Commentaria*, t. III, *de Delictis*, Neapoli, ex typographia Felicis Mosca, 1718, c. III *de Homicidio*, espone prima i diversi *casus* che aggravano il reato (parricidio, omicidio proditorio, veneficio, assassinio etc.), poi quelli che *excusantur a poena huius delicti*: sono trattate come specie dell'omicidio, come casi o forme di manifestazione di un medesimo reato, ipotesi particolari che già in Claro e poi soprattutto in Deciani saranno considerate autonome fattispecie. Sull'asistemica frammentazione delle fattispecie cfr. M. SBRICCOLI, *Truffa (storia)*, in « Enciclopedia del diritto », XLV, Milano, Giuffrè, 1992, p. 237; V. PIANO MORTARI, *Cinquecento giuridico francese. Lineamenti generali*, Napoli, Liguori, 1990, p. 166; C. PECORELLA, *Cause di giustificazione, circostanze attenuanti e aggravanti del reato dalla glossa alla c.d. riforma del diritto penale*, in « Studi Parmensi », VII, 1957 ora in Id., *Studi e ricerche di storia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 44.

termini di svolgimento del processo, nello stesso tempo rifletteva con la sua struttura tortuosa gli equilibri e i rapporti di forza della società basso-medievale. L'abitudine dei giuristi a ragionare sul singolo reato, sui possibili modi di concreta realizzazione, impediva la riflessione sui concetti generali e la formulazione dei principi. In questo laboratorio, tuttavia, erano ormai maturati elementi categorie istituti propri del diritto penale, esclusivi dei *criminalia*; linguaggio e strumenti tecnici finalmente affrancati dalla tradizione civilistica, diffusi nella dottrina e applicati nei giudizi. La scienza penalistica, vincolata all'esegesi delle fonti romanistiche e statutarie, fedele al metodo analitico, maneggiava i concetti ma mancava della capacità di sintesi né sentiva la necessità di riunire tali singoli elementi nella costruzione di un sistema chiaro, deduttivo, basato su criteri astratti e generali applicabili a tutte le fattispecie. I singoli tasselli del mosaico restavano disseminati nelle numerose *distinctiones* e nei *casus* che dovevano rappresentare la molteplicità dei modi di commissione di un delitto, per poi giustificare le differenziazioni sanzionatorie: come l'atomizzazione delle ipotesi di reato comunicava un forte realismo, così le distinzioni enumerative esprimevano una piena aderenza ai fatti ⁽⁶⁾.

Il tentativo dei giuristi di descrivere minuziosamente tutto il penale, dalle forme dell'azione alle modalità d'acquisizione delle prove, dai criteri per determinare la competenza processuale alle dettagliate ipotesi delittuose, dalle cause di giustificazione alle circostanze, serviva anche ad indirizzare e limitare il potere degli organi giurisdizionali. Il timore di abuso dell'*arbitrium iudicis*, l'assenza di stretti vincoli normativi e la necessità di *interpretare* le norme del *Corpus Iuris* in funzione delle nuove forme di criminalità, spingevano i giuristi alla creazione di una dettagliata griglia di ipotesi, capace di prevedere ogni intreccio, di indirizzare il giudice in tutte le diverse possibili opzioni. Certo il potere discrezionale dei magistrati era nel diritto comune uno strumento privilegiato per garantire una maggiore efficienza dell'apparato repressivo oltre i limiti rigidi dei *crimina ordinaria* e delle prove

⁽⁶⁾ Sull'utilizzo già da parte dei postglossatori di « einzelnen allgemeinen Begriffe, wie *dolus, culpa, error, conatus, mandatum, auxilium* » ma sulla loro incapacità di riunirli (*Zusammenfassen*) in un *System*, cfr. F. SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, cit., p. 27.

legali (7), ma il sistema stesso doveva dotarsi di strumenti di controllo capaci di prevenire una degenerazione dell'arbitrio: la pluralità delle ipotesi di reato, la scarsa tassatività delle fattispecie e l'abitudine al metodo analitico costringevano i giuristi a consegnare al *iudex* un percorso ben limitato da obblighi, oneri probatori, divieti, per condurlo passo dopo passo lungo tutto l'*iter* processuale stabilendo regole e suggerendo soluzioni (8).

I.2. *Il carattere normativo del penale statale*

Il modello tardo medievale, segnato da un felice sodalizio se non dalla identità tra *iudex* e *doctor iuris* nell'amministrazione della *civitas* (9), sembra entrare definitivamente in crisi nel XVI secolo: le pretese assolutistiche ed espansionistiche, con la conseguente centralizzazione dell'apparato giudiziario repressivo voluto dalle nuove entità politiche che rivendicano assoluta sovranità (Principati, Signorie, prime forme di Stato), si scontrano con l'organizzazione della giustizia statutaria, autonoma e regolata da sistemi di equilibrio endogeni. Anche nei discorsi dei giuristi e nelle teorie politiche l'immagine del *Princeps* cambia. Prima incarnava le virtù della prudenza e dell'equità in quanto rappresentazione della giustizia

(7) Sulla funzione politica dell'*arbitrium iudicis* nel momento dell'irrogazione della pena come « strumento per garantire la corrispondenza dell'attività repressiva ai progetti del potere costituito », cfr. M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998, specie pp. 219 e ss.

(8) M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 173, definisce le *practicae criminales* come « l'architrave dottrinale della giustizia di apparato ». La parte più consistente delle *Practicae* e dei *Tractatus de maleficiis* spiegava poteri, limiti, competenze e doveri del giudice (*an iudex possit, an debeat, quomodo procedat*), ed era una « dottrina processuale 'ridotta', quasi interamente assorbita nella questione dei *limiti* » (p. 176).

(9) E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, *Il Basso Medioevo*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1995, p. 275, in riferimento proprio all'opera penalistica dell'assessore ai malefici Alberto da Gandino che visse nella seconda metà del XIII secolo, parla di « doppia scienza, una di giudici e l'altra di professori, distinte e al contempo in continua osmosi ». Sul ruolo centrale dei giuristi nell'età comunale, protagonisti dell'amministrazione pubblica, della diplomazia, delle cariche di governo, è sufficiente rinviare a M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, Giuffrè, 1969, specie pp. 49-81.

divina, mentre l'esercizio effettivo della giurisdizione era una prerogativa di nobili o magistrati, affiancati dai *doctores* e dotati di poteri consuetudinari largamente autonomi, sui quali il Principe poteva intervenire con la sua clemenza solo per riparare abusi arbitrari o ingiustizie palesi. Ora, invece, si impone la figura del *Princeps* legislatore e giudice, vertice materiale della giustizia pubblica di cui definisce i principi ispiratori e di cui controlla direttamente gli esecutori, grazie ad un crescente apparato amministrativo centralizzato composto di funzionari e delegati ⁽¹⁰⁾.

La dispersione territoriale e personale delle giurisdizioni, così come l'ampio ricorso all'*arbitrium*, confliggono con la creazione di tribunali centrali alle dirette dipendenze del Sovrano; la scienza giuridica è ora chiamata a sostenere e legittimare questa nuova forma di potere rimodulando il vecchio ordine senza stravolgerlo ⁽¹¹⁾. I *suprema consilia et tribunalia*, come la Sacra Rota, il Senato torinese, la Rota fiorentina, il Senato di Milano, il Regio Consiglio di Napoli o il Consiglio dei X veneziano, sono dotati di una maggiore *auctoritas*, possono essi soli *iudicare secundum conscientiam*, vincolano

⁽¹⁰⁾ In proposito cfr. D. FRIGO, *Principe, giudici, giustizia: mutamenti dottrinali e vicende istituzionali fra Sei e Settecento*, in *La Leopoldina*, 10, *Illuminismo e dottrine penali*, a cura di L. Berlinguer e F. Colao, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 3-38. Per un panorama aggiornato dei contributi storiografici che si sono occupati dell'emersione del penale pubblico in relazione all'affermarsi dello Stato moderno, cfr. K. HÄRTER, *Von der « Entstehung des öffentlichen Strafrechts » zur « Fabrikation des Verbrechens »*. *Neuere Forschungen zur Entwicklung von Kriminalität und Strafrecht im frühneuzeitlichen Europa*, in « *Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte* », 2002, 1, specie pp. 164-174; con riferimento particolare ai Paesi Bassi, cfr. X. ROUSSEAU, *Kriminalitätsgeschichte in Belgien, den Niederlanden und Luxemburg (14. bis 18. Jahrhundert)*, in *Kriminalitätsgeschichte. Beiträge zur Sozial- und Kulturgeschichte der Vormoderne*, hrsg. A. Blauert und G. Schwerhoff, Konstanz, UVK, 2000, pp. 121-159. Più in generale, per i nessi tra rafforzamento del potere legislativo ed affermarsi dello Stato moderno, cfr. per es. *Renaissance du Pouvoir Législatif et genèse de l'Etat*, sous la direction de A. Gouron et A. Rigaudière, Montpellier, Socapress, 1988.

⁽¹¹⁾ Sullo scontro in atto nel Cinquecento tra i tribunali insofferenti ai limiti da una parte, e i Sovrani e la dottrina dall'altra cfr. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 225-235, che riporta come esempio del conflitto (nt. 25, p. 233) gli *Ordini* indirizzati al Senato di Milano da Filippo II il 17 aprile 1581, in cui si accusano i membri della suprema magistratura di usare « tanto assolutamente l'arbitrio nelle sentenze civili e criminali, che assolvete e condannate senza guardar Leggi, Statuti né Costituzioni dello Stato ».

con le loro decisioni i giudici inferiori, mantengono l'esclusiva competenza in appello contro le sentenze dei *iudices ordinarios* (12).

Anche l'impianto casistico entra in crisi: l'immagine di un penale frammentato in mille ipotesi, formato da fattispecie indeterminate, non tipizzate ma semplicemente esemplificate nelle possibili sfumature dei *casus* e disponibili a ricevere diverse interpretazioni dai giudici, non corrisponde più alle esigenze della giustizia penale 'statale'. Il sistema analitico del *mos italicus* riporta minuziosamente dettagli e sfumature, ma rinvia alla valutazione arbitraria o alla *consuetudo iudicandi* la determinazione dei criteri di giudizio e le scelte strutturali, mentre ora l'avanzare della nuova idea di Stato comporta un'inversione di tendenza: regole imposte dall'alto, uniformità interpretativa e chiarezza definitoria. La consuetudine, che provoca difformità applicative rafforzando l'autonomia delle giurisdizioni periferiche, viene depotenziata ed emarginata da interventi normativi centrali più penetranti: la legge si accolla compiti definitivi prima lasciati a dottrina e giurisprudenza (13) e si tende ad un

(12) Cfr. P. FARINACCIO, *Praxis et theoriae criminalis amplissima, Pars Tertia*, seconda editio, Francofurti et Noribergae, apud Johannem Andream Enderum et Guolffg. Jun. haeredes, 1604, tit. *De reo confesso et convicto*, q. 86, n. 113, p. 108, afferma che i *suprema consilia et tribunalia* come quelli di Milano e Napoli hanno una maggiore libertà nella valutazione e ammissione delle prove e nell'irrogazione della pena corporale e che « id faciunt propter auctoritatem, quam habent iudicandi secundum conscientiam. Ideo talis observantia non est trahenda ad alios iudices ordinarios talem auctoritatem non habentes ». Importante notare (cfr. di nuovo A. CAVANNA, *Storia del diritto*, cit., p. 231) come tra questi supremi Tribunali si stabiliscano poi differenti rapporti di subordinazione al potere centrale; se, infatti, in una prima fase « gli sforzi compiuti dai sovrani per il controllo e l'unificazione dell'ordinamento giuridico avevano sì coerentemente giovato ai fini accentratori dell'assolutismo », essi « avevano anche ovviamente favorito un potenziamento della giurisdizione in generale e quindi anche talune nuove e sensibili tendenze autonomistiche di quest'ultima », come nei casi di Milano e Napoli che hanno corti potenti e autorevoli quanto gelose della propria indipendenza. Per le Rote di Firenze, Lucca, Siena e Genova, cfr. A. K. ISAACS, *Politica e giustizia agli inizi del Cinquecento: l'istituzione delle prime Rote*, in *Grandi Tribunali e Rote nell'Italia di Antico Regime*, a cura di M. Sbriccoli e A. Bettone, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 341-386.

(13) G. CLARO, *Liber V Receptarum Sententiarum integer*, in *Id.*, *Opera, quae quidem hactenus edita sunt, omnia*, Augustae Taurinorum, Eredi di Nicolo Bevilacqua, 1586, § *Primus*, n. 9, p. 153, riferisce che nel 1565 il Senato milanese, su richiesta del Re, ha stabilito quali siano i *delicta atrocita*. I criteri per la classificazione dei delitti (*levia, gravia seu atrocita, atrocissima*) erano infatti discussi in dottrina e mancava una regola

controllo della giustizia attraverso strumenti tecnici e strategie processuali. Ne sono esempi l'invio nelle periferie di diretti rappresentanti del potere centrale, la trasmissione degli atti su questioni di difficile soluzione a corti di grado superiore o ad una vicina facoltà giuridica e l'esclusiva gestione delle competenze d'appello contro decisioni dei giudici inferiori (14).

I giuristi cambiano metodo per adeguarsi alle mutate coordinate

certa, rinviando alcuni all'*arbitrium iudicis* altri alla *qualitas* della pena; la materia era assai delicata e comportava importanti conseguenze poiché « in enormibus et atrocibus criminis permittitur iudicibus iura transgredi etiam in procedendo », potendo il giudice ricorrere alla tortura anche senza indizi sufficienti e non essendo necessaria la copia del processo informativo. La decisione impone ora un'uniforme interpretazione poiché « haec opinio Senatus, placuit Regi nostro et ideo in hac provincia servanda esset pro lege ». I medesimi intenti di chiarezza e di certezza applicativa sono alla base della Bolla *Cum alias* di Gregorio XIV (1591) che stabilisce, ampliandola, la lista dei *crimina atrocita* eccettuati dal diritto d'asilo, sulla quale cfr. C. LATINI, *Il privilegio dell'immunità. Diritto d'asilo e giurisdizione nell'ordine giuridico dell'età moderna*, Milano, Giuffrè, 2002, specie pp. 214-218.

(14) Secondo G. ALESSI, *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari, Laterza, 2001 pp. 73-74, l'appello più che uno strumento tecnico di garanzia rappresentò in Antico Regime una 'trincea di conflitto' vertente « sul carattere originario della giurisdizione — legata al territorio, ai suoi privilegi o consuetudini — o, viceversa, sulla sua totale derivazione dalla sovranità ». Tale conflitto si rifletteva poi nel rapporto tra legislatore e giuristi, poiché « mentre gli interventi normativi ponevano l'appello al centro di una complessa strategia di controllo e di raccordo tra norme e tradizioni giuridiche diverse, i criminalisti ne limitavano in ogni modo l'ambito di applicazione guardando ad esso come ad un istituto pericoloso, da ricondurre ad ambiti di applicazione strettissimi ». Sull'utilizzo della delegazione, dell'avocazione e dell'appello come strumenti di centralizzazione dell'amministrazione della giustizia da parte della Repubblica di Venezia nei confronti degli stati di Terraferma cfr. C. POVOLO, *Aspetti e problemi dell'amministrazione della giustizia penale nella repubblica di Venezia. Secoli XV-XVII*, in *Stato società e giustizia nella repubblica veneta (secc. XV-XVIII)*, a cura di G. Cozzi, Roma, Jouvence, 1980, p. 241; G. COZZI, « *Ordo est ordinem non servare* »: considerazioni sulla procedura penale di un detenuto dal Consiglio dei X, in « Studi storici », XXIX, 1988, 2, pp. 309-320 e ID., *La politica del diritto*, cit., p. 287; G. CHIODI, *Caratteri e ruolo del processo inquisitorio nella Terraferma*, in « Società e storia », 1999, 83, pp. 103-108. E. FASANO GUARINI, *Gli "ordini di polizia" nell'Italia del '500: il caso toscano*, in *Policey im Europa der Frühen Neuzeit*, hrsg. M. Stolleis, K. Härter, L. Schilling, Frankfurt a. M., V. Klostermann, 1996, p. 77, insiste, con riferimento al granducato di Toscana, sul carattere politico degli interventi normativi su questioni giurisdizionali che modificavano il funzionamento dello Stato e il rapporto centro/periferia, come quello che subordinava le sentenze dei giudici periferici alla trasmissione dei 'disegni' al tribunale fiorentino degli Otto di Guardia e Balìa per la loro approvazione.

dell'ordine giuridico. Nei contesti politici dove la legge prova ad imporsi come espressione di massima sovranità essi non possono che riconoscerne la forza e conformare ad essa i loro sforzi teorici; la dottrina inizia a sentire l'influenza della legislazione nazionale, a perdere parzialmente il suo carattere transnazionale per il graduale prevalere del dato normativo locale su quello interpretativo comune. Nell'area europea gli interventi legislativi in campo penale modificano gli equilibri tra i protagonisti della scena giuridica; i diversi rapporti di forza tra legislatore e giudice favoriscono o frenano, nelle varie regioni, gli sviluppi dottrinali. Nel Cinquecento si assiste ad un forte incremento degli interventi normativi a carattere territoriale, che tendono a riordinare il diritto vigente fissando per iscritto le consuetudini e raccogliendo le diverse leggi, con l'obiettivo di superare la frammentazione, riepilogare ed accentrare le diverse fonti, contrastare ogni elemento centrifugo che, attraverso usanze locali privilegi e autonome giurisdizioni, concorra con il potere statale in via di formazione ⁽¹⁵⁾.

In Germania, per esempio, dopo la *Carolina* la scienza giuridica è costretta a confrontarsi con la legge imperiale, la interpreta, la commenta, la critica, ne indaga la *ratio*, cerca difficilmente di concorderla con la tradizione giuridica di diritto comune e con i diritti locali, ma

⁽¹⁵⁾ Per un sintetico panorama dei più importanti provvedimenti legislativi in materia penale emanati nelle varie aree europee dai poteri centrali, cfr. L. T. MAES, *Die drei grossen europäischen Strafgesetzbücher des 16. Jahrhunderts. Eine vergleichende Studie*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte», Germanistische Abteilung, XCIV, 1977, pp. 207-217 con riferimento particolare alla *Carolina* (1532), all'*Ordonnance sur le fait de la Justice* di Villers-Côtterêts (1539) e alle due *Ordinanze Criminali* del 5 e 9 luglio 1570 emanate da Filippo II per i Paesi Bassi Spagnoli; R. MARTINAGE, *Histoire du droit pénal en Europe*, Paris, PUF, 1998, pp. 21-26, dove però l'A. afferma anche che l'effettività e la forza vincolante di tali provvedimenti che formavano un «appareil dissuasif et comminatoire» faticarono ad imporsi, poiché «la plupart du temps, ces textes du souverain ont une valeur plutôt indicative que véritablement obligatoire. Ils ne s'appliquent qu'avec le consentement des autorités inférieures, et parfois même les juges peuvent passer outre»; W. REINHARD, *Storia del potere politico in Europa*, Bologna, il Mulino, 2001, pp. 346-357, che riconosce la difficoltà e la parzialità nella 'effettiva realizzazione' dell'imponente legislazione che interessa tutta l'Europa, e, da ultimo, E. DEZZA, «*Pour pourvoir au bien de notre justice*». *Legislazioni statali, processo penale e modulo inquisitorio nell'Europa del XVI secolo*, in «Diritto penale XXI secolo», 2002, 1, pp. 159-195.

comunque si adegua alla sua ingombrante presenza ritagliandosi un ruolo ancora decisivo⁽¹⁶⁾. Obiettivo dichiarato della Costituzione imperiale era di imporsi come legge-guida generale, di sostituirsi alle consuetudini locali, alle norme territoriali particolaristiche, ma non fu raggiunto se non parzialmente dopo accesi conflitti e compromessi⁽¹⁷⁾. La *iurium poenarumque conformitas* — indicata da Böhmer

(16) Significativo il modo in cui Vigelio, commentando la *Carolina*, rinvia al diritto comune proprio per interpretare i punti controversi della costituzione imperiale, per esplicitarne i contenuti o colmarne le lacune, cfr. N. VIGELIUS, *Constitutiones Carolinae Publicorum Iudiciorum, in ordinem redactae, cumque Iure communi collatae*, Basileae, Impensis Ludovici Königs, 1603, c. I, pp. 22-23: « Ista Caroli Quinti Imperatoris publicorum iudiciorum Constitutiones, quibus adhuc utimur, in competentem ordinem redigam, et cum Iure communi conferam, quo appareat, in quibus eo convenient, et in quibus ab eo discrepent, necnon quid ex controverso iure certum reddiderint. Sunt enim nonnulla apud Doctores controversa, quae in hisce Constitutionibus definiuntur. Sed et multa, quae in hisce Constitutionibus breviter traduntur, ex communi Iure latius describam, et singulis regulis suas exceptiones subiiciam ». Sul rapporto tra scienza giuridica e Costituzione imperiale che non ha la forza di imporsi come legge nell'accezione moderna ma piuttosto si presenta come *Ius Commune Novissimum*, i contributi sono numerosi: cfr. per es., H. RÜPING, *Die Carolina in der strafrechtlichen Kommentarliteratur. Zum Verhältnis von Gesetz und Wissenschaft in gemeinen deutschen Strafrecht, in Strafrecht, Strafprozess und Rezeption. Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina*, hrsg. P. Landau und F.-C. Schroeder, Frankfurt a. M., Vittorio Klostermann, 1984, pp. 161-176; F. SCHAFFSTEIN, *Studien zur Entwicklung der Deliktstatbestände in Gemeinen deutschen Strafrecht* (1985), ora in Id., *Abhandlungen zur Strafrechtsgeschichte*, cit., pp. 19-23, considera la *Carolina* come un « Rechtskatechismus » che combina tono didattico e accenti autoritativi nel tentativo non di creare nuovo diritto quanto di riformare quello già in vigore e ordinarlo ispirandosi alla dottrina comune italiana, ponendosi « in der Mitte » tra il diritto medievale ancora applicato e la legge sovrana dello Stato moderno; A. IGNOR, *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846. Von der Carolina Karls V. bis zu den Reformen des Vormärz*, Schöningh, Paderborn u. a., 2002, pp. 41-44.

(17) La lucida analisi di Böhmer a circa due secoli di distanza aiuta a comprendere la portata innovativa e i conseguenti scontri che seguirono alla *Carolina*, cfr. J. S. FR. VON BÖHMER, *Elementa Iurisprudentiae Criminalis*, Editio tertia, Halae et Bernburgi, ex officina Fritschiana, 1743, (rist. an. Goldbach, Keip Verlag, 1996), Sect. I, c. I *De legibus criminalibus Germanorum*, § XXI, pp. 12-13: « intentio tamen Caroli V eo directa fuit, ut omnes leges ac consuetudines particulares derogatorias in posterum dispelleret. Interim voto suo non respondit eventus, quippe quum pedetentim Ordines ex potestate legislativa singuli fere peculiariter iura sibi constituerunt ». Una suggestiva lettura del conflitto, tradotta anche in linguaggio iconografico, tra sistema penale consuetudinario e moderno apparato fondato sulla Costituzione Imperiale e sulla dottrina colta romano-

come uno dei principali obiettivi della riforma assieme alla sostituzione dell'accusatorio con l'inquisitorio e all'abolizione del processo criminale degli antichi popoli germanici — non fu realizzata e proprio i giuristi contribuirono a mettere in evidenza limiti e difetti della *Carolina* in modo da attenuarne l'effetto dirompente (18).

In Portogallo i precoci corpi normativi (*ordenações alfonsinas* 1446-1447 e *ordenações manuelinas* 1514-1521) sembrano spiegare la relativa povertà della scienza penale adagiata sull'attività esegetica; analogamente in Spagna dove, fino alla grande ricchezza speculativa teologico-giuridica della scuola di Salamanca, i giuristi commentano e interpretano le leggi o le *Pragmáticas* regie (*leyes de Toro*, 1505; *Nueva recopilación*, 1567-69). Anche in Francia il diritto criminale, che pure resta in gran parte indipendente dalle leggi del re e costruito piuttosto su una « *légalité coutumière* » (19), subisce nel XVI secolo una torsione autoritaria, con una serie di provvedimenti che comportano nuove incriminazioni disposti dal potere centrale a tutela della monarchia. Comportamenti che prima erano del tutto irrilevanti vengono sanzionati penalmente; il legislatore tende a identificare la difesa dei diritti del re con quella dello Stato e della collettività attraverso la tutela dell'ordine pubblico, concetto ampio che giustifica la criminalizzazione della blasfemia come del duello, dell'eresia e della frode fiscale come del porto d'armi. La giustizia regale non riesce ancora a

canonica, è offerta da M. SBRICCOLI, *La benda della giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna*, in *Ordo iuris. Storie e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 81-88, con riferimento sia alla *Constitutio Criminalis Bambergensis* del 1507 che alla successiva *Carolina*.

(18) Per conoscere le censure avanzate dalla dottrina si può di nuovo ricorrere a BÖHMER, *Elementa*, cit., Sect. I, c. I *De legibus criminalibus Germanorum*, § XXIV, p. 15: « opus non omnibus partibus absolutum, sed variis naevis refertum nobis reliquit. Huc refero 1) quod connexio articulorum secundum ordinem *processus criminalis* saepius deficiat. 2) multa notatu digna plane ommissa, alia 3) obscure aut 4) non sufficienter exposita, ac declarata, sed vel *arbitrio* iudicis, vel *vagae consuetudini* relicta, quum definiri facile potuissent. 5) inutilia admixta 6) summa iurium *peregrinorum* cum *germanico* confusio, praecipue in determinatione poenarum et delictorum facta, denique 7) saepius delictis poenae impositae *duriores*, quam par erat ».

(19) Così in A. LAINGUI-A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, I, *Le droit pénal*, Paris, Cujas, 1979, p. 5. Più concreti gli interventi sul processo, dove pure resta ampio il potere dei magistrati, operati con le *ordonnances* (Villers-Côtterêts del 1539 e Saint-Germain-en-Laye del 1670).

superare lo stato d'incertezza e l'assenza di omogeneità che caratterizzava l'assetto precedente, ma impone alcune modifiche: si riduce il campo d'applicazione del diritto canonico, il diritto municipale perde importanza contemporaneamente all'assorbimento delle libertà e dei privilegi dei centri periferici, il diritto consuetudinario esaurisce la sua funzione vitale e si conforma al diritto scientifico dei *doctores* ⁽²⁰⁾. In Italia manca un tentativo di codificazione penale paragonabile per autorevolezza e completezza a quella tedesca o alla legislazione regia spagnola, ma assistiamo nei singoli Stati sovrani a segni di centralizzazione del potere, che si serve del diritto penale per ottenere una maggiore pervasività.

I.3. *Nuove sfide per il criminalista*

Legislazione di dettaglio, strutture giudiziarie accentrate, diffusione dell'inquisizione *ex officio*, severità delle pene, giustizia d'apparato: si modifica il panorama politico e i criminalisti ripensano al proprio ruolo, ai propri strumenti di lavoro. Il modello casistico non corrisponde più alla funzione ordinamentale che gli Stati assegnano al penale, perché presenta una materia troppo confusa, divieti e sanzioni dispersi in un labirinto che attenua i tratti autoritativi e sfuma l'immagine di ordine disciplinato, di chiarezza intimidatoria, di puntualità repressiva. Il potere di stabilire i comportamenti delittuosi, di essere artefici e garanti del 'giusto', appare disperso nei rivoli dei *casus*, *distinctiones*, *limitationes* gestiti dai giudici: si scolora, in questo modo, l'efficacia generalpreventiva che rafforza il rispetto delle norme e sostiene la credibilità del Principe ⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ Sul ruolo della dottrina penale in rapporto alle legislazioni e ai poteri del giudice nelle diverse regioni europee, cfr. B. DURAND, *Arbitraire du juge et consuetudo delinquenti. La doctrine pénale en Europe du XVIe au XVIIIe siècle*, Montpellier, Publications de la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, 1993, pp. 15-16. Per la regione transalpina cfr. anche LAINGUI-LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, cit., pp. 6-19.

⁽²¹⁾ La funzione generalpreventiva e deterrente dell'intervento punitivo era ben presente ai giuristi del Cinquecento. DAMHOUDER nella *Practica rerum criminalium*, cit., *Proemium*, n. 9, p. 10, ricorda che « punienda ergo sunt maleficia, ut unius poena, metus possit esse multorum »; sul punto cfr. le osservazioni di F. GRUNERT, « *Punienda ergo sunt maleficia* ». *Zur Kompetenz des öffentlichen Strafens in der Spanischen Spätscholastik*, in

Serve un nuovo ordine della materia, più razionale e chiaro, con fattispecie meno vaghe e indeterminate, con principi generali capaci di regolamentare l'attività giurisprudenziale e di orientare la prassi applicativa. I giuristi, nella teoria come nella pratica, cercano di sistematizzare senza stravolgere, di modificare senza rivoluzionare, destrutturano e ricompongono nozioni, istituti, pratiche per elaborare un modello di più immediata comprensione, soprattutto più facilmente controllabile dal potere centrale (22). Semplificare l'intero *corpus* penalistico perché il Principe se ne possa appropriare in modo naturale, orientare il sistema verso una direzione che meglio esprima i caratteri autoritari e la sensibilità incriminatrice della potestà punitiva statale: il *doctor iuris* è chiamato ad offrire al *Princeps* un diritto criminale capace di riflettere non più l'atomizzazione dei poteri e delle facoltà giurisdizionali, ma la *ratio* dell'impianto complessivo, la *potentia* della volontà del legislatore.

Il bisogno di chiarezza, razionalizzazione e sistematizzazione che consegue alla maturazione scientifica della disciplina sotto la spinta delle istanze umanistiche, s'incontra con il bisogno politico di certezza repressiva, di forza intimidatoria e di semplificazione ordinante. I giuristi mediano tra le due pressioni, mantengono la struttura in equilibrio cercando di apportare modifiche che non minino le fondamenta e che salvaguardino il loro ruolo. Pensano il modello

Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur Spanischen Spätscholastik, hrsg. von F. Grunert und K. Seelmann, Tübingen, Max Niemayer Verlag, 2001, specie pp. 313-321.

(22) Nell'ottica dell'impegno del giurista per l'emersione di un diritto penale certo, che metta ordine nella confusione di leggi ed opinioni e rifletta la tendenza politica verso un accentramento delle fonti, si può leggere anche l'opera penalistica di Egidio Bossi, lontano da incarichi accademici ma titolare di *officia* prestigiosi per il Ducato milanese (podestà ad Alessandria e Novara, avvocato fiscale, Senatore dal 1528, Commissario ducale a Pavia, membro dei LX Decurioni di Milano, collaboratore per la redazione delle *Novae Constitutiones Mediolani* del 1541) e rappresentante autorevole della volontà e degli interessi del potere centrale; in questo senso cfr. M. G. DI RENZO VILLATA, *Egidio Bossi, un criminalista milanese quasi dimenticato*, in *Ius mediolani. Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 393-394. I. BROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 256-257, sottolinea come Bossi, esponente del patriziato milanese e membro del Senato, veda nelle prerogative del supremo Tribunale e nella sua giurisprudenza, piuttosto che nella legge scritta, il motore del sistema e il vettore di un'uniforme applicazione del diritto.

in modo differente, l'approccio metodologico non è più casistico ma procedono deduttivamente dai principi generali ai casi particolari. Ricavano dalle ipotesi di dettaglio concetti vevoli *per omnia delicta*, stabiliscono criteri in base ai quali valutare le ricadute dei reati sugli assetti istituzionali, ripensano la classificazione dei singoli reati rielaborandoli o creandone di nuovi, esaltano il ruolo della legge penale ma cercano ancora di vincolarla a valori superiori di riferimento, riducono l'*arbitrium iudicis* limitandone gli spazi di intervento (23).

Nel rinnovato rapporto fra Principe e *doctor iuris* per la configurazione di un differente sistema penale, convivono in costante dialettica tensioni opposte: l'uno ha bisogno dell'altro, chi governa si rivolge alla scienza per tradurre in istituti e regole il progetto politico mentre il giurista pretende in cambio la conservazione del suo ruolo vitale nella gestione 'giurisprudenziale' del diritto. L'impegno definitorio che nel Cinquecento coinvolge i giuristi in modo diffuso, seppur con diversi risultati, è sintomatico di una reazione della dottrina all'inflazione dei provvedimenti normativi che irrompono nel sistema complicandolo ulteriormente. Esso, tuttavia, risponde anche ai programmi principeschi di uniformazione e chiarezza del diritto: delitti più compiutamente definiti negli elementi costitutivi, astrattamente descritti nei caratteri tipici, consentono, infatti, una riduzione dei margini dell'*arbitrium iudicis* incontrollabile dal vertice e causa di continue tensioni centrifughe. Non avendo il legislatore né le capacità né l'autorevolezza per imporre schemi rigidi o tassativi, il compito di definizione delle fattispecie per controllare l'area dei comportamenti penalmente rilevanti, dannosi o pericolosi per la pace sociale e per il mantenimento dell'ordine, è per lo più

(23) E. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 19954, p. 148, sottolinea la funzione anche pratica del nuovo metodo, poiché ordinare i singoli casi e le circostanze particolari in concetti generali all'interno di un sistema, « dient der geistigen Beherrschung und Ordnung des vielgestaltigen Rechtsstoffs und gewährleistet damit zugleich das Vordringen zu einer sicheren Methode bei der praktischen Bearbeitung der im Leben sich ereignenden Einzelfälle, die der Entscheidung des Richters unterliegen ».

delegato ai *doctores*, nelle opere tematiche o nel commento sistematico delle leggi (24).

Il processo è lento, procede a piccoli passi, la tradizione ha un peso importante e occorre prudenza nell'innovarla perché il metodo casistico ha radici profonde nella mentalità, nella cultura non solo giuridica. Ci sono però segnali chiari nelle pagine dei criminalisti dopo la metà del XVI secolo: essi riflettono sulla nozione di delitto e sulle sue singole componenti, sulla responsabilità (25). Un tentativo importante, anche se solo parzialmente compiuto, di revisione e originalità metodica sono i *Tractatus varii ad criminales causas pertinentes* di Bartolomeo Taegio, raccolti poi nel *Tractatus Universi Iuris*: il giurista milanese nel disporre la materia non ricorre ad un metodo analitico o a riferimenti al processo, ma riflette sulle forme di responsabilità del reo (*cogitatione, actione, perfectione, conatus*, errore, mandato, *consilium, auxilium*) e sui sette accidenti romanistici del reato indicati da Saturnino. Il programma espositivo dichiarato all'inizio presenta scansioni chiare (26), anche se manca la

(24) Al tema delle definizioni e costruzioni teoriche dei reati da parte dei giuristi nel Cinquecento, come strumento tecnico attraverso il quale leggere mutamenti sociali e politici più ampi, sarà dedicato il cap. VI. II. 4.

(25) Il *De poenis temperandis* di Tiraqueau, edito postumo nel 1559, di fatto è « le premier traité de cette ampleur consacré à la responsabilité pénale » come afferma A. LAINGUI, *Le premier grand traité de responsabilité pénale: le « De poenis temperandis » d'André Tiraqueau (1559)*, in *Mélanges en l'Honneur du doyen Pierre Bouzat*, Paris, Editions A. Pedone, 1980, p. 183. Qualche importante segnale nella direzione di un superamento della casistica lo troviamo nel *Liber V* di Giulio Claro (1568), dove oltre al § *Primus* che presenta qualche classificazione generale, i singoli ventuno delitti sono esposti in ordine alfabetico prima delle cento *Queestiones* del § *Finalis* costruite su problemi processuali. In Spagna Diego Covarruvias nella *Relectio* del 1554 alla Costituzione di Clemente V *Si furiosus, de Homicidio et Irregularitate*, (qui consultata in D. COVARRUVIAS, *Opera omnia*, Antuerpiae, apud Ioannem Meursium, 1638, pp. 513 ss.) riesce a costruire il suo commento scrivendo pagine importanti su temi generali (*De delictis et conatibus, De homicidii ratihabitione et mandato*).

(26) B. TAEGIO, *Tractatus varii ad criminales causas pertinentes*, in *Tractatus universi iuris*, t. XI, pars. I, *De crimine*, incipit, f. 10va: « Tractaturus criminum materiam, opportunum duxi, volens sequi vestigia I. C. in l. i. ff. de iustitia et iure [D. 1.1.1] et in l. i. ff. de origine iuris [D. 1.2.1]. Primo demonstrare quid sit crimen, Secundo, quae sunt criminis partes, Tertio quomodo crimen deducatur in esse, Quarto qua poena plectantur hi qui mediate et accessorie crimina committunt, Postremo quibus modis criminum censurae considerari et terminari debeant ».

capacità di sintetizzare in una definizione astratta l'essenza del delitto che serva poi da architrave a tutta l'opera; questo comporta inevitabilmente una costante ricaduta nella casistica nel momento della trattazione delle singole parti, proprio perché l'autore è costretto a ricorrere all'esemplificazione tassonomica in assenza di una nozione astratta concettuale di reato cui riferire le varie circostanze. Taegio sembra più raccogliere opinioni consolidate che proporre nuove interpretazioni, più comporre una sintesi riepilogativa di alcuni *loci communes* che tentare una costruzione creativa.

In una prospettiva di maggiore coraggio innovativo va letto il *Tractatus criminalis* di Deciani, come opera che sperimentando più di altre le proposte metodiche dell'umanesimo giuridico, ma anche interpretando le nuove esigenze punitive della *Respublica*, riesce a raggiungere un più alto livello di razionalizzazione e chiarezza della materia. L'udinese segna nello stile una netta rottura con la tradizione penalistica di diritto comune e supera il modello casistico delle *Practicae*, costruisce il suo edificio teorico poggiandolo su due pilastri destinati ad avere fortuna di lungo periodo: la separazione del diritto penale materiale da quello processuale e l'elaborazione di una parte riservata ai *generalia* del delitto, ai principi e alle regole del reato come concetto astratto.

II. Separazione tra diritto penale materiale e processuale

II.1. Verso il 'legalismo logico'

La capacità di Deciani di elaborare la 'parte generale' (o meglio le parti generali, quella sostanziale e quella processuale) presuppone la coscienza di una piena separazione tra diritto penale materiale e processuale, oltre a richiedere necessariamente l'abbandono della struttura casistica. Metodo analitico e diritto penale di creazione processuale sono le due facce della stessa medaglia: fino a quando i criminalisti scrivono le *practicae* seguendo lo schema del processo, i suoi tempi, le competenze e le attività delle diverse *figurae dramatis* nel succedersi delle fasi, anche la descrizione delle fattispecie e l'impiego di concetti generali sono frammentati nelle fitte trame del *iudicium*. L'ordine espositivo deve corrispondere all'ordine imposto

a giudice, accusato e accusatore; da Gandino in poi si consolida una letteratura che, movendosi su un terreno più libero dal peso delle fonti romane, costruisce architetture complesse e articolate, nelle quali la scienza penalistica progredisce, si specializza, si dota di un proprio strumentario tecnico e linguistico.

La complessità di relazioni sociali e la varietà di sfumature dei singoli episodi di criminalità si traducono in criteri decisionali riferiti a specifiche situazioni di fatto. Esemplicazioni dettagliate ma prive d'astrazioni e di considerazioni su elementi concettuali fungono da criteri per guidare le sentenze dei giudici: tanto maggiore sarà la loro efficacia quanto più particolari e sottili saranno le distinzioni. Un pragmatismo che orienta le decisioni giudiziali in forza della sua capacità di rappresentare *ex ante* quanti più esempi possibile, ma che produce e aggiorna i suoi elenchi-guida *ex post*, alla luce delle risultanze o delle necessità della prassi, in un rapporto che è di continua comunicazione e di fluida interdipendenza tra regolamentazione giudiziale del fatto e sua categorizzazione a livello dottrinale e normativo. Mentre l'equilibrio di tale sistema è reso possibile dall'assenza di un potere 'con vocazione totalizzante', la sua tenuta è garantita dalla capacità dei giudici-giuristi di leggere i fatti e di disciplinarli giuridicamente (27). Il quadro cambia: il modello casistico non regge più quando i nuovi centri di potere manifestano l'intenzione di regolare i comportamenti illeciti secondo criteri meno flessibili, non più demandati alla pratica ma stabiliti e controllati dall'autorità centrale.

Il « legalismo pragmatico », basato sulla capacità logica di tracciare sottili distinzioni e sull'utilizzo di criteri decisionali che risolvono la complessità sociale attraverso soluzioni pratiche dei casi specifici, cede gradualmente il passo al « legalismo logico », portato

(27) Il riferimento è al quadro dell'esperienza giuridica basso-medievale come 'laboratorio sapienziale' tracciato da P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, pp. 144 ss.; sul punto cfr. anche G. TABACCO, *Gli intellettuali del Medio Evo nel giuoco delle istituzioni e delle preponderanze sociali*, in *Intellettuali e potere, Storia d'Italia*, 4, a cura di C. Vivanti, Torino, Einaudi, 1981, pp. 40-43, che pone l'ampia efficacia politica e la libertà intellettuale del lavoro dei giuristi nell'età comunale in relazione diretta con le infinite opportunità loro offerte dall'assenza di grandi apparati di potere pubblico coattivo organizzati su coerenti basi territoriali.

della concezione piramidale del potere ⁽²⁸⁾. Sul piano giuridico, quest'ultimo sposta l'attenzione dal momento empirico della giustizia individualizzata, del caso singolo e dello specifico soggetto, alla funzione ordinante dei principi generali e dei concetti di diritto sostanziale, alla rete di norme interconnesse capaci di generare uniformità di giudizio e coerenza applicativa. La *scientia iuris* lentamente modifica l'oggetto della sua indagine concentrandosi sul diritto penale materiale, sui *principia*, gli *elementa* del reato, le diverse forme di volontarietà dell'atto. La valorizzazione delle potenzialità sistematiche delle categorie e degli istituti, insieme al riconoscimento della loro forza vincolante per la prassi, si traducono in un nuovo approccio alla disciplina.

II.2. *Il penale in atto delle Practicae e la trama del iudicium*

I criminalisti di diritto comune non si dilungano in spiegazioni della struttura e del programma delle loro opere. Il modello diviene per tutti il *Tractatus de maleficiis* del *magnus practicus* Alberto da Gandino: in un manuale destinato alla pratica, che « in usu quotidiano consistit » ⁽²⁹⁾, le partizioni del testo seguono le fasi del processo criminale e l'impianto complessivo ripercorre l'*ordo iudiciarius*. Dopo le fonti di conoscenza del reato, l'autore affronta temi strettamente processuali (citazione, istruttoria, mezzi probatori e difesa), alcuni singoli delitti (omicidio, furto e grassazione, ricettazione, falso), poi applicazione della pena, competenza territoriale,

⁽²⁸⁾ Mutuiamo da M. R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, il Mulino, 1991, specie pp. 58-59, tali espressioni, adatte, a nostro avviso, ad esprimere la transizione dal modello penale processuale e casistico al sistema fondato su concetti e principi di diritto sostanziale.

⁽²⁹⁾ ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, edito con ANGELO ARETINO (GAMBIGLIONI), *De maleficiis tractatus*, Venetiis, apud Franciscum de Franciscis Senensem, 1578, *Proemium*, f. 269ra. Il trattato fu scritto tra il 1286 e il 1287, mentre l'autore era giudice a Perugia, e poi più volte rivisto e aggiornato. Secondo CORTESI, *Il diritto nella storia medievale*, II, cit., p. 276, la struttura è di fatto una raccolta di *quaestiones* e « in quanto tale elastica e aperta » a subire modifiche o integrazioni. Per un inquadramento del *Tractatus* di Gandino nel contesto della 'pubblicizzazione' del penale nel XIII secolo cfr. M. SBRICCOLI, « *Vidi communiter observari* ». *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 27, 1998, pp. 231-268.

aggravanti, diminuenti, diritto statutario e sua applicazione ⁽³⁰⁾. In seguito al *Libellus* di Gandino vengono scritte altre opere con lo stesso stile: intorno al 1301 il *Tractatus super maleficiis* di Bonifacio Antelmi (lo pseudo-Vitalini), verso la metà del Trecento la *Practica iudiciaria in criminalibus* di autore ignoto ⁽³¹⁾ e il *Tractatus de maleficiis* di Angelo Gambiglioni detto l'Aretino (scritto tra il 1438 e il 1444) ⁽³²⁾ che, come i due precedenti, non ha nessuna pretesa né di completezza né di sistematicità ma, costruito sull'esempio di un immaginario giudizio avviato da un atto di inquisizione in cui sono inseriti il maggior numero possibile di delitti e di complicazioni procedurali, affronta il diritto penale con riferimento a singoli casi concreti in funzione del processo ⁽³³⁾.

⁽³⁰⁾ Poche parole per indicare al lettore lo schema del lavoro: ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, cit., *Proemium*, f. 269ra: « Circa cuius libelli correctionem et continentiam talem intendo ordinem observare: ante omnia quod de maleficiis cognoscitur quinque modis: videlicet per accusationem, denunciationem, inquisitionem, exceptionem et quando crimen est notorium ». Sulla dipendenza della struttura dell'opera dalle fasi del giudizio cfr. D. QUAGLIONI, *Gandino, Alberto*, in « Dizionario Biografico degli Italiani », 52, 1999, p. 149 e ID., *Alberto Gandino e le origini della trattatistica penale*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », XXIX, 1, 1999, pp. 49-63. In precedenza anche il *Tractatus criminum*, primo tentativo di sistematizzazione di temi processual-penalistici composto da autore ignoto tra il 1155 e il 1164, segue nell'esposizione il filo conduttore della realtà processuale; l'opera è ora consultabile nell'edizione critica di G. MINNUCCI, *Tractatus criminum saeculi XII. Editionem criticam congesit*, Bologna, Monduzzi, 1997, con un'introduzione sulla composizione del trattato; dello stesso autore cfr. anche *Accusatio e divisio criminum. La riflessione della penalistica delle origini e il pensiero di Alberto Gandino: una comparazione*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », XXX, 2, 2000, pp. 291-303.

⁽³¹⁾ Circolava nelle stampe del Cinquecento sotto il nome di Jacopo da Belvisio.

⁽³²⁾ La prima pubblicazione postuma del *Tractatus*, scritto mentre l'Aretino insegnava *iura civilia* a Bologna, è del 1472 a Mantova. Poi, per tutto il secolo, si susseguono continue edizioni, accresciute, a partire dall'edizione veneziana del 1495, delle abbondanti annotazioni di Agostino da Rimini e in seguito anche di altri. Nel Cinquecento viene quasi sempre pubblicato in unico volume con i trattati di Gandino e dello pseudo-Vitalini. L'opera è studiata da G. ZORDAN, *Il diritto e la procedura criminale nel Tractatus de Maleficiis di Angelo Gambiglioni*, Padova, Cedam, 1976.

⁽³³⁾ Troviamo ancora, come in Gandino, un riferimento all'*ordinem* dell'esposizione che ricalca quello del *processus*, cfr. GAMBIGLIONI, *Tractatus de maleficiis*, cit., § *Haec est quaedam inquisitio, Inquisitionis declaratio*, n. 1: « Hunc ordinem tenebo, scilicet quem tenuit Bartolus in extravag. ad reprimendum: quia exponam unumquodque verbum substantiale et clausulas dicti processus, quid importent et quare ita

Le cause di questa ‘dimensione processuale’⁽³⁴⁾ crediamo vadano cercate nella funzione costituzionale che il penale svolgeva tra XIII e XV secolo nelle *civitates*: il *iudicium* era il luogo di pubblicizzazione e di visibilità dei contrasti, il momento di incontro tra interessi privati e *bonum commune*, lo strumento a disposizione dell’autorità politica per sostituirsi nella soluzione dei conflitti a varie forme di soddisfazione dell’offeso come vendette, transazioni, paci, compensazioni, riparazioni pecuniarie e duelli d’onore. Tecniche, regole, facoltà e competenze processuali sono congegni con i quali il giudice — figura che incarna l’*interest reipublicae* — occupa spazi, seleziona priorità da tutelare, indirizza comportamenti, definisce devianze, infligge pene: le carte per il lento e graduale passaggio dalla giustizia penale privata o ‘negoziata’ a quella statale, pubblica e repressiva, si giocano in origine sul tavolo del processo⁽³⁵⁾.

La sproporzionata espansione del rito inquisitorio nella prassi, per via consuetudinaria e *contra ius civile*, è apertamente riconosciuta dai giuristi, ma dietro a questo generalissimo modello d’acquisizione delle prove fioriscono le eccezioni, aumentano i poteri

practicatur: super unoquoque verbo faciendo glossas, formando quaestiones et casus quotidianus, ponendo decisive dicta doctorum ».

⁽³⁴⁾ Con tale espressione intendiamo riferirci all’approccio metodologico che accomuna *practicae* e *tractatus* nella prima fase della scienza giuridica penale, sinteticamente descritto anche da SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., nt. 1, p. 168: « centralità del processo e del giudice, diritto penale misurato sulla tela giudiziaria, fattispecie costruite intorno ai modi di provarle, categorie penali (imputabilità, responsabilità penale, rapporto di causalità, colpevolezza, circostanze, tentativo, concorso ecc.) elaborate a partire dalla commisurazione delle pene ».

⁽³⁵⁾ Sull’imposizione per via processuale di un modello di giustizia punitiva statale, pubblica e autoritaria, a partire già dal XIII secolo cfr. M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, il Mulino, 2005, specie pp. 19-73; A. ZORZI, *La justice pénale dans les Etats italiens (communes et principautés territoriales) du XIIIe au XVIe siècle*, in *Le pénal dans tous ses Etats. Justice, Etats et Sociétés en Europe (XIIe-XXe siècles)*, a cura di X. Rousseaux e R. Levy, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1997, pp. 47-63; X. ROUSSEAU, *Initiative particulière et poursuite d’office. L’action pénale en Europe (XIIe-XVIIIe siècles)*, in « IAHCCJ Bulletin », 18, 1993, pp. 58-92 e ID., *Entre accommodement local et contrôle étatique: pratiques judiciaires et non-judiciaires dans le règlement des conflits en Europe médiévale et moderne*, in *L’infrajudiciaire du Moyen Age a l’époque contemporaine*, sous la direction de B. Garnot, Digione, EUD, 1996, pp. 87-107.

arbitrari del giudice rompendo confini prima sufficienti a limitarli, diminuiscono le garanzie e si attenua la rilevanza delle dinamiche soddisfattorie extraprocessuali. Già in Gandino o in Aretino, poi più chiaramente in Bossi, Claro e Carpzov, l'*inquisitio* è riconosciuta come la procedura più diffusa perché più efficace. L'area d'applicazione della tortura si estende, la pena assume connotati autoritari e deterrenti che alla spettacolarità abbinano durezza e disumanità. Tattiche repressive (come le deroghe all'*ordo iudiciarius* dovute all'*atrocitas*, l'ammissione di testimoni *inhabiles* o il divieto d'appello⁽³⁶⁾) e limiti all'abuso della discrezionalità del giudice (sistema di prove legali, funzione dell'*inquisitio generalis*, requisiti del *libellus* d'accusa⁽³⁷⁾) provocano, dipendono o comunque riguardano questioni legate in prima battuta al processo.

Il modello accusatorio finalizzato ad ottenere il risarcimento del danno subito (quello materiale o il disonore) da parte dell'offeso o del suo gruppo di appartenenza, considerato dal querelante come un'opportunità da spendere all'interno di un disegno difensivo più ampio destinato spesso ad esiti extraprocessuali⁽³⁸⁾, si scolora confondendo le sue regole e i suoi tratti tipici in una forma processuale ibrida, una « mixtura » che allenta garanzie e tutele fino a

⁽³⁶⁾ Sugli *specialia* che permettono deroghe procedurali in senso repressivo cfr. L. LACCHÉ, « *Ordo non servatus* ». *Anomalie processuali, giustizia militare e « specialia » in antico regime*, in « Studi storici », 29, 1988, 2, pp. 361-384.

⁽³⁷⁾ Le prove legali limitano il potere inquirente del giudice e restringono i suoi margini di decisione sul fatto, restituendo poi, in una sorta di bilanciamento delle forze e delle competenze, un'ampia discrezionalità nell'irrogazione della pena. In proposito cfr. I. ROSONI, « *Quae singula non prosunt collecta iuvant* ». *La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Milano, Giuffrè, 1995, in particolare pp. 42-43.

⁽³⁸⁾ Secondo la 'prospettiva del denunciante', ovvero in una dimensione di giustizia fondamentalmente negoziata in cui molti procedimenti vengono solo iniziati ma non portati a sentenza, nella dinamica dei rapporti sociali e della regolamentazione dei conflitti tra privati l'esercizio dell'azione è solo un'opportunità che serve a far valere un diritto o una pretesa nei confronti di una controparte, ma che non intende delegare *in toto* la gestione della lite al giudice, tanto che spesso viene interrotta e sostituita con altri metodi di pacificazione prima che il processo arrivi al termine; in proposito cfr. M. DINGES, *Usi della giustizia come elemento di controllo sociale nella prima età moderna*, in *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia*, cit., pp. 285-324.

sfociare poi in un inquisitorio dove il *iudex* è *dominus* incontrastato del procedimento (così avviene anche nella *Carolina*) ⁽³⁹⁾.

I giuristi ragionano in prima istanza sul penale in atto, recepiscono ed elaborano istituti, *modus procedendi*, categorie che la prassi impone nei tribunali e che loro razionalizzano nelle *practicae*. Scrivono manuali di procedura che fotografano l'andamento dei giudizi: finalizzati alla formazione di avvocati, magistrati e consulenti impegnati nelle *curiae*, insegnano a muoversi nella complessa trama dell'*ordo iudiciarius*. La facile fruibilità spiega la fortuna editoriale delle *Practicae criminales*, diffuse su scala europea nel XVI secolo. Ma proprio nella seconda metà del Cinquecento affiorano i primi segnali di un approccio nuovo alla materia: la scienza penalistica si concentra sul diritto penale sostanziale, quello presupposto dal procedimento, analizzando istituti elementi delitti in modo separato e autonomo dal loro ruolo nell'ingranaggio processuale ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁹⁾ Nel Cinquecento la trasformazione del processo da momento di negoziazione tra le parti in strumento autoritario d'imposizione della giustizia pubblica statale è ormai compiuta e riconosciuta apertamente dai giuristi. Claro vede nella confusione o contaminazione tra tipi processuali (accusatorio e inquisitorio), e in particolare nella possibilità che il giudizio continui anche dopo la rinuncia dell'attore, un segno della svolta repressiva del giudizio penale, cfr. CLARO, *Liber V*, cit., § *Finalis*, quae. 3, v. *Hinc infertur*, n. 7, p. 212: « Adeo, quod modus procedendi, qui hodiernis temporibus observatur, est quidam modus, in quo potest concurrere mixtura, seu cumulatio utriusque remedii, scilicet ex officio, et ad instantiam partis, et unum ab altero non impeditur, quinimo multoties concurrunt denunciatio, inquisitio, et accusatio in eodem processu ». Sull'inquisitorio come soluzione agli *incommoda* processuali e come efficace strumento deterrente, sono esplicitate le parole di B. CARPZOV, *Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium*, Wittebergae, sumptibus Haeredum Zachariae Schureri, 1635, pars III, Quae. CIII *Quotuplex sit processus causarum Criminalium; et an iudex ex officio inquirere possit ac debeat?*, n. 43, p. 27: « Taceo, quod processus ordinarii saepissime multos annos durent, priusquam sententia audiatur definitiva, et poena reo infligatur, plerique etiam processus ordinarii ex negligentia, defectu sumptuum, aliisque de causis et impedimentis plane intermittantur. Cui incommodo per processum inquisitorium facillime subvenire poterit, si nempe iudex absque multis ambagibus per viam inquisitionibus summarie procedat, et absque longo litis sufflamine, habita sufficienti causae cognitione et delicti certitudine, poenam delinquenti irroget, et in terrorem aliorum exemplum statuatur ».

⁽⁴⁰⁾ Anche G. ALESSI, *Processo penale (dir. interm.)*, in « Enciclopedia del diritto », XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, p. 382, afferma che la divisione tra parte sostanziale e processuale, sia nella dottrina che negli interventi normativi, appare solo « alla fine del sistema di diritto comune, suggellandone per molti versi il tramonto ».

II.3. *La 'scoperta' del penale sostanziale*

Le ragioni di questo cambiamento sono diverse: all'esigenza politica di superare lo stile casistico che è quello proprio delle pratiche, si aggiungono le influenze metodologiche dei 'neoterici' umanisti, i nuovi stili della didattica e la conseguente comparsa di una letteratura criminalistica che, commentando passi del *Corpus giustiniano*, focalizza l'attenzione su temi sostanziali. Opzioni giuridiche legate alla centralizzazione del potere, criteri d'insegnamento e stili espositivi creano presupposti e condizioni per una separazione del diritto penale materiale da quello processuale, prospettando una strumentalità del secondo rispetto al primo. L'autorità pubblica si consolida; dopo aver occupato spazi di potere attraverso i meccanismi processuali, fortificando il ruolo dei giudici superiori e delle corti centrali con l'estensione dell'*inquisitio* e con l'appello, interviene in modo più deciso sul penale sostanziale.

La *potestas* di creare fattispecie penali, di rendere punibile un comportamento a garanzia della pace pubblica e del mantenimento dell'ordine, disegna un nuovo scenario nel quale il protagonista del sistema punitivo diventa la legge. Interventi numerosi e capillari, affermazione della *potentia legis circa delicta* e della funzione costitutiva della norma positiva rispetto al delitto, riduzione del giudice a rappresentante della legge e relativo controllo del suo potere arbitrario. Legislatore e scienza giuridica scoprono l'efficacia generalpreventiva del penale sostanziale, ne sfruttano le potenzialità d'ordine e di indirizzo dei comportamenti sociali ⁽⁴¹⁾: il legislatore

⁽⁴¹⁾ Per una lettura in chiave di avanzata del penale pubblico e autoritario attraverso lo sviluppo di un corpo normativo generale, la generalizzazione della procedura scritta e il predominio della dottrina colta romano-canonica, con particolare riferimento alla *Carolina* in area tedesca, cfr. X. ROUSSEAUX, *Constructions et stratégies: le crime et la justice entre production politique et ressources communautaires. Quelques réflexions sur l'histoire du crime et de la justice en Europe médiévale et moderne*, in *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia*, cit., pp. 327-343; per la Toscana cfr. E. FASANO GUARINI, *Gli "ordini di polizia"*, cit., pp. 79-86, che fa riferimento, ad esempio, ad una legge sulla lesa maestà del 1549, e alle leggi emanate in materia penale da Cosimo I, la *Legge sopra il modo di punire i malefici gravi* del 1543, la legge del 1548 sugli omicidi, quella del 1556 sui sicari, il bando sopra la bestemmia e la sodomia del 1542 e la legge sulla violenza carnale del 1558.

interviene con norme di dettaglio cercando di includere sempre più fattispecie nell'area del penalmente rilevante; la scienza giuridica elabora il concetto di reato affermandone la dipendenza dalla *lex*, definisce e crea fattispecie, usa i concetti di tentativo, concorso, mandato per disegnare una precisa mappa del crimine che prevede e punisce tutti i comportamenti ritenuti illeciti, dalle bande armate, ai gruppi sediziosi, dall'eresia ai crimini sessuali, dai duelli nobiliari agli atti prossimi al delitto ma comunque pericolosi.

Un primo passo si ha con le stampe delle *lecturae* di Marsili (sulle leggi *Cornelia de sicariis*, *Pompeia de parricidis*, *Cornelia de falsis* e sulla *lex de raptu virginum*) dove il metodo del commento alle fonti romane non permette né esposizioni sistematiche né specifiche riflessioni su concetti e istituti generali, ma è evidente rispetto alle *practicae* lo spostamento di attenzione da temi processuali a questioni sostanziali su singoli delitti. Anche Covarruvias, che pure segue il medesimo stile nella *Relectio* alla costituzione *Si furiosus* di Clemente V, si occupa di argomenti non processuali, riuscendo anzi a ritagliare nell'esposizione dell'omicidio una parte dedicata a temi e principi generali. Esigenze di razionalizzazione e semplificazione dell'ordine espositivo si incontrano con l'interesse preferenziale del *Princeps* per il diritto penale materiale, capace di tradurre direttamente in precetti coercitivi le sue volontà imperative e velleità dominative. L'omicidio diviene nella criminalistica l'ideotipo, il paradigma del *delictum*, per l'immediata percezione della sua antiggiuridicità, del disvalore del fatto e del bene leso. Molte delle elaborazioni dottrinali su elementi sostanziali o caratteri generali del reato sono inserite nella trattazione di questa fattispecie, capace di contenere nella sua area di riferimento il veneficio, il suicidio, il procurato aborto, a volte il parricidio o il latrocinio, l'assassinio e il problema del mandato a delinquere; quasi sempre, poi, con riferimento all'omicidio i giuristi discutono di tentativo, di concorso, di responsabilità, di *corpus delicti* e presupposti processuali. È normale, dunque, che la ricerca di molti degli argomenti che saranno poi oggetto delle 'parti generali' in senso moderno siano trattati dalla penalistica di diritto comune nell'area semantico-terminologica dell'*homicidium* e che in essa affiorino i primi chiari

segnì di una matura dottrina di diritto sostanziale separata dal processo ⁽⁴²⁾.

L'aumento esponenziale di norme penali promulgate, con conseguente proliferazione delle fattispecie, induce i giuristi a cercare distinzioni e classificazioni capaci di ordinare in categorie generali le diverse *species delicti*. Nei trattati del Cinquecento la scienza giuridica sposta gradualmente l'attenzione sui reati; timidi segnali dell'inversione di tendenza sono le parti introduttive dedicate alla spiegazione dei diversi possibili nomi del delitto e alla *divisio criminum*. Definizioni e distinzioni sono gli strumenti logici per creare *genera* astratti, per classificarli, anche se le specie dei reati ancora dipendono o sono funzionali a differenti trattamenti in giudizio ⁽⁴³⁾.

⁽⁴²⁾ Qualche esempio oltre a Covarruvias: uno dei quattro trattati raccolti nella *Practica causarum criminalium* di Carerio è il *Tractatus de Homicidio et Assassinio*; Gomez affronta nel capitolo sull'*homicidium* (t. III, c. III) i temi del reato plurisoggettivo, del concorso, della preterintenzione, della legittima difesa, del mandato; Marsili dedica la prima parte della *lectura* bolognese del 1509 alla *lex Cornelia de sicariis* poiché « *titulus inter alios materiam criminalem continentes utilior ceteris: in quo deo duce videbimus quamplura notabilia quotidiana et utilia* » (MARSILI, *Commentaria super titulis ff. ad l. Cornelia de sicariis...*, cit., *Proemium*, f. 78ra) e lo stesso Deciani affronta nei capitoli sull'omicidio e il veneficio (dal XVII al XXVIII del libro IX) temi di carattere generale riferibili a tutti i delitti come la punibilità della *sola cogitatio* e l'*animus*, poiché « *in omnibus delictis et praesertim in homicidio et vulneribus animus et propositum distinguunt maleficia, et precipue animus spectatur, ideo volui hic perfecte tractare de effectibus animi, qui locus serviet etiam aliis omnibus delictis quoad qualitates animi considerandas et perpendendas* » (DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXVII *Animus distinguit*, n. 1, corsivi nostri), pagando anch'egli il tributo all' 'esemplarità' dell'omicidio e a scapito della coerenza e completezza dei *generalia* del libro II.

⁽⁴³⁾ PLACENTINUS, *Tractatus de accusationibus publicorum iudiciorum*, in *Volumen plaeclearissimum. Omnium tractatum criminalium*, Venetiis, 1556, Tit. III, *De divisione criminum*, n. 1, (f. 2r), divide i *crimina* in *publica* e *privata*, *ordinaria* e *extraordinaria*, e in quelli che generano infamia *ex genere delicti*, *ex sententia* o *ex genere poenae*; DAMHOUDER, *Practica rerum criminalium*, cit., distingue nel capitolo primo (*De Criminibus et Maleficiis*) i *delicta publica* (*ordinaria* o *extraordinaria*) e i *privata*, i *capitalia* e i *non capitalia*; CLARO, *Liber V*, cit., § *Primus*, divide i *delicta in publica — privata, mere ecclesiastica — mere secularia — communia, nominata — innominata; levia — gravia seu atrocita — atrocissima*; FARINACCIO, *Praxis et theoricæ criminalis Libri Duo*, cit., tit. III *de delictis et poenis*, q. 18, pp. 250-264, ricorre a otto *distinctiones* (pubblici e privati, ecclesiastici secolari e misti, nominati e innominati, ordinari e *extraordinaria delicta*, commissivi e omissivi, *excepta* e non, lievi gravi e atroci con diverse gradazioni, *notoria*

La difficoltà di emanciparsi dal modello dell'*ordo iudiciarius*, con le partizioni e gli istituti che lo governano, è testimoniata dal trasferimento sul delitto di caratteri, funzioni e linguaggi propri del *processus*. La distinzione più comune, ripresa dal diritto romano, è, infatti, quella tra *delicta publica* e *privata*, ovvero tra quelli per i quali l'*accusatio* o la *persecutio* è concessa *cuilibet de populo* e quelli nei quali l'accusa spetta solo alla parte lesa; la categorizzazione non dipende da elementi o qualità sostanziali del reato ma dalla diversa procedibilità (44). Il delitto è pubblico o privato a seconda della sua 'vita processuale', tanto che Deciani preferisce più correttamente parlare non di *delictum*, ma di *iudicium* pubblico e privato:

« Quare ego puto huius appellationis eam fuisse rationem, quod scilicet iudicia ista publice, et coram populo exercebantur, et ideo leges publicorum iudiciorum nuncupabantur. (...) Vel verius dico, hac de causa dicta publica iudicia, non publica crimina aut delicta, quia publica erat accusatio, idest omnibus patens, quae accusatio pars est iudicii, non delicti l. libellorum, de accusa. nam si dictum fuisset de publicis criminibus, intellectum fuisset non de iis, in quibus publica est accusatio, sed de iis, quae publice committerentur » (45).

La questione è molto dibattuta in dottrina. Gli sforzi dei giuristi confermano l'impegno per individuare ragioni sostanziali alla distinzione, giustificate da differenti riletture e interpretazioni delle fonti

e *occulta et difficilis probationis*). Oltre alla distinzione tra delitti pubblici e privati, anche quelle basate sul giudice competente o sulle modalità probatorie mostrano evidenti dipendenze processuali.

(44) Il « criterio discretivo di ordine meramente processuale » proposto da Claro per distinguere i *delicta publica* dai *privata*, è sottolineato in G. P. MASSETTO, *I reati nell'opera di Giulio Claro* (1979), ora in *Id.*, *Saggi di storia del diritto penale lombardo* (Secc. XVI-XVIII), Milano, Led, 1994, p. 68; sul fatto che i criminalisti del Cinquecento elaborino queste distinzioni « dans des termes de modèles de procès plutôt que par genres de délits » cfr. anche M. BELLABARBA, *La représentation des délits entre droit public et droit prive. L'infrajustice dans les criminalistes italiens de l'époque moderne (XVe-XVIIe siècle)*, in *L'infrajudiciaire*, cit., p. 62.

(45) DECIANI, *Tractatus criminalis*, V, III *De publicis iudiciis in genere*, n. 2. Il giurista udinese, come sempre attentissimo nell'indagine filologica e storica, attribuisce a Giustiniano l'origine della confusione semantica tra *iudicium* e *delictum*, prima ben distinti nelle fonti romane antiche, e poi dopo l'imperatore usati *indifferenter*.

romane ⁽⁴⁶⁾. Hotman e Sigonio pongono l'accento sul criterio dell'interesse lesivo, del quale la diversa procedibilità sarebbe solo una conseguenza ⁽⁴⁷⁾. Dietrich (Theodoricus) parte dallo stesso ragionamento di Deciani e giunge a conclusioni che attenuano ulteriormente l'importanza delle forme d'esercizio dell'azione penale:

« Ex qua determinatione apparet, in iudicandis delictis publicis a privatis non simpliciter recurrendum esse ad appellationem vocabuli, nec ad inscriptionem titulorum, nec ad publicam accusationem, nec ad poenam, nec denique obiecta et personas, in quas delinquimus, respiciendas; sed videndum esse, an etiam aliqua lege speciali delictum illud in numero publicorum iudiciorum sit coniectum » ⁽⁴⁸⁾.

Il delitto pubblico non deve essere confuso con il *delictum publici iudicii*, espressione che si riferisce o alla pubblica pena o all'accusa popolare, né sono rilevanti la possibilità di esercitare l'azione penale per *quivis de populo*, la qualità della persona e del

⁽⁴⁶⁾ Su queste distinzioni elaborate dei giuristi, cfr. A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, 2 ed., vol. V, *Storia del diritto penale*, Torino, Utet, 1892, pp. 428-429 e il quadro tracciato da MASSETTO, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, cit., pp. 63-84.

⁽⁴⁷⁾ L'umanista francese François Hotman e il letterato erudito Carlo Sigonio — *amicissimus* di Deciani — (cfr. DECIANI, *Tractatus criminalis*, V, III *De publicis iudiciis in genere*, n. 6) criticano come *falsam* l'accezione processualistica giustiniana e attribuiscono un altro significato alle fonti romane, ritenendo irrilevante ai fini della distinzione tra giudizio pubblico o privato il soggetto legittimato ad accusare (parte offesa o *cuius de populo*), poiché la diversità risiede nel profilo sostanziale del tipo di *iniuria*, rivolta solo ad un soggetto privato nei delitti privati e alla *respublica* nei pubblici e « quia causae publicae sunt, idest quia quilibet de populo laesus est, ac unicuique facta iniuria, ideo unusquisque potest hanc uti propriam iniuriam, pro virili sua prosecui ». È lo stesso *populus universus* a decidere in modo arbitrario, attraverso la legge che può rendere *publicum* un *delictum privatum*, quali *iniuriae* lo ledano. Deciani invece, pur ammettendo che « lex potest facere iudicia publica, quae prius non erant », rifiuta la tesi di Hotman e Sigonio, ritenendo veritiera e conforme all'opinione degli antichi la *derivationem* di Giustiniano « quod ideo dicta publica iudicia, quod eorum accusatio omnibus pateat ». La fedeltà di Deciani alla nozione processuale di delitto pubblico ci pare dettata, oltre che da ragioni di lealtà filologica, anche dalla scelta di fondo a favore del modello accusatorio.

⁽⁴⁸⁾ P. THEODORICUS (DIETRICH), *Judicium Criminale Practicum*, Jenae, impensis Christiani Kirchneri, 1671, (rist. an. Goldbach, Keip Verlag, 1996) c. I. *Delictorum generalia continens, Aphorismus X*, p. 30.

bene offeso o la durezza della sanzione, ma è unicamente ed esclusivamente la legge che stabilisce se un determinato *delictum* è *publicum*. *Lex* e sostanza del reato sembrano in Dietrich strettamente legati, solo la prima può incidere sulla seconda per modificarla. Una *consuetudo loci* che estenda a chiunque la possibilità di accusare nei delitti sia pubblici che privati non ha la forza di condizionare la distinzione in esame, poiché la *qualitas accusationis* non è determinante e « *consuetudo hoc in casu non quidem substantiam criminum immutat* »⁽⁴⁹⁾.

Matthes segue, invece, un'altra strada: alla contrapposizione tra pubblico e privato, che pure richiama ma alla quale riconosce ormai scarsa rilevanza⁽⁵⁰⁾, preferisce quella tra *crimen extraordinarium*, detto anche « *non legitimum quia nec legem, nec formulam nec poenam certam habet* »⁽⁵¹⁾, la cui pena è rimessa all'arbitrio del giudice, e *crimen publicum* che è regolarmente disciplinato dalla legge. Il criterio discriminante, dunque, non dipende più strettamente dal modello processuale, quanto piuttosto dai margini di libertà più o meno ampi che la legge lascia alla valutazione del

(49) THEODORICUS, *Judicium Criminale Practicum*, cit., c. I. *Delictorum generalia continens, Aphorismus XI*, n. 3, p. 33. Già Deciani era stato chiaro nel distinguere sostanza e qualità del delitto, e su questo torneremo tra breve. Ci preme qui sottolineare come Dietrich utilizzi tale strumento speculativo proprio per accentuare il solco che separa il diritto sostantivo dal processo e per esaltare la centralità dell'uno e la complementarietà dell'altro: la *substantia criminum* è impermeabile al *modus procedendi*, che rappresenta semplicemente una *qualitas*, variabile e accidentale, un corollario, modificabile perfino da una fonte secondaria come la consuetudine (il contesto, è bene ricordarlo, è quello della Germania in cui vige la *Carolina*).

(50) Il giurista olandese critica l'opinione di Gomez, secondo il quale la *ratio* della distinzione tra delitti pubblici e privati era di non pregiudicare la posizione della parte lesa nelle ipotesi di crimini privati come il furto e l'*iniuria*; l'esercizio dell'accusa da parte di un estraneo avrebbe potuto impedire all'offeso di promuovere l'azione civile, poiché « *una preiudicat alteri, et per consequens sunt incompatibiles (...) et per accusationem criminalem fieret praeiudicium civili* » (GOMEZ, *Variarum Resolutionum*, cit., c. I, *de Delictorum variis generibus ac speciebus, vers. Advertendum tamen*, n. 11). Secondo Anton Matthes (*De Criminibus ad Libros XLVII et XLVIII Digestorum Commentarius*, I, Neapoli, sumtibus Dominici Terres, 1772, *Prolegomena*, cap. IV. *De Divisionibus criminum*, n. 8, p. 38) tale giustificazione è *falsam* e l'unico criterio per sapere se un crimine è pubblico risiede nella legge, « *ad id enim speciali lege opus est* ».

(51) MATTHES, *De Criminibus*, cit., *Prolegomena*, cap. IV. *De Divisionibus criminum*, n. 7, p. 37.

giudice. Alla lettura tradizionale, che pure permane a lungo ⁽⁵²⁾, si affiancano, dunque, interpretazioni nuove capaci di valorizzare maggiormente il profilo sostanziale e gli elementi costitutivi del *delictum*.

Alcuni giuristi maneggiano con competenza e tecnica la parte sostanziale, liberando dal groviglio processuale reati, concetti e istituti: non c'è, tuttavia, un progetto chiaro per ordinare questo materiale che si scopre sempre più ricco ma anche carente di sistemazione dogmatica. Sembra mancare ancora la consapevolezza delle opportunità speculative e della strumentalizzabilità in chiave politica del diritto penale. Giulio Claro recepisce solo in parte le prospettive di sviluppo dogmatico legate alla separazione tra sostanziale e processuale. Nel *Liber V*, se si esclude il primo breve paragrafo descrittivo, la divisione si esaurisce nelle sintetiche trattazioni delle singole fattispecie, mentre tutte le questioni più rilevanti, anche dal punto di vista sostanziale (responsabilità, tentativo, concorso, distinzione tra *delicta factis transeuntis* e *facti permanentis*), sono esposte nell'ampio § *Finalis*, non a caso intitolato *Practica criminalis*, organizzato in *quaestiones* e nuovamente costruito unendo profili di diritto materiale a quelli di procedura. « Post cognitias delictorum species ac qualitates », il giurista alessandrino si occupa « de toto iudiciorum ordine », ovvero « de ipsa criminum cognitione » ⁽⁵³⁾: la separazione è limitata ad alcune singole ipotesi delittuose ovvero alla parte speciale — per usare un linguaggio improprio in Claro —, ma manca del tutto l'idea di una riflessione su principi e concetti astratti validi per tutti i delitti *in genere*.

II.4. *L'inversione di Deciani: categorie e nozioni che limitano il giudice*

In Deciani il percorso di separazione tra penale sostanziale e processuale si completa, ed è anzi uno dei pilastri portanti su cui

⁽⁵²⁾ La distinzione di tipo processuale *ex agendi modo* e non *ex obiecto sive effectum laesionis* tra *delicta publica* e *privata* è riproposta nel *Lexicon iuridicum iuris caesarei simul, et canonici, feudalis item, civilis, criminalis, theoretici, ac practici*, curato da vari umanisti tra cui Cuiacio, Wesenbeke, Brisson, Donello, Duareno, Pace, qui consultato nell'edizione di Colonia del 1622, apud Franciscum Helvidium, p. 271.

⁽⁵³⁾ CLARO, *Liber V*, cit., § *Finalis, Practica criminalis*, incipit, p. 207.

poggia tutto l'impianto sistematico. La distinzione tra momento del *iudicium* e trattazione del diritto penale serve, infatti, al giurista udinese sia per costruire una teoria generale del *delictum* distinta da una sezione sui soggetti del processo, sia per elaborare un modello espositivo delle singole fattispecie in cui la descrizione dei caratteri del reato, degli elementi tipici e dei suoi aspetti processuali siano ben differenziati⁽⁵⁴⁾. L'andamento espositivo riflette la centralità assunta dal diritto penale materiale poiché esalta il diritto di punire concretizzato nelle fattispecie, indica gli interessi da tutelare, i comportamenti da sanzionare, stabilisce le pene. I libri III e IV servono per conoscere le facoltà e le competenze di accusatore, reo e giudice: sono questioni preparatorie, presupposti necessari concernenti il modo di svolgimento del giudizio ma funzionali alla trattazione del diritto sostanziale. Come il medico deve conoscere la malattia che intende curare prima di scegliere il farmaco adatto per non medicare un occhio al posto di un orecchio o un piede al posto di una mano,

« ita omnes qui iudicia criminalia sunt exequuturi post personarum cognitionem, quae in eo iudicio sunt versaturae, de quibus prioribus libris dictum est, sequitur ut cognoscant materiam, et rem, nempe delicti speciem, de qua praecipue in eo iudicio tractandum est, tum ut sciant et iudex, et accusator, et reus, an accusationi propositae respondeat delictum, de quo arguitur reus, tum ut reus sciat arma parare, quae speciem illam delicti sibi obiectam oppugnent; tum postremo ut iudex noscat, quibus poenis sit reus convictus vel confessus plectendus, vel calumniator puniendus, cum variae sunt secundum delictorum varias species propositae poenae »⁽⁵⁵⁾.

Il giudizio, nella prospettiva deciana, è strumentale al diritto sostanziale. I reati sono *materiam et rem* oggetto del giudizio, in altre parole la ragione di tutto l'ingranaggio processuale, la sostanza che deve muovere e guidare i comportamenti delle parti, indicare all'attore i contenuti dell'accusa, consigliare all'imputato le armi adatte alla difesa e indirizzare il giudice nell'irrogazione della pena. Affiora una critica al sistema delle *practicae*: ragionare giuridicamente dando priorità alla prassi curiale, considerando il penale materiale un

⁽⁵⁴⁾ Lo schema espositivo di ogni reato prevede sempre un capitolo sul tipo di processo e di prove proprie di quella fattispecie.

⁽⁵⁵⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, V, I *De generibus delictorum*, incipit.

derivato dell'azione esercitata, è una logica invertita, significa agire come il medico che deduce la malattia dalla terapia, che usa un farmaco senza conoscere il morbo da curare. Un metodo razionale e deduttivo, realmente scientifico, impone un approccio diverso, una catena di ragionamenti e di considerazioni che restituiscano al diritto sostanziale il ruolo di bussola nell'orientare i comportamenti delle parti in causa, la centralità nel definire i termini effettuali della rilevanza penale, la misura per calibrare la responsabilità ⁽⁵⁶⁾.

Il disegno deciano è complesso e organico: la separazione tra momento processuale e sostanziale è un punto cardine di un programma più ampio, che comprende la trattazione dei *principia* del diritto penale, un'attenta ricostruzione degli elementi sia normativi che dottrinali delle fattispecie, una chiara opzione a favore del modello accusatorio ⁽⁵⁷⁾. La struttura ha, almeno nelle linee portanti, una coerenza interna. Da un lato, l'impianto dottrinale presenta un sistema penale che, valorizzando la funzione d'indirizzo del diritto penale materiale, esalta il ruolo della legge che crea i precetti, pur conservando alla dottrina il compito esclusivo di elaborare i principi generali che devono guidare il legislatore. Dall'altro il *Tractatus*, nel presentare il diritto sostantivo dogmaticamente affinato, finalmente libero da intrecci procedurali, lo pone al servizio del rito accusatorio in evidente critica alla signoria dell'inquisitorio.

L'attenzione che l'udinese riserva, sia nei *generalia* che nelle singole fattispecie, agli elementi essenziali, alle fonti normative e alle

⁽⁵⁶⁾ L'olandese Anton Matthes lavora sul corpo giustiniano e commenta i libri XLVII-XLVIII del Digesto, ma con lenti 'nuove' da umanista razionalizza le fonti, ne modifica l'ordine interno e le organizza in sistema. Il risultato è simile a quello di Deciani e nel suo *De criminibus* la separazione tra diritto penale materiale e processuale è chiara: anche qui centralità politica e priorità logica del momento sostanziale sono espresse dai *Prolegomena* introduttivi, che hanno la funzione di una parte generale.

⁽⁵⁷⁾ Il favore 'umanistico' di Deciani per la dimensione accusatoria, sostenuto da un recupero filologico degli istituti dell'*accusatio* romana e visibile proprio a partire dalla programmazione « di un preciso itinerario di ricerca inteso a riformulare la sintassi della materia (...) incentrata su tre poli di riferimento, che sono appunto i tre vertici, se ci è concessa la metafora, del triangolo accusatorio », è sostenuto e argomentato da E. DEZZA, *Sistemata processuale e recupero del principio accusatorio nel Tractatus criminalis di Tiberio Deciani*, in *Tiberio Deciani*, a cura di M. Cavina, cit., pp. 157-175 (citaz. p. 167) dove sviluppa idee già espresse in E. DEZZA, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, I, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 103-106.

qualità dei delitti, dimostrano uno spostamento del baricentro a favore del profilo sostanziale e dei requisiti costitutivi dell'illecito. Un diritto penale più definito è percepito da Deciani anche come un freno all'arbitrio del giudice, come uno strumento tecnico capace di indirizzare il giudizio entro binari più rigidi, di valorizzare requisiti formali che restituiscano il processo alle attività, agli oneri e alla diligenza delle parti. L'*incipit* del libro IV ripropone come modello ideale quello teatrale e 'agonistico' dell'accusatorio, ma esprime anche la necessità della conoscenza rigorosa delle *qualitates delicti*, delle leggi incriminatrici e delle pene previste:

« Cum quodlibet iudicium consistat ex personis tribus, Actore scilicet, reo et Iudice (...) tertio loco necessario investigare debet, coram quo iudice proponere debeat accusationem suam, quamquam enim et qualitas delicti, de quo accusare intendit, maximum habeat momenti in praeparatione accusationis, adeo ut satis inepte, et inconsulte prosiliret ad accusandum quis, si prius non nosset qualitatem delicti, et qua lege, qua etiam poena puniatur, quasve excusationes, incrementa, vel diminutiones recipiat »⁽⁵⁸⁾.

La preparazione dell'atto d'accusa è un momento importantissimo, ed è proprio quello in cui entrano in gioco gli aspetti di diritto sostanziale, l'individuazione dei requisiti tipici di un crimine, la distinzione tra *essentialia* ed *accidentalialia delicti*, le cause di esclusione della punibilità, di aumento o diminuzione della pena. In Deciani la ricerca di descrivere il 'fatto penale' nel modo più preciso possibile, visibile tanto nella parte generale quanto nella speciale, o attraverso le definizioni o con l'analisi dei caratteri costitutivi delle fattispecie, sembra dunque essere funzionale anche all'assunzione del modello procedurale e probatorio dell'*accusatio*. Non a caso l'esame degli elementi che nelle *practicae* erano, in modo arbitrario, variamente condensati nella verifica del *corpus delicti*, sono sintetizzati e fissati con chiarezza dal giurista friulano nella definizione o descrizione del *factum* soggetto a sanzione. La sintesi dottrinale degli *elementa*, la portata conoscitiva e chiarificatrice della *definitio*, il rinvio preciso alle leggi romane o ad altre fonti normative che delimitano e specificano i caratteri di un tipo di illecito, offrono un

(58) DECIANI, *Tractatus criminalis*, IV, I *Connexio cum praecedentibus*, n. 1.

modello di reato capace di garantire quella parziale uniformità applicativa che prima era ottenuta solo attraverso le regole del giudizio. Nello sforzo di configurazione sostanziale dei crimini, Deciani non dimentica le necessarie ricadute sulla macchina processuale.

II.5. *Profili processuali delle qualitates delicti*

La penalistica processuale di diritto comune sembra contenere già, in alcune questioni ricorrenti, profili d'indagine e interrogativi che offriranno poi lo spunto, dal Cinquecento in avanti, per una riflessione orientata invece sul versante più marcatamente sostanziale. Uno di questi *loci* significativi è rappresentato proprio dalla *probatio* delle *qualitates delicti* indicate all'inizio del procedimento, sia nell'*accusatio* che nell'*inquisitio*. Se all'atto di formulazione del capo d'imputazione si ipotizza la commissione di un reato qualificato (*cum armis, cum sanguinis effusione, de nocte*), mentre invece l'attività probatoria dimostra solo la realizzazione della fattispecie semplice, *videtur quod debet sequi absolutio*: questa è la regola ordinaria, sostenuta per primo da Cino, poi ampiamente condivisa ⁽⁵⁹⁾.

La molteplicità dei casi e l'accumularsi di un ricco apparato

⁽⁵⁹⁾ Così CINO DA PISTOIA, *Lectura super Codice*, Francoforti ad Moenum, impensis Sigismundi Feyerabendt, 1578 (rist. an. Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1998), in C. 4.19.2, *l. possessiones, de probationibus*, n. 3, f. 211vb. L'opinione del pistoiese è ripresa da Niccolò Tedeschi, il quale sostiene che se nel libello si deduce un fatto qualificato « non sufficit probare factum sine qualitate, vel ipsam qualitatem sine facto » (PANORMITANO, *Commentaria in Secundam Secundum Decretalium Libri Partem*, Venetiis, al segno della Fontana, 1571, in X. 2.9.9, *c. licet, de probationibus*, n. 33, f. 30rb; cfr. pure Id., *Commentaria Primae Partis in Secundum Decretalium Librum*, Venetiis, al segno della Fontana, 1571, in X. 2.1.15, *c. examinata, de iudiciis*, n. 6, f. 47va). Giovanni d'Adrea (*In Sextum Decretalium librum Novella Commentaria*, Venetiis, apud Franciscum Franciscum Senensem, 1581, rist. an. Torino, Bottega d'Erasmus, 1963, in X. 5.4.1, *pro humani, de homicidio*, n. 4, f. 143ra, *in verbo Christianorum*), invita gli *advocates* ed essere *cauti*, e riferisce di aver fatto assolvere un prelado dalla pena prevista nella decretale per l'assassinio di un cristiano, proprio perché era stato provato il delitto ma non era stata allegata la *qualitas di christianus*; l'episodio e l'invito affinché gli avvocati siano attenti nello *formare articulum*, sono poi ripresi in BALDO DEGLI UBALDI, *In Primum, Secundum et Tertium Codicis libros Commentaria*, Venetiis, apud Lucam Antonium Iuntam, 1577, in C. 1.6.5, *l. si quis non dicam, de episcopi set clericis*, nn. 7-8, f. 37ra.

d'orientamenti dottrinali complicano, tuttavia, la linearità della soluzione avanzata dal giurista pistoiese, aprendo la via a distinzioni sulla tipologia e gli effetti delle qualità. Bartolo riconosce che all'opinione del maestro si contrappone quella di Guillaume de Cunh⁽⁶⁰⁾, mentre altri sostengono che per potersi avere la condanna per l'ipotesi semplice, occorre che la *qualitas* sia scorporata *pendente iudicio*. Ma l'imprevedibile configurazione dei crimini in concreto, la variabilità delle circostanze previste per legge o tipizzate dalla dottrina, il loro diverso grado d'incidenza sulla fattispecie base, non possono essere ridotte ad un'unica semplice soluzione. Occorre distinguere — dice Bartolo — tre casi: quelli in cui la *qualitas* non provata « facit cessare propositam actionem seu accusationem, et tunc sequi absolutio », quelli in cui essa « alterat factum seu crimen quia facit illud esse aliud factum » e se non è provata non si può avere la condanna, quelli, infine, in cui la *qualitas* non altera il *factum* così che « ex eodem processu potest sequi condemnatio », purché sia *detracta* dall'accusa *pendente iudicio*⁽⁶¹⁾.

Il maestro marchigiano coglie nella sua analisi il fulcro del problema: le specifiche qualità possono *alterare actionem* nella misura in cui, incidendo sul versante sostanziale, *mutant delictum* perché non modificano profili accidentali e secondari del crimine, ma intervengono sulla configurazione materiale del tipo. La *variatio* di tempo, di luogo o di altro carattere risulta irrilevante per la prosecuzione del processo se non converte il nucleo essenziale costitutivo del *factum*, se non intacca la struttura ontica che rende

⁽⁶⁰⁾ GUILLAUME DE CUNH, *Lectura super Digesto Veteri*, Ms. Wien ÖNB 2257, in D. 3.2.13.7, *l. quid ergo, de iis qui notantur infamia, § poena*, fol. 32 vb — 33 ra: « Sed (...) dico contra quod iudex optime possit super duplo condemnare, licet sit petitum furtum manifestum, licet ergo non probetur manifestum et probatum furtum iudex potest ferri sententiam, quia est res pluralis est uti quia tanti est, argumenta infra de Institutione uti est furti infra de vv. Oo. L. i. § si stipulatus probatur quod (...) actio non proposita (...) sub proposita quod iudex optime potest in non proposita condemnare dicitur hic expresse textus qui imo est actum fuit quanto minoris quia iudex potest condemnare super redibitoria, de edilicio edicto (l.) bovem... ».

⁽⁶¹⁾ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In secundam Digesti Novi partem Commentaria*, Venetiis, apud Lucam Antonium Iuntam, 1590, in D. 48.5.18.3, *l. denunciaste, de adulteriis et stupro, § quid tamen*, n. 2 f. 159ra.

tale quel determinato *delictum* ⁽⁶²⁾. L'*adiectio vel detractio qualitatis* è possibile in giudizio senza *mutare actionem* e dover ricominciare con una *nova accusatio*, solo se riguarda gli *accidentalialia delicti*, anche se in Bartolo mancano i riferimenti certi per distinguere i caratteri costanti e immutabili di un reato da quelli variabili e secondari ⁽⁶³⁾. Il giurista ricorre alla casistica e utilizza come criterio dirimente la pena prevista dalla legge: quando la *qualitas* comporta la comminazione di una *poena per se*, dall'autonomia dell'azione si deduce la modifica del *nomen delicti* perseguito, quando, invece, essa si limita ad aumentare o diminuire la pena base prevista per la fattispecie semplice, opera come una circostanza che non intacca la *quidditas* del reato ⁽⁶⁴⁾.

Bartolo intuisce l'importanza del diritto penale materiale, riconosce le ricadute processuali della dogmatica del reato, ma ancora non riesce a liberare dagli intrecci con l'*actio* un'autonoma nozione di

⁽⁶²⁾ Ivi, n. 3. Bartolomeo Taegio quando nella sua opera affronta il tema della *qualitas* (*Tractatus varii*, cit., pars XVII, *De qualitate*, nn. 1-2, f. 21vb), intesa ancora come uno dei *modus* di manifestazione del delitto, assegna un'importanza centrale nel riconoscimento e nella caratterizzazione della fattispecie alla *qualitas facti*: « animi enim deliberati qualitas non tam colligitur ex praesumptionibus, ex antecedentibus et subsequentibus maleficium... quam ex facti qualitate et modo delinquendi (...) natura enim facti illa est quae delicta distinguit ».

⁽⁶³⁾ La confusione terminologica e soprattutto concettuale tra qualità che intaccano la struttura sostanziale della fattispecie e qualità che sono invece solo eventuali e circostanziali, è evidente nell'utilizzo dell'ossimoro *circumstantiae de substantia* con cui alcuni giuristi cercano di elevare a dimensione ontologica del *factum* una caratteristica normalmente intesa come accidentale, cfr. per es. PIETRO DA ANCARANO, *Consilia sive iuris responsa*, Venetiis, apud Franciscum de Portonariis, 1574, *Cons. CCLIII*, n. 3, f. 134va: « quando igitur circumstantiae et qualitates sunt de substantia non sufficit probare factum simpliciter sine tali qualitate ».

⁽⁶⁴⁾ « Quandoque lex disponens super certa qualitate delicti imponit penam per se et non respective ad penam qua imponitur pro delicto simplici, tunc inducitur nova actio et nova accusatio », come nel caso della *qualitas coadunatis hominibus* che trasforma l'*actio iniuriarum* nell'*actio iuliae de vi* o della parentela che trasforma in parricidio l'omicidio; « sed si pena propter illam qualitatem augetur vel minueretur respective ad penam qua imponitur pro delicto simplici, tunc non esset nova actio vel accusatio, sed esset adiungere qualitatem veteri actioni », come quando una qualche circostanza fa aumentare la pena *ad duplum* o come nel caso della responsabilità del padrone per il delitto o per il contratto del servo (BARTOLO, *In secundam Digesti Novi*, cit., in D. 48.5.18.3, *l. denunciasset, de adulteriis et stupro*, § *quid tamen*, n. 5, f. 159ra).

delictum, destrutturata nelle componenti sostanziali e costitutive, in astratto o nelle singole ipotesi criminose. Le distinzioni adoperano profili del *factum in se*, sfruttano la dicotomia tra *qualitates adiectae* che alterano il delitto o che solo lo aggravano, mal'orizzonte discorsivo permane quello processuale. La riflessione sulla possibile scomposizione strutturale del reato in sostanza e accidenti funziona da passaggio obbligato per arrivare poi alle questioni di rito considerate più delicate; essa vale come presupposto teorico pregiudiziale da spendere nel dibattito relativo alla legittimità di *inchoare novum iudicium* e di riproporre accuse 'ri-qualificate' o 'de-qualificate' su uno stesso accadimento⁽⁶⁵⁾. Il problema del *factum simplex* o *qualificatum* diviene strumento tecnico per aggirare il divieto del *ne bis in idem*: l'imputato ha diritto a non essere giudicato due volte per uno stesso fatto, ma emerge con forza anche il diritto dello Stato a provare e punire la verità materiale. La possibilità, concessa con grande cautela ma anche con consapevole abilità, di aggiungere la qualità aggravante omessa nella prima accusa (o di cancellare dal *libellus* quella non provata) per evitare prevaricazioni e frodi nei confronti del *Fiscus*, scopre le carte e tocca il *punctum pruriens* della questione:

« Crederem quod possit accusare de novo propter illam qualitatem

(65) Le *quaestiones* in proposito presentano diverse sfumature che costringono il giurista a sofisticate ed improbabili distinzioni e limitazioni. Un primo quesito è se *propter qualitatem omissam* si possa avviare un nuovo giudizio, ad esempio per aggiungere al già denunciato *vulnus* la cicatrice che esso ha provocato: « rogo quod advertatis quia iste passus est mihi difficilis » — avverte Bartolo prima di imbastire le sue argomentazioni — poiché la risposta deve frammentarsi in differenti opportunità e poiché le fonti non sono univoche. Occorre valutare la fase del giudizio in cui intentare la seconda *accusatio* (*ante* o *post nomen receptum inter reos*, prima o dopo la sentenza sulla prima accusa), distinguere tra eventuale esito assolutorio o di condanna sulla prima accusa e inoltre verificare le ragioni della sentenza stessa in relazione al *petitum*, per capire se già si pronuncia, direttamente o indirettamente, anche sulla nuova qualità. Una volta ammessa la seconda *accusatio*, occorre definire i doveri e i poteri del giudice nel nuovo giudizio, e bilanciare la pena comminata per il delitto *cum qualitate* con quella già irrogata per la fattispecie semplice. Altro quesito è se un *factum* che in un primo momento è dedotto in giudizio come *qualitas* possa poi essere oggetto di un'autonoma accusa se ci si accorge che perfeziona una *crimen per se*. Le varie opzioni sono esaminate in BARTOLO, *In secundam Digesti Novi*, cit., in D. 48.2.14, *l. Senatus, de accusationibus*, nn. 4-6, f. 149ra-va, oltre che nel già citato commento alla *l. denunciasset, § quid tamen*.

omissam in primo iudicio et accusabitur de toto crimine, cum adiectione illius qualitatis (...) Preterea ego video quod factum procuratoris colludentis non debet nocere domino (...) eadem ratione factum accusatoris omittentis illam qualitatem non debet nocere fisco et Reipublicae, quia prosequuntur suam vindictam. Preterea si de toto crimine esset absolutus et probaretur praevericatio iterum possit accusari sine dubio (...) ergo eadem ratione si est prevaricatum in ista qualitate, pro hoc, quia privilegium fisci est, quando ista talia omittuntur, fraude et dolo praesumuntur omitti » (66).

La posta in gioco è l'immagine della giustizia pubblica implacabile cui nessun illecito deve sfuggire: nel bilanciamento degli interessi Bartolo sembra già anticipare successive tendenze autoritarie, teorizzando regole che limitano i diritti dell'imputato a favore dell'accusa proprio sfruttando la flessibilità delle *qualitates* rispetto al fatto illecito. In base al principio *ne de eodem delicto quis bis puniatur* diventa indispensabile determinare con esattezza il *factum*, o meglio la fattispecie, oggetto del primo giudicato, coperto dal divieto di procedibilità: le possibilità di scomporre il delitto in sostanza e circostanze, di distinguere la *qualitas* che *alterat delictum* da quella che non ne modifica la struttura fondamentale, di differenziare le *qualitates* che *per se* costituiscono un crimine e che compongono dunque la *quidditas* di un diverso *nomen iuris*, da quelle che sono invece semplici accidentalità aggravanti o attenuanti rilevanti ai soli fini sanzionatori, sono elaborazioni concettuali che permettono di destrutturare il reato in modo elastico (67).

Fino a quando la scienza giuridica non definisce con strumenti logici razionali sostanza, natura e circostanze eventuali sia del delitto in astratto sia dei singoli tipi d'illecito, le argomentazioni dei *doctores* oscillano in modo duttile tra l'elusione del divieto di doppio giudicato sul medesimo fatto e il freno garantistico ad accuse imprecise o do-

(66) BARTOLO, *In secundam Digesti Novi*, cit., in D. 48.2.14, *l. Senatus, de accusationibus*, n. 4, ff. 149rb-149va.

(67) Non vi è affatto tra i giuristi chiarezza e uniformità nel valutare la rilevanza delle *qualitates*; spesso alcune di esse che di lì a poco saranno considerate mere circostanze come ad esempio il *de nocte* o *in via*, sono intese come qualità che non solo alterano la pena, ma incidono anche sulla sostanza rendendo *aliud* il delitto; cfr. per es. ANGELO DEGLI UBALDI, *In Codicem Commentaria*, Venetiis, ad signum Aquilae se renovantis, 1579, in C. 9.2.9, *l. qui de crimine, de accusationibus et inscriptionibus*, n. 6, f. 255ra.

losamente intentate. Le interpretazioni del § *si detracta* (D. 9.4.4.3) variano, assumono sfumature diverse, di chiusura o apertura, a seconda degli accenti che i giuristi pongono sulle qualità. Lo legge in senso garantistico Giovanni d'Andrea, affermando che non si può accusare *iterato* un soggetto, già assolto o condannato in un primo giudizio, *ratione additae qualitatis*, poiché troppo forte sarebbe il rischio di fingere delle qualità per coinvolgerlo in un altro processo eludendo l'*exceptio rei iudicatae*; nuove circostanze possono essere aggiunte solo *pendente iudicio*, non quando esso si è concluso, né è possibile giocare sulle *qualitates adiectae* per riaprire a danno di qualcuno un processo per un fatto sul quale *substantialiter et essentialiter* vi è già una sentenza ⁽⁶⁸⁾. Sembra, invece, insistere più sulla libertà di mutare le *qualitates* Alberico da Rosate: divieti e cautele impediscono di intervenire sulla *causa substantialis*, ma tanto le parti quanto il giudice possono sfruttare il margine di 'aggiustamento' del *petitum* dato appunto dalle qualità, poiché « non licet mutare circa substantialia, ut ibi, sed circa qualitates sic, ut hic, unde retenta substantia, licet mutare qualitates, et verba libelli, ut hic patet » ⁽⁶⁹⁾.

Baldo coglie l'urgenza di distinzioni terminologiche e contenutistiche per differenziare concettualmente i due poli del delitto:

« quaero, quid est qualitas in maleficiis? Respondeo, omne quod alterat delictum, unde natura qualitatis est aliquid ponere in esse propter

⁽⁶⁸⁾ GIOVANNI D'ANDREA, *Additiones* in GUGLIELMO DURANTE, *Speculum*, Pars Prima, Venetiis, 1566, in L. I, partic. II, *de accusatore*, p. 299. Bartolo (*In secundam Digesti Novi*, cit., in D. 48.2.15, *l. in eum, de accusationibus*, n. 3, f. 149vb) afferma che se, per esempio, la *coadunatio hominum* è prevista nell'atto d'accusa come *qualitas* aggravante di un delitto di *damnum*, non si può poi accusare lo stesso soggetto anche *de coadunatione* soltanto, crimine punito ai sensi della *lex Iulia de vi publica*, poiché « qui enim egit de toto, scilicet quod fecit damnum hominibus coadunatis, non potest postea agere de parte, scilicet de coadunatione (...) ne de eodem delicto quis bis puniatur ».

⁽⁶⁹⁾ ALBERICO DA ROSATE, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentarii*, Venetiis, 1585 (rist. an. Bologna, Forni, 1974), in D. 9.4.4.3, *l. in delictis servorum, de noxalibus actionibus*, § *si detracta noxae*, n. 4, f. 374va. Fonda sul § *si detracta* la possibilità di « mutare qualitatem usque ad sententiam, vel usque ad conclusionem in causa », poiché la *mutatio qualitatis* lascia comunque ferma la *substantia actus*, anche GIOVANNI D'ANANIA, *Praelectiones in Decretalium librum Quintum*, Lugduni, apud Iacobum ac Ioannem Senetonios fratres, 15(46), in X. 5. 22. 3, *c. audivimus, de collusione detegenda*, n. 4, f. 249ra.

substantiam. Item queritur, quid est substantia in maleficiis? Respondeo, suum esse principalem, propter quod maleficium diffinitur. scias quod qualitas secundum legistas, non invenitur in proprio predicamento, sed in predicamento qualitatis » (70).

Qualitas e *substantia* operano su due piani ontologicamente diversi; il *maleficium* può logicamente essere scomposto in due dimensioni, sostanza e natura, *quidditas* e *qualitas*, secondo lo stesso procedimento descrittivo del *contractus* (71). La sostanza è l'essenza che permette di definire il delitto nella sua struttura costitutiva, mentre le qualità 'alterano' la fattispecie *propter substantiam*, senza cioè intaccarne il nucleo tipico che la identifica. Riprendendo le partizioni classiche, le *qualitates* sono ricondotte ai *praedicamenta* (*quando, ubi, facere, facti, pati, relationis*) nel significato di specificazioni, accadimenti, circostanze variabili che connotano in modo particolare il reato nel suo concreto manifestarsi, aumentandone o diminuendone il disvalore per ragioni contingenti ed accessorie.

La scomposizione del *delictum* nelle parti costitutive offre criteri di interpretazione e soluzione anche alle questioni pratiche; è, anzi, proprio nei frammentati commenti al *Corpus* giustiniano che Baldo trova occasioni per ragionare sul nucleo ontologico dell'illecito penale, ridotto alla tripartizione in *esse, nomen e qualitas*:

« Esse delicti stat in consummatione delicti, quando est tale delictum, quod non acquirit formam, nisi per consummationem (...) Nomen enim delicti stat in hoc, scilicet quod factum transit in speciale nomen delicti: sed quando non transit in speciale nomen delicti, tunc delictum dicitur inominatum, quia stat in nomine generis (...) Hoc autem nomen imponitur a lege, non autem a Iudice. Unde si iudex diceret sic, dico quod tu commisisti falsum dolo malo, adulterando Bertam: et ideo te condemnamus: non esses condemnatus de falso, sed de adulterio, quia impositio nominis, non est in potestate Iudicis, sed legis. Qualitas vero delicti est duplex, una est qualitas inhaerens ipsi delinquenti: alia est inhaerens circumstantiis, vel concomitantiis ipsius delicti » (72).

(70) BALDO DEGLI UBALDI, *In Quartum et Quintum Codicis libros Commentaria*, Venetiis, apud Lucam Antonium Iuntam, 1577, in C. 4.5.4, l. *ea quae per infitiationem, de conditione indebiti*, nn. 10-12, f. 13ra.

(71) Sul punto cfr. più diffusamente cap. IV. II.2.

(72) BALDO DEGLI UBALDI, *In VII, VIII, IX, X, XI Codicis libros Commentaria*,

La necessità di verificare se mandante e mandatario commettano un *idem delictum*, porta Baldo a destrutturare il reato astrattamente considerato in tre componenti ⁽⁷³⁾. Prima l'essenza, rappresentata dalla consumazione, o dal tentativo nei casi in cui la legge consideri sufficiente l'attentato per irrogare la pena. Poi il nome, ovvero la qualificazione giuridica di un certo comportamento come penalmente rilevante: interessa sottolineare come l'*impositio nominis* sia riconosciuta quale manifestazione esclusiva della *potestas legis* sottratta espressamente alla competenza del giudice, poiché è ben chiaro al giurista perugino il potere creativo che si esprime nella selezione dei fatti illeciti attraverso l'atto definitorio di una fattispecie. Infine la qualità, ancora ambiguamente riferita a profili sia sostanziali che accidentali: *intrinsicae* e proprie dei delinquenti sono le *qualitates* soggettive che descrivono caratteristiche personali delle parti stabilite dal diritto oppure distinguono l'*animus* del reo in doloso o colposo. Le *qualitates* oggettive sono, invece, quelle che esprimono condizioni circostanziali o concomitanti dell'accadimento (di tempo o di luogo per esempio), accidenti privi di significato in sé, incapaci di alterare l'essenza di un delitto ma influenti solo sulla gravità del fatto principale, « unde omne illud per quid factum aggravatur, dicitur esse qualitas: et omne id quo amoto delictum remanet in substantia delicti, dicitur esse qualitas et accidens » ⁽⁷⁴⁾. Non sempre l'*usus loquendi* è appropriato tanto che in alcuni casi, riconosce Baldo, ambiguità semantiche confondono le categorie dogmatiche fino a sovrapporre entità distinte: il dolo, per esempio, è considerato una *substantialis qualitas* nel furto, perché « furtum per dolum diffinitur » e rientra negli elementi costitutivi tipizzanti, mentre nell'omicidio « dolus non est substantialis qualitas, sed accidentalis » poiché l'uccisione giusta o ingiusta non differenzia la *substantia* del reato ma solo l'*agnitio facti* ⁽⁷⁵⁾.

Venetii, apud Lucam Antonium Iuntam, 1577, in C. 9.2.5, *l. non ideo minus, de accusationibus et inscriptionibus*, n. 10, f. 210va-vb.

⁽⁷³⁾ Sulla complessa questione teorica dell'*unum delictum* nel mandato, si veda ampiamente cap. VI. III.5.

⁽⁷⁴⁾ BALDO, *In VII...XI Codicis*, cit., in C. 9.2.5, *l. non ideo minus, de accusationibus et inscriptionibus*, n. 10, f. 210vb.

⁽⁷⁵⁾ BALDO, *In Quartum et Quintum Codicis*, cit., in C. 4.5.4, *l. ea quae per*

II.6. Substantia delicti e qualitas cumulata: interpretazioni repressive del Cinquecento

La *quaestio* è *quottidianam* e ampiamente dibattuta ancora nel Cinquecento, perché una cognizione od un uso impropri di questi fattori riguardanti sia la struttura della fattispecie che i presupposti dell'*actio*, potrebbero rendere del tutto vano e temerario il ricorso al giudice, portando all'assoluzione dell'imputato colpevole. Quando, infatti, la legge o l'accusa prevedono una *qualitas* nella descrizione del fatto penalmente illecito, essa è — come ribadisce anche Iacopo Novello rifacendosi alla tradizione di Cino — *de substantia probationis*, e se non viene provata l'unica conseguenza può essere l'assoluzione ⁽⁷⁶⁾. Se, per esempio, *lex vel statutum* prevedono la punibilità per un delitto commesso *scienter*, tale disposizione vincola le parti processuali che ad essa necessariamente devono conformarsi: tanto l'accusatore che dovrà *articulare* il suo libello sulla prova dell'intenzionalità del fatto, quanto il giudice che avrà come metro di valutazione la dimostrata dolosità del reo, « quia qualitas requisita in lege vel statuto debet allegari et probari » ⁽⁷⁷⁾. Regola che, connotata alla logica della dimensione accusatoria, trova però spazi d'applicazione anche nelle ipotesi di procedura inquisitoria. Benché il giudice che procede *ex officio* possa giovare di mezzi di prova ben più efficaci per arrivare alla piena dimostrazione del fatto, tuttavia

infitationem, de condictione indebiti, n. 12, f. 13ra; nello stesso senso cfr. anche BALDO, *In VII...XI Codicis*, cit., in C. 9.2.5, *l. non ideo minus, de accusationibus et inscriptionibus*, n. 10, f. 210vb, § *Adverte*.

⁽⁷⁶⁾ IACOPO NOVELLO, *Tractatus aureus defensionem omnium eorum adversus quascunque accusationes et inquisitiones pro quibuscunque Criminibus docens, tum ad theoricam iuris, tum ad communem omnium tribunalium universae Europae stilum et praxim accommodatus*, Venetiis, apud Baltassarem Constantinum ad signum Divi Georgici, 1553, n. 25, p. 98r, definisce *ingeniosa e docta* l'*excusatio rei imputati* che mira a negare le qualità addotte nell'accusa per ottenere l'assoluzione.

⁽⁷⁷⁾ Così TAEGIO, *Tractatus varii*, cit., pars VI, *De his qui non cogitant sed agunt et perficiunt delicta*, nn. 14-15, f. 12vb. Analogamente Marsili sottolinea come l'indicazione e l'accertamento della *qualitas* prevista nella norma divenga un binario obbligato per chi vuole agire in giudizio basandosi su quelle fonti, cfr. I. MARSILI, *Singularia nova CCCC et vetera CCC*, Lugduni, apud Iacobum Giunctam, 1548, *Sing.* 187, f. 62v: « Nam quotiescunque statutum seu lex disponit in aliquo casu exprimendo aliquam qualitatem: tunc agens seu fundans se ex tali statuto debet articulare et probare qualitatem ipsius legis vel statuti ».

fin dal momento genetico del processo opera tale cautela formale a vantaggio anche della migliore difesa dell'imputato: l'*inquisitio* che deve essere « certa, specifica et clara » — come chiarisce Farinaccio —, deve pertanto contenere « omnes delicti qualitates et circumstantias, taliter ut reo defensio non tollatur » (78).

Sebbene l'attenzione sia posta sul precipitato processuale, punto di riferimento è la descrizione sostanziale dell'accadimento prevista dalla norma. Marco Antonio Bianchi avvia nella *Practica* una riflessione che, recuperando i pochi passi delle fonti e della dottrina orientati all'analisi strutturale del delitto, finalizza il discorso sulle *qualitates* ad una distinzione ontologica delle fattispecie. In caso di accusa non completamente provata nelle qualità, vi sono argomenti favorevoli sia all'assoluzione che alla condanna (79); la risposta va, dunque, cercata non solo nei meccanismi processuali, ma anche nella natura del *factum* sottoposto a giudizio. Esistono profonde differenze tra causa civile e causa criminale, dettate dalla natura pubblica e più politica del diritto penale: « non est in potestate partis super delicto magis requirere unum quam aliud, cum sit radicatum in publicum non in privatum »; nell'accusa non si deve apporre nessuna conclusione « sed solummodo factum »; la *quaestio facti* è rimessa all'arbitrio del giudice, e soprattutto se nel civile la sentenza deve sempre essere conforme al libello, non altrettanto può dirsi nel criminale dove le ragioni della condanna possono anche

(78) FARINACCIO, *Praxis et theoricæ criminalis Libri Duo*, cit., tit. I de *Inquisitione*, q. 1, n. 11, p. 4. Sulla validità della regola, cfr. anche MARSILI, *Practica criminalis*, cit., § *Quoniam*, nn. 52-60, ff. 129v-131v e § *Et quia*, nn. 11-15, ff. 271v-272v.

(79) M. A. BIANCHI, *Practica criminalis*, Venetiis, apud Cominum de Tridino Montisferrati, 1567, § *Visis*, riporta prima (nn. 77-86, ff. 50v-51r) le regole a favore dell'assoluzione (« a forma accusationis non est recedendum »; « sine accusatione nemo condemnatur »; « alia species delicti est cum qualitate »; « sententia debet esse conformis libello »; « iudex super toto pronuntiare debet »; « accusator astrinxit se ad duo, ergo utrunque probare debet »), poi (nn. 87-94, f. 51r-v) quelle che sembrano giustificare la condanna anche in assenza di prova sulle *qualitates* (« additio qualitatis non vitiat praecedentia »; « licet accessorium deficiat, attamen principale remanet »; la commissione del delitto e l'agire di notte sono due cose distinte per cui la condanna può procedere separatamente; « in dubio magis dicendum est, quod res valeat quam pereat »; « in delictis in dubio fit condemnatio »; sebbene la *qualitas* non sia provata, « attamen per sacramentum accusatoris probari potest »).

superare il *petitum* ⁽⁸⁰⁾. Più di tali differenze di rito, conta, tuttavia, l'essenza del *factum propositum*. Bianchi distingue due ipotesi:

« Dicas tamen, aut factum propositum non continet delictum, ut domum introire, percutere, et similia (...) et tunc si adiecta est qualitas quae faciat ipsum delictum, si non probatur, absolvitur. Nam tunc non est accidens simpliciter, sed est substantiale, quia efficitur delictum, et qualitas non est sine substantia. (...) Aut est delictum, sed qualitas auget vel gravat, tunc non absolvitur, per rationem iam dictam, et hoc quando probatio est facta de delicto, ut si facta est accusatio quod de nocte percussit, et probatum est quod percussit, sed in crepuscolo diei, vel alia, tunc punitur. secus si delictum nec qualitas est probata » ⁽⁸¹⁾.

Nella prima la *qualitas adiecta* compone il disvalore tipico del reato, è *substantiale* e deve essere provata, pena l'assoluzione dell'imputato; nella seconda essa opera come circostanza aggravante o attenuante, in modo tale da non impedire il pronunciamento della sentenza sulla fattispecie base.

Il classico argomento probatorio è noto anche a Deciani, che lo utilizza più volte, nei *consilia* come nel *Tractatus*:

« nam quando lex praesertim poenalis loquitur cum aliqua qualitate, qui dicit dispositionem legis locum habere debere, debet probare qualitatem illam intervenisse, alias non habebit locum illa dispositio » ⁽⁸²⁾.

Il mancato accertamento della *substantiam* o delle *qualitates* del reato può comportare l'impossibilità di giungere ad una sentenza di condanna, con il rischio concreto, tanto temuto, che *delicta remaneant impunita*. È ormai chiaro che la conoscenza processuale dell'illecito risulta vuota senza l'apporto specificativo delle qualità, « quia non dicitur constare de delicto, nisi etiam constet de qualitate

⁽⁸⁰⁾ Le citazioni sono da BIANCHI, *Practica criminalis*, cit., § *Visis*, nn. 96-98, ff. 51v-52r.

⁽⁸¹⁾ Ivi, nn. 98-99, p. 764.

⁽⁸²⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, VII, V *Quando contra consiliarios et adhaerentes Principum*, n. 6, a proposito delle *qualitates* richieste in tema di lesa maestà in C. 9. 8. 5 pr. (*l. quisquis, ad legem Iuliam maiestatis*). Per l'utilizzo fatto di tale regola nei *Responsa* da Deciani, cfr. cap. VI. I.2.

facti »⁽⁸³⁾: le conseguenze dell'individuazione, dottrinale o legislativa, dei caratteri del *delictum in genere* e delle particolari fattispecie non sono, dunque, un esercizio teorico di scuola, ma hanno anche significative ricadute concrete⁽⁸⁴⁾. Il giurista friulano sembra valorizzare il persistente rispetto che sempre si deve alla prova delle qualità, dimostrandosi controcorrente nel credere all'efficacia garantistica che i vincoli della fattispecie ben descritta possono imporre al giudizio.

Nel XVI secolo, infatti, i pratici riconoscono ormai apertamente che per consuetudine è invalsa un'elusiva strategia processuale, in grado di vanificare, sia nella querela dell'accusatore che nel *libellus inquisitionis*, gli effetti dell'indicazione delle *qualitates*, attraverso l'inserimento di una clausola generalissima (*concludit generaliter*, dice Claro, *pro praedictis et quolibet eorum* o *super quibus omnibus et singulis*) che comprende la commissione di ogni comportamento punibile⁽⁸⁵⁾. Anche Farinaccio, dopo aver ribadito più volte che

⁽⁸³⁾ E. BOSSI, *Tractatus varii, qui omnem fere Criminalem materiam excellenti doctrina complectuntur*, Venetiis, apud Georgium de Caballis, 1566, *tit. de delicto*, n. 4, f. 2ra.

⁽⁸⁴⁾ In *Responsorum Volumen Tertium*, Francofurti ad Moenum, Feyerabend, 1589, *Resp. IV*, Deciani propone come *conclusio communis et certa* l'assoluzione dell'imputato dall'accusa di mandato ad uccidere, poiché l'*inquisitio* è stata *inepta* sia *ex defectu probationis contentorum in ipsa inquisitione* (non si è provata la qualità dolosa del mandante, ovvero che ha agito *scienter, dolose et appensate*), sia, a maggior ragione, perché manca la prova della *substantiam delicti*, cioè perché si è dimostrata l'esistenza di un mandato a percuotere e non ad uccidere.

⁽⁸⁵⁾ È quanto apertamente riconoscono NOVELLO, *Tractatus aureus defensionem*, cit., n. 127, p. 99r: « Credo tamen, quod de consuetudine, aliter servetur quia accusans non unam legem proponit, sed omnes, dum dicit peto eum puniri secundum formam iuris et statutis propter illam communem clausolam super quibus omnibus, et singulariter intendit procedere, quia si non probetur qualitas, debet tamen puniri in eo, quod est probatum, ne delicta impunita remaneant, nisi qualiter esset de substantia probationis iuribus supra deductis »; BIANCHI, *Practica criminalis*, cit., § *Visis*, n. 100, f. 52r: « Sed pro evitandis disputationibus hodie in accusatione apponuntur istae clausulae, Non se astringens etc., Salvo iure etc., Deducens etc., et hoc operatur, ut sive sit probata qualitas, sive non, semper requiratur condemnatio »; CLARO, *Liber V*, cit., § *Finalis*, quae. 66, v. *Sed quid*, n. 4, p. 364: « Scias tamen quod quicquid sit de iure, contrarium servatur de consuetudine, ut scilicet reus (etiam non probata qualitate) condemnetur de principali delicto, de quo est convictus. (...) propterea super omnibus deductis in querela sive inquisitione potest sequi condemnatio, et cum ita de consuetudine observetur, non est

L'*opinio* per cui *qualitate non probata reus absolvitur* « non solum communis est, sed magis communis »⁽⁸⁶⁾, prevede le *limitationes* dovute alle clausole apposte nell'atto d'accusa. Non si tratta dunque — precisa il giurista romano — di una consuetudine abrogativa impostasi *contra ius*, quanto piuttosto di un'astuta tecnica di formulazione del *libellus* capace di annullare nella prassi giudiziale la *ratio* garantistica della regola generale faticosamente, quanto inutilmente, elaborata dalla dottrina. Giudici, querelanti e avvocati « de facto non se adstringunt ad omnia, sed inquirunt de singulis »⁽⁸⁷⁾, ma semplicemente apponendo nei loro atti clausole generiche come *super quibus omnibus et singulis annexis petit sibi ius et iustitiam ministrari* (per l'*inquisitio*), *omni meliori modo, salvo iure*, o *non se adstringens* (per l'*accusatio*)⁽⁸⁸⁾, rendono in un attimo carta straccia le complesse interpretazioni teoriche. L'ambigua tesi di Farinaccio, che cerca di ribadire la persistente validità della massima qualora non vi siano tali *clausoles*, suona ad un tempo ingenua e cinica: nel superamento fattuale della garanzia formale si riflette tutta la sfasatura tra la giustizia teorica dei *doctores* e quella applicata nei tribunali, mentre le garanzie difensive restano involucri vuoti completamente privi di ogni concreta effettività.

Alla tesi più restrittiva di Cino e di Bartolo, *communis* tra Tre e Quattrocento, si è ormai sostituita una linea interpretativa molto più morbida e possibilista, giocata proprio sull'alternativa tra *substantia* e *circumstantiae*, maturata prima a livello teorico, poi piegata dai pratici alle urgenti funzionalità applicative⁽⁸⁹⁾. La cesura tra le

ab ipsa consuetudine in practica recedendum »; I. BONACOSSA, *Quaestiones criminales Venetiis*, apud Damianum Zenarum, 1573, § *Qualitas*, f. 160v. In precedenza la diffusa applicazione nella prassi dell'*escamotage* era stato notato anche da BALDO, *In Quartum et Quintum Codicis*, cit., ad C. 4.19.2, *l. possessiones, de probationibus*, n. 8, § *Ex quibus*, f. 36ra.

⁽⁸⁶⁾ FARINACCIO, *Praxis et theoriae criminalis Libri Duo*, cit., tit. I *de Inquisitione*, q. 1, n. 23, p. 6.

⁽⁸⁷⁾ Ivi, n. 39, p. 7.

⁽⁸⁸⁾ Ivi, n. 32, p. 6; nn. 34 e 36, p. 7.

⁽⁸⁹⁾ Nella letteratura consiliare si manifesta la strumentalizzazione della regola, invocata o a difesa dell'assistito, o a giustificazione della condanna, o considerata ormai superflua in funzione dell'interesse nel singolo caso. Essa è spesso richiamata da Farinaccio nei suoi pareri per fondare la richiesta di scagionare l'imputato: cfr., per es.,

vecchie *opiniones* e la più moderna interpretazione è palese in Gomez:

« Sed his non obstantibus ego teneo contrarium, imo quod si factum, vel delictum simpliciter probetur, et non qualitas deducta, et proposita, possit, et debeat sequi condemnatio: et hoc aperte fundatur ex his (...) quia in isto casu idem delictum in substantia probatum est, non vero aliud diversum, quia licet qualitas proposita augeat poenam, non tamen constituit diversam substantiam, quia illud quod differt secundum plus, et minus, non dicitur differre in substantia, textus est *in leg. fin. ff. de fundo instructo* [D. 33.7.29] » ⁽⁹⁰⁾.

Le qualità aggravanti o attenuanti che incidono sulla misura della pena non intaccano affatto la sostanza del reato: condizioni estrinseche ed episodiche non modificano la *quidditas* della fattispecie astrattamente tipizzata, ma influiscono solo sulla gravità della sanzione, in rapporto al maggiore o minore disvalore del fatto concreto. Obiettivo del giurista spagnolo è utilizzare la tesi sulla differenza tra sostanza e qualità per risolvere una questione dall'importante impatto pratico: se l'accusatore possa aggiungere e cumulare, *pendente iudicio et processu*, una qualità aggravante del fatto non presentata all'inizio del procedimento, per ottenere una sentenza di condanna ad una pena più grave. « Breviter et resolutive teneo quod sic » ⁽⁹¹⁾, afferma in modo deciso Gomez, purché ciò avvenga prima della sentenza definitiva e purché sia data al reo una

P. FARINACCIO, *Consilia sive responsa atque decisiones causarum criminalium*, Lugduni, sumptibus Iacopi Cardon, 1619, *Cons.* 37, n. 2, p. 199, dove propugnando l'assoluzione da un *crimen receptationis*, afferma che le *species qualitatum* sono tre, *aggravans*, *diversificans* o *producens seu inferens delictum* e nella terza ipotesi, dove cioè la *qualitas* è elemento sostanziale tipizzante della fattispecie, per poter applicare la pena prevista non basta *constare de facto* « nisi etiam constet de qualitate facti ». L'onere probatorio della *qualitas faciens delictum* è a carico del *Fiscus* che non può giovare di alcuna presunzione, cfr. P. FARINACCIO, *Responsorum criminalium liber secundus*, Lugduni, sumptibus Iacopi Cardon, 1628, *Cons.* 150, n. 15, p. 152; *Cons.* 184, n. 46, pp. 277-278; *Cons.* 175, n. 12, p. 249.

⁽⁹⁰⁾ GOMEZ, *Variarum Resolutionum*, cit., c. XI *Qualiter formetur accusatio*, n. 7, pp. 164-165.

⁽⁹¹⁾ Ivi, n. 8, p. 165: la sua convinta *opinio* si fonda sempre su D. 9.4.4.3, *l. in delictis servorum, de noxalibus actionibus, § si detracta noxae*.

copia dell'accusa nuova affinché possa difendersi. Interessante seguire il ragionamento dell'autore, lo svolgimento delle argomentazioni nel libero confronto con le fonti romane. A favore della sua tesi *non obstat la lex edita actio* del *Codex* (C. 2.1.3, *l. edita actio, de edendo*) che dispone il divieto di modificare o emendare, dopo la *litis contestatio*, il *libellus* o l'azione proposta, perché « debet intelligi circa substantialia, secus vero circa aliquam qualitatem omissam »⁽⁹²⁾, qualità che si può tranquillamente cumulare o detrarre senza con ciò alterare la *substantiam facti propositi*⁽⁹³⁾. Neppure si può opporre il divieto per il giudice di pronunciare *ultra petitum*, sia perché la *qualitas cumulata* dalla parte in corso di giudizio vale come se fosse contenuta nel *libellus* o nell'*accusatio* iniziali « et virtualiter prima petitio et solemnitas eius extenditur ad eam », sia perché *in criminalibus* quella regola di giudizio non si applica, ma il giudice può liberamente condannare « probato delicto, non attempta petitione, vel conclusione partis »⁽⁹⁴⁾.

Ma Gomez si sbilancia ancor di più, forzando ulteriormente l'interpretazione del *Corpus Iuris* nella direzione più autoritaria che svilisce il principio dispositivo delle parti: « Imo, quod magis est, noviter, et singulariter teneo, quod etiam si in accusatione, vel libello, non sit apposita praedicta qualitas, quae aggravat delictum, nec postea pendente iudicio, et processu sit accumulata, si tamen reperiatur probata, poterit iudex reum condemnare in poena ordinaria, ac si qualitas ipsa sit apposita cum ipso facto, et delicto »⁽⁹⁵⁾. Il giudice, nell'irrogazione della sanzione, può tenere in considera-

⁽⁹²⁾ *Ibidem*.

⁽⁹³⁾ Lo spagnolo, con qualche forzatura, poggia la sua sentenza su IACOBO BUTRIGARIO, *Lectura super Codice*, Parigi, impensis Ioannis Parvi, 1516 (rist. an. Bologna, Forni, 1973), in C. 2.1.3, *l. edita actio, de edendo*, f. 42va-vb: « Item opponitur quod usque ad sententiam possit mutari, ut l. in delegatis, § si detracta, ff. de noxa. Solutio, aut volo mutare rem, actionem vel causam et possum usque ad contestationem et non post, ut hoc. Aut volo mutare qualitatem actionis et verbum ponderosum et possum usque ad sententiam, ut ibi ».

⁽⁹⁴⁾ GOMEZ, *Variarum Resolutionum*, cit., c. XI *Qualiter formetur accusatio*, n. 8, p. 165. In questo senso l'autore legge D. 48.16.1.4, *l. accusatorum temeritas, ad S.C. Turpillianum*: « nam ut Papinianus respondit, facti quidem questio in arbitrio est iudicantis, poenae vero persecutio non eius voluntati mandatur, sed legis auctoritati reservatur ».

⁽⁹⁵⁾ *Ibidem*.

zione la *qualitas* aggravante provata, a prescindere dal fatto che l'accusatore l'abbia *apposita* all'inizio o *accumulata* successivamente. Il problema sarebbe così completamente scavalcato ed eluso con il riconoscimento al giudice di un potere autonomo, senza vincoli nella definizione del *factum* da accertare, in perfetta sintonia con le derive inquisitorie della giustizia penale cinquecentesca.

La ragione di politica criminale sottesa a questa innovativa e ardita interpretazione emerge con evidenza dalle stesse argomentazioni che Gomez adduce a suo favore: trova conferme sia nella *lex quid ergo* (D. 3.2.13.7, *l. quid ergo, de iis qui notantur infamia, § poena gravior*) che nella *lex si quis intentione ambigua* (D. 5.1.66, *l. si quis intentione, de iudiciis*), ma soprattutto nella *lex si ex multis causis* (C. 7.40.3, *l. si ex multis causis, de annali exceptione*) dove l'autore vede esplicitata la regola per cui un *libellus* o una *petitio simplex* possono ricomprendere in sé ogni specie o qualità del fatto proposto, tanto che anche la qualità *postea probata* deve considerarsi come *inclusa* nell'accusa generica, « maxime quia in hoc vertitur favor publicus, ne delicta remaneant impunita »⁽⁹⁶⁾. Nella complessa riflessione del professore di Salamanca, attento a fondare nelle fonti l'autorevolezza della sua *opinio*, si legge il tentativo di vestire di legittimità teorica una prassi ormai diffusa nei tribunali, impostasi per pubblica utilità tanto nella mentalità dei magistrati quanto nelle clausole degli avvocati⁽⁹⁷⁾.

Il *favor publicus* costituisce la vera *ratio* che guida tutto il discorso teorico dello spagnolo; la distinzione tra *substantia* e *qualitates* di un delitto è sfruttata per rafforzare la macchina processuale repressiva ma non viene spiegata. Non interessano né il metodo di destrutturazione del *delictum in genere* né i criteri che identificano gli elementi sostanziali, naturali o accidentali; quello che importa è affrancare il potere probatorio del giudice da vincoli formali ed impedire che limitazioni processuali blocchino o attenuino la severità della condanna. Il vero motivo che favorisce la consapevolezza

⁽⁹⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁹⁷⁾ Il funzionalissimo parere di Gomez diviene in breve *communis opinio*, come rivela I. BONACOSSA, *Communes Doctorum iuris utriusque criminales opiniones, usu receptae*, Pars secunda, Venetiis, apud Damianum Zenarum, 1578, *vers. Qualitas delicti*, f. 66ra-b.

dogmatica di una *substantia delicti et facti* è l'interesse dello Stato a fare sempre 'piena giustizia', a scoprire ogni misfatto, a non transigere su nessuna violazione dell'ordine⁽⁹⁸⁾. Così in Farinaccio, che si richiama alle tesi di Gomez, la distinzione della *qualitas* che altera e diversifica il *delictum* da quella che modifica la pena ma non la sostanza dell'illecito è strumentalmente piegata al superamento del divieto di doppio giudicato su uno stesso fatto: se, ad esempio, la qualità trasforma l'omicidio in parricidio, è possibile che un soggetto *iterum accusari de qualitate alterante*, rendendo così legittimo un nuovo giudizio sullo stesso fatto che viene ora solo diversamente definito. La modifica che la *qualitas adiecta* comporta alla *substantia* (in questo caso sarebbe meglio dire al *nomen*) del reato consente, di fatto, l'avvio di un secondo processo sullo stesso accadimento storico, vanificando la logica garantistica del *ne bis in idem*⁽⁹⁹⁾.

Confrontato con la penalistica contemporanea, il dato teorico che emerge dal *Tractatus* è, dunque, ancora più rilevante: Deciani, infatti, supera i termini del dibattito sulla verifica delle qualità genericamente indicate, ed elabora nella sua parte generale una teoria del *delictum* in cui tutti quei fattori o profili vari prima confusamente riconducibili alle *qualitates* e al loro ruolo di specificazione o caratterizzazione della singola ipotesi delittuosa, sono ora razionalmente distinti in elementi sostanziali, naturali, accidentali. L'astrazione dogmatica consente all'autore di individuare il nucleo costitutivo del reato, la sua struttura variabile, i tratti solo eventuali; lo stesso schema logico e conoscitivo è riportato poi anche nell'esposizione dei crimini di parte speciale, con il tentativo di illustrare la conformazione tipica di una fattispecie nell'esplicazione dei suoi aspetti essenziali. La distanza che separa le riflessioni di taglio processuale sul fatto concreto da provare dalla costruzione teorica del *Tractatus* tanto sul *delictum* quanto sui *delicta* è assai profonda,

(98) Coglie bene questo riflesso di interesse pubblico Emanuel Soarez a Ribeira nelle *annotationes* alla *Variae Resolutiones*, dove ritiene la *sententia* di Gomez « mihi verior » e « utilitati publicae magis consentanea » (*Annotationes* in GOMEZ, *Variarum Resolutionum*, cit., c. XI *Qualiter formetur accusatio*, § f, p. 166). In linea con il pensiero di Gomez anche le *additiones* di Joannis de Ayllon Laynez (nn. 8-10, p. 167).

(99) FARINACCIO, *Praxis et theoricae criminalis Libri Duo*, cit., tit. I *de Inquisitione*, q. 4, n. 4, p. 27.

e giunge a maturazione dopo un lento percorso: certo è che la novità ermeneutica proposta dall'udinese è un potenziale vettore di radicali cambiamenti, non solo sul piano della scienza giuridica, ma anche sul versante della produzione legislativa delle norme penali e della loro applicazione in giudizio.

Sebbene non sia possibile riscontrare nell'immediato una ricaduta pratica della logica sintetica deciana nel metodo del *conditor legis* o nella generale letteratura penalistica, che continuerà, nella maggior parte, a preferire un approccio pratico-analitico, tuttavia la strada segnata verso l'individuazione del 'tipo' si rivelerà assai feconda in futuro. In questo primo momento fondativo di una teoria del reato, l'utilizzo che Deciani fa delle categorie dottrinali di diritto sostanziale nella pratica, dimostra l'utilità della parte generale, indica una possibile nuova combinazione tra profilo teorico e momento applicativo, tra speculazione dogmatica e soluzione di casi giudiziari. Le consapevolezze scientifiche acquisite dal professore friulano a livello sistematico hanno solide radici culturali, ma anche motivazioni legate alla realtà del sistema punitivo bisognoso di maggiore chiarezza e d'ordine: il terreno che il giurista intravede per poter riformare l'ordinamento penale, riuscendo anche a togliere potere ai giudici, è quello del penale sostanziale, potenzialmente fertile e ancora tutto da lavorare.

II.7. *Incompiutezza di un dogma: la strumentalità del processo nel sistema deciano*

Il rapporto tra diritto sostanziale e processo in materia penale è ancora oggi al centro di un vivace dibattito in dottrina. Il dogma illuministico della strumentalità del secondo rispetto al primo, ovvero l'idea che il comportamento penalmente rilevante preesista all'avvio del processo e che questo sia solo un meccanico procedimento atto ad accertare la violazione della norma, è messo duramente in discussione. Tale dogma si fonda, infatti, sulla centralità e l'onnipotenza della legge: è il legislatore che fissa il corpo legale degli interessi tutelati, che compie scelte di valore traducendole in norme generali e astratte, che garantisce con il principio del *nullum crimen sine lege* i diritti dei singoli individui. La legalità sostanziale è un *prius*, un obiettivo autonomo da tutelare: la virtuosità del sistema

presuppone tanto la fiducia in fattispecie incriminatrici tassative, quanto una procedura al loro servizio.

In realtà la crescente complessità del fenomeno criminoso e lo svilimento della 'signoria' della legge, depotenziata tra emarginazione del Codice e inflazione della legislazione speciale ⁽¹⁰⁰⁾, hanno mostrato l'inefficacia di tale modello. In diversi settori dell'ordinamento penale si assiste ad un'inversione di piani in cui è la legalità sostanziale ad essere in funzione del processo (reati di sospetto o di pericolo, norme in tema di 'collaborazione' o di riti alternativi, misure cautelari), concentrando di nuovo i poteri nel momento giudiziale, prevalentemente nella pubblica accusa. La trasformazione del rapporto tra diritto e processo « rende quest'ultimo un vero e proprio arsenale, disponibile per fini di stigmatizzazione, intimidazione, prevenzione, avulse da ogni previsione legale sostanziale » ⁽¹⁰¹⁾, e il processo da 'servo muto', puro apparato di trasmissione dei valori predefiniti dalla legge, diviene 'servo loquace', 'socio paritario' e infine 'socio tiranno': in una strumentalità inversa, esso si pone come momento privilegiato del controllo sociale, come luogo e occasione per l'esercizio del potere ⁽¹⁰²⁾.

Non vogliamo forzare improponibili confronti tra esperienze giuridiche così diverse come quella del Cinquecento e quella contemporanea, ma solo cogliere alcune affinità a livello di modelli strutturali o 'costituzionali'. È una questione di equilibri, tra diritto sostanziale e processuale, tra potere legislativo e giudiziario, tra determinatezza delle fattispecie e margini di operatività del giudice

⁽¹⁰⁰⁾ Secondo l'opinione di L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità penale e giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, in *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*, Padova, Cedam, 2001, p. 29, « è proprio l'inflazione legislativa che sta mettendo in crisi la capacità regolativa della legge e sta facendo regredire il nostro diritto penale a un "diritto penale giurisprudenziale" quale fu quello premoderno ».

⁽¹⁰¹⁾ M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, Cedam, 1998, p. 195.

⁽¹⁰²⁾ Così T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in « L'indice penale », 1999, 2, pp. 527-543 specie p. 529 e T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in « Riv. it. dir. e proc. pen. », 1992, pp. 431-437.

o dell'accusa. I reati 'a formazione giudiziaria' « tristi simulacri della legalità trasmigranti dall'antica congerie dei *nomina delicti* e cioè reati sprovvisti di un *corpus* e rimessi ad un incontrollabile apprezzamento giudiziale »⁽¹⁰³⁾, sono oggi indicati come il segno tangibile della crisi che investe il dogma della strumentalità, ma erano invece il tratto peculiare, la struttura portante del sistema penale di diritto comune. Fattispecie sostanziali concepite in vista del procedimento per accertarle, delle prove, delle facoltà del giudice erano — come visto — i cardini del penale 'a dimensione processuale' tra il XIII e il XVI secolo. È con Deciani che questo assetto muta e il penale materiale, nella parte generale come nella speciale, 'strumentalizza' il processo, nel senso che nel *Tractatus* il sostanziale diviene logicamente prioritario, politicamente espressivo delle scelte sugli interessi da salvaguardare e sulle forme della tutela. Il quadro di fondo resta però profondamente diverso da quello attuale per la mancanza dell'idea moderna di legge, legata oggi saldamente ai concetti di sovranità e di garanzia attraverso il principio di legalità.

Tale relevantissima assenza — della legge come garanzia e come limite — modifica in Deciani le forze dell'equilibrio: alla polarità costituita da processo giudici e consuetudini curiali non si contrappone la legge, ma il giurista. L'ordinato, logico, 'sostanziale' sistema deciano, benché esalti la *potentia legis circa delicta*, non si affida già del tutto all'autorità della legge come emanazione di volontà sovrana generale, ma dipende in gran parte dalla capacità definitoria e creativa del *doctor iuris*. Le potenzialità ordinamentali della parte sostanziale sono una conseguenza, in Deciani, della compiuta maturazione di un percorso scientifico e certo anche il riconoscimento della centralità assunta nel diritto penale dalle leggi del Principe, ma è il giurista che solo può, con la sua dottrina, ridurre ad unità i frammentati e disomogenei interventi normativi di dettaglio, è lui che riepiloga la pluralità in un unitario e coerente sistema.

Il *Princeps* ha ancora bisogno dei giuristi per legittimare la sua *potestas*. Il primato del sostanziale non esprime una compiuta

(103) PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità*, cit., p. 535.

concezione imperativistica, ma riflette piuttosto l'atteggiamento della scienza giuridica che, con metodo nuovo, coglie le esigenze del tempo ed elabora proposte. Il fatto che tale modello dottrinale risulti, in seguito, perfettamente funzionale ad un potere politico sovrano e centralizzato, tanto da essere adottato anche dalle successive forme di Stato moderno, è altra questione, legata al significato di lungo periodo della parte generale. L'autonomia del penale materiale rappresenta, nell'impostazione del *Tractatus*, una premessa indispensabile per ulteriori sperimentazioni metodologiche, *in primis* la costruzione della parte sui *generalia delictorum* finalizzata a veicolare una nuova idea di sistema criminale.

III. *La parte generale del Tractatus*: la creazione di uno 'spazio' teorico

III.1. *La divisione in parte generale e parte speciale*

L'aspetto più innovativo del trattato deciano è certamente la costruzione di una parte relativa ai caratteri generali e agli elementi costitutivi del reato. Sia il libro primo dedicato alla *significatio verborum*, sia soprattutto il secondo, tutto basato sui concetti di *delictum* e di *lex poenalis*, marcano un momento di passaggio decisivo dalla penalistica medievale a quella moderna e segnano l'inizio di un modello metodologico destinato ad avere fortuna di lungo periodo, tanto da sopravvivere anche all'avvento delle codificazioni. Non tutti i contenuti di questa parte sono originali, né potrebbero esserlo in un'opera che ad aperture stilistiche umanistiche e a sperimentazioni metodiche affianca le consapevolezze dogmatiche maturate dalla criminalistica di diritto comune. È l'organicità dell'intera opera che dà significato ai singoli frammenti; la disposizione, funzionale allo sviluppo logico di un piano espositivo coerente, fa acquistare ai singoli discorsi il valore interpretativo aggiunto costituito dalla loro collocazione nell'insieme. Il sistema in cui è ingabbiata la materia è la chiave di lettura del *Tractatus* poiché offre al giurista strumenti dialettici e possibilità argomentative prima sconosciute alla disciplina: le potenzialità

teoriche dei *principia* sono valorizzate dalla tenuta della struttura architettonica complessiva ⁽¹⁰⁴⁾.

Nel suo modello di parte generale Deciani affronta questioni terminologiche e concettuali, non descrive le singole fattispecie ma indica gli elementi fondamentali del *delictum* come categoria dogmatica; non vi sono esempi concreti, legati a singoli casi, tratti dalla prassi o dai precedenti giudiziari. È una teoria del reato, una giustificazione dei fondamenti filosofici, religiosi e politici del diritto di punire. Anche il linguaggio adottato non è quello della casistica: è assertivo e non esemplificativo, afferma regole e *principia* invece di porre questioni. Il procedimento deduttivo è spiegato dall'autore con frequenti indicazioni di metodo; le *auctoritates* richiamate sono filosofi, storici e padri della Chiesa anziché giuristi e pratici. Deciani cerca un sostegno all'impianto logico del trattato, alla struttura discorsiva, alla razionalità della *dispositio* degli argomenti, al significato sistematico del delitto. Non può ricorrere in questa parte alle *opiniones doctorum* perché non si tratta di risolvere controversie; cerca, piuttosto, legittimazione delle scelte metodologiche negli scritti di Aristotele e Cicerone o nelle divisioni filosofico-concettuali di Baldo.

L'elaborazione di una teoria generale del delitto è un'operazione culturale e politica che implica una formazione completa, richiede

⁽¹⁰⁴⁾ I frequenti rinvii interni dimostrano la chiarezza del disegno complessivo dell'opera, per es. cfr. DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, II *De Peccato*, n. 7: « Quas et alias similes hoc loco tractassem, nisi suscepti operis ordo requireret, ut inferius aptiori loco pertractandas relinquerem: nempe primam in tertia parte, dum de testibus, qui prohibentur ferre testimonium loquemur: et secundam in hac eadem prima parte, dum de legis potestate fiet mentio »; I, IX *De Crimine*, n. 8: « verum, quia haec concernunt potius ea quae substantiam criminalis causae spectant, quam significationem verbi, ideo reservavi eam inferius pertractandam commodiori loco (...) scilicet in tertia parte, in qua omnia quae ad iudicia et praxim spectant, translata sunt »; I, VIII *De Maleficio*, n. 8. La struttura del *Tractatus* conserva sistematicità nonostante l'ordine inizialmente programmato non sia sempre rispettato e l'opera resti incompiuta; l'edizione curata dal figlio Nicolò Deciani non si presta, dunque, alle critiche esposte dal padre Tiberio nell'*Apoloogia pro iuris prudentibus*, cit., c. X, n. 30, p. 12: « quod interpretationes, et commentaria saepe non eduntur ab eorum authoribus sed vel ab eorum auditoribus, a viva voce docentis excepta publicantur, et plerunque mutila, confusa, et depravata, vel ipsis authoribus defunctis ab eorum haeredibus iuris ignaribus eduntur, et forte contra mentem defuncti, cum neque correctae, neque etiam revisae ab eo fuerint ».

dimestichezza con altri rami del sapere, presuppone erudizione, rigore logico e conoscenza storica, necessita di competenza giuridica vasta in tutti i settori. Astrattezza e generalità caratterizzano queste pagine. La riflessione tratta questioni di diritto penale inserendole in una più ampia teoria generale del diritto, dove lo *ius criminale* è descritto in relazione alla sua funzione costituzionale di mantenimento della pace sociale, alle fonti dell'ordinamento, all'autonomia statutaria, al ruolo di disciplinamento del foro interno. Indagini filologiche, ricostruzioni storiche, riferimenti teologici e filosofici sono i fili con i quali Deciani tesse l'ordito dei *generalia* e nel descrivere *principia, causas, fontes, naturam, accidentia, augmenta, diminutiones, effectus ac fines delictorum in genere omnium* vuole rappresentare il volto del diritto penale postconciliare, la sua funzione ordinamentale, l'intreccio di dipendenze vincoli e autonomie sia dalla morale cattolica che dalla *potestas* del Principe.

La parte speciale invece è più conforme ai canoni della letteratura penalistica del Cinquecento. L'impostazione sistematica produce i suoi effetti anche nell'esposizione dei singoli reati, ma le questioni trattate sono quelle sulle quali si confrontano tutti i giuristi, dettate anche dalle esigenze della pratica giudiziale. Deciani ritorna al consueto apparato di fonti e *opiniones* giuridiche, compaiono casi, *distinctiones, limitationes* e non sono rari i riferimenti a concreti episodi o decisioni processuali nelle quali l'autore è stato personalmente coinvolto, come giudice o consulente. Nel percorso logico deduttivo dal generale al particolare, le costruzioni astratte sugli *universalia* si concretano nell'analisi delle fattispecie; il *delictum* elaborato nella parte generale orienta l'indagine sui singoli crimini, fornisce strumenti concettuali e termini tecnici, serve da modello per descrivere i singoli reati. Parte generale e parte speciale sono legate da una scelta di metodo e da indicazioni di contenuto: la prima stabilisce strumenti uniformi per la seconda, la seconda presuppone la chiarezza definitoria della prima.

III.2. *Premesse terminologiche per delimitare l'area semantica*

I diciassette capitoli del libro primo del *Tractatus* si occupano della descrizione e spiegazione dei termini utilizzati dalle fonti, dottrinarie e legislative, per esprimere il concetto di delitto. *Peccatum*,

iniquitas, vitium, malitia, dolus, fraus, culpa, delictum, maleficium, crimen, excessus, facinus, scelus, flagitium, nequitia, improbitas, noxa, opprobrium, iniuria sono spesso impiegati come sinonimi, ma hanno ciascuno « certam quondam vim ac significationem »⁽¹⁰⁵⁾. Deciani vuole risalire all'etimologia, cerca di delimitare l'area semantica di ognuno perché la chiarezza nel linguaggio è premessa indispensabile per un corretto approccio alla materia. Lo *ius in artem redigere* degli umanisti consiglia precise linee da seguire per ridurre il diritto a vera scienza razionale: è esigenza metodologica di ogni ramo del sapere lo studio di *significationem e interpretationem verborum*, per poter poi iniziare la *cognitionem rerum* con un linguaggio condiviso, non equivocabile e tecnico. Il giurista udinese dimostra di aderire a tale proposta stilistica, tanto che per primo dedica un intero libro alla spiegazione dei vocaboli propri del diritto criminale, procedendo sempre logicamente dai più generali a quelli più specifici. Con queste premesse offre al lettore gli strumenti per districarsi nel difficile apparato di norme e testi penalistici, istruendolo sulle nozioni basilari in *criminalibus*, propedeutiche ed indispensabili per poter poi comprendere le concettualizzazioni successive.

Non rileva tanto il significato dettagliato delle singole parole, ma piuttosto la funzione sistematica che tale parte assume nel *Tractatus*, a conferma dell'organicità del disegno generale. Le pagine di Deciani, se confrontate con le corrispondenti spiegazioni dei termini che ritroviamo frequentemente in altre opere penalistiche dal Cinquecento in avanti, presentano caratteri peculiari⁽¹⁰⁶⁾. Dalle dispute con Lorenzo Valla, Alciato, Zasius e altri⁽¹⁰⁷⁾, emerge una precisa conoscenza storico-filologica di testi giuridici, filosofici, religiosi e letterari, ma non è erudizione fine a se stessa. Analisi, confronti

⁽¹⁰⁵⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, I *De vocibus, quibus delicta, et crimina significantur*, n. 10.

⁽¹⁰⁶⁾ Una breve descrizione dei vocaboli, senza però alcun proposito di ricostruzione storica o di inquadramento concettuale, si ha in TAEGIO, *Tractatus varii*, cit., pars I, *De crimine*, nn. 1-8, f. 10va, anche se poi l'autore stesso rinuncia ad una classificazione razionale (n. 9, f. 10va): « Nulla ergo praedictorum nominum habita ratione ad delictorum seu criminum distinctionem venio, cum quaestio nominum pertinacibus grammaticis sit relinquenda ».

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. ad es. *Tractatus criminalis*, I, VI, 7 ss. su *culpa*, I, XIII, 1 su *flagitium* e I, XV, 4 su *noxa*.

serrati, ricerche semantiche sui *verba* servono per aprire riflessioni su questioni più rilevanti, per fare chiarezza su temi che hanno significative ricadute su istituti generali; lo studio delle fonti e l'attribuzione ad ogni vocabolo di una specifica area d'applicazione non è puro sfoggio di cultura o celata contestazione delle contaminazioni medievali, ma vuole anzi offrire soluzioni e chiavi interpretative per problemi attuali. L'*intelligentia terminorum* diviene occasione per segnalare questioni dogmatiche irrisolte, offre l'opportunità di esporre compiute teorie o di indicare un tema importante, rinviando poi alla successiva trattazione. Un percorso particolarmente curato che rivela come Deciani sappia coniugare formazione umanistica e approfondimento teorico della materia, mostrando quali prospettive lo studio storico e linguistico possa aprire alla riflessione giuridica.

I lunghi capitoli sul dolo (IV) e la colpa (VI) costituiscono una premessa indispensabile per la comprensione di tutta l'opera: chiariscono al lettore l'accezione che i termini *dolus* e *culpa* avranno in tutto il trattato⁽¹⁰⁸⁾, delimitano l'area della responsabilità penale affermando in modo netto che non vi può essere delitto senza la volontarietà dell'atto lesivo dell'interesse tutelato. Quasi ogni *nomen* prelude a necessari sviluppi dottrinali, anticipa *quaestiones* che l'autore affronterà poi nella parte generale sostanziale o processuale. Nel capitolo *de peccatu*, primo vocabolo poiché « latori significatione comprehendit omne, quod contra legem admissum est »⁽¹⁰⁹⁾, la nozione di peccato viene contrapposta a quella di delitto e da subito il lettore è calato nella distinzione tra foro interno e foro esterno, negli eventuali problemi interpretativi generati dal loro possibile intersecarsi, trovandosi immerso nel tema forse più dibattuto da giuristi e teologi del Cinquecento⁽¹¹⁰⁾. A proposito della

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. per es. DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, IV *De dolo*, n. 9: « nam in hanc praecipue significationem toto isto tractatu accipietur dolus ». Avremo modo di soffermarci su questi due capitoli quando tratteremo diffusamente della responsabilità penale.

⁽¹⁰⁹⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, II *De peccato*, n. 1.

⁽¹¹⁰⁾ Oltre alla distinzione peccato/delitto che troviamo in DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, II *De peccato*, n. 4, l'autore accenna nel n. 7 a due *quaestiones* assai rilevanti: se anche il peccatore come il reo di un crimine debba essere escluso dalla possibilità di testimoniare in giudizio; se una legge o uno statuto, quando stabiliscono che un comportamento è delitto sebbene non proibito dalla legge divina, vincolino anche in coscienza.

fraus, il cui significato è simile al dolo ⁽¹¹¹⁾, rinvia ad ipotesi di conflitto tra morale e diritto che saranno riprese nel libro successivo ⁽¹¹²⁾.

Nel capitolo *De Delicto* (VII) per prima cosa cerca di risalire all'origine etimologica del termine: « Delictum a derelinquo verbo dictum testatur Festus, sicut et deliquium, quasi derelictum, delinquere nam (inquit ipse) est praetermittere quod non oportet praeterire » ⁽¹¹³⁾. Poi spiega la differenza tra *delictum* e *crimen*: il primo è « genus generalissimum comprehendens omne peccatum voluntarium et involuntarium », il secondo, invece, è « genus subalternum continens ea tantum delicta quae dolo sunt admixta, atque ideo voluntaria tantum » ⁽¹¹⁴⁾. Tale *divisio* risulta appena sufficiente per connotare nei requisiti minimi i due concetti, ma è comunque quella che si è consolidata in dottrina ⁽¹¹⁵⁾ e che sembra considerare quale

⁽¹¹¹⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, V *De fraude*, n. 13: « ita et fraus et ex consilio idest proposito, et re ipsa idest eventu ipso interpretatur ut inquit text. in l. fraudis, ff. de reg. iur. sed ubicunque de fraude fit mentio, non solum eventus, sed et consilium ipsum desideratur, ut ibi dicitur ».

⁽¹¹²⁾ A proposito della *fraus bona*, in *Tractatus criminalis*, I, V *De fraude*, l'autore afferma al n. 15 che è lecito « fraudare vactigalia et gabellas iniustas et illicitas », al n. 16 che è lecito ingannare *cum fraude* i custodi del carcere per evadere se si è detenuti ingiustamente (argomento ripreso anche in II, XIII *Conscientiae Iustitia*, n. 4), al n. 19 si chiede invece se il giudice, giustificato dal *ne delicta remaneant impunita*, possa *uti fraude* per estorcere la verità al reo promettendogli l'impunità.

⁽¹¹³⁾ DECIANI, *Tractatus Criminalis*, I, VII *De Delicto*, n. 1.

⁽¹¹⁴⁾ Ivi, n. 2.

⁽¹¹⁵⁾ In questo senso cfr. ALBERICO DA ROSATE, *Dictionarium iuris tam Civilis quam Canonici*, Venetiis, apud Guerreos fratres et socios, 1573, (rist. an. Torino, Bottega d'Erasmus, 1971), § *Delictum*: « est genus generalissimum (...) inter delictum et crimen est differentiam: nam delictum committitur sive cum animo sive non; crimen vero ex animo »; BONIFACIO VITALINI, *Tractatus super maleficiis, cum additionibus antea positis, necnon cum apostillis Domini Hieronymi Cuchalon Hispani, et cum summaris noviter additis*, in calce a ANGELO ARETINO (GAMBIGNONI), *De maleficiis tractatus*, Venetiis, apud Franciscum de Franciscis Senensem, 1578, rub. *Quod sit maleficium*, n. 1, f. 370r: « crimen vero dicitur peccatum accusatione et correctione dignissimum (...) delictum verum est genus generalissimum, comprehendens omne genus delinquendi »; TAEGIO, *Tractatus varii*, cit., pars I, *De crimine*, nn. 3-5 p. 10va: « crimen esse quotiescumque adest animus ad delictum committendum (...) delictum etiam dicitur quando est animus ad delinquendum et quando non est animus »; BIANCHI, *Practica criminalis*, cit., § *Visis*, nn. 35-39, ff. 46v-47r: « crimen itaque dicitur esse quotiescumque adest animus ad delictum committendum (...) crimen enim contrahitur si et voluntas nocendi intercedat

criterio discretivo il grado di colpevolezza. Se il delitto, dunque, può essere anche solo colposo, il crimine è esclusivamente doloso⁽¹¹⁶⁾. Il *crimen*, « peccatum sive delictum accusatione et damnatione dignum »⁽¹¹⁷⁾, dovrebbe essere caratterizzato da un comportamento più riprovevole, quale *species* di delitto che « in publicis iudiciis deduci potest, et pro quo criminaliter tantum non civiliter agi potest »⁽¹¹⁸⁾. In esso l'interesse leso deve essere di tale gravità da escludere che il privato possa agire contro il colpevole davanti al giudice civile: si possono avere, dunque, delitti pubblici e privati, mentre i crimini sono soltanto pubblici. Spesso però anche il vocabolo *crimen* è utilizzato con il significato di generico atto delittuoso, tanto che Deciani stesso, dopo aver avvertito il lettore della fragilità della distinzione già nel *Corpus* giustiniano, utilizzerà poi i due vocaboli come sinonimi nel corso del trattato:

« heac duo nomina confundi et pro eodem sumi, nam quod primo crimen vocaverat, idem postea et delictum et noxam vocavit, quod et passim in omnibus titulis librorum 46, 47 et 48 videre licet, in quibus

(...) delictum tunc demum dicitur esse, et quando est animus ad delinquendum et quando etiam non est animus (...) et sic delictum committitur sine dolo »; C. FULGONI, *Summa criminalis*, Venetiis, apud Ioannem Variseum, 1568, *Secunda particula*, rub. 24 *De privatis delictis*, § *primus*, n. 1, f. 91v: « Delictum igitur est genus generalissimum, sive veniat ex animo sive non » e n. 4: « Crimen vero est genus subalternum, continet enim sub se furtum, adulterium et alia scelera quae ex animo proveniunt ».

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. FARINACCIO, *Praxis et theoriae criminalis Libri Duo*, cit., tit. III *de delictis et poenis*, q. 18, nn. 1-2, p. 251: « Delictum generale nomen est et ideo differt a crimine et maleficio, sicut genus a suis speciebus hoc modo, quia secundum Grammaticos, et etiam Legistas, Delinquere nihil aliud est quam peccare, et aliquando delictum fit dolo malo, et mala intentione: aliquando autem per ignorantiam, vel non mala intentione (...) Crimen autem tunc proprie dicitur, quando quis dolo malo, et prava intentione delinquit: sine enim dolo et malo animo, non videtur proprie posse dici crimen ». Anche il *maleficcium*, « nomen generale, omnia delicta comprehendens, omneque male actum, siquidem compositum est a male et facio » (*Tractatus criminalis*, I, VIII *De Maleficio*, n. 1) è caratterizzato per Deciani dalla presunzione di colpevolezza e dalla necessaria doloosità della condotta.

⁽¹¹⁷⁾ DECIANI, *Tractatus Criminalis*, I, IX *De Crimine*, n. 1.

⁽¹¹⁸⁾ Ivi, n. 5. Il passo continua ribadendo che « nam quod privati est iudicii, et potest etiam civili iudicio persequi, delictum potiusquam crimen appellandum puto ».

indifferenter Iurisconsulti utuntur his duabus vocibus, crimen et delictum »⁽¹¹⁹⁾.

La spiegazione della parola *delictum* offre poi all'udinese lo spunto per un ragionamento sulla disciplina del *bannitus*, imposta all'attenzione dei criminalisti dall'ampio utilizzo del provvedimento di bando e dalla conseguente difficoltà nel regolare la posizione giuridica dell'elevato numero di fuorusciti⁽¹²⁰⁾. Il tema è delicato perché interseca aspetti più generali del sistema, coinvolgendo profili giuridici importanti: dalla semplice spiegazione di un termine si passa alla ricaduta su un istituto specifico, poi ad una riflessione più ampia sulla potestà legislativa penale.

La possibilità prevista dallo statuto *quod bannitus possit licite et impune occidi* apre un evidente momento di conflitto tra il diritto cittadino e lo *ius naturae vel gentium vel civili*. Continuare a riconoscere all'omicidio del bannito il *nomen delicti* non è, dunque, un irrilevante capriccio nominalistico, bensì una scelta ponderata, motivata dalla corretta interpretazione del rapporto tra fonti: « Non enim puto statuentes eam habere potestatem, ut quod iure naturae, vel gentium vel civili, communi tamen delictum est, delictum non sit, licet poenam pro eo statutam possint remittere atque iudici suo inhibere, ne puniat, vel ne etiam inquirat »⁽¹²¹⁾. È una questione di limiti alla potestà dei legislatori statutari, i quali possono solo decidere l'*effectum innocentiae*, ovvero la remissione della pena come *exceptio iuris* alla regola di diritto naturale, ma non sono autorizzati ad ammettere la liceità dell'omicidio, che sarebbe invece un'inammissibile *exceptio facti*. La giustificazione dell'eccezione la

(119) DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, VII *De Delicto*, n. 2. Nello stesso modo si esprimerà anche MATTHES, *De criminibus*, cit., *Prolegomena*, c. I *Quid sit crimen*, n. 1, p. 1: « delictum et genus et speciem esse: genus species complecti duas, delictum privatum, et crimen: delictum privatum etiam crimen esse extraordinarium; non contra omne crimen, etiam delictum privatum (...) id enim mutatione iuris et incremento contingit, ut cum ab initio species vere a se invicem disparatae essent, nunc ex parte confusae sint ».

(120) In proposito cfr. M. N. MILETTI, *Strade di banditi, banditi di strada. Criminalità e comunicazioni nel mezzogiorno del Cinquecento*, in « Frontiera d'Europa (società, economia, istituzioni, diritto del Mezzogiorno d'Italia) », 2000, 2, pp. 50-114.

(121) DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, VII *De Delicto*, n. 5.

ritroveremo nella parte dedicata specificamente agli statuti ⁽¹²²⁾; in questo libro introduttivo Deciani insiste sull'importanza dei *nomina* per i loro effetti giuridici, ed in particolare sul *nomen delicti*, anticipando considerazioni sulla differenza tra *delictum in se* e *delictum quia prohibitum*:

« Quo vero ad primum caput conclusionis praedictae, quod scilicet si statutum tollat poenam, non censeatur tollere delictum, et ipsius nomen puto sic distinguendum esse, aut enim delictum illud erat de genere prohibitorum iure naturali, gentium, vel communi, et hoc casu admitto sublata poena remanere tamen delictum, sed si delictum illud novum esset et ex forma statuti inductum praeter ius commune, hoc casu puto sublata poena et nomen delicti sublatum esse, quia remanemus in terminis iuris communis, quo iure delicti nomen non habebat, et hoc casu cessant omnes rationes supra adductae, quia statutum nulli iuri contrariatur » ⁽¹²³⁾.

La parte terminologica si dimostra, dunque, perfettamente coerente con il metodo e con lo stile del trattato, ponendo la solida formazione umanistica dell'autore sempre a servizio dell'affinamento della scienza giuridica penale. Rinvii, anticipazioni ed esemplificazioni concrete: le modalità espositive del primo libro sembrano dare credito ad una stretta connessione tra stesura del *Tractatus* e *lecturae criminalium*. L'autore-docente spiega al lettore-studente il corretto significato dei vocaboli che saranno utilizzati nello svolgimento dell'opera e delle lezioni, giustificando questa sua insolitamente ampia digressione semantica con richiami alla *iuxta methodus*, con precisione storico-filologica, ma anche con dimostrazioni dell'utilità concreta di una rigorosa competenza linguistica per risolvere rilevanti *quaestiones iuris*. Il libro primo offre a chi si avvicina alla materia strumenti indispensabili di comprensione mentre già anticipa alcuni punti chiave del sistema penale. Non è un caso che l'unica parte che si avvicina per stile e contenuto a quella decianea

⁽¹²²⁾ In particolare in *Tractatus criminalis*, II, XXXII *De statutis civitatum in genere*, n. 18.

⁽¹²³⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, VII *De Delicto*, n. 7. Sul punto cfr. oltre, Cap. VI. III.2.

si trovi nel *Judicium Criminale Practicum* di Dietrich (Petrus Theodoricus), opera di diretta derivazione accademica ⁽¹²⁴⁾.

Altri penalisti successivi, invece, palesemente influenzati dal *Tractatus* ma incapaci di disegnare un coerente ed organico quadro sistematico, né guidati da esperienza o intenti didattici, proporranno spiegazioni terminologiche introduttive brevi, semplicemente descrittive, prive di riferimenti ai problemi dogmatici, di scarso valore giuridico ⁽¹²⁵⁾. Nel Settecento, quando ormai la confusione terminologica nelle fonti legislative e nelle opere dei giuristi non rappre-

⁽¹²⁴⁾ L'*Aphorismus I* del *caput I* indica un approccio molto simile a quello del primo capitolo del *Tractatus* deciano: « Nos eandem secuti vocabulorum significatione, notatione et definitione initium capiendo, Delictum, Crimen, Maleficcium, Flagitium, Facinus, et Scelus tanquam Synonyma, pro eodem, de quovis iniquo facto accipimus ». Anche lo svolgimento successivo combina l'indagine storica con quella etimologica e con la giustificazione del metodo, cfr. per es. *caput I Delictorum generalia continens, Aphor. I*, n. 2, p. 7: « Horum enim prima cura haberi debet; tum, quod verborum ministerio omnes res intelligantur (...) Nihil enim quicquam ad cognitionem rerum magis conducibile, quam nominum exploratam habere significationem *Arist. lib. 1. de coelo. c. 11 et lib. 2. Sophist. Elench. c. 2* (...) Unde sicuti rerum potior debet esse cognitio, ita et verborum prior dicitur esse explicatio ». Gli aforismi II e III sono sempre su aspetti terminologici e rinviando spesso a Deciani, Farinaccio, Gilhausen, Taegio. Questa parte, metodologicamente importante per il disegno complessivo, ricca di citazioni e ben articolata, non affronta comunque rilevanti questioni contenutistiche come avviene nel *Tractatus* ed è assai più breve. Una parte simile manca in Matthes, che nei *Prolegomena* del *De criminibus* al c. I, *Quid sit crimen*, si occupa solo della differenza tra *delictum* e *crimen*. In area tedesca, la propensione a riflettere nelle Università sui *generalia delictorum* è riscontrabile ancora nelle dissertazioni settecentesche; cfr. per es., quelle di J. H. von BERGER [Präses] — C. O. von MINCKWITZ [Respondent], *Electa iurisprudentiae criminalis*, Wittenberg, Meyer, 1705 che parte dall'analisi degli *axiomata* sulla natura e la pena dei reati, e di H. von COCCEJI [Präses] — J. D. von BROCK [Respondent], *De socio criminis*, Frankfurt Oder, Zeitler, 1701, sulla disciplina del concorso.

⁽¹²⁵⁾ Ci riferiamo in particolare sia alla sintetica parte sulla *significationem verborum* contenuta nei *Prolegomena* dell'*Arbor Iudiciaria Criminalis* di Ludwig Gilhausen sia a Ludovico Maria Sinistrari, che fa precedere la definizione di delitto dalla descrizione di alcuni vocaboli, cfr. *De delictis, et poenis tractatus absolutissimus*, Romae, Gianninus, 1754, tit. I *Proemialis*, § II, *De Delictis in genere*, n. 1, p. 8: « Foecunda igitur malorum parens iniquitas copiosam foetat prolem, maternae malitiae haeredem, quae proles multis indigitatur nominibus, puta, *maleficii, excessus, facinoris, sceleris, flagitii, noxae, iniuriae, peccati, doli, criminis, ac delictis*. ». Il frate francescano cerca di distinguere poi i primi sette che, sebbene abbiano ciascuno uno speciale significato, « in generali tamen idem important » (n. 2, p. 8) e gli ultimi quattro che « licet communiter pro eodem accipiantur, tamen inter se diversificantur » (n. 9, p. 8), ma senza proporre nulla di

senta più un problema per la scienza penale, Renazzi dedica un paragrafo all'elenco delle *nominum acceptiones* riferibili al delitto, ma con l'unica pretesa di un sintetico *excursus* storico che ripercorre i vocaboli delle fonti romane⁽¹²⁶⁾. La spiegazione dei « generalia ista et communia delictorum quae dixi nomina, synonyma videantur »⁽¹²⁷⁾ introdotta da Deciani diventa quasi un passaggio obbligato nelle premesse dei trattati penalistici, benché resti solo una sterile esibizione erudita, perdendo nel tempo la funzione sistematica, il senso propedeutico, il ruolo fondativo dell'autonomia disciplinare che aveva nel *Tractatus* dell'udinese.

III.3. *Le ragioni culturali e politiche di una parte generale*

La costruzione deciana della parte generale sostanziale rappresenta una tappa importante di una tendenza dottrinale di lungo periodo, che mira a predisporre e modellare strumenti giuridici efficaci per favorire l'affermazione di una concezione centralizzata del diritto penale. Il modello offerto dal *Tractatus*, che razionalmente prevede il *processus* come intervento successivo e conseguente alla violazione di una norma, sposta tutto il disvalore sugli aspetti sostanziali dell'illecito. La concezione 'imperativistica' affida la fisiologica stabilità del sistema all'osservanza del precetto che descrive i caratteri costitutivi del reato, elaborati dalla dottrina e recepiti nelle leggi: il penale materiale è autonomo nell'indicare le condizioni di mantenimento della *pax publica*, mentre l'azione e il procedimento intervengono solo per patologiche trasgressioni⁽¹²⁸⁾. La macchina punitiva del *Princeps* o della *Respublica* vuole orientare i comporta-

originale e senza attribuire troppa importanza a tale « rigorosa Legistarum subtilitate » (n. 12, p. 9) sembra quasi copiare il citatissimo Deciani.

⁽¹²⁶⁾ Cfr. F. M. RENAZZI, *Elementa Iuris Criminalis*, Venetiis, Sumptibus heredis Nicolai Pezzana, 1776, I *De delictis generatim*, caput I, *Delicti Etymologia, et varia nomina*, § V, *Singulares eorum nominum acceptiones*.

⁽¹²⁷⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, I *De vocibus, quibus delicta, et crimina significantur* n. 5.

⁽¹²⁸⁾ Sulla concezione 'imperativistica' che vede il sostanziale come prioritario sul processuale cfr. T. PADOVANI, *Lettura della Leopoldina. Un'analisi strutturale*, in *La Leopoldina. Criminalità e giustizia criminale nelle riforme del '700 europeo*, cit., pp. 12-13.

menti dei consociati: non deve più solo risolvere autoritativamente i conflitti tra privati mostrando l'*imperium* nella signoria sul/nel *processus*, ma mira a disciplinare la vita pubblica, ad indirizzare le azioni dei singoli, a garantire la *concordia civium* con il consolidamento degli equilibri istituzionali. Il penale sostanziale si presta duttilmente a questi fini ⁽¹²⁹⁾.

L'ordine espositivo annunciato all'inizio del *Tractatus* rivela, come visto, la volontà di distinguere i *generalia* e gli *universalia delictorum* dalla parte speciale. La 'parte generale' deciana affronta temi del tutto estranei alla moderna concezione di *Allgemeiner Teil*, ed è opportuno sottolineare tale diversità per evitare improponibili confronti o inopportune anticipazioni. È vero anche, tuttavia, che l'idea stessa di una parte preliminare, che spieghi principi ed elementi generali del delitto, proponga una teoria del reato, giustifichi e fondi la legittimità della potestà punitiva in funzione del particolare assetto dei poteri, avrà una fortuna di lungo periodo fino a diventare l'insostituibile veste del diritto penale moderno, illuministico e codificato. La tenuta plurisecolare del modello dimostra l'importanza dell'intuizione di Deciani, così come la riconosciuta e duratura paternità dell'invenzione stilistica testimonia il merito di aver per primo sperimentato la *iuxta methodus* deduttiva in *criminalibus*. Sia i diversi rapporti che nel tempo maturano tra ordine costituzionale e diritto penale, sia i nuovi ruoli che quest'ultimo

⁽¹²⁹⁾ In questo senso sono significative le osservazioni di R. MARTUCCI, *Tentativo (dir. interm.)*, in « Enciclopedia del diritto », XLIV, Milano, Giuffrè, 1992, p. 100, secondo cui la definizione dei termini di punibilità del tentativo (e nel *Tractatus* il problema è molto presente, tanto che Deciani dedica al *conatus* un capitolo per ogni reato e un capitolo di portata generale nell'omicidio) è possibile « solo con l'avvio del processo di tendenziale centralizzazione dell'amministrazione della giustizia penale, grazie al consolidamento dei maggiori Stati europei » che perseguono più ambiziosi obiettivi di politica criminale e che cercano un maggiore e capillare controllo della repressione penale, avviando « un programma di tutela della legalità ad ampio spettro, che abbandoni l'idea della eventuale (e non sempre certa) punizione esemplare di un singolo e clamoroso evento delittuoso, per abbracciare indirizzi di politica criminale volti a prevenire comportamenti tendenzialmente suscettivi di esempio e, per ciò, forieri di allarme ». Il discorso pare possa essere esteso ad altri istituti o categorie teoriche (come la colpevolezza, la legalità, il concorso), alcune delle quali indagate anche da Deciani, che dimostrano come riflessione dogmatica, astrazione concettuale ed estensione delle prerogative dello Stato in campo penale siano strettamente interdipendenti.

assume nelle esperienze giuridiche degli Stati moderni, riempiono di contenuti differenti l'invariato contenitore 'parte generale': il significante resta una costante sia dogmatica che metodica pur nei cambiamenti sostanziali apportati al significato dalla scienza penale⁽¹³⁰⁾. *Prolegomena, delictorum generalia, de delictis generatim*, parte generale: dal *Tractatus* in avanti è possibile studiare l'evoluzione del sistema penale verificando i mutamenti e i caratteri di questo *locus* argomentativo, nel quale i giuristi ricercano i fondamenti filosofici, religiosi, politici del diritto penale, che variano nelle alterne concezioni della società e del potere.

Si provi, per esempio, un confronto sommario tra le differenti riflessioni sul tema dell'origine del delitto e del diritto di punire. Deciani sente l'esigenza metodologica di risalire al tempo in cui per la prima volta « *crimina et prohiberi et committi et puniri coepta fuerint* » poiché « *ad doctrinam cuiusque rei multum conferat inventionem, atque originem ipsius conoscere* »⁽¹³¹⁾. Il primo delitto precede le stesse azioni dell'uomo: fu Lucifero a commettere un crimine di lesa maestà, seguito dalla trasgressione d'Adamo, poi dall'omicidio di Caino. La storia del crimine si intreccia con la storia della Salvezza, la sua origine è legata al rapporto tra Dio creatore e l'uomo che « *ex sola voluntate per liberum ipsius arbitrium peccavit* »⁽¹³²⁾: le fonti citate sono tutte tratte dalle Sacre Scritture o dalla patristica, il crimine deriva in origine dal (o meglio coincide col) peccato, cioè con la violazione dei precetti stabiliti da Dio. Il debito nei confronti dell'universo concettuale e teologico medievale è evidente. Il potere di infliggere pene trova un ineccepibile punto di partenza, oltre che una salda giustificazione, nell'intervento di Dio nella storia dell'uomo, anche se poi, come vedremo, si lega alla dimensione 'umana' del diritto delle genti. Ma anche *in ipsa humanae naturae infantia et in ipsis incunabulis* in cui va posta la genesi

⁽¹³⁰⁾ La funzione e i contenuti della parte generale, così come la ragione e i criteri per distinguerla dalla parte speciale, sono del tutto elastici, adattandosi in modo flessibile alle diverse esperienze giuridiche e variando nei differenti contesti storici; in questo senso cfr. L. STORTONI, *Introduzione alla parte speciale*, in *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, Giappichelli, 2000², p. 384.

⁽¹³¹⁾ DECIANI, *Tractatus Criminalis*, II, I *De origine Delictorum*, n. 1.

⁽¹³²⁾ Ivi, n. 3.

dei delitti, il precetto precede il peccato: la continuità che, come un filo ininterrotto, legittima la potestà punitiva del Principe o del legislatore statutario, è posta tutta nella norma, nella sua forza di predefinire e creare il delitto.

Nel Settecento Filangieri fonda l'origine del diritto di punire sul 'contratto sociale', con il quale gli individui trasferiscono alla società la rappresentanza e la tutela dei diritti che ciascuno aveva nello stato della 'naturale indipendenza' ⁽¹³³⁾. Contemporaneamente Renazzi, contrario alle tesi contrattualiste, afferma che l'origine dei delitti è duplice — « alia ipsi homini congenita, alia cum Civilium Societatum institutione confunditur » — e che « ex Natura Hominis Societas, ex Societate Leges, ex Legibus Delicta » ⁽¹³⁴⁾. Carrara nei *Prolegomeni* del *Programma* sostiene che « il giure penale ha la sua genesi e il suo fondamento di ragione nella legge eterna della universale armonia », legge che « è assoluta, perché costitutiva dell'unico ordine possibile alla umanità secondo le previsioni ed i voleri del creatore ». La *giustizia* data da Dio è poi concretamente esercitata dall'uomo in funzione della *difesa* e della conservazione dei diritti dell'umanità. Rifiuta nettamente tanto la concezione degli 'atei' della dottrina penale — gli illuministi Montesquieu e Bentham — che « tengono come *unica* genesi del diritto la *legge dello Stato* » ⁽¹³⁵⁾, quanto l'idea dell'elasticità perpetua del giure penale' in base ai tempi, ai luoghi, ai bisogni e alle opinioni lodata dal Filangieri.

Quattro esempi di criminalisti che, nell'arco di tre secoli, trattano lo stesso tema da prospettive diversissime e con esiti discordi. Mutano

⁽¹³³⁾ Cfr. G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Parigi, Derriey, 1853, lib. III, parte II, XXVI *Della necessità delle pene e del diritto di punire*, p. 190: « Ecco donde deriva il vero diritto di punire che ha la società, o sia il sovrano che la rappresenta; cioè, non dalla cessione de' diritti, che ciascheduno aveva sopra sé medesimo, come alcuni han creduto, ma dalla cessione del diritto che ciascheduno aveva sopra degli altri ».

⁽¹³⁴⁾ RENAZZI, *Elementa*, cit., I, c. II *De origine delictorum*, § I, n. 2 e nt. 1 p. 5. L'uomo è incline a delinquere, ma è anche per fisica e morale costituzione spinto alla vita in società; la legge è, dunque, necessaria per indirizzare autoritativamente i comportamenti degli individui. Lo *ius puniendi* del Principe è giustificato dalla tutela della *Reipublicae salus* e dalla *civium securitas*, e la sua potestà si fonda su una legittimazione di diritto naturale divino.

⁽¹³⁵⁾ Le citazioni sono tratte da F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, I, Firenze, Cammelli, 1924, p. 29 e p. 41.

la mentalità e il sostrato culturale in cui operano, cambia l'approccio filosofico, si diversificano soprattutto il quadro costituzionale, il ruolo e la presenza dell'autorità pubblica. Il Principe, il Sovrano assoluto, lo Stato celebrano la loro forza con immagini differenti, ricorrono a linguaggi alternativi, evocano diverse fondazioni legittimanti. La teologia postconciliare, la filosofia illuminista del contratto sociale o il giusrazionalismo carrariano, sono invocate per giustificare l'origine del delitto e della *potestas puniendi*. Non hanno nessun elemento in comune ed anzi riflettono i contrasti nello sviluppo della scienza penale, ma le elaborazioni si collocano tutte entro la medesima cornice della parte generale. Il modello stilistico e concettuale inventato da Deciani si consolida come imprescindibile momento di fondazione del diritto penale, come luogo d'elaborazione dei principi, ma soprattutto come strumento di riflessione sui presupposti filosofici del delitto e della pena, sulla separazione tra peccato e delitto, sulla funzione e i limiti del diritto di punire. Il diritto penale sistematico, secolarizzato e garantista è il risultato del lungo lavoro che la scienza giuridica svolge nell'officina dei *generalia delictorum*.

È opportuno insistere ancora sulla parte generale come prodotto della *scientia iuris*: i Codici penali che dalla fine del XVIII secolo in avanti adottano la distinzione tra *Allegemeiner Teil* e *Besonderer Teil*, recepiscono un modello frutto dell'elaborazione dottrinale e lo caricano di ulteriori, nuovi significati⁽¹³⁶⁾. Certamente alcuni caratteri dello schema deciano (poi ripreso da Dietrich, Bhömer, Renazzi e altri) filtrano nell'impianto codicistico e anzi aprono la strada verso una razionalizzazione della materia, ma non si possono non rilevare importanti diversità. Esistono, in sostanza, due rappresentazioni della parte generale: quella dottrinale, che nasce con Deciani e che diviene

⁽¹³⁶⁾ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976, p. 515-523, indica l'*Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung* di Giuseppe II (1787) come il primo Codice penale veramente moderno, nel quale il sovrano sfrutta le precedenti elaborazioni dei penalisti per l'attuazione dei suoi programmi di costruzione e giustificazione razionale dell'autorità statale e anche M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 190, lo considera il primo esempio di codificazione penale moderna, proprio alla luce della 'parte generale' e dei principi ivi espressi. Un accenno alla genesi dottrinale delle disposizioni di parte generale poi recepite nei Codici è in G. D. PISAPIA, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, I, Milano, Giuffrè, 1948, p. 15.

un passaggio obbligato della riflessione penalistica; quella legislativa, cristallizzata nel Codice e frutto di una scelta relativa, non dettata da sostanziali scelte di valore, ma legata a contingenti opportunità politiche⁽¹³⁷⁾. Indagare quali elementi dell'una siano filtrati nell'altra non è compito facile: scienza giuridica e legislatore assegnano alla parte generale funzioni differenti, a volte contrastanti, ed anche i tentativi definitori comuni ad entrambi operano su piani diversi perseguendo obiettivi spesso opposti.

Le definizioni (di delitto, dolo, tentativo, causalità) sono uno dei caratteri più tipici della parte generale, ma anche uno dei più problematici, poiché attorno ad esse gravita il conflitto tra il legislatore, che vuole fissare regole e concetti in modo stabile e vincolante, la scienza penale, che continuamente aggiorna il suo patrimonio teorico, e la giurisprudenza, che rivendica margini interpretativi per adattare le nozioni alle mutate esigenze pratiche e sociali⁽¹³⁸⁾. Certamente il Codice recepisce proposte elaborate dalla dottrina, la quale però non è sempre favorevole alla cristallizzazione di definizioni legislative, preferendo riservare a sé il compito di sintetizzare in istituti e principi le speculazioni dogmatiche. Deciani ricorre spessissimo a *definitiones* proprio su punti decisivi, convinto che consentano esse sole di svelare la *substantiam rei*, di indirizzare e limitare l'*arbitrium iudicis*. Ma sono, nel linguaggio cinquecentesco,

(137) Sulla relatività dei criteri che caratterizzano la separazione codicistica tra parte generale e speciale, cfr. T. PADOVANI-L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., p. 16 e M. GALLO, *I rapporti tra la parte generale e la parte speciale, in Metodologia e problemi fondamentali della riforma del Codice penale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, Jovene, 1981, pp. 147-159.

(138) Cfr. in proposito i contributi di M. DA PASSANO, *Le definizioni nella storia del diritto penale italiano contemporaneo* (pp. 95-108) e di G. ORRÙ, *Le definizioni del legislatore e le ridefinizioni della giurisprudenza* (pp. 147-161), in *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, Padova, Cedam, 1996. Che la posta in gioco sia il difficile equilibrio di poteri tra legislatore, giudici e scienza giuridica risulta ancora più evidente nell'Ottocento, cfr. P. ROSSI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 468: « Ora conveniamone; il danno più grave dei codici fatti speculativamente, ricchi di generali principi e di definizioni, è quello di cadere nelle ipotesi; è quello di fare, se si può esprimersi in tale maniera, della giurisprudenza matematica; (...) La mania delle definizioni, particolarmente, avrà gittato il legislatore per entro a generalità ed astrazioni di cui, cammin facendo, abuserà lui stesso, ovvero di cui abuseranno coloro che saranno incaricati di applicare la legge ».

quaestiones iuris e non *facti* ⁽¹³⁹⁾, nozioni affidate al giurista che grazie alle capacità di sintesi, al ruolo di custode della tradizione giuridica, è l'unico capace di distillare regole valide ed efficaci dalla confusione casistica. È il giurista che ricava dalla giurisprudenza e dalle norme le definizioni, è lui che le propone, non la legge che le impone.

Se è importante separare l'idea di parte generale da quella di Codice per non confondere il progresso scientifico della scienza penale con le decisioni storicamente determinate del legislatore, è anche necessario, tuttavia, verificare interazioni e reciproche influenze. La tesi secondo la quale l'organizzazione del sistema penale in parte generale e parte speciale nasce, o comunque si perfeziona, nelle codificazioni del XVIII e XIX secolo, quasi come compimento di un processo evolutivo d'incivilimento giuridico, sembra pagare un tributo troppo alto al mito illuministico del Codice e non considera il complesso percorso di elaborazione della parte generale compiuto, anche in Antico Regime, dalla *scientia iuris*, non sempre coincidente con quello codicistico ⁽¹⁴⁰⁾.

⁽¹³⁹⁾ Deciani è perfettamente consapevole che la definizione chiara di istituti e fattispecie ha come obiettivo anche la limitazione della discrezionalità dei giudici, e più volte insiste sulla differenza tra *quaestio iuris*, che deve essere risolta da fonti normative o dall'intervento ordinante e definitorio della dottrina, e *quaestio facti*, rimessa all'*arbitrium iudicis* ma comunque opportunamente indirizzabile dalle indicazioni del giurista: si vedano, per es., *Tractatus criminalis*, I, VI *De culpa*, n. 25, sui *gradus della culpa*; IX, XXXIX *De latronibus et pyratis*, n. 12 sulla qualifica di *latro publicus et famosus* e IX, XXXIII *Quomodo Mandans et Mandatarius sint correlativa*, n. 4, sugli effetti giuridici della relazione tra mandante e mandatario di un delitto. Il *Tractatus* applica ai *criminalia* le proposte della dialettica umanistica e contribuisce al processo scientifico e razionalizzante che sottrae definizione dei reati e tipizzazione del fatto all'arbitrio giudiziale e alle dinamiche processuali, per restituirle alla sfera del diritto sostanziale, espresso nella determinazione dei caratteri e nella descrizione dei contenuti dei delitti operate dalla legge o dalla scienza giuridica; per l'importanza metodologica della distinzione tra questione di fatto e di diritto nel XVI secolo cfr. A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1961, specie pp. 207-227 e M. BELLOMO, *I fatti e il diritto. Tra le certezze e i dubbi dei giuristi medievali (secoli XIII-XIV)*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2000, pp. 639-643.

⁽¹⁴⁰⁾ La lettura che esalta la portata innovativa dell'«effetto codice» appartiene alla storiografia meno recente, cfr. per es. C. CALISSE, *Storia del diritto penale italiano dal secolo VI al XIX*, Firenze, Barbèra, 1895, pp. 301-302 e U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Firenze, Sansoni, 1974³, p. 35. Pur nella

III.4. *Continuità e rotture, modello e contenuti*

Deciani dispone il diritto penale entro un sistema ordinato e razionale, ma molti degli istituti tipici della parte generale dei Codici non compaiono nei primi due libri del *Tractatus: conatus, auxilium*, mandato a delinquere, responsabilità dell'*universitas*, sono affrontati nella parte speciale ⁽¹⁴¹⁾. Un *Allgemeiner Teil* anomalo secondo i moderni parametri, incompleto, privo della descrizione di alcuni elementi che consentirebbero di ridurre la frammentazione delle ipotesi delittuose, di garantire agli individui eguali tutele ed equità nei giudizi. In realtà gli obiettivi del giurista udinese sembrano altri, del tutto lontani da pretese di garanzia per l'imputato. Responsabilità, delitto, legge: sono questi i tre pilastri su cui poggiano tutti i *generalia* decianei. Una definizione che sintetizza gli elementi costitutivi d'ogni fattispecie nel *delictum*, lo libera da retaggi o contami-

forte cesura provocata dai presupposti illuministici e giusnaturalistici, occorre riconoscere la vischiosità della scienza penale di Antico Regime e la continuità delle sue costruzioni tecniche, anche nei confronti delle prime parti generali codificate; in questo senso cfr. A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 76, nt. 121 e A. CADOPPI, *Una « Pompei » del diritto penale. Tradizione romanistica e « origini lombarde » del codice penale napoletano del 20 maggio 1808*, in *Le leggi penali di Giuseppe Bonaparte per il Regno di Napoli (1808)*, a cura di S. Vinciguerra, Padova, Cedam, 1998, specie pp. CLXXV-CLXXVIII.

⁽¹⁴¹⁾ L'incapacità di riflettere su tali concetti generali secondo criteri che li rendano applicabili a tutte le fattispecie è un elemento di contraddizione con l'ordine sistematico annunciato all'inizio. Deciani, tuttavia, cerca di elaborare una loro spiegazione riferibile non solo a singoli reati, ma a categorie d'illeciti, caratterizzate e identificate in base al bene giuridico leso: così avviene per tentativo e concorso riferibili a tutti i delitti dell'area del crimine di lesa maestà, o a quella dell'omicidio, o della violenza pubblica. C'è, in sostanza, la ricerca di 'ritagliare' istituti generali riferibili non a tutti i delitti, ma a grandi categorie di reati identificate in base all'oggetto dell'aggressione (la *maiestas* del Principe, la *pax publica*, l'incolumità dei cittadini): è un segno d'incompiutezza del progetto di descrivere i *generalia omnia delictorum*, ma è comunque una modalità espositiva che consente categorizzazioni e astrazioni non riscontrabili nei criminalisti precedenti (in particolare già la divisione dei reati in funzione del bene leso è un'ulteriore conferma della capacità sistematica dell'udinese ed è certo un'importante novità se paragonata all'ordine alfabetico di Claro o alla frammentarietà dei commentari al *Corpus Iuris*). In particolare, le pagine sul tentativo e i modi del concorso nell'idealtipo omicidiale possono estendersi a tutte le fattispecie; sulla disciplina del *conatus* nel *Tractatus* cfr. D. SELLNER, *Durchbruch der Lehre vom Verbrechenversuch im Sächsischen Strafrecht als Ausfluss der Rezeption*, Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1961, pp. 55-57.

nazioni religiose ponendolo al centro del sistema come paradigma di costruzione di tutti i reati. Una descrizione precisa dei criteri d'imputazione del fatto, per dolo o colpa, compiutamente definiti e distinti nei loro requisiti, *genera*, *gradus* ed effetti. Una riduzione rigorosa del delitto a ciò che è vietato dalla legge, trasferendo così sul precetto e sui soggetti legittimati a stabilirlo tutto il potere punitivo.

L'opera dell'udinese elabora concetti, istituti, *principia*, riduce il penale ad un sistema autonomo, filosoficamente e giuridicamente giustificato, pronto ad essere recepito e sfruttato dalle velleità assolutistiche dei sovrani. La centralità della legge si presterà poi ad essere tradotta in una signoria dello Stato unico legislatore, ma questo è un passo successivo non direttamente imputabile a Deciani. La sua è, infatti, una costruzione tutta 'scientifica', creazione eminentemente dottrinale che esalta le capacità ordinanti del *doctor iuris*, unico in grado di ridurre ad unità il frammentario disordine delle fonti, unico che per formazione e competenze può conciliare il diritto comune, la teologia scolastica, la cultura classica. La parte generale si pone al vertice di un sistema in cui è ancora il giurista a prevalere sulla legge: il suo lavoro interpretativo la legittima, la valorizza, ne fonda la *ratio* nel diritto divino e naturale.

Origine e definizione del delitto, distinzione tra diritto penale e morale, giustificazione e limitazione del potere di punire, descrizione della responsabilità: lo spazio dogmatico che affronta questi temi resterà per lungo tempo una presenza essenziale nella penalistica, un campo dove ricercare gli equilibri tra reato e pena, dove edificare l'ordinamento su sempre più solide fondamenta teoriche. L'affermazione che proclama Deciani 'inventore della parte generale', rischia, tuttavia, di essere indecifrabile se non contestualizzata: non è certo negli istituti disciplinati o nei principi posti al vertice del sistema punitivo che è possibile rinvenire un filo di continuità espresso dall'idea stessa di parte generale. Il giurista udinese ragiona sul volto nuovo che il penale sta assumendo nelle moderne formazioni politiche, cerca di traghettare l'impianto teorico di diritto comune verso le sponde di ordinamenti in cui il potere temporale del Principe rivendica piena autonomia. Affronta problemi e pone questioni tutte interne alle dispute cinquecentesche, ma la consapevolezza metodologica di dover prospettare un nuovo approccio al diritto criminale gli permettono di definire un peculiare *locus* scien-

tifico d'elaborazione dogmatica, di razionalizzazione della materia. Per primo crea i presupposti per il successivo sviluppo della 'parte generale' come compito dottrinale, ne definisce la funzione di costruzione dei *generalia omnia delictorum*, la legittima dal punto di vista metodico. Dal *Tractatus* in avanti essa accompagna la vita del diritto criminale come un fiume carsico, che riemerge dal suo corso sotterraneo nei momenti in cui la scienza giuridica è chiamata a fondare le ragioni politiche della macchina penale, a giustificare facoltà e limiti della potestà punitiva, ad offrire al legislatore criteri generali d'indirizzo.

Le contraddizioni sistematiche, unite ai forti aspetti di continuità con la criminalistica di diritto comune propri del *Tractatus*, che resta espressione sia pur particolarissima di quel modello di scienza penale con il suo apparato topologico linguistico e autoritativo, inducono i giuristi 'moderni' a trascurare i tratti d'originalità della proposta deciana per esaltare, invece, lo stile più asciutto e lineare di Anton Matthes. All'umanista olandese viene riconosciuto il merito di avere per primo ragionato in termini astratti sui *criminalia*, mentre quelli che lo hanno preceduto nello studio del diritto penale sono accomunati da un giudizio severo in un'indifferenziata incapacità « di ridurne i princìpi in generale teoria »⁽¹⁴²⁾. Solo nei *Prolegomena* del *De criminibus* Carmignani rintraccia l'avvio di una riflessione sugli elementi costitutivi del delitto, sulla colpevolezza, l'attentato, la complicità: « generalità della scienza », tuttavia, ancora decisamente insoddisfacenti, in quanto proporzionate all'oggetto e alla struttura complessiva dell'opera, finalizzata « non a porre in sistema scientifico i princìpi relativi ai delitti e alle pene, ma a illustrare le leggi Romane relative a questa materia »⁽¹⁴³⁾.

Un passo in avanti, consistente in un « oggetto più generale e più grande » si ha — a detta del professore pisano — con i *Prolegomena* di Renazzi, « obbligato a partire da un punto più elevato e sublime »: in realtà, però, anche questi tentativi « di fissare

⁽¹⁴²⁾ G. CARMIGNANI, *Dissertazione critica sullo studio delle discipline criminali*, consultato qui nel volume pubblicato a Firenze dalla tipografia di Luigi Pozzati nel 1822 alle pp. 141-189, in calce al *Compendio degli elementi di diritto criminale* dello stesso autore; la citaz. è a p. 157.

⁽¹⁴³⁾ Ivi, p. 158.

le precise basi del sistema scientifico, ch'egli si era proposto, e quindi delineare il miglior metodo per insegnarlo, presentano parole vuote di senso nell'applicabilità loro alla scienza», e contribuiscono non ad eliminare, ma anzi « a radicar viemaggiormente i pregiudizi scientifici, che più si oppongono alla bontà del metodo, e alla sicurezza dei princìpi »⁽¹⁴⁴⁾. La critica di Carmignani ha toni netti e getta tanto la scienza penale del diritto comune quanto i maturi epigoni tardo-cinquecenteschi in un cono d'ombra destinato ad espandersi nella penalistica tra Otto e Novecento: i *generalia* di Deciani non sono apprezzati né menzionati ed anche i prolegomeni di Renazzi e Cremani, partendo da presupposti circoscritti all'area penale e non distinguendo tra imputazione criminale e imputazione morale, sono valutati « quasi che inutili »⁽¹⁴⁵⁾. Il lapidario giudizio negativo espresso sui predecessori, esalta, tuttavia, in modo ancora più evidente la funzione centrale che Carmignani stesso attribuisce alla trattazione delle 'generalità' del diritto penale, momento indispensabile e nucleo sorgivo nel quale il giurista deve fissare presupposti, contenuti, limiti dell'oggetto d'indagine:

« le generalità della scienza criminale son destinate, a far conoscere 1. l'oggetto della scienza 2. i mezzi, che impiega per giungervi 3. i limiti, che la separano dalle altre scienze, colle quali potrebbe facilmente confondersi. Esse son destinate dal rigore analitico ad essere ciò, che è la facciata, e la pianta di un'edifizio, che bisogna poi interamente conoscere »⁽¹⁴⁶⁾.

In questa concezione che mira a segnare una cesura con il passato, volta a progettare la natura della parte generale del presente e dell'avvenire, il giurista pisano ritorna, pur con legittimazioni teoriche e consapevolezze filosofiche nuove, sulle stesse fondative questioni da cui muoveva la riflessione di Deciani: sono riservati alla

⁽¹⁴⁴⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁴⁵⁾ G. CARMIGNANI, *Compendio degli elementi di diritto criminale*, Firenze, Luigi Pezzati, 1822, *Prolegomeni*, p. 4.

⁽¹⁴⁶⁾ *Ibidem*. Convinzione poi ribadita in G. CARMIGNANI, *Elementi del diritto criminale*, Macerata, Cortesi, 1853, *Prolegomeni a tutto il diritto criminale*, § 3, p. 32: « Ufizio poi dei *Prolegomeni* dei detti *Elementi* è di ordinatamente esporre le più generali fra le nozioni del diritto, alle quali gli stessi elementi appartengono: di fissarne cioè: I la *Indole*, II le *Parti*, III il *Criterio*, IV il *Metodo* ».

scientia iuris i compiti d'elaborare principi generali fissando i confini della disciplina rispetto alle altre branche del diritto, di scegliere il metodo epistemologicamente più opportuno, d'espone i *criminalia*, di definire i caratteri costitutivi del delitto e della pena.

Anche Carrara, in modo significativo, riconosce la distanza che separa la costruzione dottrinale dalle decisioni del legislatore; intende ancora la parte generale come un momento di pertinenza esclusivamente scientifico-filosofica, nel quale spetta ai giuristi risalire alla *natura delle cose* per poi tradurla in un coerente e giusto sistema punitivo:

« Alla nostra scienza tre fatti pongono argomento — l'uomo che viola la legge — la legge che vuol punito quell'uomo — il magistrato che verifica la violazione, ed irroga la punizione. Delitto — pena — giudizio. L'ordine delle materie nel giure penale discende dalla natura delle cose. È inalterabile. Questa è la parte *generale* della scienza nostra » ⁽¹⁴⁷⁾.

Il rapporto tra scienza penale e *generalia* appartiene alla dimensione ontologica del diritto punitivo, al suo più essenziale carattere strutturale, al dato 'naturalistico' non modificabile dalla discrezionalità politica del legislatore: delitto pena e giudizio, prima d'essere materia di mutevole regolamentazione ad opera del diritto positivo, costituiscono argomento di un'imprescindibile fondazione dottrinale, capace essa sola di fornire le basi teoriche e metodiche per i successivi sviluppi, sia dogmatici che normativi, della disciplina.

La *scientia iuris* prima domina la forza debole della legge positiva, poi si confronta con essa, infine scompare alla sua ombra negli ordinamenti moderni a diritto codificato. Il lento adagiarsi del diritto sulla legge ha reso via via inutile e superflua la parte generale come inventata da Deciani, aprendo la strada ad altre riflessioni tutte interne alla struttura del Codice stesso, relative al rapporto della parte generale con le leggi speciali, alle possibili aperture a fonti

⁽¹⁴⁷⁾ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, I, cit., p. 43. Sulla vocazione di Carrara a 'fare scienza' e sul suo rifiuto di un ruolo meramente esegetico della legge, incisive le pagine di P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto penale (a proposito di recenti appuntamenti 'carrariani' e della ristampa della 'Parte generale' del 'Programma del corso di diritto criminale' di Francesco Carrara)*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 24, 1995, pp. 469-475.

extralegislative, alla ricezione di elaborazioni dottrinali o d'interpretazioni giurisprudenziali. I recenti avvenimenti schiudono, tuttavia, gli spazi per un ripensamento più radicale del sistema penale: da un lato, la sproporzionata mole della legislazione penale complementare rispetto al diritto codificato ha reso evidente che « l'equazione "codice=razionalità giuridica" non può essere assunta come un postulato logico, essendo piuttosto una variabile storicamente condizionata »⁽¹⁴⁸⁾; dall'altro, la crisi degli Stati nazione acuita dai processi politici d'unificazione dei differenti sistemi politici e giuridici, ha ridestato un dibattito da lungo sopito, aprendo ai giuristi nuovi orizzonti e assegnando loro maggiori responsabilità.

⁽¹⁴⁸⁾ F. PALAZZO, *Per una razionalizzazione della legislazione complementare*, in « Cassazione penale », XLIII, 2003, p. 320.

CAPITOLO IV
COSTRUZIONE CONCETTUALE
DEL *DELICTUM IN GENERE*

I. Lo studio del reato *in abstracto*. — I.1. Dai *casus* al concetto. — I.2. Sintesi dogmatica del modello di delitto. — I.3. Caratteri sostanziali nel *corpus delicti*. — I.4. Funzione del *factum* nella dimensione accusatoria. — I.5. La conoscenza del delitto *per causas*. — I.6. La logica come metodo: il confronto a distanza tra Deciani e Theodoricus. — II. La ricerca di una sintesi concettuale: la *diffinitio delicti*. — II.1. La definizione di delitto al centro del sistema. — II.2. Sintesi del *genus* e formazione del tipo: *contractus* e *delictum*. — II.3. La scomposizione in *elementa*. — II.4. Definizioni che cambiano per un penale che si trasforma. — II.5. *Delictum*: strumento ordinante e programmatico. — III. « Nullum delictum poena dignum quod dolo vel culpa vacet ». — III.1. Presupposti del reato: *voluntas et animus delinquendi*. — III.2. *Animus distinguit maleficia*. — III.3. Irrilevanza penale della *cogitatio*. — III.4. Verso un *genus* di responsabilità penale. — III.5. L'elaborazione deciana del dolo penale. — III.6. Dolo vero e dolo presunto. Variazioni per proporzionare la pena. — III.7. Differenze sostanziali tra *dolus* e *culpa*.

I. *Lo studio del reato in abstracto*

I.1. *Dai casus al concetto*

Il segno caratterizzante della parte generale del *Tractatus* consiste nell'elaborazione di un'originale 'teoria del reato' che comprende l'individuazione degli elementi costitutivi del *delictum*, la ricostruzione del rapporto necessario tra crimine e legge, l'accurata descrizione dei confini e delle regole dell'ordinamento giuridico penale in contrapposizione al foro penitenziario. Nel libro secondo dell'opera, Deciani dimostra tutta la sua capacità di sintesi: emerge con forza e valore indiscusso il ruolo del giurista costruttore dell'architettura complessiva, che grazie alle conoscenze filosofico-umanistiche, alle competenze tecnico-giuridiche e alla dimestichezza con i motivi della speculazione teologica, si pone come l'unico

artefice dei caratteri che sono la struttura portante del sistema punitivo generale. Il quadro finale offre un penale riposto nella *lex positiva*, ma la preminenza del dato normativo non è imposto dall'alto, non riflette la sovranità assoluta del Principe né la concentrazione in capo a questi del potere legislativo esclusivo: è il *doctor iuris* che osserva la realtà quotidiana, vede le esigenze di sicurezza dei cittadini e i pericoli che minacciano la conservazione della pace pubblica, conosce la prassi giudiziaria, constata l'incremento dei provvedimenti legislativi scritti emanati dal potere centrale e poi trasforma questo ricco e polimorfo bagaglio di esperienze in una concreta proposta di diritto criminale.

L'elaborazione tutta teorica del concetto di delitto merita ancora qualche osservazione, per comprendere la reale portata dell'innovazione metodica e contenutistica del trattato, per cogliere le ragioni della sua continuità nel lungo periodo e per giustificarne la paternità deciana alla luce della formazione culturale complessiva dell'autore. Deciani si può giustamente considerare come un ponte tra l'esperienza giuridica di diritto comune e quella moderna, rappresentante di una cultura che si apre a nuovi strumenti di conoscenza, utilizza nuove tecniche di lettura del reale e di costruzione del sapere scientifico, ma che non vuole rifiutare la tradizione medievale. Equilibrio tra 'bartolismo' e umanesimo, ma anche piena convinzione della validità della letteratura consiliare e della funzione pratica del *doctor iuris*, combinata senza contraddizioni o incoerenze con un approccio didattico sistematico e con lo stile deduttivo del *Tractatus*. La ricerca di un nuovo metodo non si traduce per Deciani in contestazione della tradizione italiana, di cui anzi difende valore scientifico e utilità pratica; è piuttosto la figura centrale del giurista che si arricchisce di ulteriori prerogative imparando a maneggiare altri attrezzi speculativi. Cultura giuridica completa significa per l'udinese capacità di entrare e di incidere nel mondo della prassi, ma pure competenza per uscire dalla casistica, per costruire un modello astratto del diritto penale che offra un più efficace schema didattico e un impianto teorico funzionale alla *potestas* del Principe.

Non avrebbe senso leggere il trattato criminale come fenomeno isolato dal resto della produzione giuridica del suo autore; è anzi un'utile chiave di comprensione cercare di ritrovare un segno di comunicazione tra i *Responsa*, l'*Apologia* e il *Tractatus*. Questo segno

può ritrovarsi nella centralità del ruolo del giurista come demiurgo del sistema, artefice della trama che racchiude e spiega l'esercizio della funzione legislativa, sola figura autorizzata a legittimare le sperimentazioni perché inserite nel solco di una continuità culturale. La parte generale e la teorizzazione del reato diventano per la prima volta in Deciani due realtà strettamente interconnesse, occupano uno spazio dogmatico unitario e assumono un'imprescindibile funzione di spiegazione dei principi e dei fondamenti della disciplina in quanto prodotto eminentemente dottrinario. Solo grazie alla capacità sintetica e sistematica del criminalista è possibile la maturazione di tale forma espositiva, che presuppone un approfondito studio della materia per come si è autonomamente delineata da Gandino in avanti, implica un'assidua frequentazione della letteratura penalistica di diritto comune, ma necessita anche di una grande capacità di muoversi all'interno dell'arcipelago delle fonti romane, degli istituti civilistici e canonistici, esige erudizione nel profilo storico della materia e precisione nel linguaggio.

La *diffinitio delicti* e l'analisi degli elementi costitutivi dell'illecito sono il frutto di un lavoro di sintesi, d'attenta verifica della prassi e di una conseguente razionalizzazione dei caratteri comuni e costanti dei vari reati entro categorie più ampie, riducendo le ipotesi di dettaglio a circostanze variabili per far emergere i soli tratti essenziali, tipizzanti. Dalla molteplicità delle fattispecie e dalla sensibilità verso i problemi e le questioni della realtà giudiziale, Deciani estrae, primo a farlo nei *criminalia*, l'essenza, la *quidditas* di ogni fatto penalmente rilevante: ragiona sul reato come rappresentazione concettuale, oggetto di uno studio che prescinde dalle sue manifestazioni concrete. Tutti i caratteri che la legislazione frammentata ha lentamente adottato, e soprattutto che l'interpretazione giurisprudenziale ha saputo far emergere come fattori decisivi nella valutazione dei comportamenti illeciti, sono raccolti e ripensati in funzione dell'elaborazione di un istituto astratto, separati dal caso concreto o dalla specifica ipotesi che li ha occasionati e in cui hanno operato, per essere impiegati come singole parti dell'unitario 'ente giuridico' che è il *delictum*, immagine artificiale del *genus*.

L'impresa dogmatica del *Tractatus* acquista maggiore importanza e singolarità se si considera il fatto che nel grande patrimonio delle fonti romane non è possibile rinvenire un precedente autori-

tativo, paragonabile per completezza e organicità alla costruzione deciana. Unico passo che sembra presentare una qualche assonanza è quello di Claudio Saturnino nel *De poenis paganorum* (D. 48. 19. 16), dove si individuano quattro *genera* di delitti (*facta, dicta, scripta, consilia*) che possono essere considerati e differenziati in base a sette modalità (*causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate, eventum*). Sebbene si riconosca in questa doppia partizione lo sforzo per « l'impostazione di una teoria generale »⁽¹⁾ o il « tentativo » di costruzione di un sistema » importante in quanto « attuato attraverso un'atipica ed assai interessante sintesi di tecniche argomentative »⁽²⁾, la fonte ha caratteri di confusione e incompletezza che rivelano l'inconsistenza dogmatica di tale impegno più classificatorio che costruttivo. Essa, infatti, non distingue i caratteri costitutivi e caratterizzanti dei reati dagli elementi circostanziali e accessori, così come nei sette modi, oltre all'utilizzo di termini dai contorni semantici poco precisi e con significato generico come *qualitas*, sono mescolate cause di modificazione o di esclusione della pena, attenuanti e aggravanti.

L'esperimento di Saturnino nel sintetizzare classificazioni generali, peraltro isolato e di non facile interpretazione nel panorama del diritto penale romano, è forse la reazione dottrinale alla crisi di legalità dovuta alla diffusione della *cognitio extra ordinem*⁽³⁾, ma risente evidentemente dell'incompletezza dogmatica del diritto criminale. Ciò che manca al passo in questione, come più in generale alle fonti antiche, è la chiara teorizzazione degli elementi essenziali del reato, la descrizione del modello sostanziale tipico di illecito penale cui poi riferire le particolari fattispecie. Il carattere casistico del diritto penale romano, il suo originario e preminente aspetto processuale⁽⁴⁾, impediscono di ragionare sulla tipicità del reato in

(1) G. IMPALLOMENE, *Riflessioni sul tentativo di teoria generale penalistica in Claudio Saturnino* (D. 48,19,16), in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, III, Milano, Istituto editoriale Cisalpino, La goliardica, 1982, p. 191.

(2) G. SPOSITO, 'Quattuor genera... septem modis': *le circostanze del reato in D. 48.19.16 (Claudius Saturninus De poenis paganorum)*, in « *Studia et Documenta Historiae et Iuris* », LXV, 1999, p. 115.

(3) Così ipotizza IMPALLOMENE, *Riflessioni*, cit., p. 201.

(4) In questo senso cfr. per esempio C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, Giappichelli, 1970, pp. 18 e 26, e U. BRASIELLO, *Delitti (dir. romano)*, in

astratto e consentono tuttalpiù di classificare le modalità concrete delle forme di realizzazione dell'illecito, in funzione delle loro ricadute pratiche sulla variazione della pena. Il concetto di delitto è assorbito, per un verso, dall'*actio* con la quale lo si accerta e si persegue in processo, per altro verso dalla pena con cui viene sanzionato.

I.2. *Sintesi dogmatica del modello di delitto*

Tratto peculiare dell'esperienza penalistica romana e causa dell'impossibilità di distinguere tra elementi che incidono sulla sostanza del reato o che sono solo accidentali, è la mancanza dell'ipotesi tipica, astratta o 'normale' di reato. L'assenza di una precisa definizione stabilita dalla legge penale o elaborata dalla dottrina, che definisca in modo chiaro i contenuti sia del delitto in generale sia delle singole fattispecie, impedisce di utilizzare il principio della conformità del fatto concreto al modello, di verificare se il particolare accadimento sia sussumibile nell'ipotesi astratta ⁽⁵⁾. Questa lacuna che si ritrova già nel *Corpus giustiniano*, accentuata dall'espansione dei *crimina extraordinaria* su cui poi anche il diritto comune lavorerà per concedere ampi spazi creativi all'arbitrio giudiziale e alla *interpretatio doctorum*, diviene sempre meno accettabile nel Cinquecento, tanto sul piano dottrinale quanto su quello della politica criminale del Principe. È rispetto a tale mancanza che il *Tractatus* apporta un radicale cambiamento.

« Enciclopedia del diritto », XII, 1964, pp. 6-7, secondo il quale in età classica è più evidente il carattere eminentemente processuale del diritto penale, poiché « l'unità del crimine istituito dalla legge è data non tanto dalla sua natura sostanziale, quanto dal fatto che tutte le ipotesi sono da assoggettarsi alla stessa procedura, e sboccano nella stessa pena », mentre la situazione cambia parzialmente in epoca imperiale quando, con la *cognitio extra ordinem*, « si ha un diritto penale di contenuto sostanziale, con figure criminose che vengono repressi con un tipo di processo più semplice ed elastico ». Più in generale, sulle trasformazioni sostanziali e processuali apportate dalla nuova forma di *cognitio extra ordinem*, cfr. da ultimo B. SANTALUCIA, *La giustizia penale*, in *Storia di Roma*, vol. II *L'impero mediterraneo*, 3 *La cultura e l'impero*, a cura di E. Gabba e A. Schiavone, Torino, Einaudi, 1992, pp. 211-236.

⁽⁵⁾ Coglie bene questa 'mancanza' come segno tipico del diritto penale romano F. M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena « pro modo admissi »*, Bari, Macri, 1942, ora in Id., *Scritti vari di diritto romano*, III, Bari, Cacucci, 1987, p. 533 e pp. 535-536.

Deciani sembra, infatti, cercare risposte innovative per colmare questa carenza dogmatica. Tenta di offrire una soluzione che risponda alle mutate esigenze tanto della *scientia iuris* quanto del potere politico, che sfrutti gli strumenti teorici sperimentati e maturati nelle *lecturae criminalium* e riconosca nel contempo le opportunità razionali del metodo umanistico. Traccia una via nuova, fedele alla tradizione penalistica italiana ma certamente originale, proprio perché riesce a ragionare sul *delictum in genere sive imaginatione*, a costruire una categoria astratta, a fissare i contenuti e i requisiti costitutivi di ogni violazione penalmente rilevante. La tipizzazione dello schema di reato che esce dalla sintesi concettuale sui *generalia delictorum* è un prodotto non dell'intervento d'imperio del legislatore ma della scienza ordinante del *doctor iuris*: definizione di un modello di legalità e conformità al 'tipo' non normativo, come neppure in Roma esisteva ⁽⁶⁾, ma dottrinale.

Per fare questo deve necessariamente prendere le distanze tanto dalle fonti romane quanto dall'apparato di disposizioni statutarie, *decisiones* e *opiniones*, tutte improntate ad un canone casistico ed analitico. I rinvii al *Corpus Iuris* sono, infatti, nei primi capitoli del libro II, molto meno frequenti che nella parte speciale: il percorso di Deciani è autonomo, deve selezionare argomenti in altri testi, rinvenire appoggi in fonti diverse. Non è un caso che proprio il passo di Saturnino, pure tanto utilizzato dalla criminalistica di diritto comune per indagare le modalità delle azioni criminose e per modulare la pena, sia richiamato dall'udinese solo marginalmente, al termine dell'elaborazione del delitto. Quando, dopo la descrizione *per causas* e la *definitio*, illustra gli elementi sostanziali, naturali e infine accidentali, precisa che questi ultimi sono *extra* la struttura ontica del *delictum*, circostanze che possono esserci o meno senza con ciò alterare la corrispondenza del fatto al modello tipico e che, pertanto, non meritano neppure, proprio per il loro carattere di accidenti del caso concreto, di essere inseriti e descritti in questa

(6) L'assenza di un principio di legalità nell'esperienza giuridica romana e di una conseguente tipicità delle fattispecie criminose è sostenuta e argomentata da V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana*, Napoli, Jovene, 1998⁵, pp. 69-75 e da GIOFFREDI, *I principi*, cit., p. 14; critico invece G. CRIFÒ, *Principi di diritto penale romano*, in « Labeo », 1973, p. 369.

parte sui *generalia*, « cum aptius mihi visum sit singulis delictorum speciebus eorum accidentia subnectere » (7).

L'originalità sembra essere tutta stilistica, nella disposizione della materia, nella scelta metodologica, ma certo la rinnovata veste espositiva veicola significati ulteriori non riducibili alle sole sperimentazioni umanistiche. L'impegno nel definire un metodo d'insegnamento dei *criminalia* più efficace, deduttivo, scientificamente fondato su concetti ben definiti e su discorsi argomentativi sorretti da rigore logico, ha avuto — come visto — importanti ricadute sull'impianto del *Tractatus*. Altrettanto deve dirsi per il contesto politico istituzionale, sia locale con riferimento ai territori della Repubblica di Venezia sia su scala europea, e per gli equilibri di potere tra Stato e Chiesa: fattori che sicuramente hanno influenzato la visione deciana del diritto punitivo come prerogativa dell'autorità pubblica. C'è poi una maturazione scientifica della penalistica, che nel Cinquecento sente l'esigenza di svincolarsi dal modello analitico e descrittivo delle *Practicae*, di elaborare istituti più comprensivi per organizzare la materia entro nuovi schemi, di far convergere le varie distinzioni di specie criminose su una struttura teorica e un concetto di genere più saldi.

Il *delictum* inizia ad essere studiato come ente astratto, come *genus* capace di offrire riferimenti interpretativi universali e criteri di classificazione uniformi. Il passaggio dai *casus* al concetto richiede tempi lunghi, tappe graduali che facciano maturare tra i *doctores* la consapevolezza delle potenzialità scientifiche e metodologiche delle categorie generali. Non ci sono ancora, nella prima metà del XVI secolo, i segnali di una teoria del reato, ma alcuni giuristi cercano di dedurre dalla pratica altre nozioni, di applicare al delitto nuovi metodi d'indagine conoscitiva. Antonio Gomez tratta la *materia delicti* nell'ultima parte dei *Commentaria*: il primo capitolo è dedicato a *genera* e *species* dei reati, ma in realtà non c'è nessun contributo teorico all'elaborazione di un sistema, nessuna astrazione concettuale. L'esposizione è sempre chiaramente dettata dalla giustizia praticata, le classificazioni partono dal dato processuale e sono analizzate in funzione delle ricadute sull'*actio*. È ancora l'ottica del

(7) DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, IV *De substantialibus, naturalibus et accidentalibus delicti in genere*, n. 3.

giudizio a prevalere sul diritto sostantivo mentre manca del tutto l'idea di fare del reato uno strumento ordinante. La descrizione dell'omicidio, come consuetudine nelle fonti medievali, continua ad essere occasione per qualche riflessione di carattere più generale. Il tema della punibilità della *cogitatio* offre al giurista spagnolo lo spunto per una considerazione sui caratteri fondamentali dell'illecito penale:

« quod in delictis regulariter tria considerantur, animus, factum et delictum: animus, ut quis intendat delinquere; factum ut sequatur delictum; delictum, ut per legem sit punibile, quod intellige in foro contentioso, secus vero in foro conscientiae, quia si quis animo deliberavit alium occidere, vel offendere, vel alium delictum, vel peccatum committere, statim peccat mortaliter » (8).

Animus, factum, delictum, ovvero intenzionalità dell'azione, materialità del fatto che deve manifestarsi in un qualche comportamento esterno e non limitarsi alla sola intenzione interiore, legge che rende delittuosa l'azione sanzionandola con un pena. È un'indicazione molto sintetica e generica, finalizzata nel discorso dell'autore a tracciare un confine tra il foro contentioso e quello penitenziale dove la *sola cogitatio* già consuma il peccato. Non c'è alcun intento definitorio, né l'idea di sviluppare una teorica sganciata dalla casistica o dai concreti risvolti sanzionatori delle diverse specie di crimine, ma sono comunque colti gli *elementa* minimi del reato, i requisiti dai quali il giudice non può mai prescindere (9).

I.3. Caratteri sostanziali nel corpus delicti

Alcuni elementi del *delictum* conoscono sicuramente una prima elaborazione teorica nelle discussioni dottrinali sul *corpus delicti*, in una fase in cui è pur sempre la dimensione processuale a prevalere

(8) GOMEZ, *Variarum Resolutionum*, cit., t. III, *de Delictis*, c. 3 *De Homicidio*, n. 30, p. 81.

(9) Il passo sarà ripreso da Carpzov, non propenso a costruzioni sistematiche, definizioni e speculazioni astratte, per confermare la massima per cui *voluntas distinguit maleficium*, cfr. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., pars I, Quae. I, *De poena homicidii*, n. 18, p. 4.

rispetto al diritto materiale, ancora funzionale all'attività e alle scansioni del giudizio ⁽¹⁰⁾. Il *constare de delicto* diviene, già a partire dal Trecento poi in modo ricorrente nel Cinquecento, un momento centrale nella riflessione dei criminalisti, poiché in esso si concentrano le ragioni teoriche che determinano i poteri del giudice nella ricerca *ex officio* dell'illecito e del suo autore. In origine la prova della materialità del fatto serviva come presupposto per l'inizio dell'indagine; *inquisitio generalis* (o *praeparatoria*) doveva appunto fornire gli elementi probatori limitati all'accertamento di un commesso crimine. Verificata l'esistenza del corpo del reato, il giudice procedeva all'*inquisitio specialis*, nella quale si avviava il processo vero e proprio, finalizzata alla prova della colpevolezza dell'indagato nel rispetto dei diritti, pur ridotti, della difesa. La fase iniziale (descritta già da Gandino e dall'Aretino), del tutto senza contraddittorio né possibilità alcuna d'intervento dell'indagato o della difesa, aveva uno scopo, per così dire, di garanzia minima e di economia processuale, ovvero doveva impedire che il giudice avviasse procedimenti arbitrari in assenza della tangibile, oculare notizia del reato, prevenendo così l'inizio di giudizi ingiustificati ⁽¹¹⁾. Con l'espandersi del rito inquisitorio e l'esponentiale aumento delle prerogative del giudice, i caratteri dell'*inquisitio generalis* tendono ad occupare spazi e competenze sempre maggiori.

⁽¹⁰⁾ L'importanza della teoria del *corpus delicti* nello sviluppo della scienza criminale e nell'elaborazione dei caratteri costitutivi delle fattispecie è stata ampiamente indagata nel contributo del 1933 di HALL, *Die Lehre vom corpus delicti*, cit., *passim*; in seguito cfr. K. VOLK, *Prozessvoraussetzungen in Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht*, Ebelsbach, Verlag Rolf Gremer, 1978, pp. 34 ss. e GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand*, cit., specie pp. 157-256. Sulla 'costruzione' processuale del *factum* nel processo penale utili gli spunti di M. VALLERANI, *I fatti nella logica del processo medievale. Note introduttive*, in « Quaderni storici », 108, 2001, 3, pp. 665-693 e ora in Id., *La giustizia pubblica medievale*, cit., pp. 75-111.

⁽¹¹⁾ Sulla distinzione nelle due fasi del processo inquisitorio, cfr. per es. A. LAINGUI-A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, II, *La procédure criminelle*, Paris, Cujas, 1979, p. 50 e A. ALLARD, *Histoire de la justice criminelle au seizième siècle*, 2e réimpression de l'édition de Gand 1868, Aalen, Scientia Verlag, 1997, pp. 175-185. Sul fondamento razionale e sull'utilità pratica dell'accertamento materiale del reato cfr. anche V. POSITANO DE VINCENTIS, *Ingenere*, in « Il Digesto Italiano », XIII, parte prima, Torino, Utet, 1902-06 e G. SCIASCIA, *Ingenere*, in « Nuovo Digesto Italiano », VI, Torino, Utet, 1938, pp. 1093-1094.

Nella nozione di *corpus delicti* rientra non più solamente il dato materiale e oggettivo del fatto di reato (il cadavere, le ferite del corpo, la casa bruciata), ma sono compresi anche *qualitates et circumstantiae*, profili soggettivi o altri caratteri costitutivi di una fattispecie, elementi sostanziali tali da richiedere al giudice una presunzione o una ragionevole certezza non solo sull'accadimento, ma anche sull'identità del colpevole e sulle modalità della condotta⁽¹²⁾. L'*inquisitio specialis* viene, di fatto, ad essere assorbita in quella *generalis*. Si vanifica il senso garantistico della distinzione sia temporale che logica di queste due fasi: accertamenti, indagini, verifiche, raccolta di prove indirizzate al delitto nel suo complesso e realizzate, tuttavia, ancora nelle modalità arbitrarie dell'*inquisitio generalis*, ancora all'insaputa del soggetto indagato⁽¹³⁾. Il graduale « processo di 'dematerializzazione' della dottrina del *constare* »⁽¹⁴⁾, riflessa dall'inclusione in esso di caratteri sempre più completi della fattispecie penale, confonde il piano sostanziale con quello processuale, dimostrando l'insufficienza di strumenti esclusivamente pro-

(12) Per esempio, la ricerca del *corpus delicti* comprende in senso ampio l'accertamento di uno *scelus* accompagnato anche dal profilo psicologico del dolo, in BOSSI, *Tractatus varii*, cit., tit. *de delicto*, n. 3, f. 1vb: « Sed primo adverte quia dicit text. quod debet constare illum interemptum scelere, et sic non sufficeret si constaret simpliciter esse interemptum: potuisset enim hoc fieri sine dolo, et scelere », su cui cfr. DI RENZO VILLATA, *Egidio Bossi*, cit., pp. 408-409; nello stesso senso cfr. anche FARINACCIO, *Praxis et theoricae criminalis Libri Duo*, cit., tit. I *de Inquisitione*, q. 1, n. 1, p. 13 e n. 4, p. 14. Sull'"acception extensive du corps du délit" fino a comprendere la *qualitas delicti* (che si può provare attraverso indizi e che comprende l'*habitus*, la condizione del delinquente, le modalità di commissione dell'illecito, le circostanze che lo hanno indotto a delinquere e le forme di manifestazione del reato) e poi anche la *qualitas animi*, per cui dalle *qualitates delicti*, ovvero dalle circostanze esteriori, si può dedurre per via indiziaria il dolo o la premeditazione e dunque dichiarare la colpevolezza dell'imputato, cfr. A. ASTAING, *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'ancien régime (XVIe et XVIIIe siècles): audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1999, pp. 379-412.

(13) Sulla perdita della *ratio* garantistica sottesa alla distinzione tra inquisizione generale e speciale, cfr. K. BOLLMANN, *Die Stellung des Inquisiten bei Carpvov. Eine Untersuchung über den gemeinen deutschen Strafprozess des 17. Jahrhunderts*, Marburg, Stehle, 1963, pp. 98-99; spunti anche in A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, cit., vol. VI, parte II, *Storia della procedura*, a cura di P. Del Giudice, Torino, Utet, 1902, pp. 154-155.

(14) GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand*, p. 209.

cedurali per indirizzare e limitare l'operato dei magistrati, ma anche la fatica della dottrina a scindere le due dimensioni e la vischiosità di lungo periodo della concezione processuale del penale.

Sempre visto in funzione dei presupposti per poter procedere nelle varie fasi del giudizio, il *constare de delicto* assume in molti autori una portata sistematica per organizzare e classificare la *sufficiencia* delle prove e degli indizi nelle tre tappe: *ad effectum inquirendi*, per la tortura, per la condanna. Ma nel diverso bilanciamento di *indicia*, *praesumptiones* e *coniecturae* emerge comunque un'ampia discrezionalità del giudice nella valutazione degli elementi necessari e sufficienti per poter avviare l'*inquisitio*: i contorni del *corpus delicti* sfumano e alla reale osservazione della *res* si sostituisce l'analisi delle circostanze, della *qualitas delicti*, della *conductio delinquentis* ⁽¹⁵⁾. All'estensione semantica del termine si accompagna una generalizzazione dell'istituto, conseguenze entrambe sia della pressione esercitata dal modello inquisitorio sulle garanzie del giudizio sia dell'urgenza repressiva statutale. Se infatti, in origine, la verifica del corpo del reato aveva senso solo nei casi di *delicta ordinaria*, in cui il magistrato poteva riferirsi al modello di fattispecie definito o descritto da una legge o da una fonte con autorità normativa ⁽¹⁶⁾, successivamente, pur con la generica prevalenza del dato *extra ordinem*, o nella comminazione della sanzione o ancor più nella individuazione degli illeciti atipici non si rinuncia al presupposto del *constare de delicto*. È evidente, però, come l'assenza di un modello stabile e predefinito di fatto delittuoso cui riferire il caso concreto, comporti da un lato una maggiore fumosità dello stesso *corpus delicti*, rimesso caso per caso al prudente apprezzamento del giudice, dall'altro una sua estensione che implica, di fatto, la verifica di più elementi costitutivi.

⁽¹⁵⁾ La diversa funzione sistematica del *constare de delicto* nelle tre fasi processuali è ben descritta da Carpzov (*Practica nova*, cit. pars. III, Quae. CVIII *De Inquisitione Generali sive Summaria*), dove afferma (n. 49, p. 89) che sono rimesse all'*arbitrium iudicis* la scelta e la ponderazione degli indizi e degli elementi sufficienti per avviare l'inquisizione, in modo differente a seconda delle diverse condizioni di realizzazione del fatto, e che (n. 60, p. 91) « In arbitrio ergo iudicis est pro ratione circumstantiarum criminis qualitate et personarum delinquentium forte ac conditione aestimare ac definire, quae nam indicia ad specialem inquisitionem sint sufficiencia ».

⁽¹⁶⁾ In questo senso cfr. HALL, *Die Lehre vom corpus delicti*, cit., pp. 8-9.

Commentando proprio la *Quaestio* CIIX di Carpzov, Böhmer riconoscerà che la *certitudo corporis delicti* può essere intesa in due modi: o *apodictice* nell'originario senso materiale, o solamente *verosimiliter*, secondo i canoni della certezza 'relativa' ma necessaria del diritto, perché « si prius, res clara; sin posterius, tametsi de eo non constet, in sensu *philosophico*, constare tamen potest in sensu *iuridico* » (17). È chiaramente percepita la graduale identificazione del concetto di *corpus delicti* con quello di *delictum* e la sua conseguente estensione di significato (18). La corretta nozione di *corpus delicti* è ormai quella che « solam veritatem delicti in *abstracto* notat » (19), comprensiva tanto del profilo oggettivo del fatto quanto di quello soggettivo, doloso o colposo:

« Quumque omne delictum 1) *facto* externo illicito, 2) voluntate, sive *dolo* sive *culpa* agentis absolvatur, ipsum corpus delicti quoque his duobus omnino constare debet, nec sine illis concipi potest (...) Errant itaque, qui his circumstantiis omissis, in nudo *facto sensuali* corpus delicti quaerunt » (20).

Se, dunque, le prime riflessioni sugli elementi costitutivi del delitto, quelli che il *iudex constare debet* prima di iniziare il procedimento, trovano una loro collocazione ibrida nel *locus* espositivo del *corpus delicti*, la maturazione della scienza penale tende sempre più a separare categorie sostanziali da regole processuali per costruire un'autonoma teoria del reato. Il *delictum in genere*, oggetto dell'accertamento nell'inquisizione generale, perde il suo contenuto tutto e solo probatorio, la sua funzione propedeutica all'avvio delle

(17) J. S. FR. VON BÖHMER, *Observationes selectae ad Bened. Carpzovii JC. Practicam Novam Rerum Criminalium Imperialem Saxoniam*, Francofurti ad Moenum, apud Franciscum Varrentrapp, 1759, Obs. II, ad quae. 108, § 4, p. 12.

(18) *Ibidem*: « Quanto rectius ea adpellatio ipsi *facto vitioso* tribuitur, et sic ad ipsum delictum refertur, adeoque quod alias *delictum* audit, *corpus delicti* dicitur (...) Nihil enim aliud leges, corpus delicti requirentes, volunt, quam ut *verum* delictum subsit, non *umbra* delicti, *incerta* ac *fallax*, a qua notio delicti abesse potest, et ad quam parum quadrant, quae veri, ac actualis delicti causa in legibus sancita ».

(19) J. S. FR. VON BÖHMER, *Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam*, Halae Magdeburgicae, Gebauer, 1774, art. VI, § 10.

(20) BÖHMER, *Observationes*, cit., Obs. II, ad quae. 108, § 4, p. 12.

indagini; non coincide più con i *signa* materiali dell'illecito, ma si carica di dati capaci di descrivere la *substantia* del fatto penalmente rilevante, diviene modello della tipicità penale, categoria astratta e calco di ogni comportamento punibile. Da strumento processuale si trasforma in categoria dogmatica ⁽²¹⁾.

La parte sui *generalia delicti* e le definizioni dei singoli crimini divengono, ad iniziare da Deciani, lo spazio scientifico deputato a stabilire i requisiti e la forma del reato, surrogandosi nella funzione prima svolta dall'*inquisitio generalis*. Non è un caso che nel *Tractatus* non sia affrontato il tema dell'inquisizione generale o speciale, e che anche nei singoli delitti siano rarissimi i riferimenti al *constare de delicto*. Una nozione condivisa e completa del reato, assieme a descrizioni dettagliate (e poi tipizzate) delle ipotesi delittuose, sono — o vorrebbero essere — un vincolo efficace per l'*arbitrium iudicis*, costretto a verificare se l'accadimento concreto presenti tutte le caratteristiche dell'ipotesi astratta. La verità da *constare* diviene quella fissata nella definizione sostanziale: operazione, questa, che inverte la potestà di stabilire i comportamenti delittuosi, togliendo discrezionalità ai giudici per assegnare autorità ai giuristi e, successivamente, al legislatore.

I.4. *Funzione del factum nella dimensione accusatoria*

Qualche segnale di questo delicato intreccio tra delitto e *corpus delicti*, tra vita processuale e costruzione teorica del reato, appare già in Claro. L'alessandrino ragiona in funzione della *practica*, opera entro una dimensione prevalentemente processuale: tuttavia comprende come elaborazioni concettuali sul penale sostanziale possano servire proprio ad una maggiore chiarezza nel giudizio. Nell'affrontare la « *vulgaris et trita conclusio, quod ante omnia debet iudici constare de delicto* » ⁽²²⁾, propone una distinzione per facilitare

⁽²¹⁾ Il *delictum in genere* che le *practicae* indicano come presupposto processuale da accertare nell'*inquisitio generalis* (per esempio in P. FOLLERIO, *Practica criminalis dialogica*, Lugduni, apud haeredes Iacobi Iuntae, 1556, § *Et si confitebuntur*, n. 35, p. 303), ha evidentemente un significato del tutto differente dal *delictum in genere* descritto da Deciani — e dopo di lui da molti altri — nella parte dedicata alla teoria del reato.

⁽²²⁾ CLARO, *Liber V*, cit., § *Finalis*, q. 4, v. *Dictum est*, n. 1, p. 213.

l'indagine del magistrato e liberarlo dal rispetto delle rigorose regole sulla ricerca della *veritas delicti*, che spesso bloccano l'attività inquirente, ostacolano l'avvio del processo e rischiano di favorire l'impunità dei rei. La sua elaborazione teorica è funzionale alle esigenze repressive della prassi giudiziaria del tempo ⁽²³⁾.

Esistono tipi di crimine nei quali il giudice, prima di poter procedere contro l'indiziato, deve *inquirere de veritate delicti*: si tratta dei *delicta facti permanentis*, dei quali rimangono *certa vestigia*, segni materiali tangibili dell'azione illecita come il cadavere nell'omicidio o le *res* bruciate nell'incendio. In questo caso « iudex debet omnino inquirere et informationes assumere, non quidem tanquam de maleficio, sed ut veritatem facti intelligat, ex qua deinde apparere possit, an sit delictum vel ne » ⁽²⁴⁾. In altre fattispecie, dove non si richiede nessuna verifica della materialità del fatto, il giudice può *immediate* procedere contro il delinquente. Sono i *delicta facti transeuntis*, quelli che si perfezionano *solo animo* come l'eresia, o che, sebbene si commettano *facto*, non lasciano segni esteriori come l'adulterio, l'ingiuria verbale o il furto *sine fractura*. In queste ipotesi la pratica ammette senza difficoltà che non è necessaria l'*investigatio delicti* ma il giudice *potest et debet* indagare contro il sospettato assumendo informazioni su di lui, carcerarlo se vi sono indizi sufficienti e citarlo in giudizio, « prout qualitas delicti requireret: alias infinita delicta impunita pertransirent » ⁽²⁵⁾. Per snellire il processo e non imbrigliare il giudice di fronte alle difficoltà concrete di accertamento del caso concreto, Claro definisce modelli di reato distinti in base a due parametri, uno sostanziale riferito alla modalità di commissione del *factum*, l'altro processuale legato alla modalità di conoscenza e di verifica del fatto medesimo, ma entrambi con dirette ricadute sull'azione penale ⁽²⁶⁾.

⁽²³⁾ Una lettura della distinzione di Claro che associa la costruzione teorica maturata nei criminalisti precedenti, da Bossi a Bianchi, alla prassi è proposta già da HALL, *Die Lehre vom corpus delicti*, cit., pp. 28-39.

⁽²⁴⁾ CLARO, *Liber V*, cit., § *Finalis*, q. 4, *vers. Haec autem*, n. 5, p. 214.

⁽²⁵⁾ Ivi, *vers. Scias tamen*, n. 3, p. 213.

⁽²⁶⁾ La medesima distinzione viene riutilizzata da Claro per risolvere la questione della possibilità di condannare il reo *ex sola confessione*, ammessa nei *delicta facti transeuntis* e non in quelli *facti permanentis*, cfr. CLARO, *Liber V*, cit., § *Finalis*, q. 55, *v. Quomodo autem*, n. 11, p. 327. Che essa, di fatto, abbia effetti solo sul processo, lo dice chiaramente due secoli dopo BÖHMER, *Elementa*, cit., Sect. I, c. II *De natura et indole*

Sostanza e procedura s'influenzano reciprocamente; il giurista comprende come il lavoro sintetico sul *delictum* possa ripercuotersi su vitali nodi procedurali, come nozioni più definite e generali di diritto materiale possano riflettersi sull'attività del giudice, fornendogli strumenti d'indagine più efficaci, ovvero indirizzandone e limitandone la discrezionalità nel giudizio di rilevanza penale su un determinato episodio (27). L'attenzione che la scienza giuridica inizia a rivolgere al fatto di reato, alle forme di manifestazione e agli elementi essenziali, è un segno di cambiamento che coinvolge anche — almeno in Deciani — una valutazione critica sulle degenerazioni autoritarie del modulo inquisitorio. Nella sistematica del *Tractatus*, infatti, la fiducia nelle potenzialità ordinanti dei profili sostanziali dell'illecito sembra sposarsi con una predilezione per il modulo accusatorio, rivitalizzato nei suoi originari caratteri (28). È un primo timido passo nella direzione che sarà poi percorsa dagli umanisti, con la loro protesta nei confronti dell'inquisitorio (29). Sul penale sostanziale convergono così interessi nuovi e differenti, espressione delle mire egemoniche dell'autorità politica e manifestazione delle istanze politico-culturali dei 'neoterici' umanisti.

La definizione di delitto deciana rappresenta, come detto, la risultante di un lavoro intellettuale che si serve delle indicazioni della nuova *methodus* laddove le ritiene utili ad una sistemazione più razionale della disciplina, ma esprime nel contempo i termini del rapporto tra giurista e politica criminale. Di fronte alla prolifera-

delictorum, § XXXIV, pp. 20-21: « Verum quia utroque casu naturae criminis, eiusque poenae nihil accedit, vel decedit, sed tantum processus et inquisitio paululum variat, non maiorem haec distinctio usum habet, quam qui est inter crimina *manifesta et occulta* ».

(27) Claro, nella *quaestio* 60 del § *Finalis*, analizzando le *causae* che possono giovare al reo come *excusationes* nel processo, propone altre distinzioni che riguardano aspetti sostanziali o caratteri del *delictum*, come quella tra reati che *ex sui natura* possono essere *liciti* o *illiciti* o quella tra delitti *in quibus dolus est de substantia* o non lo è.

(28) Sul nesso che unisce la rivalutazione del modulo accusatorio con il passaggio dallo strumento tipicamente processuale e inquisitorio del *corpus delicti* all'elaborazione di una fattispecie più complessa, che ugualmente mantenga finalità processuali ma attraverso l'individuazione dei profili sostanziali, cfr. anche A. PAGLIARO, « Fatto (*dir. pen.*) », in « Enciclopedia del diritto », XVI, 1967, p. 951 e G. FIANDACA, « Fatto *nel diritto penale* », in « Dig. Disc. Pen. », V, 1991, p. 154.

(29) Sull'« indignazione degli umanisti » contro gli abusi dell'*inquisitio*, cfr. ALESSI, *Il processo penale*, cit., p. 81 e DEZZA, *Sistematica processuale*, cit., p. 159.

zione di leggi penali, provvedimenti disciplinari o di polizia di vario genere, un freno all'irruzione normativa del Principe e alla pratica inquisitoria può venire dalle categorie sostanziali, dalle regole generali elaborate dai *doctores*. Il penale coercitivo è riconosciuto nella preminenza della *lex publica scripta*, ma la stessa centralità della legge è un prodotto dello scienziato del diritto, del ruolo che lui le attribuisce nel sistema. Su tale doppio binario corre il senso del *Tractatus* come inizio di un modo nuovo, moderno, di concepire il diritto punitivo: sono queste le due direzioni intraprese da Deciani che, con fortuna di lungo periodo, saranno battute dalla scienza criminale successiva, queste le sue eredità più innovative, più gravide di sviluppi dogmatici e di conseguenze dottrinarie. Delitto come modello e sintesi della rilevanza penale, cardine della parte generale e spazio dogmatico riservato alla *scientia iuris*, ma anche delitto come limite formale e materiale alla punibilità.

1.5. *La conoscenza del delitto per causas*

All'inizio del secondo libro del *Tractatus*, Deciani affronta il concetto unitario di delitto movendosi entro un'area semantica già delimitata con chiarezza nelle differenziazioni terminologiche del primo libro. I penalisti che lo hanno preceduto non sono riusciti, se non in minima parte, ad astrarsi dalle singole fattispecie e dunque non si sono occupati degli aspetti generali e fondanti dell'atto delittuoso⁽³⁰⁾. Senza autori ai quali ispirarsi o testi cui attingere per un approccio teorico, l'udinese liberamente costruisce il suo percorso conoscitivo del *delictum* utilizzando un ordine nuovo corroborato da citazioni prevalentemente non giuridiche. I richiami di questo capitolo sono, prima che le *opiniones doctorum*, le fonti filosofiche che giustificano il fondamento epistemologico del metodo e quelle religiose che assicurano al discorso giuridico veridicità e autorevolezza. Aristotele e Platone offrono come privilegiati strumenti di conoscenza scientifica le quattro cause (materiale, formale, efficiente, finale); poiché *scire sit rem per causas cognoscere*, Deciani

⁽³⁰⁾ L'incapacità nei criminalisti medievali di riflettere sul delitto in generale è evidenziata da A. MARONGIU, *Delitti (dir. intermedio)*, in « Enciclopedia del diritto », XII, Milano, 1964, p. 9.

le applica al sapere penalistico e allo studio del reato convinto delle loro potenzialità esplicative dell'oggetto indagato:

« ideo hoc loco de causis delictorum quaerere institui, ut illis cognitis, facilius et substantiam et naturam et finem eorum cognoscamus, ac in universum omnia, quae vel delictum efficiunt, poena vel venia, vel absolute dignum, circa quae tota haec tractatio versabitur »⁽³¹⁾.

Le *causae* sono un espediente dialettico per scomporre il delitto in caratteri costitutivi, per riuscire a distinguere le varie componenti, ad analizzare le forze che lo pongono in essere; tecnica destrutturante, permette in realtà di ragionare sull'idea di un concetto unitario osservato da diverse prospettive, facilitando l'individuazione dei tratti essenziali. Non entrano in gioco le fattispecie specifiche e concrete, l'indagine resta lontana dai singoli crimini ma evidentemente li presuppone, nel tentativo di cogliere quegli elementi comuni nei quali necessariamente ogni comportamento penalmente rilevante si manifesta. La divisione non è un mero esercizio stilistico o una pura dimostrazione di sapienza filosofica, ma un espediente per introdurre la riflessione sul reato che servirà poi come riferimento in tutta l'opera.

L'idea è originale sui *criminalia*, ma certamente non innovativa: la topica aristotelica, nella formulazione dei filosofi antichi e nell'utilizzo fattone dalla Scolastica, rappresenta lo scheletro del pensiero medievale. Un giurista dalla vasta cultura filosofica come Baldo aveva già applicato lo schema delle cause all'analisi dei caratteri dello *ius* e della *scientia iuris*; a tale partizione attinge Deciani, trasferendo gli argomenti generali sull'oggetto specifico del suo discorso⁽³²⁾.

⁽³¹⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, II *De causis delictorum*, n. 1.

⁽³²⁾ BALDO DEGLI UBALDI, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Venetiis, apud Lucam Antonium Iuntam, 1577, in D.1.1.1., *de iustitia et iure*, Rubrica, nn. 17-22, f. 7ra-b, cerca di definire oggetto e compiti della *scientia iuris*, la cui *materia* consiste, sia dal punto di vista speculativo che pratico, « in factis legum idest in dispositionibus legum », mentre la causa formale « est ipsa legum et operis forma », quella efficiente è triplice (*Deus, Imperator e sapientes sive iurisconsulti*) come pure quella finale, « in homine, ad hominem, et ad Republicam ». Il ragionamento *per causas* è considerato da Baldo applicabile non solo nelle arti e nelle scienze, *sed etiam in actibus*, come in *electione*, o in *matrimonio*. Deciani prova ad utilizzarlo sul concetto di *delictum*, segnala

Ma soprattutto il *locus* causale era stato utilizzato ampiamente dai civilisti per indagare ed elaborare il concetto di *contractus*, identificandone le varie componenti. Questo precedente dottrinale si rivela, come vedremo, assai gravido di conseguenze nella progressiva emersione della nozione di delitto, ed è soprattutto importante per la comprensione e la storicizzazione del trattato deciano. Il giurista udinese, che per un lungo periodo e con grande fama è titolare della cattedra di *ius civile* a Padova, conosce bene tutti i dibattiti relativi al contratto, i tentativi di concettualizzazioni astratte, le dispute definitorie e dogmatiche che nel suo tempo impegnano i *doctores* nella costruzione di nozioni generali, dei modelli di *contractus* o di *dominium*. La frequentazione abituale di tali controversie e l'abilità nel maneggiare lo strumentario dialettico appartengono alla *forma mentis* di Deciani, sono parte del suo lavoro e della sua formazione culturale, degli incarichi didattici che ricopre come del prestigio *in consulendo* di cui gode.

Dimostrazione evidente della sua 'appartenenza' o 'cointeresenza' con tale dimensione culturale viene dai *responsa*: anche in un genere letterario come quello consiliare, che ha fini e canoni espositivi tutt'altro che teorici o speculativi, l'autore richiama la distinzione in *causae* per verificare in un caso di specie il corretto perfezionamento e la validità di una *conventio de rescindendis divisionibus*. Poiché la « *perfectio cuiuscunque actus consistit in coniunctione harum causarum* », anche il contratto in questione deve essere valutato in funzione delle quattro cause: causa efficiente sono i *contrahentes ipsi*; materia è il *consensus singularum partium* prima che si congiunga e si incontri nel contratto; causa formale è il *mutuus consensus in unum colligatus* grazie al quale *unite* convergono entrambi allo stesso fine; causa finale è la *ipsa obligatio*, poiché l'obbligazione reciproca è il contenuto dell'accordo. Solo la presenza di tutti questi fattori realizza il modello generale di contratto, il 'tipo' giuridicamente definito, « *et ideo tunc cum est perfectus contractus, dicitur ultro citroque obligatorius* »⁽³³⁾. Alcune delle operazioni teoriche che hanno ricadute utili anche nel-

della maturata capacità dei criminalisti di ragionare su istituti e concetti teorici, liberati dalle distinzioni analitiche e protesi verso elaborazioni dogmatiche più complesse.

⁽³³⁾ DECIANI, *Responsorum Volumen Tertium*, cit., *Resp. LXIV*, nn. 12-13, f. 162va.

l'esperienza pratica e nel confronto forense, sono ormai parte integrante del patrimonio d'opinioni della giurisprudenza. Questo riferimento contribuisce ad offrire un'immagine coerente di Deciani, non dissociato tra teoria e pratica, ma completamente inserito, pur con contributi diversi a seconda dei campi di intervento, nel contesto culturale del suo tempo, voce di una tendenza metodica e dogmatica in cui non risulta certo così isolato. Le tensioni verso la sistematica, l'organizzazione e la definizione dei concetti giuridici esprimono, anzi, un tratto rilevante comune del Cinquecento e si pongono certo all'origine del modello espositivo del secondo libro del *Tractatus*.

Il solido ancoraggio ad una *methodus* incontestabile, unito — questo sì in modo nuovo — alla capacità di impiegarla sul reato, contribuiscono a dimostrare la dignità scientifica del diritto criminale, a provare la sua piena autonomia speculativa. L'autore, consapevole di percorrere una strada nuova (« *quamquam neminem legerim, qui in hac delictorum materia haec putaverit consideranda, et pertractanda* »⁽³⁴⁾), si prefigge una disposizione razionale e intraprende con convinzione la via della dimostrazione *per causas*. Ha nel suo bagaglio culturale la pratica delle partizioni dialettiche per cambiare le coordinate della scienza penale: non più casistica ma teorica e deduttiva, non più a dimensione processuale ma concentrata sul diritto sostanziale. Lo sforzo umanistico di elaborare per ogni branca dell'esperienza giuridica un sistema coerente, fondato su principi generali e poi deduttivamente allargato, sembra essere il motivo dominante di queste pagine, così come la costruzione di uno schema espositivo che sia funzionale ad un apprendimento più razionale per gli studenti, non più invischiati e assorbiti nel marasma delle *opiniones* e delle *interpretationes* ma indirizzati verso una conoscenza semplificata, che parta dai concetti per giungere con linearità deduttiva alle concrete applicazioni, poiché *facile enim est, cognita causa, cognoscere et effectus*.

Le due cause *essendi*, materiale e formale, e le due *fiendi*, efficiente e finale, sono spesso confuse o intese equivocamente, ma le controversie filosofiche non rappresentano un problema per De-

(34) DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, II *De causis delictorum*, n. 2.

ciani, preoccupato solo di utilizzare l'*ars dialectica* come chiave metodologica per il procedimento di astrazione e definizione dei *generalia*, come criteri esegetici capaci di facilitare al lettore la comprensione del sistema, tanto che pone la causa formale prima di quella materiale:

« attamen cum haec a nobis non sint philosophice tractanda, sed sufficiat doctrinae gratia methodum aliquam tenere, qua facilius, quod intendimus, Lectores percipiat, ideo non ita scrupolose agendo constituemus has causas in delictis hoc ordine »⁽³⁵⁾.

La scelta di scomporre il concetto astratto di reato nei suoi fondamenti ontologici rappresenta l'inizio di una riflessione complessa, condotta per la prima volta a prescindere dalle fattispecie particolari dalle quali si erano fino ad allora ricavate per induzione le regole generali. Appoggiandosi ad un passo di Baldo, Deciani afferma di voler considerare i delitti prima che avvengano, non *realiter* e ricavando l'effetto o il fine dalla loro concreta realizzazione, ma *in abstracto sive imaginatione*: c'è la volontà di sperimentare una via non ancora battuta dalla tradizione precedente, quella della speculazione teorico-filosofica applicata al diritto penale, della logica deduttiva capace di offrire fondamenta sicure e legittimazione alla potestà punitiva del Principe. Questo capitolo del *Tractatus*, così come i successivi del Libro II, stravolge i canoni ermeneutici della penalistica medievale e guida razionalmente il lettore attraverso un preliminare studio dei fondamenti teorici della materia. La struttura del testo deciano assume, in questa parte, un connotato del tutto peculiare, un carattere inconfondibile legato all'approccio speculativo e teorico, quello che ha spinto la storiografia a considerare Deciani il padre del diritto penale moderno.

I.6. *La logica come metodo: il confronto a distanza tra Deciani e Theodoricus*

Interessa cogliere nel capitolo dedicato da Deciani alle *causae delictorum*, come nei tre successivi, i germi di un possibile sviluppo

⁽³⁵⁾ Ivi, n. 3.

offerto alla scienza del diritto criminale e l'apprestamento di un terreno di discussione e di confronto che si rivelerà molto fertile per la maturazione dogmatica della disciplina. La fecondità dell'intuizione deciana si deve misurare nella capacità di avviare, di dare credibilità ad un metodo speculativo che sarà perfezionato da altri, più che nell'assoluta novità dei contenuti inevitabilmente legati all'esperienza e alla letteratura del diritto comune. I meriti, come anche i limiti, del *Tractatus* devono ricercarsi nella creazione di uno spazio dogmatico costruito attorno al concetto di delitto, nel conferimento di valore scientifico e di centralità espositiva ai *generalia delictorum*, madre della successiva parte generale.

Anche se criticato nel merito, affatto o poco citato dopo l'Illuminismo per la diffusa e generalizzata idiosincrasia nei confronti degli autori dell'età media, l'udinese ha aperto una strada, ha svelato, seppure in modo incompiuto, le potenzialità ordinamentali e teoretiche del diritto penale, dando un respiro nuovo ad una materia che non poteva più essere contenuta nei limiti dell'enumerazione casistica. Il *Tractatus* costituisce un segnale d'apertura di un giurista completo e sensibile alle istanze culturali dei tempi nuovi, un tentativo di sperimentare altre dimensioni del sapere giuridico, certo favorito, o forse meglio indotto, dalla riconosciuta incapacità di continuare a controllare, gestire e aggiornare il sistema giuridico con i vecchi strumenti del commento. La conoscenza *per causas* del reato, la *diffinitio* e la scomposizione in *elementa* sono gli arnesi del laboratorio dialettico nel quale il giurista destruttura le fattispecie particolari, ne estrae i requisiti e i caratteri comuni, li eleva ad attributi di ogni fatto penalmente rilevante, ne compone dei tipi: è un lavoro non comune sui *criminalia*, che nel favorire l'elaborazione dei *principia* da porre al vertice del sistema, traccia le linee di un percorso d'apprendimento e di studio della materia sempre più indipendente dal pedissequo rispetto del *Corpus* giustiniano.

Il luogo privilegiato per tali variazioni è, per le ragioni già viste in precedenza, l'Università; pertanto proprio nelle *lecturae* si devono cercare i primi segni dell'eredità dell'udinese. Nel primo capitolo del *Judicium Criminale Practicum* che Dietrich, professore dell'Accademia di Jena, dedica ai *generalia delictorum*, sembra essere accolta la provocazione metodologica del *Tractatus*: si ripete, infatti, l'utilizzo degli stessi strumenti logici. Le cause aristoteliche sono impiegate

dai due giuristi per il medesimo fine di ricerca delle massime generali, ma gli esiti sono differenti: la disputa dottrinale verte sulla corretta combinazione tra mezzi dialettici e struttura del delitto, le argomentazioni discordanti s'innestano su un impianto comune, a dimostrazione delle risorse teoretiche e delle possibilità d'ulteriori approfondimenti svelate dal modello concettuale.

Deciani considera causa formale del reato la legge, è essa che *delictum format*, che assegna la *formam delicti* ad un comportamento che prima era semplicemente illecito, che rende penalmente rilevante ciò che prima era lecito e viceversa; Sacre Scritture, *leges* romane e canoniche confermano questa lettura. Avremo modo di soffermarci a lungo nel capitolo V sull'importanza della *lex* nell'architettura del trattato, mentre interessa qui porre l'attenzione sul ragionamento giuridico, sul dosaggio di fonti e autorità, sui risultati dogmatici dello studio astratto. La scelta della *legem ipsam prohibentem* come causa formale del delitto è contestata da Dietrich, secondo il quale deve più correttamente intendersi come *formam delicti* la *alicuius legis transgressionem*, unico criterio per distinguere l'atto illecito da quello lecito e indifferente ⁽³⁶⁾. Egli basa la sua critica a Deciani, « cuius tamen sententia vix subsistere poterit » ⁽³⁷⁾, su tre punti: la causa formale deve essere contemporanea all'effetto, mentre nel *Tractatus* la legge lo precede; la forma deve essere interna al delitto, non esterna come è la legge proibente; la forma deve *immediate rei cohaerere*, ma se per forma abbiamo la legge essa è in posizione intermedia, poiché il delitto c'è non in virtù della legge ma a causa della trasgressione della stessa. Secondo il docente tedesco occorre, dunque, prima verificare il dolo o la colpa nella violazione della norma, poi la forma del delitto ⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ Cfr. THEODORICUS, *Judicium Criminale Practicum*, cit., c. I. *Delictorum generalia continens*, *Aphor. XXIX*, p. 92.

⁽³⁷⁾ *Ivi*, n. 2, p. 92.

⁽³⁸⁾ La legge — continua Dietrich — dà forma ad alcune specifiche specie di delitti (per es. la *lex Pompeia* al parricidio, la *lex de vi publica* alla violenza pubblica e privata), e « tamen lex dicenda non foret forma delicti in genere, sed erit saltem illarum specierum forma propria et peculiaris » (*Ivi*, n. 3). L'opinione di Deciani non regge, salvo che si ragioni *de delictis in abstracto*, per ipotesi, senza alcun riferimento ad un'azione delittuosa. L'udinese, invece, insiste sulla propria tesi, tanto che pone la causa formale prima di quella materiale andando contro la classica sequenza, proprio perché non

Deciani considera come causa materiale *voluntatem et facta hominum*: « lex enim quae delicta declarat, format, et punit, id agit, ut voluntatem tanquam subiectum et materiam coerceat, et ad bonum instituat »⁽³⁹⁾. La volontà e i comportamenti dell'uomo sono la materia sulla quale interviene la legge, con lo scopo di orientarli al bene. Una serie di fonti, da Agostino a Tommaso alle regole canoniche e civili, insistono sul libero arbitrio come origine e causa delle azioni anche illecite dei soggetti; verrebbe dunque naturale — come fa peraltro Dietrich — ritenere la *voluntas* come causa efficiente dell'atto estrinseco, concreto, che realizza il reato⁽⁴⁰⁾. Ma la replica dell'udinese è coerente con la sua impostazione generale che pone al vertice di tutto il sistema la *lex*: poiché, insiste, i delitti si possono considerare *in abstracto sive imaginatione*, « mihi videtur dici posse voluntatem in delictis esse materiam, quam lex informat, disponendo, quod talis actus voluntatis sit delictum vel non, gravior vel levius »⁽⁴¹⁾. Nel disegno del *Tractatus* la legge penale riveste un ruolo cruciale, diviene 'padrona' della *voluntas* dei soggetti e le dà forma; è uno strumento capace di indirizzarla, orientarla, disciplinarla attraverso l'imposizione di divieti, la selezione gerarchica degli interessi tutelati e la graduazione della pena. Nel *Judicium Criminale* la *materia delicti* è, invece, l'*ipsum factum iuri repugnans*, commesso con dolo o per negligenza⁽⁴²⁾. C'è qualche differenza: in Deciani fatto dell'uomo e volontà sono associati come causa materiale, ma non si fa alcun esplicito riferimento agli elementi della responsabilità dell'agente (dolo e colpa). In Dietrich, invece, la volontà è esaminata separatamente come causa efficiente, mentre dolo e colpa sono considerati assieme al fatto (*factum*), che sembra già dover comprendere unitariamente l'antigiuridicità (*iuri repugnans*) e la colpevolezza

potrebbe esserci nessun delitto se non vi fosse una legge precedente che lo crea e lo definisce, non potrebbe esserci trasgressione se prima non vi fosse la legge, « quia forma dat esse rei » (DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, II *De causis delictorum*, n. 5).

⁽³⁹⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, II *De causis delictorum*, n. 5.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. THEODORICUS, *Judicium Criminale Practicum*, cit., c. I. *Delictorum generalia continens*, *Aphor. XXV*, pp. 63-64: « Horum omnium delictorum causa efficiens est voluntas hominis actu delinquentis cuiuscunque ille sit sexus, conditionis vel status ».

⁽⁴¹⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, II *De causis delictorum*, n. 5.

⁽⁴²⁾ cfr. THEODORICUS, *Judicium Criminale Practicum*, cit., c. I. *Delictorum generalia continens*, *Aphor. XXVI*, p. 71.

(*dolo sive negligentia illatum*). Queste precisazioni nel *Tractatus* sono rinviate al capitolo successivo sugli *elementa*, parte non prevista e argomento epistemologico non utilizzato nel *Judicium*.

La causa efficiente, che come detto per l'autore tedesco coincide con la volontà dell'uomo, nell'udinese è l'*hominem*. Accusato dallo stesso Dietrich di confondere *subiectum*, *causam effectricem* e *instrumentalem*, Deciani motiva la sua scelta di considerare tutto l'uomo, cioè *voluntas et instrumenta* con i quali il delitto è perpetrato, mano, lingua e altre parti del corpo: composto di anima e corpo, il soggetto nell'atto delittuoso coinvolge tutto sé stesso, *vires animae*, *appetitum*, *rationem*, *voluntatem* e *corpus ipsum*. A parte l'osservazione per cui il delitto non può essere commesso dagli animali poiché non dispongono degli *instrumenta hominis*, precisazione non inutile ancora nel tardo Medio Evo⁽⁴³⁾, più significativa risulta l'altra ragione addotta a sostegno della sua tesi. Tutto l'uomo, non solo la sua volontà, è causa efficiente del reato; trattando *de delictis poena et punishmente civili dignis* sono irrilevanti tanto la *nuda cogitatio* che non si concretizzi in atti materiali⁽⁴⁴⁾, quanto le trasgressioni morali commesse solo con la volontà e l'intelletto. L'intervento punitivo pubblico non può penetrare fin nella coscienza degli individui, sindacare propositi che non si traducono in un *actum corporis*, che non si manifestano nel mondo esteriore:

« dato quod homo voluntate tantum et cognitione peccet, non propterea dicetur delictum commisisse poena iudiciali dignum, nisi et actum corporis applicet ad finem, quem intendit »⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴³⁾ La graduale emersione del concetto di responsabilità legata alla volontà dolosa o colposa del soggetto, elimina ogni dubbio e consegna al diritto penale 'irrazionale', oggettivo e fattuale, delle origini la possibilità che un animale sia ritenuto "autore" di un reato; cfr. MATTHES, *De Criminibus*, cit., *Prolegomena*, c. II *Qui crimina admittere possint*, n. 1, p. 15: « Superiori capite diximus crimen dolo contrahi: contrahi quidem etiam culpa; eam tamen verum scelus non esse, nec ordinaria poena plectendum. Hoc fundamento iacto manifestum sit, in bruta non cadere crimen: nam ne culpa quidem cadit, tantum abest, ut dolus ».

⁽⁴⁴⁾ La massima per cui *cogitationis poenam nemo patitur* e occorre un fatto concreto perché vi possa essere la sanzione era radicata nel diritto romano, cfr. D., 48. 19. 18, *l. cogitationis, de poenis*; D. 50. 16. 53, *l. saepe, de verborum significatione*; D. 50. 16. 225, *l. Fugitivus, de verborum significatione*, richiamati da Deciani.

⁽⁴⁵⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, II *De causis delictorum*, n. 6.

La trattazione della causa diviene occasione per anticipare questioni centrali nell'impianto dell'opera, come la separazione netta tra delitto e peccato, tra sfera giuridica e sfera etico-religiosa. È questo l'aspetto più importante, il risultato più efficace della *methodus* innovativa: il lavoro teorico sulle cause, come poi quello sulla definizione e sugli elementi, fa emergere i tratti peculiari del delitto, caratterizza in modo forte l'oggetto della materia, pone confini, delinea istituti. Si aprono nuove opportunità di studio e di confronto dogmatico per la scienza penale; più delle differenze tra i singoli giuristi ⁽⁴⁶⁾ conta la graduale costruzione di un ambiente speculativo, di *topoi* che interpellano i criminalisti su temi sostanziali, astratti, sui concetti portanti e le *rationes* fondanti degli istituti, sul delitto come *ens* 'immaginario', artificiale risultato speculativo. Gli espedienti logici tracciano le linee di un modello di reato, valido astrattamente per una serie indefinita di ipotesi, capace di ordinare le fattispecie già esistenti e di indirizzare tanto le interpretazioni dottrinali quanto gli interventi legislativi futuri.

Determinazione normativa, volontarietà, colpevolezza, materialità del fatto, anti-giuridicità, moventi: dagli esperimenti dialettici escono nozioni e questioni dogmatiche che già erano presenti nella criminalistica medievale, ma in modo frammentato, improduttivi di sviluppi teorici finché confusi nelle distinzioni e nelle limitazioni delle *practicae*, presupposti d'opzioni procedurali e probatorie subordinati alla loro funzione di classificazione delle specie delittuose e di modulazione dell'intervento sanzionatorio. Le *causae* aiutano a distinguere i singoli aspetti, ad analizzare separatamente le parti che compongono il reato per poi ricondurle ad un concetto unitario, dove ogni tassello serve a comporre le qualità del tutto. Intanto, in questo meccanismo di scomposizione e ricomposizione del concetto di *delictum*, il giurista stabilisce ontologia e morfologia di qualsiasi crimine. La modifica dell'oggetto d'indagine e il nuovo metodo che favorisce maggiore autonomia dalla lettera del testo permettono ai

⁽⁴⁶⁾ Praticamente nessuna differenza nella causa finale, che sia per Deciani sia per Dietrich rinvia alle motivazioni che spingono il soggetto a delinquere: *necessitas cupiditas ira* o un qualunque vantaggio nel *Tractatus* (II, II *De causis delictorum*, n. 7), fine di lucro, ira o scopo di libidine nel *Judicium* (c. I. *Delictorum generalia continens*, *Aphor.* XXX, p. 94).

giuristi di aprire nuovi orizzonti scientifici, di sperimentare diverse strutture espositive facendo risaltare il sistema e le sue regole logiche di funzionamento.

Favorito dal confronto con un testo simile e dalla maggiore libertà offerta dalla struttura a blocchi indipendenti del *Judicium*, Dietrich maneggia gli stessi strumenti con risultati diversi, riuscendo spesso a progredire nella deduzione dei principi, ad allargare il numero degli istituti e delle questioni tecniche affrontate nel capitolo sui *generalia delictorum*. Segno delle grandi risorse speculative del nuovo metodo nella scienza penale, riprova delle possibilità dogmatiche e sistematiche ancora non sfruttate dal 'pioniere' Deciani, la teoria del reato inizia ad occupare spazi più rilevanti, ad annettere argomenti e a ragionare con categorie più definite. La causa formale diviene la sede per teorizzare in modo più esteso il concetto di imputabilità come capacità di volere, negata ad *infantes*, *furiosos* e *dormientes* i quali dunque non possono *obligari ex delicto*; la causa materiale come fatto antigiuridico colpevole offre lo spunto per trattare in modo generale di *consilium*, *mandatum* e *auxilium*, affrontati nel *Tractatus* non come istituti unitari né con disciplina e trattamento comuni, ma in modo frammentato in ciascuna fattispecie, a parte il mandato cui è riservata una lunga parte nel libro nono in riferimento all'omicidio⁽⁴⁷⁾. La dialettica applicata al reato come concetto astratto, grazie alla scomposizione dello stesso in fattori costitutivi ed unità dogmatiche, alimenta la crescita scientifica del binomio reato-parte generale.

II. *La ricerca di una sintesi concettuale: la diffinitio delicti*

II.1. *La definizione del delitto al centro del sistema*

Il capitolo sulla *diffinitio delicti*, oltre ad essere probabilmente il più importante nell'economia complessiva del trattato, è sicuramente il più noto e citato nella storiografia. Nel percorso espositivo del libro secondo, l'autore lo considera la naturale conseguenza

(47) Sul mandato nel *Tractatus* cfr. Cap. VI. III.3-5.

dello studio *per causas*, il necessario passaggio logico per giungere alla *perfectam cognitionem* del reato quale oggetto specifico d'indagine scientifica. Il metodo è sempre quello indicato da Aristotele e Platone, ma la tecnica definitoria è molto praticata dai giuristi, anche umanisti, specie nei titoli iniziali delle trattazioni. Di nuovo, l'originalità di Deciani sta nell'applicazione di uno schema argomentativo consolidato ad una materia ancora 'inesplorata' con quei mezzi, nel coraggio di uscire dal tracciato della tradizione penalistica e nel tentativo di entrare nella materia con uno stile nuovo. Consapevole di aprire una via nell'elaborare la definizione del delitto, « quod tamen ab aliis factum non legi » (48), non poteva certo prevedere la fortuna di lungo periodo della sua scelta, né tantomeno le potenzialità di rinnovamento e cambiamento della scienza penale messe in moto dalla stessa.

Nei secoli successivi gli sviluppi legati al problema della nozione di reato possono essere letti come espressione dei più ampi cambiamenti che interessano tutta la materia: in particolare nelle parti costitutive della definizione è possibile vedere riflesse le graduali acquisizioni dogmatiche. La funzione dell'operazione dialettica '*diffinitio*' è quella di descrivere in modo sintetico ma esaustivo la *substantiam rei*, serve per conoscere ed esprimere l'essenza di un oggetto, di un istituto o di un concetto indicandone gli elementi essenziali e tipizzanti (49). Strumento considerato rischioso nelle materie giuridiche in forza della nota massima del *Corpus* giustiniano, per cui *omnis diffinitio in iure civili periculosa est, rarum est enim, ut non subverti possit* (D. 50.17.202, *l. omnis definitio, de regulis iuris*), ciò è tanto più vero nel diritto penale, dove il fissare regole contenute principi condiziona interpreti e legislatori, modifica gli equilibri tra discrezionalità del giudice, precetti normativi e orientamenti dottrinali, coinvolge le garanzie per l'imputato e le cautele per il cittadino.

(48) DECIANI, *Tractatus Criminalis*, II, III *De diffinitione delicti*, n. 1.

(49) Sulla funzione delle definizioni come strumenti descrittivi di un istituto o di un fenomeno giuridico, cfr. J. SCHRÖRED, *Definition und Beschreibung in der juristischen Methodenlehre der frühen Neuzeit*, in *Wirkungen europäischer Rechtskultur*, hrsg. G. Köbler und H. Nehlsen, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997, pp. 1093-1105.

L'attività definitoria è prettamente creativa, non solo ricognitiva; comporta un procedimento di astrazione deduttiva dalla casistica, richiede capacità di sintesi teorica e di costruzione dogmatica. I *practici* preferiscono evitarla per conservare una maggiore flessibilità agli istituti e alle fattispecie di fronte alle mutevoli ipotesi concrete, tendono ad escludere precisazioni che rischiano di ingabbiare la loro libertà interpretativa irrigidendo i meccanismi di aggiornamento del diritto. Claro, icona di questa mentalità che si riflette poi nella forma espositiva, è esplicito al riguardo: « mihi (ut saepius dixi) disputatio super diffinitionibus in practica visa est sempre inutilis »⁽⁵⁰⁾. Deciani, invece, adotta tutt'altro stile: considera il momento definitorio un passaggio fondamentale nella trattazione 'scientifica' dei concetti giuridici e dei reati. Inserisce la *diffinitio* nel contesto dell'analisi dei *generalia omnia delictorum*, la considera come sintesi e distillato di ciò che « frequentius et communiter in delictis considerari solet »⁽⁵¹⁾, la reputa la *solidior* possibile in quanto risultante della somma tra forma, materia e causa efficiente. L'autorevolezza del metodo si ripercuote sulla veridicità della nozione perché in essa sono utilizzati, con qualche precisazione, gli elementi enucleati grazie allo studio *per causas*.

I capitoli II (*De Causis Delictorum*), III (*De Diffinitione Delicti*) e IV (*De substantialibus, naturalibus et accidentalibus delicti in genere*) del *Tractatus* sono concatenati tanto da rappresentare un blocco unitario, il cui motivo conduttore è il procedimento logico dialettico applicato al concetto di delitto per individuarne struttura ontologica e caratteri fondamentali: il fulcro espositivo risiede proprio nella definizione, costruita ri assemblando le parti prima separatamente analizzate. È una teoria del reato *in nuce*, segno dei cambiamenti in atto nella criminalistica, manifestazione della vitalità e del fermento che la nuova *methodus* infonde alla disciplina: Deciani fa del *delictum* una categoria programmatica, elabora un modello di rilevanza penale sussumendo dai *casus* e dalle forme di

⁽⁵⁰⁾ CLARO, *Liber V*, cit., § *Finalis*, q. 12, *vers. Hactenus*, n. 1, p. 226. Il passo è riportato anche da A. MAZZACANE, *Claro, Giulio*, in « Dizionario Biografico degli Italiani », 26, 1982, p. 145, che sottolinea l'insistenza del giurista lombardo su pratica e consuetudine e la diffidenza per definizioni e classificazioni teoriche.

⁽⁵¹⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, III *De diffinitione delicti*, n. 4.

manifestazione delle singole ipotesi delittuose uno schema generale valido per tutte le fattispecie. Nell'impianto dell'opera, organica pur nella sua incompletezza, si può osservare una circolarità tra momento casistico e riflessione teorica: dalle specifiche previsioni il giurista udinese estrae la *substantiam* e la morfologia del reato come ente giuridico, in un secondo momento il paradigma così ottenuto, posto al centro della parte generale, ritorna alla parte speciale come modello d'illecito cui devono conformarsi i singoli crimini⁽⁵²⁾. Molte delle definizioni con le quali Deciani inizia la trattazione dei vari delitti ricalcano quella del *delictum in genere*, ne ripropongono la struttura e comprendono tutti i medesimi elementi.

La nota definizione del *Tractatus* è la seguente:

« Delictum est factum hominis, vel dictum aut scriptum dolo vel culpa a lege vigente sub poena prohibitum, quod nulla iusta causa excusari potest »⁽⁵³⁾.

L'autore ne spiega ogni singolo lemma, cercando dove possibile un appoggio nelle fonti romane. Il termine *factum* va inteso nel suo significato più ampio, quello di azione umana volontaria indicato come causa materiale del reato⁽⁵⁴⁾; *hominis* perché, come detto nella causa efficiente, gli animali non possono commettere delitti. *Dictum aut scriptum*, perché si può delinquere anche solo con una dichiarazione verbale (si pensi allo spergiuro o alla falsa testimonianza) o con uno scritto (per esempio in materia d'eresia). « Dixi dolo vel culpa quia alias non punitur, nisi animus delinquendi concurrat »⁽⁵⁵⁾: la responsabilità dolosa o colposa come elemento costitutivo di ogni illecito penalmente rilevante è un aspetto sul quale — come vedremo — si insiste più volte nell'opera, tanto con speculazioni teoriche nella parte generale quanto con puntualità d'indagine

⁽⁵²⁾ Si avrà modo di tornare più diffusamente sulle *definitiones* di parte speciale nell'ultimo capitolo, in particolare su quella di *raptus* e di eresia, cfr. cap. VI, II, 4-6.

⁽⁵³⁾ DECIANI, *Tractatus Criminalis*, II, III *De diffinitione delicti*, n. 2.

⁽⁵⁴⁾ L'autore rinvia a D. 50.16.218, *l. verbum facere, ff. de verborum significationem*: « Verbum facere omnem omnino faciendi causam complectitur dandi, solvendi, numerandi, iudicandi, ambulandi ».

⁽⁵⁵⁾ DECIANI, *Tractatus Criminalis*, II, III *De diffinitione delicti*, n. 2.

in quella speciale. Si tornerà in seguito sul contributo dogmatico dell'udinese alla descrizione dei caratteri della colpevolezza (cap. IV. III), ma basta ora sottolinearne l'importanza che le viene riservata nel contesto della *diffinitio* generale.

C'è poi un esplicito richiamo alla necessarietà della legge: *a lege sub poena prohibitum* si riferisce all'impossibilità di avere il reato senza una norma che sanziona quell'*actus illicitus* con una pena. È la punizione prevista dalla legge il carattere tipico discriminante, la cifra unica della rilevanza penale, l'elemento che caratterizza il delitto rispetto alle trasgressioni dei precetti morali o a semplici comportamenti socialmente scorretti. *Lex e poena* sono i due inscindibili volti del penale pubblico, le armi con le quali la giustizia repressiva del Principe impone le sue regole, manifesta la titolarità esclusiva della *potestas* nei confronti dei cittadini e dei poteri concorrenti, dei corpi intermedi e delle giurisdizioni speciali. *Lege vigente*, precisa Deciani, per escludere l'efficacia delle norme abrogate in tutto o in parte. Più che un'anticipazione del principio d'irretroattività posta a garanzia degli imputati, sembra un segnale rivolto a giudici e interpreti perché semplifichino il sistema delle fonti. L'intervento autorevole del *Princeps conditor iuris* esige un'applicazione esclusiva delle nuove norme che implica l'abbandono di quelle precedenti, mira al superamento della concezione medievale di leggi concorrenti e covigenti, accumulate in un confuso e spesso indecifrabile apparato sedimentatosi nel tempo.

Il complesso alluvionale composto da fonti romane di varie epoche, leggi canoniche, successivi interventi statutari, *opiniones* e interpretazioni assurte a valore normativo, rappresenta la condizione perché la gestione del sistema giuridico resti nella disponibilità esclusiva del *doctor iuris* e del giudice, chiamati a supplire con l'esercizio dell'*interpretatio* creativa alla mancanza di una fonte prevalente, chiara e completa⁽⁵⁶⁾. Ora, invece, nell'impianto deciano, la legge tende ad assumere un ruolo determinante, ad essere la fonte esclusiva della rilevanza penale alla quale solamente ci si deve rivolgere per conoscere forma e contenuto di ogni comportamento criminoso.

⁽⁵⁶⁾ In particolare sull'eredità romanistica cfr. L. CHEVAILLER, *Droit roman et droit pénal dans la doctrine du XVIe siècle*, in *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker*, II, Milano, Giuffrè, 1954, pp. 97-129.

L'intuizione contenuta nella *diffinitio* trova parziale riscontro nella parte speciale. Quasi per ogni fattispecie l'autore indica le leggi che la disciplinano, partendo dai precetti romani che restano imprescindibile base e puntualizzando poi le modifiche avvenute con i provvedimenti successivi. Manca del tutto l'idea di una norma del Principe che si imponga sostituendosi integralmente alle precedenti, facendo piazza pulita delle fonti passate. Nel *Tractatus* l'idea di *lex* è rigorosamente filtrata dalla costruzione dottrinale del giurista, è lui che disegna l'architettura generale entro cui la legge si muove, che prepara con discorsi storici e giustifica con argomentazioni teoriche le condizioni per la sua effettività. Cambia, tuttavia, il rapporto tra giurista e legge: il primo aumenta la sua fiducia nella seconda, ne riconosce l'accresciuta forza dovuta alla *potestas* del legislatore tanto da conformare le sue *opiniones* e il metodo di lavoro a questa nuova imponente presenza. La legge, a sua volta, chiede ed ottiene dal *doctor iuris* una consolidazione scientifica e giuridica della sua *potentia*, si avvale delle giustificazioni dottrinali e delle legittimazioni razionali che provengono dai maestri di diritto.

Ultimo carattere fondamentale del delitto è l'assenza di cause di giustificazione, o di una disposizione speciale che renda lecito il fatto *generaliter* proibito da altra legge. Per ogni reato possono esserci *iustae causae* che tolgono il disvalore dell'azione, o consentono, nel bilanciamento degli interessi coinvolti, una determinata azione nel caso particolare. In questo passo Deciani sembra riferirsi alle odierne scriminanti, che rendono penalmente irrilevante un'azione configurabile come reato ed escludono il delitto per il prevalere di una disposizione particolare, in virtù del principio di non contraddittorietà dell'ordinamento⁽⁵⁷⁾. Tuttavia non vi sono né nel libro secondo né succes-

(57) La *ratio* è che quando il legislatore approva o consente un certo comportamento dal quale poi scaturisce un reato, solitamente un omicidio, questo deve considerarsi non lecito ma impunito, cfr. in questo senso MARSILI, *Practica criminalis*, cit., § *Ulterius*, n. 6, f. 195r: « quod ubicunque a lege vel statuto conceditur alicui facultas aliquis operandi, vel faciendi aliquem actum, tunc si faciendum talem actum sequitur homicidium, tunc tale homicidium erit impunito, exemplum potest poni in familia potestatis cui conceditur licentia capiendi reos criminis, vel debitores aliorum, nam si tales capiendi resistant armis, et a familia occidantur, talia homicidia erunt impunita ».

sivamente apposite riflessioni sulla legittima difesa, il caso fortuito o lo stato di necessità, ed anzi nelle *excusationes* proprie di ogni ipotesi criminosa, normalmente trattate in un apposito capitolo, sono comprese tanto cause di esclusione della colpevolezza per mancanza dell'elemento soggettivo⁽⁵⁸⁾, quanto cause di esclusione (o diminuzione) della punibilità dipendenti dai più diversi motivi⁽⁵⁹⁾.

La questione, che attraversa trasversalmente parte generale e parte speciale, è indicativa sia della fatica con cui ancora la scienza penale maneggia i concetti generali sia della difficoltà di risalire dalla prassi alle categorie. In alcuni passaggi del *Tractatus* l'autore dimostra maggiore consapevolezza dogmatica e proprietà di linguaggio, come quando insiste sulla distinzione tra le norme statutarie che ammettono la commissione di un omicidio *impune* ovvero *licite*: « nam primo casu non desinet esse homicida, licet puniri non possit, et ideo in foro conscientiae non erit tutus »⁽⁶⁰⁾. Il provvedimento che esenta dalla pena non implica, nella prima ipotesi, anche la trasformazione della fattispecie da delittuosa in lecita: il fatto resta reato perché la condotta ha realizzato il fatto tipico, come tale va

⁽⁵⁸⁾ La mancanza di dolo o di *animus occidendi* esclude del tutto l'esistenza di un reato, poiché la volontarietà dell'atto illecito è una *qualitas* costitutiva, che peraltro deve essere sempre provata, cfr. per es. DECIANI, *Tractatus criminalis*, VII, XXVII *De excusationibus falsae monetae*, n. 1: « Primo ergo modus excusationis erit, si factum, de quo agitur, dicatur non factum dolo, sed ignoranter »; IX, XV *De excusationibus parricidii*, n. 1: « Dolus requiritur etiam in hoc crimine, sicut et in aliis, qui tamen in dubio non praesumitur propter arctam sanguinis coniunctionem »; IX, XXVI *De excusatione veneficii*, n. 16: « Item excusabitur, si dicat, et fateatur dedisse venenum, sed non animo occidendi, quae qualitas debuit probari ».

⁽⁵⁹⁾ Per esempio scusa dal veneficio, come stabilito in una decisione della curia napoletana, l'aver agito « iussu potentis viri, cuius mandati periculosum erat non obtemperare » (*Tractatus Criminalis*, IX, XXVI *De excusatione veneficii*, n. 13); nel parricidio è scusato chi ha agito *in somnis* mentre il padre che uccide la figlia e l'amante colti *in praeludiis adulterii* non è *absolute immunis a poena*, ma deve essere punito *mitius* (IX, XVIII *De excusationibus parricidii*, nn. 7 e 15); è scusato dal crimine di falsa moneta chi indica come l'ha avuta, chi spende una *monetam tonsam vel vitiatam* per il prezzo del suo vero valore o il padrone della casa in cui è stata fabbricata che lo rivela ai magistrati, mentre ha solo diritto ad una riduzione di pena chi agisce spinto dalla *paupertas* (VII, XXVII *De excusationibus falsae monetae*, nn. 9, 10, 8, 5).

⁽⁶⁰⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XX *De legibus circa homicidium latis*, n. 23.

accertato e solo per ragioni di opportunità politica al colpevole non viene irrogata la sanzione o gli viene diminuita ⁽⁶¹⁾.

Tipici sono il caso del *bannitus*, che normalmente statuti, leggi e dottrina sostengono possa essere ucciso da chiunque *impune* e non *licite* ⁽⁶²⁾, o del marito che uccide la moglie scoperta in flagrante adulterio, ipotesi in cui l'azione non è lecita: la legge permette ma non concede, poiché solamente ritiene di non dover punire il fatto in ragione dell'ira e del dolore che muovono l'omicida ⁽⁶³⁾. Sembra chiara a Deciani, anche se non argomentata o a volte confusa con cause di esclusione della colpevolezza (dunque della tipicità), l'idea di una definizione e di una sussistenza del reato separate dalla punibilità, poiché la pena può scemare o attenuarsi per le ragioni più varie, ma la causa di non punibilità o di estinzione della stessa presuppone sempre necessariamente il fatto illecito di un autore colpevole ⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶¹⁾ Cfr. anche MARSILI, *Practica criminalis*, cit., § *Aggredior*, n. 13, f. 239v: « quo omne homicidium habet in se delictum, et dolum, quantumcunque permittatur a statuto ».

⁽⁶²⁾ Su tale ipotesi Deciani si era soffermato nel primo libro (*Tractatus*, I, VII *De Delicto*, n. 5), per spiegare come lo statuto possa in realtà solo modificare l'*effectum innocentiae* e rimettere la pena, ma non abbia certo la *potestas* di trasformare l'omicidio in un non-delitto. Si comprende meglio ora come le premesse terminologiche nascondano in Deciani questioni che vanno ben oltre le dispute nominaliste di facciata e anticipino importanti riflessioni teoriche (cfr. retro Cap. III. III. 2). Per le diverse teorie sulla legittimità dell'uccisione del bandito, cfr. D. CAVALCA, *Il bando nella prassi e nella dottrina giuridica medievale*, Milano, Giuffrè, 1978, specie pp. 206-213.

⁽⁶³⁾ Nell'uccisione dell'adultera, la differenza sostanziale tra comportamento reso lecito dalla legge e quindi non configurabile affatto come reato, e azione che presenta tutti i caratteri della tipicità penale ma è valutata non punibile dal legislatore per ragioni esterne ai profili sostanziali e costitutivi della fattispecie, è chiaramente espressa nella formula "*lex solum permittit, non tamen concedit*". Il problema per i giuristi del Cinquecento era quello di conciliare i casi comunemente ammessi di vendetta dei privati con la teorizzazione di un monopolio pubblico esclusivo nell'amministrazione della giustizia penale; l'offeso non può farsi giustizia da sé ed anche nelle rare ipotesi in cui può agire direttamente contro il reo, deve sempre e comunque passare attraverso il processo formale che lo legittima come *minister iustitiae* ed esecutore di una decisione dello Stato; sul punto, con particolare riferimento ai giuristi spagnoli della Seconda Scolastica, cfr. GRUNERT, « *Punienda ergo sunt maleficia* », cit., specie pp. 321-332.

⁽⁶⁴⁾ Nell'attuale dottrina, sul distacco della punibilità dal reato e sulla sua sottrazione dal novero degli elementi strutturali che restano la tipicità oggettiva e soggettiva, l'illecito-offesa, la colpevolezza e la personalizzazione del giudizio di responsabilità, cfr.

L'esposizione di Deciani oscilla tra sintesi concettuali favorite dalle sperimentazioni metodiche e ricadute casistiche, tanto che spesso le descrizioni dei reati sembrano disperdere il patrimonio dogmatico elaborato nella parte generale, vanificare con il ritorno a distinzioni, esemplificazioni e descrizioni tassonomiche i risultati sistematici e la forza strutturante e organizzativa dei principi e delle categorie. Certo non tutte le intuizioni relative al *delictum* in astratto trovano adeguato riscontro nella parte speciale; alcuni istituti, esclusi dalla parte sui *generalia omnia*, devono essere trattati separatamente nei crimini nominati. Le parti che compongono la definizione del delitto meriterebbero approfondimenti teorici che l'autore lascia incompiuti e avrebbero potenzialità speculative non pienamente sfruttate. Ma i capitoli del *Tractatus* che formano una teoria generale del reato *ante litteram* sono un punto di partenza imprescindibile per la criminalistica successiva, l'inizio di una riflessione scientifica che attorno al prototipo deciano costruisce modelli di *delictum* più sofisticati in funzione di parti generali sempre più complete. Le lacune, le incoerenze, le variazioni di stile non devono, inoltre, sminuire la portata sistematica che la *diffinitio delicti* esercita su tutta l'opera, servendo da modello nella descrizione dei reati, nell'enucleazione dei caratteri tipici e costitutivi, nell'imposizione dei confini della rilevanza penale. La *substantiam* cristallizzata dall'artificio dialettico s'impone come fondamentale e costante termine di paragone nella ricostruzione dell'apparato punitivo. Il prodotto dell'astrazione del giurista fissa criteri che devono essere rispettati sia dal legislatore che dal giudice.

II.2. *Sintesi del genus e formazione del tipo: contractus e delictum*

La ricerca di *communia omnibus delictorum speciebus* si completa con la scomposizione del reato nei suoi elementi essenziali, descritti ora *summatim* per completare la *universalem cognitionem* della materia e poi trattati più ampiamente nei singoli crimini. Essenza, natura, qualità accidentali e modi di estinzione: il delitto è

le riflessioni di M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, Cedam, 1996, pp. 402 ss.

un'entità che può essere studiata come se fosse un organismo vivente, con una propria struttura ontologica e con variabili forme di manifestazione. Il procedimento d'astrazione concettuale coglie nelle specie particolari i tratti comuni e le costanti, per disegnare il quadro generale d'ogni fenomeno criminoso che possa poi di nuovo servire come traccia per l'esposizione dei vari casi, come schema di rilevanza penale cui le singole ipotesi devono corrispondere.

Un'analisi simile l'aveva tentata Bianchi, con esiti sicuramente più imprecisi e confusi. Egli prova nella *Practica* ad applicare ai delitti lo schema filosofico dei *decem praedicamenta*, collocati da Deciani tra le circostanze: essi apportano in realtà uno scarso contributo dogmatico, perché ricalcano quasi integralmente le sette modalità di Saturnino le quali, come visto, già nelle fonti romane descrivevano le forme di realizzazione di un crimine ⁽⁶⁵⁾. Parte dalla *substantiam* ed afferma che per alcuni consiste in *consummatione ipsius delicti*, per altri nell'*animus*: lui però, considerando che si può commettere un reato anche senza *animus*, ritiene che sia la « ipsa contraventio legis » ⁽⁶⁶⁾. Spunto interessante questo, che concentra l'essenza del reato nella trasgressione della norma togliendo rilevanza persino all'elemento intenzionale. Nell'udinese la *lex*, che pure riveste un ruolo fondamentale, va a comporre la sostanza del delitto, non da sola ma concorrendo con altri fattori tra cui anche la *voluntas*.

Accidentia seu qualitates permettono, in Bianchi, di descrivere una fattispecie caratterizzandola per la particolare condotta ⁽⁶⁷⁾. I *praedicamenta loci* attribuiscono rilevanza al luogo del reato ai fini della graduazione della pena, poiché « gravat delictum, et praecogitationem ostendit » come nel caso del furto in *ecclesia* che trasforma l'ipotesi comune nel delitto più grave di sacrilegio ⁽⁶⁸⁾; così pure il *tempus* è assunto quale indice di maggiore o minore gravità, come

⁽⁶⁵⁾ BIANCHI, *Practica criminalis*, cit., § *Visis*, n. 57, f. 48v, si riferisce a « substantia, qualitas, quantitas, relatio, ubi, quando, situm esse, ad aliquod habere, agere et pati ». Eccetto la sostanza, nel *Tractatus* deciano rientrano tutti tra gli *accidentia*.

⁽⁶⁶⁾ BIANCHI, *Practica criminalis*, cit., § *Visis*, n. 63, f. 49r.

⁽⁶⁷⁾ Ivi, n. 66, f. 49v: « Et in primis qualitas quae est leve vel atrox, manifestum et non manifestum, rixa, grassatio, expillatio, violentia, petulantia ».

⁽⁶⁸⁾ Ivi, n. 69, f. 49v.

nella classica ipotesi del reato consumato di notte che provoca un aumento della sanzione ⁽⁶⁹⁾. Quello che sembra mancare in Bianchi e che, per contro, distingue la riflessione di Deciani, è la capacità di assumere come oggetto di analisi non i delitti nei loro possibili e multiformi modi di realizzazione, ma il delitto in generale, come ente unitario astratto: la *Practica*, anche in questa breve parentesi teorico-filosofica, sembra sempre troppo vincolata alla casistica ⁽⁷⁰⁾.

Deciani è più schematico: ragiona solo sui principi, senza soffermarsi in esempi o riferimenti specifici per i quali, precisa, ci sarà ampio spazio nella parte speciale. Ora gli interessa individuare gli *universalialia* del delitto, ma dal suo quadro gli elementi sostanziali naturali e accidentali emergono in una visione più estesa come i fondamenti stessi del diritto penale, la *ratio* di tutto il sistema. La distinzione tra *substantia* e *natura* come operazione dialettica per riuscire a separare la *quidditas* di un ente o un istituto, consistente nel suo nucleo essenziale e immutabile senza il quale esso non sarebbe tale, dalle *qualitates*, caratteristiche estrinseche che possono variare senza alterare né intaccare sostanza e struttura, non è nuova ai giuristi. Deciani può, anzi, recuperare la funzione conoscitiva di tale approccio metodologico da un ampio dibattito dottrinale che parte dalla glossa ⁽⁷¹⁾, attraversa l'elaborazione del diritto comune fino a costruire, proprio nel Cinquecento, una teoria generale del *contractus* ⁽⁷²⁾.

⁽⁶⁹⁾ Sulle ragioni di questo *topos* della criminalistica medievale si rinvia ai contributi contenuti in *La notte. Ordine, sicurezza e disciplinamento in età moderna*, a cura di M. Sbriccoli, Firenze, Ponte delle Grazie, 1991.

⁽⁷⁰⁾ Per indicare, ad es., in che modo la *quantitas* differenzi i delitti, Bianchi (*Practica criminalis*, cit., § *Visis*, n. 68, f. 49v) si riferisce al reato d'omicidio abbandonando il discorso astratto e ricadendo nello stile delle esemplificazioni concrete: « item et quantitas vulnerum seperat homicidium ex proposito ab impetuoso, vel casuali ».

⁽⁷¹⁾ L'occasione è data dalla glossa alla *l. pacta conventa, de contrahenda emptione* (D. 18. 1. 72), dove si analizzano i *pacta quae sunt de substantia contractus* da quelli *de natura contractus*, distinguendo così gli *accidentalialia sive naturalialia contractus* e i *substantialialia*.

⁽⁷²⁾ Lo schema *per elementa* è diffusamente utilizzato, con riferimento al solito passo della *l. pacta conventa*, anche nella matura riflessione del commento, per es. da BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In Secundam atque Tertiam Codicis Partem Commentaria*, Venetiis, apud Lucam Antonium Iuntam, 1590, in C. 7.45.4, *l. prolatam, de sententiis et interlocutionibus*, n. 5, f. 67ra, per distinguere i requisiti sostanziali del processo: « Dico

L'intreccio tra lo schema del *Tractatus* e il ricco esercizio scientifico per elaborare nozioni generali in campo civilistico non è casuale: è senz'altro possibile riconoscere un percorso parallelo tra l'analisi deciana del *delictum* e la riflessione sul contratto. Lo stesso Deciani ricorre in modo esplicito a tale confronto, *ut exempli gratia in contractibus*: la sua decisione di applicare le quattro cause e la distinzione tra sostanza natura e accidenti allo studio del delitto *in abstracto* è originale, quasi sperimentale in un settore dove dominano le *practicae*, al punto che per avvalorare metodologicamente questa scelta richiama proprio le teoriche in tema di contratto ⁽⁷³⁾. Docente alla cattedra di civile tra i più noti e apprezzati a Padova, consulente stimato, Deciani è certamente a conoscenza dell'evoluzione della teoria contrattuale perché maneggia con grande abilità le fonti da cui ha avuto origine e perché può constatare nel suo ambiente (pensiamo a Matteacci, Moccia o al Mantica) gli esiti cui sta giungendo.

Come *in civilibus* il ragionare sugli elementi ha permesso di

quod illud dicitur esse de substantia illius rei, quo cessante res esse non potest», e più diffusamente da BALDO, *In Quartum et Quintum Codicis*, cit., in C. 4.38.13, *l. vendentis* [In vendentis], *de contrabenda emptione*, nn. 6-7, f. 110vb, dove nella compravendita distingue tre *vocabula*, «substantia quae est radix originalis» e consiste in consenso cosa e prezzo, «natura, quod est extensio illius radice ex mera qualitate producta» e infine l'*accidens* «quod est forma quaedam superaddita supra substantiam et naturam ex aliquo speciali modo, vel pacto».

⁽⁷³⁾ Cfr. DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, II *De causis delictorum*, n. 3: «et quamquam sciam causas has varie a variis considerari, cum alii materialem eam causam appellant, quam tamen alii formalem dicunt, et alii efficientem; ut exempli gratia in contractibus, alii dicunt consensum esse causam formalem (...) alii quod imo consensus sit causa materialis (...) alii quod imo sit causa efficiens» e i rinvii in II, IV *De substantialibus, naturalibus ecc.*, nn. 1-2 riferiti per lo più a passi che trattano di *substantia* e *natura* nel contratto. Cfr. ad es. BALDO DEGLI UBALDI, *In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Venetiis, apud Lucam Antonium Iuntam, 1577, in D. 18.1.72, *l. pacta conventa, de contrabenda emptione*, (n. 3, f. 134rb: «[Contractus] Quaedam substantialia, quaedam naturalia, quaedam accidentalia»); ID., *In VII...XI Codicis*, cit., in C. 7.53.5, *l. Etiam, de executione rei iudicatae*, n. 3, f. 73ra: «est autem substantiam id quo primum res aliquid est. Natura, qua primum res talis est (...) Substantia ponit rem in quidditate, natura ponit eam in qualitate et differentia»; ANGELO DEGLI UBALDI, *In I. atque II. Digesti Veteris Partem Commentaria*, Venetiis, ad signum Aquilae se renovantis, 1580, in D. 2.14.7.6, *l. Iurisgentium conventionem, de pactis, § Adeo autem*, n. 3, f. 59vb.

superare il sistema dell'azione contrattuale fondata sul *nomen* per passare alla considerazione strutturale basata sul tipo, così nel *Tractatus* l'autore tenta l'individuazione del modello astratto di delitto, spostando l'attenzione dalla procedibilità alla sostanza dell'illecito proprio illustrandone essenza, natura e accidenti. In vero, la ricerca di sintesi definitorie atte a ridurre all'unità essenziale e costitutiva la *divisio rerum* che vive nella concretezza dei rapporti giuridici, sembra essere un dato comune ai giuristi del Cinquecento: dopo la sfera negoziale, lo sforzo sintetico tocca nei giuristi della Seconda Scolastica un altro nucleo centrale, rappresentato dalla complessa dimensione proprietaria. Così anche i *dominia* nelle sue possibili varie estrinsecazioni storiche sono dalla scienza ricondotte al 'tipo', al modello, al *dominium in genere*, con « una teorica ontologizzante e perciò assolutizzante » che porta alla « costruzione di una proprietà-tipo, di un modello fatto di elementi che caratterizzeranno sempre e dovunque tutte le proprietà della storia umana » (74).

Il giurista udinese, dunque, conosce bene sia le potenzialità ordinanti che la dottrina attribuisce a *causae* ed *elementa* sia la loro utilità nella costruzione di categorie generali: la glossa, poi i commenti di Baldo ma anche i contributi dei teologi-giuristi spagnoli, hanno reso possibile l'emersione di una riflessione *de contractibus in genere*, « una sorta di parte generale » pensata in funzione del concetto di *contractus* come « schema unificatore », di « calco » suscettibile di ricevere e dare forma ad ogni situazione particolare successiva, di luogo capace di organizzare il materiale giuridico estratto dalle singole figure contrattuali in uno « schema puramente strutturale » (75). La distinzione/contrapposizione tra sostanza e

(74) P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, in *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, a cura di P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1973, p. 214, ma più in generale sono utili le pp. 209 ss. sull'elaborazione del *dominium in genere*. Sull'utilizzo da parte della scienza giuridica medievale dei concetti astratti di *contractus* e *dominium* cfr. anche gli spunti in M. LIPP, *Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980, pp. 91-104.

(75) Le citazioni sono tratte da P. CAPPELLINI, *Sulla formazione del moderno concetto di 'dottrina generale del diritto'*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 10, 1981, pp. 323-354, che specie nelle pp. 337-346 valorizza il

natura, operazione logica che affonda le radici e la *ratio* nella tradizione teologica ⁽⁷⁶⁾, permette di superare la pluralità dei *nomina contractus* e di avviare un'elaborazione del 'tipo' contrattuale ⁽⁷⁷⁾. Essa conosce una fortuna longeva: già all'inizio del Seicento (1609) Francesco Mantica, udinese come Deciani e soprattutto suo allievo a Padova, applica la scansione tricotomica in *substantialia*, *naturalia* e *accidentalìa* alla sintesi riepilogativa sulla teorica del *contractus*. Nelle *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus* la tripartizione è esattamente funzionale ad una teoria generale del contratto, « poiché con essa si tenta una comprensione della struttura intima del contratto, del contratto come sintesi e modello di ogni specifica fattispecie contrattuale » ⁽⁷⁸⁾.

Deciani adotta nel *Tractatus* un modello consolidato, ulteriormente piegato a fini sistematici dalle proposte degli umanisti. Tenta di applicare al *delictum* una *methodus* che in ambito civilistico ha prodotto, e continua a produrre, buoni risultati in termini di concettualizzazioni dogmatiche e di definizioni scientifiche della categoria generale del contratto. Una significativa conferma dell'assonanza con scelte stilistiche praticate nel diritto civile e diffuse

contributo dei giuristi della Seconda Scolastica (Soto, De Molina, De Oñate, De Lugo) all'elaborazione della teoria generale del contratto. Per l'apporto dei giuristi spagnoli ai temi del *contractus* e della dichiarazione di volontà negoziale cfr. ID., « *Negoziio giuridico (storia)* », in « Dig. Disc. Priv. », Torino, Utet, 1995, XII, specie pp. 104-105 e BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., pp. 203 ss.

⁽⁷⁶⁾ Colloca le origini della distinzione semantica e concettuale tra *substantia/natura* in una controversia cristologica del V sec. d. C., P. GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto (qualche nota sul 'mestiere' di storico del diritto, a proposito di un recente 'corso' di lezioni)*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 15, 1986, pp. 613-619.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. in proposito BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., pp. 54-63.

⁽⁷⁸⁾ GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto*, cit., p. 607. Il riferimento è in particolare a FRANCESCO MANTICA, *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*, Genova, Gabrielis de Tournes, 1723, t. I, titt. XII *Quae sit substantia contractus*, XIII *Quae sit natura contractus* e XIV *Quae sint accidentalìa contractuum*, ma analogie con il *Tractatus* deciano si possono riscontrare anche nei precedenti titoli definitivi (ad es. tit. I *Conventionis nomen quibus modis accipitur*, tit. IV *Conventio quid sit*). Notizie biografiche su Mantica e i suoi studi patavini sono in M. D. PETTOELLO, *Un giureconsulto udinese del sec. XVI (Francesco Mantica)*, in « Bollettino della Civica Biblioteca e del Museo », Udine, anno III, nn. 3-4, 1909, pp. 79-89.

nell'ambiente giuridico padovano, viene dal *Tractatus de contractibus* (Venetiis, ex officina Damiani Zenarii, 1585) di Pietro Nicolò Moccia. Il giurista maceratese, allievo di Deciani nello *Studium* veneto, comunica nella *Praefatio in Amphitheatrum* la tensione umanistica del suo secolo per la *methodus* e l'*ordo*: descrive i giuristi come « primi Architecti legalis universae machinae bellae profecto et ratione aedificatae », chiamati a sistemare il diritto in una struttura ordinata, razionale e armoniosa. L'inizio dell'opera è dedicata al *contractus in genere*, come categoria, seguendo una scansione degli argomenti che ricalca in modo quasi perfetto lo schema che il suo maestro udinese applica al *delictum* ⁽⁷⁹⁾. Lavorando sui *criminalia*, Deciani estrapola dalle varie e diverse fattispecie solo gli elementi costitutivi, comuni, costanti: la sua attenzione nei primi capitoli del libro secondo, quelli che segnano un primo passo nella direzione di una parte generale o teoria generale del reato, non è rivolta alla descrizione e alla morfologia *dei* delitti, ma alla struttura e alla forma del delitto. *Diffinitione delicti* e *De substantialibus, naturalibus et accidentalibus delicti in genere*: non a caso (eccetto il primo libro terminologico in cui ogni possibile *nomen* è studiato singolarmente) sono gli unici due capitoli in cui si usa il termine *delictum* al singolare, come unità concettuale, come categoria generale.

Il parallelo tra *contractus* e *delictum*, inserito nel dibattito metodologico del Cinquecento in particolare in ambiente patavino, è certamente un'intuizione felice che permette a Deciani di sfruttare per la prima volta *in criminalibus* risorse speculative nuove. Al di là del confronto 'strutturale' emergono, tuttavia, le differenze profonde tra le due discipline: il tema della *conventio*, del *contractus* e del *pactum* poggia su un apparato di riflessioni e teorie ricchissimo che risale ai glossatori, mentre quello del delitto ha una storia giovane e un re-

(79) I primi sette *articuli* del trattato di Moccia (*unde dicatur contractus; de contractibus in genere, quid sit contractus, seu quomodo diffiniatur contractus; de origine contractuum; de divisionibus contractuum; de substantialibus contractuum; de naturalibus contractuum; de accidentalibus contractuum*) corrispondono, infatti, quasi specularmente alla parte generale del *Tractatus criminalis*. Tali partizioni poi si consolidano e si affinano negli spagnoli della Seconda Scolastica; cfr. per es. PETRUS DE ONATE, *De contractibus in genere*, t. I, Romae, ex typographia Francisci Caballi, 1647, specie i *Tractatus I De natura et divisione contractus*, II *De causis contractuum in genere*, III *De effectibus contractuum* e IV *De qualitatibus contractuum*.

troterra dogmatico sicuramente meno provveduto dal punto di vista tecnico-argomentativo. Se la teoria generale del *contractus* è, nel Cinquecento, in una fase adulta, di piena maturazione, quella del *delictum* è, invece, solo agli inizi, sconta la sua giovane autonomia didattica e scientifica, la costrizione entro l'alveo dello *ius publicum*, la forte dipendenza dai provvedimenti del potere politico e dalle norme del legislatore (comunale, principesco o statale) ⁽⁸⁰⁾.

II.3. *La scomposizione in elementa*

Per Deciani i *substantialia*, « quae ad essentiam delicti sunt necessaria » ⁽⁸¹⁾ sono quattro, come nel metodo classico della spiegazione causale, e senza di essi il delitto non può esistere: la legge (*lex*), la volontarietà e intenzionalità dell'atto (*voluntas et animus delinquendi*), il fatto delittuoso (*factum ipsum*), il danno o lesione di un interesse giuridicamente rilevante (*iniuria sive damnum patientis*). La penalistica successiva li ha poi sintetizzati nei brocardi *nullum crimen sine lege, sine culpa, sine actione, sine iniuria*, caricandoli di una fondamentale funzione garantistica e facendone i criteri ispiratori anche delle moderne codificazioni. Impossibile attribuire a Deciani il merito di un complesso sviluppo dogmatico che attraversa il XIX e il XX secolo e che ha preoccupazioni lontanissime da quelle della scienza criminale del Cinquecento; tuttavia, il lavoro di sintesi e lo sforzo definitorio svelano per la prima volta così chiaramente la *quidditas* dell'illecito penale, dimostrando alla dottrina le risorse sistematiche e la ricchezza speculativa della teoria astratta del reato.

Gli elementi naturali del reato sono criteri e regole varie, massime ricavate dalla pratica giudiziale e dalle *opiniones doctorum*, accomunate dall'essere applicabili ed estensibili a tutte le fattispecie. L'autore ne elenca sei. Un certo fatto costituisce delitto ed è da

⁽⁸⁰⁾ Volendo spingersi oltre nel confronto contratto/delitto, si potrebbe forse osservare come all'elemento sostanziale costitutivo del primo, il *consensus*, corrisponda nel secondo la *lex*, e come poi, di conseguenza, al consenso siano dedicate la pagine più approfondite dei civilisti come alla legge penale sia riservata, nel trattato deciano, la parte più sostanziosa e complessa.

⁽⁸¹⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, IV *De substantialibus, naturalibus et accidentalibus delicti in genere*, n. 1.

punire nella misura in cui ciò è interesse dello Stato: «quod reipublicae intersit delicta puniri, natura enim dicitur, quae aliquid nasci facit, sicut delictum statim, quod in esse productum est, id efficit, ut puniendum sit»⁽⁸²⁾. Questa prima enunciazione risente sicuramente del processo di statualizzazione del diritto penale e delle sue fonti in corso nel XVI secolo, che comporta una strumentalizzazione del potere punitivo al servizio di quello politico attraverso la criminalizzazione di certi comportamenti ritenuti pericolosi per il mantenimento e il consolidamento dello *status quo*. La massima *ne delicta remaneant impunita*, vettore tra i più efficaci nell'imposizione del penale egemonico, diviene un pretesto per sorvolare sul mancato rispetto di guarentigie procedurali o per giustificare l'inasprimento di alcune sanzioni, sul presupposto di un rischio per l'organizzazione e per gli equilibri interni dello Stato⁽⁸³⁾. Penalità e interesse pubblico sono inscindibili, la minaccia e l'irrogazione della pena sono gestite e modulate in funzione del bene della *Respublica*.

Secondo dei *naturalia* è che il delitto in nessun caso deve giovare al reo. Terzo che i fatti puniti devono essere *odiosa*: l'aggettivo esprime il carattere di chiara antisocialità del fatto criminoso ed impone anche al legislatore una direttiva nella costruzione delle fattispecie, che possono incriminare solo comportamenti altamente riprovevoli, percepiti come gravi direttamente dalla mentalità comune o resi tali dalle argomentazioni dei giuristi. Gli ultimi tre, riferiti in particolare al momento sanzionatorio, mirano ad assicurare giustizia ed equità nella comminazione della pena: essa deve colpire l'autore dell'illecito e non altri⁽⁸⁴⁾, deve essere proporzionata al delitto e, nel dubbio, l'interpretazione *in benignorem partem* deve

⁽⁸²⁾ DECIANI, *Tractatus Criminalis*, II, IV *De substantialibus, naturalibus et accidentalibus delicti in genere*, n. 2.

⁽⁸³⁾ Il principio «delicta non debent manere impunita» attraversa senza soluzioni di continuità tutta l'esperienza giuridica del diritto comune e si consolida poi, nel periodo di sistematizzazione successivo, tra gli *axiomata* giuridici; cfr. per esempio, GIULIO PACE, *Analysis Institutionum Imperialium, cum selectis*, Patavii, typis Pauli Frambotti Bibliopola, 1652, n. 6 p. 545 e n. 5 p. 550; sul significato assunto dalla massima, cfr. M. SBRICCOLI, *Legislation, Justice, and Political Power*, in *Legislation and Justice*, a cura di A. Padoa-Schioppa, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 51-52.

⁽⁸⁴⁾ Sull'importanza di tale principio, considerato 'rivoluzionario' nel contesto dell'assolutezza dei poteri dello Stato, cfr. MARONGIU, *La scienza*, cit., p. 413.

riflettersi in una *mitior poenam*. Non è facile comprendere quali siano i criteri in base ai quali Deciani, tra la gran quantità di *regulae* e brocardi prodotti dalla criminalistica del tempo, scelga solo questi sei. Si può notare, specie negli ultimi quattro fattori naturali, una tendenza garantistica; un tentativo di porre, o meglio imporre, attraverso la riflessione teorica sul delitto e le ricadute sulla pena, dei limiti agli abusi giudiziari, dei freni all'eccessivo inasprimento del sistema sanzionatorio e all'inclinazione autoritaria e repressiva dell'apparato punitivo.

Sugli *accidentia* o *circumstantiae* l'autore è breve e precisa solo che non riguardano né la sostanza né la natura del delitto, ma *extra sunt*, restano esterni ad esso, ed hanno la proprietà di 'specializzare' il fatto commesso aumentandone o diminuendone la gravità⁽⁸⁵⁾. Possono essere presenti o mancare senza che ciò alteri la fattispecie tipo; elementi accessori ed eventuali presuppongono e non intaccano l'esistenza del reato, ma incidono sulla sua gravità o rilevano come indici della capacità a delinquere del soggetto, comportando una modificazione, quantitativa o qualitativa, della pena. Nessuna novità nell'elenco di questi caratteri, che risalgono, come visto, già alle fonti romane: moderna è invece la definizione delle circostanze e la loro collocazione sistematica nella teoria generale del reato, tanto che su questo punto gli attuali manuali non presentano rilevanti differenze rispetto al *Tractatus*⁽⁸⁶⁾. Solo un cenno, infine, ai modi di estinzione del reato: « tempore, transactione, remissione, indulgentia, morte rei vel accusatoris, tolerantia, expiatione, absolute, compensatione »⁽⁸⁷⁾.

A questo punto della trattazione, Deciani dice di voler affrontare *sigillatim* e in modo più approfondito i singoli elementi indicati

(85) Cfr. DECIANI, *Tractatus Criminalis*, II, IV *De substantialibus, naturalibus et accidentalibus delicti in genere*, n. 3: « Accidentia autem, quibus delictum incrementum, vel diminutionem suscipit, sunt quae neque substantiam, neque naturam delicti attingunt, sed extra sunt, et per quae delictum, quod sui natura leve erat, fit atrocius, et contra, quod atrox erat, fit leve ».

(86) Cfr. per es. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Milano, Giuffrè, 1991¹², pp. 383-384 e F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 1992³, p. 397.

(87) DECIANI, *Tractatus Criminalis*, II, IV *De substantialibus, naturalibus et accidentalibus delicti in genere*, n. 4.

ora sinteticamente, iniziando dalla legge. In realtà il programma non è rispettato. Il tema della *lex* occupa tutto il secondo libro, con l'*excursus* storico, il confronto con la coscienza e la descrizione delle varie fonti, ma la lunga parentesi interrompe il procedere deduttivo per concetti generali del discorso ed evidentemente fa smarrire anche all'autore le coordinate del sistema. Il libro terzo inizia, infatti, con le questioni processuali e gli altri elementi sostanziali restano fuori dalla parte generale, definitivamente trascurati o inseriti nella parte speciale. Il libro IX sui delitti contro la persona, e in particolare l'esame dell'omicidio elevato a modello esemplare d'ogni fattispecie, diviene, come nella tradizione della penalistica medievale, il luogo per affrontare temi di carattere generale, quali l'*animus*, la punibilità della *cogitatio*, il *conatus*, la *praemeditatio*, il concorso di persone e il mandato⁽⁸⁸⁾. Argomenti tutti che già dopo il *Tractatus* andranno gradatamente a completare la teoria generale del reato e a formare il contenuto tipico dell'*Allgemeiner Teil*.

II.4. *Definizioni che cambiano per un penale che si trasforma*

La ricerca di fissare gli elementi necessari ad una descrizione sintetica ma esaustiva dell'area d'illiceità penale è condotta con scelte metodiche diverse, differenti stili espositivi e definizioni variabili. Le formulazioni del modello di reato rappresentano il vertice della struttura sistematica, riassumono in concetti regole e brocardi argomenti estratti dai *casus* o dalle *opiniones*, cristallizzano un archetipo che deve ispirare la descrizione d'ogni crimine. Dietro i singoli vocaboli di una nozione è possibile ricostruire un percorso teorico complesso, riconoscere le scelte tecniche e stilistiche che caratterizzano l'itinerario scientifico di un autore, comprendere il suo progetto giuridico; ma, in una visione più ampia, la definizione riflette anche lo stato della scienza penale in un determinato momento storico, le correnti di pensiero, gli orientamenti culturali e politici che influenzano le opzioni dogmatiche.

In questo senso si può ipotizzare una lettura dell'evoluzione

⁽⁸⁸⁾ Cfr. DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXVII *Animus distinguit*; XXVIII *De sola cogitatione delinquendi*; XXIX *De latronibus et Pyratibus*, nn. 1-3; e i capp. XXX e ss. sul mandato.

della disciplina, una storia del pensiero penalistico filtrata dai cambiamenti e dalle continuità nelle *definitiones delicti*. Non è certo una prospettiva esauriente né esclusiva, ma offre informazioni paradigmatiche sulle tendenze e le opzioni della dottrina. Non sempre la formulazione teorica corrisponde all'andamento della prassi giudiziale o rappresenta adeguatamente il diritto penale in atto, quello reale, basso, quotidiano; piuttosto l'operazione definitoria rappresenta il massimo sforzo d'astrazione scientifica ed è, come motore della parte generale, l'indice di un'attività prettamente speculativa, il nucleo di uno spazio di riflessione concettuale sugli *universalia* del diritto punitivo. L'accento posto sulla violazione della legge, sulla volontarietà del fatto o sulla meritevolezza della pena in conseguenza della lesione di un interesse pubblico, mostra le inclinazioni dei giuristi nel privilegiare l'uno o l'altro aspetto della *substantiam delicti* e, di fatto, accompagna il progresso scientifico della materia che si arricchisce d'argomentazioni dogmatiche e di strumenti operativi.

La definizione di delitto rappresenta una preziosa eredità che Deciani lascia alla scienza giuridica: sintesi concettuale degli elementi necessari e caratterizzanti della rilevanza penale, costituisce il nucleo vitale della parte generale costruita come teoria del reato. Operazione dialettica propria della dottrina, la *diffinitio* diviene un passaggio essenziale nella letteratura criminalistica, un momento d'astrazione dogmatica dalle forti potenzialità sistematiche: assume il valore di una dichiarazione programmatica dei requisiti del reato in grado di comunicare anche connotazioni di politica criminale. I giuristi più autorevoli che affrontano la materia propongono una loro definizione, la assumono quale piattaforma di discussione sulla concezione dell'illecito penale, la scompongono, la commentano, la confrontano con altre per spiegarne le differenze sostanziali.

La nozione deciana subisce critiche e modifiche, integrazioni o trasformazioni, ma continua ad essere un modello, pur non esplicitamente richiamato. Isolata dal resto dell'opera e valutata nei caratteri che la compongono (materialità, colpevolezza, legalità, antigiusridicità), quella del *Tractatus* sembra una definizione assolutamente moderna, anticipatrice, avulsa dal contesto culturale e normativo del Cinquecento. In realtà, se la si legge — come è giusto che sia — in rapporto all'impianto generale, collocandola nel disegno sistematico che si sviluppa in particolare nel libro secondo ma che poi regge

tutto il trattato, quella nozione torna ad assumere una dimensione storica, ad esprimere la realtà di una giustizia penale certamente in evoluzione, ma ciononostante fortemente legata alla mentalità e alla cultura giuridica dell'esperienza tardo medievale. La terminologia e la forma espositiva moderne non corrispondono a teorie altrettanto libere dai retaggi della penalistica precedente: la *lex* prevista come elemento costitutivo non è già totalmente affidata alla sovrana volontà del Principe ma, almeno nelle premesse, poggia la sua validità sulla continuità con l'ordine radicato nel diritto divino e naturale, così come il tema dell'antigiuridicità è solo accennato mentre quello dell'imputabilità per nulla affrontato.

Le definizioni dei criminalisti successivi, cercando di cogliere la sostanza del delitto, rivelano il raggiungimento d'alcune consolidate certezze dogmatiche e l'affinamento di un linguaggio che esprime una più sicura padronanza di concetti e *principia*. La capacità della nozione di esprimere in modo sintetico i contenuti e i caratteri essenziali del crimine, assieme alla sua naturale collocazione all'interno di un discorso sui *generalia* che va a comporre l'*Allgemeiner Teil* penalistico, permettono una lettura dei cambiamenti e dell'evoluzione in senso ampio del sistema punitivo attraverso l'esame comparativo delle diverse definizioni. Il *Verbrechensbegriff* può essere una chiave di comprensione importante del diritto penale nella sua dimensione dottrinale: la *diffinitio* è, infatti, un'operazione affidata ai giuristi, risultato della combinazione di competenze logiche e dogmatiche applicate ad una piena padronanza del materiale fattuale, interpretativo e giurisprudenziale del diritto comune. La funzione programmatica che essa assume è l'esito di un percorso scientifico di costruzione sistematica dal quale restano esclusi il legislatore e il giudice, chiamati solo in un secondo momento a conformarsi al modello di reato astratto, elaborato sintetizzando frammenti di norme, *decisiones*, *opiniones* e orientamenti giudiziari.

Deciani, coerentemente con il ruolo che assegna al *doctor iuris* nella costruzione e gestione del sistema, sceglie di definire il delitto, sussume i caratteri costanti degli illeciti e ricava dalle specie il genere, restituendo poi agli operatori una nozione che deve servire da guida, presupposta tanto dal *conditor iuris* nel momento in cui stabilisce la rilevanza penale di un certo comportamento, quanto dal giudice che deve in base ad essa valutare la sussistenza di un fatto

punibile nel caso concreto. La definizione fissa requisiti costitutivi, cristallizza l'esemplare cui confrontare i singoli delitti, disegna una sagoma dell'illecito tanto più vincolante quanto più articolata e chiara. Le definizioni successive a quella del *Tractatus* completano un percorso di ricerca della *substantiam delicti* nel quale si riflettono gli orientamenti tecnico-filosofici della scienza penale e i temi di discussione: necessaria legalità, responsabilità dell'agente, materialità del fatto lesivo di un bene o valore giuridicamente tutelato, assenza di cause di giustificazione.

Negli autori che seguono il 'ramismo' e perfezionano il metodo espositivo sperimentato da Deciani cercando di ridurre la materia entro linee generali, la *diffinitio delicti* s'impone come un passaggio obbligato nella costruzione dell'architettura complessiva, come chiave di volta del sistema. Dietrich ne propone una dove i singoli elementi non sono ancora ben delineati:

« *Delictum in genere ita definiri potest, quod sit factum, iuri contrarium, a voluntate hominis proveniens, quo ob proprium commodum, iram ac libidinem explendam alium publice privatimque offendit, seque per hoc ad paenam laeso obligat* »⁽⁸⁹⁾.

Nozione generica che comprende sia i delitti pubblici che quelli privati, viene spiegata dall'autore frammento per frammento, anticipando lo schema causale che riprenderà poi in modo più esteso tanto da vanificare in parte la funzione conoscitiva propria dell'operazione definitoria. Il termine *factum* va inteso, come in Deciani, in senso ampio, riferito a *conatus*, *dictum*, *scriptum*, *consilium*, sia dolosi che colposi, incluso anche il comportamento omissivo. La locuzione *iuri contrarium* esprime la violazione di una disposizione di diritto civile o della *lex naturae*, fonte dalla quale sempre sono stati proibiti i delitti, origine di tutte le norme positive, congenita all'uomo e coincidente con il *iudicium rectae rationis*. La *voluntas hominis* non è quella *ab omni extrinseco nuda*, ma quella che si manifesta esternamente attraverso gli *instrumenta* costituiti dalle *membra hominis*; la legge civile secolare, gli apparati repressivi e il

⁽⁸⁹⁾ THEODORICUS, *Judicium Criminale Practicum*, cit., c. I *Delictorum generalia continens*, *Aphor. VII*, p. 19.

giudizio dei magistrati non considerano la *cogitatio*, della quale solo Dio è giudice. La volontà, che è per Dietrich causa efficiente del reato, può essere distinta in due specie: la *ordinata et directa*, finalizzata alla commissione dell'illecito e del *factum iuri contrarium*, può essere spontanea o coatta; la indiretta, orientata al delitto solo in modo secondario, configura le ipotesi di responsabilità colposa. Il proprio personale interesse, l'ira e la libidine sono indicati come causa finale, ovvero come i moventi del reato. L'ultima parte della definizione sottolinea il fatto che la commissione di un crimine lede non solo il privato parte offesa, ma anche lo Stato: ciò giustifica il *vigor publicae disciplinae* e legittima l'intervento repressivo dell'autorità pubblica, « *alias enim respublica firmissimis quantumvis subnixa legibus, uno atque eodem momento ruitura esset* »⁽⁹⁰⁾.

Dietrich passa poi a demolire le critiche di chi impugna la sua definizione, replicando con spiegazioni delle singole parti che dimostrano tutta la carica problematica dell'operazione dialettica, le sottintese controversie dottrinarie, le questioni dogmatiche e metodologiche oggetto di discussione. È certamente una dimostrazione dell'interesse che la scienza penale rivolge al momento definitorio, la cifra della complessità teorica dei temi coinvolti e il segno della difficoltà della sintesi: la *diffinitio* presuppone conoscenza delle diverse tesi, valutazione delle differenti prospettive dottrinali, formulazione di una precisa proposta. Un primo aspetto riguarda la difficoltà di dare, nella definizione, un significato univoco al termine *dolus*, che può essere inteso ed è ambigualmente impiegato come elemento psicologico costitutivo del reato, come specie di delitto (lo *stellionato*) o, infine, come istituto che è estraneo alla materia penale e riguarda i contratti (il *dolus malus*). Il problema, affrontato anche da Deciani nel capitolo IV del libro primo, segna sicuramente una tappa decisiva nella determinazione dei caratteri essenziali dell'illecito penale poiché fa emergere il profilo della responsabilità come *qualitas et affectio*, tratto tipizzante del reato che deve, dunque, senza dubbio rientrare nella definizione: « *Unde nunc relinquitur dolum semper, sive principaliter ut delictum per se, sive ut forma*

⁽⁹⁰⁾ Ivi, n. 7.

delicti, sive incidenter ut adiunctum alicuius contractus et delicti consideretur, sub hac definitione delicti contineri »⁽⁹¹⁾.

Un'altra obiezione rivolta al professore tedesco sostiene che la sua definizione *non constet genere et forma*: non il genere perché non contiene la comune materia di tutte le specie, che consiste non nel fatto ma *in animo, proposito et consilio*; non la forma, perché essa non deve dipendere, come nella nozione del *Judicium Criminale*, dagli accidenti incerti (ovvero proposito, impeto, caso, persona, luogo, etc.). La risposta di Dietrich è giocata sulla corretta applicazione delle cause aristoteliche. L'*animus* non è la materia *circa quam*, ma piuttosto *in qua* dei delitti: pertanto è corretta l'indicazione del *factum* come causa materiale, mentre i modi di realizzazione del reato (*proposito, impetu, consilio, casu*) non sono semplicemente *accidentia* « sed illius formam constituentia »⁽⁹²⁾. Alcune contestazioni riguardano il significato del vocabolo *factum*, che escluderebbe i reati commessi *negligendo vel omittendo* e che sembrerebbe invece includere anche le azioni degli animali. Osservazioni entrambe infondate: in primo luogo perché il termine deve essere inteso nella sua estensione più generale comprensiva sia dei *delicta in omittendo* sia di quelli colposi, in secondo luogo perché l'azione penale non è diretta contro gli animali, i quali essendo privi di ragione non possono delinquere, ma rispetto alla persona che, avendone la custodia, dovrà rispondere a titolo di colpa del fatto provocato dal quadrupede⁽⁹³⁾.

Rispetto a quella deciana la *diffinitio* di Dietrich è certo meno efficace nel ritrarre la *substantiam delicti*. Alcuni aspetti sono comuni ed è evidente l'influenza esercitata dell'udinese, seppur citato una volta sola in tutto l'aforisma⁽⁹⁴⁾: in entrambi figura la puntualizzazione sull'estensione semantica della parola *factum*, profilo impor-

(91) Ivi, n. 11. Il tema specifico del dolo, in rapporto al trattato deciano, sarà affrontato nel paragrafo III di questo capitolo.

(92) Ivi, n. 15.

(93) Ivi, n. 19. Un'ulteriore critica sostiene che la definizione è imperfetta perché l'*obligatio ad poenam* non nasce tanto dal delitto quanto piuttosto dall'interesse leso, o dalla perdita da risarcire e dal danno. La replica di Dietrich è che il risarcimento dovuto per il danno subito è la conseguenza del reato nella prospettiva del privato offeso, mentre rispetto al reo è più corretto parlare di pena.

(94) Al n. 6, a proposito della causa finale.

tante nell'emersione della materialità dell'illecito e nella sua riconduzione all'agire dell'uomo, e l'indicazione della necessità della pena. Tuttavia, mentre nel *Tractatus* la sintetica formulazione già imprime e delimita con fermezza il contenuto del reato tanto che gli ulteriori chiarimenti nulla aggiungono di essenziale per la comprensione, nel *Judicium* l'autore deve ricorrere a più complesse giustificazioni, che sfruttano altri strumenti logici (le *causae*) e di fatto smorzano l'effetto precettivo della definizione⁽⁹⁵⁾. Così accade anche per l'elemento intenzionale: Deciani, forte di una terminologia ampiamente precisata nel libro primo, lo indica semplicemente con il binomio *dolo vel culpa* espressivo di tutte le possibili forme di volontà punibili; Dietrich, invece, lo indica prima in modo generico (*a voluntate hominis proveniens*) e poi è costretto ad esplicitarlo descrivendo in modo esteso il dolo e la colpa, la responsabilità diretta e indiretta. Mancano poi del tutto nel *Judicium* alcuni aspetti, quello del riferimento alla legge vigente e quello dell'assenza di cause di giustificazione, il primo dei quali, in particolare, è fondamentale in tutta l'opera dell'udinese ed è opportunamente inserito anche nella definizione.

Anton Matthes inizia i *Prolegomena* del *De Criminibus* definendo l'oggetto della trattazione:

« Crimen est delictum, quod publicae vindictae gratia accusatur apud eum, qui potestatem gladii habet, ad animadvertendum in facinorosos homines »⁽⁹⁶⁾.

(95) Anche Struve segue un procedimento inverso rispetto a quello deciano: propone prima la definizione e poi la chiarisce con le *causae*, cfr. GEORG ADAM STRUVE, *Dissertationes criminales XVI*, Jenae, Typis Johannis Nisii, 1671, Diss. I, *De delictis in genere*, I: « Delictum in genere est actus seu factum immediate, seu extra ullius conventionis considerationem, contra legum prohibitionem sponte commissum, quo ad praestandum quid patiendumve quis se obligat »; II: « Per actum seu factum significatur materiale delicti: in trasgressione vero legis, aut rectitudinis, quam lex praescribit, privatione formale eius consistit ».

(96) MATTHES, *De Criminibus*, cit., *Prolegomena*, c. I *Quid sit Crimen*, n. 1, p. 1. L'edizione qui utilizzata (Napoli, Sumtibus Dominici Terres, 1772) presenta una nota che corregge e puntualizza la definizione: « Tradita definitio magis convenit publicis iudiciis; proinde rectius erit crimen definire, *Factum illicitum poenae Legis obnoxium*: hinc intelligis non omne turpe factum, atque inhonestum crimen esse, sed quod est Legibus vetitum ».

Nulla a che fare con la *diffinitio* deciana: l'olandese non utilizza lo strumento dialettico per arrivare alla sostanza del reato, non individua elementi strutturali, non dà una forma tipica all'illecito penale, ma sembra inquadrare il crimine nella sua azionabilità, nell'ottica processuale. Il primo capitolo contiene importanti riflessioni sulla teoria del reato, su dolo, tentativo e partecipazione, ma la definizione non è considerata dall'autore una scelta metodica importante nell'economia dell'opera, non costituisce una tappa necessaria nell'elaborazione della parte generale, così come non sono più utilizzate le cause aristoteliche per analizzare il delitto. Il sistema è costruito con una rilettura del *Corpus Iuris* capace di riorganizzare il materiale normativo passato per ottenere contenuti e regole tuttora valide, ma quest'impostazione induce Matthes a rimanere vincolato, quanto alla *diffinitio*, ai testi antichi, disperdendosi inevitabilmente tra le fonti romane nella ricerca di una corretta e univoca nozione. Prova a confrontare le diverse espressioni terminologiche che si riferiscono all'illecito, tenta una qualche riepilogativa classificazione⁽⁹⁷⁾, ma si arrende poi di fronte alla constatazione della confusione semantica: « id enim mutatione iuris et incremento contingit, ut cum ab initio species vere a se invicem disparatae essent, nunc ex parte confusae sunt »⁽⁹⁸⁾.

Chi quasi copia la definizione deciana nella ricerca della *quidditas delicti* è Sinistrari, giurista che attinge a piene mani dal *Tractatus* nel paragrafo sul reato *in genere*:

« Delictum est factum, vel dictum humanum, a lege vigente sub poena prohibitum, quod nulla iusta ratione excusari potest »⁽⁹⁹⁾.

Unica rilevante differenza è nel fatto o detto *humanum*, che significa *ab homine rationis compote, sciente et volente procedens*. La speculazione della teologia morale ha affinato il linguaggio fino a

⁽⁹⁷⁾ *Ibidem*: « Ut igitur concludam, ita existimo: Delictum et genus et speciem esse: Genus species complexi duas, delictum privatum, et crimen: Delictum privatum etiam crimen esse extraordinarium; non contra omne crimen, etiam delictum privatum ».

⁽⁹⁸⁾ *Ibidem*.

⁽⁹⁹⁾ SINISTRARI, *De delictis, et poenis*, cit., tit. I *Proemialis*, § II, *De Delictis in genere*, n. 12, p. 9.

distinguere concettualmente l'*actus hominis*, termine usato anche da Deciani e indicante qualsiasi azione proveniente dall'uomo inteso *specificative*, dall'*actus humanus* che procede dall'uomo *reduplicative*, in quanto dotato di ragione:

« *Factum* ergo, aut *dictum humanum* intelligitur factum ab homine utente ratione, et voluntate, illo nempe, qui sciens, et volens facit, aut dicit; proinde excluduntur facta a brutis, qui ratione non utuntur, *L. 1 § 1 ff. Si quadr. pauper. feci dica.* [D.9.1.1.1.] Item facta a pueris, usum rationis adhuc non habentibus, aut a fatuis, furiosis, phreneticis, et ebriis, qui rationem habent impeditam; et comprehenduntur facta procedentia a voluntate dolosa » ⁽¹⁰⁰⁾.

La dizione di Sinistrari è comprensiva dell'elemento intenzionale, perché indica il fatto prodotto dall'individuo come conseguenza dell'esercizio di ragione e volontà, e può, dunque, riferirsi solo alle azioni dei soggetti che *ratione utuntur*. Emerge il profilo dell'imputabilità come requisito essenziale per la configurazione di un delitto: sono esclusi dalla responsabilità penale non solo gli animali, ma anche e soprattutto i fanciulli che ancora non hanno il pieno uso della ragione, gli stolti, i furiosi, i frenetici e gli ebbri che hanno la *rationem impeditam*, mentre sono naturalmente punibili i fatti che derivano da una volontà dolosa.

II.5. Delictum: *strumento ordinante e programmatico*

Una svolta importante nella ricerca del collegamento tra particolari elementi già singolarmente noti ma poco o affatto combinati tra loro, nella descrizione del rapporto tra *Verbrechensbegriff* e singoli istituti o caratteri capace di dare unità e coerenza all'intero sistema, è determinata dalla riflessione giusnaturalistica e illuministica. In particolare emergono con maggiore chiarezza il principio di legalità, il tema dell'imputabilità, dell'azione umana come conseguenza della libera volontà e della responsabilità morale del reo dell'illecito, così come più marcata è la tendenza alla secolarizzazione del diritto con la distinzione netta del peccato o del vizio dal

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibidem*.

delitto produttivo di un danno all'ordine esterno della società e alla pubblica utilità ⁽¹⁰¹⁾. Fino alle codificazioni il compito di definire l'oggetto della materia resta una prerogativa della scienza giuridica; gli interventi legislativi, che certo si fanno più numerosi e che in alcune regioni cercano di imporsi sulle fonti concorrenti in forza di una rinnovata gerarchia di poteri, preferiscono non rischiare definizioni troppo precise per non autolimitarsi. I corpi normativi, più o meno organici e completi che siano, sfruttano le distinzioni concettuali e le classificazioni delle specie delittuose che giovano alla semplificazione e alla composizione del sistema, ma non sanciscono nozioni generali. Non è compito né interesse della legge stabilire e imporre definizioni o contenuti dogmatici di istituti, poiché quanto più sono rigorosamente fissati i confini del reato — o dei reati — tanto meno libera può essere l'azione del legislatore nel creare fattispecie punibili e tanto più le scelte d'opportunità politica sono vincolate dalla sussistenza dei requisiti teorici.

La dottrina continua, invece, la sua ricerca, scava, indaga, costruisce, crea collegamenti: l'assetto politico-costituzionale si riflette nelle sintesi speculative, il riferimento alla legge positiva e la difesa dello Stato s'impongono come elementi necessari e costitutivi del crimine, ma il giurista architetto del sistema carica la definizione di significati ulteriori facendo gradualmente emergere garanzie e tutele. Intermediario tra le pressioni istituzionali e il patrimonio di idee della scienza penale, il *doctor iuris* modella la struttura in modo tale che i requisiti della *substantiam delicti* delimitino l'area d'illiceità

⁽¹⁰¹⁾ Sul rilevante contributo dogmatico del 'Naturrecht' per l'elaborazione dell' 'Imputationslehre' e per una compiuta teorizzazione sistematica di varie categorie come i 'Fahrlässigkeitsdelikte' o la partecipazione, cfr. F. SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, (1930), Aalen, Scientia Verlag, 1973, pp. 35-39. L'autore analizza anche le definizioni dei giuristi del tardo diritto comune, ma l'impressione è che cerchi di comprenderle con le moderne categorie dogmatiche, prescindendo dal contesto storico-culturale delle singole opere. Sulla ridefinizione dei livelli e degli obiettivi di controllo sociale da parte della Monarchia spagnola nel Settecento, anche attraverso un ripensamento del concetto di delitto, cfr. A. M. HESPANHA, *De iustitia a disciplina, Textos poder e política penal no antigo Regime* (1988), ora in ID., *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la edad moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 238-239.

e nello stesso tempo garantiscano la zona di libertà penalmente irrilevante o giuridicamente giustificata.

Böhmer imposta gli *Elementa* con metodo sintetico-deduttivo ponendo la definizione all'inizio del capitolo sulla natura e l'indole dei delitti:

« Sunt autem delicta quaevis actiones vel omissiones contra leges sponte admissae, quibus tum satisfactio privata, tum publica imminet »⁽¹⁰²⁾.

Sono enucleati e separati i caratteri fondamentali del reato: la materialità del fatto e la sua corrispondenza alla norma (*actiones vel omissiones*), la contrarietà alla legge (*contra leges*), la colpevolezza (*sponte admissae*), la necessità di una soddisfazione pubblica da aggiungere a quella privata della parte offesa. Non sono novità perché, anche se non richiamata, già la nozione deciana conteneva tutti questi aspetti. Certo le consapevolezze che muovono il tedesco sono diverse da quelle del Cinquecento: il riferimento alla legge acquista un valore e un ancoraggio storico più concreto nella *Carolina*, che ha lentamente monopolizzato lo scenario penale fino ad imporsi anche alla dottrina⁽¹⁰³⁾. Così la *spontaneitas*, accennata nella *diffinitio*, è ripresa ai paragrafi XL-XLI per precisare che solo le azioni dolose (*delicta vera*) o colpose (*quasi delicta*) sono oggetto delle leggi criminali e che di conseguenza non possono delinquere i furiosi, i dormienti, gli ebbri salvo che siano in questo stato per colpa propria, gli infanti, gli irati, i sordi e i muti dalla nascita, gli stupidi e i prodighi. Pur in assenza di unitari e superiori concetti di colpevolezza e d'imputabilità, gli assiomi di Böhmer sembrano già introdurre tutte le premesse per una loro successiva elaborazione.

Sempre in area tedesca Engau distingue *delictum* e *crimen*, sot-

⁽¹⁰²⁾ BÖHMER, *Elementa*, cit., Sect. I, c. II *De natura et indole delictorum*, § XXIX, p. 17. Le definizioni cambiano nelle varie edizioni; quella riportata nel testo è comune sia alla seconda che alla terza, mentre quella della quarta è: « Sunt delicta spontaneae actiones vel omissiones legibus contrariae quibus obligatio ad poenam cohaeret ». Gli interventi, pur non portando modifiche sostanziali, dimostrano la costante attenzione e il continuo lavoro scientifico per perfezionare, limare, rendere più incisiva la definizione.

⁽¹⁰³⁾ Sull'influenza della *Carolina* nell'opera di sistemazione teorica di Böhmer, cfr. G. BOLDT, *Johann Samuel Friedrich von Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft*, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1936, pp. 49-50.

tolineando nel primo l'aspetto dell'azione contraria alla legge umana e meritevole di pena (« *factum legi humanae, poenam minitanti contrarium* ») e nel secondo l'imputabilità (« *delictum, quod auctori suo imputari potest* »⁽¹⁰⁴⁾): due entità differenti, due diversi gradi di valutazione dell'illecito che permettono di separare meglio il profilo oggettivo della materialità del fatto antiggiuridico da quello soggettivo della riferibilità alla volontà consapevole del reo. Un passo in avanti che si serve dei risultati teorici raggiunti con la logica aristotelica ma poi se ne libera, traducendo causa materiale, efficiente e formale in concetti più moderni, che però, rispetto alla funzione definitoria, separano momenti che andrebbero ricomposti in un'unica nozione. Il tentativo resta isolato. Continuano, invece, a susseguirsi le definizioni sintetiche che dell'unitario ente *delictum* evidenziano i diversi elementi costitutivi; così Meister, voce di un coro che non registra sperimentazioni nuove: « *Delictum seu crimen est actio subditi libera, salutem reipublicae violans, sanctione poenali, civili interdicta* »⁽¹⁰⁵⁾.

L'itinerario conoscitivo della *substantiam delicti* per mezzo delle definizioni attraversa la scienza penale senza soluzione di continuità, e rappresenta costantemente il cardine della parte generale sostanziale, spazio dottrinale ormai divenuto fondamentale per la comprensione e l'esposizione della materia. Collocata alla fine della teoria del reato, come conclusione dell'analisi dei singoli elementi che la compongono, o posta all'inizio della trattazione *de delictis generatim*, la *definitio* conserva una funzione ordinante e programmatica, rinnovata dal recepimento di nuove istanze politico-culturali e dalla traduzione in assiomi delle elaborazioni teoriche dei giuristi. Si sentono, nei reati che violano il patto sociale, gli echi delle costruzioni giusnaturalistiche e contrattualistiche del Settecento che inevitabilmente influenzano anche un giurista conservatore come Renazzi, la cui definizione è dettagliata:

« *Quaevis, igitur humana actio externa, ab interna dependens, homini*

⁽¹⁰⁴⁾ J. R. ENGAU, *Elementa iuris criminalis Germanico-Carolini*, lib. I, tit. 2, § 14, riportato in SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, cit., p. 39.

⁽¹⁰⁵⁾ C. F. G. MEISTER, *Principia Iuris Criminalis Germaniae Communis*, ed. quinta, Goettingae, Impensis Victorini Bossiegei, 1780, sec. II, p. I *de Delictis et poenis generatim*, § 32, p. 19.

conscia, libera, consilio facta, adeoque imputabilis, sive immediate sive mediate perfecta, Societatis tranquillitatem (adde et sanctitatem Religionis, a qua, Societatis tranquillitas vel maxime pendet) et Sociorum securitatem ac commoda laedens, DELICTUM est »⁽¹⁰⁶⁾.

Tutti i caratteri sono stati spiegati in precedenza dall'autore; la nozione giunge come compimento e naturale sintesi di un percorso conoscitivo. Le leggi penali positive non possono occuparsi di tutti i comportamenti umani, ma solo proibire quelli che ledono i singoli cittadini o minacciano la sicurezza e il bene della società, compresi quelli che violano regole religiose ritenute vincolo di unità e garanzia di tranquillità sociale. Sono, dunque, due le azioni che possono considerarsi delittuose: le *violationes pacti socialis* a danno della *Societatis tranquillitatem* e le *iniurias privatas* lesive della *Sociorum securitatem*. Il delitto si può desumere secondo un sillogismo, dal quale poi emergono vari elementi necessari: la premessa maggiore è la *lex* che comanda, proibisce e permette; quella minore è l'*actio* che viola il divieto o non esegue il comando; la conclusione è la *sententia* necessaria perché l'azione sia riferita alla legge⁽¹⁰⁷⁾. *Conscientia* e *imputatio* sono i due criteri per ricondurre i comportamenti alle norme, per la *legis in actionem applicatio* che consiste nel confronto dell'una con l'altra, e sono anche i due modi per indagare l'*animus* dell'agente. In particolare si delineano i tratti dell'imputabilità: « ut actio iure possit imputari duo constanter necessaria sunt, et ut intelligatur et ut libere agatur »⁽¹⁰⁸⁾. L'indagine è più penetrante, la terminologia più ricca, gli argomenti più efficaci e convincenti: la definizione che ne consegue poggia su una base teorica indubbiamente più solida di quella inaugurata da Deciani.

Certo le definizioni non hanno la forza di risolvere tutte le questioni problematiche, ed anzi evidenziano spesso contraddizioni o incoerenze nel sistema. La trasgressione della legge, che dal *Tractatus* in avanti s'impone come segno essenziale del delitto, è uno dei punti più delicati della struttura teorica e non sempre alla sua affermazione di principio corrispondono le necessarie conseguenze.

⁽¹⁰⁶⁾ RENAZZI, *Elementa*, cit., I, c. III *De Natura Delicti*, § XI, n. 2, p. 23.

⁽¹⁰⁷⁾ Ivi, § V, nn. 1-2, p. 18.

⁽¹⁰⁸⁾ Ivi, § VII, n. 1, p. 19.

Alla difficoltà di dare un volto chiaro alla legge, comprensiva della norma positiva come del diritto naturale o di quello divino, si aggiungono anche la categoria dei *delicta innominata* e dello stellionato, che vanificano ogni possibile tipizzazione e ogni clausola di mera legalità, ammettono fattispecie vaghe non corrispondenti al modello di reato descritto nella definizione, e lasciano aperto un varco per la penalizzazione di comportamenti ritenuti all'occorrenza pericolosi o dannosi di interessi meritevoli di tutela (109). Ma il superamento di queste ambiguità è evidentemente la conseguenza di una concezione moderna della legge, il portato di una cesura politica con l'assetto costituzionale d'Antico Regime che affonda le sue radici nell'imposizione di un legislatore unico, sovrano, assoluto. È una svolta che non può maturare in seno alla sola dottrina, ma richiede l'intervento forte del potere, la riorganizzazione delle fonti, la redazione di un apparato normativo chiaro, coerente, completo; richiede — in sintesi — la moderna idea di 'Codice' per dare alla definizione del reato la concretezza e la forza che possono derivare dalla precettività delle norme codificate.

Il legislatore si appropria del modello di reato costruito e teorizzato dai giuristi, lo utilizza come scheletro delle fattispecie che va formulando. Ma l'attività definitoria, creativa, di ricerca della *quidditas* e di giustificazione dei fondamenti, resta competenza dei *doctores iuris* anche nell'Ottocento (110). I segni della continuità sono

(109) Nella definizione di delitto del settecentesco *Ristretto della Pratica criminale per lo Stato di Milano* (« cosa detta, fatta, tentata o commessa, che dalla legge o dalla consuetudine o altro, per interesse dei buoni costumi, vien predicata degna di pena »), accanto alla legge compare anche la consuetudine, a dimostrazione del faticoso imporsi della riserva di legge 'positiva' come portato del principio di legalità e come riflesso di una rottura con il sistema delle fonti d'Antico Regime; la definizione del *Ristretto* milanese è analizzata da L. GARLATI GIUGNI, *Inseguendo la verità. Processo penale e giustizia nel Ristretto della Pratica Criminale per lo Stato di Milano*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 47-51.

(110) Solo a mo' d'esempio riportiamo le definizioni di G. CARMIGNANI, *Elementi del diritto criminale*, Napoli, Rossi, 1850, L. I, p. I, sez. I, tit. I *Del delitto in generale*, VI, § 89: « Dietro le premesse nozioni ed avvertenze possiamo definire il delitto civile "la infrazione della legge della città protettrice della pubblica e privata sicurezza, verificabile in un fatto dell'uomo da perfetta e diretta intenzione animato". Da questa definizione del civile delitto risultano parecchie conseguenze atte a vie meglio spiegare la indole del medesimo », e di CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, I, cit., cap. II *Nozioni del delitto*, § 21, p. 61: « Il delitto civile si definisce: la infrazione della

nettissimi e lo spazio riservato alla formulazione della natura e della sostanza del delitto caratterizza nel lungo periodo l'impegno scientifico dei penalisti, nel loro confronto naturale con il legislatore ma anche nella loro indipendenza culturale. Cifra della vita dogmatica della scienza penale, le definizioni sono come il vertice emerso di un iceberg che poggia sopra le sommerse speculazioni degli scienziati del diritto, sempre più complesse e raffinate.

III. « *Nullum delictum poena dignum quod dolo vel culpa vacet* »

III.1. *Presupposti del reato: voluntas et animus delinquendi*

La categoria generale della colpevolezza si afferma lentamente. L'idea che il fatto illecito, dannoso e antiggiuridico, per essere considerato un delitto punibile debba dipendere dalla volontà dell'agente e riferirsi in senso ampio alla sua responsabilità, fatica ad imporsi come regola in una dimensione giuridica dominata dall'oggettività del fatto. La combinazione del diritto romano, di quello germanico, degli statuti e delle fonti canoniche crea un sistema confuso, nel quale alcuni brocardi e *topoi* romanistici sono integrati, modificati o limitati da differenti principi e interpretati alla luce della riflessione teologica sull'*animus* e la *voluntas*.

Il *Corpus* giustiniano con insegna alcune massime dotate di grande autorità che divengono passaggi obbligati per ogni discorso sull'aspetto psicologico del reato: *cogitationis poenam nemo patitur* (D. 48.19.18), *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus* (D. 48.8.14), *in lege Cornelia, dolus pro facto accipitur, neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur* (D. 48.8.7). Diversamente, il diritto delle popolazioni barbariche stanziatesi in Italia nell'Alto Medio Evo, punisce un fatto ritenuto non giusto sul presupposto dell'evento dannoso e della lesione effettiva e materiale, senza troppo indagare il nesso di causalità tra volizione dell'agente ed effetto. Segni di cambiamento si hanno già con il legislatore longobardo, il quale, se pure in via di principio non si curi dell'*animus* dell'agente, prevede

legge dello Stato promulgata per proteggere la sicurezza dei cittadini, risultante da un atto esterno dell'uomo, positivo o negativo, moralmente imputabile, e politicamente dannoso ».

alcune fattispecie delittuose in cui una serie di formule (*asto animo id est voluntarie, dolose, sciens, instigante diabolo, iniquo animo, nolendo, casu faciente, per errorem neglegenter*) indicano il superamento della responsabilità oggettiva e la sanzionabilità riservata alle azioni volontarie e consapevoli. Tuttavia, nell'assenza di un criterio generale per distinguere il comportamento doloso da quello colposo, permane un utilizzo confuso ed equivoco sia di *dolus*, come frode o raggirio di stampo civilistico e come volontà consapevole penalmente punibile, sia di *culpa*, intesa tanto come elemento psicologico generico quanto come negligenza ⁽¹¹¹⁾.

Qualche progresso scientifico si ha con la disciplina statutaria, influenzata dal diritto canonico che indaga a fondo la disposizione d'animo del reo ed il suo *versari in re illicita*. Lo dimostra la sicurezza con cui Gandino scrive che

« in his attenditur utrum delictum proveniat ex animo vel non, quia si non proveniat ex animo plerunque nullo modo punitur ut si committatur casu, vel impetu, vel furore, vel ebrietate » ⁽¹¹²⁾.

Diviene *communis opinio doctorum* che l'atto criminale propria-

⁽¹¹¹⁾ Informazioni sulla relativa importanza dell'elemento psicologico nel diritto germanico e sulla confusione concettuale tra dolo e colpa, sono, per es., in P. DEL GIUDICE, *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, in « Enciclopedia del diritto penale italiano », a cura di E. Pessina, Milano, Società editrice libraria, I, 1905, pp. 462-470; C. CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII*, in « Enciclopedia del Diritto Penale Italiano », cit., II, 1906, pp. 242-246; V. BANDINI, *Contributo all'interpretazione del "Tractatus de Maleficiis" di Alberto Gandino*, Parma, Officina Grafica Fresching, 1937, p. 17 e nei contributi di M. BELLOMO, *Dolo (dir. interm.)*, in « Enciclopedia del diritto », XIII, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 725-727, A. MARONGIU, *Dolo penale (dir. intermedio)*, in « Enciclopedia del diritto », XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 732 e G. DIURNI, *Omicidio (dir. interm.)*, in « Enciclopedia del diritto », XXIX, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 898-904.

⁽¹¹²⁾ ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de Maleficiis*, cit., tit. *De poenis reorum*, n. 1, f. 319ra. Sull'elemento intenzionale dell'omicidio in Gandino cfr. G. DIURNI, *Omicidio*, cit., pp. 910-911. Anche BALDO DEGLI UBALDI, *Ad tres priores libros Decretalium Commentaria*, Lugduni, 1585, rist. an. Aalen, Scientia Verlag, 1970, in X. 1.2.1, c. *canonum, de constitutionibus*, n. 15, f. 8vb, ripete che *voluntas et propositum distinguunt maleficia*, tanto che se manca il *propositum delinquendi* « ergo non est delictum: quia a quo removetur diffinitio, removetur et diffinitum; sed omnis diffinitio delictorum sit per dolum vel culpam ».

mente detto sia solo quello doloso: « regulariter in poenis criminalibus nunquam potest quis puniri corporaliter, nisi dolus interveniat »⁽¹¹³⁾. Questo significa che quando si tratta di applicare la pena di morte, o altra afflizione corporale, prevale il principio romanistico riferito alla legge *Cornelia* per cui *lata culpa non aequiparatur dolo* e non quello che equipara la colpa grave al dolo⁽¹¹⁴⁾. Così nella paradigmatica norma statutaria che punisce l'omicidio, sebbene non si faccia menzione del dolo, « tamen iudex ubi non est dolus debet temperare sententiam »⁽¹¹⁵⁾ e applicare una pena più mite, diversa da quella ordinaria. Attraverso sottili distinzioni, le disposizioni statutarie e le norme romane vengono ricondotte alla *ratio iuris communis* e interpretate in modo da far emergere l'elemento psicologico del *dolus* quale requisito costitutivo necessario del delitto, fattore tipizzante *in criminalibus* rispetto ad altri profili della *voluntas* come la *culpa lata*⁽¹¹⁶⁾.

Il problema èopperire alle carenze dogmatiche in tema di

⁽¹¹³⁾ Così CLARO, *Liber V*, cit., § *Finalis*, q. 84, *vers Dictum est*, n. 1, p. 399, che riporta una regola ormai consolidata in dottrina. Cfr. anche MARSILI, *Commentaria super titulis ff. ad l. Corneliam de sicariis*, cit., *Ad l. Corneliam de sicariis*, l. 1, § *Preterea*, n. 10, f. 83va. Sull'affermarsi della regola nella dottrina e nella letteratura consiliare, attraverso una riflessione dogmatica che muove da presupposti ed esigenze probatorie, cfr. M. LUCCHESI, *Si quis occidit occidetur. L'omicidio doloso nelle fonti consiliari (secoli XIV-XVI)*, Padova, Cedam, 1999, pp. 47-81.

⁽¹¹⁴⁾ Sull'equiparazione tra colpa grave e dolo nelle fonti romane, riferimenti ancora utili sono in A. DE MEDIO, *Valore e portata della regola « magna culpa dolus est »*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, II, Napoli, Piero, 1906, pp. 221-245.

⁽¹¹⁵⁾ B. CIPOLLA, *Consilia criminalia*, Venetiis, apud Cominum de Tridino Montisferrati, 1555, *Cons. XXXIII*, n. 6, f. 80ra.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. per es., A. TARTAGNI, *Consiliorum liber secundus*, Venetiis, ex officina Damiani Zenarii, 1578, *Cons. CXL*, n. 4, f. 116va: « quia etiam statuta simpliciter punientia ultimo supplicio, homicidam, seu alium qui occideret hominem, intelliguntur et interpretantur secundum ius commune id est si dolo malo occiderit ». Baldo riconduce la *ratio* di questa *opinio* non solo al diritto comune, ma al diritto naturale, cfr. BALDO DEGLI UBALDI, *In Sextum Codicis Librum Commentaria*, Venetiis, apud Lucam Antonium Iuntam, 1577, in C. 6. 1. 4, *de fugitivis servis*, l. *Quicumque*, n. 19, f. 7ra: « nam de ratione naturali est, quod non puniatur quis ad mortem, qui noluit delinquere. Item non debet punire aeque dolus, et non dolus (...) Item non est similitudo, occidi te non ex proposito ego ex proposito occidar, nam sententiam mortis, nisi ex proposito iudicantis pati non possum ».

colpevolezza ⁽¹¹⁷⁾: i giuristi, lettori e consulenti, lavorano per individuare categorie teoriche sufficientemente definite che permettano di graduare la pena in proporzione alla maggiore o minore gravità dell'intenzione, cercano di mettere ordine nell'apparato casistico e nella confusa e ambigua terminologia statutaria che prevede ipotesi di reato senza specificare il grado della responsabilità punibile e, infine, propongono criteri razionali per impedire agli *assessores ignorantés* di applicare le norme alla lettera decidendo *contra omnem aequitatem* ⁽¹¹⁸⁾. I ragionamenti e le *distinctiones* sulle disposizioni penali delle città tessono una trama in cui il *dolus* emerge quale carattere tipico e peculiare del comportamento criminoso. Se lo statuto — afferma l'Aretino — *requirit dolum expresse*, in tal caso per la *verificationem delicti* occorre provare anche la volontà dolosa del reo. Se, invece, dispone *simpliciter*, senza alcuna specificazione sull'*animus* dell'agente, allora occorre distinguere i *vocabula qua sui natura dolum important* (come quando la norma punisce chi com-

⁽¹¹⁷⁾ Sull'assenza di una teoria generale della responsabilità, dovuta all'incapacità di sintetizzare le varie regole e opinioni riferite alle circostanze particolari o ai singoli casi, cfr. J. M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2000, pp. 221-225.

⁽¹¹⁸⁾ I *doctores* ammettono che le pene statutarie possano essere modificate dai giudici in funzione dell'*animus* del reo (in questo senso cfr. B. SCHNAPPER, *Les peines arbitraires du XIIIe au XVIIIe siècle (doctrines savantes et usages français)*, in «Revue d'Histoire du droit», XLI, 1973, pp. 266-267), e cercano di individuare criteri per guidarne l'*arbitrium*. Frequente l'invito che essi rivolgono ai magistrati perché giudichino non applicando *iudaice, verbis* e in modo rigoroso la lettera del testo statutario, ma secondo equità; cfr. per es., oltre al *Consilium XXXIII* di Cipolla sopra citato (n. 7, f. 80ra), PAOLO DI CASTRO, *In Primam Codicis partem Commentaria*, Venetiis, apud Lucam Antonium Iuntam, 1582, in C. 3.24.1, l. *Quicumque, Ubi senatores vel carissimi civiliter vel criminaliter conveniantur*, n. 3, f. 137vb: «Quid ex forma statuti, si statutum dicat, quod homicida decapitetur et aliquis per culpam sine dolo interfecit hominem, assessores ignorantés consueverunt dicere, quod non debemus distinguere inter dolum, et culpam, sed statur simpliciter verbis statuti, quia non inspicitur animus, sed factum, (...) quod de homicidio casuali deberet quis decapitari, quod est contra omnem aequitatem, et ita pluries consului et a morte aliquos defendi» e A. TIRAQUELLO, *De poenis Legum ac Consuetudinum Statutorumque temperandis, aut etiam remittendis, et id quibus, quotque ex causis*, in *Id., Tractatus varii*, Lugduni, apud Gulielmum Rovillum, 1587, *Praefatio*, n. 23, p. 256: «Et hoc sane quod diximus de minuendis ex causa poenis statutorum, procedit etiam, si iudex iuraverit servare statuta civitatis, quia iuramentum Magistratus debet reduci ad aequitatem, nec debet intelligi praecise».

mette *dolum* o *falsitatem*) nei quali la *culpa lata* non è sufficiente per l'incriminazione, da quelli che non *important delictum in se*. Tra questi ultimi si devono ulteriormente differenziare due casi: quello in cui lo statuto *punit actum qui principaliter infertur in personam* (come nel *percutere aliquem*), per il quale è richiesto necessariamente il dolo poiché tale *iniuria* non può essere perpetrata contro una persona *sine affectu iniuriantis*. Quello in cui *punit actum qui affertur in rem* (ad esempio la *turbatam possessionem*) nel quale, invece, è sufficiente la *lata culpa* ⁽¹¹⁹⁾.

Anche Claro ragiona sui riflessi dell'elemento intenzionale; tuttavia le sue distinzioni sono enunciazioni di principio legate a singole fattispecie, corroborate e induttivamente ricavate dalle *decisiones* dei tribunali. *Dolus* e *culpa* non sono trattati nel primo paragrafo a carattere generale del *Liber V*, quali istituti autonomi, ma nei singoli delitti, come circostanze, modalità di realizzazione e condotte tipiche degli stessi. L'elemento soggettivo non è inteso astrattamente, come presupposto comune di imputabilità, ma come criterio d'individuazione concreta dei differenti modi di commettere il reato e come fattore di determinazione della pena ⁽¹²⁰⁾. I tratti propri di *culpa* e *dolus* emergono, ad esempio, laddove l'autore distingue l'omicidio in colposo e doloso ⁽¹²¹⁾, e così pure dai *modus puniendi* di alcune fattispecie tipiche si deduce che « semper autem mitius punitur homicidium

⁽¹¹⁹⁾ Se, dunque, la norma dice « si quis turbaverit aliquem in possessione sua vel molestaverit aliquem », allora occorre il dolo poiché le parole denotano un *actum illatum in personam*; se, invece, la descrizione della fattispecie è del tipo « si quis ingressus fuerit possessionem alicuius », allora è sufficiente la *culpa lata* perché si fa riferimento ad una *res turbata*. Tutti i riferimenti sono presi da GAMBIGNONI, *Tractatus de maleficiis*, cit., § *Scienter dolose*, n. 2, p. 231.

⁽¹²⁰⁾ Claro dice, infatti, (*Liber V*, cit., § *Homicidium*, v. *Culpa dicitur*, n. 3, p. 178) che l'omicidio colposo « potest nihilominus puniri criminaliter, non quidem poena ordinaria, et sic poena mortis, sed debet puniri poena pecuniaria vel exilio pro modo culpae », e riferisce, come solito, sentenze in tal senso, come quella che in data 9 giugno 1557 ha condannato tale Laurentius Morenus *ad triremes per triennium* per un omicidio colposo.

⁽¹²¹⁾ *Ibidem*: « Culpa dicitur homicidium committi, quando quis non dolose neque animo occidendi, sed inadvertenter alium interficit »; *Ivi*, v. *Dicitur etiam*, n. 4, p. 178: « dicitur etiam culposum homicidium, quando quis citra animum occidendi alium percussit, ex qua tamen percussione ille mortuus est »; *vers. Doloso autem*, n. 6: « dolosum autem homicidium dicitur, quando quis animo aliquem occidendi illum

commissum sine dolo, et sine animo occidendi, quam illud committitur dolo »⁽¹²²⁾. La riflessione giuridica di Claro è ancora troppo dipendente dalla casistica e priva d'astrazione, in quanto diretta *in primis* alla risoluzione delle controversie. Il *Liber V* ricava i concetti di responsabilità dolosa e colposa 'estraendoli' *a posteriori* dalla pratica giudiziaria, limitandosi a prendere atto, senza troppe spiegazioni dottrinali, di una partizione ormai radicata nell'uso; il *Tractatus*, invece, li definisce teoricamente *a priori*, in quanto *fundamenta* dei *criminalia* e della costruzione del *delictum in abstracto*.

III.2. Animus distinguit maleficia

Le fonti romane sono un arcipelago di precetti, regole, brocardi in cui non è facile trovare una direzione univoca in tema di responsabilità penale. In assenza di criteri generali, di una riflessione teorica specifica e in conseguenza di una stratificazione di materiali eterogenei, volontà dell'agente e causalità obiettiva non trovano una sicura composizione. Nella criminalistica di diritto comune s'impone solo gradualmente la massima per cui nei delitti non importa l'*effectus* ma rilevano solo l'*animus* e il *propositum*, quali elementi costitutivi dell'illecito, in particolare nella manifestazione dolosa. Il tema è sondato in modo approfondito e ricorrente nelle lezioni di Marsili, il quale cerca di estrarre dal *Corpus Iuris* una visione coerente del rapporto tra *voluntas* ed *eventus*, così da elevare a principio generale la punibilità del solo comportamento imputabile a titolo di dolo o colpa. Nel commento alla legge *Cornelia de sicariis*, analizza cinque passi che, secondo l'opinione di alcuni giuristi, dimostrerebbero come *in delictis* non sia importante l'intenzione del reo ma l'*exitus*, e li interpreta in modo da riportarli nell'alveo della *communis opinio* per cui « in delictis debet attendi animus et non eventus »⁽¹²³⁾.

interficit, dicitur tamen simplex homicidium quando haec deliberatio illum occidendi, non ex intervallo praecessit, sed in rixa, vel calore iracundiae supervenit ».

⁽¹²²⁾ Ivi, v. *Culpa dicitur*, n. 3, p. 178.

⁽¹²³⁾ Cfr. MARSILI, *Commentaria super titulis ff. ad l. Corneliam de sicariis*, cit., *Ad l. Cornelia de sicariis*, l. 1 § *divus Adrianus*, nn. 44-49, f. 86ra; i cinque passi discussi sono D. 47. 9. 1. 2; D. 48. 19. 38. 5; C. 9. 12. 6; D. 48. 8. 3. 2 e X. VI. 4. 3.

Nella spiegazione delle leggi penali romane e canoniche il giurista bolognese dedica un'attenzione privilegiata all'animo del reo, allo studio dell'elemento psicologico dell'illecito e dei mezzi per provarlo: indice della centralità assunta dal problema della colpevolezza nel Cinquecento e della sua portata sia teorica che pratica per l'irrogazione della pena, lo sforzo di marcare il dolo come ordinaria e necessaria componente del delitto influisce certamente sulla costruzione del modello astratto di reato. Mancano, in Marsili, una visione organica e una collocazione dell'*animus* nel quadro complessivo degli *elementa delicti*, ma è evidente rispetto ai riferimenti casistici e alle ricadute probatorie delle *practicae*, il tentativo di dare un fondamento sostanziale motivato al principio per cui *delictum sine dolo non punitur*. L'asserita mancanza di dolo *in ebrio, in dormiente in minore et in similibus*, oltre all'*infans* e al *furiosus* già previsti nella fonte (D. 48.8.12), la prevalenza dell'*animus* sull'*eventus* ma anche la possibilità di punire l'*affectus non secuto effectu* ⁽¹²⁴⁾, sono i termini ricorrenti e complessi di una teorica dell'imputabilità che interpella le capacità dogmatiche e l'esperienza giudiziale del lettore felsineo e che troverà solo in seguito un compiuto assetto definitorio e concettuale.

I diversi effetti e le possibili forme dell'*animus* nella commissione dei reati si impongono come uno degli argomenti centrali nella riflessione dei penalisti: il ventaglio d'interpretazioni e d'*opiniones* che offrono le *leges* antiche, studiate e analizzate con cura nelle *lecturae criminalium* e messe a confronto con le disposizioni statutarie, la prassi forense e le norme canoniche, rivelano l'urgenza di un inquadramento ordinato e chiaro della disciplina. Il materiale è abbondante ma confuso, la *voluntas* è ampiamente analizzata da teologi, filosofi e giuristi, incrocia spesso con contraddizioni le distinzioni tra dolo e colpa, la punibilità del tentativo, la rilevanza della *sola cogitatio* in alcuni crimini. Necessita di un ripensamento

⁽¹²⁴⁾ La questione *an puniatur affectus non secuto effectu*, non ha, dice Marsili, una soluzione certa e univoca, ma va rimessa alle singole disposizioni normative: « Nam in aliquibus casibus punitur ipse affectus non secuto effectu in aliquibus non » (MARSILI, *Commentaria super titulis ff. ad l. Corneliam de siccariis*, cit., *Ad l. Corneliam de falsis, l. qui falsam monetam* (D. 48.10.19), n. 2, f. 108vb); in alcuni casi è la stessa legge a punire il solo *affectus*, come in chi dà in comodato la casa per commettere un adulterio, in chi corrompe il servo altrui perché commetta un furto, o in chi presta la propria opera per combattere con animali feroci.

complessivo, alla luce di criteri generali e di un modello di *delictum*. Deciani tenta di organizzare la materia in modo razionale: definisce, distingue, classifica, sintetizza. Nel *Tractatus* l'attenzione all'aspetto psicologico è diffusa nella parte generale come nella speciale, nella descrizione della fattispecie e nelle ripercussioni sanzionatorie. Nei primi due libri, coerentemente con il piano dell'opera che prevede in quella parte l'esposizione dei *generalia*, l'autore chiarisce contenuti e confini dei termini *dolus* e *culpa*, espressioni della volontà penalmente rilevante. Ma è nel libro IX (capp. XXVIII e XXIX), dedicato ai reati contro la persona descritti nella *lex Cornelia de sicariis*, che Deciani affronta un discorso generale sull'*animus*, indagandone i risvolti semantici e i contenuti giuridici.

La collocazione di questi capitoli, inseriti tra il veneficio e il *latrocinium*, risulterebbe certo più opportuna nella sezione iniziale, rispondendo ad una logica di principi generali e di spiegazione terminologica più che ad una caratterizzazione peculiare dei delitti contro la persona. In realtà, però, le varie ipotesi riconducibili all'omicidio, raccolte appunto nella *lex Cornelia*, rappresentano un *topos* della criminalistica per l'esame dell'intenzione del reo: l'*homicidium* è paradigma di ogni reato, esempio immediatamente comprensibile delle combinazioni di volontà, nesso causale, evento offensivo e anti-giuridico. La portata comune a tutti i *maleficia* è espressamente riconosciuta: « ideo volui hic perfecte tractare de effectibus animi, qui locus serviet etiam aliis omnibus delictis quoad qualitates animi considerandas et perpendendas » (125).

Non a caso in queste pagine lo stile di Deciani torna ad essere quello dei primi libri: non vi sono riferimenti ad esempi concreti o ad ipotesi specifiche, ma il ragionamento si orienta su nozioni generali e *principia*, con citazioni di autorità non pratiche ma perlopiù teologiche e filosofiche (le Scritture, Tommaso, Agostino e Aristotele). Dopo un'accurata indagine semantica (126), il giurista

(125) DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXVII *Animus distinguit*, n. 1.

(126) Il vocabolo *animus* può articolarsi in varie specificazioni: « dum vero loquimur de animo, intelligimus et de mente, et de voluntate et de intentione, licet subtili ratione videantur haec differre: nam anima in omnibus istis affectibus una est, sed pro varietate affectionum varia sumpsit nomina », come *spiritus, sensus, animus, mens, ratio, voluntas, memoria, vita* (DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXVII *Animus distinguit*, n.

friulano verifica la tenuta della *communis et vulgaris regula quod animus et propositum distinguunt maleficia* nel diritto divino, nel canonico e nel civile. Il primo ripone massima importanza, più che nell'atto esterno, nella volontà di peccare e nella *cogitatio* che già rivela la disposizione del soggetto a trasgredire i comandamenti di Dio; come dimostrano i precetti del Decalogo che vietano di desiderare la donna o la cosa altrui, la legge divina punisce *animus etiam solus sine effectu*, poiché « non volebat tantum absterre a malo, sed allicere etiam ad virtutem, quae in voluntate bona perficitur »⁽¹²⁷⁾. La massima vale anche per fonti e dottrina canonistiche, che distinguono la volontà manifestata *facto, praecepto* o *consilio*, anche se *propter horrorem facti et rigorem disciplinae ecclesiasticae* nel diritto canonico l'omicidio commesso *etiam sine directa voluntate* è punito più facilmente che nel civile. Per il diritto civile e per le leggi romane, infine, « certum est animum in homicidio et quibuscunque delictis in primis spectandum esse, non exitum »⁽¹²⁸⁾: le citazioni di fonti e opinioni di giuristi sono numerose, tutte a conferma della regola per cui *sine etenim animo, neque delictum, neque dolus, neque fraus est*. Ma ciò che più interessa nell'impostazione del *Tractatus*, è il tentativo di offrire un quadro complessivo delle forme di *animus* e di classificarle in funzione del loro rilievo penalistico. Secondo una logica già ampiamente utilizzata nel libro secondo, l'autore discende *ad specialia* e propone uno schema generale capace di contenere in sette *gradus* tutti i casi d'omicidio:

« animus aut consistit in sola cogitatione. Aut descendit ad conatum, et facit aliquem actum, licet non deveniat ad effectum praeoptatum. Aut pervenit ad effectum ex praemeditato animo, et deliberato, et secundum ipsius praemeditationis modum. Aut effectus est sequutus in aliquo praeter vel contra praemeditationem et intentionem delinquentis. Aut casu primo intervenit, sed sequutus est dolus. Aut culpa tantum intercessit. Aut neque dolus neque culpa, et sic effectus tantum contingit »⁽¹²⁹⁾.

2). Per ordinare questa pluralità di voci, l'autore richiama distinzioni e nozioni di Aristotele e Tommaso.

⁽¹²⁷⁾ Ivi, n. 7.

⁽¹²⁸⁾ Ivi, n. 9.

⁽¹²⁹⁾ Ivi, n. 10.

Deciani costruisce una griglia che sintetizza, ordina, astrae dalle ipotesi particolari e, raccogliendo i frutti di tre secoli di scienza penale, non solo è molto più tecnica e descrittiva (« *clariores sunt et magis distincte comprehendunt omnes casus* ») della tripartizione di Marciano in *propositum impetus casus* (D. 48.19.11.2), ma anche più lineare, facile da ricordare e moderna delle sottili e lunghe distinzioni proposte da Marsili nelle sue *Lecturae*, ancora troppo legate alle scansioni temporali e tematiche delle *leges* romane. Obiettivo dichiarato del *Tractatus* è, anche in questo tema, quello di superare il criterio conoscitivo ed espositivo analitico, per adottare invece una linea argomentativa razionale, deduttiva, che ragioni *in abstracto* sulla sostanza degli istituti e ordini *absolute* una materia fino ad allora confusamente trattata dai *doctores*. Il nuovo diritto può disporre di risorse dogmatiche, di tecnicismi e d'elaborazioni dottrinali complesse, artificiali ma più descrittive, *fictiones* dei giuristi che riescono però a rappresentare in modo rigoroso e dettagliato le situazioni concrete: la realtà viene ordinata attraverso tali categorie, le costruzioni scientifiche hanno la solidità e l'autorevolezza culturale per disciplinare, regolamentare e indirizzare i rapporti umani, gli stati d'animo, le *voluntates* e le inclinazioni interiori dei soggetti. Deciani, consapevole della novità del suo approccio al tema, programma una trattazione specifica d'ogni *gradus* ⁽¹³⁰⁾, ma, come per l'ordine espositivo dei *generalia*, anche in questo caso il proposito viene solo parzialmente attuato: dopo l'esame della *cogitatio* e del *conatus* in generale, con l'analisi delle ipotesi di *praemeditatio* plurisoggettiva esemplificata nei *latrones* e nel mandato, l'autore smarrisce il riferimento all'ordine programmato e ritorna ad una *methodus* più tradizionale con la trattazione, peraltro rimasta incompleta, dei singoli delitti.

III.3. *Irrelevanza penale della cogitatio*

Il primo e più recondito *gradus* di volontà soggettiva analizzato da Deciani è la *sola cogitatio*. Ripercorre in prima battuta i luoghi

⁽¹³⁰⁾ *Ibidem*: « de singulis ergo dictis septem gradibus tractandum est, ut absolute habeatur haec materia, quae satis confuse ab omnibus est tractata ».

comuni delle fonti ⁽¹³¹⁾, soffermandosi nuovamente sulla distanza che separa lo *ius fori* dallo *ius poli*: mentre, infatti, la massima *cogitationis poena nemo patitur* (D. 48.19.18) vale per il foro contenzioso, sia civile che canonico, « *secus tamen in foro conscientiae, quia sola cogitatione peccatur Deo* » ⁽¹³²⁾. Dio solo che conosce e giudica i segreti dell'anima può punire la *nuda cogitatio* ⁽¹³³⁾, mentre lo *ius civile et gentium* deve interessarsi dell'*exitum rei*. Vi è una profonda diversità di fini tra i comandamenti divini e l'ordinamento giuridico terreno: quest'ultimo, infatti, mira alla *humanae societatis conservatio*, che può essere lesa solo da un *factum* e resta indifferente alla *prava cogitatio*. La *sinceritas cogitationis* è demandata al giudizio dei filosofi e dei teologi, non *ad iudicium forensium*. « *Aliud enim naturae simplicitas, et sanctitas, aliud mos gentium et civitatum* » ⁽¹³⁴⁾: mentre la prima invita ad agire con benevolenza, a non pensare nulla di empio e a conservare una coscienza integerrima davanti a Dio, il diritto civile può essere contenuto nei tre principi del *neminem laedere, honeste vivere, ius suum unicuique tribuere*. Se, dunque, anche il legislatore prescrive ai cittadini il corretto modo di vivere e di agire, tuttavia lo fa con metodi e criteri assai differenti, poiché se i filosofi hanno cura di limitare e temperare con la ragione le azioni interiori, gli affetti e le perturbazioni dell'animo, egli può invece regolare solamente le *exteriores actiones*.

Qualche elemento interessante e più originale nella riflessione sulla *cogitatio* si ha nel momento in cui Deciani applica la massima alla lesa maestà. Il principio dell'irrelevanza penale del pensiero,

⁽¹³¹⁾ Un'attenta ricostruzione del problema nel pensiero dei glossatori, con riferimento ai passi fondamentali delle fonti e al loro apparato, è in H. P. GLÖCKNER, *Cogitationis poena nemo patitur* (D. 48.19.18). *Zu den Anfängen einer Versuchslehre in der Jurisprudenz der Glossatoren*, Frankfurt a. M., V. Klostermann, 1989.

⁽¹³²⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXVIII *De sola cogitatione delinquendi*, n. 2.

⁽¹³³⁾ L'udinese distingue nella *cogitatio* peccaminosa tre ipotesi: la *simplicissima cogitatio*, in cui non vi è nessun *assensus voluntatis* ma è solo un *motus* istintivo non dominabile dall'uomo e che perciò non comporta neppure il peccato veniale; vi è un caso intermedio, in cui la volontà *cogitationi leviter assensit* e si ha peccato veniale; nella terza ipotesi invece « *cogitationi voluntas plene assentitur, et in ea immorando delectatur, et cupit finem cogitationis exequi, paratus si daretur occasio, vel si non timeret poenam, et tunc peccat mortaliter, ac si fecisset* » (Ivi, n. 2).

⁽¹³⁴⁾ Ivi, n. 3.

della volontà interiore non tradotta in alcun atto esterno, sembra trovare nella scienza giuridica possibili eccezioni. È la voce di Girolamo Gigante, autorevole riferimento in tema di crimenlese, a sostenere che in questo delitto così grave « voluntas quae ad actum non devenit, puniatur »⁽¹³⁵⁾. Nella *quaestio LXVI* del suo trattato ricerca ed elenca passi in cui le fonti confermerebbero la possibilità di punire forme di volontà non ancora esternate o compiutamente concretizzate (*sola cogitatio, sola attentatio, solus conatus, sola voluntas, sola expectatio, sola intentio* e così via), in forza della *ratio* espressa da Baldo per cui « voluntas est deliberatio animi intelligentis et acceptantis id quod vult et praesumitur durare nisi mutata probetur »⁽¹³⁶⁾. Il concorso della volontà con il pensiero è già sufficiente per giustificare l'applicazione della sanzione.

Il giurista udinese, invece, rifiuta questa opinione, e sostiene con fermezza che la *cogitatio* non è punibile neppure nel crimine di lesa maestà « nisi ad aliquem actum devenerit ». La tesi rigorista di Gigante è costruita su un'interpretazione non corretta della fonte romana: la *lex quisquis* del Codice che sancisce la punibilità della *scelestam factionem* (C. 9. 8. 5 pr.) — afferma Deciani — « expresse actum requirit », poiché deve intendersi nel senso che non vi può essere nessuna *factio* « sine colloquio et tractatu », cioè senza un'azione materiale. Quando, dunque, la stessa legge prevede la punizione della *voluntas* e della *cogitatio*, « intelligitur tamen de ea cogitatione et voluntate, quae devenerit ad aliquem actum »⁽¹³⁷⁾.

(135) GIROLAMO GIGANTE, *De crimine laesae maiestatis (libri)*, in *Tractatus Universi Iuris*, cit., XI, pars 1, quae. LXVI, n. 2, f. 48r.

(136) BALDO, *In Quartum et Quintum Codicis*, cit., in C. 4.38.13, *l. vendentis, de contrabenda emptione*, n. 18, f. 111rb.

(137) Tutti i passi sono in DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXVIII *De sola cogitatione delinquendi*, n. 4. Il punto è ripreso, con toni più attenuati e con l'ammissione di una pena minore, anche nel libro VII, al termine della lunga trattazione sulle ipotesi di lesa maestà, nel capitolo XXXV *Conatus, an puniatur in hoc crimine*: dopo aver riportato la comune regola fondata sulla *lex quisquis* per cui nel crimine in oggetto « et sola cogitatio punitur » (n. 2), precisa poi però (n. 10): « Notandum tamen, quod si steterit in puris terminis cogitationis, nullo sequuto actu destinato ad exequendam cogitationem illam, non punietur eadem poena, qua puniendus foret, si animum perfecte fuisset exequutus: quia hodie ex communi consuetudine etiam in atrocissimis, conatus simplex nullo actu sequente, non punitur poena principali, et ordinaria, sed mitiori ».

Come già precisato nella glossa e approvato da tutti i giuristi ⁽¹³⁸⁾, non è la *simplex cogitatio* ad avere rilievo, ma solo la *voluntas deliberata*, che si ha quando *voluntas concurrat cum cogitatione* e che si può provare perché concretizzata in azioni. È, di nuovo, grazie all'idea di una volontà 'rafforzata' che Deciani riesce a sostenere la tenuta del principio anche per l'eresia: se altri, con più semplicità e forse con maggiore pragmatismo, ammettono che la regola subisce un'eccezione nel *crimen haeresis* ⁽¹³⁹⁾, lui vuole precisare che questo è possibile solo se ed in quanto sia provata, attraverso la confessione del reo, la « *cogitatio cui voluntas deliberata assensum praestitit* ». Inoltre vi sono alcune peculiarità che spiegano il trattamento riservato a questo caso: in primo luogo la regola *quod cogitatio non punitur* si riferisce all'ipotesi in cui il soggetto sia comunque consapevole della pravità della suo pensiero, mentre l'eretico è convinto che le sue idee siano vere e cattoliche e ritiene false le contrarie. In secondo luogo, normalmente la *cogitatio* non rileva come *factum* in

⁽¹³⁸⁾ Così nella GLOSSA « *eadem enim* » in C. 9.8.5 pr., *l. quisquis, ad legem Iuliam maiestatem*: « Interpositio est. Et not. cogitatum puniri, sic et supra de epi. et cle. l. si quis non [C. 1.6.5]. Sed contra ff. de poenis l. cogitationis. Solutio secundum Irnerius hic ad actum devenit », nella GLOSSA « *Moliti* », in Inst. 4. 18, *De publicis iudiciis*: « Moliti sunt. Cum effectu tamen sola voluntas sufficit, ut C. ad legem Iul. maie. l. quisquis », e, in modo più completo con varie distinzioni, nella GLOSSA « *si quis* », in C. 1.6.5, *l. si quis non dicam, de episcopis et clericis*: « Ad quorum contrariorum solutionum sic distingue. aut quis cogitavit tantum delinquere et ad actum non processit, et tunc non punitur ita loquitur ff. de poenis l. cogitationis. nam primi motus non sunt in potestate nostra. aut ad actum processit: et tunc aut perduxit ad effectum, et indubitanter punitur, sive utantur sive non, ut ff. quod quisque iur. l. iii. in prin. aut non perduxit: et tunc aut quia noluit et hoc casu ei parcitur, et sic loquitur ff. ad leg. Cor. de fal. l. qui falsam. aut quia non potuit, et tunc aut erant atrociora, et hoc casu punitur ac si ad effectum perduxisset ut hic. aut non erant atrociora, et hoc casu non punitur, ut ff. quod quisque iuris l. i par. fi. ». Della stessa opinione di Deciani anche CLARO, *Liber V*, cit., § *Finalis*, quae. 91, *v. quaero nunquid*, n. 1, pp. 411-412.

⁽¹³⁹⁾ Così per esempio BALDO, *In Primum, Secundum et Tertium Codicis*, cit., in C. 1.6.5, *l. si quis non dicam, de episcopis et clericis*, n. 4, f. 36va: « Istud tamen fallit in haeresi: quia ibi deliberatio mentis sufficit ad perpetrationem delicti, eo quod delictum non requirit aliquid ab extra, sed perficitur in sola mentis excogitatione: unde inquisitor haereticae pravitatis bene puniret haereticum in mente, licet in eo non appareant signa de haeresi » e CLARO, *Liber V*, cit., § *Finalis*, quae. 91, *v. quaero nunquid*, n. 1, p. 412: « De iure tamen canonico secus est: nam in aliquibus casibus etiam ex sola cogitatione quis punitur. Et potest poni exemplum in haeresi ».

sé, ma si riferisce e attiene ad un altro fatto (il reato pensato) che colora di illiceità tutto il processo mentale: « haereticus autem nullum alium finem spectat nisi ipsammet cogitationem, et in ea delectatur putans veram, neque aliud delictum cogitat, sed ipsa sola cogitatio sibimet est delictum »⁽¹⁴⁰⁾.

Una posizione in linea con la tradizione, quella sostenuta da Deciani, che tuttavia acquista un significato non banalmente ripetitivo perché inserita in un coerente discorso complessivo sul profilo psicologico del delitto. Il rispetto dei principi di non punibilità della *cogitatio* e dell'*animus distinguit maleficia* trovano riscontro sia nella definizione che nella causa materiale del *delictum* analizzate nella parte generale (la sussistenza di un *factum*, la combinazione di *voluntas et facta hominum*, la necessità di dolo o colpa): sono intesi dall'autore come una regola fondativa del sistema penale che non ammette eccezioni nella parte speciale. Lo sforzo di non scardinare l'impianto teorico sull'*animus* e di contenere le possibili derive autoritarie nella persecuzione dei reati considerati più pericolosi, legittimate da interpretazioni delle fonti funzionali ad una concezione del diritto penale sempre più invasivo e deciso a punire ogni forma di dissenso politico o religioso, sembra voler ricondurre la scienza giuridica entro binari più razionali. Compito del giurista è ordinare, elaborare *principia* e vigilare sulla loro corretta applicazione: le regole generali hanno un margine di flessibilità e di plasticità, ma non si può arrivare a stravolgerne il senso pena lo sfaldamento del sistema.

Le osservazioni e le precisazioni di Deciani sull'operatività dell'*animus* non sembrano tanto volte ad una mitigazione del sistema punitivo quanto piuttosto ad un recupero della sua logicità interna, attraverso l'armonizzazione tra assunti teorici e loro applicazione pratica. Le letture che con distinzioni dogmatiche e terminologiche (come la *voluntas deliberata*) tentano di stabilire un quadro di conformità tra *animus*, *cogitatio* e *factum*, non impediscono l'intervento sanzionatorio, ma lo giustificano con argomentazioni che salvano la validità delle massime generali: il professore friulano non condanna le anticipazioni di tutela nella lesa maestà e nell'eresia o la pena assimilata all'omicida

⁽¹⁴⁰⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXVIII *De sola cogitatione delinquendi*, n. 4, in fine.

per il *latro*, ma semplicemente tenta di contenerle entro un quadro di coerenza dogmatica rispetto ai *principia*.

III.4. *Verso un genus di responsabilità penale*

Nella prevalente scienza giuridica del diritto comune permane ancora una certa approssimazione nel distinguere gli atteggiamenti rilevanti per il diritto civile espressi dalla definizione di Labeone (in D. 4.3.1.2: «*Dolus est omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumvenendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita*»), da quelli presupposti nei singoli delitti⁽¹⁴¹⁾. Faticosa è anche la distinzione del doppio significato del termine *culpa*: *genus* che indica la colpevolezza e *species* che differenzia la volontà dolosa dalla semplice negligenza o disattenzione. Mentre, dunque, in alcune disposizioni statutarie viene utilizzato il termine colpa non in senso tecnico, ma soltanto in quello comune e generico di imputabilità, ovvero di attribuibilità di una determinata azione ad una certa persona, in altre si è raggiunta una nozione di responsabilità autonoma rispetto al dolo, fondata sul criterio della prevedibilità e della *negligentia, imprudentia, imperitia*⁽¹⁴²⁾.

Nel libro primo dedicato ai *vocabula*, Deciani ripercorre le tappe dell'evoluzione concettuale e semantica della responsabilità, riservando a *dolus* e *culpa* due lunghi capitoli nei quali ragiona sulle nozioni degli autori precedenti e ne propone di nuove e più chiare. La prima definizione di colpevolezza è attribuita al francese Pierre de Belleperche (c. 1250-1308) e ci è riportata da Bartolo:

⁽¹⁴¹⁾ Sulla confusione tra concetti penalistici e civilistici e sull'uso negli statuti di diverse locuzioni, tutte riconducibili al concetto di generica volontarietà del fatto (*dolose, pensate, sponte, studiose, praemeditate etc.*), cfr. T. GATTI, *L'imputabilità, i moventi del reato e la prevenzione criminale negli statuti italiani dei secoli XII-XVI*, Padova, Cedam, 1933, pp. 109-110 e CALISSE, *Storia del diritto penale italiano*, cit., p. 176.

⁽¹⁴²⁾ In questo senso cfr. A. MARONGIU, *Colpa penale (dir. interm.)*, in «Enciclopedia del diritto», VII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 619. Sul percorso di elaborazione giuridica del concetto di colpevolezza cfr. W. ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung. Eine historisch-dogmatische Darstellung der kriminellen Schuldlehre der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius* (Leipzig, 1895) Aalen, Scientia Verlag, 1965, pp. 17-23.

« *Culpa est deviatio a legis dispositione, quod sic probatur: lex ab omnibus sciri debet et observari. Ergo qui id, quod praecipit lex non observat, est in culpa* » (143).

Questa concezione, che costruisce l'unità dogmatica della *culpa* partendo da un giudizio di relazione tra ciò che è stabilito dalla legge e il comportamento che vi si discosta, può essere considerata 'normativa' solo precisando che il termine *lex* va inteso in senso ampio e non si può certo identificare con un unico e preciso tipo di provvedimento formale e positivo proveniente da un'autorità sovrana (144). Essa, comunque, non piace a Bartolo perché comprende unicamente la *culpa lata*, e sanziona solo l'ignoranza di ciò che deve essere conosciuto da tutti. Cercando di meglio definire i contorni del profilo psicologico, egli propone una sintesi più ampia, che comprende tanto i comportamenti volontari quanto quelli dovuti ad ignoranza, espressione di una deviazione non dalla legge ma dal *bonum* (145).

Fortemente condizionati dal pensiero di Tommaso secondo cui la colpa consiste « in deordinato actu voluntatis » (146), i giuristi legano in modo sempre più chiaro, con un nesso di causalità, l'atto

(143) BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Tomus Secundus, Venetiis, apud Lucam Antonium Iuntam, 1590, in D. 16, 3, 32, *l. quod Nerva, depositi vel contra*, n. 6, f. 99va.

(144) L'affermazione che si legge in MEREU, *Culpa = colpevolezza*, cit., p. 14, secondo cui « La dogmatica moderna parte dalla concezione psicologica ed arriva a quella normativa; il diritto penale del Medio Evo parte dalla concezione normativa », sembra attribuire un senso troppo moderno alla *legis dispositio* di Pierre de Belleperche, tanto che poi nelle successive definizioni sia di Bartolo che di Baldo il riferimento alla legge è molto sfumato.

(145) BARTOLO, *In Secundam Digesti Veteris*, cit., in D. 16, 3, 32, *l. quod Nerva, depositi vel contra*, n. 7, f. 99vb: « culpa est deviatio ab eo, quod bonum est, quod per diligentiam hominis potuit praevideri. Credo quod ista sit bona diffinitio. Nam eo ipso quod deviat ab eo quod bonum est, sive in faciendum malum, sive in omittendo bonum scienter vel ignoranter, ista est culpa, ut apparebit, et ideo dixi quod per diligentiam hominis ad differentiam casus fortuiti, qui praevideri non potest ». In questo modo nella dizione generica di *culpa* rientra anche il dolo, « nam ille qui committit dolum, deviat a bono. Pro hoc quod dolum est, culpa est » (Ivi, n. 10, f. 99vb).

(146) TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica*, Ia, q. 48, art. 6.

contra legem alla libera e consapevole determinazione volitiva ⁽¹⁴⁷⁾. Tuttavia, le difficoltà e le controversie interpretative generate dal non chiaro passo del Digesto secondo cui *latiorem culpa dolo esse* (D. 16.3.32), impediscono una chiara e definitiva delimitazione del significato della *culpa* e una distinzione tra la responsabilità dolosa e quella colposa, rispettivamente *in civilibus* e *in criminalibus*.

È solo con il *Tractatus* deciano che la materia viene correttamente inquadrata e razionalmente ripartita tra concetti generali e speciali, tra rispettivi *gradus* e *species* che possono qualificare l'elemento intenzionale dell'atto delittuoso ⁽¹⁴⁸⁾. Rileggendo criticamente le fonti e gli autori precedenti (Tommaso, Bartolo e Baldo), Deciani spiega che:

« Culpae significatio latissime patet, ut pote quae sit voluntaria declinatio a bono, vel ex malitia, vel ex negligentia, (...) culpa enim est nomen generis, quod continet non modo quidquid negligenter peccatum est, sed et dolose et malitiose (...) qui enim dolo facit, utique in culpa est, cum culpa contineat omne, quod est reprehensibile » ⁽¹⁴⁹⁾.

Culpa nel suo significato più ampio indica, dunque, la colpevolezza intesa come necessario rapporto di causalità tra evento e volontà, tra fatto materiale e atteggiamento psicologico dell'agente, e permette di graduare e proporzionare la pena in base alla pravità dell'*animus*: è un *genus* che comprende tutti gli atteggiamenti meritevoli di condanna, tanto quelli dolosi quanto quelli negli-

⁽¹⁴⁷⁾ BALDO, *In Quartum et Quintum Codicis*, cit., in C. 4.24.8, *l. quae fortuitis, de pignoratitia actione*, n. 2, f. 68rb, rielaborando Tommaso, poggia la sua riflessione sulla distinzione tra volontà, intelletto e memoria: « Et ad evidentiam praemitto, quod quaedam respiciunt intellectum, quaedam voluntatem, quaedam respiciunt reminiscen- tiam rerum gestarum, sicut sunt tres potentiae animae, scilicet intellectus, voluntas et memoria. Intellectus praecedit, deinde sequitur voluntas, quia voluntas est movens motum ab appetibili intellectu: unde nihil prius est in voluntate, quin sit prius in intellectu, secundum sanctum Thoma. Memoriam autem habet se ad utrumque, sc. ad intellectum et voluntatem ».

⁽¹⁴⁸⁾ Sull'importanza 'chiarificatrice' della sistemazione deciana riguardo a tale argomento concordano ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren*, cit., p. 21; MARONGIU, *Colpa penale*, cit., p. 620 e ID., *Dolo penale*, cit., p. 734.

⁽¹⁴⁹⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, VI *De culpa*, n. 1.

genti ⁽¹⁵⁰⁾. L'udinese, che per scelta metodologica ricerca gli *univerſalia*, riesce così a sintetizzare un concetto dogmaticamente unitario, capace di esprimere, in termini generali e astratti, la necessità della partecipazione psichica e volitiva all'evento perché si realizzi una fattispecie di reato punibile:

« (haec) concernunt fundamenta ac substantiam totius materiae criminum, cum nullum possit excogitari delictum poena dignum, quod dolo vel culpa vacet » ⁽¹⁵¹⁾.

Non può aversi un delitto senza un titolo di imputazione soggettiva: su questo assunto, come visto già confusamente diffuso tra i penalisti ⁽¹⁵²⁾, l'autore insiste spesso e in punti decisivi del *Tractatus*, oltre che nel primo libro. Dolo e colpa compaiono nella definizione di *delictum*, che non può sussistere senza l'*animus delinquendi*; la *voluntas* è, assieme ai *facta hominum*, la causa materiale del delitto; infine, *voluntas et animus delinquendi* figurano tra i *substantialia delicti* ⁽¹⁵³⁾.

Deciani certamente non inventa né apporta cambiamenti radicali alle teoriche della responsabilità, ma, come accade altre volte nel-

⁽¹⁵⁰⁾ Se in una disposizione normativa è fatta espressa menzione sia del dolo che, in antitesi, della colpa, allora il vocabolo *culpa* non può comprendere anche la responsabilità dolosa, ma « si prius facta non fuerit mentio doli, et subiecta materia id patiat, culpa nomen non modo latam, sed et dolum comprehendet ». Difficile orientarsi nella confusione lessicale, « certum est quod huius nominis significatio sicut et caeterorum omnium a subiecta materia variatur », e *dolus* e *culpa lata* sono spesso usati in modo equivoco (DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, VI *De culpa*, n. 22). Anche Farinaccio (*Praxis et theoriae criminalis amplissimae Pars Tertia*, cit., q. 88, n. 3, p. 122) riconosce poi che la *culpa* può essere *in genere sumpta*, come *genus* di cui il dolo è *species*.

⁽¹⁵¹⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, VI *De culpa*, n. 25 in fine.

⁽¹⁵²⁾ Cfr. per es. I. MARSILI, *Consilia. In quibus omnia fere continentur quae ad reorum defensiones, Hominumque a calumniis innocentiam tuendam necessaria sunt*, Venetiis, ad signum Seminantis, 1573, *Cons. XXV*, n. 1, p. 221: « primo dico quod delictum commissum sine dolo et culpa, maxime si culpa non praecessit casum, non est punibile, saltem ordinaria et vera poena delicti ». L'affermazione di Marsili è, tuttavia, meno perentoria di quella deciana, poiché esclude l'applicazione della pena ordinaria e non, invece, la stessa sussistenza del *delictum*.

⁽¹⁵³⁾ I riferimenti, sui quali ci si è ampiamente soffermati nel capitolo III, sono in T. DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, III *De diffinitione delicti*, n. 2; II, II *De causis delictorum*, n. 5; II, IV *De substantialibus, naturalibus...*, n. 1.

L'opera su diversi argomenti, si pone all'interno della riflessione tradizionale, collocandosi, per così dire, alla fine di un percorso. Porta a compimento un lento itinerario di maturazione dogmatica e segna, nel contempo, l'inizio di un discorso destinato a continuare nel lungo periodo. La capacità di superare il metodo analitico e pragmatico che impediva anche su questo tema lo sviluppo e la deduzione dei concetti generali ⁽¹⁵⁴⁾, gli permette di riflettere sugli istituti in astratto, sul dolo e la colpa in rapporto al delitto, sui concetti e le categorie. I *vocabula* acquistano un significato specifico per il diritto criminale, la responsabilità penale trova proprie forme di manifestazione, il dolo, prima richiesto come elemento distintivo dei comportamenti delittuosi ma mai compiutamente definito e spesso confuso con il *delictum doli*, assume ora una autonoma fisionomia, e così anche la *culpa*.

III.5. *L'elaborazione deciana del dolo penale*

Per comprendere la portata innovativa della sistemazione deciana in tema di dolo è possibile partire da uno sguardo diacronico e osservare il recupero del *Tractatus* operato da penalisti successivi. Quando Renazzi afferma che il termine *dolus*, oltre ad indicare il nucleo semantico civilistico della *fraus* che si oppone alla *bona fides*, può assumere anche il significato criminalistico di « *animum delinquendi, propositumque, quo homines delinquant* » ⁽¹⁵⁵⁾, rinvia alla definizione di Deciani (*Tractatus criminalis*, I, IV *De dolo*, n. 6), richiamata poi pure da Carmignani quando sostiene che il dolo « è la sorgente di tutti i delitti, e costituisce la natura del delitto così propriamente detto » ⁽¹⁵⁶⁾. Le pagine più interessanti, sono, tuttavia quelle di Alberto de Simoni nel *Dei delitti considerati nel solo affetto ed attentati*. Assai critico nei confronti dei criminalisti del diritto comune (tra questi Claro, Farinaccio, Carpzov) « forestieri affatto nella filosofia e nell'arte del ben pensare », che traggono i « fonti limacciosi » della loro dottrina dalle leggi municipali senza risalire ai « genuini principi di una sana filosofia civile » e che operano « con

⁽¹⁵⁴⁾ In questo senso cfr. A. LAINGUI, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit (XVI-XVIII siècle)*, Paris, Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1970, p. 29.

⁽¹⁵⁵⁾ RENAZZI, *Elementa*, cit., lib. I, c. V *De dolo*, I. 2, p. 33.

⁽¹⁵⁶⁾ CARMIGNANI, *Elementi*, cit., § 106, p. 89.

metodo inetto ed equivoco » senza riuscire a trattare la scienza penale nei suoi « princìpi costitutivi »⁽¹⁵⁷⁾, riserva qualche parola di apprezzamento solo a Deciani.

Dopo aver definito il dolo come « un affetto dell'animo, che porta l'uomo o attualmente, o abitualmente ad un atto, o ad un'azione opposta alle leggi, e pregiudizievole alla società nel suo oggetto e nel suo affetto »⁽¹⁵⁸⁾, sostiene che il giurista udinese, « mostrò di avere qualche sapore di filosofia in mezzo al buio dell'età in cui scriveva », tanto da proporre una definizione assai simile alla sua⁽¹⁵⁹⁾. Il passo così apprezzato del trattato è il seguente:

« sed in alium [*dolus*] sensum sumitur, nempe pro animi destinatione et proposito ad certum delictum quoquomodo perpetrandum, qui dolus tunc casui et impetuoso motui opponitur »⁽¹⁶⁰⁾.

A conclusione di una ricostruzione storica sull'origine del termine e sull'uso che ne fanno le fonti romane, Deciani elabora questo significato di *dolus* che risolve la confusione concettuale tra ambito civile-contrattuale e criminale, e consegna finalmente al diritto penale un istituto dogmatico generale e tipico, capace di caratterizzare la *substantiam* di ogni delitto. La *diffinitio* attribuita da Ulpiano a Servio, ma più verosimilmente di Caio Aquilio, secondo la quale il *dolus malus* è una « machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur »⁽¹⁶¹⁾, si basa sull'inganno e sulla simulazione e non risulta diversa nel contenuto da quella più

⁽¹⁵⁷⁾ Le critiche ai dottori criminalisti sono soprattutto in A. DE SIMONI, *Dei delitti considerati nel solo affetto ed attentati*, t. I, Milano, Giovanni Pirotta, 1818, p. I, capo IV, §§ I-IX, pp. 42-50.

⁽¹⁵⁸⁾ DE SIMONI, *Dei delitti*, cit., t. I, p. I, capo X, § VIII, p. 142.

⁽¹⁵⁹⁾ Il passo del *Tractatus* richiamato è il medesimo di Renazzi e Carmignani. In vero, De Simoni, con un ragionamento un poco contorto, dice poi di non condividere la nozione deciana in quanto essa suppone che l'effetto sia anteriore alla causa o diverso da essa, « quasi che il delitto, il quale non è che effetto del dolo, possa anche solo in astratto immaginarsi, o antecedentemente, o distintamente dal dolo » (DE SIMONI, *Dei delitti*, cit., t. I, p. I, capo X, § VIII, p. 142).

⁽¹⁶⁰⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, IV *De dolo*, n. 6.

⁽¹⁶¹⁾ D. 4.3.1.2, *l. hoc edicto, de dolo malo*, ripresa da DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, IV *De dolo*, n. 1.

famosa di Labeone. Questo significato di dolo non spiega però la volontà cosciente e libera di commettere un atto contrario al diritto, richiesta perché il comportamento sia qualificabile come delitto. Nel *Tractatus*, invece, la sintesi è tutta funzionale al penale, si adattata *ad ea quae frequentius accidunt* e cerca di cogliere l'elemento soggettivo comune ad ogni fattispecie.

L'analisi è chiara e matura. Il dolo *in criminalibus* si può considerare *dupliciter*, può assumere due differenti valenze: primo e *principaliter* come *species delicti*, secondo e *accessorie* come *qualitas delicti* ⁽¹⁶²⁾. Può infatti indicare quella particolare ipotesi di reato che è il *crimen doli* (chiamato anche *crimen stellionatus*): esso è privo di previsione formale e di un comportamento tipico, ma costituisce una fattispecie aperta, la cui delittuosità si concreta nell'*aliquid dolo factum* ⁽¹⁶³⁾. Determinato da particolari caratteri e da variabili circostanze del comportamento criminoso, il *crimen doli* per sua natura non è definibile a priori nei suoi tratti costitutivi, per legge o dalla dottrina, ma la determinazione della condotta penalmente rilevante nel caso concreto e la fissazione della sanzione ritenuta adeguata sono rimesse alla valutazione discrezionale del giudice ⁽¹⁶⁴⁾.

⁽¹⁶²⁾ Ivi, n. 8.

⁽¹⁶³⁾ I criminalisti dell'epoca sono unanimi; cfr., per es., BOSSI, *Tractatus varii*, cit., tit. *de crimine stellionatus*, n. 1, f. 234rb: « ubicumque deficit titulus criminis nominatus, vel innominatus et tamen aliquid dolo factum sit, illi crimen stellionatus obiicimus (...) et poena est arbitraria »; FARINACCIO, *Praxis et theoriae criminalis Libri Duo*, cit., tit. III *de delictis et poenis*, q. 19, n. 33, p. 272: « crimen enim stellionatus dicitur delictum continens in se diversa, et distincta facta, et sic propterea nominatum propter maximam diversitatem doli, quem hominis in factis et negotiis committunt et committere possunt, a quodam animali stellione dicto, quod erat serpens variis coloribus stellatus et pictus »; THEODORICUS, *Judicium Criminale Practicum*, cit., c. III *De delictis extraordinariis*, *Aphor. XVII*, p. 422: « Stellionatus qui describi potest: quod sit impostura et dolus in se subsistens et imitatione quadam alicuius delicti, modo huius modo alterius speciem referens: unde et hic, quandocumque dolo quid factum titulus vero criminis deficit obiicitur ad extraordinariam coercionem »; CARPZOV, *Practica nova*, cit., pars. III, *Quae. CXXXIII De Arbitrariis, seu Extraordinariis poenis*, n. 3, p. 344: « Nam ubicumque titulus criminis deficit, stellionatus persecutio locum obtinet, quae ad legitimam aliquam animadversionem non tendit, sed coercionem extraordinariam habet, poenasque arbitrarias reos infligi iubet ».

⁽¹⁶⁴⁾ Secondo MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., p. 207 « è proprio nell'attivazione dell'*arbitrium iudicis* come sanzione che si costituisce il vero momento di individuazione-emersione sostanziale di tale tipologia di reato ».

Come *qualitas in singulis delictis* il dolo connota, invece, lo specifico elemento intenzionale, la consapevolezza dell'antigiuridicità del fatto, il *vitium voluntatis* che induce il soggetto a compiere un atto *per se* o *immediate* causa del delitto ⁽¹⁶⁵⁾. Il termine *qualitas* può prestarsi a differenti interpretazioni e per questo Deciani spiega con quale significato lo impiega in riferimento al dolo: non come qualità eventuale, circostanza possibile e variabile che può esserci o meno e che in modo accidentale e accessorio caratterizza un reato rendendolo più grave, ma come elemento costitutivo, essenziale, che incide sulla *substantiam* del delitto ⁽¹⁶⁶⁾. Ritorna qui in tutta evidenza, a proposito di una questione teorica centrale per la struttura del reato, il tema delle *qualitates delicti*, ambiguamente oscillanti tra profilo probatorio dell'*animus* del reo e dimensione sostanziale della colpevolezza come *ubi consistam* del delitto, tra funzione descrittiva e valutativa della *voluntas* nella particolarità dei casi e categoria strutturante del modello unitario e astratto d'illecito penale. Il professore udinese dimostra d'aver coscienza di tale incertezza dogmatica e avanza proposte risolutive e distinzioni chiarificatrici.

Nelle fonti romane si dice che gli uomini delinquono *aut proposito, aut impetu, aut casu* e propriamente in questo senso il dolo « in delicti est propositum ipsum et malus animus delinquendi, cui opponitur casus » ⁽¹⁶⁷⁾. Se manca tale carattere soggettivo non si ha reato e l'evento o è attribuibile al caso, e di conseguenza non è

⁽¹⁶⁵⁾ L'intenzione dolosa si ha quando il soggetto vuole direttamente commettere un delitto o quando vuole e compie un atto che è causa immediata del reato. Cfr. D. COVARRUVIAS, *De delictis et conatibus*, in *Opera omnia*, cit., n. 1, p. 524: « Hoc vero in loco voluntarium homicidium intelligo non solum cum occidens explicite tendit ad occisionem, et occidere vult: sed et quoties eius voluntas tendit in eum actum, ex quo per se, ac immediate mors sequitur, non per accidens ».

⁽¹⁶⁶⁾ L'ambiguità terminologica e concettuale del dolo come *qualitas*, variante accidentale o carattere costitutivo, è evidente per es. in CIRILLO FULGONI, *Summa criminalis*, cit., *Secunda particula*, rub. 24 *De privatis delictis*, § *primus*, nn. 6-7, f. 92r: « dolus est qualitas quae delictum gravat, et tunc delictum dolo commissum maius esset quam si culpa committeretur, quia doli ac culpam nulla est comparatio. ff. solu. matri. l. si mora. (D.24.3.9) (...) Cum vero dolus esset essentia et substantia delicti, quia sine eo committi non potest tunc non est qualitas, quia est essentia et substantia ipsius delicti (ut patet) et per consequens haec delicta dolo non gravantur » e in *Secunda particula, De dolo malo*, § 1, n. 8, ff. 87v-88r.

⁽¹⁶⁷⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, IV *De dolo*, n. 9. Anche nel delitto d'impeto

punibile, oppure ad un moto istintivo, all'*impetus*, e quindi va punito in maniera proporzionalmente più mite:

« Dolus ergo in delictis versatur tanquam qualitas, quae nisi adsit vel non punitur delictum, ut quando casu sit vel mitius punitur, ut quando impetu » ⁽¹⁶⁸⁾.

L'autore stesso precisa che in quest'accezione generale e specificamente riferibile al diritto criminale, il termine *dolus* sarà impiegato in tutto il trattato e continuerà ad essere, infatti, un requisito costante di ogni fattispecie particolare nel prosieguo dell'opera. Spesso, nella parte speciale, vi sono espliciti riferimenti alla *qualitas animi* che deve essere *constata*: la regola « nullum delictum poena dignum quod dolo vel culpa vacet », stabilita con fermezza nei *generalia*, si riflette poi nella trattazione dei delitti nominati e converge nella necessità pratica di declinare l'intenzione dell'agente nei particolari comportamenti offensivi, di correlare la regola astratta al disvalore delle specifiche volontà illecite ⁽¹⁶⁹⁾. È il momento psicologico che rende il fatto imputabile alla volontà criminosa dell'agente e che esclude la responsabilità oggettiva: il vero dolo penale è solo quello che *ex proposito intercedit* e non deve essere confuso con il dolo *in re ipsa*, rilevante per la nullità di un atto ma inammissibile quando si tratta *de poenis delictorum* ⁽¹⁷⁰⁾.

Esso, tecnicamente spiegato e caratterizzato definitivamente come atteggiamento psichico autonomo e diverso rispetto alla colpa, diviene d'ora in avanti un punto fermo della scienza penale. Dietrich

è presente il dolo, sebbene l'*animus delinquendi* scaturisca all'improvviso e non vi sia premeditazione.

⁽¹⁶⁸⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, IV *De dolo*, n. 9.

⁽¹⁶⁹⁾ Cfr., per es., il rilievo assegnato al *dolus* nel *tumultum* punibile (VII, VII *De coniuratione, factione, seditione*, n. 19); al *dolus malus et animus turbandi* nel reo di lesa maestà che usurpa il *merum imperium* o il titolo di magistrato (VII, IX *De variis modis...*, n. 5); al *dolosus animus* di chi ricade sempre nella lesa maestà per aver emanato uno statuto senza avere né l'autorità né la licenza del Principe (Ivi, n. 9); al *dolose* nell'omicidio (IX, XVIII *Homicidae qui*, n. 3); al rilievo del dolo per la punibilità del mandante e del mandatario; all'*animus laedendi* od *offendendi* di chi porta un'arma, anche difensiva, o altri strumenti atti a ferire (VIII, II *De causis et factis...*, nn. 9 e 13).

⁽¹⁷⁰⁾ Così DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, IV *De dolo*, n. 11.

propone una nozione di dolo come *qualitas* in linea con quella deciana: «*dolus et negligentia potius sint qualitates delictorum, quam eorundem materia per se, est enim vitium animi, quod est qualitas*» (171). Matthes non definisce il dolo, ma dall'interpretazione delle fonti romane traspare la consapevolezza del significato dogmatico che il termine ha assunto nel diritto penale, come carattere costitutivo essenziale del delitto. Il crimine si commette *dolo, affectu, animo* e il comportamento colposo non produce effetti penalmente rilevanti: «*firmiter arguere possumus, culpam extra crimen esse*». In realtà — continua l'olandese — questa affermazione deve essere 'temperata', poiché se con la *culpa* non si commette un vero e proprio reato, «*contrahi tamen quodammodo*» (172), e poiché non è un crimine vero *dolo patratu*s, deve essere punito *mitius extra ordinem*.

La descrizione degli atteggiamenti psicologici che accompagnano la commissione di un crimine rappresenta per la dottrina successiva a Deciani un momento sempre più importante nella costruzione della teoria del reato. Intenzione dolosa o colposa, caso, impeto, ira, paura, libidine, ignoranza: la capacità di ragionare su tali profili della condotta del reo in rapporto al modello di *delictum* in astratto favorisce una riflessione sulle categorie della colpevolezza e dell'imputabilità in generale. La responsabilità penale quale presupposto del reato viene analizzata e valutata nelle sue possibili forme, in relazione alla capacità d'intendere l'offensività dell'atto e al grado di volontà dell'agente. I furiosi, i prodighi, gli ebbri, i minori e così via, sono misurati in base alla loro capacità a delinquere e all'intensità dell'*animus nocendi*; l'imputabilità diventa nei trattati criminali un classico argomento di parte generale, che offre categorie e regole dalla validità assoluta, non limitate ad una singola ipotesi (173). Il ricco e confuso apparato di *causae* che potevano *temperare* il rigore delle disposizioni sanzionatorie statu-

(171) THEODORICUS, *Judicium Criminale Practicum*, cit., c. I. *Delictorum generalia continens*, Aphor. XXVI, n. 2, p. 72.

(172) MATTHES, *De criminibus*, cit., *Prolegomena*, c. I *Quid sit crimen*, n. 2, p. 3.

(173) Indicativo in tal senso è proprio il caput II *Qui crimina admittere possint* che Matthes, nei *Prolegomena* del *De criminibus*, dedica alle diverse questioni in tema di imputabilità. Un altro precedente, pur entro una cornice sistematica meno efficace, è in

tarie elaborato dalla criminalistica di diritto comune (si pensi al sistema approntato da Tiraquello nel *De poenis temperandis*) viene semplificato grazie alle definizioni concettuali e alla maturazione tecnica delle categorie della responsabilità e della colpevolezza ⁽¹⁷⁴⁾.

Le ipotesi che in un primo tempo erano descritte come circostanze e qualità soggettive del reo in riferimento a casi particolari, sono successivamente assunte a *principia* che regolano la capacità a delinquere, collocate nel sistema dei *generalia* sulla natura e l'indole del delitto. La sintesi settecentesca di Böhmer riepiloga ed ordina in modo chiaro il materiale penalistico precedente: solo le azioni *spontaneae* sono oggetto delle leggi criminali e la « spontaneitas vero sine dolo vel culpa concipi nequeat » ⁽¹⁷⁵⁾. *L'animus delinquendi* — precisa il tedesco — può essere *directus* o *indirectus*:

« quumque dolus propositum *nocendi* in genere denotet, l. 1. § 2 de *dol.* apertissime constat, 1) non tantum illum *vere* delinquere, qui delictum subsecutum antea intendit, verum 2) qui cum a) *animo laedendi* b) tale factum *illicitum* suscepit, ex quo alteri c) *ordinarie* solet laesio, licet voluntate *directa* non suscepta, inferri » ⁽¹⁷⁶⁾.

Poiché chi non è *capax doli vel culpae* non può commettere un crimine, ne consegue che non possono delinquere i *furiosos*, i *dormientes*, gli *ebrios* se non sono in tale stato per colpa, gli *infantes*, gli *iratos*, i *surdos* e *mutos* dalla nascita, gli *stupidos* e i *prodigos*. La disciplina in tema di atteggiamento psicologico, di *voluntas nocendi* e di capacità a delinquere sembra ormai avere raggiunto una matura sistemazione, grazie al lavoro della scienza penale che ha prodotto istituti e nozioni definite.

TAEGIO, *Tractatus varii*, cit., pars VI, *De his qui non cogitant sed agunt et perficiunt delicta*, nn. 56-64, ff. 13rb-13va.

⁽¹⁷⁴⁾ Qualche indicazione sulla maturazione del concetto di responsabilità penale è in M. VILLEY, *Esquisse historique sur le mot responsable*, in *La Responsabilité à travers les Ages*, Paris, Economica, 1989, specie p. 85.

⁽¹⁷⁵⁾ BÖHMER, *Elementa*, cit., Sect. I, c. II *De natura et indole delictorum*, § XL, p. 25.

⁽¹⁷⁶⁾ Ivi, § XLIII, p. 27.

III.6. *Dolo vero e dolo presunto. Variazioni per proporzionare la pena*

Seguendo un ordine razionale e deduttivo che procede dal generale al particolare, Deciani affronta poi la divisione dottrinale molto dibattuta tra *dolus verus* e *praesumptus*, entrambe specie del *dolus malus* ⁽¹⁷⁷⁾. Essa riguarda nel medesimo tempo un profilo di carattere sostanziale sul tipo di colpevolezza ed uno probatorio relativo all'evidenza e dimostrabilità nel processo dell'elemento intenzionale. Generata e resa confusa dalla consolidata costruzione quantitativa dell'elemento soggettivo operata da Bartolo, che fa corrispondere alla *culpa latissima* il dolo manifesto e a quella *latior* il dolo presunto ⁽¹⁷⁸⁾, la *divisio* viene sfruttata all'inizio per i suoi riflessi nel campo delle prove. Mentre, infatti, nel primo caso l'*animus delinquendi* risulta in modo evidente da indizi manifesti e *ex qualitate facti*, nel secondo il compimento del fatto materiale può anche prescindere dall'elemento intenzionale:

« Verum accipiunt pro manifesto et qui negari nulla potest interpretatione; praesumptum vero, quod tantum coniecturis ac indicis quibusdam probari potest » ⁽¹⁷⁹⁾.

Dal campo processuale la distinzione si trasferisce poi in quello sostanziale, venendo a differenziare crimini *de genere prohibitorum* tipicamente e per definizione dolosi (adulterio, spergiuo, furto, reato di falso), in cui il *versari in illicitis* implica che l'*animus* doloso non deve essere allegato né provato poiché « *dolus et scientia praesumitur* » ⁽¹⁸⁰⁾, da altri misfatti dei quali, ammettendo una

⁽¹⁷⁷⁾ Nel comportamento doloso in senso generale vi è un'altra *summa divisio* tra *dolus malus*, quello proprio dei delitti, e *dolus bonus* « qui solertia quaedam et industria appellatur, non punitur, neque delictum continet, ut quando quis machinatur contra hostem, et latrones » (DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, IV *De Dolo*, n. 13); cfr. anche ALBERICO DA ROSATE, *Dictionarium iuris tam Civilis quam Canonici*, cit., § *Dolus*: « Dolus bonus est solertia sive astutia ».

⁽¹⁷⁸⁾ BARTOLO, *In Secundam Digesti Veteris*, cit., in D. 16, 3, 32, *l. quod Nerva, depositi vel contra*, n. 8, f. 99vb.

⁽¹⁷⁹⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, IV *De dolo*, n. 14.

⁽¹⁸⁰⁾ TAEGIO, *Tractatus varii*, cit., pars VI, *De his qui non cogitant sed agunt et*

partecipazione psicologica di intensità variabile o perfino assente, è necessario provare la colpevolezza (omicidio semplice) ⁽¹⁸¹⁾.

L'interesse della dottrina per la graduazione del dolo si spiega con le implicazioni nella comminazione delle pene: la ricerca di differenti sfumature dell'elemento intenzionale e di una 'scala' di colpevolezza basata su criteri generali e uniformi, è funzionale ad una proporzionale diversificazione delle sanzioni, così che l'*arbitrium iudicis*, nel pesare le *praesumptiones*, le *coniecturas* e gli *indicia*, possa mitigare la durezza della pena (quasi sempre capitale) comminata per i delitti di *dolus verus* ⁽¹⁸²⁾. Tiraquello è esemplare al riguardo: se la *praesumptio doli* ha *multa adversantia* che ne atte-

perficiunt delicta, n. 15, f. 12vb. Calisse (*Storia del diritto penale italiano*, cit., p. 207) riporta come principio prevalente in tema di reati quello per cui il dolo si argomenta dalla qualità del fatto, in forza del quale alcune circostanze o condotte, come ad es. la clandestinità, fanno presumere il dolo. Se, invece, l'agente è intento ad un negozio illecito sarà sempre imputabile anche a titolo di colpa, cfr. ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de Maleficiis*, cit., tit. *de homicidiariis et eorum poenis*, n. 21, f. 336vb: « si vero dabat operam rei illicite, sive adhibuit diligentiam sive non, semper ei imputatur ».

⁽¹⁸¹⁾ Cfr. BIANCHI, *Practica criminalis*, cit., § *Visis*, nn. 123-125, ff. 54r-55v: « Dolus est duplex, verus et praesumptus; dolus verus est latissima culpa, qui ex manifestis indiciis probatur (...) Dolus vero praesumptus est culpa latior, et istud est in eo casu, quando aliquis committit illud est contra leges, sed potest illud induci sine dolo, ut in homicidio simplici, nam potest a casu vel ex culpa levissima committi ». Terminologia ambigua e confusione concettuale sono anche in FULGONI, *Summa criminalis*, cit., *Secunda particula*, rub. 22 *De dolo malo*, § I, ff. 86v-89r, che equipara il *dolus manifestus*, « qui sit sine simulatione », alla *culpa latissima* (n. 2) e definisce quello *praesumptus* (n. 5) come l'atteggiamento di chi « facere poterit id quod facere debet, et non facit vel e contra ». Il passaggio a categorie sostanziali è meglio visibile in Claro, che alla *quaestio* 60 del § *Finalis* distingue prima (*v. Sed an forte*, n. 20, p. 346) i reati che *ex sui natura possunt esse licita et illicita* (come i contratti che normalmente sono leciti ma in alcuni casi sono proibiti e di conseguenza è punito più severamente e non è scusato chi li pone in essere *clam* perché si presume essere a conoscenza della loro illiceità), da quelli che *de sui natura sunt semper illicita* (come la blasfemia, il furto, l'omicidio e nei quali *plus punitur* chi li commette *palam*); poi (*v. Et generaliter*, n. 22, p. 346) distingue tra delitti *in quibus dolus est de substantia* (come il falso o lo spergiuro, nei quali ogni *causa iusta* o *iniusta excusat* perché fa venir meno l'*animus delinquendi*) e *in quibus dolus non est de substantia* (nei quali la *causa iniusta excusat* dal dolo ma non dalla colpa).

⁽¹⁸²⁾ Sull'utilizzo di un ricercato tecnicismo giuridico come mezzo di umanizzazione delle pene cfr. G. ALESSI, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Napoli, Jovene, 1979, pp. 91-93.

nuano la *probationem*, « est iusta causa mitigandi poenam » (183). Nel caso di *animus occidendi praesumptive probatus*, per esempio, se mancano elementi evidenti dai quali dedurre la volontà del reo (*consanguineitas, amicitia, bona conversatio praecedens, modus et causa offendendi*), la pena deve essere diminuita *arbitrio iudicis*. In questo modo le *distinctiones* dei criminalisti fanno dipendere i diversi gradi di responsabilità dolosa dai differenti livelli probatori, combinando e confondendo profili processuali con elementi e presupposti sostanziali. Il dato tecnico e concettuale deve per necessità confrontarsi con le esigenze probatorie del giudizio e la categoria della responsabilità/imputabilità, non dogmaticamente matura per poter guidare il magistrato entro binari certi, si confonde con problemi di dimostrabilità pratica (184).

Deciani, infatti, dopo avere esposto le corrette ed esaustive definizioni di dolo vero (« *verus dolus est illus, qui non nisi in malam partem interpretari potest, nullaque ratione aut praetextu tergiversari potest reus aut se excusare, quin dolose id admiserit* ») e presunto (« *praesumptus autem dolus est, cum eius quidem coniecturae extant, sed non tam vehementes, quae iudicem in certam credulitatem inducant, ut non possit in bonam etiam partem interpretari* » (185)), spiega che:

(183) TIRAQUELLO, *De poenis temperandis*, cit., *causa XV*, n. 2, p. 282.

(184) Nell'assenza di una nozione chiara, astratta e graduabile di responsabilità, i giuristi si concentrano sul fatto criminoso e sulle modalità estrinseche della realizzazione, ricorrendo alle *coniecturae* per risalire all'*animus delinquendi*, in particolare alle *qualitates armorum, vulneris o loci corporis percussi*; in proposito cfr. M. LUCCHESI, *L'animus occidendi e l'animus deliberatus*, in *Studi di storia del diritto italiano*, I, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 278-302.

(185) DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, IV *De dolo*, n. 16. Tale distinzione la si ritrova anche in DECIANI, *Responsorum Volumen Quartum*, Utini, Natolinus Typographus, 1594, *Resp. LXXVI*, n. 58, ff. 313vb-314ra: « *Dolus verus est, qui manifeste apparet (...) dolus praesumptus est quando praesumptiones et indicia non sunt ita manifesta: puta quando quis scit, vel scire potest aliquid esse prohibitum, et tamen illud facit vel ex ignorantia, vel ex aliqua causam etiam iniusta* ». In questo modo l'autore rifiuta la tesi secondo la quale il dolo vero consiste *in faciendo* e il presunto *in negligendo*, ed anche quella per cui il dolo presunto equivale alla *culpa lata*.

« haec autem divisio eo tendit, ut sciamus dolum verum magis ac gravius puniri, quam praesumptum » (186).

La distinzione della categoria del dolo penale in queste due specie non ha, sottolinea l'udinese, nessuna radice nelle fonti romane, ma è una pura elaborazione dottrinale *ab Interpretibus confictam*. I giuristi la pensano con lo scopo di offrire al giudice strumenti in grado di valutare e bilanciare la gravità della *voluntas nocendi* del reo ai fini di un'equa e proporzionata irrogazione della pena in concreto. L'affermazione di principio contenuta nel capitolo IV del secondo libro del trattato a proposito dei *naturalia* del reato, secondo cui *poena sit commensuranda delicti*, può forse essere letta alla luce di queste invenzioni tecniche con le quali l'udinese cerca di contenere e indirizzare l'operato dei magistrati. La definizione e la classificazione di diverse forme di colpevolezza, dogmaticamente chiare e applicabili ai delitti *generatim*, introducono nel giudizio criteri sostanziali di valutazione equitativa e di temperamento della sanzione. Deciani, sebbene « culpa in hominum actibus non potest certis terminis circumscribi et diffiniri, cum plura sint negotia, quam vocabula » (187), è consapevole che le variazioni su *dolus* e *culpa*, pur se artificiali creazioni dottrinali, possono offrire al giudice un ventaglio di possibili livelli di gravità nell'individuazione del comportamento anti giuridico:

« quamquam ergo gradus isti, species culpa vere non sint, sunt tamen certe gradus doctrinae gratia commode conficti, ut facilius discerni possit, quae culpa dolo ac sceleri sit prior, atque ideo graviori poena dignior, quo sit, ut triplex antiquorum divisio, et sextuplex Bartoli tolerari percommode possit » (188).

La costruzione concettuale degli elementi costitutivi del *delictum*, in particolare delle tipologie di responsabilità, diviene nel *Tractatus* un modello teorico che deve guidare i giudici nella valutazione dell'illecito e che indica confini e limiti sostanziali al loro operato proces-

(186) DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, IV *De dolo*, n. 17.

(187) DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, VI *De culpa*, n. 25.

(188) Ivi, n. 8.

suale (189). Nell'analisi dei singoli crimini e delle loro pene, Deciani spesso rinvia alla discrezionalità del giudice, in adesione ad una tradizione consolidata e invalsa nella pratica; tale arbitrio nel momento finale del giudizio è, tuttavia, preceduto da una descrizione puntuale della fattispecie e dei suoi caratteri e da un riferimento preciso al grado di colpevolezza richiesto per l'imputabilità di quel crimine. L'invito alla proporzione contenuto nei *principia* trova una ricaduta tecnica nella definizione teorica delle figure dell'*animus delinquendi*: nel sistema virtuoso del trattato — sistema pensato dal *doctor iuris* ma, è bene ribadirlo, non necessariamente corrispondente alla *practica* — i concetti chiari di dolo e colpa e le loro partizioni sono alcuni degli strumenti utili a garantire la 'giusta' pena.

Ogni ipotesi di dolo, anche quello vero, « non nisi coniecturis licet evidentioribus probari possit » (190): l'indagine sulla *voluntas* dell'agente non può che basarsi sempre e comunque su congetture e indizi poiché ha ad oggetto non un fatto esterno materiale ma uno stato d'animo. Mentre si esclude, in questo modo, il solo *dolus in re ipsa*, la differenza tra le due forme di *dolus verus* e *praesumptus* si riduce a quella che, con termini odierni, chiameremmo una « semplificazione probatoria » del primo rispetto al secondo (191). Matthes, solo qualche decennio dopo il *Tractatus*, è molto critico verso questa distinzione e la ritiene superflua e sbagliata sotto il profilo concettuale, poiché rischia di generare confusione e di scomporre inutilmente l'unitaria categoria del dolo:

« Mihi ea distinctio parum probatur; nam si probatio doli diversas eiusdem species facit, quid est in iure, quod non vel verum, vel praesumptum dici possit? Vera servitus, verae nuptiae, tutelae, dominium, possessio ecc, quae necessariis argumentis probantur, praesumpta, quae contingentibus.

(189) Cfr. *ivi*, n. 25: « Et cum culpa, quo proximior est, vel remotior a dolo, eo gravius vel levius puniatur, possent non modo sex, sed et 12 et plures constitui, satis est quosdam certiores constituisse terminos, quos iudex spectare possit, ut ad eorum exemplum arbitrium suum conformet, nam his cognitis facile erit pro re nata magnitudinem et gravitatem aut levitatem culpa circumstantiis aestimare, atque immo pro earum qualitate poenas applicare ».

(190) DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, IV *De dolo*, n. 14. cfr. anche DECIANI, *Responsa*, cit., *Resp.* XLIII, n. 32: « dolus non praesumitur nisi probatur ».

(191) Così per es. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 329.

Itaque sic existimo, dolum unius generis esse, qui si probetur, crimen quoque probatum videri; sin minus, proximum esse, ut culpa, aut casu admissum censeatur » (192).

Classificazioni e argomenti contingenti non devono intaccare l'unità faticosamente elaborata del *dolus* penale: nel sistema dell'olandese, più lineare di quello deciano, ulteriormente maturato nella chiarezza concettuale e affinato negli strumenti dogmatici, la proporzione e la differente gradazione dell'intervento punitivo sono meglio assicurate dalla semplice differenza tra dolo, colpa e caso, piuttosto che da sottili e artificiose specificazioni. Nella stessa direzione si muove poi anche Renazzi, il quale sottolinea come la divisione in vero e presunto non incide sulla sostanza comune del *dolus*, ma serve per distinguere le specie di argomenti probatori. In realtà il tipo di comportamento doloso penalmente rilevante è uno solo, è l'*actio interna* che muove il reo, l'atteggiamento *occultus in animus* del delinquente che è *semper praesumptus* poiché può essere dedotto unicamente da *indicia et argumenta* che rivelano esternamente l'intima volontà (193).

La classificazione che se mai può farsi, afferma Renazzi, è quella tra *nequitia* ed *impetus adfectuum*: essa non riguarda affatto il profilo probatorio e processuale, ma si basa su una valutazione più attenta e penetrante dell'*animus* del soggetto, incide sui sentimenti e le passioni e contribuisce a chiarire i limiti e i termini sostanziali dell'imputabilità. In entrambe le *species* c'è il *consilium delinquendi* e interviene il *dolus*, « sed in primo casu consilium delinquendi considerate, et plena voluntate initum est, in altero autem casu animo vi adfectuum commoto,

(192) MATTHES, *De Criminibus*, cit., t. II, *ad lib. XLVIII Dig.*, tit. XVIII *De Poenis*, c. IV *De officio iudicis*, n. 11, p. 179.

(193) Cfr. RENAZZI, *Elementa*, cit., I *De delictis generatim*, c. V *De Dolo*, § IV *Divisiones doli reprobatae*, n. 2, p. 35: « Ceterum dolus, quo quis delinquit, verus est dolus, deque eo certissime, et vere soli potest constare Delinquenti. Dolus enim, quum interna sit actio, latet occultus in animo Delinquentis, aliorumque hominum aciem effugit. Unde non aliter a nobis argui potest, quam ab internis actionibus, quae indicia sunt, et argumenta internarum actionum, a quibus istae proveniunt. Itaque quod ad nos pertinet, semper dolus praesumptus est; praesumimus scilicet, concludimusque vere quemquam ad delinquendum dolo accessisse ex externis ab eo gestis criminosis actionibus ».

atque impulso id consilii est susceptum »⁽¹⁹⁴⁾. Di fatto Renazzi utilizza questa divisione per analizzare le diverse possibili cause che spingono il reo a commettere l'illecito, per pesare i gradi e le intensità del dolo (nelle ipotesi dell'*adfectus* rientrano l'*ira*, l'*amor*, la *zelotypia*, l'*ebrietas*) in modo tale da poter comunque proporzionare la pena in funzione del più o meno grave e consapevole *propositum delinquendi* ⁽¹⁹⁵⁾. Il dato tecnico e le risorse dogmatiche sono più raffinate di quelle deciane, ma ancora il giurista sente la necessità di distinguere, definire e limitare gli istituti e i concetti con argomenti solidi e razionali, per indirizzare e controllare il giudice nel momento decisivo dell'irrogazione della pena.

III.7. *Differenze sostanziali tra dolus e culpa*

Per completare l'analisi dell'elemento soggettivo, Deciani tratta della *culpa*, intesa, questa volta, nel suo significato più ristretto e specifico, come criterio autonomo di determinazione della responsabilità. L'istituto, uno dei più controversi e dibattuti dai giuristi, risentiva fortemente della contaminazione tra diritto civile e penale e risultava indefinito, nei suoi tratti caratterizzanti, a causa della confusione con il dolo, provocata dalla già citata massima *culpa lata dolo aequiparatur* ⁽¹⁹⁶⁾. Merito dell'udinese è quello di fissare prima le differenze ontologiche tra il dolo e la colpa, per poi riordinare quest'ultima semplificandone la graduazione ⁽¹⁹⁷⁾.

La responsabilità colposa è provocata da un « excessus sive peccatum per imprudentiam admissum in alicuius damnum, quod

⁽¹⁹⁴⁾ Ivi, c. V *De Dolo*, § V *Duplex doli species*, p. 35.

⁽¹⁹⁵⁾ Cfr. RENAZZI, *Elementa*, cit., I *De delictis generatim*, c. V *De Dolo*, § VII *Impetus Adfectuum*, n. 2, p. 36: « estque Delinquentibus familiaris excusatio se se adfectuum impetu deliquisse, ut Iudices ad misericordiam alliciant, legitimasque poenas evadant ».

⁽¹⁹⁶⁾ L'argomento è complesso, i confini tra diversi *gradus* e *species* della responsabilità non facilmente tracciabili; Fulgoni (*Summa criminalis*, cit., *Secunda particula*, rub. 22 *De dolo malo*, § II, incipit, f. 89v) sintetizza le domande sulle quali i criminalisti dibattono e che portano alle varie *distinctiones*: « quia non parum haesitatur an lata culpa in poenis imponendis dolo comparetur, et qualiter culposi delinquentes puniantur et cum poena ordinaria plecti possint? ».

⁽¹⁹⁷⁾ In questo senso cfr. MARONGIU, *Colpa penale*, cit., pp. 619-621.

tamen per prudentem si animadvertisset, evitari potuisset » (198); in questo significato essa è contrapposta al dolo,

« quod dolus sceleratae ac flagitiosae, culpa imprudenti ac stolidae menti tribuatur » (199).

La differenza è sostanziale poiché « dolus voluntatis sit vitium, culpa intellectus et memoriae » (200): il primo è costituito dalla deliberata intenzione e dalla consapevolezza di commettere un atto anti-giuridico, la seconda non da una volontà prava, ma da disattenzione, negligenza, imprudenza. La correttezza terminologica, basata su un'attenta lettura delle fonti romane, riflette anche una differenza contenutistica e consente all'autore di delineare con precisione i contorni delle due figure di responsabilità. Poiché, dunque, non si ha delitto senza *voluntas et animus delinquendi*, cioè senza dolo, « si culpa tantum intercedat, non erit vere maleficium, sed quasi maleficium » (201). La categoria del quasi-delitto, così delineata in funzione del diverso tipo di colpevolezza, può evidentemente offrire un criterio certo per differenziare la sanzione e per punire i fatti colposi non con la *poena delicti*, ma in modo più mite (202).

(198) DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, VI *De culpa*, n. 4.

(199) *Ibidem*.

(200) Ivi, n. 5. L'affermazione è ripresa da Farinaccio, il quale dopo aver imputato il dolo alla *malitia* e la colpa all'*imprudencia*, più chiaramente aggiunge: « Dolus enim animum intellectu constantem, certum, ac sibi optime conscium, et ad nocendum paratum praesupponit: lata autem culpa animum simpliciter negligentem, dissolutum, ac imprudentem, nulla praecedente nocendi intentione, indicat » (*Praxis et theoricae criminalis amplissimae Pars Tertia*, cit., q. 88, n. 87, p. 127).

(201) DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, VI *De culpa*, n. 6. Deciani sostiene di essere il primo ad affermare in modo così chiaro che, di regola, senza dolo non si ha un delitto ma solo un quasi-delitto (« quod tamen nullum animadvertisse hucusque legi »). Cfr. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, I, cit., c. III *Delle forze del delitto*, § 86, p. 116: « nella esattezza del linguaggio il nome di *delitto* si riserva ai soli fatti *dolosi*. Ai fatti *colposi* applicarono i pratici il titolo di *quasi delitti*; che però dai giureconsulti romani adoperavasi ad esprimere tutt'altro concetto ».

(202) Su questo principio i criminalisti erano concordi (cfr. per es. BIANCHI, *Practica criminalis*, cit., § *Visis*, n. 155, f. 61r: « et ubi non est dolus, ibi non est poena, saltem ordinaria et vera poena delicti », e § *Imbecillitate*, n. 6, f. 82v: « nam quotiescumque delictum non ex animo, sed extra animum committitur, poenam non meretur »). Lo

Deciani, seguendo il consueto schema logico che procede dal generale al particolare, tratta poi della divisione della colpa in *gradus* ⁽²⁰³⁾. Lavorando sui passi frammentari e tutt'altro che univoci del *Corpus* giustiniano, Accursio e i *caeteri antiquiores* hanno individuato solo tre *species* della *culpa*: *lata*, *levis* e *levissima*. Tale tripartizione, che pure non spiga quale sia la *substantiam* propria della colpa, è solo un punto di partenza da cui la dottrina trae spunto per elaborare ulteriori *distinctiones*, al fine di 'incasellare', non senza contraddizioni, le multiformi variabili dell'atteggiamento umano.

Nel *Tractatus* viene criticata la costruzione di Bartolo — seguita fino a quando gli umanisti, « neoterici plures non vulgaris eruditio-nis Interpretes divisionem ipsam reprehenderunt » ⁽²⁰⁴⁾ — il quale, traendo spunto dal passo del Digesto 16. 3. 32 dove si parla di *culpa latior*, ricava l'esistenza di altri tre gradi di colpa: *latissimam*, *latiorem*, *leviorem*. Basata sul presupposto che « quodlibet positivum habet supra se superlativum et comparativum », tale distinzione è giudicata da Deciani non solo *frustatoria et inutilis, superflua et non necessaria* in quanto priva di solidi e univoci riferimenti testuali (per la precisione l'autore rinviene solo due *loci* nel *Corpus* giustiniano in cui il grado della colpa è al superlativo o al comparativo), ma per di più logicamente inaccettabile, poiché « si Iurisconsulti e legum latores latam culpam appellant, quae dolo proxima est, (...) seque-retur quod latior esset ipse dolo, latissima autem supra ipsum dolum, quod quidem absurdum est et falsum » ⁽²⁰⁵⁾.

Dei tre gradi elaborati dalla tradizione, il più problematico da definire è senz'altro la *culpa lata*. Nello schema espositivo del trattato, l'autore ne dà prima una definizione sintetica, che poi

sforzo in più di Deciani consiste nella ricerca di fondare la mitigazione o l'esclusione della pena su presupposti tecnici e dogmatici meglio definiti e articolati.

⁽²⁰³⁾ Sbaglia chi distingue la *culpa* per *species*; poiché, infatti, « possunt omnes humani actus recipere et differentias per plus et minus praesertim delicta et poenae », la graduazione della responsabilità colposa non ne modifica l'essenza e la struttura: « Quamquam ergo gradus isti, species culpaere vere non sint, sunt tamen certa gradus » (DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, VI *De culpa*, n. 8).

⁽²⁰⁴⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, VI *De culpa*, n. 7.

⁽²⁰⁵⁾ Ivi, n. 9. In questo senso si muoveva già la critica di Zasio, cfr. ULRICO ZASIO, *Intellectus iuris civilis singulares*, Friburgi Brisgoiae, Faber, 1539, tit. *Culpa non dividi per species*, p. 15.

confronta con le variazioni terminologiche presenti nel *Corpus*: « *lata culpa sive latior ea est, nimia negligentia, qua quis non intelligit, quod omnes intelligunt* »⁽²⁰⁶⁾. Punto controverso da chiarire resta il rapporto con il dolo. Le fonti ripetono che *magna seu lata culpa dicitur dolo proxima esse*; tale interpretazione si consolida anche nell'esperienza giuridica di diritto comune e negli statuti, a tal punto che il sapere penalistico, privo di strumenti concettuali generali e incapace di una riflessione astratta che tipizzi e differenzi la sostanza degli istituti, finisce con l'equiparare, nelle fattispecie e nelle sanzioni, le due forme di responsabilità⁽²⁰⁷⁾. Matura così, nei giuristi, il bisogno di ridurre l'asprezza delle punizione, restringendo il numero di casi per cui va irrogata la pena di morte: come fattori di mitigazione essi fanno leva sulle *causae* di scusa dal dolo e sulla concezione quantitativa della colpevolezza.

Nel silenzio di *ius commune* e *statuta*, i quali fanno riferimento al solo fatto, dottrina e giurisprudenza affermano ed applicano il principio per cui la pena capitale, o anche corporale, può essere comminata solo nella ipotesi di delitti dolosi, e per di più a *dolus verus*. Questo implica, logicamente e necessariamente, che nei casi in cui una norma preveda la pena più grave, o comunque fisica, essa implicitamente presuppone la dolosità del comportamento, mentre in caso di *culpa*, anche se *lata*, il giudice dovrà stabilire una sanzione diversa e più mite:

⁽²⁰⁶⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, VI *De culpa*, n. 10. Al paragrafo successivo leggiamo che nelle fonti tale grado di colpa è indicato anche come *dissoluta, magna, lata, crassa negligentia; stultitia et imprudentia; supina ignorantia, nimia securitas*. La definizione deciana è quella comunemente riportata anche da altri giuristi, come per es. BIANCHI, *Practica criminalis*, cit., § *Visis*, n. 136, f. 55v: « *Lata culpa est ignorare quod omnes intelligunt, vel magna negligentia est culpa lata* ».

⁽²⁰⁷⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, VI *De culpa*, n. 14: « *hinc receptum est, quod si dispositio aliqua loquatur de dolo, etiam per dictiones taxativas solum, tantum, duntaxat et sim., tamen non excluditur lata culpa, imo sub appellatione doli comprehenditur* ». Per Bartolo la *latissima* equivale al dolo manifesto e la *lterior* al dolo presunto. Questa interpretazione rischia di provocare e giustificare una recrudescenza e un imbarbarimento nelle pene, uniformate tanto per i comportamenti dolosi quanto per quelli gravemente colposi, cfr. TAEGIO, *Tractatus varii*, cit., pars VI, *De his qui non cogitant sed agunt et perficiunt delicta*, n. 12, f. 12vb: « *hoc tamen non obstante, multi casus reperiuntur, in quibus quis capitaliter ex sola culpa punitur (...) in his omnibus casibus lata culpa dolo equiparatur* ».

« Et quod statuta etiam punientia corporaliter non verificantur in eo qui est in lata culpa, et ideo si non puniuntur corporaliter qui in lata culpa existunt, minus qui sunt in levi et levissima »⁽²⁰⁸⁾.

Interpretazioni ‘correttive’ e *distinctiones* sono le vie che i giuristi utilizzano per aggiustare gli eccessi delle disposizioni di legge e limitare l’arbitrio dei giudici vincolandolo alle elaborazioni tecnico-dogmatiche⁽²⁰⁹⁾. Le soluzioni da loro apportate sono legate a massime o a criteri pratici e giurisprudenziali che vengono costantemente ripetuti, senza però il sostegno di una riflessione teorica sugli elementi costitutivi della colpevolezza, sui principi generali dell’imputabilità e sulle giustificazioni sostanziali delle differenziazioni. Il metodo sistematico e l’affinamento degli strumenti dogmatici permettono, invece, a Deciani non solo di porsi in continuità con l’impegno minimamente ‘garantista’ della penalistica del suo tempo, ma di andare oltre, fondandone e formulandone le basi teoriche. Se le fonti romane — dice l’udinese — affermano che la *culpa lata* è *dolo proxima*, significa che non è veramente dolo, e la differenza sostanziale è che:

« dolus praesupponit animum intellectu constantem, certum ac sibi

(208) BOSSI, *Tractatus varii*, cit., *tit. de Homicidio*, n. 68, f. 154vb; cfr. anche ivi, *tit. quomodo procedatur per actionem in delictis*, n. 39, f. 66vb: « ubi lex requirit dolum expresse, vel tacite, tunc non punitur lata culpa ». L’opinione è *communis*: cfr. TAEGIO, *Tractatus varii*, cit., pars VI, *De his qui non cogitant sed agunt et perficiunt delicta*, nn. 8-13, specie 13, f. 12vb: « certum enim est, quod ubi nominatim dolus punitur, lata culpa non aequiparatur dolo »; BIANCHI, *Practica criminalis*, cit., § *Visis*, n. 137, f. 56r: « quando tractatur de poena corporali lata culpa non aequiparatur dolo, quando vero tractatur de poena pecuniaria sive sit criminalis accusatio, sive civilis actio, tunc aut lex requirit expresse dolum, et tunc culpa non aequiparatur dolo, aut lex expresse non requirit dolum, tunc lata culpa aequiparatur dolo »; L. CARERIO, *Practica causarum criminalium*, Lugduni, Apud Gulielmum Rovillum, 1569, *De Homicidio et percussione*, § *Homicidii Autem*, nn. 2-4: « Homicidium ergo voluntarium est, ubi quis dolo malo aliquem insiluit animo occidendi, et ipsum occidit (...) In tantum autem dolus requiritur in homicidio, aut alio delicto, quod nunquam imponitur poena corporalis et ordinaria ubi non est dolus, sed tunc demum, ubi dolus adest, etiam si adsit lata culpa, cum dolo non aequiparetur in hoc ».

(209) Cfr. A. MARONGIU, *Sull’opera dei “criminalisti interpreti”*. *Postille sull’apologia manzoniana*, in « Archivio Penale », I, 1946, p. 31 e CALISSE, *Svolgimento storico*, cit., p. 28 dove afferma che i giuristi attraverso i loro ragionamenti e le interpretazioni riuscivano « a disarmare, senza violarla, la legge, trovando eccezioni ed interpretazioni, che spesso ne spuntavano la spada troppo affilata o la deviavano se non giustamente diretta ».

optime conscium e ad nocendum paratum, lata autem culpa indicat animum simpliciter negligentem et dissolutum ac imprudentem nulla praecedente nocendi intentione » ⁽²¹⁰⁾.

Non è corretta la teoria di Zasio, il quale distingue ulteriormente i due generi della *culpa lata versutiae* e della *culpa lata ignaviae* ⁽²¹¹⁾: la prima, infatti, è dolo vero e proprio, la seconda è la *culpa lata* delle fonti, equiparata nelle conseguenze (solo civili e non *in criminalibus*) ma diversa nella *substantia* dal dolo. Esiste, dunque, soltanto un grado di *culpa lata*, « quando in ea dolum, versutiam et calliditatem intervenisse certi non sumus, et haec est illa, quae dolo proxima dicitur » ⁽²¹²⁾.

⁽²¹⁰⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, VI *De culpa*, n. 16.

⁽²¹¹⁾ Cfr. ZASIO, *Intellectus iuris civilis singulares*, cit., tit. *Culpa non dividi per species*, p. 16: « Culpa ignaviae est quae supinam negligentiam refert, vel vitio naturae parum perspicacis, vel ex prava educatione contractam Cui culpae adscribi poterit supina securitas, improvida, imo nulla gerendarum rerum cura, reprehensa erroris facilitas et quicquid omnino ignavi et socordes homines in negotiis tractandis desidiae cumularunt (...) Alia autem versutiae culpa eorum est, qui ex versuto et malo proposito, animo perfido et exulcerato, alienas vel res, vel negotia, affectata quadam improvidentia, maligne vel negligunt, vel dissimulant, cum in rebus suis sint providi et diligentes ». L'umanista procede poi ad un'analisi comparativa delle varie distinzioni, criticando l'*opinio bartoli*.

⁽²¹²⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, VI *De culpa*, n. 19. Più semplici le definizioni di *culpa levis* (« negligentia qua quis uti fere semper solet in rebus suis, quam quilibet diligens paterfamilias evitaret ») e *levissima* (« negligentia, in quam et quilibet diligens paterfamilias incurrere potuisset, cum tamen potuerit a diligentissimo et oculatissimo evitari »), *ivi*, n. 20 e n. 23.

CAPITOLO V

LA FORZA DELLA LEGGE NEL SISTEMA DEL GIURISTA

Premessa. Il diritto penale riposto nella legge. — I. La *potentia legis circa delicta*. — I.1. « Lex facit delictum ». Una legalità senza garanzie. — I.2. *Lex scripta*: il volto nuovo della *publica potestas*. — I.3. Legittimazione *de iure gentium* per l'*obedientia* alle leggi penali. — II. La nuova frontiera tra crimine e peccato. — II.1. Autonomia del foro giudiziale e criminalizzazione delle trasgressioni religiose. — II.2. Diritto penale al bivio. — II.3. La *conscientia* come terreno di scontro tra morale e diritto. — II.4. Irrinunciabilità della pena *pro publica vindicta*. — II.5. Il problema della legge penale in coscienza: teologia, diritto e concezione del potere. — III. Legge positiva come limite dell'ordinamento penale. — III.1. Pena e colpa a difesa dello Stato. Il *De potestate legis poenalis* di Alfonso de Castro. — III.2. Delitto è peccato: la tesi 'unitaria' di Covarruvias. — III.3. Le *transgressiones fratrum* e la glossa « *Fraternitas tua* ». Alle origini della separazione. — III.4. « Poena a lege positiva imposita non ligat in foro conscientiae »: la scelta 'autonomista' di Deciani. — III.5. Il giudice *repraesentans personam Principis* e il giudizio *secundum legem*. — III.6. Verità della legge e verità di coscienza. Il penale del Principe erige le sue difese.

Premessa. Il diritto penale riposto nella legge

Il tema centrale su cui si regge tutto l'impianto argomentativo della parte generale è quello della legge penale: analizzata in relazione all'origine del delitto, indicata tra le cause aristoteliche come strumento per conoscere l'essenza del reato, inserita come fattore determinante nella *diffinitio* e nei *substantialia delicti*, descritta nel nesso diretto che la lega al momento genetico e fondativo del comportamento penalmente rilevante. La riflessione deciana prima spiega l'importanza della legge dal punto di vista statico, nella prospettiva del delitto e come suo elemento costitutivo, poi la rappresenta nella dinamica relazione con il reato, nei concreti e storicamente mutevoli aspetti in cui è intervenuta nella vicenda umana a definire e creare fattispecie e sanzioni. La *lex poenalis* è il

fulcro dei *generalia delictorum*, il discorso ruota attorno alla sua *potentia*, alle sue caratteristiche e ai mutevoli volti che assume: essa diventa fattore tipizzante e ineliminabile del penale, criterio discriminante il lecito dall'illecito, espediente narrativo dell'evoluzione del sistema. Rappresenta l'essenza del reato e al contempo serve per giustificare la potestà punitiva del potere pubblico: il *delictum* si fonda ontologicamente e storicamente sulla norma, e quanto più è saldo e motivato tale vincolo, tanto più è autorevole e credibile la legittimazione del legislatore ad intervenire nella regolamentazione dei comportamenti criminosi.

L'impostazione metodologica di Deciani fa emergere la centralità sistematica della legge; la struttura espositiva e la disposizione della materia sono studiate per veicolare e rafforzare una precisa raffigurazione dell'ordine costituzionale e degli equilibri di potere. La forza creativa e ordinante della norma trae vigore dalla preminenza del penale sostanziale e il superamento del modello casistico crea le necessarie condizioni per trasferire sulla fattispecie legale compiti definitivi e di indirizzo prima dispersi nella frammentazione giurisdizionale e nella corallità interpretativa. Il nuovo approccio alla disciplina, razionale e basato sul procedimento logico deduttivo, ha bisogno di un solido punto di riferimento, di uno strumento dotato di un'autorevolezza tale da imporsi in modo uniforme e generalizzato sui *cives* come sui giudici. Gli strumenti di controllo e la modulazione d'intervento della macchina punitiva, che nel tardo diritto comune erano affidati all'attività giurisprudenziale e processuale, convergono ora nelle potenzialità di un'unica fonte. L'immagine dell'organismo a più dimensioni, in cui è difficile riconoscere la presenza prevalente e ingombrante di un soggetto pubblico dotato di poteri esclusivi, cede il posto ad una realtà in cui il diritto penale è ricondotto ad una dimensione unica che riposa sulla legge ⁽¹⁾. Deciani teorizza un quadro nel quale la possibilità di riconoscere una fattispecie come delittuosa e l'individuazione degli elementi costitutivi del reato sono affidati alla *potentia* della *lex*.

Non è certo l'idea moderna di una legge ridotta tutta e solo nel

⁽¹⁾ Spunti interessanti sulla categoria 'legge positiva' assunta a « forma assoluta del giuridicamente pensabile » sono in F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1981, pp. 519 ss.

diritto positivo emanato dal Principe legislatore quella rappresentata da Deciani. Le fonti che incidono e contribuiscono alla definizione della sfera di rilevanza penale sono molteplici, e poiché « *plures sunt iurium ac legum species, quibus potest delictum constitui, et factum aliquod tanquam illicitum prohiberi* » ⁽²⁾, l'autore le analizza tutte per conoscere da quale diritto sia vietato un certo comportamento, distinguendo in particolare tre *iuris species*, il *naturale scilicet gentium*, il *divinum* e il *civile*. Sono evidenti, tuttavia, i segni di un passaggio verso una concezione del diritto penale diversa da quella medievale: l'insistenza sulla *lex publica scripta* indica la volontà di separare nettamente la sfera religiosa del peccato da quella giuridica del crimine, l'identificazione della legge scritta quale manifestazione della *publica potestas* trasmette un chiaro segnale politico e legittima le pretese autoritarie del potere centrale sui centri periferici, e, infine, l'impostazione metodologica che assegna un primato concettuale alla norma ha delle ricadute importanti anche nella ristrutturazione degli schemi didattici e nel ripensamento dei moduli d'insegnamento.

Momento giuridico, politico e didattico vivono in stretta relazione con il nuovo ruolo che il giurista udinese assegna alla *lex poenalis* nell'ordinamento, ed attorno a questa presenza sempre più ingombrante si sviluppano riflessioni che toccano alcuni dei temi più dibattuti da giuristi e teologi del Cinquecento. Il trasferimento della penalità sulla norma positiva, come unica espressione della rilevanza giuridica di un crimine e come criterio per conoscere i limiti e i contenuti dell'area d'illiceità, impone a Deciani la costruzione di un percorso metodologico, storico e dottrinale che legittimi la credibilità del rinnovato sistema complessivo e lo ponga, ad un tempo, nel segno di una tranquillizzante continuità con la tradizione.

Lo studio del *delictum* con gli strumenti della topica, la definizione e l'analisi degli elementi costitutivi, compongono un quadro in cui emerge chiara nel *Tractatus* la dipendenza del reato dalla legge, in particolare da quella scritta. Il disegno politico, sempre giustificato da un complesso apparato di citazioni, riferimenti a testi sacri, teologici, filosofici e rinvii ad autorità giuridiche, appare chiaro e

(2) DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, V *De Lege, et potentia eius circa delicta*, n. 11.

perfettamente conforme agli assetti di potere post-tridentini. La crisi della *respublica christiana* e la separazione del diritto dalla morale aprono nuovi spazi d'azione al potere pubblico, che chiede alla riflessione del giurista sicure basi di validità e autorevoli fondazioni dottrinarie. Il punto di partenza è la separazione del peccato dal delitto, del *ius quia iustum* dal *ius quia iussum*, del *mala in se* dal *mala quia prohibita*: le ricadute di tale distinzione di sfere di riferimento, di competenze e di discipline sono rilevantissime nel diritto, poiché rendono il foro esterno autonomo da quello interno, tolgono rilevanza giuridica a verità e obblighi di coscienza che non siano conformi alla legge, assegnano al diritto criminale i crismi di uno *ius publicum* che ha le sue radici, emana e dipende dallo Stato.

La graduale erosione del fondamento religioso del precetto penale, sostituito dalla concezione legittimante della legge quale traduzione della volontà del Principe indirizzata alla difesa della pace sociale e del bene comune, sposta nettamente il baricentro del potere verso l'autorità temporale detentrici della *publica potestas*. Causa ma anche conseguenza di questo stato di cose, ovvero semplicemente segno di tempi e mentalità nuove, è la rottura della commistione tra delitto e peccato, affiorata con sempre maggiore insistenza nelle pagine dei criminalisti del Cinquecento e maturata pienamente nel *Tractatus* deciano. Il filo doppio che lega criminale e peccatore si spezza e la separazione giova all'asestamento di uno Stato che va definendo proprie prerogative esclusive: la giurisdizione centralizzata, l'esteso e libero potere legislativo, la capillare riscossione dei tributi, la gestione dell'apparato punitivo. Il crimine, il delinquente e la pena assumono caratteri nuovi in funzione della disobbedienza alla norma, e il trasgressore è punito non per la colpa morale ma per il danno sociale e per la volontaria lesione di beni e interessi pubblici (tra i quali anche l'ortodossia religiosa) che la legge tutela.

I. *La potentia legis circa delicta*

I.1. «*Lex facit delictum*»: una legalità senza garanzie

Deciani chiarisce già nelle premesse terminologiche del primo libro la distanza che separa il peccato dal delitto:

« quod peccatum proprie sit illud, quod divinam tantummodo expectat ultionem, et voluntatis poenitentiam, et denique quod animae tantum poenam proprie spectat. Delictum vero vel crimen, quod corpori poenam infligit, quodque in iudicio atque in foro per accusationem vel inquisitionem, denuntiationemque et denique condemnationem exercetur »⁽³⁾.

L'uno è rimesso al castigo divino e si sconta con la penitenza, l'altro è accertato in giudizio e comporta pene afflittive corporali. Comportamenti, procedimenti d'accertamento e sanzioni operano su piani affatto diversi e indipendenti poiché nel *forum conscientiae* « iudicatur secundum ius divinum et aequitatem, non autem secundum scrupulosas iuris civilis vel canonici solemnitates »⁽⁴⁾. La prima contrapposizione non è tra diritto civile e canonico, che formano il *forum contentiosus* e che sono entrambi basati sui precetti positivi stabiliti dal legislatore e sulla forma delle *scrupulosas solemnitates*, ma tra *ius fori* e *ius poli*, tra momento giuridico e momento etico. L'intenzione dell'udinese non è di rappresentare e proporre un diritto penale secolarizzato, tanto che la parte speciale inizia proprio con i reati *contra Deum* e contro l'ordine religioso, quanto piuttosto di sciogliere il concetto di delitto dalla dipendenza dal peccato, di definire due ipotesi d'illecito semanticamente autonome, consegnando così l'area del *delictum* all'imperio e alle scelte legislative del Principe o dello Stato.

Sulla legge come segno del pubblico potere e della volontà dell'autorità temporale, ma anche come strumento di uniformità di trattamento, di tutela dell'ordine sociale e di superamento della frammentazione casistica, si trasferiscono tutti i compiti definitivi e costitutivi del concetto moderno di reato. L'intero secondo libro del trattato vuole dimostrare la *potentia legis circa delicta*, tanto nelle operazioni logico-dialettiche quanto nel lungo *excursus* sulla storia della legge penale che ripercorre e caratterizza tutta la vicenda dell'uomo e della società, poiché « *leges ad id inventae, ut aequum ab iniquo, licitum ab illicito separent* » e « *dicitur quasi noster*

(3) DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, II *De Peccato*, n. 4.

(4) DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, XII *De Conscientia et eius potestate*, n. 3.

pedagogus ad cognoscenda crimina» (5). La *lex*, nella descrizione del delitto con lo schema delle quattro cause, è la causa formale

« quae cum quid prohibet sub poena, delictum format, cum ante legem, et si esset forte actus illicitus, non tamen formam habebat delicti (...) Lex enim delictum facit, quod prius non erat, e contra licitum facit, quod prius delictum erat » (6).

È solo la legge che può rendere un comportamento da semplicemente illecito, quindi irrilevante per la giustizia penale, a delittuoso e sanzionabile con la pena; senza una pena *a lege expressa* l'azione riprovevole non può rientrare nella sfera della rilevanza penale. Deciani riprende con queste affermazioni una tradizione dottrinale consolidata in riferimento alle norme penali, per cui prima della legge che stabilisce in astratto la pena e sancisce la rilevanza giuridica del fatto non vi può logicamente essere nessuna sanzione concreta, perché manca il divieto, il presupposto della consapevolezza dell'illecito (7). È in tale dichiarazione costitutiva che risiede l'essenza della *potestas*: la volontà del legislatore ha il potere di modificare i rapporti e le relazioni tra le persone, di incidere sulla sfera di libertà e sulle abitudini dei soggetti, trasformando in reato un'azione prima lecita e viceversa (8). Tali decisioni possono essere

(5) DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, V *De Lege et potentia eius circa delicta*, n. 2 e n. 3.

(6) DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, II *De causis delictorum*, n. 4.

(7) DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, II *De causis delictorum*, n. 4, seguendo la tradizione, riporta l'argomento di sant'Ambrogio inserito nel *Corpus Iuris Canonici* (c. 3, C. XXXII, qu. 4, c. *Dixit Sara*): « Abraham ante legem moysi et ante evangelium fuit. Nondum interdictum adulterium videbatur. Pena criminis ex tempore legis est que crimen inhibuit, nec ante legem nulla rei dampnatio est, sed ex lege », che i giuristi medievali, per ragioni di opportunità politica, hanno poi accolto e rielaborato con particolare riferimento alle norme penali; cfr. in proposito G. SCHÖCKEL, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots bis zur französischen Revolution*, Göttingen, Otto Schwartz & co., 1968, specie pp. 11-17.

(8) Non tutti i comportamenti ingiusti sono così gravi o pericolosi per la società da meritare la pena criminale, che può essere comminata solo dalla legge; cfr. DECIANI, *Responsorum Volumen Quartum*, cit., *Resp.* XXXIV, n. 3, f. 152rb-va: « Si [iniuria] generalissime sumatur pro omni eo, quod iniuste sit, non valet consequentia iniuste factum est, ergo punitur, quia delictum est: nam non omne, quod iniuste fit delictum est:

dettate anche da ragioni di opportunità, e il delitto non deve più necessariamente avere un fondamento diretto nel diritto divino, naturale o comune ⁽⁹⁾: la gestione della *res publica* e la tutela della *concordia civium* legittimano ampi margini di libertà del Principe nel fissare reati e pene e lo liberano dal rispetto di vincoli superiori.

La legge ritorna poi con insistenza e in modo decisivo tra gli strumenti utili alla *universalis cognitio* del delitto: è il primo dei quattro *substantialia*, elementi senza i quali il reato non potrebbe sussistere e che « necessario concurrere debent ad esse et substantiam ipsius delicti » ⁽¹⁰⁾. È presente nella *diffinitio delicti* con l'espressione *a lege vigente sub poena prohibitum*: essa, da un lato, esclude la punibilità per ogni atto illecito non sanzionato dalla legge con una pena (come il concubinato) e ribadisce che non vi può essere alcun delitto non proibito da una qualche norma, dall'altro esclude, con la precisazione temporale, la possibilità di essere puniti in base a norme in tutto o in parte abrogate.

La dipendenza, più volte ribadita, del delitto dalla norma, assieme alle apodittiche affermazioni sulla priorità e la funzione creativa della *lex*, sembrano anticipare le ragioni e la sostanza del brocardo *nullum crimen sine lege*. Il discorso è necessariamente più complesso, coinvolge le trasformazioni del sistema penale in relazione al modificato prospetto costituzionale e risente delle attitudini autoritarie che dal potere del Principe si ripercuotono sulla funzione e la concezione della legge e sulla nozione del reato. È certamente improprio parlare di principio di legalità nell'accezione garantistica che esso ha assunto nello Stato di diritto ottocentesco, ma l'insistenza di Deciani sulla necessaria veste formale del precetto penale

nam et ego sciens iniuste possideo rem tuam, quam civiliter vindicare intendis, et tamen ideo non teneor poena aliqua, neque dicar delictum commisisse (...) et denique omnes actiones civiles habent reum iniuste recusantem, et tamen non continent poenam criminalem neque continent delictum ».

⁽⁹⁾ Lo statuto non ha la *potestas* per stabilire che ciò che è considerato delitto *iure naturae, gentium, civili vel communi*, non sia delitto, ma può rimettere la pena o impedire ai giudici di giudicare e di applicarla, così come può liberamente creare *nova delicta*, cfr. DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, VII *De Delicto*, nn. 5-7.

⁽¹⁰⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, IV *De substantialibus, naturalibus et accidentalibus delicti in genere*, n. 1.

rappresenta un chiaro segnale politico ⁽¹¹⁾. L'udinese non ha alcuna intenzione di affermare il principio di 'stretta legalità', volto a tutelare il cittadino contro possibili abusi degli organi giudiziari attraverso i corollari della riserva di legge, della tassatività e della determinatezza, ma vuole piuttosto sostenere il vigore del principio di 'mera legalità', cioè la funzione essenziale ed esclusiva della legge nella creazione del delitto ⁽¹²⁾.

L'utilizzo di categorie moderne può forse aiutare a comprendere il significato del discorso deciano: l'obiettivo non è creare garanzie attraverso la legge, ma imporre la *potentia*, l'*auctoritas* della *lex scripta* quale espressione della volontà assoluta del sovrano-legislatore. Non la legge come mezzo di tutela per il soggetto contro altre possibili fonti o altri poteri, ma al contrario come strumento di supremazia del *conditor iuris*, esclusivo canale di produzione del diritto, fonte privilegiata che s'impone sui diritti particolari e sulle consuetudini, mezzo di concentrazione e centralizzazione del potere. L'operazione logica e teorica di Deciani porta ad identificare il diritto penale con i precetti positivi che stabiliscono fattispecie e pene, introduce una gerarchia che modifica l'assetto pluralistico e gli equilibri variabili nelle norme dell'esperienza precedente: il giurista elabora un modello di giustizia criminale che si conforma perfettamente alle nuove istanze egemoniche del Principe *legibus solutus* e cerca di risolvere tutta la penalità nel precetto positivo.

Il problema teorico e pratico per i penalisti del Cinquecento è legittimare gli interventi normativi del potere sovrano, sempre più frequenti capillari e incisivi; si profila un quadro nel quale la legislazione penale principesca non solo si espande, ma aspira anche

⁽¹¹⁾ SCHAFFSTEIN, *Tiberius Decianus*, cit., p. 210, osserva come, nonostante l'apparente modernità delle affermazioni di Deciani su legge e delitto, sia sbagliato leggerle come « den bewußten Ausdruck einer klaren rechtsstaatlichen Tendenz ». Pare, tuttavia, riduttivo sostenere che il rapporto tra 'Gesetz', 'Verbrechen' e 'Strafen' descritto nel *Tractatus* sia privo di riflessi sul piano politico e vada interpretato solo come il risultato di una teoretica speculazione concettuale metodologicamente influenzata dalla Scolastica, senza dirette conseguenze pratiche e giuridico-politiche (« das Ergebnis einer methodisch durch die Scholastik beeinflussten rein theoretischen Begriffsspekulation ohne unmittelbare praktische und rechtspolitische Konsequenzen »).

⁽¹²⁾ La distinzione tra 'mera' e 'stretta' legalità è proposta da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1998, p. 373.

a imporsi come fonte unica, che non si sovrappone né concorre con le *leges* precedenti, ma si sostituisce ad esse abrogandole, rinnova l'ordinamento riepilogando i diritti precedenti e ponendosi come riferimento principale, se non esclusivo. La forza della legge è funzionale alla rappresentazione di un assetto istituzionale in cui l'autorità centrale (Principe, Imperatore, Monarca) utilizza il canale della legislazione per prevalere sui centri periferici, sui corpi intermedi, sulle giurisdizioni e i privilegi locali, sulle consuetudini che provocano dispersione e frammentazione della *publica potestas*.

Le costruzioni dottrinali e i provvedimenti legislativi nei quali più stretto diventa il legame legge/delitto sono il portato di un progetto politico in cui non rilevano le tutele e i diritti dei cittadini, ma si consolidano nuovi equilibri e si tratteggiano gerarchie tra *lator legis* e giudice, il primo artefice delle norme che traducono in atto la sua *voluntas*, il secondo *repraesentans personam Principis vel Reipublicae*, delegato tenuto a rispettare e applicare le disposizioni di chi gli ha conferito la *iurisdictio*, incaricato di una funzione e non titolare di un autonomo potere.

Nella penalistica del XVI secolo affiorano i primi segnali di una concezione volontaristica della legge e di una legalità del delitto⁽¹³⁾, ma persistono ampie zone grigie, clausole di apertura ad integrazioni extra normative, *sedes materiae* che rinviano ad un disciplinamento che prescinde dai precetti positivi. Affermazioni di principio che sembrano esaurire nella *lex* lo spazio possibile della rilevanza penale sono in contrasto con la pratica giudiziaria e convivono, a volte negli stessi autori, con limitazioni od eccezioni che attenuano fortemente l'efficacia delle massime generali, con concessioni e ipotesi teoriche che paiono contraddire la regola ma si rivelano, in realtà, necessarie per garantire la tenuta di un sistema ancora non compiutamente definito⁽¹⁴⁾. Il ricorso all'interpretazione estensiva in materia penale,

(13) La regola enunciata da Deciani secondo cui *lex facit delictum* è comune nel Cinquecento a molti giuristi, tra cui per es. FARINACCIO, *Praxis et theoricae criminalis Libri Duo*, cit., tit. III *de delictis et poenis*, q. 18, nn. 6-7, p. 252: « Non nam omne illicitum punitur sed illud demum, quod lex statuit esse delictum (...) Nec in omni casu nisi in expresso, poena legis aut statuti locum habet ».

(14) Sulle contraddizioni dei giuristi in tema di limiti all'applicazione della legge penale e riguardo all'enunciazione di massime generali sul rapporto legge/delitto, cfr. G.

i *crimina extraordinaria*, lo *stallionatus* o i *delicta innominata* sono i tipici istituti che mettono in crisi la legalità dell'ordinamento, sfumano i tratti di tassatività e predeterminazione normativa delle fattispecie delittuose, mostrano l'incapacità della legge di regolare in modo completo ed esclusivo i comportamenti meritevoli di pena e, di fatto, chiamando in causa la valutazione del giudice, ne ammettono l'intervento 'creativo'.

Lo studio di Nicolini sul principio di legalità nell'età comunale dimostra come proprio il carattere casistico del diritto penale statuario renda necessario il ricorso all'analogia, considerata non uno strumento discrezionale a disposizione del giudice, ma un indispensabile mezzo di completamento del sistema e un freno all'arbitrio stesso del magistrato⁽¹⁵⁾. Espediente tecnico per garantire il medesimo trattamento ai fatti che presentano una stessa *ratio*, il ricorso all'interpretazione estensiva è considerato dai giuristi — nella lettura di Nicolini — « tranquillamente ammissibile e non contrastante con il principio di legalità »⁽¹⁶⁾. In realtà sembra più corretto sostenere che l'esperienza giuridica medievale non conosce affatto — né ne sente la necessità — il principio del *nullum crimen sine lege*, essenzialmente perché non ha una nozione definita e monolitica di legge. La consuetudine e il diritto naturale concorrono con le disposizioni statutarie nella determinazione dei reati, ed entro una cornice pluralistica di fonti incriminanti, il giudice può e deve muoversi con libertà, non per andare contro o oltre il precetto, ma per adeguarlo al caso concreto, per determinare la pena e colmare lacune grazie al ricorso all'*eadem ratio*, in modo tale da impedire che *delicta remaneant impunita*.

Incompletezza e asistematicità della legislazione, mancanza di nozioni generali, definizioni generiche delle singole fattispecie e concetto di delitto vago e confuso caratterizzano il diritto criminale medievale e rendono inevitabile il ricorso alla consuetudine e all'analogia, tanto

VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in « Dig. Disc. Pen. », VIII, Torino, UTET, 1994, p. 287 e ID., « *Nullum crimen sine lege* », estratto da « Giurisprudenza italiana », vol. XCI, Torino, Utet, 1939, specie pp. 30-34.

⁽¹⁵⁾ Il riferimento è a U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, Padova, Cedam, 1955.

⁽¹⁶⁾ Ivi, p. 92.

da sminuire il valore e l'efficacia giuridica di alcune regole, come l'irretroattività di provvedimenti penali e la necessità di essere puniti in forza di una legge esistente, che pure sono vanamente affermate (17). Né sembra utile ricercare 'origini canonistiche' del principio di legalità, poiché il criterio della *salus animarum*, posto a cardine dell'intero ordinamento della Chiesa, prevale su ogni regola o principio generale e comporta massima flessibilità in tutte le circostanze (18).

La dottrina cinquecentesca fatica ad uscire da questa condizione; apertamente ammette e teorizza un'ampia serie d'ipotesi nelle quali spetta al giudice non solo valutare la pena, ma anche fissare i contenuti concreti del reato e stabilire i confini della rilevanza penale di un comportamento. L'impossibilità di coprire con gli interventi legislativi particolari tutta la gamma dei possibili illeciti meritevoli di sanzione, induce i giuristi a ricorrere ad istituti sufficientemente flessibili per garantire modulabilità ed efficacia all'intervento punitivo. Il *crimen stellionatus*, come visto, è praticamente una fattispecie in bianco, dai tratti distintivi così generici da richiedere di volta in volta, per la sua concreta applicazione, una scelta del giudice sui contenuti e la sostanza del fatto in questione.

Claro, forse il più attento alla pratica, riconosce chiaramente i due espedienti che vanificano l'assunto in base al quale il delitto deve essere fissato dalla legge: « in hac autem materia criminum extraordinario-

(17) In questo senso cfr. H.-L. SCHREIBER, *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes "nullum crimen, nulla poena sine lege"*, Frankfurt a. M., Alfred Metzner, 1976, pp. 22-25. HESPANHA, *De iustitia a disciplina*, cit., insiste sulla centralità del giurista nell'edificazione del sistema penale medievale, in virtù sia del ruolo di mediatore tra il dato normativo e l'apparato tecnico e valoriale di cui è esclusivo depositario, sia della supplenza ad un diritto penale statale tendenzialmente assente in termini di normatività e di castigo effettivo; in questo senso anche i richiami presenti nella criminalistica tardo-medievale al principio del *nullum crimen* non evocano affatto garanzie individuali, ma esprimono le tensioni politiche provocate dall'arbitrio dei giuristi (p. 207).

(18) Il tema fu oggetto di una disputa teorica tra due importanti canonisti intorno alla metà degli anni Trenta, cfr. O. GIACCHI, *Precedenti canonistici del principio "Nullum crimen sine proevia lege poenali"*, Estratto dalla raccolta di studi in onore di Francesco Scaduto, Firenze, Casa editrice poligrafica universitaria, 1936, poi criticato da P. FEDELE, *Il principio "nullum crimen sine proevia lege poenali" e il diritto penale canonico*, in « Rivista italiana di diritto penale », 1937, XV, pp. 489-525. Sul costante dibattito tra questi due studiosi cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 268-270.

rum habemus duos titulos, alterum de extraordinariis criminibus, et alterum de crimine stellionatus » (19). Poco incline alle distinzioni teoriche, l'alessandrino pone sullo stesso piano lo stellionato, dove l'arbitrio giudiziale interviene nella costruzione della fattispecie e dunque nella valutazione del fatto, e la categoria dei *crimina extraordinaria* nella quale fa rientrare le ipotesi di reato con pena arbitraria (20).

Anche la *Carolina*, che pure cerca di imporsi quale fonte prevalente sulla pluralità normativa diffusa in area tedesca e di sostituirsi alla polivocità dei diritti locali e tradizionali eliminando l'incertezza del diritto e l'arbitrarietà nei provvedimenti penali (21), non ha la forza né la pretesa di porsi come riferimento completo, esclusivo e non eterointegrabile, ma anzi espressamente prevede agli artt. 104 e 105 il ricorso alla consuetudine, all'esperienza del buon giudice e all'analogia (22). La maggiore autorità della legge rispetto alla determinazione dei reati dipende dall'evolversi del contesto politico e in particolare si lega al rafforzamento dei poteri dei Principi e al loro intervento sempre più penetrante ed incisivo per « Delicte zu definieren und Strafen zu bestimmen » (23).

In un ambiente giuridico che ancora è lontano dal riconoscere e teorizzare i presupposti del principio di legalità, anche Deciani non

(19) CLARO, *Liber V*, cit., § *Finalis*, quae. 83, v. *In hac autem*, n. 2, p. 397.

(20) Nella *Quaestio LXXXIII* l'autore tratta di chi *imposturam fecerit* ed è stato ritenuto reo di stellionato, e poi elenca alcune ipotesi nelle quali la pena è rimessa alla discrezione del giudice: la *vis publica* e quella privata che *hodie ex generali consuetudine* sono punite *arbitrio iudicis*; colui che obbliga qualcuno a testimoniare senza violenza; colui che dà un bacio violento ad una donna, abbandona un neonato, terrorizza terzi con delle superstizioni religiose, commette *iniuriae contra bonos mores* ecc. Alcune sono ipotesi di comportamenti lesivi di un qualche interesse o anche solamente ritenuti pericolosi e che, per l'assenza di un qualche elemento costitutivo (l'uso delle armi, o la violenza), non possono rientrare nella disciplina di un reato tipico, ma sono rimessi all'arbitrio del magistrato nell'irrogazione della pena per evitare la totale impunità.

(21) Per qualche considerazione di carattere generale sulla *Carolina* come « opera di concentrazione e di unificazione del diritto penale » nel contesto politico tedesco cfr. H. SCHILLING, *Ascesa e crisi. La Germania dal 1517 al 1648*, Bologna, il Mulino, 1997, pp. 282-284.

(22) Cfr. SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, cit., pp. 26-27 e V. KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz. Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes „nullum crimen, nulla poena sine lege“*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1983, pp. 39-40.

(23) C. L. VON BAR, *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, (Berlino, 1882) rist. Aalen, Scientia Verlag, 1974, p. 139.

riesce né vuole eliminare del tutto quelle clausole di apertura o quegli istituti che garantiscono la vitalità e l'efficacia del sistema punitivo, consentendone l'adeguamento alle esigenze concrete e alle istanze d'ordine e repressione dell'autorità. La struttura del *Tractatus* e alcune scelte contenutistiche mostrano, tuttavia, alcune differenze significative sul rapporto legge/delitto rispetto alla tradizione di diritto comune. Allo stellionato, per esempio, Deciani sembra dare poca importanza, tanto che ne parla solo nelle premesse terminologiche, per distinguere il *dolus* come *qualitas delicti*, dal *dolus* come *species delicti*, che consiste appunto nel *crimen stellionatus* o *crimen doli* realizzato « ubicunque aliquid simpliciter dolo factum est, quod nomen speciale criminis non habeat » (24).

Scarsi nel trattato sono pure i riferimenti alla consuetudine. Significativo, in particolare, il silenzio nell'*excursus* storico sulle *leges poenales* del libro secondo, dove questa fonte non è mai considerata. È possibile ipotizzare un preciso disegno teorico a motivo di tale omissione, specie se raffrontata con l'opposta tendenza di molti criminalisti del periodo che rinviano alla *consuetudo loci* la soluzione di delicate questioni definitorie sostanziali o processuali (25). I passaggi nei quali l'udinese chiama in causa la consuetudine non sono mai riferiti alla possibile incriminazione di un fatto o alla creazione di una fattispecie e sono per lo più punti marginali (26). Vi sono alcune affermazioni che incidentalmente ne ammettono la *vis legis* e, dunque, negli effetti la parificano alla legge (27), o le riconoscono la capacità di attribuire non

(24) DECIANI, *Tractatus criminalis*, I, IV *De dolo*, n. 8.

(25) Cfr. CLARO, *Liber V.*, cit., § *Primus, v. Haec tamen*, n. 6, p. 153, che rimette alla consuetudine la distinzione tra delitti pubblici e privati: « Propterea in hac confusione tutius est adhaerere statuto vel consuetudini, quae viget in eo loco, in quo delictum est commissum, et secundum illam declarare, quae dicantur privata et quae publica delicta ».

(26) La *consuetudo* interviene a modificare la pena in alcuni casi, per es. DECIANI, *Tractatus criminalis*, VI, V *Quando et quomodo quis excusari possit a blasphemia, vel non*, n. 4: « posset tamen forte concludi, quod talis generalis consuetudo si non excusaret a toto, saltem excusaret a parte, ut scilicet mitigaretur poena »; VI, XI *De excusatione Periurii*, n. 56: « Consuetudo quoque excusabit periurum a poena temporali, licet non a Dei vindicta ».

(27) Cfr. DECIANI, *Tractatus criminalis*, VI, XI *De excusatione Periurii*, n. 56: « Et sicut temporalis poena imposta est a legibus, vel statutis laicorum, pariter etiam consuetudine laicorum, quae habet vim legis, tolli »; VI, XXIX *De poenis extrahentium ab Ecclesia*, n. 6: « Et pariter excusabitur in casibus, in quibus viget consuetudo, quod

solo la *iurisdictionem voluntariam* ma anche la *contentiosam vel necessariam* (28). Tuttavia, la riflessione teorica sulla *lex*, l'elaborazione di concetti e principi generali che formano il modello di reato e le numerose definizioni delle singole fattispecie, sembrano essere un argine importante per frenare l'espandersi del vigore di tale fonte e per restituire al legislatore e alle costruzioni del giurista il compito di determinare l'area della penalità.

Deciani non esclude del tutto la possibile rilevanza della consuetudine, ma nel suo sistema complessivo le riserva uno spazio sempre più ridotto e secondario rispetto alla *lex scripta*. Non c'è nel trattato un tentativo di porre le basi del principio di legalità in senso garantistico, come limite alla *potentia legis*, quanto piuttosto l'elaborazione di un sistema nel quale sia proprio la legge ad essere esaltata nelle sue potenzialità attraverso la necessaria mediazione definitoria e ordinamentale del giurista. L'assenza di premoderne e precorritrici cautele è dimostrata anche dal fatto che in alcuni reati ritenuti dalla coscienza sociale particolarmente gravi e pericolosi per la stabilità della comunità, Deciani ammette senza problemi l'*extensio in poenalibus*, fondata sulla *eadem ratio* della norma (29).

I.2. *Lex scripta: il volto nuovo della pubblica potestas*

L'indagine sul rapporto norma/reato si spinge più a fondo, con l'obiettivo di valorizzare la legge penale scritta quale massima

extrahantur: nam cum haec immunitas sit inventa iure positivo (...) iuri positivo potest consuetudo derogare»; IV, XXVII *Consuetudo dat iurisdictionem et Praescriptionem*, n. 2: « ergo et contraria consuetudine induci poterit, quod possint iudicare, et iurisdictionem exercere, cum sicut lex legem abrogat, ita et consuetudo »; V, IV *Publica iudicia, quae et quot*, nn. 9-12, dove la *consuetudo* è parificata alla *lex* e agli statuti nella possibilità di *instituere actiones populares*, di creare un nuovo delitto che però può solo essere privato, di cambiare il nome di un reato senza tuttavia alterarne la natura, di trasferire un certo comportamento sotto un'altra fattispecie già prevista.

(28) Cfr. DECIANI, *Tractatus criminalis*, IV, XXVII *Consuetudo dat iurisdictionem et Praescriptionem*, n. 1. Più cauto, invece, Deciani nell'ammettere che la consuetudine possa attribuire il *merum et mixtum imperium* (n. 3).

(29) Cfr. DECIANI, *Tractatus criminalis*, IV, X *De infidelitate*, n. 33: « scimus enim quod etiam in poenalibus saepe, ubi est eadem ratio, fit extensio de uno casu ad alium, et precipue favore fidei et religionis Christianae, prout est modo nostra, et ita tenendum puto ».

espressione di *potestas*: essa è giustificata in quanto concreta traduzione di precetti di diritto naturale ed efficace tutela contro la discrezionalità dei giudici. La prima questione da risolvere nel percorso deciano è stabilire la priorità, temporale e logica, della legge o del delitto, *an lex prior esset delicto et sic causa delicti* o viceversa. Alcuni sostengono che siano fatti ed episodi particolarmente gravi a fornire l'*occasionem legis novae condendae*, e che dunque la norma intervenga a sancire *ex post* un comportamento riprovevole. Deciani invece, fondando il suo ragionamento sull'interpretazione delle Scritture, sostiene che *lex peccatum praecedat*:

« nullum potest cognosci delictum, nisi praecedat lex, quae illud prohibeat, et puniat, quia prior fuit lex peccato, nam lege primo praescriptis Deus Adam, ne comederet de ligno, et postea subsequutum est peccatum transgressionis ipsius legis »⁽³⁰⁾.

Fin dalla creazione del mondo Dio ha dato agli esseri animati e inanimati delle leggi, con le quali ha regolato ordinatamente il cosmo, dunque « verius est omni quidem tempore legem praecessisse peccatum, si noverimus varias esse legum species, scilicet scriptas, et non scriptas, naturales et civiles »⁽³¹⁾. Già la legge di natura, *coeva et congenita cum ipso homine*, proibiva i delitti e solo quando la *malitia* crescente degli uomini ha oscurato la *naturalis rationem*, il Dio clemente ha donato a Mosé la legge scritta, « quae nil aliud fuit quam renovatio legis illius naturalis et communis ». Da essa poi, come rivoli che scaturiscono dalla medesima fonte, sono derivate tutte le altre leggi, occasionate dalla varietà di tempi, luoghi e genti ma « quae tamen omnes fundamentum ac radicem habent a lege illa prima naturae nobis a Deo insitae »⁽³²⁾.

La *naturalis lex* ha preceduto i delitti, ma è occorsa poi la legge scritta, che dalle trasgressioni dell'uomo ha ricevuto l'impulso per stabilire fattispecie e pene, e infine è subentrata la legge pubblica scritta, atta a disciplinare solamente i delitti e non i peccati⁽³³⁾. Non

⁽³⁰⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, II *De causis delictorum*, n. 5.

⁽³¹⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, V *De Lege et potentia eius circa delicta*, n. 4.

⁽³²⁾ Ivi, n. 5.

⁽³³⁾ I passi che fondano l'origine del delitto e delle pene sul diritto naturale, poi

è pensabile vivere in una società priva di leggi penali, affidata solo alla spontanea *virtus* degli individui, né una *civitas* può essere governata solo da *boni magistratus* senza l'ausilio di leggi, poiché « magistratus enim, cum homo sit, quamquam bonus affectibus tamen cupiditatis et exandescendae affectu carere non potest, qui quandoque etiam bonam mentem perturbare possunt: cum tamen lex sit mens appetitione vacans »⁽³⁴⁾.

La *lex scripta* come *fideiussor nostrae salutis* posta a tutela della sicurezza pubblica contro i criminali, ma anche come *mens appetitione vacans*, regola imparziale certa e fissa, impermeabile agli alterni sentimenti dei giudici che possono degenerare in abusi. Geneticamente ispirata e fondata sulla legge divina di natura, storicamente occasionata dai molteplici comportamenti malvagi degli uomini e concretamente necessitata da esigenze di ordine, certezza e uniformità di trattamento, essa diventa una presenza fondamentale nell'ordinamento:

« Ad coercenda ergo delicta necessaria fuit lex scripta. Quo factum est, ut nullum delictum puniendum sit, quod lege aliqua non prohibeatur: valet enim consequentia, Actus iste nulla lege punitur, aut prohibetur, ergo delictum non est: nam quod non vetatur, permissum intelligitur »⁽³⁵⁾.

attualizzato dalle leggi civili sono numerosi, cfr. per es. DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, *X Iuris Gentium quae sint et de eius effectibus*, n. 2: « Sic igitur in delictis dicendum est, quod generaliter loquendo, omnia delicta, et eorum castigationes sunt de iure gentium, quamquam et delictorum, et poenarum variae species fuerint de iure civili distinctae ».

⁽³⁴⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, V *De Lege et potentia eius circa delicta*, n. 10.

⁽³⁵⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, V *De Lege et potentia eius circa delicta*, nn. 10-11. Il passo è riferito alla storia della *civitas Romana*, che nell'età regia aveva vissuto *sine legibus*, ma poi, vista l'incertezza del diritto, si era munita di leggi scritte con le XII Tavole. Crediamo che Deciani voglia sottolineare il valore esemplificativo di tale passaggio (10: « Hoc exemplo docentes Romani nullam posse societatem humanam diutius constare sine lege scripta »), per ancorare ad una solida base storica la validità del suo discorso sulla legge scritta. Il recupero paradigmatico di esperienze storiche passate per legittimare il nuovo ordine politico è, infatti, una delle istanze dell'umanesimo giuridico, cfr., ad es., R. ORESTANO, *Diritto e storia nel pensiero giuridico del secolo XVI*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze, Olschki, 1966, pp. 389-415; A. MAZZACANE, *Sistematiche giuridiche e orientamenti politici e religiosi nella giurisprudenza tedesca del secolo XVI*, in *Studi di storia del diritto*, a cura di F. Liotta, cit., pp. 213-252. Una diversa lettura del passo deciano è in BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, cit., nt. 161 p. 264.

Non c'è delitto senza legge e ciò che questa non vieta espressamente è permesso: la *lex* crea, definisce e limita l'area del penalmente rilevante. L'effetto vincolante non dipende dalla materia oggetto della prescrizione, ma dall'atto che la prescrive: qualunque fatto assume rilevanza penale, qualunque comportamento diventa reato all'unica condizione che sia rispettata la necessaria 'forma', ovvero la *lex scripta* che esprime ed esaurisce lo spazio giuridico. La norma che promana dall'autorità politica, indirizzata a disciplinare azioni e fatti che hanno o possono avere una dimensione pubblica e che di conseguenza sono sottoposti ad una disciplina giuridica, si caratterizza sempre più per l'elemento della scrittura, che comporta chiarezza e comunica la potestà esclusiva di chi l'ha stabilita, in contrapposizione con la legge privata di coscienza che governa la sfera morale e non può essere positivizzata. La *lex publica* e *scripta* vale come discriminare tra la trasgressione penale e l'azione riprovevole, diviene il criterio per segnare la distanza tra reato e peccato:

« Duae enim sunt leges, altera publica, altera privata, publica est lex scripta, privata est lex conscientiae, et qui lege privata ducitur, nulla ratio exigit, ut a lege publica constringatur » ⁽³⁶⁾.

La parte del trattato dedicata al delitto *in genere* è il luogo in cui il giurista teorizza ed edifica un sistema volto a centralizzare ed egemonizzare la gestione della macchina punitiva come strumento di controllo della società. Il lungo *excursus* storico sulle *iuris et legum species* che possono *delictum constituere* va letta allora come il racconto di una relazione, quella tra *lex* e *delictum*, che ha come esito naturale la supremazia della potestà normativa esclusiva del Principe e la separazione dell'ordinamento giuridico dalla sfera religiosa. La legge positivizzata diventa il criterio per separare *forus fori* da *forus poli* e per guidare le decisioni del *iudex* che deve agire esclusivamente guidato dalle norme, come rappresentante della *potestas* del Principe. Sullo sfondo del dualismo tra legge positiva e peccato il giurista tratteggia la presenza incombente dello Stato.

⁽³⁶⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, XIV *Conscientiae veritas*, n. 7.

I.3. *Legittimazione de iure gentium per l'obedientia alle leggi penali*

Le premesse del discorso di Deciani sono saldamente ancorate a giustificazioni teologiche; la *lex scripta* nel suo concreto e storico manifestarsi non è altro che la positivizzazione del diritto naturale divino e da esso trae legittimazione e validità. Tutte le *leges humanae* sono *a Deo per ora Principum promulgatae*, e poiché « et principes et iudices potestatem habeant a Deo, contra Deum ipsum non potest stare lex, neque iudicium aliquod »⁽³⁷⁾. Il *Princeps* esercita la *potestas* in forza di una diretta delegazione divina: è questo il presupposto grazie al quale Deciani salda il suo sistema positivo all'idea di ordine naturale, garantendo continuità alla tradizione — che sul concetto di potere derivato ha fondato la teoria dei limiti alla sovranità del Principe⁽³⁸⁾ — e nello stesso tempo assicurando alle decisioni della 'bocca di Dio' il massimo grado di autorevolezza e legittimità, poiché figurano come la traduzione concreta della superiore volontà divina. Il quadro generale delle fonti è tutto finalizzato alla spiegazione e alla giustificazione dell'origine della *potestas puniendi* in capo all'autorità temporale, e i ragionamenti convergono sempre sul significato e la portata di *lex* e delitto. Quando non esisteva il diritto scritto e la *societas humana* era minacciata dalla violenza dei più forti, « caeptum est hoc iure gentium Reges et Principes creari, ut impotentes a fortioribus tutarentur, ac delinquentes punirentur »⁽³⁹⁾; *omnis iurisdictio* deriva dal diritto delle genti, e, di conseguenza, anche *omnia delicta et eorum castigationes*, che di essa sono espressione, sono *de iure gentium*, benché poi il diritto civile li abbia distinti e concretizzati in forme diverse⁽⁴⁰⁾.

(37) DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, XVIII *De Iure Canonico*, n. 8. L'immagine del *Princeps* 'bocca di Dio' è ripetuta anche in II, XI *De Divino Iure*, n. 2 e II, XII *De Conscentia et eius potestate*, n. 4.

(38) In argomento, cfr. G. GORLA, « *Iura naturalia sunt immutabilia* ». I limiti al potere del « Principe » nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII, in *Diritto e potere nella storia europea*, Firenze, Olschki, 1982, pp. 629-684.

(39) DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, X *Iuris Gentium quae sint et de eius effectibus*, n. 2.

(40) Sull'origine di Re e Principi e dei loro poteri, Deciani richiama l'opinione di BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Venetiis,

Nella visione deciana la *ratio* della *punitio delictorum* ha come archetipo metastorico le disobbedienze bibliche di Lucifero e Adamo, ma il fondamento della punizione *a lege hominum introducta* non può che essere nel diritto delle genti ⁽⁴¹⁾. Il potere di stabilire reati e sanzioni risiede nel Principe, al quale lo *ius gentium* ha affidato il compito di governare e di tutelare i più deboli colpendo i delinquenti. Il ponte tra diritto naturale o delle genti, autorità pubblica e diritto penale si regge sul *consensus* genericamente prestato da tutti (*omnes*) al momento costitutivo dell'ordine socio-politico, dal quale derivano necessariamente non solo la legittimità delle leggi penali che quell'ordine vogliono preservare, ma anche il carattere *de iure gentium idest naturale* e non semplicemente

apud Lucam Antonium Iuntam, 1590, in D. 1.1.5, *l. ex hoc iure, de iustitia et iure*, n. 4, f. 7va: « quia regna propter impunitam licentiam delinquendi condita fuerint, et princeps constitutus »; di BALDO, *In Primam Digesti Veteris*, cit., in D. 1.1.5, *l. ex hoc iure, de iustitia et iure*, n. 3, f. 11ra: « Ex bello autem ventum est ad divisiones gentium, et linguas eorum: et ex necessitate cogente, quia omnia indigent capite, nati sunt Reges »; n. 10: « Rex significat se habere iurisdictionem, cum ergo de iure gentium fuerint Reges, ergo et iurisdictiones: non tamen fuerunt propriis nominibus, seu speciebus distinctae, quia hoc additum est per ius civile » e da ultimo, meno persuasiva, la GLOSSA « *Natura* » in D. 1.7.1, *l. Filios familias, de adoptionibus*.

(41) Anche in Ludovico Maria Sinistrari (1622-1701) c'è una lettura della storia dell'uomo che coincide con quella trasmessa dalle Scritture ma, a differenza delle aperture verso lo *ius gentium* e verso le ragioni politiche del diritto penale che troviamo nel *Tractatus*, la società, la sua nascita e la sua evoluzione sono ancora tutti costruiti e pensati partendo da una visione teocentrica, per la quale l'uomo è peccatore e pellegrino nella vita terrena, costretto a scontare la colpa originaria di Lucifero e di Adamo. Il diritto laico e il canonico si combinano nella correzione del peccatore e nella punizione di chi minaccia la tranquillità della *Respublica*; l'origine del delitto, e dunque anche la giustificazione e la legittimità dell'intervento della potestà punitiva, sono tutti negli originari peccati/crimini di lesa maestà, cfr. SINISTRARI, *De delictis, et poenis*, cit., tit. I *Proemialis*, § I, n. 2, p. 1: « Simile facinus statim a creatione patravit homo, uxoriis nempe delinitus blanditiis, dum contra Dei praeceptum de fructu vetito gustavit, *Luciferi* contra factorem suum rebellionem est aemulatus. Sicque duae priores omnium creaturarum excellentissimae eodem divinae maiestatis lesae crimine deliquere ». L'atteggiamento di Dio nei confronti di Adamo è fondamento e modello degli elementi sostanziali nel giudizio criminale, (n. 3, p. 1) « nempe constantiam corporis delicti, Rei citationem, eiusdem confessionem, et tandem iudicis sententiam ». Sono invece la necessità e l'esperienza che giustificano l'intervento punitivo dello Stato, poiché (n. 5, p. 1) « nisi criminalis iustitia gladium vindictae vibret in fontes, innumera inundant mala, per quae socialis vitae commoda in aerumnas commutantur ».

di diritto civile delle *obligationes ex maleficio*. Il giurista udinese si richiama alle *auctoritates* che avevano affrontato la questione, ma va anche oltre, rinsaldando il vincolo che fa dipendere la giustificazione del potere legislativo del Principe in campo penale dalla precedente comune volontà di superare una situazione di pericolo e ingiustizia. L'*obedientia* alla pena è un dovere *iure gentium* perché le leggi che la impongono esprimono la volontà di Dio tradotta dal Principe, ma anche perché sono emanazione della *iurisdictio* che proprio da quel diritto è scaturita per regolare la *societas humana* ⁽⁴²⁾.

Secondo Deciani, infatti, l'obbligo di sottostare alla pena pubblica ha fondamento nel diritto naturale delle genti, che impone a tutti come principio generale il divieto di fare agli altri ciò che non si vuole subire: ad esso, poi tradotto e reso operativo dalle leggi nei diversi contesti, tutti hanno prestato il loro consenso « non cum deliquerunt, sed a principio, dum rationis compotes facti sunt ». Non si tratta, dunque, di un assenso alla pena intervenuto *in ipso actu delicti* tacitamente o *facte*, ma espresso *ante delictum*, « dum

⁽⁴²⁾ Altri *doctores* in precedenza si erano occupati incidentalmente delle *obligationes ex maleficio*, ma non in un sistema esclusivamente dedicato ai *criminalia* come quello del *Tractatus*. BARTOLO (*In Primam Digesti Veteris*, cit., in D. 1, 1, 5 l. *ex hoc iure, de iustitia et iure*, n. 15, f. 8va), criticando la glossa, afferma che « etiam obligationes ex maleficiis sunt de iure gentium », mentre *de iure civili* sono quelle *ex quasi maleficio*. Più articolato il ragionamento di BALDO (*In Primam Digesti Veteris*, cit., in D. 1. 1. 5, l. *ex hoc iure, de iustitia et iure*, nn. 59-61, f. 12rb), il quale, distingue la commissione di un delitto *iure gentium prohibitum* da quello *de iure civili inventum*: « Primo casu: aut loquimur quantum ad poenam quae correspondet delicto generali ratione, ut poena satisfactionis et obligatur delinquens naturaliter; aut de alia poena, et tunc obligatur tantum civiliter. Secundo casu non oritur naturalis obligatio sed civilis tantum, praesertim si delinquit per ignorantiam, quia qui errat non consentit, et quia non potest dici ius naturale, quid per accidens populus sibi adinvenit ». *Naturaliter* il reo è comunque tenuto solo alla *poena satisfactionis*, al risarcimento dell'offeso, e non ad altre eventuali pene pubbliche, cui è tenuto solo *civiliter*. GIASON DEL MAINO, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Venetiis, sub signo Aquilae se renovantis, 1590, in D. 1, 1, 5 l. *ex hoc iure, de iustitia et iure*, n. 75, f. 11ra, nello steso senso, chiarisce che anche le *obligationes ex quasi delicto*, vincolano *de iure civili* ma solo *ad meram poenam*, « secus si ad restitutionem rerum, vel damnorum, quia tunc proveniunt a iure gentium ». La distinzione tra pena risarcitoria e pubblica ha l'effetto di limitare l'*obedientia de iure gentium* solo alla prima; Deciani, invece, parlando genericamente di *delicta et eorum punitiones*, supera tale divisione ed estende l'area dell'obbligo 'naturale' *ad poenam* per tutti i reati stabiliti dal legislatore positivo, rafforzandone il potere.

ratione non affectu regebatur ». Quando, in forza del diritto delle genti, sono stati istituiti *regna et iurisdictiones*, tutti hanno espresso il loro favore per l'approvazione delle leggi e delle pene, e perciò, « cum igitur leges transgrediuntur, ex consensu priori ad poenam naturaliter obligati intelliguntur »⁽⁴³⁾.

Questa concezione del potere che sembra rimanere nella cerchia di accordi e vincoli tutti umani, finalizzati alla difesa di interessi terreni per garantire la pace nella società, mantiene pur sempre, in vero, un legame saldo, anche se indiretto, con l'immagine di ordine impresso e donato da Dio. Lo *ius genitum* dipende dalla *naturalis ratio*, che è « intellectus nobis a Deo insitus, quo bonum a malo communi quodam omnium consensu discernimus »⁽⁴⁴⁾, e alla quale sono sottoposte tutte le autorità (Papa, Imperatore e Principe) poiché *potentius enim est ius naturale principatu*⁽⁴⁵⁾. Il diritto naturale e il diritto delle genti sono fonti superiori alla volontà del Principe, e tuttavia le loro ricadute concrete nel diritto criminale si traducono in disposizioni e regole così generali, da non intaccare la libertà d'azione del legislatore nei provvedimenti e nei contenuti specifici sui singoli reati. Il vertice della gerarchia delle fonti, posto nella fase genetica e costitutiva della società e del potere pubblico,

⁽⁴³⁾ I passi sono tratti da DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, X *Iuris Gentium quae sint et de eius effectibus*, n. 4. L'autore critica la tesi sostenuta da Bartolo per cui i rei *ficti videantur consentire in poenam delinquendo*, poiché sarebbe contro il diritto naturale stesso l'averne in odio il proprio corpo e la propria vita.

⁽⁴⁴⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, IX *De Ratione naturali et Aequitate*, n. 1.

⁽⁴⁵⁾ Deciani richiama, in *Tractatus criminalis*, II, IX *De Ratione naturali et Aequitate*, n. 20, alcune consolidate *opiniones*, tra cui quella di BALDO (*In Primum, Secundum et Tertium Codicis*, cit., in C. 3. 34. 2, l. *Si aquam, De Servitutibus et aqua*, n. 45, f. 230vb), dove riflettendo sulla *plenitudo potestatis* del Principe, afferma che « lege positiva Princeps obligatur a dictamine rationis, quia est animal rationale: ideo ea non est Princeps solutus. Nulla enim autoritas, neque Principis, neque Senatus, potest facere quod Princeps non sit animal rationale mortale; nec eum absolvere a lege naturae, vel a dictamine rectae rationis vel lege aeternae »; FELINO SANDEO, *Commentaria in V libros Decretalium*, Pars Prima, Basiliae, ex officina Frobeniana, 1567, in X. 1.2.1, c. *canonum statuta, de constitutionibus*, riporta (n. 31, f. 50rb) il passo di Baldo sopra citato, e afferma poi che (n. 34, f. 50rb): « licet Papa non astringatur lege positiva, astringitur tamen mente legis, et aequitate naturali determinante aliquid circa peccatum », a conferma della tesi per cui, sebbene Pontefice e Imperatore siano *legibus soluti*, tuttavia non sono svincolati dal rispetto della *naturalis ratio*.

fissa per il legislatore terreno precetti e direttive vincolanti che, se da un lato legittimano il diritto di punire esercitato dal governo terreno e motivano l'obbedienza alle norme penali da questo emanate proprio in forza della sua *potestas derivata*, dall'altro non impongono limiti stretti alla creazione e definizione di fattispecie attraverso la legge scritta ⁽⁴⁶⁾. Il potere temporale sembra uscire, anzi, rafforzato dal radicamento della sua *iurisdictio* nello *ius naturae idest gentium*, acquisendo il crisma della sacralità e il carattere della necessità.

II. *La nuova frontiera tra crimine e peccato*

II.1. *Autonomia del foro giudiziale e criminalizzazione delle trasgressioni religiose*

Il radicale cambiamento che nel XVI secolo si impone rispetto alla concezione medievale del crimine, riflette una rivoluzione culturale che interessa e coinvolge mutamenti nella mentalità, nell'immagine del potere pubblico e nella sfera privata. La distinzione tra *crimen* e *peccatum* raggiunge con Deciani una compiuta e chiara sistemazione, che rivela, sia a livello terminologico che concettuale, la maturata separazione e la raggiunta autonomia del giuridico dalle sostanziali influenze delle regole religiose, svincolando in questo modo la scienza penale dalla morale e liberando la riflessione sul reato da fattori extragiuridici. Il contributo del diritto canonico e della speculazione teologica alla formazione e alla crescita del diritto penale, specie in alcuni suoi principi cardine come quello della responsabilità, è un

⁽⁴⁶⁾ *De iure naturali* sono alcuni generali principi, come la legittimità della *defensio* per tutelare la propria vita, e poi i delitti sessuali di chi ha unioni *contra naturam*, quelli relativi alla *educationem libellorum* commessi da genitori o parenti come l'aborto o la negazione di alimenti al figlio, e quelli di chi non provvede alla tutela della propria vita, si ferisce, si mutila o comunque rinuncia alla difesa di sé (questo significa, ad esempio che il *bannitus* non può *se ipsum impune offendere*). La *naturalis ratio*, radice del diritto delle genti che per questo a volte è detto anche diritto naturale, rileva nel diritto criminale *ad interpretationem legum et statutorum* (consentendo di temperare in favore del delinquente il *rigorem Canonum* e di recedere dalla lettera della legge) e *ad probanda delicta vel innocentiam*, poiché una prova fondata su di essa vale più di ogni altra (per esempio per provare il parto adulterino in caso di assenza del marito per tre anni, o di impotenza).

aspetto che dimostra come sia difficile e improprio, nell'esperienza medievale, cercare di tracciare linee di confine tra violazione dell'obbligo giuridico e trasgressione del precetto religioso. Non si può parlare d'ingerenza dello spirituale nel temporale, quanto piuttosto di una sovrapposizione di comportamenti disciplinati e di norme: l'immagine unitaria e inscindibile del *cives-peregrinus*, l'assorbimento dei doveri e dei compiti sociali dell'individuo nel rispetto e nell'adempimento dei precetti di vita cristiana, impongono una continua e reciproca contaminazione semantica e disciplinare e sfumano le distinzioni tra l'«Homme criminel» e il «pêcheur»⁽⁴⁷⁾.

Delitto e peccato hanno, nell'orizzonte culturale medievale, una medesima matrice nell'ordine dato all'uomo e alla natura dal *Deus legislator*: non sono il prodotto di scelte politiche, di creazioni giuridiche o teologiche, ma il riconoscimento e la dichiarazione delle norme poste a fondamento e a tutela di tale divina armonia. La forza vincolante delle leggi non dipende dall'*auctoritas* e dalla legittimazione politica del soggetto che le proclama e le fa rispettare, ma dal loro essere espressione dell'ordine. Delitto e peccato, pena e penitenza, sono il prodotto di una medesima esperienza culturale, costruiti su un identico modello interpretativo di testi sacri e atemporali (*Corpus Iuris* e Sacre Scritture) e riferibili ad una stessa tradizione⁽⁴⁸⁾. Il controllo sociale operato da giudici e confessori,

(47) Cfr. A. LAINGUI, *L'Homme criminel dans l'Ancien Droit*, in «Revue de science criminelle et de droit pénal comparé», 1983, 1, pp. 15-35. Sulla coincidenza nel pensiero tomistico tra responsabilità morale derivante dal peccato e responsabilità penale derivante dal delitto cfr. la sintesi di J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, Paris, PUF, 1989, pp. 12-15.

(48) Secondo in B. CLAVERO, *Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones*, in *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza Editorial, 1990, pp. 57-89, l'identità tra delitto e peccato, espressione dell'*ordo* e tratto caratterizzante il diritto penale comune, si fonda sulla natura 'dichiarativa' di entrambi, poiché «unos como otros no dependían de autoridad social o poder humano constituido y en ejercicio. El derecho, como la religión, se determina entonces a través de una revelación que se produce mediante la conservación de textos y la manipulación de tradición que de ellos se generara» (p. 65). L'autore ritiene, inoltre, che l'umanesimo giuridico non abbia prodotto sostanziali cambiamenti nel rapporto tra delitto e peccato ed esalta come unico fattore di rottura la nuova concezione machiavellica di Stato; il giudizio pare, almeno per l'area più toccata dallo scontro tra Riforma e Controriforma, non del tutto condivisibile, e proprio in Deciani sembrano affiorare segni di una separazione netta. Ancora utile per

così come il mantenimento e la difesa di valori condivisi perché semplicemente leggibili nel naturale equilibrio del cosmo riflesso nel contesto istituzionale, sono garantiti dalla convergenza e dall'equivocità dei concetti e dei termini *delictum* e *peccatum*.

Tra il Quattro e il Cinquecento la rottura dell'universalismo cristiano e i fermenti interni alla Chiesa hanno delle ricadute dirette sulla configurazione del modello verticistico del potere: Chiesa e Stato, sotto la spinta di un'influenza reciproca e concorrente, si organizzano e si strutturano su un modello di governo assoluto e monarchico, che esalta e libera da vincoli comunitari o conciliari il potere legislativo ed esecutivo sia del Principe-Sovrano sia del Papa⁽⁴⁹⁾. Anche la relazione tra foro interno e foro esterno viene descritto da teologi e giuristi con immagini nuove e con differenti equilibri e contenuti. L'intreccio tra teologia e diritto, la continua osmosi tra dato teologico-morale e tecnica giuridica che caratterizzano sia le prime *Summae confessorum* del XII secolo che i testi dei decretalisti⁽⁵⁰⁾ entrano in crisi, risultando

cogliere i generali mutamenti, riflessi anche nel diritto penale, tra *ordo* medievale e umanistico, è il contributo di G. DE LAGARDE, *La conception médiévale de l'ordre en face de l'Humanisme, de la Renaissance et de la Réforme*, in *Umanesimo e scienza politica*, Atti del Congresso Internazionale di Studi Umanistici, Roma-Firenze, 1949, a cura di E. Castelli, Milano, Marzorati, 1951, pp. 237-245.

⁽⁴⁹⁾ All'immagine della Chiesa '*corpus mysticum*' si sostituisce quella di '*societas perfecta*', realtà collocata nella sfera sociale, nell'ordine politico e, dunque, ispirata ad una nuova relazione con il fedele o l'infedele e ad una diversa organizzazione dei rapporti in cui la gerarchia prevale decisamente sulla comunicazione delle persone. Particolarmente significativo in proposito il contributo del pensiero ecclesiologico e teologico di Tommaso de Vio detto il cardinale Gaetano, fonte molto utilizzata da Deciani, su cui cfr. J.-R. ARMOGATHE, *L'ecclésiologie de Cajétan et la théorie moderne de l'État*, in *Rationalisme analogique et humanisme théologique. La culture de Thomas de Vio "il Gaetano"*, a cura di B. Pinchard e S. Ricci, Napoli, 1993, pp. 171-182 e G. PAROTTO, *Secolarizzazione della ragione e trascendenza dell'obbligo giuridico nel commento del Gaetano alla Summa Theologiae*, ivi, pp. 210-225. Sull'influenza del modello statale assolutistico anche nell'attività legislativa e giurisdizionale della Chiesa, cfr. P. PRODI, *Note sulla genesi del diritto nella Chiesa post-tridentina*, in *Legge e Vangelo. Discussione su una legge fondamentale per la Chiesa*, Brescia, Paideia, 1972, pp. 206-207.

⁽⁵⁰⁾ La riflessione dei decretalisti nel XII secolo aveva portato alla distinzione di due categorie di fatti in base al loro grado di pubblicità e alla possibilità di fornire una prova giudiziaria: la prima comprendeva tra i delitti pubblici fatti esterni o notori, suscettibili di prova, gravi e occasione di scandalo, che producendo effetti dannosi nei confronti della comunità dei credenti erano passibili di pena ecclesiastica ed erano riservati alla compe-

ormai inadeguate a rappresentare i rapporti di forza tra i protagonisti della scena sociale.

Tra il XV e il XVI secolo teologi e giuristi spostano il confronto su un piano diverso, non più tutto interno alla competenza della Chiesa e neppure riflesso nel conflitto tra diritto canonico e laico. Foro interno e foro esterno appartengono ora a due realtà istituzionalmente differenziate, due società autonome e distinte, l'una che disciplina la coscienza del credente ed è ispirata dalla teologia morale, l'altra che regola la vita civile pubblica del cittadino-suddito in forza delle norme giuridiche emanate dal rappresentante del potere politico.

I settori della vita disciplinati si separano e al *forum poli* riservato alla coscienza del singolo e al giudizio di Dio espresso nella confessione, si contrappone il *forum fori*, contenzioso, che accomuna i giudizi regolati dal diritto canonico e da quello civile. Il quadro che emerge dal Concilio di Trento presenta un assetto di poteri che, riconosciuta la fine dell'integralismo medievale, prende atto sia dell'emersione delle entità statali che dell'estensione delle loro attribuzioni e progetta un rinnovato equilibrio tra potere spirituale e temporale. La Chiesa cattolica si muove in una duplice direzione: un processo di centralismo papale e di positivizzazione delle norme del tutto analogo a quello attuato dagli Stati moderni da un lato, con la formazione di uno *ius publicum ecclesiasticum* in vigore nello Stato pontificio, e, dall'altro, in una dimensione territoriale più vasta, una trasformazione dei mezzi di controllo dei fedeli. I comportamenti

tenza del giudice canonico. La seconda, invece, comprendeva tra i peccati i fatti interni od occulti, concernenti il foro di coscienza, oggetto di penitenza sacramentale e di pene spirituali (cfr. G. SARACENI, *Riflessioni sul foro interno nel quadro generale della giurisdizione della Chiesa*, Padova, Cedam, 1961, p. 88 e J. GUYADER, *Aux origines canoniques de la responsabilité pénale: volonté coupable et pénitence dans les crimes contre les personnes d'après Burchard de Worms*, in *Le droit entre laïcisation et neo-sacralisation*, a cura di J.-L. Thireau, Parigi, PUF, 1997, p. 91 nt. 13). Per un quadro di tale 'miscelazione' teologico-giuridica nel Basso Medio Evo, cfr. P. GROSSI, *Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune*, in « Annali della Facoltà giuridica di Macerata », I, 1966, pp. 95-134; W. TRUSEN, *Forum internum und gelebrtes Recht im Spätmittelalter*. *Summae confessorum und Traktate als Wegbereiter der Rezeption*, in « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. K. A. », LVII, 1971, pp. 83-126 ora in ID., *Gelehrtes Recht im Mittelalter und in der frühen Neuzeit*, Goldbach, Keip Verlag, 1997, pp. 3-46.

vengono prescritti e sanzionati non più tanto sul piano giuridico, quanto su quello morale, laddove l'imporsi della macchina giuridica dello Stato ha costretto la Chiesa a rinunciare a proprie precedenti prerogative e ad 'arretrare' sul terreno della coscienza ⁽⁵¹⁾.

Il rapporto tra Stato e Chiesa — fuori dallo Stato pontificio — non è più di conflitto tra due ordinamenti, ma di convivenza e compromesso tra due separate sfere di competenza entro il medesimo territorio: sono entità diverse e distinte per il loro fine, impegnate a creare nuove alleanze allo scopo di garantire un efficace controllo sociale. La lotta alle eresie e la difesa dei fondamenti della fede cattolica dai movimenti riformatori diventano gli obiettivi prioritari della Chiesa, costretta, tuttavia, a perseguirli affidandosi al sostegno degli Stati territoriali. La storiografia utilizza i concetti di 'Stato confessionale' o di 'religione civica' per indicare i contesti istituzionali in cui la religione assume il ruolo di ispiratrice dei valori di riferimento per la coesione sociale, la cui realizzazione e difesa sono però ormai demandate alle strutture giudiziarie e all'intervento normativo dello Stato ⁽⁵²⁾. Il potere politico assorbe tra le proprie funzioni, ossia tra i beni-interessi tutelati dalle norme penali, il controllo della fedeltà religiosa dei sudditi, rinforzando così l'unità interna e consolidando i fondamenti della propria *potestas*, mentre la Chiesa opera una « grande riconversione » per sviluppare il disciplinamento dei comportamenti non più sul piano del diritto ma su quello dell'etica ⁽⁵³⁾.

⁽⁵¹⁾ A questo doppio processo messo in atto dalla Chiesa si riferisce anche R. MAZZOLA, *La pena latae sententiae nel diritto canonico. Profili comparati di teoria generale*, Padova, Cedam, 2002, p. 16.

⁽⁵²⁾ In forza del principio *cuius regio eius religio* cambia il rapporto tra Principi cattolici e Chiesa nei singoli territori, e sono i primi ad ottenere, in cambio della difesa dell'ortodossia e della lotta all'eresia, l'uso dei tributi dei vescovadi, dei conventi, delle parrocchie nel loro paese e il diritto alla nomina per le sedi vescovili. Cfr. per un sintetico quadro H. JEDIN, *Riforma cattolica o controriforma?*, Brescia, Morcelliana, 1974³, p. 49, che parla di un'inversione delle parti tra Chiesa e Stato come segno della restaurazione cattolica, « ossia non era più lo Stato che nel momento del pericolo dava aiuto alla Chiesa, ma la Chiesa che aiutava quello che stava divenendo lo Stato assoluto ».

⁽⁵³⁾ In questo senso cfr. P. PRODI, *Il concilio di Trento di fronte alla politica e al diritto moderno. Introduzione*, in *Il concilio di Trento e il moderno*, a cura di P. Prodi e W. Reinhard, Annali dell'Istituto storico italo-germanico, Bologna, il Mulino, 1996, p. 23. Anche il genere delle *Summae confessorum* o *de casibus conscientiae*, che conosce

Il diritto penale assume, in questo contesto, una posizione di primo piano nel dibattito giuridico e teologico proprio per il delinearsi di una nuova frontiera tra delitto e peccato, tra diritto e morale. S'impone come problema centrale quello della legge positiva che punisce un crimine: la sua obbligatorietà *ad poenam* o anche *ad culpam*, il rapporto con la legge di coscienza, la legittimità morale delle norme emanate dal Principe e l'origine del potere legislativo, sono i temi sui quali si ripercuotono i rivolgimenti dell'ordine generale, le nuove direzioni del rapporto tra foro interno e giustizia pubblica. Il processo d'irrogazione della pena diventa del tutto autonomo rispetto a quello della confessione-penitenza.

Il reato, in virtù dell'integrazione dei princìpi religiosi con la legislazione civile, colpisce le violazioni della rinnovata moralità cattolica post-tridentina ed è severo nel perseguire le eresie, ma sembra essere ora il peccato a trasformarsi in crimine: blasfemia, sortilegio o reati sessuali sono puniti perché proibiti da una legge, perché costituiscono la disobbedienza ad un precetto giuridico oltre che la trasgressione dei comandamenti religiosi. È ora lo Stato a farsi carico della punizione dei peccati, la legge assume tra i *delicta* le gravi trasgressioni di fede; l'apparato della giustizia statale si munisce di nuove forme d'intervento sulla vita religiosa e morale, cioè su di una sfera del sociale le cui deviazioni sarebbero altrimenti difficilmente perseguibili ⁽⁵⁴⁾.

l'apice della diffusione tra il XV e il XVI secolo, si ritaglia uno spazio sempre più autonomo dal diritto ed esprime l'arretramento della Chiesa dal terreno giuridico a favore di una minuta descrizione e regolamentazione dei casi di coscienza, cfr. N. T. TENTLER, *The Summa for confessors as an instrument of social control*, in *The pursuit of holiness in late medieval and renaissance religion*, ed. by C. Trinkaus-H. A. Oberman, Leiden, E. J. Brill, 1974, p. 123.

⁽⁵⁴⁾ Rientra in questo processo di estensione e potenziamento dell'intervento repressivo dello Stato l'istituzione nel Dominio veneziano, da parte del Consiglio dei X nel 1537, della magistratura degli Esecutori contro la bestemmia (su cui cfr. R. DEROSAS, *Moralità e giustizia a Venezia nel '500-'600. Gli esecutori contro la bestemmia*, in *Stato società e giustizia nella repubblica veneta*, cit., pp. 431-528), con diritto di procedere in modo sommario e segreto e con l'obiettivo di disporre la giurisdizione secolare della Dominante di nuovi strumenti di potere e di controllo sociale. Cfr. anche, con particolare riferimento al caso dello 'stato senese', O. DI SIMPLICIO, *Peccato, penitenza, perdono. Siena 1575-1800. La formazione della coscienza nell'Italia moderna*, Milano, Franco Angeli, 1994, pp. 181 ss.

Il dualismo tra legge positiva e di coscienza, tra reato come infrazione alla legge umana e peccato come violazione delle prescrizioni divine, comporta una separazione tra fori, ma anche una 'criminalizzazione del peccato' come strumento di potere da parte dell'autorità politica, interessata a farsi carico della difesa della moralità cattolica per legittimare il suo controllo repressivo sui comportamenti sociali ritenuti dannosi o pericolosi per l'ordine pubblico (55).

II.2. *Diritto penale al bivio*

Nelle terre interessate dalla Riforma, l'attacco contro i detentori del potere giurisdizionale della Chiesa impedisce la sopravvivenza di un diritto penale canonico separato dal penale laico dello Stato. Certamente alcuni suoi caratteri divengono parte integrante dello *ius criminale* gestito dai giudici temporali, così come pure in molte regioni fedeli al cattolicesimo diritto canonico e divino continuano ad essere utilizzati come fonti del diritto punitivo. Essi, tuttavia, sono ormai assorbiti in un ordinamento statale. È il Principe, garante della *concordia civium* e difensore dei valori religiosi, che consolida le ragioni della sua *potestas* assoluta rivestendosi di compiti ritenuti indispensabili e provvidenziali dalla comunità dei *cives* credenti.

I precetti, le sanzioni, gli interessi tutelati dallo *ius criminale canonicum* non scompaiono ma subiscono profondi rivolgimenti, stretti tra attacchi frontali alla *potestas in temporalibus* della Chiesa di Roma e spinte politiche all'accentramento delle competenze punitive negli organi statuali. Le norme canoniche vengono travolte dalle complesse vicende che nel XVI secolo vedono affermarsi gli Stati sovrani, mentre la Chiesa che perde autorità sul terreno giuridico concentra la sua opera di disciplinamento nel campo morale. L'assorbimento graduale delle disposizioni penali canoniche nel sistema punitivo laico, che può essere totalmente ricalcato sui peccati come negli spagnoli Covarruvias e De Castro, adesivo al carattere religioso dei reati come in Carpzov o Farinaccio, o — infine — nettamente più spostato su criteri tecnico-giuridici e su valuta-

(55) In questo senso cfr. P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, il Mulino, 2000, p. 215.

zioni d'opportunità politica come in Deciani e Marsili, porta, comunque, ad un graduale esautoramento della giurisdizione ecclesiastica dal foro contenzioso con una corrispondente maggiore attenzione della Chiesa al foro della coscienza. Mentre in alcune aree (ad esempio in Spagna) l'opzione predominante sembra essere quella di una riduzione ad unità tra diritto civile e canonico *in criminalibus*, nel senso di una totale coincidenza o sovrapposizione⁽⁵⁶⁾, in altri contesti la separazione porta all'ipertrofia del penale laico temporale e allo sviluppo concorrente di una capillare regolamentazione del binomio confessione-penitenza.

Il Concilio introduce i termini per la definizione della 'moderna frontiera' tra *culpa theologica* e *culpa iuridica*⁽⁵⁷⁾, completata poi dalla speculazione della scienza penale e della teologia. Si confrontano due diverse tendenze sia nella teoria sia nella legislazione: una prima mira alla costruzione di un sistema di norme punitive che, ispirate ai principi cristiani e finalizzate alla tutela dei valori religiosi, intrecciano profondamente nella visione della giustizia il crimine con il peccato⁽⁵⁸⁾. Una seconda, quella sostenuta anche da Deciani, vuole invece differenziare in modo netto e definitivo la sfera della legge positiva scritta, riservata all'intervento dello Stato, dalla sfera morale dell'individuo, sulla quale la Chiesa concentra tutta la sua autorità ed esercita una rigorosa e penetrante attività di indirizzo e condizionamento. In questo modo peccato e reato sono, almeno

(56) Sull'unità tra diritto penale civile e canonico in Spagna e sull'influenza di questa scelta anche in autori tedeschi, cfr. H. VON WEBER, *Zur Entwicklung des gemeinen deutschen Strafrechts unter besonderer Berücksichtigung spanischer Einflüsse*, in *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker*, I, Milano, Giuffrè, 1954, specie pp. 347-349.

(57) Così sintetizza C. FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Bologna, il Mulino, 1999, p. 206. Sul rapporto tra *culpa* giuridica e teologica in riferimento al penale cfr. anche M. TURRINI, *La coscienza e le leggi. Morale e diritto nei testi per la confessione della prima età moderna*, Annali dell'Istituto storico italo-germanico, Bologna, il Mulino, 1991, pp. 270-288.

(58) Descrive in questi termini la realtà senese O. DI SIMPLICIO, *Le péché et le crime à Sienne au XVIIe siècle. Y eut-il une "phase islamique" du droit canon?*, in *Ordre moral et délinquance de l'antiquité au XXe siècle*, sous la direction de B. Garnot, Dijon, EUD, 1994, pp. 57-63, che denuncia la distanza tra teoria e prassi nel rapporto tra la giustizia dello Stato e quella ecclesiastica; la profonda differenza concettuale e i diversi fini tra le due non trovano, infatti, riscontro nella pratica.

concettualmente, due entità ben distinte e la giustizia laica segue un corso differente e autonomo da quella del foro interno.

Il diritto penale del Cinquecento è il terreno di scontro tra una visione penitenziale, che cerca di mantenere intatta l'unità etico-giuridica tra *delictum* e *peccatum*, come vorrebbe la Chiesa e come teorizzato dalla Scuola di Salamanca (con le eccezioni, per esempio, del Navarro e di Vitoria che hanno un pensiero meno organico alla monarchia), e una prospettiva che invece si apre al moderno, separa la sfera giuridica dalla sacramentale, coglie i segni di cambiamento provocati dalla Riforma, le trasformazioni nella distribuzione di competenze tra teologia e diritto, e finisce per legare la potestà punitiva in modo esclusivo alla legge quale espressione della volontà del sovrano⁽⁵⁹⁾. Si può, dunque, ritenere che il *Tractatus* di Deciani, seguendo questa seconda via, rifletta il percorso di 'positivizzazione e coinvolgente ascesa della norma scritta' indicato da recenti studi come fenomeno caratterizzante il XVI secolo e come momento di inevitabile transizione dall'esperienza medievale a quella moderna⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁹⁾ Lo scontro tra queste due concezioni alternative del rapporto tra spirituale e temporale, che fanno del diritto penale l'oggetto privilegiato della contesa, è da ultimo bene analizzato nello studio di V. LAVENIA, *L'infamia e il perdono. Tributi, pene e confessione nella teologia morale della prima età moderna*, Bologna, il Mulino, 2004. Conferme anche in MAZZOLA, *La pena latae sententiae*, cit., p. 50.

⁽⁶⁰⁾ Il riferimento è in particolare a PRODI, *Una storia della giustizia*, cit., specie pp. 155 ss.; spunti interessanti anche in *Crime and the Law. The Social History of Crime in Western Europe since 1500*, a cura di B. Lenman, V. A. C. Gatrell, G. Parker, London, Europa publications limited, 1980 e in *Legislation and Justice*, cit.. In BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, cit., quando si parla di "legge" in Deciani il termine è sempre virgolettato, per indicare la diversità di tale concetto nel contesto del *Tractatus* e nell'accezione moderna. Crediamo, tuttavia, che l'affermazione secondo cui « siamo lontanissimi da un impianto positivistico e da una concezione che faccia dipendere il diritto esclusivamente dalla legge scritta del sovrano » (p. 264) sia solo in parte condivisibile. Se è vero, infatti, che Deciani riconosce che le *leges* sono *plures* e dunque non pensa certo a ridurre il diritto alla norma del Principe, è vero anche che tutto il suo discorso porta alla valorizzazione della *lex publica scripta*. Il suo problema non è trasferire la potestà legislativa in capo ad un unico soggetto con sovranità esclusiva, ma sancire l'irrelevanza penale dei precetti di coscienza. Proprio perché « tutto interno ai suoi tempi » (p. 266), quelli della Controriforma, il giurista udinese valorizza la legge scritta, quella della pur frammentata autorità temporale, per tracciare una linea netta tra reato e peccato. Non cerca una rottura dalla tradizione, recuperata pienamente nella derivazione della legge scritta da quella naturale, ma l'autonomia del giuridico dalla

La parte generale è il luogo dove l'autore teorizza la sua concezione di diritto criminale in rapporto all'ordinamento complessivo, e dove chiarisce le ragioni della scelta di porre al centro del sistema la nozione di delitto come concetto tutto giuridico, senza alcuna contaminazione con il peccato ma anzi da esso ontologicamente diverso. Il secondo libro contiene frequenti riferimenti alle Sacre Scritture e ai teologi, tratta in modo diffuso della differenza tra *forus fori* e *forus poli* e della relazione tra *lex* e *conscientia*, scandisce con chiarezza la distanza tra teologia, diritto canonico e diritto civile. Deciani affronta le questioni strategiche per la costruzione di un ordinamento fondato sull'*auctoritas Principi vel Reipublicae*, confrontandosi da giurista con i problemi cruciali del suo tempo. La fondazione del diritto penale statale nel Cinquecento richiede la giustificazione di una separazione dei reati dai *precepta moralia*: per questo la parte generale deciana è tutta pensata per rafforzare l'immagine della dipendenza del *delictum* dalla *lex scripta* e per circoscrivere l'efficacia dei precetti religiosi al foro di coscienza ⁽⁶¹⁾.

In questo modo l'udinese si inserisce nei dibattiti del suo tempo e prende una posizione che, pur nell'equilibrato rispetto della tradizione giuridica, è certamente di apertura ai nuovi orizzonti del diritto penale invasivo gestito dal Principe. Lo sforzo compiuto nello stesso arco temporale dalla Chiesa per conservare una precettiva e cogente dimensione giuridica alla confessione e al potere delle chiavi, e per favorire e difendere la confusione tra foro esterno ed interno, dimostrano come le affermazioni di Deciani non siano per nulla scontate o avulse dalla costruzione di un modello di giustizia statale ⁽⁶²⁾. La separazione tra spirituale e giuridico così nettamente

morale religiosa, segnando con ciò un importante momento di passaggio verso la modernità.

⁽⁶¹⁾ Se una lettura del trattato deciano alla luce dei dibattiti e delle scelte tridentine, come proposta pure da M. SCHMOECKEL, *Der Entwurf eines Strafrechts der Gegenreformation. (Prova, pena e penitenza in un sistema post-tridentino)*, in Tiberio Deciani, a cura di M. Cavina, cit., pp. 207-234, appare sicuramente indispensabile alla sua comprensione e alla storicizzazione degli argomenti affrontati, non altrettanto condivisibile è la posizione dello stesso autore secondo cui è il *peccatum* l'*Oberbegriff* dell'opera e i piani della confessione e del giudizio sono profondamente mischiati.

⁽⁶²⁾ La risposta della Chiesa alla progressiva marginalizzazione della sua competenza di foro esterno si attua attraverso una serie di strumenti giuridici e imposizioni

ribadita dall'udinese, le numerose pagine dedicate alla questione privilegiando determinate fonti e tacendone volutamente altre, la chiara presa di posizione e le argomentazioni portate a sostegno della propria convinzione, indicano la ferma consapevolezza della necessità e dell'importanza di una scelta precisa a favore dell'opposizione tra foro contenzioso e foro di coscienza.

Le *auctoritates* sono da Deciani selezionate, richiamate e interpretate per dare credibilità e validità al progetto di una parte generale nella quale il *doctor iuris* edifica un sistema 'terreno' e laicamente razionalizzato di giustizia criminale, per poi consegnarlo nelle mani del legislatore, libero da vincoli e cautele morali, non secolarizzato nei contenuti ma autonomo dalla teologia nei fondamenti. La strategia, opposta a quelle di De Castro o Covarruvias perché pensata in funzione di differenti assetti di potere, si rivela quella più gravida di conseguenze per lo sviluppo della scienza criminale ⁽⁶³⁾. Se lette in

pastorali che pretendono di mantenere spazi di contaminazione e comunicazione tra dimensione spirituale e vincolo giuridico, tra penitenza e pena. Si pensi, per esempio, alle competenze della Penitenzieria Apostolica, all'estensione dei casi riservati, all'incremento delle scomuniche *a iure*, all'ampio utilizzo dell'anatema papale come pena *lata sententia*, al valore sia ecclesiastico che secolare delle lettere di grazie rilasciate dai frati confessori, e — in generale — all'impegno per un ampliamento e una ridefinizione del diritto penale spirituale, su cui si rinvia ai contributi di E. BRAMBILLA, *Confessione, casi riservati e giustizia 'spirituale' dal XV secolo al concilio di Trento: i reati di fede e di morale*, in *Fonti ecclesiastiche per la storia sociale e religiosa d'Europa: XV-XVIII secolo*, a cura di C. Nubola e A. Turchini, Bologna, il Mulino, 1999, pp. 491-540 e ID., *Il « foro della coscienza »*. *La confessione come strumento di delazione*, in « Società e storia », 1998, 81, pp. 591-608. Sulla « decisa svolta in senso giudiziario » impressa da teologi e canonisti alla confessione come strumento di disciplina sociale in età post-tridentina, in riferimento alla Milano del Cinquecento e in particolare all'opera di Carlo Borromeo, cfr. il recente W. DE BOER, *La conquista dell'anima. Fede, disciplina e ordine pubblico nella Milano della Controriforma*, Torino, Einaudi, 2004, specie pp. 46-86.

⁽⁶³⁾ Nel Seicento, in area spagnola, la questione del rapporto tra foro interno ed esterno rappresenta uno dei principali temi di discussione per i giuristi, tanto che diventa oggetto d'apposite trattazioni, e il problema dell'obbligatorietà della legge penale in coscienza ancora segue l'indirizzo unitario di De Castro e Covarruvias. J. VALERO, *Differentiae inter utrumque forum, iudiciale videlicet, et conscientiae*, Cartusia Maioricarum, typis Emmanuelis Rodriguez, 1616, dedica la *differentia septima* al tema *lex mere poenalis an obliget in utroque foro*, e sostiene la tesi affermativa: « Sed certe cum mens omnis Legislatoris sit ut quae sua lege praecipuntur, ab omnibus observentur; soletque apponi poena ad maiorem legis observantiam: ut quos timor Dei a transgressione non

questi termini, le affermazioni del *Tractatus* sembrano preludere alla posizione che Paolo Sarpi adotterà di lì a poco a difesa della Repubblica in occasione dell'interdetto, provocato proprio da uno scontro di sovranità giurisdizionale tra Venezia e Roma in materia criminale, per la rivendicazione da parte della Repubblica del possesso di un originario diritto penale su tutti i sudditi del Dominio e per il conseguente rifiuto di consegnare al tribunale ecclesiastico due preti di terraferma resisi colpevoli di reati comuni (64).

II.3. *La conscientia come terreno di scontro tra morale e diritto*

La separazione del foro di coscienza da quello contenzioso non è un'operazione semplice, le fonti s'incrociano e i piani spesso si

arceat, saltem id praestet poenae formido: non video qualiter haec ultima conditio in ulle lege desideretur: cum regulariter inter Christianos in omnibus legibus talis sit mens Legislatorum » (n. 3). L'obbligatorietà *ad culpam* dipende dalla *mens et intentio* del legislatore, ma, salvo espressa indicazione, essa rafforza sempre con la pena la trasgressione di un precetto *ad maiorem legis observantiam*, nel caso in cui non sia sufficiente il *timor Dei*; la concezione è quella di un delitto che coincide e deriva dal peccato e di una pena che sancisce la gravità della colpa morale. A fine secolo, questa volta nella Germania terra di Riforma, troviamo invece una dissertazione sul tema, dove, anche se si cercano i punti di contatto tra *forum fori* e *poli*, il linguaggio e l'impianto generale testimoniano l'affermarsi della tesi autonomista, cfr. W. H. BRÜCKNER, *Disputatio iuridica de eo quod iustum est, in foro externo (iustitia externa) et interno (iustitia interna)*, [Resp. Christophorus Frise], Jenae, typis Georgi Heinrici Mülleri, 1691, cap. I, § VIII (*De foro interno et externo*): « Dicitur autem iustitia interna et externa a foro interno et externo. Nam iustitia, quae in foro interno pro tali habetur, interna, et quae in foro externo probatur, externa vocatur (...). Forum internum dicitur alias forum conscientiae, Dei, poli, animae, ubi Deus spectatur tanquam legislator et iudex, quem nihil potest fugere, qui omnes sub suo habet imperio, et qui actionum nostrarum exiget rationem; Forum externum dicitur alias contentiosum, hominum, fori, ubi homines sunt legislatores, observatores et vindices. Huius poenae obnoxium est corpus, illius et corpus et anima ». Notizie sui numerosi scritti che, dopo il Concilio di Trento, affrontano il tema dei 'nuovi confini' tra sfera giuridica e teologica sono in M. TURRINI, *Tra diritto e teologia in età moderna: spunti di indagine*, in *Il concilio di Trento e il moderno*, cit., pp. 255-269.

(64) Il tentativo, legato in particolare a Sarpi, ma in continuità con la tradizione della Repubblica, di sostituire l'opposizione tra *potestas temporalis* e *auctoritas spiritualis* con quella più moderna tra sovranità e giudizio interiore, consegnando alla Chiesa tutto il potere di foro interno e attribuendo, invece, allo Stato l'esclusività del potere legislativo e giurisdizionale, è descritto in V. FRAJESE, *Sarpi scettico. Stato e Chiesa a Venezia tra Cinque e Seicento*, Bologna, il Mulino, 1994, specie pp. 377-444.

sovrappongono. Se il percorso d'identificazione del delitto con i precetti formalizzati nella norma positiva è difficile, altrettanto deve dirsi per la determinazione dei caratteri che consentono di differenziare i doveri giuridici da quelli etici. Tra diritto canonico e diritto civile in materia penale esistono rilevanti discordanze, ma anche caratteri comuni; il vero confine è tra teologia e diritto — civile e canonico insieme —, tra i *moralia* e gli obblighi giuridici rilevanti per il foro esterno. La distanza tra *ius canonicum* e *theologicum* costituisce un punto di partenza indispensabile per delineare poi la differenza tra fori: entrambi sono espressione dello *ius Divinum*, ma, come afferma in modo ormai chiaro Deciani, « nos vero separavimus ipsum a iure civili, illudque divisimus in Theologicum et canonicum: prius illud spectat ad Dei cultum, ad fidem, et ad interiorem cuiusque conscientiam, et ad animam ipsam; secundum vero pertinet ad ritus, ceremonias et iudicia ecclesiastica » (65).

Il diritto canonico entra spesso in conflitto con quello civile in settori specifici o per questioni relative alla conservazione di privilegi e al mantenimento di competenze esclusive in capo alla Chiesa nei confronti dei suoi membri, ma è un confronto tra istituzioni che va attenuandosi, un rapporto tra due realtà che — come detto — si stanno omologando al modello di formazione statale verticistico e centralistico (66). Per il singolo individuo, invece, suddito e fedele, il

(65) *Tractatus criminalis*, II, XI *De Divino Iure*, n. 1. Anche le competenze di teologi e canonisti si specializzano e si separano, rompendo l'unità del modello culturale e la simbiosi tra teologia e diritto tipica dell'esperienza medievale, cfr. *Tractatus criminalis*, II, XVIII *De Iure Canonico*, n. 5: « quia in iis quae ad iudicia et beneficia spectant, statur potius Canonistis, quam Theologis, et praeferuntur Canonistae Theologis, et etiam in poenis temporalibus (...) Quantum vero ad articulos et fundamenta fidei, et quoad haereses, an quid sapiat haeresim, vel non, in his et similibus standum potius Theologis ». Sull'accentuazione della separazione tra diritto canonico e teologia nel Cinquecento cfr. PRODI, *Note sulla genesi*, cit., pp. 203-204.

(66) Sono cinque i capitoli del *Tractatus* (XVIII-XXII del libro II) dedicati al diritto canonico e alle differenze con il civile in materia penale. In questa parte Deciani resta nel solco della tradizione, riportando in dettaglio tutti i caratteri generali e i punti specifici di divergenza tra i due sistemi giuridici. Ma il periodo della continua osmosi e della concomitanza in uno stesso territorio tra il diritto civile e il canonico universale sembra in tendenziale superamento e ciascuno con le proprie peculiarità trova esclusiva applicazione in aree definite dal regime politico, cfr. DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, XVIII *De Iure Canonico*, n. 24: « ubi non imminet peccatum, lex civilis disponens de

contrasto si consuma nella coscienza, nel dubbio di avere commesso 'solamente' un'infrazione alla legge o di essere caduto anche in peccato mortale, nell'indecisione sulla necessità della confessione anche in caso di sentenza giudiziale o viceversa.

Pena e penitenza, giudizio dell'anima e tribunale delle leggi: Deciani assegna il diritto criminale al dominio delle norme positive ⁽⁶⁷⁾, costruendolo come universo che si regge su criteri e regole sostanzialmente opposti a quelli che governano il foro di coscienza. Esistono, tuttavia, inevitabili punti di intersezione, momenti in cui questioni etiche e giuridiche si sovrappongono o tendono a coincidere, sfumano i confini divisorii e si prospetta nel soggetto una crisi profonda dovuta allo smarrimento dei criteri per discernere lo *iussum* dal *iustum*. La *lex* diventa il tema sul quale confluiscono queste frizioni, ma anche lo strumento teorico e pratico per dare soluzione ai conflitti: la *lex iusta* rappresenta il primo nodo problematico, poiché grazie ai presupposti della *iustitia* la sua cogenza sembra eccedere l'area del giudizio contenzioso ed invadere anche il dovere di coscienza. Il ragionamento seguito dall'udinese è articolato, motivato da un confronto ampio con le fonti e le diverse opinioni, ma comunque finalizzato a ribadire l'autonomia e la tipicità del foro interno.

Il *forum conscientiae* ha delle peculiarità, dei caratteri specifici rinvenibili nelle fonti e nella tradizione dottrinale, ma alcuni sostengono che esso non sia diverso, salvo casi d'espresa eccezione, *a foro iudiciali canonico*. Tale tesi si fonda sulla glossa « *culpa caret* » ⁽⁶⁸⁾, interpretata da qualche giurista nel senso più aderente al testo per cui, secondo il diritto canonico, si è tenuti ad *alium iuvare* e a fare il possibile per evitare e prevenire il delitto, obbligo che, all'opposto, non sussiste per

profanis servanda in terris Imperii, et lex canonica contrarium disponens servanda in terris Ecclesiae (...) in puniendis delictis sit servandum ius canonicum in terris ecclesiae, non civile, etiam contra laicos ».

⁽⁶⁷⁾ Anche lo *ius canonicum* « dicitur etiam ius humanum et positivum, quia ab homine positum, et statutum est, licet a fontibus divinis sit erutum » (*Tractatus criminalis*, II, XVIII *De Iure Canonico*, n. 2).

⁽⁶⁸⁾ GLOSSA « *Culpa caret* », in D. 50.17.50, l. *Culpa caret, de regulis iuris*: « Sed quid si possum prohibere Titium iniuriari Sempronio, an debeam iuvare? Respondeo secundum cano. sic verbis, interponendo me honesto modo, alias videor negligere. Sed secundum leges non, nisi in his quos habeo corrigere, ut in permissis, sicut servis, et filiis, et in similibus ».

il diritto civile. Non vi è alcuna differenza di disciplina tra foro contenzioso canonico e foro di coscienza, la lettera della glossa esplicitamente parla di *iura canonica* e sarebbe un errore vedere in essa un riferimento al solo foro interno, anche perché nelle ipotesi in cui le norme canoniche vogliono disporre diversamente dalle regole del foro di coscienza, l'eccezione deve essere espressa ⁽⁶⁹⁾. Deciani aderisce, invece, alla *communis opinio* che interpreta la glossa in modo diverso: l'espressione 'diritto canonico' deve intendersi, in vero, come riferita al *forus conscientiae*, per cui il dovere di *obviare delicto* vincola in foro interno ma non in quello esterno contenzioso, che accomuna in tale lettura sia il civile che il canonico ⁽⁷⁰⁾.

L'obiettivo è collocare la frontiera non tra i due diritti positivi, ma tra la sfera del moralmente dovuto in coscienza e il mondo del giuridicamente rilevante, spostare l'attenzione sulla cesura che separa morale e diritto. L'udinese ricerca altri appoggi a sostegno del percorso: è lecito uccidere il *furem nocturnum* per il diritto canonico e civile, ma non *in foro conscientiae*; il diritto canonico punisce i *nobiles* in modo più mite, il contrario avviene *in foro conscientiae* dove il cattivo esempio è ritenuto più grave. L'argomento più forte è legato all'ipotesi d'omicidio dell'adultero, considerato lecito dal diritto civile già nel diritto romano ma non immune da colpa e da peccato secondo quanto affermato nella glossa « *Inter haec* » ⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁹⁾ Di questa opinione sono FILIPPO DECIO, *In titulum de Regulis iuris Commentaria*, Lugduni, apud Iacobum Giuntam, 1546, in *l. Culpa caret*, nn. 12 ss., pp. 239-240; FILIPPO DECIO, *In Decretales Commentaria diligentissime emendata*, Venetiis, s. n., 1566, in X. 1. 29. 1, *c. quia quesitum, de officio et potestate iudicis delegati*, nn. 38-42, f. 94ra-b e GIASON DEL MAINO, *In Primam Digesti Veteris*, cit., in D.1.1.3, *l. ut vim, de iustitia et iure*, n. 31, f. 6rb.

⁽⁷⁰⁾ In tale senso si erano espressi Antonio da Budrio e il Panormitano, ma la loro opinione si è poi consolidata come comune ed è seguita da Deciani, *Tractatus criminalis*, II, XII *De Conscientia et eius potestate*, n. 4: « Attamen in contrarium est veritas, quia imo contra glossam illam est communis opinio quod scilicet differentia sit inter forum canonicum et forum conscientiae, quia licet foro conscientiae quis teneatur obviare scandalis et adiuvare proximum, non tamen sic in foro canonico ».

⁽⁷¹⁾ GLOSSA « *Inter haec* », in c. 6, C. XXXIII, qu. 2, *c. Inter haec*: « Item licet parti similiter detur secundum legem licentia occidendi, ut ff. de adult. nec in eodem si tamen interficiat, non excusatur a culpa vel a peccato, licet a poena civili excusetur. in criminibus enim dico specialem concessionem canonis necessariam quo ad culpae immunitatem ».

Quest'ultima è stata da taluni interpretata nel senso di una contrapposizione tra diritto canonico e civile, ovvero in chiave di illiceità della legge secolare permissiva ⁽⁷²⁾. Deciani invece, ancora una volta, sposta i termini del confronto fuori dal terreno strettamente giuridico: la glossa va intesa come il riconoscimento di una « *differentiam inter ius fori et ius poli, non autem inter canonicum et civilem* » ⁽⁷³⁾. Lo iato da cogliere è quello tra esperienza giuridica da un lato, regolata dalle leggi positive civili e canoniche, costruita su schemi formali e processi logici e razionali, e vita interiore dall'altro, come coscienza individuale, disciplinata da criteri e da dettami che se-

(72) La glossa « *Inter haec* » e il caso dell'omicidio dell'adultero sono un *locus* in cui tipicamente i giuristi affrontano il tema del rapporto tra legge secolare, norme canoniche e coscienza. L'interpretazione più fedele al testo ritiene che il diritto canonico, qui non distinto dal foro interno, abbia 'corretto' la disposizione di diritto civile che consente il delitto, stabilendo che il reo non è comunque scusato *a culpa vel peccato*: è, questa, una tipica ipotesi di trattamento diverso e concorrente dello stesso caso nei due ordinamenti. Altri danno una lettura del passo in chiave di scontro tra giurisdizione ecclesiastica e secolare, o di prevalenza generalizzata della legge canonica perfino *in terris imperii*, perché la *permissio* della legge è *illicita et nutritiva peccati* e dunque il reo non può considerarsi *tutus* neppure *in foro seculari* (FELINO SANDEO, *Commentariorum in Decretalium libros V, Pars Tertia*, Basileae, ex officina Frobeniana, 1567, in X. 5.39.3, *c. si vero, de sentent. excomm.*, n. 1, col. 1164). Il problema di fondo è la validità della *lex civilis in foro conscientiae*, ma queste *opiniones* sembrano prevalentemente indirizzate a regolare il rapporto tra Chiesa e Stato inteso ancora come un conflitto tra ordinamenti entrambi giuridici, spesso in contrasto perché vogliono regolare una medesima fattispecie in modi differenti creando problemi di competenza e di giurisdizione. La riflessione di Deciani risente, invece, di un mutato clima politico e dei nuovi equilibri tra poteri: le ragioni dello scontro tra diritto canonico e civile svaniscono di fronte alla crescita del potere legislativo 'statuale' e alla reciproca collaborazione degli Stati confessionali, mentre il dualismo si trasferisce sul binomio legge positiva/coscienza.

(73) DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, XII *De Conscientia et eius potestate*, n. 10. La riduzione ad una bipartizione dei fori, con l'opposizione tra il contenzioso e lo spirituale, è già di per sé una scelta non neutrale, poiché esclude la possibilità di una terza via, intermedia, che lascia all'autorità spirituale poteri di intervento nel foro giudiziale; in proposito cfr. ancora BRAMBILLA, *Confessione casi riservati e giustizia 'spirituale'*, cit., pp. 519-520, che riporta un passo del *Tractatus de casibus reservatis in Diocesi Mediolanensi* di Oliverio Mazuchelli, in cui si distingue tra *forum externum* contenzioso, *forum poenitentiae* dove con la confessione segretamente si ottiene il giudizio dell'anima e *forum conscientiae*, « in quo iudicium secrete quidem exercetur, sed tamen extra confessionem », ciascuno dei quali ha anche tre diverse forme di assoluzione.

guono altri fini, appannaggio del disciplinamento della Chiesa sul fedele (74).

Il diritto canonico, specie nella materia penale, ne esce ridimensionato, quasi assorbito nel civile di cui condivide sempre più caratteri ed essenza, mentre si definiscono e si allargano i contorni del foro di coscienza (75). Ogni tribunale, ogni diverso foro, ha le proprie sanzioni, che perseguono evidentemente differenti finalità e colpiscono con efficacia particolare profili non assimilabili nella vita del condannato. Questa pluralità dei piani punitivi fondata su una sostanziale difformità di ordinamenti non assimilabili, si impone ormai anche nella pratica e nella persecuzione di quei comportamenti che sono delitti ma prima ancora peccati. Così, per esempio, nella sodomia, *delictum nephandissimum* e *sordidissimum* poiché vizio e peccato contro natura, è possibile distinguere in modo chiaro le diverse pene previste dalle fonti: nel foro penitenziale l'*excommunicatio* e il *bannum a gremio Ecclesiae* per sette anni, nel contenzioso canonico la privazione perpetua dei benefici e la deposizione da ogni ordine sacro se si è chierici o la scomunica e l'espulsione assoluta *a coetu fidelium* per i laici, la *poena capitis* nel diritto civile (76).

Il diritto penale tende a disinteressarsi delle questioni pretta-

(74) Il dualismo tra fori è ripreso anche nella parte speciale del *Tractatus*, IX, IX *De Parricidio descendantium in ascendentes*, n. 6, dove l'autore si chiede se l'uccisione del padre spirituale sia da considerare parricidio o omicidio aggravato. Marsili e Carerio, seguendo l'opinione di Alessandro Tartagni, sono per la prima soluzione, che comporta l'applicazione della *poena singularis* riservata al parricida. Deciani preferisce distinguere il foro di coscienza, nel quale il padre spirituale è equiparato a quello naturale, dal foro contenzioso nel quale non vede *nullam rationem* per il medesimo trattamento sanzionatorio.

(75) Sul fatto che di fronte all'emergente diritto dello Stato « il diritto canonico non solo arretra i propri confini ma si modifica profondamente: diviene diritto ecclesiastico o diritto canonico pontificio » mentre nel nuovo dualismo tra foro interno e foro esterno assume rilievo centrale il problema dell'obbligo in coscienza della legge positiva, cfr. P. PRODI, *Il giuramento e il tribunale della coscienza: dal pluralismo degli ordinamenti giuridici al dualismo tra coscienza e diritto positivo*, in *Il vincolo del giuramento e il tribunale della coscienza*, a cura di N. Pirillo, Bologna, il Mulino, 1997, pp. 483-486 e Id., *Il Concilio di Trento e il diritto canonico*, in *Il Concilio di Trento nella prospettiva del terzo millennio*, a cura di G. Alberigo e I. Rogger, Brescia, Morcelliana, 1997, specie pp. 280-285, dove la frattura tra diritto canonico e teologia e il nuovo rapporto tra diritto e morale sono visti come portati del tridentino.

(76) Così DECIANI, *Responsorum Volumen Tertium*, cit., Resp. LXXXIII, n. 2, p. 205.

mente morali che pure hanno un forte impatto sociale nei reati contro l'ordine religioso, poiché ad esse è riservato uno spazio autonomo con proprie regole e canoni di giudizio, e diviene, invece, terreno privilegiato per esprimere e imporre i progetti politici. Il *bonum publicum* e l'*interest Reipublicae*, unici limiti posti al legislatore secolare, permettono espansioni del potere pubblico, attribuito di prerogative ampie e facoltà diffuse, gradualmente destinato ad invadere ed accollarsi competenze prima condivise con una pluralità di fonti. Tutte le leggi civili emanate « ob publicam utilitatem et pacificum viventium statum »⁽⁷⁷⁾ sono da rispettare anche nel foro ecclesiastico e da parte dei chierici, salvo contrarie disposizioni del diritto canonico fondate sulla *ratio peccati vitandi*. L'esigenza di garantire la *pax publica* spinge il Principe a continue invasioni di campo, a interventi diffusi, contingenti e capillari, a provvedimenti fondati sulla *ratio* dell'opportunità e della strategia politica che provocano conflitti con i precetti del foro interno.

Lo statuto avente *legis vigorem* o la norma del Principe che permettono l'omicidio *ex aliqua causa* sono in palese contrasto con il comandamento « non occides » espresso nel Decalogo, ma, tra i precetti stabiliti dal diritto divino, occorre distinguere — afferma Deciani — « ea, quae spiritualia sunt, et tunc super eis neque Imperator, neque populus potest legem condere », da quelli *temporalia*, nei quali *io ius divinum* « non simpliciter statuit prohibendo, vel iubendo, sed licet prohibeat generaliter, tamen in aliquo casu permittit »⁽⁷⁸⁾, come appunto nel caso dell'omicidio. Questi ultimi possono essere derogati dai provvedimenti statutari o principeschi, specie da quelli emanati *propter bonum publicum*, e di conseguenza anche la *permissio homicidii* è valida, poiché, come sostenuto da san Tommaso, l'individuo è parte della società come un singolo membro è parte del corpo umano, e come occorre a volte tagliare un membro per consentire la conservazione dell'organismo intero, così può essere necessario eliminare un soggetto per tutelare la sicurezza del corpo sociale⁽⁷⁹⁾.

(77) DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, XVIII *De Iure Canonico*, n. 20.

(78) DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XX *De legibus circa homicidium latis*, n. 22.

(79) La tesi dell'aquinate, criticata da Duns Scoto secondo il quale l'omicidio può essere *licite* commesso solo *in casibus a lege Divina expressis*, è invece difesa dal Gaetano nel Commento alla *Summa*.

Tanto forte e prevalente è l'interesse politico che « *occidens permissu legis municipalis, vel Principis ex causa publica, et bono zelo, non autem ad vindictam, tutus erit etiam in foro conscientiae* »⁽⁸⁰⁾. La *causa publica* è l'unica chiave che apre anche le porte del foro interno, il solo vestimento di legittimità che copre sia il giudizio di coscienza che quello contenzioso: al di fuori da questa ipotesi, Deciani sembra ammettere senza problemi l'eventualità di una divaricazione tra colpa teologica e colpa giuridica, e riconosce alla legge positiva la possibilità di consentire o fin'anche favorire comportamenti che restano comunque peccaminosi (l'omicidio del bannito o dell'adultero)⁽⁸¹⁾. La distinzione dei fori non deve rappresentare un ostacolo alle scelte del legislatore, ma, al contrario, la rottura dell'unità etico-giuridica lo pone in una situazione di maggiore autonomia e libertà decisionale, potendo orientare i suoi interventi solo nella direzione dell'utile politico e dell'interesse pubblico⁽⁸²⁾.

⁽⁸⁰⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XX *De legibus circa homicidium latis*, n. 22.

⁽⁸¹⁾ Claro, quando affronta le stesse questioni, propone soluzioni diverse da quelle del *Tractatus*, e cerca ancora di ricomporre in un quadro armonico e unitario le leggi del *forus fori* e del *forus poli*; cfr. CLARO, *Liber V*, cit., § *Homicidium, v. Sed heac quidem*, n. 50, p. 186, in riferimento alla *communis opinio* che considera l'omicidio dell'adultero lecito solo nel foro esterno: « *Haec tamen opinio mihi nunquam placuit; impium est enim, iudicio meo, dicere, apud nos vigere aliquam legem, quae peccatum mortale committi permittat* »; e § *Homicidium, v. Sed nunquid* (n. 54) sull'uccisione del *bannitus* consentita dallo statuto ma non in coscienza: « *Ego vero excusarem a peccato mortali eum, qui bannitum lege, vel statuto permittente, interficeret, ne dicamus apud Christianos permitti leges nutritivas peccati mortalis* ». L'omicida del bannito sarebbe dunque *tutus* anche in coscienza non solo se ha agito *zelo reipublicae*, ma anche se ha ucciso *ob privatam vindictam*, poiché troppo incerto è il criterio basato sull'*animus* dell'agente. Come Deciani, anche Marsili (*Commentaria super titulis ff. ad l. Corneliam de sicariis*, cit., *ad l. Corneliam de sicariis*, n. 73, f. 80vb) ammette, invece, la possibilità di una contrapposizione tra *humana iura* che consentono l'omicidio del bandito e *ius divinum* che sanziona tale azione con la pena eterna.

⁽⁸²⁾ In modo ancor più esplicito, il domenicano Francisco de Vitoria assume l'*utilitas reipublicae* come criterio discriminante tra la *lex divina*, la cui obbligatorietà dipende tutta dalla volontà del legislatore, e *lex humana*, valida solo se risponde alle necessità dello Stato: « *Differunt etiam quia in lege divina ad hoc quod iusta sit, et per hoc obligatoria, sufficit voluntas legislatoris, cum sit pro ratione voluntas. Ut autem lex humana sit iusta et possit obligare, non sufficit voluntas legislatoris, sed oportet quod sit utilis reipublicae et moderata cum ceteris* » (*Relectio de potestate civili*). Se la legge non

Esistono differenze sostanziali, *rationes* spesso opposte che motivano trattamenti e soluzioni inconciliabili e disegnano realtà distinte in tema di colpa e responsabilità tra *forus fori* e *forus poli*; unico punto di possibile contatto e di comune rilevanza è la *lex iusta*. Ma anche la *regula* consolidata per cui tutte le leggi civili e canoniche *si iustae sunt, servandae erunt in foro conscientiae*, è una conferma dell'irriducibilità della morale ai criteri dell'ordinamento giuridico: occorre distinguere tra norme giuste e ingiuste, poiché solo le prime possono vincolare anche in coscienza, altrimenti si cadrebbe nell'assurdo « quod omnis legum forma et subtilitas deduceret ad inferos et conscientia legum esset magis damnata quam maleficiorum »⁽⁸³⁾. Da quest'angolo visuale la legge sembra sdoppiarsi, nella ricerca di un difficile equilibrio e di un punto d'incontro tra il giusto e il dovuto, anche se lo spazio per la sovrapposizione è davvero ridotto. La legge è *iusta* in coscienza solo se rispetta i requisiti *ex fine, ex auctore, ex forma* indicati da san Tommaso⁽⁸⁴⁾ e quando *non nutrit peccatum*; ma, poiché ciò non sempre avviene, è possibile che « tunc dicitur iniusta lex civilis vel canonica respectu conscientiae, licet alio respectu iusta sit »⁽⁸⁵⁾. Le conseguenze di tale discrasia sono

è *utilis reipublicae*, può essere disubbedita o violata poiché *iam non est lex*. Sul punto cfr. F. GRUNERT, *Theologien der Strafe. Zur Straftheorie von Thomas von Aquin und ihrer Rezeption in der spanischen Spätscholastik: das Beispiel Francisco de Vitoria*, in *Neue Wege strafrechtsgeschichtlicher Forschung*, hrsg. H. Schlosser und D. Willoweit, Köln u.a., Böhlau, 1999, specie pp. 326-328 (da cui la citazione).

⁽⁸³⁾ L'affermazione, riportata da Deciani, è di BALDO, *Ad tres priores libros Decretalium*, cit., in X. 2. 20. 4, c. *in omni negotio, de testibus*, n. 1, f. 192vb.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica*, Ia IIae, q. 96 art. 4, dove il teologo afferma che le *leges humanae* possono essere giuste *ex fine*, quando sono ordinate al bene comune, *ex auctore* quando non eccedono la *potestatem* del legislatore, *ex forma* quando impongono oneri ai sudditi in vista del bene comune *secundum aequalitatem proportionis*, e in questi casi obbligano *in foro conscientiae*. Se invece sono ingiuste *per contrarietatem ad bonum humanum ex fine, ex auctore* o *ex forma* allora non obbligano in coscienza se non per evitare uno *scandalum vel turbationem*, mentre se sono ingiuste *per contrarietatem ad bonum divinum* in nessun caso si devono osservare. L'autorità indiscussa del domenicano farà sì che queste distinzioni siano ripetute da tutta la letteratura teologica e giuridica successiva, diventando un'incontestabile verità.

⁽⁸⁵⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, XII *De Conscientia et eius potestate*, n. 7. Può avvenire che la legge leda in parte il diritto di natura e divino, sintetizzato da Deciani nei tre precetti di amare Dio con tutto il cuore, di avere cura di sé in modo giusto e di amare

rilevanti nel diritto penale, poiché si ripercuotono nella distanza che separa il crimine dal peccato e nella sostanziale diversità di obiettivi cui mirano pena e penitenza:

« nam inde provenit communis illa conclusio, quod delicta, quae iure civili vel canonico impunita relinquuntur ob aliquam causam, obligant tamen hoc foro, et pro eis poenitentia imponenda est »⁽⁸⁶⁾.

II.4. *Irrinunciabilità della pena pro publica vindicta*

Tribunale delle leggi e tribunale di coscienza corrono su binari paralleli, la liceità giuridica del comportamento non implica l'esonazione dalla confessione, poiché il giudizio penale che si fonda sulle norme positive valuta il delitto in base a parametri di colpevolezza e responsabilità non coincidenti con quelli che il confessore e il penitente stesso utilizzano per scandagliare l'animo e riconoscere il peccato; le leggi stabiliscono pene per i reati « non a gravitate Theologica criminis, sed a graviori damno, quod per ea infertur Reipublicae »⁽⁸⁷⁾. Nel foro interno la Chiesa *iudicat de occultis* e considera anche le intenzioni e i pensieri non espressi né manifestati in atti materiali⁽⁸⁸⁾,

il prossimo come sé stessi. Vi sono ipotesi particolari in cui, dal momento che « lex, vel statutum, vel consuetudo iniusta non ligat in foro conscientiae » (II, XIII *Conscientiae Iustitia*, n. 3), è possibile reagire e non rispettare l'obbligo giuridico. Al caso delle gabelle illecite che si possono, in coscienza, lecitamente *fraudare* — tema sul quale gli autori spagnoli discuteranno a lungo in relazione alla legge penale in coscienza — l'autore fa un breve cenno, mentre si sofferma su altri più attinenti alla materia penale: il soggetto ingiustamente carcerato che « potest licite in foro conscientiae etiam dolo et stratagemate aliquo decipiendo custodes aufugere » (Ivi, n. 4), e il soggetto carcerato e condannato giustamente a morte che *in foro conscientiae* può fuggire, purché però non forzi le porte del carcere o non commetta violenza sui custodi (Ivi, nn. 6-9).

⁽⁸⁶⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, XII *De Conscientia et eius potestate*, n. 7.

⁽⁸⁷⁾ SINISTRARI, *De delictis, et poenis*, cit., tit. I *Proemialis*, § II *De Delictis in genere*, n. 59, p. 14. Le ragioni e gli interessi politici della pena comminata dalle norme positive sono riconosciuti anche dal giurista francescano, certamente non incline ad una visione laica del diritto punitivo.

⁽⁸⁸⁾ Nel giudizio della coscienza, che è poi il giudizio di Dio, *plus attenditur animus ipse quam veritas*, tanto che « qui aliquid facit eo animo, quia putat et credit committere peccatum mortale, mortaliter peccat, licet in rei veritate actus ille nullum contineret peccatum » (DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, XV *Animus quid ad conscientiam*, n. 2) e viceversa. La logica è opposta a quella formale del foro contenzioso, che giudica un

mentre in quello esterno il giudice può procedere solo contro fatti concreti (*factum hominis*) commessi dall'uomo *animo et dolose*. Poiché *cogitationis poena nemo patitur*, la legge criminale deve necessariamente riferirsi ad un *actum*, lesivo di un bene o comunque pericoloso, compiutamente realizzato o, al più, tentato.

Lex poenalis e *delictum* hanno caratteri e requisiti indipendenti e spesso opposti a quelli del *forum conscientiae*. La questione è trattata da Deciani *ex cathedra*, con approccio teorico e metodo sintetico; il confronto è tra le *opiniones* di teologi e giuristi e resta nell'ambito della ricerca di principi. Raccoglie frammenti, glosse, commenti, riferimenti legislativi che riguardano la legge penale e il rapporto con la coscienza, ne estrae *regulae* e *rationes* che diventano criteri per una visione d'insieme, capisaldi di un'architettura ampia che organizza la materia in modo deduttivo e razionale. All'autore, nel libro secondo del trattato, interessa analizzare e inquadrare il rapporto tra *lex poenalis* e *conscientia* in modo astratto, definendo i criteri che guidano due esperienze differenti, quella giuridica e quella morale, e spiegando i fondamenti della separazione. Ma il problema ha ricadute concrete, ed anzi è provocato da dubbi e interrogativi che coinvolgono la vita giudiziaria.

Un giurista attento alle istanze della pratica quale Giulio Claro riporta i termini del dibattito con spirito casistico e senza confronti speculativi, in modo diverso dal *Tractatus*, ma ugualmente significativo dell'attualità e dell'importanza del tema. L'alessandrino si pone il problema dal punto di vista processuale, ovvero se si possa accusare di un delitto colui che per lo stesso fatto ha già scontato la penitenza⁽⁸⁹⁾. La risposta affermativa è netta e segue la *communis*

delitto in base alla conformità dell'azione ai requisiti della norma e che misura anche la volontarietà, e quindi la gravità del reato doloso o colposo, distinguendo il grado di consapevole opposizione al precetto. Interessante in proposito anche la considerazione di Claro sull'arbitrarietà delle *poenae poenitentiales*, cfr. CLARO, *Liber V.*, cit., § *Finalis*, quae. 83, v. *Aliud est*, n. 14, p. 399: « *Aliud est etiam genus poenarum arbitrarium, quae poenitentiales appellantur. Et sunt illae, quae secundum sacros canones imponi deberent per confessores in foro poenitentiales, sive conscientiae: nam hodie tales poenae prorsus abierunt in desuetudinem, et sunt remissae arbitrio sacerdotum* ».

⁽⁸⁹⁾ La questione è stata affrontata anche da Baldo (*In Feudorum Usus Commentaria*, Venetiis, apud Iuntas, 1580, in L. F. 2, 53, § *Iniuria, tit. de pace iuramento firmanda*, n. 7, f. 77vb), il quale distingue tre ipotesi « *aut facta est plena remissio, aut solius*

opinio, poiché « in delictis poenitentia non excusat neque etiam poena imposita in foro conscientiae liberat delinquentem a poena imponenda in foro contentioso »⁽⁹⁰⁾. Il foro penitenziale e quello delle leggi sono ben distinti e non comunicanti, procedono autonomamente poiché esprimono ordinamenti paralleli: chi viene assolto in confessione può comunque essere perseguito in giudizio per lo stesso comportamento che è sia peccato che crimine e anche una *poena quantumcunque magna* inflitta in foro animae non pregiudica l'irrogazione della sanzione pubblica.

Il rischio di una soluzione che ammetta alternativamente pena o penitenza è che « quis de facili habita absolutione a confessore posset evadere poenam delictorum: quod esset valde ridiculum »⁽⁹¹⁾. Il Principe assegna alla punizione una funzione deterrente general-preventiva: è la dimostrazione della presenza del potere, dell'efficienza nella difesa della pace sociale e dell'efficacia dei suoi apparati repressivi. È del tutto risibile pensare che essa possa essere sostituita o anche solo modificata o ridotta nel suo simbolico valore pubblico dalla penitenza, che si consuma nell'interiorità dell'anima e che non lascia né traccia esteriore né segno esemplare visibile. La giustificazione della distinzione è espressa chiaramente da Gomez:

« ratio est, quia illa poena tendit ad alium finem, scilicet, ut satisficiat

rancoris, aut dubitatur »; nella prima non si può agire in giudizio « quia per sacerdotem tanquam per publicam personam potest acquiri absenti », negli altri sì « quia non praesumitur donare aestimationem iniuriae, sed dimittere malevolentiam animi ». Preme qui sottolineare come nel Cinquecento sia venuta meno la dimensione 'pubblicistica' del sacerdote e la sua assoluzione non abbia più ricadute nel giuridico.

⁽⁹⁰⁾ CLARO, *Liber V*, cit., § *Finalis*, quae. 16, v. *Item quaero*, n. 5, p. 236. Tale *sententia* era *communis* già per la glossa e trova un sicuro appoggio in GLOSSA « *De his criminibus* », in X. 5.1.6, c. *de his criminibus, de accusationibus*: « Si autem poenitentiam egisset occulte, quo ad Deum absolutus est, sed accusatio in iudicio facienda, non cessat propter hoc ».

⁽⁹¹⁾ CLARO, *Liber V*, cit., § *Finalis*, quae. 57, v. *Sed nunquid*, n. 10, p. 331. Lo stesso Claro riferisce anche di un caso in cui ha visto due persone essere condannate al rogo per falsa accusa di eresia, nonostante « offerrent velle poenitere, et condignam satisfactionem facere » (*Liber V*, cit., § *Finalis*, quae. 60, v. *Fui quandoque*, n. 21, p. 346), poiché il pentimento *post delictum non excusat* (principio ribadito anche in *Liber V*, cit., § *Iniuria*, v. *Quaero quid*, n. 16, p. 193).

Deo, et animae suae, alia vero ad punitionem corporis, et pro vindicta publica »⁽⁹²⁾.

Lo Stato non può rinunciare alla pena perché carica di significati politici e strumento di legittimazione. Il delitto, in quanto violazione deliberata di una norma, è una forma di contestazione dell'autorità legiferante e di pericolo per l'ordine sociale che essa garantisce: esso deve essere 'riparato' con la sanzione legale, eventualmente aggiunta alla pena spirituale e tuttavia mai da essa sostituita. La frattura non può risolversi in un atto interiore e nemmeno in una penitenza pubblica, ma la *Respublica* deve vendicare se stessa con i propri strumenti coercitivi e repressivi. Legge, reato e interesse pubblico sono i cardini di un ordinamento che si autotutela e nello stesso tempo si rafforza grazie alla pena legale, intesa come forma di soddisfazione di una lesione concettualmente diversa dalla penitenza⁽⁹³⁾. Si comprende bene come la distanza tra peccato e delitto, sulla quale insistono i criminalisti del Cinquecento, coinvolga indirettamente emergenti meccanismi di potere.

Deciani completa il percorso d'emancipazione del giuridico dalla morale affrontando due tradizionali e delicate questioni di confine — la validità della legge penale in coscienza e il dovere del giudice di giudicare secondo *allegata et probata* —, rientrate con forza nel dibattito dottrinale e teologico del XVI secolo perché possibili vettori della moderna idea di *potestas* legislativa o, al contrario, baluardi della medievale concezione integrata tra colpa e peccato.

⁽⁹²⁾ A. GOMEZ, *Variarum Resolutionum Iuris Civilis, Communis et Regii Commentaria*, t. III, *de Delictis*, Neapoli, ex typographia Felicis Mosca, 1718, c. I, *de Delictorum variis generibus ac speciebus, vers. Item iuxta*, n. 40, p. 15. Anche lo spagnolo riporta due episodi, uno riferito ad un caso di blasfemia e l'altro ad alcuni uomini che *in die carnis privii* avevano fatto uno spettacolo pubblico in offesa a Dio e alla religione cattolica, nei quali la pena assegnata *in foro poenitentiali* non ha impedito né scusato quella *imposita per legem nostri Regni*.

⁽⁹³⁾ Cfr. JOANNIS DE AYLLON LAYNEZ, *Additio ad A. GOMEZ, Variarum Resolutionum*, cit., c. I, *de Delictorum variis generibus ac speciebus*, n. 40, p. 45: « Poenam seu poenitentiam impositam pro foro poenitentiali, etiam si sit publica, et poenam medicinalem, ut est excommunicatio; vel praeparatoriam ad punitionem, ut est degradatio, non impedire aliquo modo poenam imponendam in foro iudiciali (...) rationem esse, quia per poenitentiam Deo et Ecclesiae fit satisfactio, per poenam autem legalem satisfacit Reipublicae ».

II.5. *Il problema della legge penale in coscienza: teologia, diritto e concezione del potere*

L'obbligatorietà in coscienza della legge penale è un tema di confine tra diritto e morale, e proprio per questo diventa un passaggio fondamentale nella riflessione di giuristi e teologi del Cinquecento. Rappresenta un tipico terreno di scontro tra diverse concezioni della legge, una legata ad un'immagine del potere politico saldamente vincolato al discorso religioso, l'altra espressione di un legislatore sempre più libero d'orientare le sue scelte in funzione dell'utilità e dell'interesse pubblico a prescindere dalle ricadute nel foro interno. Cartina al tornasole degli equilibri tra delitto e peccato, la risposta al dubbio *an lex poenalis obliget in foro conscientiae ad poenam* dipende dalla difesa di un tradizionale modello unitario, in cui si cerca di presentare *forus fori* e *forus poli* come realtà in continua comunicazione, coordinate se non sempre coincidenti, oppure dalla proposizione di un quadro aperto al moderno, dove il momento giuridico si separa da quello etico e la *lex*, che appare come la concretizzazione della *publica potestas*, percorre vie e persegue fini che si allontanano dalla verità di coscienza. Questione non originale nelle pagine di giuristi e teologi, essa, tuttavia, assume una particolare centralità e un rinnovato interesse dopo la Riforma e il Concilio di Trento, quando diviene oggetto di soluzioni differenti che riflettono il mutamento nei rapporti tra Chiesa e Stato.

Alcuni *loci* e fattispecie toccano indirettamente argomenti che rinviano al rapporto tra legge penale e coscienza e costituiscono i pretesti dai quali il ragionamento muove per giungere a considerazioni di carattere generale. Il pagamento delle gabelle, la *restitutio* di ciò che è stato rubato o ingiustamente ricevuto, la sottomissione alla pena anche se ingiusta, sono esempi di tali casi concreti che, nelle *Summae* come nella letteratura giuridica, si trasformano in altrettante occasioni di discussione sui principi. Studiato da prospettive e con apparati di riferimento differenti, il problema coinvolge teologi, canonisti e civilisti, ma se fino alla prima metà del XVI secolo poteva essere analizzato in modo autonomo all'interno di ciascun settore, diventa poi inevitabile un confronto a tutto campo che permetta una redistribuzione definita delle competenze. Gli strumenti tecnici del giurista e la casistica dell'anima s'intersecano per comporre in

coerente sistema il nuovo assetto provocato dal protagonismo della legge. Gli esiti dello 'scontro' tra *lex* e *conscientia* non sono univoci, ma anzi presentano sostanziali divergenze a seconda degli autori e dei contesti culturali in cui maturano. Le fonti seguono strade diverse e costruiscono due percorsi alternativi, che mirano entrambi al rafforzamento dell'autorità pubblica — Principe, *Respublica* o monarchia — ma attraverso modi opposti di concepire la relazione tra realtà politica e religiosa. La convergenza d'interessi tra potere temporale e spirituale nei paesi della Controriforma, non comporta anche una direzione uniforme nella rappresentazione dei giochi di forza tra diritto e morale.

La legge penale è un controverso terreno di scontro tra differenti concezioni del giuridico e, in senso più ampio, dell'ordine costituzionale. Alfonso De Castro, Diego Covarruvias e molti altri esponenti della Scuola di Salamanca la considerano uno strumento per cementare il legame tra diritto e morale, un peculiare momento unificante tra *forus fori* e *forus poli*, un segno della coincidenza tra verità della legge, cioè del legislatore, e verità di coscienza: un solido sostegno, dunque, alla politica assolutistica della monarchia. Deciani ne fa, assieme al delitto, il cardine del sistema criminale, la protagonista dell'apparato punitivo, il criterio discriminante tra il lecito e il penalmente rilevante. Ma la *lex poenalis* acquista un ruolo determinante nella costruzione del *Tractatus* proprio liberandosi da presupposti e nessi teologici: l'autore le ritaglia uno spazio autonomo, tutto e solo giuridico, ben distinto dalla morale ⁽⁹⁴⁾.

L'idea stessa di norma punitiva, che pure parte dal racconto biblico della Creazione, si concretizza nella *lex publica scripta*, regina suprema del foro giudiziale ma del tutto estranea, almeno in linea di principio, al tribunale della coscienza. Il giurista udinese si occupa solo della legge come *substanciam delicti*, come elemento costitutivo necessario di un reato che si estende entro un'area semantica e logica diversa da quella del *peccatum*. I passi che Deciani percorre verso l'emancipazione del diritto criminale dalla teologia morale corrispondono di riflesso allo spostamento d'attenzione della Chiesa sulla

(94) Per un riferimento all'erosione del fondamento religioso della legge come tratto tipico dell'assolutismo giuridico moderno, cfr. G. BONACCHI, *Legge e peccato. Anime, corpi, giustizia alla corte dei papi*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 69.

coscienza del credente, come luogo d'esercizio di una forte azione di disciplinamento.

I nuovi equilibri che giuristi e teologi registrano nelle loro opere risentono evidentemente dei dibattiti sollevati in occasione del Concilio di Trento (sia Covarruvias che Castro vi parteciparono su incarico di Carlo V) e della distribuzione di poteri tra Stati e Chiesa che in quella sede viene ridisegnata. Deciani sembra essere voce di una tendenza che, diversamente da quella perseguita dalla monarchia iberica, propone un diritto punitivo fondato e costruito con materiali tecnici e teorici descritti come essenzialmente giuridici e politici, sebbene non manchino i punti di contatto tra pena e peccato o le contraddizioni che mostrano la difficoltà del superamento della tradizione e l'estrema delicatezza dell'argomento.

III. *Legge positiva come limite dell'ordinamento penale*

III.1. *Pena e colpa a difesa dello Stato: il De potestate legis poenalis di Alfonso de Castro*

L'area spagnola è fortemente influenzata dalla speculazione della Seconda Scolastica e, pur nella varietà delle opinioni, il segno comune caratterizzante è costituito dalla preminenza del dato teologico che guida e permea quello giuridico⁽⁹⁵⁾. Foro interno e foro esterno sono ricomposti in un'unità che poggia proprio sulla coincidenza tra *peccatum* e *delictum* e che nell'osmosi tra *culpa iuridica* e *theologica* vede uno strumento privilegiato di consolidamento del potere regio e di penetrante controllo di costumi e mentalità. Non è una confusione di termini dovuta all'im maturità scientifica e linguistica della scienza penale, ma una meditata scelta di costruzione e legittimazione dell'ordine sociale in cui i doveri del fedele si devono identificare con quelli del suddito e viceversa: quanto più il Monarca

⁽⁹⁵⁾ Sugli orientamenti della cultura giuridica e teologica spagnola cfr. la sintesi di EDUARDO DE HINOJOSA Y NAVEROS, *Influencia que tuvieron en el derecho publico de su patria y singularmente en el derecho penal los filosofos y teologos españoles anteriores a nuestro siglo*, ora in ID., *Obras*, I, Madrid, Ministerio de justicia y consejo superior de investigaciones científicas, 1948, in particolare pp. 78-113.

pone l'ordinamento a servizio e tutela dell'ortodossia religiosa, tanto più la religione rinsalda i fondamenti e le ragioni dell'autorità terrena. La legge è il perno del sistema, su di essa convergono le prerogative del braccio secolare al servizio dell'istituzione cattolica, traduce nell'ordinamento le regole concrete che obbligano *in utroque foro* ⁽⁹⁶⁾.

I temi della pena e dell'obbedienza *ad culpam* assumono una rilevanza centrale in relazione agli obblighi e ai tipi di doveri che sanzionano. Nei Maestri spagnoli è significativo il fatto che *loci* tipici per affrontare il discorso della validità della legge penale siano quelli del pagamento dei tributi al Principe e della *restitutio* dei beni ingiustamente posseduti. La sanzione pubblica più severa ed intimidatoria è posta a tutela della « visione sostanzialmente patrimonialistica » ⁽⁹⁷⁾ che caratterizza il sistema giuridico e il modello sociale nella Spagna del Cinquecento. L'apparato penale e il vincolo di coscienza sono a presidio tanto della macchina fiscale della monarchia, che pretende di ricevere le imposte in funzione dei servizi che presta alla collettività, quanto della proprietà individuale, cardine dell'ordinamento giuridico e fulcro delle relazioni e dei rapporti di forza tra i singoli. La *poena* e la *culpa* cui sono unitamente soggetti tanto gli evasori che non pagano i *vectigalia* o l'*alcavala* (così era chiamata la decima in Spagna) fissati dal legislatore, quanto coloro che non restituiscono al legittimo proprietario o possessore un bene detenuto illegittimamente perché frutto di un reato ⁽⁹⁸⁾, dimostrano

⁽⁹⁶⁾ Sul tema della *lex* negli autori della Seconda Scolastica, e sul rapporto tra giustificazioni teologiche e autonomia sovranità del legislatore cfr. ampiamente F. TODESCAN, *Lex, natura, beatitudo. Il problema della legge nella scolastica spagnola del sec. XVI*, Padova, Cedam, 1973.

⁽⁹⁷⁾ GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, cit., p. 131; più in generale sul tema delle imposte nella riflessione dei teologi e giuristi spagnoli cfr. M. BIANCHINI, *La tassazione nella seconda scolastica e negli scritti politici dell'Italia cinque-seicentesca*, in *Fisco religione Stato nell'età confessionale*, a cura di H. Kellenbenz e P. Prodi, Bologna, il Mulino, 1989, pp. 43-62.

⁽⁹⁸⁾ In proposito è chiara la sintesi di Lessius, il quale sostiene che chi froda il fisco *in summa notabili pecca mortifere* ed è insieme tenuto *ad restitutionem*. La *restitutio*, spiega poi, dai teologi è assunta in termini generali come *rei acceptae redditio, vel damni illati compensatio*, e può essere definita come « opus externum Iustitiae commutativae » poiché ha la funzione di « constituere aequalitatem inter datum et acceptum, inter damnum et compensationem » (LEONARDO LESSIUS, *De iustitia et iure ceterisque virtutibus*

l'organicità di un progetto politico nel quale diritto penale e doveri di coscienza si intersecano, per garantire la massima tutela ai valori più importanti, ovvero Stato e proprietà.

L'interesse comune di Chiesa e monarchia porta ad un'alleanza strategica che si ripercuote sul tema della legge penale in coscienza, poiché la ricerca di una naturale continuità tra dovere morale e obbligo giuridico comporta necessariamente la valenza extragiuridica della norma incriminatrice. La centralità dell'argomento, come la sua vitalità per gli equilibri politico-costituzionali, sono dimostrate dall'ampia e approfondita disamina che Alfonso de Castro (Zamora 1495-Bruxelles 1558) opera nel *De potestate legis poenalis* (1550) ⁽⁹⁹⁾. Apologia della tesi unitaria e manifesto del progetto politico della corona spagnola, il testo ha il dichiarato obiettivo di contrastare le tesi che si sono diffuse tra teologi e giuristi e che mirano a giustificare l'opposizione tra foro interno e contenzioso ⁽¹⁰⁰⁾. Il francescano ribatte colpo su colpo, smonta con diffuse argomentazioni e con metodica e razionale fermezza ogni possibile

cardinalibus, libri quatuor, Venetiis, apud Andrea Baba, 1617, L. II, c. VII, *de iniuria et restitutione in genere*, Dub. IV *Quid sit restitutio, et cuius virtutis actus*, n. 16, p. 59). L'*obligatio restitutionis* nasce per due ragioni: la prima, quella che interessa l'ambito penalistico, è *per iniustam acceptionem*, cioè per il danno cagionato non solo dal furto, ma anche da omicidio, adulterio, stupro, infamia, *sive alio modo inique illatum*, « quicumque enim alteri damnum infert, aufert aliquid ab eo; et sic dicitur teneri ratione iniustae acceptionis »; la seconda è *per rem acceptam*, ovvero « non solum eam, quae a domino ablata est; ut equus, vestis, pecunia; sed etiam eam, quae ex iniustitia alteri debita est, et apud me retinetur; ut legatum alteri, aut venditum, quod apud me est » (Ivi, Dub. V, *Ex quibus capitibus generatim nascatur obligatio restitutionis*, n. 19, p. 59).

⁽⁹⁹⁾ Notizie biografiche sul francescano, protagonista del Concilio di Trento e severo confutatore di eretici, oltre ad informazioni sulla stesura e le edizioni del *De potestate*, possono leggersi nell'*Introduccion* che Justo García Morales ha scritto per la ristampa madrilena dell'*editio princeps* di Salamanca nel 1961.

⁽¹⁰⁰⁾ Sono fondamentalmente due le teorie diffuse *contra legem poenalem* che Castro vuole contrastare: quella di chi ritiene che « nullam legem obligare subditorum conscientias ad poenam (...) nisi adsit Iudicis sententia, quae aliquas legi suppetias ferat » per cui la *potestas* del giudice è maggiore di quella della legge, e quella —più estrema — di chi crede che « Legem Poenalem neque ad poenam, neque ad id propter quod statuitur poena, obnoxias facere subditorum conscientias » (ALFONSO DE CASTRO, *De potestate legis poenalis, Libri duo*, Antuerpiae, In aedibus Viduae et Haeredum Ioan. Stelsii, 1568, L. I, p. 1r).

opinione capace di provocare crepe nella solida concezione secondo cui la legge penale obbliga il suddito anche in coscienza.

Avversario più pericoloso è evidentemente Jean Gerson, primo a teorizzare in modo esplicito una distinzione tra colpa giuridica e colpa teologica e a criticare l'abuso del vincolo *ad culpam* delle leggi positive. L'accesa polemica che il frate spagnolo scaglia contro il cancelliere dell'Università di Parigi, ha evidentemente radici ben più profonde in due differenti concezioni della Chiesa e della sua presenza nel mondo. Di questo tema si sono già occupati ampiamente alcuni recenti studi ⁽¹⁰¹⁾: ciò che interessa in questo lavoro è semplicemente seguire un filone di pensiero che parte dalla speculazione teologica ma ha poi forti ricadute nel giuridico, cogliere le fondamenta e i punti critici di un ragionamento che investe le legge penale e la sua efficacia, creando i presupposti e le condizioni per le scelte che Deciani farà nel *Tractatus*.

La *Gersonis sententiam* è ritenuta da Castro molto pericolosa, tanto da dover *multis clarisque argumentis* convincere della sua falsità « et sic magna socordiae et desidia occasio ab omnibus tollatur » ⁽¹⁰²⁾. Il teologo parigino aveva affermato che nessuna legge penale obbliga il trasgressore *ad culpam aliquam*, « quia satis est quod transgrediens legem exponat se periculo poenae per legem impositae ». Certo alcune leggi umane o naturali ⁽¹⁰³⁾ possono obbligare il trasgressore al peccato mortale, ma questo avviene solo perché *miscentur cum lege divina*: chi commette un furto o un adulterio pecca *mortaliter*, non per la violazione al precetto della legge umana, ma perché è la stessa legge divina a vietare tali atti.

Opposta, invece, la tesi del francescano di Zamora:

⁽¹⁰¹⁾ In particolare cfr. PRODI, *Una storia della giustizia*, cit., pp. 180 ss. e LAVENIA, *L'infamia e il perdono*, cit., specie pp. 51-59 e 192-203 per l'analisi del pensiero di Castro.

⁽¹⁰²⁾ ALFONSO DE CASTRO, *De potestate legis poenalis*, cit., L. I, c. IV, *Quod lex humana potest obligare ad culpam mortalem*, p. 24v.

⁽¹⁰³⁾ Presupposto della tesi di Gerson, poi criticata da molti teologi e considerata perfino ai limiti dell'eresia anche per la vicinanza alle idee di Lutero, è che la *lex naturalis* non è una legge divina in senso vero e proprio: essa, infatti, non viene dalla Rivelazione di Dio ma è insegnata dalla natura e non ordina né al premio né alla pena eterna come fa, invece, la *lex divina*. Affermazione *falsissima* secondo Castro, dal momento che la legge naturale è data da Dio, *conditor naturae*.

« potestas humana sive ecclesiastica sit sive laica, potest statuere legem obligantem illius transgressorem ad culpam etiam mortalem quanvis lex poenam contra transgressorem statuat, et ille se periculo poenae exponat » (104).

La *potestas* umana, laica o ecclesiastica, può stabilire leggi che obblighino *simul ad culpam et ad poenam* (vi sono, per esempio, leggi penali che impongono *praeter excommunicationem* altre pene per il trasgressore): colpa e pena non sono *invicem contraria* così che una escluda l'altra, ma possono anzi cumularsi senza problemi, come nei casi dell'eretico o del reo di lesa maestà. Il fulcro del ragionamento è nella *potestas* del legislatore umano, canonico come laico: i precetti umani giusti meritano lo stesso rispetto ed hanno la stessa forza vincolante di quelli divini, poiché espressi da coloro che *curam populi habent* ed hanno ricevuto il potere da Dio « ut populo sibi commissio ea, quae ad legis Dei observationem maxime conducunt, praecipere possent » (105). Mentre, secondo Gerson, il legislatore umano non può comminare una pena eterna perché non è poi nella possibilità di infliggerla, Castro ritiene che tale assunto valga solo per coloro che esercitano una limitata *potestas* propria, non, invece, per coloro *qui non propria, sed aliena et sibi ab alio delegata auctoritate leges condunt*. Le autorità ecclesiastiche e i Principi secolari non sono titolari solo della *potestas ad consiliandum et docendum et admonendum*, ma anche di quella *coactiva et praeceptiva*: « Dedit Deus praelatis ecclesiasticis et principibus secularibus potestatem condendi leges obligantes ad poenam aeternam, quanvis illis non concessit potestatem infligendi talem poenam aeternam, sed eam sibi soli servaverit » (106).

La legge penale giusta e *de re gravi aliquid statuens*, cioè fondata su di una causa sufficiente per obbligare anche *ad culpam*, può vincolare al peccato mortale o veniale, *iuxta variam legislatoris*

(104) ALFONSO DE CASTRO, *De potestate legis poenalis*, cit., L. I, c. VIII, *Quod legislator humanus potest statuere legem poenalem obligantem ad culpam, non obstante poena quae per legem imponitur*, p. 73r.

(105) ALFONSO DE CASTRO, *De potestate legis poenalis*, cit., L. I, c. IV, *Quod lex humana potest...*, p. 30r.

(106) *Ivi*, p. 36v.

voluntatem, dedotta dalle parole utilizzate nella formulazione del precetto. *Potestas legislatoris*, delegata da Dio e dunque ampiamente giustificata ad invadere il foro di coscienza, e *voluntas legislatoris*, limitata naturalmente dalla *legitima causa* e dalla *ratio* per non tramutarsi in tirannide, sono i termini che definiscono lo spazio di validità e di cogenza della norma penale, tanto nel *forum fori* quanto nel *forum poli*. Il piano teologico del potere derivato da Dio e quello politico del governo dei sudditi, trovano nella *potestas legis poenalis* un prezioso punto d'incontro. La solida alleanza tra monarchia e Chiesa, pur riconosciute come autorità autonome ⁽¹⁰⁷⁾, rende le leggi penali lo strumento più essenziale ed efficace per la difesa della *patria*, i *muri civitatum* capaci di proteggere lo Stato, di allontanare i mali e non fare entrare nella città i *vitia*, in un'immagine che appunto confonde diritto e morale, giustizia laica e pedagogia cristiana:

« Nam pro patriis legibus et illarum robore atque potentia, veluti pro patria ipsa virum fortem pugnare oportet. Quoniam sublata legum potestate, multo vilior atque debilior patria erit, quam si omnes illius muri ad terram prosternerentur, et omnia tormenta bellica, quibus omnes suos hostes a se propellere posset, protinus confringerentur (...) Sunt enim leges, praesertim Poenales, quae potissimum patriam custodiunt. Sunt muri civitatum, in quibus totum illarum praesidium constitutum est, et quibus bonos quam tutissime detinent, malos arcent, et sibi appropinquare non sinunt » ⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ Sul rapporto tra concezione assolutista del potere e divinizzazione del Monarca, cfr. F. TOMAS Y VALIENTE, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Tecnos, 2001⁴, p. 286. MEREU, *Storia del diritto penale nel '500*, cit., pp. 283-372, analizzando il pensiero di De Castro, sottolinea come nel teologo francescano fosse ben chiara l'idea 'moderna' di due distinte *potestates*, una propria dello Stato e l'altra della Chiesa, conseguenza del riconoscimento della monarchia quale soggetto politico dotato di un'autonomia e forte autorità separata da quella ecclesiastica. Tuttavia, a nostro avviso, è proprio l'idea dell'obbligatorietà in coscienza della legge penale che, in questo nuovo rapporto tra poteri, dopo aver ricomposto la frattura tra *potestas* temporale e spirituale, sancisce tra monarchia assoluta e Chiesa cattolica interessenze che comportano ancora importanti ricadute in campo giuridico.

⁽¹⁰⁸⁾ ALFONSO DE CASTRO, *De potestate legis poenalis*, cit., L. I, *Praefatio*, p. 1v. Sulla necessità, per la conservazione dello Stato, delle pene contro i trasgressori delle leggi, cfr. anche L. I, c. VI, *Quod bonum et iustum sit poenam legibus statuere contra eos, qui legibus non obtemperant, et quales oporteat esse*, p. 52r: « Ne igitur ex humanarum legum

L'obbligo in coscienza della norma posta del legislatore, ovvero la commistione dei fori, è un'eccellente arma che si presta a molteplici fini: controllare e disciplinare tanto i comportamenti esterni socialmente rilevanti quanto le anime dei fedeli, impedire possibili forme di dissenso politico che minaccino la stabilità del potere⁽¹⁰⁹⁾, stroncare ogni concezione non ortodossa e alternativa all'identità tra suddito e fedele, avversare le tesi di coloro che, rispetto alle pressioni del fisco, alla perdita dei diritti consuetudinari schiacciati dalle leggi del Re, agli abusi delle indulgenze e dei tribunali di fede, rivendicano la libertà del cristiano nei confronti della legge civile e l'alternativa tra colpa e pena⁽¹¹⁰⁾.

III.2. *Delitto è peccato: la tesi 'unitaria' di Covarruvias*

In Covarruvias, (Toledo, 1512-Madrid, 1577) professore di diritto canonico all'Università di Salamanca e vescovo in varie città spagnole, il nesso tra rafforzamento del potere regio e reciproca convergenza tra reato e peccato emerge con chiarezza, proprio in relazione ad un argomento — quello fiscale — sul quale si gioca una partita importante nel processo di centralizzazione dello Stato. La questione è se sia tenuto *in conscientiae iudicio* alla restituzione chi, per frode o simulazione, non corrisponda al re o ai suoi incaricati i *vectigalia* o l'*alcavala*; il discorso da qui si estende al più generale tema della possibilità che una legge penale obblighi anche a colpa mortale o veniale⁽¹¹¹⁾. È interessante seguire il suo ragionamento perché, in adesione al pen-

transgressione ipsa respublica, pro cuius recta gubernatione illae conditae sunt, pereat, aut quovis modo decrescat, sive turbetur, iustum et valde expediens erit, huiusmodi legibus poenam statuere contra illos, qui illas non observant, ut quos virtutis amor ad illarum observationem non allicit, aut futurae poenae metus non impellit, praesentis saltem poenae formido ab illarum transgressione deterrant ».

⁽¹⁰⁹⁾ Nella visione 'integralista' di Castro, il suddito non può *sine culpa mortale legem iustam aut praeceptum superioris iustum contemnere*, giudicandolo ingiusto o criticandolo gravemente (ALFONSO DE CASTRO, *De potestate legis poenalis*, cit., L. I, c. V, *Quomodo possit cognosci legem aliquam humanam obligare ad culpam mortalem*, p. 51v).

⁽¹¹⁰⁾ Legge bene la posizione di Castro all'interno di questo scontro, vedendo il *De potestate* come « un altro supporto al tentativo di usare la confessione per scopi di polizia », LAVENIA, *L'infamia e il perdono*, cit., p. 209-212.

⁽¹¹¹⁾ Sull'opera penalistica del giurista spagnolo cfr. J. PEREDA, *Covarrubias, penalista*, Bilbao, 1959.

siero di Castro, prende una direzione opposta a quella poi adottata da Deciani e, dunque, è costretto a leggere e interpretare in maniera differente le medesime fonti o ad ancorarsi ad altre *auctoritates*.

Lo spagnolo riferisce prima la tesi, basata sulla glossa «*Fraternitas tua*», che sostiene la non obbligatorietà di una legge penale temporale nel foro interno poiché la pena della legge umana è già ritenuta sanzione sufficiente e, dunque, non può comportare anche la commissione di un peccato ⁽¹¹²⁾. La sua riflessione prosegue, poi, con il motivato rifiuto di detta teoria e, come per il francescano di Zamora, con il sostegno alla tesi 'unitaria', la sola che assicura all'autorità del legislatore la forza e l'autorevolezza adeguate per la corretta attuazione del suo ruolo di custode dell'ordine e di promotore del giusto ⁽¹¹³⁾:

«*Humana lex, quae iusta sit, vi humani praecepti ad culpam eius transgressores obligat, quandoque mortalem, quandoque venialem, etiam si poenam humano praecepto legis conditor addiderit (...) Nam humana lex potest obligare, etiam si laica sit, eius transgressorem ad culpam mortalem, et simul poenam adversus eum statuere, ita quidam, ut transgressor huius legis teneatur ad culpam simul et poenam: cum poena non sit culpae*

⁽¹¹²⁾ Cfr. D. COVARRUVIAS, *Relectio in regula peccatum, de Regulis Iuris Libro Sexto*, in *Opera omnia*, cit., § 5, *de Gabellis et vectigalibus solvendis*, n. 1, p. 477: «*Huius sententiae ea est ratio, quod vel hic agimus de poena legis, et haec non debetur in conscientiae iudicio, gl. in c. tua fraternitas. 12. q. 2., vel de se ipsa principali, et praecipua legis vi, et obligatione ad solvendum hoc tributum: et haec non obligat quemquam ad mortalem culpam, quoties lex ipsa humana poenam addit praecepto legis ibidem humanae: quasi satis censeat legislator transgressorem humanae legis poena temporali puniri, nec eum velit ad mortalem culpam obligare*». All'utilizzo di tale glossa da parte dei sostenitori della tesi della separazione dei fori sarà dedicato il prossimo paragrafo.

⁽¹¹³⁾ L'accettazione della tesi dell'autonomia dei fori e dell'irrelevanza in coscienza della legge penale scardina non solo i presupposti teologici, ma anche e soprattutto le fondamenta dell'ordine politico e costituzionale costruito sulla forte identità religiosa del potere e sulla diretta derivazione teologica del diritto penale; se tale ipotesi fosse vera — afferma Covarruvias — «*fere tota humanarum legum vis periret, parumque utilis esset legumlatorum cura, et diligentia, si poena, quam ipsi legum conditores legibus ad maiorem earum vim addidere, eas imbecilliores redderet*» (*Relectio in regula peccatum*, cit., § 5, *de Gabellis et vectigalibus solvendis*, n. 2, p. 477). L'eco del *De potestate* è evidente.

contraria, ut non possit simul cum ea stare: ergo lex humana praecipiens aliquid poena statuta, obligat transgressorem ad culpam »⁽¹¹⁴⁾.

La legge umana positiva, compresa quella laica, può obbligare il trasgressore alla colpa anche quando accompagna il precetto con una pena, poiché non esiste alcuna incompatibilità tra *poena* e *culpa*, né devono considerarsi necessariamente alternative⁽¹¹⁵⁾. L'unico modo per capire se il reo commette peccato mortale o veniale è riferirsi all'*intentio* o *voluntas* del legislatore, quale si può dedurre *ex verbis legis* e che si deve comunque sempre presumere indirizzata all'*utilis Reipublicae*. L'efficacia in foro interno della norma emanata dall'autorità secolare trova una sua prima giustificazione nel fatto che la potestà umana deriva da quella divina e, dunque, non è pensabile separare le giurisdizioni: la pena corrisponde alla colpa e la presuppone⁽¹¹⁶⁾. Ma, in piena aderenza all'impostazione tomista,

⁽¹¹⁴⁾ Ivi, n. 3.

⁽¹¹⁵⁾ Questa è l'opinione diffusa tra gli esponenti della Seconda Scolastica; cfr. per es. DOMINGO DE SOTO, *De iustitia et iure*, Venetiis, apud Bartholomaeum Rubinum, 1573, L. I, Quae. VI, art. V, *Utrum omnis poenalis lex obligat ad culpam*, p. 15r, che ritiene assolutamente compatibili *poena iuridica, pro eo quod est ultio et vindicta et culpa*: « Nulla prorsus est lex poenalis, si legitime sit poenalis nominanda, quae non obligat ad culpam, nisi contrariam intentionem expresserit, dicendo, Non intendimus obligare ad culpam, aut quid simile »; poiché anzi la comminazione della pena serve a garantire una maggiore osservanza alla legge, la pena non solo non è *indicium oblatae culpae*, ma al contrario « apertum est testimonium gravitatis ipsius, quae de transgressione omissioneque legis contrahitur », poiché è la *proportio culpae* a determinare il grado della pena. Nello stesso senso anche PETRUS DE ARAGON, *In Secundam Secundae D. Thomae Doct. Angelici Commentaria, De iustitia et iure*, Venetiis, apud Minimam Societatem, 1608, Quae. LXII, *De restitutione*, Art. III, p. 147: « Omnes leges etiam poenales, obligant in conscientia ad culpam, nisi contrarium explicetur a legislatore (...) Nam si poena apposita non est argumentum, quod legislator noluerit obligare ad culpam, sed potius, quod voluerit, ut diximus, manifeste sequitur, quod leges poenales obligant ad culpam, nisi contrarium explicetur ».

⁽¹¹⁶⁾ La solida base autoritativa è cercata nelle Sacre Scritture: il Deuteronomio (quando nella legge mosaica si prevede la pena di morte, ciò implica necessariamente che ci sia anche una colpa di peccato mortale, poiché non sarebbe possibile una tale pena se non vi fosse anche una così grave colpa) e san Paolo ai Romani. Il riferimento all'Antico e Nuovo Testamento è una garanzia d'autorevolezza e di verità e, specie in questi settori di confine tra diritto e teologia, costituisce un momento essenziale. È chiaro allora come anche Deciani, che pure costruisce il suo sistema su un'architettura complessiva diversa,

la coincidenza tra fori è motivata anche dall'idea di *societas ordinata* e la fonte biblica sfocia poi nell'immagine armonica dello Stato.

La sottoposizione a peccato mortale del trasgressore della legge umana si deduce dal caso, tratto dal Deuteronomio, del figlio che non obbedisce al padre e che, di conseguenza, cade in colpa mortale ed è insieme punito con la lapidazione. Ma l'esempio consente un riferimento più ampio: la *potestas Principis in Respublica* corrisponde a quella del *paterfamilias* nella casa, ed anzi è tanto più forte quanto più importante è il bene dell'intera comunità rispetto a quello privato e domestico. Dunque, a maggior ragione, ciò che il legislatore ordina *ad bonum totius civitatis et Reipublicae*, deve essere obbedito per non cadere in colpa mortale: « est etenim iure naturali in omni humana societate suus ordo necessarius, in omni ordine suum caput, cui reliqui subesse obedireque tenentur; tandem ne in re ab aliis admodum probata diutius immoremur, ita tenendum est, humanam legem sive Ecclesiasticam sive saecularem quandoque ad mortalem quandoque ad venialem culpam obligare »⁽¹¹⁷⁾. Covarruvias non ha dubbi: il diritto naturale prevede che per la conservazione e la concreta attuazione dell'*ordo necessarius* serva un *caput*, mediatore tra il trascendente e il terreno, e che tutte le leggi positive da questi emanate, siano esse canoniche o civili, obblighino anche al peccato mortale o veniale, perché la disobbedienza al precetto si traduce in una lesione dell'ordine naturale custodito proprio dalla norma violata⁽¹¹⁸⁾.

senta la necessità di poggiare l'edificio su sicure fondamenta e ricerchi spesso l'appoggio di un qualche passo biblico per garantire credibilità e validità al suo discorso. Anche se gli esiti possono essere differenti, la tradizione impone che il punto di partenza della riflessione sia la Parola rivelata.

⁽¹¹⁷⁾ COVARRUVIAS, *Relectio in Regula peccatum*, cit., § 5, *de Gabellis et vectigalibus solvendis*, n. 3, p. 478.

⁽¹¹⁸⁾ Già Castro aveva affermato che la pena serve per *corrigenere ordinem quem perverterat culpa*. Ogni peccatore, infatti, agisce *contra aliquem ordinem*: l'ordine della propria ragione, quello esteriore dell'uomo dato dal governante o l'ordine divino, e peccando sovverte questi tre ordini: « Contigit autem ut peccans hos tres ordines pervertat, agens contra rationem naturalem, et contra legem humanam et contra legem divinam » (ALFONSO DE CASTRO, *De potestate legis poenalis*, cit., L. I, c. III, *Quid sit poena, et quid sit etiam Lex poenalis*, p. 21r); sul punto cfr. la *Prefacio* di Juan de Rosal all'edizione di Madrid prima citata (p. XXII), in cui però l'autore vede nelle parole di Castro « una distancia entre una visión teológica y puramente jurídica », nel senso di una dimensione sociale esterna del delitto-peccato, che non ci sentiamo di condividere.

La sovrapposizione tra *delictum* e *peccatum* non è che la conseguenza di concezioni del potere politico e dello Stato ancora legate all'immagine di un'armonica convivenza tra *potestas laica* ed *ecclesiastica*, dove non devono esistere contrasti o divisioni tra interessi politici e fini religiosi, tra autorità secolare e spirituale, ma anzi la superiorità e l'assolutismo del potere reale si fonda sull'origine divina dello stesso. Diversa è, invece, la visione deciana, che registra la separazione ormai avvenuta e non più ricomponibile tra morale e diritto marcando il dualismo tra legge e coscienza e che, in una prospettiva nuova, teorizza una *ratio* non più trascendente per l'obbligatorietà della norma punitiva. Come visto in precedenza, *de iure gentium est obedientia*: l'impronta divina è nella *naturalis ratio* che guida l'intelletto dell'uomo verso il giusto, ma l'origine del diritto penale risiede nell'accordo avvenuto *de iure gentium*, costitutivo di *regna et iurisdictiones*, per attribuire all'autorità politica il compito di difendere i più deboli e punire i delinquenti. Anche in Deciani, è bene ribadirlo, sono presenti retaggi della tradizione che vede il potere pubblico derivato o comunque ancorato ad un'investitura divina (*leges a Deo per ora Principum promulgatae*), così come non mancano contraddizioni nella descrizione dei rapporti tra fori (la legge giusta che obbliga in coscienza non sembra *in toto* coerente con la decisione con cui si esclude l'obbligo in coscienza della legge penale), ma si possono leggere chiari segni di un modificato assetto di poteri.

Covarruvias dimostra la radicalità della sua impostazione in riferimento alla nozione di legge penale. La questione, ampiamente discussa negli autori spagnoli del periodo, era diversamente risolta tra formalisti e volontaristi ⁽¹¹⁹⁾: secondo l'opinione di Castro la *lex pure poenalis*, quella che non impone né proibisce un comportamento ma stabilisce solamente una pena per chi compie una certa azione, non obbliga *ex seipsa* in coscienza, eccetto quando sia già prima stabilito da una *lex naturalis, divina vel humana* il *praeceptum* che essa interviene solo a sanzionare. La *lex poenalis mixta* invece, prevedendo sia

⁽¹¹⁹⁾ Per un quadro delle diverse opinioni è sufficiente rinviare a W. DANIEL, *The purely penal law theory in the Spanish Theologians from Vitoria to Suarez*, Roma, Gregorian University Press, 1968, e ai sintetici riferimenti in TOMAS Y VALIENTE, *El derecho penal de la Monarquía absoluta*, cit., pp. 215-219.

il precetto che la pena, sicuramente vincola anche nel foro interno ⁽¹²⁰⁾. Il canonista di Toledo supera l'ostacolo rappresentato dall'assenza del comando espresso nella legge meramente penale, proponendo una soluzione che esalta l'intenzione del legislatore nella sua funzione di rappresentante e difensore del bene comune. Riconosce l'inadeguatezza del criterio basato sulla verifica della volontà di obbligare *ad culpam* risalendo ad una fonte esterna, e considera tale volontà intrinseca alla stessa norma positiva, deducibile dalla *conditoris legum intentionem* di imporre un comportamento che, se trasgredito, comporta anche peccato poiché coinvolge il bene supremo costituito dall'interesse dello Stato. La legge *mere poenalis* è sempre un provvedimento che *expedit Reipublicae*, l'imposizione di un'azione o un'omissione pensata e dettata in funzione dell'*utilis communitati* e del *bonum commune*, ed è, dunque, in forza di tale *ratio* che deve considerarsi sempre presente anche l'*obligatio ad culpam* ⁽¹²¹⁾.

Risulta, così, facilmente inquadrabile in questo schema il problema del rapporto tra doveri di coscienza e oneri fiscali. È tenuto alla restituzione *in animae iudicio praeter mortalem culpam* chi ha omesso di pagare al Principe per *fraudem aut simulationem* ogni *tributum, vectigal aliaque regalia iura*, salvo il caso che, per il peso eccessivo dell'imposizione, « haec tributa tyrannidem ob excessum gravem non sapiant » ⁽¹²²⁾. È interessante soffermarsi sulla motivazione politica che il giurista utilizza per legittimare il vincolo di coscienza nel rispetto delle leggi tributarie del re:

« Nam multi sunt labores, quos principes pro populo tolerant: cum

⁽¹²⁰⁾ Cfr. ALFONSO DE CASTRO, *De potestate legis poenalis*, cit., L. I, c. III, *Quid sit poena, et quid sit etiam Lex poenalis*, pp. 22v-23v sulla nozione e le specie di legge penale e, più ampiamente, L. I, c. IX, *Quod lex pure poenalis quatenus talis est nunquam obligat ad culpam*, sui caratteri della *lex pure poenalis* e della *lex poenalis mixta*.

⁽¹²¹⁾ cfr. COVARRUVIAS, *Relectio in Regula peccatum*, cit., § 5, *de Gabellis et vectigalibus solvendis*, n. 4, p. 479: « Sic denique si id fieri, vel omitti non tantum est simpliciter utile communitati, cuius legis conditor curam gerit, sed et maxime interest eius ad bonum commune id fieri, vel omitti: quod praesumitur ob gravem poenam lege pure poenali statutam, non admodum alienum a ratione videbitur, in hac specie coniectare, intendisse legislatorem ad mortalem culpam obligare transgressorem eius, quod in hanc legem mere poenalem pro eius materiam deduxit ».

⁽¹²²⁾ Ivi, n. 5, p. 479.

eius curam gerunt, rebusque publicis prospiciunt, ac laborant in executione iustitiae, ut suum cuique reddatur, ut nemo alterum laedat provinciamque bello et armis tutantur, ne a finitimis gentibus opprimatur, qua ratione iuste principes tributa et vectigalia exigunt a populo, siquidem dignus est mercenarius qui operatur mercede sua » (123).

Il riferimento al passo del Vangelo di Luca (« l'operaio è degno della sua mercede ») esalta i compiti, le attività e le funzioni del Principe, che, in cambio delle tasse si cura del bene pubblico, si occupa dell'esecuzione della giustizia garantendo equità, difende con le armi e l'esercito i confini dello Stato. L'argomento ha una solida base autoritativa e offre lo spunto per giustificare l'estensione in coscienza delle disposizioni fiscali del Principe in funzione del suo ruolo di garante e custode dello Stato: nella misura in cui la *Respublica* ha trasferito *totam suam Potestatem* nelle mani del Principe — afferma Lessius —, questi può sicuramente obbligare i singoli sudditi a pagare i *vectigalia* non solo *lege obedientiae*, ma anche *iustitiae*, poiché i tributi devono considerarsi come « *iustum stipendium administrationis et subsidium necessarium ad conservationem publicae tranquillitatis* » (124).

Legge penale, coscienza e poteri del Re: nel discorso di Covarruvias i tre elementi sono strettamente complementari e formano un sistema integrato nel quale la doppia valenza in *forus fori* e in *forus poli* della norma positiva si trasforma in un efficace strumento legittimante per l'autorità politica, titolare della facoltà di *condere leges* indirizzate nello stesso tempo al suddito e al fedele. Il modello 'unitario', proposto con nuove riflessioni e arricchito dal rigore speculativo dei teologi-giuristi della Scuola di Salamanca, persegue il fine del consolidamento della monarchia assoluta attraverso la consegna al legislatore di un potere punitivo che penetra nella coscienza e che si avvale della minaccia del peccato. La via seguita nel *Tractatus* deciano, pur mirando ugualmente alla concentrazione nelle mani del Principe della potestà penale, segue una direzione opposta, che edifica il sistema criminale sulle prerogative di una *lex* liberata da ancoraggi teologici.

(123) *Ibidem*.

(124) LESSIUS, *De iustitia et iure*, cit., n. 57, p. 318.

III.3. *Le transgressioniones fratrum e la glossa « Fraternitas tua ».* *Alle origini della separazione*

L'obbligatorietà *ad culpam simul et ad poenam* sostenuta con tanta convinzione e con fermezza di argomentazioni da Castro e Covarruvias non era, tuttavia, l'opinione prevalente e comunemente accettata. Essa appare, anzi, originale nella sua nettezza e può trovare una giustificazione solo alla luce degli scontri religiosi, dello spirito tridentino e del progetto politico che animano la Spagna del Cinquecento. La questione esplose e riacquista centralità nel dibattito teologico e giuridico europeo tra XV e XVI secolo, in seguito all'emergere di nuove istanze e di differenti equilibri tra potere spirituale e temporale nella lotta alla Riforma e alle eresie, come conseguenza di una redistribuzione di sovranità tra Stati e Chiesa. Fino a quel momento, il problema del vincolo in coscienza della legge penale non aveva occupato in modo particolare i giuristi, e si era ormai consolidata un'*opinio* favorevole alla distinzione tra colpa e pena. Essa era fondata sull'obbligo dei precetti contenuti negli statuti degli ordini religiosi e sull'interpretazione della glossa al capitolo « Fraternitas tua » del *Decretum*, considerata unanimemente la giustificazione prima e più significativa della tesi 'autonomista' della separazione tra il foro interno ed esterno ⁽¹²⁵⁾.

La questione è, in origine, affrontata in riferimento alla disciplina degli ordini francescani e domenicani, delle confraternite o congregazioni, per capire se le *regulae* delle costituzioni e degli statuti che prevedono una pena in caso d'inosservanza vincolino anche sotto peccato, ovvero siano da considerare leggi puramente penali che obbligano solo *ad poenam* e non *ad culpam* ⁽¹²⁶⁾. Giovanni

⁽¹²⁵⁾ Cfr. GLOSSA « *Cum augmento* », in c. 11, C. XII, q. 2, c. *Fraternitas tua*, dove, in riferimento all'*augmentum* che spetta alla Chiesa e che deve essere restituito dal ladro oltre alla *res* rubata, sembra essere tracciata una chiara separazione tra penitenza e pena: « si aliquis confessus fuit se furtum fecisse sacerdoti suo, an in poenitentia debet ei iniungi, ut illam rem restituat cum poena? Respondeo quod non, et sic contraria non tantum casum ».

⁽¹²⁶⁾ Salvo rarissime eccezioni, si impone l'orientamento dell'obbligatorietà solo *ad poenam*, o tutt'al più, secondo alcune interpretazioni restrittive dei francescani, si distingue tra peccato mortale sempre escluso e peccato veniale nel quale si può incorrere con la disubbidienza ai precetti; sul tema utili i riferimenti in G. G. MEERSSEMAN, *Le leggi*

d'Andrea, basandosi su un testo dell'Ostiense in commento alle decretali di Gregorio IX, afferma che la *regula Praedicatorum* secondo la quale il trasgressore è tenuto *ad poenam* non obbliga anche *ad mortalem*, se non nei casi che già prevedono il peccato mortale (127). È poi il teologo Enrico di Gand, a ribadire in modo autorevole questa tesi, ponendo in particolare l'accento sulla volontà del legislatore: gli statuti obbligano anche *ad peccatum mortalem* solo se così è espressamente previsto dall'*intentio statuentis* e se la materia non è indifferente. Stessi criteri e medesima *ratio* valgono anche per le leggi penali dettate dal legislatore secolare, tanto che l'*opinio* del Gandavense assume un ruolo determinante nello sviluppo della teoria delle leggi puramente penali e costringerà ancora Castro a confutarla in modo approfondito (128).

La radice di questa tesi cresce e si consolida nella dottrina: Decio riporta e condivide l'*opinio* che ad inizio Quattrocento aveva espresso Matteo Mattesilani, riferita a norme religiose ma estensibile come *ratio* anche a quelle civili, secondo cui se una regola impone un certo comportamento con pena per il trasgressore — per esempio il digiuno di due giorni —, « *contrafacientes non incurrunt peccatum, quia intentio conditoris fuit limitare probationem tantum ad illam penam expressam* » (129). Il principio dell'*unius inclusio alterius est exclusio* e il riferimento unico alla volontà del legislatore risolvono ogni dubbio ed escludono il *forum poli* dalla valenza del precetto: l'*intentio* di chi stabilisce la regola è criterio sufficiente per considerare che la pena espressa esaurisca la riparazione per il disvalore della violazione. Ma, aggiunge Decio, occorre distinguere due ipo-

puramente penali nelle confraternite medievali, in Id., *Ordo fraternitatis. Confraternite e pietà dei laici nel medioevo*, in collaborazione con G. P. Pacini, t. III, Roma, Herder Editrice, 1977, pp. 1290-1314.

(127) GIOVANNI D'ANDREA, *In Quinque Decretalium libros Novella Commentaria*, Venetiis, apud Franciscum Franciscum Senensem, 1581, (rist. an. Torino, Bottega d'Erasmus, 1963), in X. 3.50.7, *c. relatum, ne clerici vel mona.*, n. 2, f. 242ra, dove afferma che non sempre *regula est in praecepto*, ma solo quando riguarda i *substantialia professionis de statu monachorum*.

(128) Sui passi delle *Quodlibetales* rilette poi come momento genetico della dottrina delle *leges pure poenales* cfr. DANIEL, *The purely penal law*, cit., pp. 55-57.

(129) DECIO, *In Decretales Commentaria*, cit., in X. 1. 2. 4, *c. nam concupiscentiam, de constitutionibus*, n. 22, f. 16vb.

tesi: se la pena speciale è imposta in una fattispecie che già era proibita anche da una pena generale, allora chi agisce *contra prohibitionem* commette pure peccato, se, invece, la pena speciale è apposta in una materia prima non sanzionata, allora vale la soluzione avanzata da Mattesilani.

Emergono alcuni dati comuni nelle riflessioni di questi autori. Il primo è la preminenza acquisita nella soluzione del problema dalla volontà del *conditor legis*, espressa nella posizione della regola e nell'aggiunta della relativa pena. Il volontarismo di stampo nominalistico, nell'esaltare l'arbitrio del legislatore, consente anche di criticare l'imposizione di obblighi e sanzioni emanati dalle autorità civili ed ecclesiastiche, di negare il vincolo di coscienza della norma positiva svalutandone il carattere morale, di ammettere, in sintesi, la distanza tra peccato e trasgressione della legge⁽¹³⁰⁾. Il secondo è, appunto, l'idea che la pena escluda il peccato, anche se le motivazioni presentano sfumature diverse: sanzione alternativa all'obbligo di coscienza e dunque posta su un piano affatto differente, ovvero strumento sostitutivo di soddisfazione del peccato, mezzo di liberazione dalla pur sussistente *culpa*. Questa strada conduce in modo progressivo alla separazione tra ambito giuridico e morale; l'apparato di fonti e d'autorità che la indirizza continuerà ad essere utilizzato dai sostenitori della tesi che chiamiamo qui 'autonomista', quella, cioè, che sarà percorsa anche da Deciani e che mira a concentrare nella *lex poenalis* tutte le prerogative e le decisioni riguardanti il *forus fori* e ad attribuire, in modo corrispondente, la completa gestione del giudizio di coscienza ai precetti morali della Chiesa e al disciplinamento attuato nel rapporto confessore-penitente.

In pieno Quattrocento, Angelo Carletti da Chivasso nella *Summa* ritorna a questi testi originari per giustificare un percorso che ha assunto ormai contorni ben più ampi e generali. Non è più in gioco l'obbedienza del religioso alle regole del proprio ordine, ma la libertà del suddito nei confronti delle norme statali: il conflitto tra norme e coscienza ha assunto una dimensione civica, una rilevanza pubblica che interessa il cuore della sovranità politica e mina le

(130) Interpreta in questo senso sia il pensiero di Enrico di Gand che di Mattesilani anche LAVENIA, *L'infamia e il perdono*, cit., pp. 43-45.

fondamenta della *potestas legislatoris*. Ancora la glossa « Fraternitas » e l'opinione di Enrico di Gand sono le autorità di cui si serve il frate piemontese per ribadire la non necessaria coincidenza tra pena e colpa, così da giustificare la libertà in coscienza di *fraudare pedagia sine mendacio tamen et periuro*. Poiché le imposizioni fiscali *nostri temporis sunt communiter illicita*, cioè stabiliti da chi non ne ha l'*auctoritas* o non funzionali alla *universalis utilitas* (strade, ponti, salvezza delle persone e delle cose materiali), lo statuto che li prevede punendo gli evasori *non obligat ad mortale nisi post condemnationem* ⁽¹³¹⁾.

Non a caso Castro critica duramente la comune interpretazione della glossa canonistica, dicendo che la regola per cui la legge penale non obbliga *in foro conscientiae* alla pena in essa stabilita, vale solo per il furto, e sarebbe *pessima consequentia et invalidum argumentum* considerarla valida in generale *de omni lege poenale*. Se si analizzasse il testo *solo studio veritatis* e senza strumentale desiderio di contesa — continua il francescano — si dovrebbe riconoscere che la famosa glossa tanto celebrata è stata in vero così *vulneratam* dai giuristi da costringerli a contorte interpretazioni pur di salvarne il contenuto: « nullum autem remedium ad illius protectionem fuisset opus inquirere, si illum non dilacerassent, nec a suo sensu deflexissent, plus illum dicere cogentes quam illa dicere voluit » ⁽¹³²⁾.

Un ampio commento al capitolo « Fraternitas », è — nuova-

⁽¹³¹⁾ I riferimenti specifici alla *questio* sono due, in ANGELO CARLETTI, *Summa angelica de casibus conscientiae*, Haguenau, impensis prouidi Joannis Rynman de Oringaw, in officina industrii Henrici Gran., 1505, *in verbo* « *Pedagium* », n. 6, f. 237r, dove l'autore invita poi il confessore a prestare attenzione e a valutare le disposizioni che impongono detti tributi, « ut possint bonum iudicium dare utrum sint obligatoria ad culpam vel ne. Item dic quod nimis gravati aliis impositionibus vel quando gabelle sunt nimis graves et sine necessitate nec ad utilitatem communis possunt fraudare sine peccato; similiter quando imponens non habet iustum titulum dominii »; *in verbo* « *Inobedientia* », n. 1, f. 148r, dove afferma che le norme penali miste obbligano *ad culpam et poenam* dopo la sentenza di condanna, mentre quelle che stabiliscono solo la sanzione per un certo comportamento obbligano solamente *ad poenam in forma statuti*, salvo che impongano la pena di morte o una mutilazione del corpo, nel qual caso obbligano *ad mortalem*.

⁽¹³²⁾ ALFONSO DE CASTRO, *De potestate legis poenalis*, cit., L. II, c. IX, *Respondetur rationibus et argumentis, quae pro illis, qui contrariam tuentur opinionem, possunt afferri*, p. 217r.

mente — occasione per Martin Azpilcueta di riaffermare, nel contesto spagnolo, la tesi della separazione, in aperta polemica con Castro e con le pretese della monarchia. La pena non necessariamente obbliga alla colpa, ma può semplicemente essere il frutto di una scelta politica del legislatore, che la ritiene giusta per ragioni di opportunità e che vincola solo *ad poenam* ⁽¹³³⁾. Proprio sul tema così delicato del pagamento dei tributi, sul quale il frate di Zamora aveva preso una posizione intransigente, il Navarro è invece molto critico verso la tesi unitaria ⁽¹³⁴⁾. La chiave per scardinare il sistema della commistione dei fori è data dalla consuetudine in opposizione alla legge. Certo il sostentamento al Regno attraverso le decime è dovuto *iure naturali*, e quindi obbligherebbe *ad culpam*; ma la *quantitas* di tale sostentamento è stabilita da una legge umana e dunque, può essere aumentata o modificata da una consuetudine, poiché « consuetudo potest tollere, et modificare omnem legem humanam ». La consuetudine consolidata in forza della quale colui che occulta una qualche merce *sine mendacio et periuro*, è tenuto, solo dopo essere stato *deprehensus* e non prima, a pagare l'importo del tributo con l'aumento del doppio o del quadruplo, non elimina la *sustentationem regiam*, ma semplicemente la modera, « ergo potest valere et excusare » ⁽¹³⁵⁾. La rivendicazione di diritti originari delle comunità regolati da radicate consuetudini, in riferimento all'utilizzo delle

⁽¹³³⁾ Cfr. MARTIN AZPILCUETA, *Commentarium de lege poenali*, in cap. *Fraternitas XII, Quaestio secunda*, in ID., *Manuale confessoriorum, et poenitentium, complectens pene resolutiones omnium dubiorum, quae communiter in sacris confessionibus occurrere solent*, Venetiis, apud Iuntas, 1621, p. 885, n. 14: « Quare planius fuerit hoc in loco definire poenam esse privationem boni, quod quis aptus natus est habere, et legem poenalem non solum illam, quae imponit poenam propter propriam culpam, sed etiam eam, quae imponit privationem alicuius boni sine ulla ratione culpae propriae, immo nec alienae, ob aliquam tamen causam, quae legislator visa est in id iusta ». Sul pensiero e la vita del Navarro cfr. LAVENIA, *L'infamia e il perdono*, cit., specie pp. 219-264.

⁽¹³⁴⁾ Contro il vincolo in coscienza delle norme penali, cfr. anche AZPILCUETA, *Manuale confessoriorum*, cit., cap. XXIII, *de inobedientia septima filia vanae gloriae*, n. 55, p. 395: « quod quousque contrarium a sancta sede Apostolica declaretur, probabilius nobis videtur, leges humanas etiam praecipientes (praesertim saeculares, quae poenam temporariam constituunt) in dubio ad aeternam non obligare, quatenus sunt leges eius, qui eam poenam statuit. Tum quia si hoc defendi iuste posset, defendi deberet: quia conveniret, ut leges humanae, quae ad mortale obligarent, paucae essent ».

⁽¹³⁵⁾ AZPILCUETA, *Commentarium de lege poenali*, cit., nn. 42-43, p. 862.

risorse dei boschi, delle valli, dei monti, diviene un'aperta critica alle pretese assolutistiche della monarchia che vuole tutto regolare e tutto cambiare con la potenza della legge rafforzata dal vincolo di coscienza. Ma, ammonisce Azpilcueta, « Considero, quod non omnis lex obligat ad peccatum mortale, sed illa sola, quae est iusta, promulgata, recepta, non derogata »⁽¹³⁶⁾, dove la deroga può venire benissimo da una *consuetudo*.

Tale scelta corrisponde ad una particolare visione dei rapporti tra potere spirituale e temporale che non è certo quella di Castro o di Covarruvias. In area Italiana (ad esempio con Deciani), ma anche in Francia e Germania, i giuristi sembrano perseguire il fine di centralizzazione del potere punitivo nelle mani del Principe o dello Stato e di positivizzazione della norma penale scritta come espressione della *publica potestas*, attraverso il percorso di separazione netta tra peccato e delitto. La medesima legittimazione dello *ius puniendi* del Sovrano e il rafforzamento del prestigio e dell'autorità della legge reale si avvalgono invece, negli autori spagnoli salmaticensi, delle tesi opposte favorevoli all'obbligatorietà in coscienza della legge penale e conducono al « teologismo del Derecho Penal secular »⁽¹³⁷⁾.

III.4. « *Poena a lege positiva imposita non ligat in foro conscientiae* ». La scelta 'autonomista' di Deciani

Deciani, coerentemente con la scelta, già mostrata nel libro primo, di voler distinguere nella sostanza delitto e peccato, affronta anche la *non levis quaestio* dell'obbligatorietà in coscienza della legge penale. Sapendo di entrare in un delicato dibattito di pertinenza più della teologia che della scienza giuridica, si muove con cautela, e indica al lettore prima i *loci* dove poter *abunde cognosci*

⁽¹³⁶⁾ Ivi, n. 49, p. 863-864.

⁽¹³⁷⁾ Con questa espressione TOMAS Y VALIENTE, *El derecho penal de la Monarquía absoluta*, cit., p. 86, sintetizza la realtà di un pensiero filosofico-giuridico che trova coerenza ed unità nei suoi presupposti teologici. Nel diritto penale in particolare, quale manifestazione del potere pubblico e dell'assetto costituzionale, più evidente e penetrante è stato il contributo dei teologi-giuristi della Seconda Scolastica. Sulle due tendenze « tra loro variamente intrecciate » nel descrivere il rapporto tra delitto e peccato, cfr. PRODI, *Una storia della giustizia*, cit., pp. 412 ss.

fundamenta et rationes del tema, poi riporta la *communis opinio* e infine la sua tesi. Le fonti citate sono numerose, le più autorevoli — compreso Alfonso de Castro indicato nell'elenco iniziale e poi non più richiamato —, distinte rigorosamente tra teologi, canonisti e civilisti. L'udinese è estremamente sintetico, non entra nelle sottili distinzioni tra leggi *mere poenales* e *mixtae* ampiamente indagate dal francescano di Zamora, né vuole impegnarsi in complesse argomentazioni teologiche che non gli competono. Preferisce riportare la *conclusio* accettata *communiter* dalle fonti secondo cui « poena a lege positiva imposita non ligat delinquentem in foro conscientiae »⁽¹³⁸⁾ e ad essa aderire per confermare di nuovo la separazione tra foro interno e foro esterno. Si àncora alla consolidata tradizione giuridica e inquadra il problema nella più ampia riflessione su *lex* e *delictum*, che occupa tutto il libro secondo e la cosiddetta parte generale, senza dilungarsi eccessivamente sul tema ma offrendone una lettura coerente con il suo sistema complessivo. Tra i penalisti del Cinquecento (esclusi naturalmente gli spagnoli), l'autore del *Tractatus* è, infatti, l'unico che, per comprendere il vero significato del *delictum*, analizza diffusamente la legge penale nella dimensione storica, nei caratteri costitutivi e nella funzione ordinamentale. In questa prospettiva il confronto con gli obblighi di coscienza è un momento decisivo per tracciare i confini del diritto criminale che il giurista ha concentrato nei dettati del legislatore positivo, per definire e ad un tempo circoscrivere un'area entro cui la *lex* opera liberamente.

Deciani rinvia direttamente alla glossa « *Fraternitas tua* » divenuta la base autoritativa più risalente ed autorevole della tesi autonomista, e sintetizza poi in una riflessione generale e riassuntiva l'opinione comune alla quale si associa in quanto munita di *optima ratio*:

« ideo concludunt omnes, quod confessor non poterit confitenti imponere poenitentiam, ut solvat poenam pro delicto, quod confitetur, impositam a lege, et facit etiam optima ratio, quia cum duo sunt iudices separati, alter corpus respiciens et civem in genere, qui est laycus vel ecclesiasticus, alter animam curans, qui est confessor, diversa est poena unius ab altera, et ideo sicut non posset ad poenitentiam indictam a

(138) DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, XII *De Conscientia et eius potestate*, n. 13.

confessore in foro poli astringi, ita et e contra, nam hoc modo contingeret, quod pro eodem delicto quis duplici poena puniretur » (139).

Il ragionamento è chiaro. Risulta netta e senza spazi di comunicazione la separazione tra foro interno ed esterno. Esistono due giurisdizioni ben distinte: il giudice *laycus vel ecclesiasticus* si occupa degli atti materiali e della condotta del *civis* ed è guidato dalla legge, il *confessor* cura invece l'*animam* del fedele; *diversa est poena unius ab altera* perché pena e penitenza non necessariamente concorrono nella riparazione di un medesimo atto, ma anzi operano su piani del tutto diversi, hanno motivazioni e perseguono fini distinti e indipendenti. Il *forum fori*, contenzioso, è determinato dalla signoria della *lex*, che crea le fattispecie, definisce i reati, stabilisce le sanzioni e indirizza modi, tempi e soggetti del procedimento. La *poena* come soddisfazione pubblica dell'illecito non può esistere senza la disobbedienza alla legge, che del potere chiamato a difendere e a rappresentare il bene pubblico è espressione diretta, e neppure senza una sentenza che seguendo l'*ordo* del *iudicium* stabilisca in modo formale la verità processuale sulla corrispondenza del caso alla norma.

È un passaggio importante: *lex, sententia, poena* sono logicamente concatenate. « Nunquam quis ad poenam tenetur, nisi mediante lege, quae ipsum obliget », ma una norma che semplicemente preveda una certa pena per un reo, « non iubet eum solvere, sed iubet iudici, ut eum condemnet, ergo ante condemnationem non tenetur » (140). Tutto si svolge sul terreno giuridico: secondo le regole formali che portano alla verità legale sul delitto, diversa da quella di coscienza, finché non interviene la condanna il colpevole non è tenuto nel *forum fori* a *solvere poenam* per il proprio agire, poiché è indispensabile la mediazione del giudice per l'applicazione del precetto normativo. Nel *forum poli* i criteri sono altri, non serve una previa decisione formale né per riconoscere la propria colpa né per espiare il peccato con la penitenza, poiché l'*animus* stesso è *testis* del proprio agire e la coscienza è il luogo dell'incontro diretto del fedele con Dio.

(139) *Ibidem.*

(140) *Ibidem.*

Alla *conclusio* per cui la legge positiva non obbliga il reo in coscienza, Deciani, in linea con la tradizione, pone quattro *limitationes* che per ragioni diverse riducono ad unità il dualismo pena/peccato recuperando convergenze tra obblighi giuridici e doveri morali ⁽¹⁴¹⁾. Anche in questo caso, merito dell'autore è quello di recuperare la motivazione di singole ipotesi, divenute ormai *loci communes* nella dottrina, per farne regole e principi generali dei *criminalia, generalia* sui quali costruire la materia in modo autonomo con proprie specificità rispetto agli altri settori dell'ordinamento. Prima eccezione è l'ipotesi di *sententia lata*: dopo la sentenza di condanna *ad solvendum poenam*, il reo è tenuto ad eseguirla anche *in foro conscientiae* ⁽¹⁴²⁾. C'è un motivo generale d'ordine pubblico, « quia per condemnationem iam est acquisitum ius fisco, quod quidem in foro conscientiae reddere tenetur » ⁽¹⁴³⁾, e un motivo legato alla decisione del giudice come *lex animata* alla quale, se comanda cose giuste, si deve obbedire anche in coscienza. È il

⁽¹⁴¹⁾ Le stesse *limitationes* al principio per cui *respectu poenae non procedit in foro conscientiae*, sancito dalla glossa « *Fraternitas tua* », si ritrovano in FELINO SANDEO, *Commentaria in V libros Decretalium*, cit., in X. 1.2.1, c. *canonum statuta, de constitutionibus*, nn. 43-46. GOMEZ, *Variarum Resolutionum*, cit., t. III, c. II *De Crimine laesae Maiestatis*, n. 5, p. 58, concorda con l'opinione di chi sostiene che nei casi in cui la legge impone una pena *ex iusta causa*, il delinquente non è tenuto a *restituere in conscientia*, salvo il caso che la pena sia stabilita *ipso iure*. Né è tenuto se ha commesso il danno per colpa lieve o lievissima, salvo che già sia stato condannato *per sententiam*, o che la pena sia imposta *loco inaeestimabilis interesse*.

⁽¹⁴²⁾ L'opinione è consolidata, ed è solitamente espressa in riferimento all'ipotesi di cosa altrui ingiustamente ricevuta che, prima della condanna nel foro di coscienza va semplicemente restituita, mentre dopo si è tenuti anche a *plus restituere per poenam solvere*, cfr. per es. GIOVANNI DA TURRECREMATA, *In primum volumen causarum doctissimi commentarii*, tomus II, Venetiis, apud Haerodem Hieronymi Scoti, 1578, *Secunda pars, Causa XII, Quae. II, c. Fraternitas, Ad primum*, n. 1, p. 476, o all'ipotesi di chi non paga i *licita pedagia*, tenuto in coscienza a corrispondere il valore originario prima della sentenza e l'ammontare della pena dopo, cfr. ANTONIUS FLORENTINUS, *Summae Sacrae Theologiae, Iuris Pontificii et Caesarei*, Venetiis, apud Iuntas, 1582, Pars II, tit. I, cap. XIII, § 8, f. 67v: « Verum ad poenas quae inflictae sunt a iure communi vel municipali contra facientes in huiusmodi fraudem dupli vel quadrupli vel amissionis illorum mercimoniorum in quibus fiebat fraus non tenentur in foro conscientiae nisi fuerint deprehensi et condemnati ». Alla confutazione di questa tesi Castro dedica tutto il secondo libro del *De potestate*.

⁽¹⁴³⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, XII *De Conscientia et eius potestate*, n. 14.

Nuovo Testamento ad insegnare che il suddito deve rispettare le decisioni tradotte nelle leggi giuste dell'autorità temporale, come se questa fosse mandata da Dio.

Una seconda *limitatio* alla regola si ha nel caso che la pena sia imposta *ipso iure* dalla legge ⁽¹⁴⁴⁾. Non occorrendo, infatti, *nullum iudicis ministerium*, il condannato è tenuto a *solvere* la sanzione anche in coscienza. La differenza rispetto all'ipotesi generale è chiara: quando la legge prevede semplicemente una pena non *ipso iure*, occorre la mediazione necessaria della *voluntas et declaratio iudicis*, senza la quale non si può considerare acquisito né lo *ius fisco* all'esecuzione della pena pubblica né il diritto del privato al risarcimento del danno. Alcuni osservano come anche in questa ipotesi sia sempre necessario un provvedimento del giudice, ma Deciani replica che la *ratio* dell'eccezione resta valida, poiché la *declaratio iudicis* deve sì intervenire, ma *circa delictum* e non *circa poenam*, fissata già in modo chiaro. Anche la pena prevista di diritto dalla norma presuppone, per poter essere inflitta, che il giudice abbia proceduto allo *constare de delicto* e che sia certa la colpevolezza del reo: « at in foro conscientiae, de quo nunc agimus, nullus est iudex, qui sit expectandus, ut iudicium proferat, sed quilibet sibimet iudex est » ⁽¹⁴⁵⁾.

L'accento cade sul ruolo del giudice, indispensabile intermedia-rio tra la volontà astratta del legislatore e le vicende concrete, rappresentante della legge che si muove entro gli schemi processuali dettati dalla legge per imporre se stessa. Nel foro contenzioso la norma parla attraverso il giudice, non organo dotato di estesi poteri autonomi ma *lex animata*, mentre in quello penitenziario ciascuno è *sibi conscius*, consapevole della propria responsabilità; la condanna della *synderesi* rende non più necessario il verdetto processuale per sentirsi obbligati alla pena prevista *ipso iure* ⁽¹⁴⁶⁾.

⁽¹⁴⁴⁾ Tra i giuristi che sostengono tale eccezione, cfr. A. TIRAQUELLO, *Commentarius in L. si unquam, C. de revocandis donationibus*, Lugduni, apud Gulielmus Rovillum, 1559, in *interpretatione verbi, Revertatur*, n. 291, *Cum quid sit ipso iure id tenetur in foro conscientiae*.

⁽¹⁴⁵⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, XII *De Conscientia et eius potestate*, n. 15.

⁽¹⁴⁶⁾ Sebbene il delinquente sia sempre *facti sui conscius*, nelle ipotesi in cui la pena non è prevista *ipso iure*, è necessario attendere la *sententiam* per essere obbligati anche

La terza eccezione alla *conclusio* generale deriva dal precetto di diritto naturale per cui *pacta sunt servanda*: la *poena conventionalis* stabilita con la *promissio* delle parti obbliga anche in foro interno, poiché « qui tenetur iure naturae, tenetur et foro conscientiae »⁽¹⁴⁷⁾. Quarta ed ultima limitazione nel caso in cui la pena sia « a lege applicata parti loco inaestimabilis interesse et impossibilis restitutionis, puta pro membro abscisso vel debilitato, cum enim ablatum restitui non possit, conveniens est, quod poena loco eius subrogata restituatur »⁽¹⁴⁸⁾. Non essendoci il dubbio di restituire *ultra debitum*, si è da subito obbligati anche in coscienza.

Deciani affronta poi un'ultima questione legata al problema della validità della legge penale nel foro interno: occorre capire se il delinquente che secondo la legge civile o canonica è obbligato al risarcimento del danno, sia tenuto anche in coscienza. Sul tema esiste un ricco apparato di fonti, diviso in due opinioni. La prima e più comune sostiene che nel foro contenzioso si è tenuti al risarcimento sia in caso di dolo che di *culpa lata, levis* o *lievissima* in forza della legge Aquilia, mentre nel foro interno solo per dolo o *culpa lata*⁽¹⁴⁹⁾. La seconda, proposta da Panormitano, ritiene, invece, che

in coscienza, poiché solo essa stabilisce in modo certo e adeguato al caso concreto la pena, « cum hodie omnes poenae sint arbitrariae, l. hodie, ff. de poenis. et quamvis poena esset pro aliquo delicto a lege simpliciter imposita, potest tamen ex multis circumstantiis augeri et minui ut ibi habetur, et in l. aut facta, ff. de poenis. ideo ignarus est adhuc ipse reus quantam debeat poenam, quod praetendere non potest, quando poena ipso iure est imposita, quia ab ea iudex discedere non potest » (*Ibidem*).

⁽¹⁴⁷⁾ Ivi, n. 16.

⁽¹⁴⁸⁾ Ivi, n. 17.

⁽¹⁴⁹⁾ Tale tesi è sostenuta in origine da SINIBALDO DEI FIESCHI, *Commentaria super libros quinque Decretalium*, Francofurti a. M., 1570 (ed. an. Frankfurt a M., Minerva, 1968), in X. 5.12.6, c. *sicut dignum, de homicidio voluntario*, n. 5, f. 510va: « Sed tamen in foro poenitentiali non videtur, quod teneatur ad emendam damni, et poena est ei imponenda de negligentia, non poena de damno, arg. 15. q. 2 inebriaverunt [c. 9 C. XV. q. 1]. Lex autem civilis, quae intendit circa conservationem patrimoniorum, constituit, quod etiam ad restitutionem damni teneretur. Item bene fatemur, quod si aliquo modo intenderet per ignem dare damnum, quod etiam tunc in foro poenitentiali condemnaretur. et idem dico si non intenderet sed in lata culpa esset », e ripresa poi da vari altri, tra cui LUDOVICO ROMANO che ritiene Innocenzo IV *unicum in mundo* nel proporla in *Singularia celeberrimi iuris utriusque monarchae D. Ludovici Pontani Romani*, Venetiis, 1557, n. 106 (*Damnum dans ex culpa levissima, an in foro conscientiae teneatur. Et quid de iure civili*), f. 15v: « Pridie fui interrogatus, an contra damnum dantem ex culpa

non vi sia ragione di distinguere in base al grado di colpevolezza e che si sia ugualmente tenuti tanto nel foro esterno quanto in quello penitenziale⁽¹⁵⁰⁾. L'udinese preferisce non seguire queste distinzioni che partono, in ogni modo, dal presupposto di una possibile comune vigenza in entrambi i fori della norma penale che impone il risarcimento del danno. Non si tratta di distinguere tra dolo o colpa, classificazioni della responsabilità che operano sul piano giuridico ma che risultano improprie per misurare la *culpa* morale, quanto piuttosto di riconoscere una specifica identità e criteri propri al giudizio dell'anima:

« Ego vero in hac quaestione puto totum pendere ab ipsius causam damni dantis conscientia, idest remorsu, et animi sui iudicio, nam si sentit se vere fuisse negligentem, et in peccato ipsius negligentiae, puto quod teneatur, et praecipue tenebitur, si hoc dictantem conscientiam suam senserit, nam scimus quem hoc foro teneri, licet quid faciat, quod licet, si tamen illicitum esse putat »⁽¹⁵¹⁾.

Deciani, dopo aver analizzato in modo puntuale *dolus* e *culpa* come *elementa delicti*, caratteri psicologici necessari per l'esistenza

levissima possit agi, seu idem teneatur in foro conscientiae? est certum de iure civili quod sic. ut l. in lege Aquil. cum simil. ff. ad l. Aquil. sed secus in foro conscientiae: quia tunc non tenetur, dictum est Innoc. unicum in mundo in c. sicut dignum ad fi. de homi. tene menti perpetuo »; ANTONIO CORSETO, *Singularia*, Venetiis, 1557, in verb. *Forum conscientiae*, n. 1, f. 138r: « In foro animae quis tenetur ad emendam damni, quando fuit in dolo vel in lata culpa, quae aequiparatur dolo, l. quod nerva. ff. depos. secus si fuit in levi vel levissima culpa, licet enim tunc posset agi ad emendam damni in foro contentioso lege Aquilia, qui tendit ad conservationem patrimonii, ut in l. Aquil. ff. ad l. Aquil. secus in foro animae quia imponeretur poenitentia iuxta modum culpae »; TOMMASO GRAMMATICO, *Decisiones novissimae*, Venetiis, 1547, *Decisio III*, n. 16.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. PANORMITANO, *Commentaria in Quartum et Quintum Decretalium Librum*, Venetiis, al segno della Fontana, 1571, in X. 5.36.5, c. *si egressus, de iniuriis et damno dato*, n. 1, f. 197ra: « et hoc dictum Innocentii est valde singulare, de quo multum dubito, quare forus animae debeat discrepare a foro contentioso, cum hic lex sit valde rationalis ». Esiste poi una terza tesi che, ancorata alla glossa « *Fraternitas tua* », tende a separare concettualmente la pena dalla penitenza e ad escludere che il risarcimento inteso come pena sia dovuto *in foro conscientiae*, in questo senso cfr. l'argomentazione di DECIO, *In Decretales Commentaria*, cit., in X. 2. 19. 11, c. *quoniam contra, de probationibus*, nn. 122-129, f. 235va-b.

⁽¹⁵¹⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, XII *De Conscientia et eius potestate*, n. 18.

di un reato, non vuole che tali istituti per i quali ha ritagliato un definito significato giuridico e una precisa funzione nella costruzione delle fattispecie criminose, possano essere interpretati come strumenti per mettere in comunicazione *forus fori* e *forus poli*.

L'utilizzo delle fonti in questa parte del *Tractatus* è misurato e sapientemente indirizzato alla rappresentazione di un sistema penale autonomo, dotato di principi e regole che traggono la loro forza dalla legge e che esercitano ed esauriscono la loro efficacia nell'alveo del diritto. L'autore raccoglie dalla letteratura teologica e dai commenti dei *doctores iuris* solo quei tasselli che servono a comporre il suo quadro generale; estrapola argomenti e *rationes* da discorsi più ampi e li piega al suo ragionamento rivolto unicamente ai *criminalia*. Non è tanto l'originalità delle opinioni che va cercata, quanto la capacità di guidare il lettore lungo un percorso coerente, nel quale il diritto punitivo guadagna dignità scientifica e strumenti tecnici. Obiettivo è quello di presentare un disegno complessivo che faccia emergere i tratti distintivi della disciplina e che offra un'immagine del penale adeguata alle esigenze politiche e al clima culturale del XVI secolo: Deciani prima compie nelle fonti un lavoro di raccolta dei riferimenti e dei *loci* che possono avere una qualche rilevanza, poi li rielabora disponendoli in modo da costruire una parte generale capace di dare un volto chiaro alla materia.

Nelle *Summae* o nei testi dei commentatori i riferimenti al problema della legge penale in coscienza sono inseriti in riflessioni più ampie e complesse, che coinvolgono questioni teologiche e distinzioni sottili ⁽¹⁵²⁾: Deciani semplifica e aggiorna. Le questioni

(152) ANGELO CARLETTI, *Summa angelica*, cit., in verbo «Lex», n. 3, f. 188v, si chiede prima se una qualsiasi legge — non solo la penale — obblighi il suo trasgressore al peccato mortale, e avanza in proposito articolate distinzioni (a seconda che la legge abbia in sé *materiam praeceptivam*, contenga *verba praeceptiva* o *inhibitoria*, utilizzi il verbo *debere*, commini la *poena excommunicationis*, disponga *per virtutem obedientie vel sub pena maledictionis eterne*, vi sia una *consuetudo* che obblighi *ad mortalem* e in tutti questi casi obbliga *ad mortalem*, oppure la legge utilizzi *verba imperativa* o *communica* che, invece, non obbligano sotto pena di peccato mortale), poi elenca i casi nei quali la *lex pur praeceptiva* non obbliga *in foro conscientiae* e tra questi, oltre a quelli di legge ingiusta, indica la legge penale, n. 4, f. 189r: «*quia ante condemnationem non tenetur quis solvere in foro anime poenam, ut est glo. singularis in c. fraternitatis xii. q. ii (c. 11, C. XII, q. 2)*». Anche BAPTISTA DE SALIS, *Summa Roselle de casibus conscientiae*,

centrali sono per lui, e per gli autori del Cinquecento, la validità della legge penale nel rapporto tra *forus fori* e *forus poli*, la necessità di indicare le prerogative del giuridico e della morale per una chiara ripartizione di competenze e l'individuazione dei criteri per una netta separazione. La soluzione che propone, pur con le *limitationes* tradizionali, è semplificante perché radicale: delitto e pena appartengono al giudizio contenzioso, esercitato dal *iudex* attraverso l'applicazione delle norme, e si fondano solo sulle leggi. Non ha importanza il contenuto, il modo di formulazione, la forma del precetto, poiché la *lex* è già in sé espressione di un contesto politico, di un potere pubblico che s'interessa dell'esperienza giuridica e regola i comportamenti esterni dei cittadini. Altro è il foro penitenziale, dove il rapporto tra confessore e peccatore è disciplinato secondo canoni differenti, in vista di fini spirituali.

III.5. *Il giudice repraesentans personam Principis e il giudizio secundum legem*

Il confronto tra regole del foro interno ed esterno si ripercuote sui criteri che devono guidare il comportamento e la decisione del giudice: se nel primo si deve giudicare *secundum veritatem*, nel secondo ci si basa invece sulle *praesumptiones* e *fictiones iuris*. La separazione tra sfera giuridica e morale sulla quale tanto insiste Deciani, tema cruciale per liberare le potenzialità autoritarie del Principe e per dare un volto nuovo alla *potestas* del legislatore, conosce un inevitabile momento di intersezione e, dunque, di

Argentine, 1516, *in v. Lex et constitutio*, n. 17, f. 156v, si occupa del problema dell'obbligatorietà in coscienza della legge positiva e della *lex iusta*, senza però riferimenti particolari alla legge penale, mentre BARTOLOMEO PISANO, *Summa de casibus conscientiae*, Venetiis, apud Nicolaus Girardengus, 1481, *in v. Lex et constitutio*, § *Sed nunquid*, alla domanda « inter leges imperiales que nunc vigent sint aliqui casus illiciti et secundum animam non servandi? », risponde elencando diciotto ipotesi di conflitto tra norme positive e coscienza, tra cui anche alcune che riguardano la sfera dei delitti, come la possibilità di uccidere l'adultero o il *latronem*. La prospettiva dei sommi resta sempre quella della *salus animarum* e del conflitto tra coscienza e leggi umane *peccati enutritivae* o *iniustae* secondo i tre criteri stabiliti da san Tommaso: il problema non è certo quello di cercare una separazione tra fori, quanto di guidare il fedele nell'intreccio continuo d'obblighi giuridici e doveri morali.

possibile contraddizione, nella coscienza del *iudex*. Il problema sta tutto nella *celebris* e controversa *quaestio* se il giudice sia tenuto in giudizio a seguire « conscientiam suam dumtaxat, vel potius iuris terminos, ut secundum allegata et probata iudicet »⁽¹⁵³⁾. Il tema impegna già i glossatori e continua poi ad essere discusso poiché costituisce uno snodo fondamentale per la distribuzione di pesi e contrappesi tra giudice e legislatore e per lo sviluppo di un modello processuale che sia strumento di attuazione della legge⁽¹⁵⁴⁾.

Come nel caso dell'obbligatorietà della legge penale, anche in questa ipotesi Deciani presenta le diverse e contrapposte opinioni e poi aderisce all'*opinio communis*, motivando la scelta con argomentazioni che sostengono la tenuta del suo complessivo percorso d'esaltazione della legge scritta. L'occasione dello scontro tra verità di coscienza e verità della legge lo porta a riflettere sui limiti della *potestas iudicis* e ad interpretare le fonti in modo da eliminare nel giudicante il conflitto interiore, trasferire sulla legge ogni responsabilità della decisione e spostare la contesa dal dualismo foro interno/foro esterno alla dicotomia tra il giudice *ut iudex* o *ut privatus*.

L'opinione secondo cui il giudice è tenuto a giudicare *secundum conscientiam* va attribuita in origine a Martino, ma poi è successivamente ripresa da altri con diverse motivazioni. Per i teologi chi agisce contro coscienza *aedificat ad gehennam* e *peccat mortaliter*. Ma vi sono anche giustificazioni dei giuristi, che difendendo il dovere del giudice di ricercare e affermare la *veritatem rei* indipendentemente o a volte anche in contrasto con quanto emerso *per affirmationem litigantium*, gli riconoscono, di conseguenza, il potere-dovere di distaccarsi dalle risultanze processuali qualora abbia maturato una convinzione diversa⁽¹⁵⁵⁾.

(153) DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, XIV *Conscientiae veritas*, n. 3.

(154) Un'attenta e documentata ricostruzione del tema, con particolare attenzione alla fase genetica del dibattito nel XII-XIII secolo e alle diverse tesi di civilisti e canonisti è ora in A. PADOA-SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, il Mulino, 2003, pp. 251-292; ricchi di spunti sono anche i saggi contenuti nel volume *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, sous la dir. de J.-M. Carbasse-L. Depambour-Tarride, Paris, PUF, 1999.

(155) Un elenco delle *rationes* favorevoli all'una e all'altra soluzione sono esposte da PILLIO DA MEDICINA, *Quaestiones sabbatine* [Quaestiones auae, 1560], ora in *Corpus glossatorum iuris civilis*, IV, Augustae Taurinorum, ex officia erasmiana, 1967, Quae.

Bulgaro, Accursio e Odofredo sostengono, invece, che il giudice debba attenersi ad *allegata et probata* e non possa né integrare le circostanze di fatto né decidere senza prove addotte dalle parti ⁽¹⁵⁶⁾. Pur con differenti sfumature questa diviene l'opinione prevalente, fondata sulla *ratio* delle diverse posizioni e dei differenti ruoli rivestiti dal giudice come privato o come giudice, e sulle relative specifiche competenze processuali ⁽¹⁵⁷⁾. Lo sdoppiamento di funzioni fa emergere l'immagine del *iudex* come soggetto che esercita nel processo una *publica potestas*, « ergo in iudicando sequi debet publicam scientiam, et publicam normam, et regulam sibi in iudiciis praestitutam, quae est, ut secundum allegata et probata iudicet » ⁽¹⁵⁸⁾. Il quadro è ulteriormente complicato dalla canonistica, che somma nello stesso soggetto — il giudice canonico — anche la funzione di confessore ministro di Dio, ruolo che gli consente di venire a conoscenza della verità nel segreto dell'atto penitenziale.

Il termine *conscientia* si carica di più significati e copre un'area semantica che comprende la conoscenza del fatto, la conoscenza della legge e la coscienza (*Kenntnis der Tat, Kenntnis des Gesetzes, Wissen*), e diviene nella mentalità medievale lo specchio dell'*ordo* nel quale Chiesa e mondo, religione e scienza giuridica secolare, si fondono in un'esperienza unitaria e inscindibile. La stessa idea del giudice come persona privata o come titolare di un *officium* vinco-

CVIII, *An iudex secundum allegata, et probata, an secundum conscientiam iudicare tenetur* (pp. 187-188).

⁽¹⁵⁶⁾ Cfr. GLOSSA « *Veritas* », in D., 1, 18, 6, 2, *l. illicitas, de officio praesidis*, § *veritas*.

⁽¹⁵⁷⁾ In questo senso AZONE, *Summa codicis*, 2. 10, n. 2, col. 80 su cui cfr. K. W. NÖRR, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1967, p. 30. Aderisce alla opinione attribuita a Bulgaro anche Jacques de Revigny, come mostrato nella *quaestio* edita in D. MAFFEI, *Il giudice testimone e una "quaestio" di Jacques de Revigny*, in « *Revue d'histoire du droit* », XXXV, 1967, pp. 54-76, utile anche per una ricostruzione del primo dibattito tra glossatori.

⁽¹⁵⁸⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, XIV *Conscientiae veritas*, n. 3. L'autore riporta anche una *mediam viam* tra le due contrapposte tesi, secondo la quale deve prevalere sempre la soluzione più favorevole al reo: se il giudice è a conoscenza della colpevolezza dell'imputato ma risulta innocente dagli atti deve assolverlo, se invece sa che è innocente ma nel processo risulta colpevole allora può delegare il giudizio ad altro magistrato o rivolgersi al Principe.

lato alle allegazioni delle parti, delegato e rappresentante di un potere che gestisce in nome di altri, matura grazie al contributo della canonistica e della teologia nella definizione dei poteri e dei vincoli del confessore. Ma il dibattito tra giudizio *secundum conscientiam* o *secundum allegata et probata* si traduce anche in opzioni a favore di differenti modelli processuali e la scelta, incidendo su limiti e doveri dei giudici, inevitabilmente si ripercuote sull'alternativa tra rito accusatorio, nel quale — secondo uno schema ormai noto — sono le parti i protagonisti e la verità emerge dal dibattimento e dalle prove addotte per convincere il giudice arbitro, e rito inquisitorio, dove, invece, il giudice assume poteri più vasti, sproporzionati rispetto a quelli delle parti, sia nell'iniziativa dell'indagine che nella raccolta delle prove e nella conduzione del processo ⁽¹⁵⁹⁾.

Questione delicata, la decisione secondo coscienza o secondo le formali risultanze degli atti incrocia diversi aspetti centrali dell'ordinamento giuridico e investe temi generali: il rapporto tra diritto e morale e tra sistema giuridico e precetti religiosi, la caratterizzazione del processo penale con regole autonome dal civile ⁽¹⁶⁰⁾, ma anche l'assetto costituzionale e la distribuzione di poteri riflessi nelle tipologie processuali. Cifra della complessità dell'esperienza giuridica, interroga *doctores* e teologi lungo tutto il Medio Evo e giunge con inalterata carica di problematicità fino al Quattro e Cinque-

⁽¹⁵⁹⁾ Sugli intrecci tra *Verhandlungsmaxime* e rito accusatorio, e tra *Untersuchungsmaxime* e giudizio *ex officio*, cfr. NÖRR, *Zur Stellung des Richters*, cit., che sottolinea (pp. 93-94) come il graduale venir meno delle differenze tra modello accusatorio e inquisitorio per il diffondersi di una *mixtura* che tende ad aumentare sempre più i margini d'intervento del giudice, attenui l'importanza del principio dell'*allegata et probata*, e come sia l'emergente criterio dell'*utilitas publica* a modificare l'assetto delle facoltà e dei compiti che *principaliter radicantur in parte, vel principaliter in iudice*. In proposito cfr. anche A. PADOA-SCHIOPPA, *Sur la conscience du juge dans le ius commune européen*, in *La conscience du juge*, cit., p. 127.

⁽¹⁶⁰⁾ La scelta tra giudizio *secundum conscientiam* o *secundum allegata et probata* è stata occasione di distinzioni tra processo civile e penale. Secondo Martino nelle cause civili il giudice può decidere secondo verità, mentre nelle penali deve sempre attenersi agli atti e non può emettere sentenza senza un accusatore, anche se conosce la colpevolezza del soggetto. Opinione prevalente è invece che nei giudizi criminali, per la delicatezza della materia e la pesantezza della sanzione, il giudice non può andare contro la verità di coscienza. Deciani si riferisce al giudizio penale, e sembra aver superato ogni distinzione, poiché anche in esso ci si deve attenere alle risultanze processuali e alla legge.

cento ⁽¹⁶¹⁾. Giovanni da Capistrano nello *Speculum conscientiae*, edito nel 1441 e poi inserito nel *Tractatus Universi Iuris*, sembra optare per il giudizio *secundum veritatem*, ma la tortuosa e complessa trama del suo ragionamento dimostra tutta la difficoltà dell'argomento e testimonia la fatica di giungere ad una soluzione lineare, chiara e definitiva. I piani si intrecciano, le giustificazioni si accavallano, giudizio di coscienza e giudizio della legge si separano ed è sempre più faticoso ricomporre un quadro armonico in cui *veritas* e *iustitia* coincidano ⁽¹⁶²⁾.

Da un lato c'è il doveroso e sacro rispetto per il giudizio di coscienza, declinando dal quale si cade nel peccato, tanto che « minus malum est contra ordinem iuris pro veritate iudicare, quam servato ordine contra veritatem et iustitiam iudicare » e poiché « potius deberet iudex omnia mala pati, quam innocentem contra veritatem et iustitiam condemnare » è « tutius sequi conscientiam informatam de veritate, quam sequi allegata et probata » ⁽¹⁶³⁾. Il giudice deve orientare sempre le sue decisioni alla verità, anche se essa è in contrasto con le risultanze probatorie, imperfette finzioni

⁽¹⁶¹⁾ Nel *Tractatus Universi Iuris*, sintomatico dell'orientamento prevalente del Cinquecento, oltre alla specifica opera del Capistrano, il problema è affrontato da diversi autori, tutti orientati verso il giudizio *secundum leges*, cfr. ALBERICO DA ROSATE, *Commentariorum de Statutis Libri IV*, in *Tractatus Universi Iuris*, cit., t. II, lib. III, q. LIII, n. 1, f. 63rb: « Item pone, aliquis commisit delictum vidente potestate, non tamen probatur maleficium per aliquos testes, nunquid potestas ex eo quod vidit, poterit malefactorem condemnare? Doctores tenent, quod non, quia non debet secundum conscientiam iudicare (...) hoc enim non est sibi notum, ut iudici, sed ut privato »; GIOVANNI GRASSI, *Arbor iudiciorum praestantissimi utriusque iuris monarchae. Opusculum domesticum*, in *Tractatus universi iuris*, t. III, pars 1, Quintum principale, *De floribus huius arboris iudicariae, hoc est de probationibus*, n. 2, f. 25rb; IACOBUS GENTILIS, *De ordine iudiciorum*, ivi, t. III, pars 1, n. 32, f. 41vb; PARIDE DEL POZZO, *De syndacatu omnium Officialium*, ivi, t. VII, ver. *Allegationes*, nn. 5-6, f. 241vb.

⁽¹⁶²⁾ Sulla ricerca del difficile equilibrio tra verità di coscienza e verità della legge, cfr. A. POPPI, « *Veritas et Iustitia* » nello « *Speculum conscientiae* » di Giovanni da Capistrano, in *S. Giovanni da Capistrano nella Chiesa e nella società del suo tempo*, a cura di E. e L. Pasztor, L'Aquila, 1989, pp. 141-163, che vede nel santo un'inclinazione verso il giudizio *secundum conscientiam*. Diversa l'interpretazione in PRODI, *Una storia della giustizia*, cit., p. 195.

⁽¹⁶³⁾ Le citazioni, tutte ispirate da passi della Scrittura o da riferimenti a teologi, sono tratte da GIOVANNI DA CAPISTRANO, *Speculum conscientiae (anno 1441 edito)*, in *Tractatus universi iuris*, cit., t. I, n. 174, f. 347vb; n. 201, f. 349ra; n. 191, f. 348vb.

giuridiche. Ma, dall'altro lato, c'è la *communis opinio doctorum*, civilisti e canonisti, stabilmente inclinata nell'opposta direzione del rispetto di *allegata et probata*: tra la legge eterna, sulla quale si fonda il giudizio di Dio che conosce l'*ipsam rerum veritatem*, e la *lex* dell'uomo *quae posita est*, esiste uno scarto incolmabile, tanto che « si homo solum secundum conscientiam teneretur iudicare, posset perversus iudex reos absolvere, et econverso, et ita periret iustitia » (164).

La giustizia dell'uomo non può conformarsi a quella divina perché rischierebbe di divenire arbitraria, soggetta agli abusi del giudice, fonte di ingiustizia; occorrono criteri fissati dall'esterno, cioè dalla legge, fissi e uguali per tutti, capaci di guidare e limitare l'operato del magistrato. Il ragionamento è quello consueto che trasferisce sul dettato del legislatore la responsabilità del giudizio, per cui anche nell'ipotesi del giudice che condanna a morte, non è lui che decide, *sed ipsa lex*, poiché « lex autem, quae posita est ad iudicandum ea, quae possunt convinci, vel probari, nullo modo repraehensibilis est iudicando convicta, vel confessa » (165).

Veritas iudicii e *veritas facti* sono sostanzialmente differenti, dovrebbero coincidere — certo questi devono essere la tensione e il fine del processo — ma possono anche non incontrarsi. Dovere del *iudex*, nell'esercizio della sua *publica potestas*, è comunque sempre quello di attenersi alle risultanze processuali e formali, di rispettare e applicare la legge:

« Veritas vero iudicii est respectu convictionis, vel probationis legitimae facti, vel rei. Ex illa igitur lege non concluditur quod iudex debeat iudicare secundum conscientiam veritatis facti, sed secundum veritatem iudicii, idem convictionis et legitimae probationis facti. Unde dicitur, iudicabunt iudicii veritatem, et facies quaecunque dixerint, iuxta legem » (166).

Se le pagine del santo abruzzese ancora trasmettono l'irrisolvibilità del conflitto e il tormento interiore che si rinnova nella

(164) Ivi, n. 140, f. 346vb.

(165) *Ibidem*.

(166) *Ibidem*.

coscienza del giudice, Deciani, più di un secolo dopo, prende una posizione decisa e propone una soluzione che risolve il contrasto separando in modo netto il campo giuridico da quello morale, tracciando chiari confini tra *forus fori* e *forus poli*. La duplicità dei fori si riflette anche nella tanto sottile quanto funzionale distinzione terminologica tra *conscientia* e *scientia privata*: il problema di coscienza del giudice non è più prioritario nel *Tractatus*, dove l'autore solo riprende l'opinione già affermata per cui il magistrato può rimettere la causa ad altra corte e riscrivere al Principe per evitare un giudizio che sarebbe contrario alla sua coscienza e *peccati enutritivus*. L'importante, però, è che il magistrato non giudichi secondo la propria conoscenza dei fatti come privato cittadino, che cioè confonda la funzione delegata di amministrare la giustizia in nome del Principe e sulla base delle leggi, con le informazioni che può avere come persona privata. Si vuole vincolarlo alle leggi perché esse sole giustificano e, di conseguenza, anche delimitano il potere; si vuole evitare la possibilità che decida una controversia arbitrariamente sulla base di fatti, conoscenze o circostanze comunque non risultanti dagli atti, non rientranti nelle dinamiche processuali⁽¹⁶⁷⁾. Al giurista Deciani ciò che più interessa è chiarire la separazione dei ruoli e delle competenze tra il *iudex ut iudex* e *ut privatus*, mentre sembra risolto il problema del rispetto della verità di coscienza.

Aderisce alla *communis opinio* per cui il *iudex* deve giudicare non *ex arbitrio suo* e sulla base della propria *domestica voluntas*, ma *iuxta leges et iura*:

« et ratio pro hac parte adducta videtur inevitabilis. iudex enim duas sustinet personas, alteram iudicis, alteram privati, si tanquam privatus vult iudicare non potest. l. privatorum. C. de iurisd. omn. iudic. [C. 3, 13, 3] ergo necesse est, quod iudicet ut iudex, ergo secundum iudicis regulas et leges ei datas iudicare debet, quia aliter potestas ei data non est, nisi ut secundum leges iudicet, sed secundum leges nemo potest esse iudex et

⁽¹⁶⁷⁾ La tesi di Deciani è l'opinione comune nel Cinquecento, riferita nelle *practicae* senza particolari spiegazioni né giustificazioni; cfr. CLARO, *Liber V*, cit., § *Finalis*, quae. 66, v. *Scias autem*, n. 2, p. 364: « haec discussio, quae fieri debet a iudice super condemnatione rei, debet fieri non secundum ipsius credulitatem aut opinionem, sed secundum probationes factas in processu. Nam iudex tenetur iudicare secundum acta, et probata, etiam si sciat veritatem esse in contrarium ».

testis, quia esset iudex in causa propria, ergo iste non potest iudicare secundum conscientiam, quae sola testis est, cum enim vidit aliquem delinquentem, vidit ut privatus, et cum iudicat, iudicat ut iudex »⁽¹⁶⁸⁾.

La *potestas iudicandi* deve essere esercitata *secundum iudicis regulas et leges* ed è concessa solo nei limiti rigorosi delle leggi: è evidente l'insistenza di Deciani nell'utilizzo del termine *lex*, che assorbe il brocardo *allegata et probata* ma anche esprime con più forza l'immagine nuova del potere. Nella norma positiva si concentra la *potestas publica* del Principe o dello Stato, essa costituisce l'origine e la giustificazione unica del potere giurisdizionale, essa sola è lo strumento con il quale si determinano i contenuti e i limiti del mandato che l'autorità centrale conferisce ai giudici, quali organi inferiori e sottoposti al rispetto del dettato normativo⁽¹⁶⁹⁾. L'idea del *iudex* quale organo e titolare di una pubblica funzione, la concezione di un apparato giudiziario che agisce come proiezione del potere centrale sul territorio, istituito, gestito e controllato attraverso la legge, si reggono sull'immagine del giudice rappresentante, delegato o mandatario. Una raffigurazione dei rapporti istituzionali e amministrativi che fatica ad imporsi sul sostrato medievale, ma che nel Cinquecento si consolida nelle strategie degli Stati premoderni⁽¹⁷⁰⁾. *Fictiones iuris* note ai giuristi, di cui Deciani si serve per descrivere gli equilibri istituzionali dello Stato in espansione e i rapporti tra potere legislativo e giudiziario:

« sic ergo et in proposito, cum iudicat ut iudex, debet induere in

⁽¹⁶⁸⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, XIV *Conscientiae veritas*, n. 3.

⁽¹⁶⁹⁾ Come osserva J.-M. CARBASSE, *Le juge entre la loi et la justice: approches médiévales*, in *La conscience du juge*, cit., pp. 77-78, la formula *secundum allegata* vuole legare il giudice al rispetto del principio di legalità: concetto di legalità che, già espresso nelle fonti romane (I. 4, 17, *De officio iudicis*, pr.), assume un carattere 'composito' nel periodo medievale e poi, a partire dal XVI secolo, in modo sempre più stringente, rinvia alle disposizioni di natura legislativa emanate dal principe o dal re. Questo processo, che crea nel magistrato una dipendenza più diretta dal legislatore positivo, traspare in modo chiaro nelle pagine di Deciani.

⁽¹⁷⁰⁾ Sul punto si rinvia a L. MANNORI, *Il sovrano tutore. Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (secc. XVI-XVIII)*, Milano, Giuffrè, 1994, specie pp. 407-426.

omnibus personam iudicis, et exuere privatam, cum vero videt ut privatus, similiter in totum exuit personam iudicis, et ad hic dicta de duplici persona sive duplici conscientia iudicis facit (...) sic in proposito, cum iudicat ut iudex, non iudicat ut talis, sed tanquam repraesentans personam Principis, vel Reipublicae quae ipsi mandavit iurisdictionem, ergo secundum ipsorum voluntatem, et conscientiam iudicare debet. cum igitur mandent leges eorum, ut secundum allegata et probata iudicet. d. § veritas. debet et secundum hoc mandatum iudicare, non autem secundum propriam conscientiam, quam habet uti privatus, non uti iudex et leges exercens sibi commissas » (171).

Il ragionamento non è certo originale, anzi si pone in pieno nel solco della tradizione azoniana. Ma gli argomenti sono più convincenti, la carica nuova del binomio *princeps-lex* offre al discorso una tenuta più solida e convincente e soprattutto colloca il tema in un quadro istituzionale generale, plasmato dalla volontà egemonica del vertice di governo, organizzato dalle norme positive come concretizzazione della *publica potestas*. Il giudizio *secundum allegata et probata* è ricondotto ad una necessità politica, e si giustifica in forza di incarichi e ordini che provengono dal centro e che si diffondono sui soggetti periferici e sottoposti (172).

III.6. *Verità della legge e verità di coscienza: il penale del Principe erige le sue difese*

Resta da risolvere il possibile conflitto che si consuma nella coscienza del giudice, per impedire che dalla legge sia messo in

(171) DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, XIV *Conscientiae veritas*, n. 4.

(172) Cfr. DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, XIV *Conscientiae veritas*, n. 6: « in proposito quaestione iudex non debet secundum eius voluntatem et conscientiam iudicare, sed secundum voluntatem eius, qui illum misit, idest Principis, vel Reipublicae quae ei potestatem dedit, et qui iussit, ut secundum leges et secundum allegata et probata iudicaret ». La *ratio* dell'esercizio del pubblico potere come fondamento del giudizio *secundum allegata* si trova anche in VALERO, *Differentiae inter utrumque forum*, cit., § *Iudex*, *Diff. prima, Iudex, in foro Iudiciali, tenetur iudicare secundum alligata, et probata. Secus in foro conscientiae*, nn. 1-2: « Iudex nedum in civilibus, sed etiam in criminalibus, tenetur iudicare secundum allegata, et probata, licet ut persona privata sciat veritatem esse in contrarium (...) Est et alia ratio: quia scilicet potestas publica requirit notitiam publicam ».

condizione di commettere peccato. Quello che Deciani vuole evitare è il giudizio che si fonda sulla *privatam scientiam* del magistrato, ovvero sulla conoscenza dei fatti avvenuta fuori dal processo e dalle regole formali, ma non può certo giustificare l'agire *contra conscientiam*. La distanza tra il *forus fori* e il *forus poli* riemerge con decisione e si manifesta in due diverse forme di legge, quella *publica et scripta* e quella *privata et conscientiae*. L'udinese, però, introduce distinzioni che spostano il conflitto fuori dalla sfera morale e penitenziale e riescono a giustificare l'agire del giudice nel pieno rispetto della legge, eliminando ogni possibile frizione tra verità della legge e verità di coscienza. Altro è *iudicare secundum scientiam visu perceptam* e altro *secundum conscientiam iudicio conceptam*: se la decisione si fonda sull'opinione formata in giudizio, il giudice è sempre nel giusto, poiché rispetta la *conscientiam* che ha non come privata persona ma come giudice ⁽¹⁷³⁾.

La finzione giuridica che scinde la persona *uti privatus* e come titolare della funzione, comporta anche uno sdoppiamento della coscienza: decidere *secundum allegata et probata* significa, per chi esercita potere giurisdizionale, giudicare congiungendo *conscientia* e *iustitia*, cioè *secundum conscientiam et scientiam legibus formatam*, come maturata nel corso del processo ⁽¹⁷⁴⁾. Poiché tutto il *fundamentum conscientiae* dipende *ab opinione*, se il giudice ritiene di agire correttamente in base agli atti, anche se contro la sua *privatam*

⁽¹⁷³⁾ Lo sdoppiamento del concetto di coscienza ai fini della decisione giudiziale era stato già espresso da BALDO, *In primam Digesti veteris*, cit., in D. 1.18.6.1, *additio ad § Veritas*, f. 68rb: « Et nota quod duplex est conscientia scilicet rei et dicti. unde iudex licet faciat contra conscientiam rei, non facit contra conscientiam dicti iudicando secundum probata: nam sic eum, in quantum iudex, pronunciare oportet ».

⁽¹⁷⁴⁾ Cfr. DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, XIV *Conscientiae veritas*, n. 11: « Advertendum tamen, quia aliud esse puto iudicare secundum scientiam visu perceptam, aliud secundum conscientiam iudicio conceptam, possum enim iudicare absolvendo vel condemnando secundum allegata et probata, quia puto ita mihi esse iudicandum et ita conscientia mea mihi dictat, ut quamquam contrarium certo sciam, tamen cum iudicis personam teneam, debeam secundum ipsius officium idest secundum allegata et probata iudicare, et ideo tali casu non dicor iudicare contra conscientiam, sed imo secundum eam, licet iudicem secundum scientiam, quam habeo uti privatus (...) et ideo concludendum, quod si non putet se bene agere iudicando contra id, quod vidit, nullo modo iudicare potest, at si credat sibi licere, prout credere potest, ex supra deductis poterit, nam ut dicam in seq. capi. totum fundamentum conscientiae dependet ab opinione ».

scientiam, può stare tranquillo: finché decide *secundum iuris ordinem* non commette peccato ⁽¹⁷⁵⁾.

Sembra quasi che Deciani, in questa continua inversione e distinzione dei piani tra dovere istituzionale e obbligo etico, tra coscienza e conoscenza, voglia semplificare i dubbi del giudice, allontanare il rischio del peccato, emarginare o attenuare il rigore del giudizio morale: in campo giuridico, e tanto più nell'*officium* che riveste il magistrato, l'importante è evitare intromissioni personali, deviazioni dalla legge, influenze incontrollabili perché non verificabili, opinioni arbitrarie perché private, mentre i dubbi di coscienza restano al margine. Nella *regula* il vocabolo *conscientiam* è trasformato in *privatam scientiam*, e grazie a questa precisazione terminologica e concettuale Deciani recupera e conferma la validità della massima consolidata dalla tradizione:

« Tenenda est ergo communis conclusio, et Theologorum et Canonistarum quod iudex, qui unum certo scit per sensum corporeum, aliud tamen sibi faciendum esse cognoscit ex allegatis et probatis, si putat sibi licere iura servare contra propriam scientiam, potest iudicare secundum iuris ordinem postposita scientia sua tamquam privata, et non peccabit. et ratio est, quia licet pronunciet contra scientiam suam non tamen pronunciat contra conscientiam, cum putet sibi id licere » ⁽¹⁷⁶⁾.

Il rispetto della verità di coscienza è assicurato in casi estremi con vie d'uscita che permettono al giudice di non pronunciarsi, rinviando la decisione direttamente al Principe o ad un tribunale superiore informandoli dei fatti, oppure usando tutti i mezzi possibili per fare emergere la verità in processo, o per dimostrare la non attendibilità e la falsità dei testi ⁽¹⁷⁷⁾. La *regula* che emerge dal

⁽¹⁷⁵⁾ Così si esprime, riferendo la *communis opinio*, anche CLARO, *Liber V*, cit., § *Finalis*, quae. 66, v. *Scias autem*, n. 2, p. 364: « Sic etiam, si iudex credit se cum bona conscientia posse condemnare reum ex probationibus sibi factis uti iudici, licet ipse tanquam privatus sciat eum non esse culpabilem, potest nihilominus eum condemnare, nec peccet, et haec est communis opinio ».

⁽¹⁷⁶⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, XIV *Conscientiae veritas*, n. 13.

⁽¹⁷⁷⁾ La necessità di rispettare i dettami della coscienza, secondo un precetto fondamentale che prescinde dalle regole probatorie, è fatta così salva anche da Deciani; cfr. *Tractatus criminalis*, II, XIV *Conscientiae veritas*, n. 13: « certa sit conclusio, quod

Tractatus è, invece, finalizzata a risolvere un contrasto che coinvolge non l'*animus* del giudicante, ma la sua conoscenza privata dei fatti che rischia di compromettere le certezze filtrate dall'applicazione rigorosa delle norme positive.

Il principio del giudizio *secundum allegata et probata* è piegato da Deciani a servizio del penale 'positivizzato' dal Principe, concepito in modo tale da vincolare strettamente il giudice alla legge e da appianare ogni possibile dubbio del foro interno potenzialmente causa di laceranti contraddizioni tra ordinamento giuridico secolare e universo spirituale. Il fulcro del problema è trasferito sul dovere del giudice, sui limiti della *potestas* definiti nel mandato che riceve dal Principe, su un equilibrio di poteri che ha ora spostato nettamente il baricentro sulle competenze e le facoltà del *conditor iuris*. La conferma viene dal fatto che *in Principe nullum cognoscente superiorem* e nelle sentenze dei supremi organi giurisdizionali, la regola non si applica e questi possono giudicare *secundum propriam et privatam scientiam*. La giustificazione non è un'eccezione, ma anzi deriva dallo stesso fondamento del principio: poiché il Principe può *ipse iura condere, quod est plus*, a maggior ragione è libero di decidere *secundum veritatem e reiecto iuris ordine*. Il giudice deve attenersi agli atti perché « suam iurisdictionem non exerceat, sed demandatam vel iure ordinario vel iure delegationis a Principe »⁽¹⁷⁸⁾ ed è tenuto, perciò, a rispettare puntualmente l'obbligo di applicare le leggi che riceve nel mandato, mentre tale vincolo non esiste in capo al mandante che è l'originario titolare del potere⁽¹⁷⁹⁾.

Anche negli spazi dove legittimamente opera la discrezionalità

non liceat agere nedum id, quod certo sentimus esse contra conscientiam, sed neque id, de quo dubitamus, an liceat, vel non ».

⁽¹⁷⁸⁾ Ivi, n. 19.

⁽¹⁷⁹⁾ I giuristi insistono sui limiti dei giudici ordinari e sulla facoltà di giudicare secondo coscienza concessa solo ai supremi Tribunali, emanazione diretta del potere politico, cfr. BOSSI, *Tractatus varii*, cit., tit. *de partu supposito*, n. 37, f. 220va: « Item advertatur quod si istae coniecturae ponuntur in arbitrio cuiuslibet iudicis, multo magis debent poni arbitrio principis vel Senatus, qui iudicant ex conscientia sua ». In proposito si rinvia ai contributi di G. P. MASSETTO, *Sentenza (dir. intermedio)*, in « Enciclopedia del diritto », XLI, 1989, specie pp. 1204-1205, di A. CAVANNA, *La conscience du juge dans le stylus iudicandi du Sénat de Milan*, in *La conscience du juge*, cit., pp. 229-262, e da ultimo, con riferimento particolare allo *stylus iudicandi* del Senato milanese, di A. MONTI,

del giudice, o nelle non rare ipotesi in cui il Principe deleghi ad altro magistrato la decisione di una causa criminale con la clausola *ut iudicet secundum eius conscientiam*, questi deve conformare il giudizio alle disposizioni di legge e all'*interpretatio prudentium* ⁽¹⁸⁰⁾. Nessun titolare di un potere o di un *officium* giurisdizionale, eccetto il *Princeps* o il Senato, può ritenersi del tutto libero dalle norme, ed anche una clausola che rinvia alla verità di coscienza deve intendersi in modo restrittivo,

« quod talis non poterit leges transgredi, quia intelligi debet delegatio de conscientia legibus munita, et secundum leges regulata, non de ea, quam quisque sibi fabricat » ⁽¹⁸¹⁾.

L'insistenza e la ricchezza argomentativa con cui Deciani ribadisce le ragioni e la forza della massima *secundum allegata et probata*, devono leggersi con riferimento al tentativo di centralizzazione del

Iudicare tamquam Deus. I modi della giustizia senatoria nel Ducato di Milano tra Cinque e Settecento, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 112-128.

⁽¹⁸⁰⁾ Commette crimine di lesa maestà ed eccede i limiti del mandato conferitogli, il magistrato « qui Principis sibi arrogat potestatem, vel auctoritatem » rilasciando un carcerato che ha confessato la sua colpevolezza, poiché « solius est Principis veniam criminum indulgere » (DECIANI, *Tractatus criminalis*, VII, IX *De variis modis, quibus hoc crimen committi potest*, n. 11); ma nello stesso reato incorre anche chi, *dolo malo et animo turbandi iurisdictionem et principis maiestatem*, si arroga i poteri del magistrato o esercita il *merum imperium*, attribuendosi privatamente una *potestas* che può essere delegata solo dal Principe (Ivi, n. 5).

⁽¹⁸¹⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, XVI *Cum quid remissum est iudicis conscientiae, quid ei agendum*, n. 2. Il capitolo prosegue ribadendo alcuni limiti che non vengono superati neppure dalla clausola in questione, come quello per cui non si può giudicare *parte non citata* (n. 3), o quello che prevede la possibilità di appellare la sentenza ad un giudice superiore in caso di grave ingiustizia, « ideo licet regulariter verum sit, appellari non posse a sententia eius, cuius conscientiae causa est commissa, attamen superior poterit ex causa, et gravi praeiudicio partis errata corrigere » (n. 6). Anche Giasone aveva affermato in modo chiaro che, pure nei casi in cui si fa esplicito rinvio alla coscienza del giudice, questa si deve intendere *legibus munita*, poiché il giudizio « non debet conscientia propriam sequi, sed legum et canonum » e poiché « terminus conscientia non importat liberam voluntatem, sed arbitrium boni viri » fondato sulle *leges* (GIASONE DEL MAINO, *In secundam Codicis partem*, Venetiis, 1590, in C. 6. 42. 2, *de fideicommissis, l. etsi inutiliter*, nn. 6-8, f. 161ra).

potere giudiziario in atto nelle nuove formazioni statali ⁽¹⁸²⁾. Il Principe vuole imporre uniformità di giudizio e impedire che corti periferiche e giurisdizioni minori accentuino particolarismi e privilegi che disperdono il potere d'*imperium*, frantumano l'immagine unitaria della *publica potestas* e inevitabilmente indeboliscono l'esercizio delle sue prerogative sovrane. La regola di giudizio che lega i magistrati alla legge nel quadro di una giustizia di apparato, costituisce, oltre che un freno e una possibile clausola di garanzia contro l'*arbitrium iudicis* ⁽¹⁸³⁾, anche e soprattutto un efficace dispositivo tecnico-formale, funzionale al controllo degli orientamenti giurisprudenziali e indispensabile alla formazione di un omogeneo indirizzo interpretativo ⁽¹⁸⁴⁾. È una costruzione teorica esattamente coincidente con quanto il Senato veneziano sta attuando a livello politico, attraverso la concentrazione del potere giurisdizionale in mano alle istituzioni centrali o ad apposite magistrature nominate e

⁽¹⁸²⁾ Spunti interessanti sulle « motivazioni di consolidamento delle ragioni della *Respublica* » che la massima *secundum allegata* assume nel XVI secolo sono in M. TURRINI, *Il giudice della coscienza e la coscienza del giudice*, in *Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra medioevo ed età moderna*, a cura di P. Prodi, Annali dell'Istituto storico italo-germanico, 1994, specie pp. 289-290.

⁽¹⁸³⁾ Cfr. CLARO, *Liber V*, cit., § *Finalis*, quae. 8, v. *Sed pone*, n. 5, p. 223: « Licet enim lex multum de iudice confidat, vult tamen quod secundum acta et probata iustitia ministretur: alias posset iudex aliquem suspendi facere, et dicere quod ipse vidit aliquod maleficium ab eo committi: quod esset intolerandum ». Se il giudice personalmente vede commettere un delitto può aprire il procedimento *ad inquirendum* senza il bisogno di *querela*, ma anche in tale ipotesi è tenuto a dare al reo copia degli atti processuali e a rispettare i termini di difesa.

⁽¹⁸⁴⁾ Ampi riferimenti alla stretta relazione tra giudizio *secundum legem* e processo di costruzione e unificazione dello Stato sul piano giurisdizionale, sono per esempio in G. GORLA, *I Tribunali Supremi degli Stati italiani, fra i secc. XVI e XIX, quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati (Disegno storico-comparativo)*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, I, Firenze, Olschki, 1977, pp. 445-532; G. P. MASSETTO, *Aspetti della prassi penalistica lombarda nell'età delle riforme: il ruolo del Senato milanese*, in « *Studia et Documenta Historiae et Iuris* », XLVII, 1981, pp. 93-194; G. P. MASSETTO, *La prassi giuridica lombarda nell'opera di Giulio Claro (1525-1575)* (1979), ora in *Id.*, *Saggi di storia del diritto penale lombardo (Secc. XVI-XVIII)*, Milano, Led, 1994, pp. 17 ss.; e M. N. MILETTI, *Stylus judicandi. Le raccolte di « decisiones » del Regno di Napoli in età moderna*, Napoli, Novene, 1998, pp. 195 ss.

controllate dal Consiglio dei X e con la creazione di un corpo di fedeli funzionari inviati ad amministrare la Terraferma.

Le norme positive stabiliscono i delitti, ma costruiscono anche una completa trama della rilevanza penale che prevede e disciplina tanto gli elementi sostanziali e accidentali del crimine, quanto i modi e le forme del suo accertamento processuale. Diritto sostanziale e procedura sono i due rami della penalità, entrambi regolati dalla legge che diviene prevalente criterio di comprensione e costruzione dell'esperienza giuridica, attraverso le sistemazioni e le categorie dei *doctores* ⁽¹⁸⁵⁾. E proprio nella complessiva architettura del *Tractatus*, la decisa scelta a favore del giudizio *secundum leges* diventa un'ulteriore conferma dell'opzione dell'autore a favore del modello accusatorio, nel quale la legge non solo determina i poteri del giudice quale rappresentante del pubblico potere, ma ne definisce pure i limiti.

Il sostegno a questa visione, autonomista nei rapporti tra co-

⁽¹⁸⁵⁾ I criminalisti del Cinquecento vedono nella *regula* «*secundum allegata et probata*» uno strumento tecnico e interpretativo per limitare l'arbitrio del giudice e per restituire priorità alla legge. Affrontato con riferimento a questioni specifiche, come la possibilità di sottoporre l'imputato alla tortura in assenza d'indizi o la valutazione della credibilità degli indizi, il tema manca di un discorso astratto, capace, come quello di Deciani, di superare i singoli casi e di proporre una teoria generale giustificata dalle fonti e valida per tutte le ipotesi di giudizio. In argomento, significativi per es. i giudizi di Bossi, *Tractatus varii*, cit., tit. *de indicis et considerationibus ante torturam*, nn. 141-142, f. 106ra-b: «*Non omitto etiam quod est dubium, an iudex ex vehementi et infallibili conscientia possit sine indicis quem torquere (...)* Et materia I. *illicitas § veritas*. ff. de of. praes. quod iudex debet procedere ex apparentibus actis, et non ex suo capite, et sua conscientia (...) et si materia ex sui natura sit arbitraria, attamen arbitrari debet iudex ex allegatis et deductis, quae probata fuerint secundum magis communia, aliter daretur facultas iudici iracundo vel severo insontes etiam saepenumero plectendi. Neque unquam vidi hanc libertatem tolerari in aliquo etiam capitaneo iustitiae, quamvis haberetur optima de eo opinio»; MARSILI, *Consilia*, cit., *Cons. XVIII*, a proposito della discrezionalità del giudice nella valutazione indiziaria, n. 38, p. 169: «*iudicem debere sequi regulas legum, et non conscientiam suam, quae legibus adversatur*»; e sullo stesso problema *Cons. XLII*, nn. 3-4, pp. 326-327: «*licet verum sit quod praedicta relinquuntur arbitrio iudicis, attamen dico quod tale arbitrium iudicis debet regulari secundum regulas iuris et statutorum, et non secundum quod ex abrupto videtur iudici moventi se solum ex cervice sua sine aliquo iuris fundamento (...)* Et facit etiam in simili, nam qui habet potestatem disponendi secundum conscientiam, non debet sequi propriam conscientiam sed publicam».

scienza e diritto e legicentrica nella teorizzazione dei *generalia omnia delictorum*, viene trovato da Deciani nei passi consueti della tradizione, interpretati in modo nuovo per piegarli alla coerente tenuta del suo disegno sistematico. L'autore del *Tractatus* non condivide né la comune esegesi alla glossa « *Veritas* », per la quale il giudice deve giudicare secondo gli atti e non *secundum conscientiam*, né l'interpretazione letterale del passo del *Liber Sextus* (VI. 2. 14. 1, *c. Quum aeterni, de sententia et re iudicata*) dove è stabilito che il giudice *debet iudicare secundum iustitiam et secundum conscientiam* ⁽¹⁸⁶⁾. Il modo giusto per leggere queste fonti e per dare loro un significato attuale è intendere il termine *conscientia* come *scientia privata*, formata fuori dai tempi e dalle modalità processuali previste dalla legge:

« sed regula ista potius debuit sic concipi, quod iudex debet iudicare secundum allegata et probata, non secundum privatam eius scientiam (...) et ideo sic debent intelligi dicta Scribentium quod scilicet iudex potest, et debet contra propriam et privatam scientiam iudicare secundum allegata et probata, nisi conscientia sua repugnet » ⁽¹⁸⁷⁾.

La formula *secundum allegata et probata* significa *secundum leges* e traduce l'esercizio delegato di *publica potestas*: carattere della giustizia criminale repressiva ed invasiva degli stati 'forti' nell'età moderna, la regola giudiziale che impone il rigoroso rispetto delle

⁽¹⁸⁶⁾ La glossa « *Veritas* » rappresenta, nelle possibili diverse e opposte interpretazioni, la costante base autoritativa tanto per la tesi che sostiene il giudizio *secundum allegata*, quanto per quella che propone il rispetto della verità di coscienza; cfr. per questa seconda lettura della fonte GIOVANNI DA CAPISTRANO, *Speculum conscientiae*, cit., nn. 175-176, f. 347v: « Hoc mihi videtur pro veritate tenendum quanquam Doctores iuris civilis in l. illicitas. § veritas, ff. de off. praesid. satis se nitantur defendere per illum tex. quod iudex debeat iudicare secundum probata. Sed certe ille textus recte intellectus satisfacit etiam pro hoc quod conclusum est. dicit nam tex. ille, Veritas rerum erroribus gestorum non vitatur: ergo veritas debet praevalere, non obstante voluntario falsorum testium errore coram iudice palliato ».

⁽¹⁸⁷⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, II, XIV *Conscientiae veritas*, n. 13. In questo senso l'udinese trova un sostegno autorevole in TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica*, IIa, IIae, q. 67, art. 2.

risultanze processuali supera i confini del conflitto di coscienza ed esprime la decisa volontà politica di sottomettere il potere giudiziario ai precetti del legislatore ⁽¹⁸⁸⁾.

⁽¹⁸⁸⁾ Nel Settecento il 'bravo giudice' è inteso ancora come colui che mette da parte la sua *privatam scientiam* e si attiene scrupolosamente alla legge, la quale a volte esplicitamente spiega il significato della *regula*, cfr. GABRIEL ALVAREZ DE VELASCO, *Iudex Perfectus seu De Iudice Perfecto*, Lausonii et Coloniae Allobrogum, sumptibus Marci-Michaelis Bousquet et Sociorum, 1740, Rub. XIV, Annot. III, *An secundum Allegata et probata, vel secundum scientiam, et Veritatem quam privatim novit, iudicare possit, vel debeat Iudex?*, n. 4: « Quod nempe secundum scientiam publicam, et veritatem, quae ex actis constat, iudicare debeat Iudex, ut omnia Jura Canonica et civilia praecipere dicit (...) Quod aliter (addit) magna Reipublicae nascerentur incommoda: magnis semper Iudices angustiis viverent, discriminaque paterentur » e con riferimento alla legge spagnola, n. 8: « Id quod apud nos indubitabilius est, qui (praeter jam memoratas Regias leges) *dictam* quoque *legem* habemus 10 *tit.* 17. *lib.* 4 *novae Reg. collection.* quae iuris apicibus spretis, veritatem attendit, et secundum eam iudicare debet: quae tamen ex actis non ex arbitrio, aut particulari scientia deprehendatur, id semel et iterum sic repetens: *Seyendo hallada y probada la veedad del fecho por el proceso en qualquier de las instancias que se viere sobre que se pueda dar cierta sentencia: que los Juezes que conocieren de los pleytos, y los ovieren de librar, los determinen y Juzguen segun la verdad que hallaren probada en los tales pleytos* ».

PARTE TERZA

**MODELLI ORDINANTI E LOGICHE
DEFINITORIE NELLA COSTRUZIONE
DELLA PARTE SPECIALE**

CAPITOLO VI

RAZIONALIZZAZIONE DELLA CASISTICA

I. Il recupero della *practica*. — I.1. L'organizzazione della parte speciale. — I.2. Un laboratorio per il confronto con la prassi. I *consilia* penalistici di Deciani. — I.3. « Ita ego iudicavi et observavi et consului »: il riferimento alla giustizia praticata. — II. La costruzione della fattispecie. — II.1. Sistematica di parte speciale. — II.1.a *Crimina ordinaria et extraordinaria*. — II.1.b *Delicta publica et privata*. — II.2. La *divisio ab obiecto*: il bene leso come criterio di classificazione. — II.3. Uno schema descrittivo per la ricerca della *quidditas*: la creazione delle fattispecie. — II.4. Definire delitti, imporre condotte. — II.5. Definizioni di *genus* (*baeresis, blasphemia, periurum*). — II.6. *Raptus quid*. — III. Tecniche di tipizzazione delle condotte criminose. — III.1. *Qualitates* e tipicità. — III.2. Dogmatica per fini preventivi: la violenza pubblica. — III.3. Elementi dell'assassinio. — III.4. Mandante *faciens interpretative*. — III.5. L'*idem delictum* e i *correlativa*.

I. *Il recupero della practica*

I.1. *L'organizzazione della parte speciale*

L'articolata architettura dei *generalia*, con le sintesi dogmatiche e le costruzioni concettuali che la caratterizzano, deve necessariamente essere verificata in relazione alla trattazione dei singoli delitti. La concezione stessa di una parte generale e l'idea di una sua funzionalità logica, non possono prescindere da un rapporto biunivoco con la modalità di costruzione della parte speciale. La circolarità del processo di elaborazione, interpretazione e applicazione dei principi implica un percorso senza soluzioni di continuità tra la multiforme dimensione fenomenica, la deduzione di elementi astratti costanti e significativi e la loro re-immissione nel circuito della prassi, come criteri di organizzazione e descrizione delle singole fattispecie. Le dettagliate ipotesi criminose di formazione legislativa, dottrinale o giurisprudenziale, ovvero il diritto penale

casistico indicato come tratto peculiare dello *ius commune*, è il ricco serbatoio cui attingere per estrarre i *principia* e le *regulae*, selezionate in base alla loro ricorrenza ed essenzialità nei vari reati e in funzione della loro capacità di tradurre in criteri giuridici gli orientamenti di politica criminale. Deciani — come visto — ricava elementi e definizione di delitto lavorando con strumenti logici e dialettici nuovi su un apparato ormai consolidato, ma il valore scientifico e la reale utilità del suo modello espositivo e conoscitivo di parte generale devono essere misurate alla luce anche delle ricadute nella griglia di parte speciale.

Le verifiche della corrispondenza tra *generalia* e *specialia* comporta una valutazione complessiva del *Tractatus*, che ne metta in luce tanto i segni di più rilevante modernità quanto i profili di maggiore dipendenza dalla tradizione. Già ad un primo sguardo risultano evidenti alcune contraddizioni con lo schema programmato ad inizio opera: tentativo e concorso, come già anticipato, non trovano spazio nel libro secondo ma sono analizzati in riferimento ad alcuni singoli reati, salvo una breve esposizione collocata nei capitoli sull'omicidio estensibile a tutti i delitti; l'opera è incompleta e lo spettro delle ipotesi delittuose di parte speciale non prevede la sezione sui delitti contro il patrimonio. Se poi la lente si avvicina alla trattazione dei delitti particolari, riemerge in parte lo stile della criminalistica precedente: molte distinzioni, limitazioni, riferimenti ad autorità ed opinioni consolidate, conferme ricercate nella pratica curiale. Questo aspetto di maggiore conformità del trattato ai canoni della tradizione non deve però far pensare ad uno scollamento netto o ad un'incomunicabilità assoluta tra concetti di parte generale e svolgimento della parte speciale. Se da un lato emerge la fatica di liberarsi da *loci* argomentativi comuni e da soluzioni che riflettono più l'adesione al multiforme e confuso penale fattuale che non la costruzione di un sistema razionale, dall'altro vi sono sicuramente aspetti di rilevante cambiamento che manifestano l'applicazione di un metodo ordinatorio.

Il modello espositivo dei vari reati adottato dal giurista udinese non è, infatti, consueto nel panorama penalistico: la scelta di organizzare la materia per macro aree in base al bene giuridico leso è, come vedremo, originale, così come metodologicamente innovativo è l'impiego di uno schema costante per l'esame di ogni delitto.

Rispetto alle *practicae* e ai *tractatus* precedenti colpisce poi il tentativo di definire i caratteri essenziali delle fattispecie, di descrivere in modo puntiglioso il fatto rilevante nei suoi vari elementi. La ricerca di individuare e delimitare i contorni precisi dei crimini è una caratteristica del lavoro deciano fino ad ora poco indagata, ma che pare assai interessante se letta in continuità con la *definitio delicti* della parte generale. Il contributo teorico del giurista nell'architettare gli ultimi cinque libri è dunque coerente con lo stile e gli intendimenti dei *generalia*: vi sono lacune, mancanze, regressioni e persistenze, ma l'obiettivo di presentare un diritto penale più chiaro e razionale orienta anche la scrittura della parte speciale.

L'intento di Deciani non è però quello di offrire un quadro astratto del sistema punitivo incapace di comunicare con la pratica; se certamente il *Tractatus* presenta un taglio teorico più spiccato rispetto alle opere di altri criminalisti, sarebbe tuttavia sbagliato ritenere che esso si disinteressa del momento applicativo, del giudizio concreto, delle conseguenze effettive dei suoi presupposti dogmatici. Teoria e pratica si combinano, secondo un dettame che attraversa trasversalmente l'esperienza scientifica, accademica e politica di Deciani: è un approccio alla prassi diverso da quello più consueto e diffuso nel panorama giuridico, certamente più complesso e dal riscontro meno immediato, ma non per questo meno efficace.

I.2. *Un laboratorio per il confronto con la prassi. I consilia penalistici di Deciani*

Il carattere ambivalente del *Tractatus*, sorretto da un solido impianto teorico pur sempre orientato alla soluzione di questioni pratiche, a tratti così originale eppure così saldamente ancorato alla tradizione e allo stile del maturo diritto comune, non può essere pienamente compreso se letto in modo isolato. Solo una visione più ampia, comprensiva di tutta la produzione del giurista udinese e capace di cogliere i nessi e le ragioni di comunicazione tra frequente attività consulente, insegnamento universitario e studio sui *criminalia*, offre gli strumenti per una coerente interpretazione del complessivo percorso dell'autore. È l'*Apologia*, trattatello occasionato dalla polemica culturale con Alciato e manifesto esplicito del pensiero

deciano sul ruolo del giurista e sulle prerogative della *scientia iuris*, a chiarire i corretti indirizzi e a suggerire un ideale approccio al diritto che necessariamente si confonde con l'esperienza personale. Si ha la conferma di un Deciani alla ricerca del continuo equilibrio tra teoria e prassi, tra astratte costruzioni dogmatiche e ricadute giudiziali concrete, tra i rischi di un cavilloso e sterile concettualismo e di un arido appiattimento sulla casistica. Le argomentazioni a difesa della giurisprudenza consulente rappresentano, di fatto, una giustificazione e un ritratto autobiografico: dall'insieme di ammonimenti, critiche e proposte si ricavano la mentalità e il metodo di Deciani, certamente diversi in funzione dell'incarico che riveste e del genere letterario adottato, ma sempre ugualmente sottesi ad ogni suo lavoro (1).

L'idea, sostenuta con tanto vigore, di una giurisprudenza completa solo se capace di combinare gli *universalia theorematata* con i *singularia negocia*, serve certo per legittimare i cinque volumi di *Responsa* editi dall'udinese, ma è un criterio idoneo a spiegare anche il rapporto tra *generalia delictorum* e parte speciale del trattato. Il cambiamento nello stile espositivo e il ritorno ad un andamento più attento alla dimensione pratica e alle ricadute applicative delle questioni interpretative, è in perfetta sintonia con il programma scientifico di Deciani. Si vedono a volte giurisperiti di non mediocre ingegno — afferma l'udinese —, esperti nelle interpretazioni e nelle sottili argomentazioni ed abili nella scrittura dei commentari ma per nulla preparati nella redazione di *consilia* i quali, quando sono

(1) Dopo le pagine di Biagio Brugi (*Un biasimo e un'apologia dei pareri legali dei nostri antichi professori*, in Id., *Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane. Nuovi saggi*, cit., pp. 97-110), di Antonio Marongiu, di Friedrich Schaffstein (*Zum rechtswissenschaftlichen Methodenstreit im 16. Jahrhundert. Die 'Apologia pro iurisprudentibus qui responsa sua edunt' des Tiberius Decianus* (1953) ora in Id., *Abhandlungen zur Strafrechtsgeschichte*, cit., pp. 227-246) e di Luigi Lombardi Vallauri (*Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967, in particolare pp. 135-140), sull'inquadramento dell'*Apologia* nel pensiero di Deciani e sulla difesa delle prerogative e del metodo di lavoro propri del giurista di diritto comune, cfr. da ultimi i contributi di G. ROSSI, *Teoria e prassi nel maturo diritto comune: la giurisprudenza consulente nel pensiero di Tiberio Deciani* e di E. SPAGNESI, *Tiberio Deciani e il diritto giurisprudenziale. Per l'interpretazione dell'Apologia*, entrambi in *Tiberio Deciani*, a cura di M. Cavina, cit., rispettivamente alle pp. 281-313 e pp. 315-331.

richiesti di un parere, rispondono in modo assurdo, *incommode et confuse*. Altro è, infatti, disputare sul piano teorico se il testamento sia *de iure gentium* o *de iure civile* o se nel possesso l'*animus* sia *iuris vel facti*, altro, invece, « nova facti species proposita statum causae recte cognoscere, verba disponentium menti, et mentem verbis accomodare, rationem, aequitatem rigori conferre, et ex personis, ex temporibus, ex causis, atque ex aliis circumstantiis eruere » (2): la capacità del giurista non può limitarsi alla speculazione dottrinale ed è incompleta se non si misura con la necessità di disciplinare e dare veste giuridica ai nuovi casi che continuamente emergono nelle relazioni quotidiane, « cum nulla sit dies, qua novas non producat facti species, quae nullis scriptis sunt comprehensae » (3). Uno dei principali compiti del *doctor iuris* è definire ciò che il legislatore ha ommesso, descrivendo nuove situazioni con il linguaggio e la tecnica esistente per includerle nell'ordinamento e nelle sue regole: il confronto con la prassi, con negozi o delitti atipici, non nominati e dunque non già disciplinati, costituisce il vero *officium* del giurista, misura e garante dell'elasticità del sistema.

Anche il *Tractatus* deve allora temperare i *principia* e le costruzioni della parte generale con le particolarità dei singoli crimini, deve declinare concetti e regole del *delictum in abstracto* nella varietà di circostanze e condizioni di esecuzione delle condotte illecite concrete: la riflessione dogmatica, filosofica e teologica dei primi capitoli non corrispoderebbe ai dettami della scienza se non trovasse poi le forme di una ricaduta tangibile nella parte speciale, dove dalla combinazione di cause, principi ed elementi costitutivi con i dati fattuali si ottengono le definizioni e le caratterizzazioni delle fattispecie. Lo stile del trattato, negli ultimi cinque libri, non è certo quello dei *Responsa*: la natura e la funzione dei due generi sono troppo differenti per poter essere assimilati, perché mentre il primo ragiona sulla tipizzazione dei reati, descrivendo i caratteri peculiari, costitutivi ed essenziali di ciascuna specie considerata in astratto, fissando modelli mai troppo dettagliati così da potervi ricondurre più casi conformi, i secondi sono necessariamente legati alla specificità del caso controverso, concentrati nella ricostruzione e nella

(2) DECIANI, *Apologia*, cit., c. X, n. 24, pp. 11-12.

(3) Ivi, n. 13, p. 11.

valutazione dei dettagli. Vero è, tuttavia, che le questioni giuridiche fondamentali, oggetto ricorrente dei pareri legali e fattori dirimenti nella soluzione dei giudizi, sono affrontati *ex cathedra* nel *Tractatus* e si ritrovano fisiologicamente applicati nei *consilia*. La conoscenza *in criminalibus* di Deciani nasce dall'esperienza personale di assessore, passa per la breve *lectura* patavina e si traduce poi con reciproche influenze in indicazioni empiriche o in proposte teoriche. Tratto comune è, appunto, la capacità di combinare *generalia* e *specialia*, universale e particolare, dovere proprio di ogni giurista e manifestazione della sua *prudentia* ⁽⁴⁾:

« quod interpretes soli theoricae, et contemplationi incumbunt, et circa universalia dumtaxat occupant, ad specialia vero raro descendunt, cum tamen tota respondentis de iure cogitatio non modo theoricam, sed et praxim ipsam, quae altera est iurisprudentiae pars, praecipue spectet, et in hanc tantum collimet scopum ut leges, et universalia illa theoremata ad facti speciem, quam prae manibus habet, tam commode applicet, ut ad eam causam terminandam facta videantur, quod quidem uti maximi est operis, et quidem laboriosi, ita et necessarii, et fructuosi valde. nam virtus iurisprudentis tota in applicatione consistit universalium particularibus, ut inquit Bald. per illum text. in l. non solum § qui primipilum de excusationibus tutorum [D. 27.1.10.5] » ⁽⁵⁾.

L'armonia tra teoria e prassi, tra astratto e concreto è senza dubbio il tratto distintivo del professore udinese, manifestamente auspicato nell'*Apologia* e materialmente realizzato in tutta la sua attività. La simmetria tra speculazione e applicazione deve orientare anche la didattica, per formare giovani *doctores* abili non solo nelle dispute teoretiche ma anche *in forensibus actionibus*. La dura critica indirizzata alle scuole, paragonate a teatri in cui i docenti « inutilem quandam pompam spectant et vanum thrasonismum ad aucupandam ingenii, et subtilitatis famam », ed eccitati dal numero di scolari insegnano attraverso *paradoxa* utilizzando « cavillis et sophisticis

⁽⁴⁾ Deciani precisa che è più corretto parlare di *responsa prudentium* anziché di *responsa sapientium*, poiché « sapientia sit habitus speculativus, universalia tantum considerans, quae scientiarum, ac disciplinarum sunt fundamenta: prudentia vero est habitus cum ratione activus consistens in apta applicatione universalium ad particularia, et ea qua contingenter eveniunt circa hominum bona, aut mala » (Ivi, n. 18, p. 11).

⁽⁵⁾ Ivi, n. 16, p. 11.

argumentationibus »⁽⁶⁾ preoccupati solo di elaborare teorie nuove e astruse anche se false e assurde, dimostra un'unitaria e coerente visione della scienza giuridica e prova la volontà di sostenere un organico programma culturale anche attraverso la didattica.

Il *Tractatus*, dunque, nel rispetto delle specificità di un genere letterario non direttamente destinato all'uso forense, attua le linee programmatiche del suo autore e le traduce in una struttura deduttiva che combina i concetti e gli istituti generali con i reati nominati. Quella che agli occhi di un lettore moderno sembra incompiutezza nella svolta metodologica o contraddittorio mescolamento di stili tra parte generale e parte speciale, rappresenta invece per Deciani la corretta realizzazione della *prudentia* giuridica, il giusto compromesso tra *universalia* e *specialia*. Movendo da queste considerazioni che offrono chiavi interpretative comuni a tutta la produzione dell'udinese, è possibile rintracciare nei *Responsa* alcuni dei temi e degli argomenti sviluppati nel trattato. Sparse nei pochi pareri penalistici, ricorrono regole, opinioni e tesi discusse ampiamente nel *Tractatus* e richiamate qui solo sinteticamente a sostegno e fondamento dell'orientamento suggerito nei casi specifici. Il materiale che nel trattato serve per selezionare gli elementi di una fattispecie e che è descritto in modo astratto e ipotetico, nei *consilia* affiora direttamente dalla vita quotidiana, dai reali conflitti sociali, dagli illeciti e dalla violenza che segnano la società del Cinquecento.

Il tema delle *qualitates delicti*, come visto ampiamente discusso dalla penalistica del periodo, è utilizzato per esempio in un parere in tema di *mandatum ad occidendum* per scagionare l'imputato, valorizzando l'onere probatorio completo a carico dell'accusa:

« qualitates enim omnes in accusatione vel inquisitione scriptae probandae sunt, alias si una deficiat absolvi debet reus neque ex probatis sine illa qualitate condemnari poterit (...) absolvendus est omnino reus ex hac ratione, quia non probata qualitate deducta in inquisitione omnino est absolvendus reus, etiam si delictum sine qualitate fuerit probatum »⁽⁷⁾.

(6) Ivi, n. 27, p. 12.

(7) DECIANI, *Responsorum Volumen Tertium*, cit., *Resp. IV*, n. 8, p. 16va. Nello stesso senso cfr. anche *Responsorum Volumen Tertium*, cit., *Resp. XLVIII*, n. 5, f. 126va: « Tertio non tantum requiritur probatio substantiae ipsius querelae, et accusationis, sed

La distinzione tra *substantia* e *qualitates*, funzionale all'elaborazione della *quidditas* e delle condizioni variabili accessorie sia in istituti civilistici (come il *contractus*) sia nel *delictum*, così come l'individuazione dei *substantialia* nei diversi istituti, sono operazioni richiamate in brevi incisi o anche solo presupposte nello svolgimento dei pareri, ma determinanti per la soluzione delle controversie⁽⁸⁾. La dinamica persuasiva, propria della forma consiliare, non si sofferma sull'analisi delle dispute dottrinali ma richiama brevemente gli argomenti fondamentali e le *opiniones* utili per legittimare e suffragare la proposta avanzata dal giurista nel caso a lui sottoposto⁽⁹⁾. Il ricorrere di alcuni *loci* o il ripetersi di certi procedimenti logici sia nel *Tractatus* che nei *Responsa* confermano, tuttavia, consuetudini stilistiche e convinzioni dogmatiche dell'autore. La necessità del dolo nel delitto appare, per esempio, un dato ormai indiscutibile per Deciani⁽¹⁰⁾, così come la regola per cui il tipo di contratto non è determinato dalla *forma verborum* usata dalle parti ma dalla *natura* e dall'*effectum*⁽¹¹⁾, trova un parallelo nell'afferma-

etiam omnium qualitatum in ea contentarum, adeo quod et si in una tantum qualitate deficiat probatio, reus est absolvendus ».

⁽⁸⁾ Sul rapporto *substantialia/qualitas* si cfr. DECIANI, *Responsorum Volumen Primum*, Francofurti ad. M., impensis Sigismundi Feyrabendii, 1589, *Resp. XV*, n. 48, f. 108rb-va: « Aliud enim est fateri factas fuisse divisiones, aliud fateri sic esse factas, quia aliud est substantia, aliud qualitas »; in *Responsorum Volumen Quintum*, Utini, ex typographia Ioannis Baptista Natolini, 1594, il *Resp. XLV*, n. 3, f. 158rb: « qualitas enim praesupponit substantiam, et dicimus quod qualitas non potest esse sine subiecto (...) et ideo dixit Bald. cons. 131 visis dictis lib. 2, quod qui vult probare qualitatem debet prius probare substantiam, nam non potest probari quod quis sit fur manifestus, vel meretrix publica, nisi probetur primo, quod sit fur simpliciter, et meretrix simpliciter, nam non entium nullae sunt qualitates, et non dicitur quis habere filium, vel agnatum, si non extat » e il *Resp. XV*, n. 6, f. 60va-b. *Substantialia e naturalia contractus* sono presupposti in *Responsorum Volumen Primum*, cit., *Resp. XXXVI*, n. 45, f. 217rb, mentre in *Responsorum Volumen Tertium*, cit., *Resp. XIX*, n. 202, f. 61va, richiama i *substantialia feudi*.

⁽⁹⁾ Sul metodo classico utilizzato nei *consilia* decianeï, cfr. MARONGIU, *Tiberio Deciani*, cit., pp. 161-166.

⁽¹⁰⁾ Per l'affermazione di tale assunto nei *Responsa*, cfr., per es., *Responsorum Volumen Tertium*, cit., *Resp. CIV*, n. 42, p. 234ra: « et est ratio: quia in quolibet delicto requiritur dolus, alias non est punibile (...) et ignorantia non potest imputari dolus ».

⁽¹¹⁾ Cfr. DECIANI, *Responsorum Volumen Quartum*, cit., *Resp. I*, n. 9, p. 3rb « quod ad cognoscendum naturam contractus, et illius substantiam non attendimus verba, sed

zione per cui la specie del delitto oggetto di giudizio deve essere determinata non dal *nomen* usato dall'accusatore ma dai caratteri sostanziali dell'illecito fissati dalla legge o dalla dottrina e riconosciuti dal giudice. I *consilia* sono per Deciani la palestra quotidiana del confronto con la pratica, con la giustizia in atto chiamata a risolvere *casus* particolari e *nova facti species*; essi, tuttavia, grazie alla circolarità tanto cercata tra *theoremata* e *praxis*, forniscono gli spunti per le elaborazioni teoriche avanzate nelle *lecturae* o nel *Tractatus*, e si giovano poi di tali elaborazioni per fondare altri pareri.

I.3. «*Ita ego iudicavi et observavi et consului*»: il riferimento alla giustizia praticata

L'attenzione alla pratica e ai problemi concreti delle controversie appare più evidente nella parte speciale del *Tractatus*. Pur affrontando le fattispecie con un approccio dottrinale, teorico e non pragmatico, la casistica dei tribunali è lo sfondo che determina e impone le *quaestiones* da risolvere e trova spesso un'esplicita visibilità nei rinvii dell'autore a casi, giudizi, avvenimenti realmente accaduti e vissuti. Il passaggio logico e operativo dalla formulazione e spiegazione dei concetti alla descrizione dei reati, comporta un deciso cambiamento nello stile espositivo, nelle citazioni selezionate e nello svolgimento dei ragionamenti. Se il *thema probandum* dei primi libri era costituito da *fundamenta* e *causae*, l'autore doveva attingere fonti e argomenti da un apparato filosofico, teologico e teorico-giuridico capace di giustificare la validità della sua *methodus* e di fondare la credibilità delle sue opinioni. Nella parte speciale, invece, l'oggetto della trattazione richiede necessariamente un ritorno al linguaggio consueto del commento e delle pratiche, un impiego delle autorità più consolidate, un confronto con gli orientamenti giurisprudenziali. Deciani deve trovare un compromesso tra riflessione dogmatica, costruzione teorica e ricadute nel diritto vivo: il suo obiettivo è ordinare, definire, classificare, semplificare anche la parte analitica del diritto penale, ma per dimostrare utilità ed

effectus ipsius contractus, et dato, quod alio nomine contrahentes illum vocaverint, eorum denominatio non potest mutare veritatem effectus» e *Responsorum Volumen Quintum*, cit., *Resp. XLIII*, n. 14-15, p. 151vb.

efficacia del suo metodo deve volgere lo sguardo anche alla giustizia praticata, alle esigenze dei tribunali, alle pressioni delle situazioni contingenti. Di particolare interesse sono i riferimenti alla *Constitutio Criminalis* dell'Imperatore Carlo V ⁽¹²⁾, in vigore dal 1532 ma evidentemente subito assunta a modello di giustizia autoritaria e centralizzata dello Stato, severa e precettiva nel sostanziale come nel processuale.

Non manca certo al giurista friulano il riscontro della prassi: mentre l'attività accademica favorisce un'abitudine al ragionamento teorico, i suoi incarichi amministrativi e gli *officia* prestati alla Serenissima lo mettono in diretto contatto con i problemi concreti, le dispute forensi, le istanze di giustizia che provengono dal basso. Come assessore ai malefici prima e come consulente poi, le sue conoscenze e la sua abilità giuridica devono prestarsi alla soluzione di casi controversi, calandosi nella dimensione fattuale. L'inclinazione scientifica si fonda con il profilo empirico dell'attività del giurista nella parte speciale del *Tractatus*, dove non avrebbe senso innalzare un edificio solo teorico, incapace di aprirsi alla prassi e di influenzarla. L'opera non vuole restare uno sterile esercizio di scuola e per poter incidere sul piano operativo si cala in un terreno più pragmatico, con riferimenti a casi ed episodi avvenuti, con rinvii a disposizioni vigenti e ad usi giudiziari correnti.

È un Deciani più conforme agli altri criminalisti quello della parte speciale, che dimostra di saper combinare indagine teorica ed esercizio pratico: il momento applicativo non prende però mai il sopravvento sulla costruzione giuridica. Vi sono riferimenti ai *casus*, ma servono per dimostrare la bontà di un'ipotesi o la ricaduta di un principio: non sono l'occasione da cui prende le mosse il discorso, l'espedito che motiva la digressione dottrinale, ma restano indicazioni che confermano l'attualità di un problema analizzato o la

⁽¹²⁾ I richiami alla *Carolina* sono sparsi in tutta la parte speciale e, così come le annotazioni sugli episodi veneti, stanno a dimostrare continuità e coerenza tra la riflessione della scienza penale che lavora sulle fonti romane e le attuali scelte del legislatore; cfr. per es., DECIANI, *Tractatus criminalis*, VI, XXIV *Quot species sacrilegii et qui sacrilegi*, n. 46, VII, XXIII *De falsae monetae crimine*, n. 9; VII, VII *De coniuratione, factione et seditione*, n. 161; VIII, XII *De poenis raptus*, n. 3; IX, XXIII *Dolus an requiratur...*, n. 5.

legittimità di un'interpretazione proposta. In questo anche la sezione del trattato più simile alla penalistica del periodo si differenzia comunque dall'andamento piattamente casistico di molte *practicae* o dalla dichiarata vocazione forense che caratterizza, per esempio, le diffuse opere di Claro, Marsili o Follerio.

È possibile rintracciare un primo segno della permeabilità del trattato alla personale esperienza giudiziaria dell'autore in alcuni espliciti richiami ad avvenimenti che lo hanno visto protagonista in qualità di funzionario della Repubblica veneta. Deciani stesso riferisce, per esempio, che quando era *Vicarius* del Podestà di Padova Bernardo Navagerio, poi eletto cardinale, si è trovato a giudicare un caso di stupro semplice di un *Iudaeus* che aveva conosciuto carnalmente una donna cristiana, benché *meretricem et vilem*. Di fronte alle due differenti opinioni, l'una favorevole alla condanna dell'ebreo, l'altra, *magis communis* in tutta Italia, che voleva l'applicazione non della *poena sanguinis* ma di una *poena extraordinaria* ad arbitrio del giudice, l'udinese opta per la seconda, più mite, equa e favorevole al reo: « iudicavi, et observavi, praesertim cum statuta Civitatum pro simplicibus stupro non imponant poenam corporalem, et Iudaei ligantur statutis laicorum, et illorum quoque beneficio gaudere debent » (13). Ancora in qualità di vicario accanto al Navagerio ricorda di avere assistito ad una frode nummaria di una moneta tedesca chiamata *thalerum*, in cui vi era una *lacuna* che la viziava e la rendeva di poco valore poiché invece del metallo prezioso (oro o argento) era stato fuso del piombo argentato o del bronzo dorato, alterando di fatto il valore reale della moneta (14).

Due sono invece i rimandi alla carica di assessore dei malefici a Vicenza, al seguito di Lorenzo Venier: un caso di *zelotipia* (suicidio per gelosia) di un'anziana donna sventato dalla prontezza della domestica che ha subito richiamato l'intervento del marito (15), e un caso di porto d'armi in cui il contributo dell'udinese è stato determinante. Rispetto alla norma statutaria che prevedeva la punizione dell'*inventus cum armis*, due erano le possibili interpretazioni: una

(13) DECIANI, *Tractatus criminalis*, V, XII *Iudaeorum delicta*, n. 20.

(14) DECIANI, *Tractatus criminalis*, VII, XXIII *De falsae monetae crimine*, n. 13.

(15) DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, II *De causis licitis, vel illicitis, ex quibus quis sibi mortem infert*, n. 11.

più severa ammetteva la sanzione del solo *inventus* ma non *apprehensus* ed era sostenuta dal Venier, l'altra, più garantista e approvata da Deciani, richiedeva che in assenza di ulteriori specifiche indicazioni di legge il soggetto fosse anche *captus* per poter procedere in giudizio. Grazie alla consulenza del suo assessore il Pretore vicentino promulga poi un editto che diremmo oggi 'di interpretazione autentica' dello statuto, in cui stabilisce che nessuno possa *arma ferre* « et quod inventus licet non apprehensus posset puniri poena quadam pecuniaria, quo edicto stante, omnis fuit sublata difficultas, quod fecit, ut praeiperet occasionem multis rixis, quae quotidie in ea civitate occurrebant »⁽¹⁶⁾.

Più numerosi sono i riferimenti alla realtà giuridica generale dello Stato Veneto: consuetudini, norme, provvedimenti, pratiche giudiziali di Udine, Padova, Venezia, Vicenza⁽¹⁷⁾. Non si può certo sostenere che il discorso deciano prenda le mosse dalla legislazione locale, poiché tutta la parte speciale resta saldamente ancorata alle autorevoli basi romanistiche, alle *leges* del *Corpus* giustiniano come fondamento della punibilità di un reato e come ricerca degli elementi tipici della fattispecie; vi è però la capacità di calare lo studio storico e l'analisi della fonte nella dimensione del Dominio. Dimostrazione ulteriore

⁽¹⁶⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, VIII, IV *De variis quaestionibus circa gestationem armorum*, n. 5. Su tale questione teorico-interpretativa, cfr. oltre pp. 421-422.

⁽¹⁷⁾ Per esempio, in *Tractatus criminalis*, V, XIII *De poenis Iudaeorum*, n. 2, l'autore ricorda un decreto con cui nel 1556 vengono espulsi da Udine gli ebrei ritenuti responsabili della peste che sta abbattendo la città; in V, XVI *De delictis Christianorum contra Iudaeos*, n. 4, riporta un provvedimento del vescovo di Padova che impediva alla servitù di prestare servizio presso alcune ricche famiglie di ebrei che si erano trasferite nella città; in VII, VII *De coniuratione, factione et seditione*, n. 12, accenna alle *constitutiones et leges Venetae contra facientes sectam*; in VII, XVII *De revelantibus secreta et litteras aperientibus*, n. 14, riferisce di un provvedimento che obbliga i Senatori veneziani al *silentium* con gravi pene per i trasgressori che rivelano notizie o informazioni pubbliche segrete ai privati cittadini; in VIII, III *De prohibito usu armorum*, n. 55 afferma che la proibizione di certe armi prevista *hodie sub Imperio Veneto* deve intendersi riferita *de portatione et usu* e non alla semplice detenzione in casa, salvo diversa specificazione e nello stesso capitolo al n. 61 dice che *hodie lex Venetiis* vieta di entrare nell'aula del Senato armati, anche se la disposizione non è di fatto rispettata; in VIII, IV *De variis quaestionibus circa gestationem armorum*, n. 20 spiega come in Padova è regolata la competenza per il reato di porto d'armi tra Pretore, Capitano e Prefetto; in VIII, VII *Raptus quid*, n. 10 dice che la legge speciale veneziana che impone alle meretrici di girare pubblicamente in città *velata facie* è ormai caduta in disuso.

non solo della reale conoscenza del sistema normativo e della giustizia applicata nella provincia veneziana ⁽¹⁸⁾, ma anche della possibile finalità pratica del suo lavoro storico e dogmatico.

II. *La costruzione della fattispecie*

II.1. *Sistematica di parte speciale*

Il metodo di scrittura della parte speciale del *Tractatus* volutamente ricerca forti ancoraggi nella penalistica di diritto comune e la utilizza ampiamente, anche se con indipendenza di giudizio. Tuttavia, pur nel segno di una generale continuità riguardo alle questioni analizzate e alle soluzioni proposte, Deciani sperimenta un approccio nuovo all'esame dei singoli reati, servendosi anche in questa sezione degli strumenti logici e dialettici cui è ampiamente ricorso nei primi libri. L'idea di ordinare il sistema penale, di razionalizzare la confusa mole di esemplificazioni, opinioni e regole di giudizio abbraccia il piano di tutta l'opera. Lo schema espositivo dei reati e la partizione degli argomenti riflettono una consapevole e meditata scelta dell'autore, che crede di poter trasmettere una moderna visione dell'apparato punitivo, legittimandone la forza ed incrementandone l'efficacia attraverso una descrizione ordinata e lineare. Il materiale da ricomporre è assai vasto, se si considera che nel pieno Cinquecento il diritto penale è oggetto di un doppio fuoco da parte dei legislatori e della dottrina e che il trattato dell'udinese non può

(18) Sebbene in quantità molto minore rispetto a Claro, anche Deciani riferisce a mo' di esempio i dettagli di alcune condanne, esecuzioni o episodi, come in *Tractatus criminalis*, VIII, VI *De raptu virginum, viduarum...*, n. 11, dove racconta di aver visto applicare alla lettera dal Pretore patavino Pietro Mauroceno la *lex de raptu virginum*, con l'irrogazione della pena capitale nella sua forma più severa ai tre rapitori *sub spe matrimonii* della fanciulla vergine Laura, figlia di un tale Lazzaro Bonamici noto professore di latino e greco nello Studio di Padova, sebbene i rei non avessero neppure tentato di violare l'integrità della ragazza; in VIII, VII *Raptus quid*, n. 13 dove riferisce di una grave punizione riservata in Venezia ad un nobile che aveva usato violenza ad una meretrice; o come in XI, II *De causis licitis, vel illicitis ex quibus quis sibi mortem infert*, n. 4, dove racconta di aver visto suicidarsi a Padova dei condannati dichiaratisi innocenti, per evitare l'ignominia del supplizio.

non tener conto tanto del raffinato strumentario tecnico dei *doctores* quanto degli invasivi e massicci interventi del *conditor legis*.

Vero è, infatti, che difficilmente nell'analisi di un qualche crimine sfuggono a Deciani le ragioni delle tesi prevalenti e più dibattute, i punti delicati per la giurisprudenza, le pratiche statutarie: lo sguardo sui *delicta* è ampio, prende sempre spunto dalla legislazione romana per poi approdare ad esempi tratti dalla prassi e dalla normativa del Dominio o da contesti stranieri. Nella parte speciale l'udinese combina conoscenze storiche e filologiche, padronanza delle fonti e loro personale interpretazione, capacità definitorie, approfondimenti dogmatici, riferimenti alla concretezza dei giudizi. Dosaggio equilibrato ed elegante di argomentazioni teoriche ma non inutilmente astratte e di casistica ragionata, i cinque libri finali nascono da un originale e singolare approccio alla materia e introducono elementi di forte rottura con le *practicae*.

Un primo innovativo aspetto della parte speciale è rappresentato dalla riproposizione delle quattro cause aristoteliche come criteri di classificazione dei vari reati in *genus*, poiché « *divisio autem delictorum commode fiet tum a causa efficiente, tum a materiali, tum a formali, tum ab effectu, tum ab accidenti* »⁽¹⁹⁾. Le *distinctiones* che già circolavano diffusamente nelle opere dei penalisti⁽²⁰⁾ sono, nel primo schematico capitolo del libro V, semplicemente riprese e suddivise in base alle *causae*, valorizzando l'utilità del procedimento dialettico per dare un senso unitario alle classificazioni. L'eco della *methodus* già sfruttata sui *generalia* apre a Deciani possibilità sintetiche e ordinatorie anche nell'esposizione degli *specialia*⁽²¹⁾: l'indipendenza dalle fonti e l'obiettivo di progettare un sistema la cui forza di regolamentazione prevalga sugli accadimenti

(19) DECIANI, *Tractatus criminalis*, V, I *De generibus delictorum*, n. 1. Secondo la causa efficiente distingue i delitti ecclesiastici, civili e misti, quelli commessi con dolo, per impeto o per caso, quelli dei minori o degli adulti; secondo la causa materiale quelli commessi *facto, dicto* o *scripto*, quelli commessi contro Dio, il Principe, lo Stato il prossimo o se stesso, quelli che si commettono *iniuria* o *damno*; la causa formale vale per distinguere i *crimina ordinaria* dagli *extraordinaria*, i *publica* dai *privata*, i *nominata* dagli *innominata*; *ab effectu* vi sono quelli che comportano una pena capitale o no, quelli che infamano o no e infine *ab accidenti* distingue i manifesti e i non manifesti, i *levia* e i *gravia*.

(20) Sul significato 'processuale' di tali partizioni cfr. retro Cap. III. II. 3.

(21) L'influenza del metodo umanistico nella costruzione della parte speciale del

specifici, che dia forma e nome ai casi piuttosto che esserne condizionato, sono uno sforzo teorico importante quanto quello dell'individuazione dei principi. Nel *Tractatus* l'elencazione dei *genera delictorum* presuppone tutta l'elaborazione teorica sul concetto sostanziale di delitto; è la logica e naturale conseguenza di un discorso conoscitivo che procede per successive specificazioni e deduzioni. Mentre in altre opere la catalogazione dei reati rappresenta ed esaurisce nello stesso tempo una sorta di premessa introduttiva della materia, offrendo al lettore qualche criterio generale per ragionare sui gruppi d'illeciti, nell'architettura del libro deciano essa completa, con continuità metodologica, la costruzione teorica che ha il suo apice nell'analisi dogmatica del *delictum in abstracto*.

La criminalistica precedente aveva utilizzato varie tecniche di trattazione delle fattispecie particolari, riconducibili in modo approssimativo ai seguenti modelli: l'inserimento del discorso sui delitti all'interno della spiegazione del processo, espediente didascalico modellato sul libro V delle Decretali e funzionale allo svolgimento di uno specifico momento od elemento del giudizio, come in Gandino, in Aretino e nelle *practicae*; il commento e l'*interpretatio* delle *leges* romane che regolavano alcuni delitti seguendo l'ordine logico dettato dalla fonte, come nei passi dei commentatori e nelle *lecturae* di Marsili o nel successivo *De criminibus* di Matthes; l'esposizione, a partire dal XVI secolo, di singoli delitti e di problematiche ad essi connesse, sia sotto il profilo sostanziale che processuale, come in Claro o nei *Tractatus* di Bossi; lo schema, adottato da alcuni canonisti, del Decalogo rivelato sul Sinai ⁽²²⁾. Il giurista friulano sembra, invece, tentare anche in questa sezione dell'opera una via nuova, deduttiva, che proceda logicamente per raggruppamenti, divisioni, sottoinsiemi e infine specie, « cum quaelibet bona divisio gradatim ad pauciora primum, mox ad singula deducatur » ⁽²³⁾.

trattato deciano è sottolineata già in D. OEHLER, *Wurzel, Wandel und Wert der strafrechtlichen Legalordnung*, Berlin, Walter de Gruyter & co., 1950, pp. 39-40.

⁽²²⁾ Cfr. H. v. WEBER, *Der Dekalog als Grundlage der Verbrechenssystematik*, in *Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag*, Berlin, Walter de Gruyter & co., 1949, pp. 44-70.

⁽²³⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, V, I *De generibus delictorum*, n. 6.

II.1.a. Crimina ordinaria et extraordinaria

Prima di iniziare l'analisi dei reati particolari, l'autore si sofferma sulle due classiche distinzioni *a causa formali* che comportano le conseguenze più rilevanti anche per il diritto penale del Cinquecento: quella tra delitti ordinari ed straordinari e quella tra pubblici e privati. *Summae divisiones* che derivano dalle fonti romane, continuano ad essere impiegate dalla criminalistica medievale seppur con significati e conseguenze applicative ormai profondamente mutati. Gradualmente si smarrisce il senso originario delle partizioni, si confonde la *ratio* dei criteri discriminanti, si perdono le logiche, gli equilibri e i bilanciamenti interni al sistema punitivo, s'invertono regole ed eccezioni man mano che svanisce il ricordo del loro motivo storico e della loro causa contingente. Nello svolgersi dell'attività interpretativa dei *doctores*, la fonte e il contesto in cui essa è maturata passano in secondo piano rispetto alle necessità punitive del presente; consuetudini, pratiche e *opiniones* riconvertono *genus* e *species* di delitti in funzione delle urgenze sanzionatorie e dell'incisività repressiva della giustizia statutaria e principesca. La diffusione di pratiche arbitrarie, la vaghezza e la flessibilità delle fattispecie e la discrezionalità del giudice nell'irrogare la pena, inducono i giuristi a constatare che le distinzioni romanistiche non trovano più riscontro nella prassi, per l'incapacità di rappresentare e classificare la realtà ormai trasformata dall'espansione di un apparato penale che non sopporta limitazioni né vincoli. I confini e i paletti divisorii antichi sono privi di valore e il loro significato è ripetuto come una formula svuotata di effettività: « hodie », « de consuetudine » — dicono i *doctores* — tutte le pene sono *extra ordinem*, la gran parte dei processi si svolgono *iuris ordine non servato*, l'estensione del rito *ex officio*, non solo nel diritto canonico, ha trasformato quasi tutti i *delicta in publica*.

Deciani ripercorre invece in modo minuzioso l'evoluzione storica delle distinzioni, risalendo e analizzando le prime *leges regie* e poi gli interventi successivi in età repubblicana e imperiale, spiegando le differenti sfumature semantiche che via via hanno assunto i termini nell'uso e nell'interpretazione dei giuristi. Come già per il rito accusatorio, anche nella spiegazione di questi *genera* la ricostruzione storico-filologica non è fine a sé stessa, ma si accompagna ad

un intento politico e ad una proposta teorica. La valorizzazione delle regole processuali differenti e la rilettura delle ragioni contenutistiche e formali delle partizioni sembrano strumenti per rivendicare ai *doctores*, custodi della tecnica e del sapere giuridico, un ruolo ancora centrale, di equilibrio tra forze sociali di fronte alla titanica ascesa dell'apparato amministrativo e giudiziario del Principe (24). Nella misura in cui l'autore del *Tractatus* riordina le categorie e pone delle regole che definiscono l'appartenenza di un reato ad un certo insieme, di genere o di specie, emerge, seppure non dichiarato, il tentativo di organizzare e contenere il sistema penale invasivo e autoritario del suo tempo, senza le degenerazioni incontrollate e gli eccessi *out of rules* della pratica.

La scienza giuridica ha nel tempo elaborato due discriminanti: sono *crimina ordinaria* quelli per il perseguimento dei quali si rispetta l'*ordo iudiciorum* e quelli per i quali è prevista una pena legalmente predeterminata, mentre per converso sono *extraordinaria* quelli per i quali non si rispetta l'*ordo* e la cui pena non è *certa et legitima* ma rimessa all'arbitrio del giudice. L'udinese, tuttavia, criticamente riconosce come entrambi questi criteri abbiano perso valore rispetto ad un *usus iudicandi* che tende a disconoscere vincoli formali e ad accentuare i profili di discrezionalità ed eccezionalità, prima con l'abbandono delle regole processuali e poi con l'estensione delle pene arbitrarie (25). Di fronte a tale situazione, ammonisce il lettore — e indirettamente anche i giudici — « ne putet omnem prorsus iudiciorum ordinem sublatum, quia hoc et absurdum esset, et contra legem libellorum » (26); anche nei giudizi *extra ordinem*, infatti, gli *iura* fondamentali devono essere rispettati e solo la *subtilis formularum conceptio* può non essere osservata. È, dun-

(24) La fermezza di alcuni giuristi del XVI secolo nel ribadire la *ratio* della distinzione tra *delicta publica* e *privata*, in contrasto con quanto avviene nella pratica, è letta in termini di 'logica di conservazione' del ruolo politico-sociale dei tecnici del diritto rispetto all'imporsi dei criteri più sbrigativi dei *iudices*, funzionari del potere centrale, da BELLABARBA, *La représentation des délits*, cit., pp. 60-61.

(25) DECIANI, *Tractatus criminalis*, V, II *De ordinariis, et extraordinariis criminibus*, n. 7: « Haec autem investigatio, et differentia hodie in usu esse desiit, tum respectu cognitionis, et iudicarii ordinis; tum etiam respectu poenae, praesertim in publicis iudiciis ».

(26) Ivi, n. 8.

que, di nuovo messo in secondo piano il profilo processuale e il senso della distinzione tra *delicta ordinaria* ed *extraordinaria* è trovato piuttosto negli aspetti sostanziali del reato: il *certum titulum criminis*, il *certum nomen*, la *certa lex* e la *certa vel nominata poena* ⁽²⁷⁾.

II.1.b. Delicta publica et privata

Ancora più articolata è l'analisi della distinzione tra *delicta publica* e *privata*, basata su differenze processuali tanto che — come già detto — l'udinese preferisce parlare di *iudicium* pubblico o privato. Dei tre lunghi capitoli dedicati all'argomento, interessa qui solo porre l'attenzione su alcune *conclusiones*, nelle quali il giurista ricorre con insistenza alle categorie generali per risolvere questioni in tema di *nova delicta*, dimostrando l'utilità pratica e la funzione d'indirizzo dei concetti definiti nella prima parte. La *natura delicti*, ovvero l'essere *publici vel privati iudicii*, diviene il criterio per delimitare e disciplinare la portata di un intervento normativo (statuto, consuetudine o legge) che cambia il *nomen* o modifica la pena ad un delitto già precedentemente previsto e regolamentato. Salvo diversa disposizione espressa, infatti, « *mutatio nominis aut poenae non mutat naturam priorem delicti* » ⁽²⁸⁾: così, per esempio, il fatto che una legge abbia separato la fattispecie dell'abigeato da quella del furto nella quale era prima ricompresa, prevedendo per la nuova ipotesi anche la *poena capitis* in sostituzione della pena non corporale applicata al *furtum*, non trasforma l'abigeato in un *delictum publici iudicii* perché resta inalterata la sua originaria *natura* ⁽²⁹⁾.

⁽²⁷⁾ Ivi, n. 9: « Ut igitur postremo describamus aliquo modo crimina, tam ordinaria, quam extraordinaria, sic est tenendum, ea dici ordinaria crimina, quae certum habent criminis titulum certa lege, et certa poena comprehensa, quae et legitima appellantur (...) et quae nominata etiam vocat glossa (...); extraordinaria vero ex adverso dicentur, quae nullum habent titulum, aut certum nomen nullamque poenam certa lege praescriptam, cum contrariorum contraria sit definitio ». Deciani riporta in conclusione anche l'opinione di chi, di nuovo confondendo piano processuale e sostanziale, ritiene che i *crimina extraordinaria* siano una *tertia species*, differente sia dai *publica iudicia* che dalle *privatae actiones*, come ad es. per lo *stellionatus* o per il *crimen expilatae hereditatis*.

⁽²⁸⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, V, IV *Publica iudicia, quae et quot*, n. 11.

⁽²⁹⁾ Diversa è l'ipotesi, illustrata al n. 12 dello stesso capitolo, in cui una nuova

Nello stesso senso, Deciani ribadisce poco dopo che la *mutatio poenae*, non incidendo sulla *natura delicti*, non trasforma il delitto da pubblico a privato, poiché « mutatio in non substantialibus non dicitur novum quid constituere ». L'intervento legislativo che disponga l'irrogazione di una pena capitale, tipica dei *iudicia publica*, per una fattispecie prima punita con la sanzione pecuniaria propria dei *iudicia privata*, « non tamen ideo fiet crimen publici iudicii », poiché la *qualitas poenae* non è un elemento costitutivo dei delitti pubblici o privati, essenziale per classificarli nell'una o nell'altra specie. La pena è una variabile dipendente da fattori diversi e contingenti, che non intacca la corteccia sostanziale del delitto, tant'è che vi sono indifferentemente nell'un caso e nell'altro pene capitali o pecuniarie:

« ergo gravitas, vel levitas poenae non facit esse delictum privati, vel publici iudicii, ergo pariter neque eius mutatio, et praecipue, cum hodie omnes poenae sint arbitrarie » ⁽³⁰⁾.

L'argomento, ripreso da Iacobo Butrigario e dalla glossa ⁽³¹⁾,

legge, statuto o consuetudine trasferisca il *nomen* di un qualche delitto prima già previsto dal diritto e *nominatum*, in un altro delitto parimenti riconosciuto dal diritto e *nominatum*, per esempio il *furtum in vis publica*: in questo caso « sortietur semper natura delicti, cuius nomen nova lege est adeptum » e se prima la fattispecie era compresa tra i *delicta privata* mentre il *novum nomen* rientra tra i *publica*, « non dicitur amplius privatum, sed publici iudicii crimen ». È quanto avviene per il *crimen sacrilegii*, che, sebbene non sia ricompreso tra le *leges publicorum iudiciorum*, tuttavia rientra *sub crimine peculatus* per chi ruba denaro o beni in chiesa; invece, nell'ipotesi più grave in cui siano profanate le *res sacrae* o sia recata offesa ai sacerdoti, questa specie di sacrilegio non conserva il *nomen peculatus* rientrante nella *lex Iulia peculatus*, « sed transit in aliud nomen, ut comprehendatur sub crimine lesae Maiestatis ».

⁽³⁰⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, V, IV *Publica iudicia, quae et quot*, n. 13. Anche THEODORICUS, *Judicium Criminalem Practicum*, cit., c. I *Delictorum generalia continens*, *Aphor. X*, n. 4, p. 31, precisa come la pena capitale o pecuniaria « non inducat differentiam publici et privati delicti ». Sull'inutilità del criterio quantitativo per graduare la gravità di un illecito cfr. anche FARINACCIO, *Praxis et theoricæ criminalis Libri Duo*, cit., tit. III *de delictis et poenis*, q. 18, n. 85, p. 261: « ergo gravitas delicti non cognoscitur ex qualitate poenae, nec gravitas poenae inducit gravitatem delicti ».

⁽³¹⁾ L'udinese attinge alla GLOSSA « *Summo supplicio* », in D. 12.4.15, l. *cum servus, de conditione causa data*, in cui Accursio, rifacendosi ad un'opinione di Azone, afferma che vi può essere la *poena capitis* anche in un *crimen non publicum*, e a Butrigario. Il commentatore bolognese riferisce di una sua *disputatio* sulla questione: secondo alcuni

rileva per l'importanza che nel *Tractatus* è attribuita alla natura e agli elementi costitutivi del reato piuttosto che alla pena, carattere certamente più evidente e d'immediata riconoscibilità, ma troppo fluttuante e instabile per poter assurgere ad indice categoriale. In un'un'età in cui i pratici riconoscono senza più remore l'uniformante vittoria del modulo arbitrario-inquisitorio e il sovvertimento di ogni regola *propter publicam utilitatem* ⁽³²⁾, trattando in modo sbrigativo le ragioni delle distinzioni, Deciani sembra invece insistere sull'attualità delle partizioni grazie all'efficacia discriminante delle sue categorie sostanziali. Benché la natura pubblica o privata di un crimine comporti importanti ricadute in termini di durezza sanzionatoria, infamia e titolarità dell'interesse ad agire, Claro sostiene che la *materia delictorum* è a tal punto modificata dagli statuti e dalle consuetudini locali « ut hodie vix distinguantur publica crimina a

la specie di pena, corporale o pecuniaria, determina l'essenza pubblica o privata del delitto, tanto che se lo statuto condanna chi estrae la spada *animo occidendi* non alla decapitazione, come vorrebbe la *lex Cornelia*, ma solo ad una multa, il crimine non è più pubblico; « certe ego tenui contrarium scilicet quod nihilominus sic publicum. nam minoratio vel augmentatio pene non facit crimen esse publicum, vel desinere ». Anche con una sanzione *minorata*, il delitto non cessa di essere *atrox*, ed anzi, nell'ottica di una pena espiativa che ricorda il contrappasso dantesco, « cum pena sit illa qua purget atrocitatem delicti, quantum pena est minor tantum minus purgat, et ideo remanet magis atrox et ideo est publicum » (BUTRIGARIO, *Lectura super Codice*, cit., in C.1.5.4, *l. manichaeos, de haereticis*, f. XXVIIIrb).

⁽³²⁾ JEAN MILLES DE SOUVIGNY (Ioannes Milleus), *Practica criminalis*, Venetiis, apud Aurelium Pincium, 1549, nn. 30-31, f. 147r, afferma che sono venute meno sia la limitazione dell'arbitrio del giudice alla *cognitio extra ordinem* e che « ita observatur in regno Franciae, quia omnes poenae criminales sunt arbitrariae pro motu iudicis imponendae », sia la ragione della distinzione tra *crimina publica* e *privata*, al punto che « per totum hodie tamen titulus de privatis delictis non est in usu »; GOMEZ, *Variarum Resolutionum*, cit., c. I, *de Delictorum variis generibus ac speciebus*, n. 10, p. 5, afferma che sebbene nei delitti privati l'*accusatio* competa solo all'offeso, « tamen bene potest, imo tenetur Judex ex officio suo inquirere, procedere, et accusare si offensus non accusat, vel si desistat ab accusatione proposita », tanto che quando procede, il giudice può nominare un procuratore fiscale che svolga il ruolo di accusatore, « et ita quotidie practicatur ». *Ratio* di questa eccezione ormai divenuta prassi corrente, è che ogni reato, pubblico o privato che sia, produce una duplice offesa, una alla parte lesa e l'altra allo Stato, per cui laddove la parte non voglia o non possa procedere, deve intervenire il giudice « pro iniuria reipublicae, cui convenit, ut delicta puniantur pro pace, et quietudine eius ».

privatis» (33) e considera conclusione più sicura rifarsi a tali fonti per classificare un certo reato. La tensione dell'alessandrino è tutta rivolta alle soluzioni avanzate dalla *practica*, agli usi locali, alla *qualitas poenae* come unico reale modo per risalire alla *qualitas et quantitas delicti* (34): nell'assoluto dominio del non definibile *arbitrium iudicis*, la concretezza della sanzione applicata è l'unico criterio certo per identificare i delitti. Il giurista friulano, invece, non si accontenta di registrare ciò che accade nei tribunali, non si conforma alla prassi, ma recupera opinioni e sfrutta concetti teorici riferiti alla struttura e alla natura dell'illecito.

II.2. *La divisio ab obiecto: il bene lesa come criterio di classificazione*

La scarsa considerazione che Deciani nutre per i canoni empirici è dimostrata in modo ancor più significativo dalla struttura espositiva della parte speciale e dalla scelta di trattare i singoli reati secondo un ordine dettato dal bene giuridico lesa (35). Nell'iniziare lo studio dei *delicta publici iudicii*, i soli che per l'incompletezza dell'opera saranno presi in esame, rifiuta la distinzione tra delitti capitali e non capitali perché « ab effectu et sic a poena », poco efficace per un'opera che fa della divisione in *genera* lo strumento dialettico basilare per organizzare in modo razionale la materia. Meglio la *divisio ab obiecto sive causa materiali*, originale nella criminalistica, certamente capace di tracciare le coordinate di un sistema chiaro e idoneo più di ogni altro a comunicare al lettore il volto politico repressivo della giustizia penale. La classificazione

(33) CLARO, *Liber V*, cit., § *Primus, v. Haec tamen omnia*, n. 6, p. 153. Il passo è riportato sia da Deciani a conclusione del capitolo IV, *Publica iudicia, quae et quot*, n. 31, sia da FARINACCIO, *Praxis et theoriae criminalis Libri Duo*, cit., tit. III *de delictis et poenis*, q. 18, n. 17, pp. 252-253. L'udinese poi, dopo aver elencato e spiegato diciotto differenze tra i *iudicia publica* e i *privata*, riconosce che « istae tamen suprascriptae differentiae videntur recessisse ab usu » (DECIANI, *Tractatus criminalis*, V, V *De effectibus publicorum iudiciorum*, n. 1, in fine).

(34) Cfr. CLARO, *Liber V*, cit., § *Primus, v. Sunt etiam*, n. 9, p. 153. Sulla *qualitas poenae a iure impositae* come criterio per distinguere *gravitas* e *levitas* dei reati, cfr. anche GHILAUSEN, *Arbor Iudiciaria Criminalis*, cit., *Prolegomena*, n. 32.

(35) In questo senso cfr. MARONGIU, *Tiberio Deciani*, cit., p. 363.

basata sull'oggetto offeso dal delitto rende palese la scala dei valori che l'ordinamento ritiene meritevoli di massima tutela, riflette la gerarchia degli interessi posti a fondamento della *Respublica* e mostra al suddito i pilastri su cui si reggono l'*ordo* e la *pax civitatum*.

Secondo questo schema, infatti, l'udinese ripartisce i *delicta* « alia in Deum, alia in Principem, vel Rempublicam alia in proximum, alia in se ipsum »⁽³⁶⁾: al primo posto la difesa dell'ortodossia religiosa e delle prerogative della Chiesa di Roma, valori fondativi della società medievale e indispensabili dimensioni per l'ordinato disciplinamento dei fedeli e dei vari corpi sociali. Subito sotto, la tutela del Principe o dello Stato, espressione terrena e vicaria del potere divino, manifestazione temporale di una *potestas* che vuole porsi in continuità diretta con quella di Dio. Secondo uno schema già ampiamente studiato, il *princeps* sfrutta questa relazione per rivestire di sacralità la sua *maiestas* e per approntare ogni possibile cautela contro minacce od offese alla sua figura e alle sue funzioni. Il parallelo tra crimine di lesa maestà divina ed umana rappresenta uno dei più convincenti e persuasivi argomenti a favore del potere assoluto dell'autorità politica: la scelta di Deciani di trattare prima i delitti *contra Deum* (dal cap. IX del libro V e nel VI) e poi subito le forme e le specie del *crimen laesae maiestatis* risponde ad una logica autoritaria e repressiva. « Duplex enim est Maiestas, Divina scilicet et humana »⁽³⁷⁾: la prima si riferisce a Dio solo ed è unica come unico è il Signore cui si devono obbedienza e culto, la seconda appartiene invece alle *humanas potestates omnes*. I delitti appartenenti all'area della lesa maestà, trattati in tutto il libro VII, sono quelli « quae Principes terrenos ac Potestates publicas concernunt »; tutelano un bene giuridico 'umanizzato' nei titolari dell'*Imperium* e delle sue facoltà di esercizio, ma che « finitima enim, et proxima rebus divinis sunt », tanto da ammantarsi di una sorta di sacralità,

⁽³⁶⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, V, I *De generibus delictorum*, n. 3, ripreso poi al cap. VI *Divisio criminum publicorum iudiciorum*, n. 1, dove l'ordine è reati *in Deum, in parentes, in Principes, in se ipsum, in proximum*.

⁽³⁷⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, VII, I *De crimine laesae Maiestatis, et eius etymologia*, n. 2.

« nam et sacra Caesarea Maiestas dicitur, et sacrosanctae leges et Potestates »⁽³⁸⁾.

Il *crimen laesae maiestatis* non esiste come fattispecie tipica, non è un singolo delitto definibile: è un contenitore all'interno del quale è possibile individuare una serie variabile e tendenzialmente sempre più ampia di comportamenti e accadimenti, che il legislatore o i giuristi riconducono ad un'unità concettuale data dalla minaccia o lesione della *maiestas*⁽³⁹⁾. *Perduellio, seditio, coniuratio* ecc., stanno rispetto al crimine di lesa maestà in un rapporto di specie a genere⁽⁴⁰⁾: ogni singola fattispecie ha elementi e qualità specifiche, ma ciascuna è comunque un *modus* di commissione del reato base. « Maiestatis crimen latissimum est plures causas, pluresque modos comprehendens, quibus eius criminis quis reus efficitur » — dichiara l'udinese — e le varie ipotesi descritte nella *lex Iulia maiestatis*, o in altre fonti successive, possono esser tripartite in ragione del soggetto colpito, « nam aut Respublica, et Imperium ipsum in universo laeditur, aut Imperator et eius consilarii, aut magistratus ». Pur nella pluralità dei contenuti, il crimenlese ha tuttavia un suo nucleo caratteristico: esistono cioè regole e principi che appartengono, per così dire, alla corteccia comune, al livello sottostante nel quale non rilevano le differenze ma interessano solo i tratti omogenei. Deciani dosa abilmente definizioni e distinzioni, profili generali e specificazioni; maneggia con sapienza gli strumenti dialettici,

⁽³⁸⁾ Ivi, n. 1. Sul 'principio di imitazione' tra ordine politico guidato dal Principe e ordine divino, sulla costruzione della sacralità del Principe da parte dei giuristi e sulla 'liturgia dell'obbedienza' che ne consegue, è sufficiente rinviare a M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974, specie pp. 78-133.

⁽³⁹⁾ In mancanza di una nozione chiara e unitaria, l'unico modo per sapere chi incorre in tale crimine è riferirsi alle fonti, in particolare alla *lex Iulia maiestatis*, come fa ad esempio GAMBIGLIONI, *Tractatus de maleficiis*, cit., § *Et hai tradito la tua patria*, n. 2, p. 295: « tenetur autem hoc crimine qui commisit aliquid de contentis in l. 1. 2. 3. et 4. ff. ad legem Iuliam maiestatem ».

⁽⁴⁰⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, VII, VI *Quot modis contrahatur crimen laesae Maiestatis*, n. 4: « Differt ergo perduellionis crimen a crimine laesae maiestatis sicut species a genere, nam omnis reus perduellionis est etiam Reus laesae maiestatis, sed non e contra ». La stessa logica di classificazione per *genus* e *species* vale ad esempio tra *infidelitas* e *haeresis*, in V, IX *Haeresis quid et quot eius species*, n. 3.

offrendo al lettore un quadro coerente tanto del nucleo costitutivo quanto delle potenzialità elastiche di questo crimine.

La causa materiale permette all'autore di trovare all'interno delle *leges publicorum iudiciorum* criteri nuovi per catalogare e raggruppare le fattispecie: il libro VIII comprende, in grado decrescente di gravità rispetto alla lesa maestà, altri reati *contra Principem vel Rempublicam*, dalle forme di *vis publica* (utilizzo delle armi, ratto, stupro violento) ai delitti di chi ricopre *publica officia* (*ambitus, peculatus, crimen de residuis, crimen repetundarum*), tutte ipotesi in cui per l'ordinamento parte lesa è prioritariamente l'ordinato e sicuro assetto della comunità. Nel rispetto dello schema espositivo programmato, l'ultimo libro è, infine, dedicato ai delitti che offendono beni e interessi dei privati ⁽⁴¹⁾. Il metodo sistematico vorrebbe che fosse affrontato per primo l'*homicidium ex genere sumptum*, e poi le tre specie del suicidio, dell'omicidio di parenti, e dell'omicidio *in extraneum*. Deciani invece preferisce modificare questo modulo e rinviare l'esposizione dei *generalia pertinentia ad omnem speciem homicidii* alla spiegazione dell'omicidio verso terzi, assunto a paradigma non solo delle tre *species* della classe omicidiale ma anche, in senso più ampio, a modello di ogni delitto ⁽⁴²⁾.

L'espressa riflessione metodologica sulla fisionomia del libro IX dimostra come la parte speciale del *Tractatus* voglia riproporre lo stesso modello espositivo e conoscitivo della parte generale. La

⁽⁴¹⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, I *De eo, qui sibi ipsi manus infert*, n. 1. Lo schema *ab obiecto* è il filo conduttore che Deciani ricorda ad inizio libro per ribadire l'ordinata e motivata disposizione degli argomenti di parte speciale: « Absolutis criminibus, quae in Deum ipsum, et Religionem, quae Principes in terris, vel Rempublicam, vel Magistratus respiciunt principaliter, quae omnia ius publicum spectant, nunc videntur de iis, privatorum iniuriam principaliter concernunt ».

⁽⁴²⁾ Il passo (DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, I *De eo, qui sibi ipsi manus infert*, n. 1) merita di essere riportato per intero: « Et quamquam non ignorem, potuisse me, et forte debuisse primo proponere generalia pertinentia ad omnem speciem homicidii, cum generalia sint praeponenda (...) attamen quia generalia illa magis proprie conveniunt homicidio commisso in extraneum, quam in praedictos alios, ideo illa reservavi tractanda, dum de homicidio in extraneos commisso sermonem habeo; non enim est novum, quod specialia praeponantur, et generalia sequantur, ut tradunt Scribentes in rubr. ff. de iurisdictione omnium iudicum [D. 2.1] ». Infatti, come già anticipato in precedenza, nei capitoli dedicati all'omicidio l'udinese spiega argomenti di portata generale come l'*animus*, la *cogitatio*, il *conatus*.

logica deduttiva e la ricerca dei caratteri comuni ai gruppi di reati formati in funzione dell'oggetto tutelato, consentono di individuare i *generalia* di quella specifica categoria; ragionando con insiemi e sottoinsiemi, elementi tipici del *genus* e peculiarità dello specifico delitto, la parte analitica del trattato dedicata ai singoli crimini assume una struttura razionale, un ordine logico che, almeno nella distribuzione degli argomenti, è lontanissimo dallo stile casistico. L'accorpamento delle ipotesi delittuose riconducibili ad un unico bene leso, offre al giurista la possibilità di illustrare alcuni istituti o regole tipiche non di un solo crimine, ma di tutti quelli appartenenti a quella specie, evitando ripetizioni e mostrando invece nessi contenutistici e trattamenti analoghi. Per esempio, l'introduttiva definizione di *maiestas* ⁽⁴³⁾ serve per un inquadramento di tutte le successive fattispecie del libro VII, l'esame dei soggetti attivi (cap. VIII) e passivi (capp. IV e V) è comune a tutti i casi di crimine, e lo stesso dicasi per i capitoli sulla punibilità del concorso (cap. XXXIV) e del tentativo (cap. XXXV), sulla procedibilità inquisitoria e accusatoria e sulle prove (capp. XLIII ss.).

La divisione *ab obiecto* dà buoni frutti in termini sistematici: permette di disporre i delitti in una scala di gravità e favorisce l'esposizione di alcuni istituti in modo comune a tutti i reati appartenenti all'insieme costruito proprio in funzione del bene leso. Ogni macro area ha una sua parte generale e delle specificazioni particolari; l'idea di individuare i *generalia* dei singoli raggruppamenti, anche se non sempre esplicitata come nel libro IX e applicata non con continuità ⁽⁴⁴⁾, rende l'esposizione lineare e logica, ordina e semplifica i *casus* descritti.

⁽⁴³⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, VII, II *Maiestas quid*, n. 1: « sed quid attinet ad materiam nostram, Maiestas est decus, amplitudo, excellentia et suprema dignitas, vel Senatus populusque Romanus, vel Pontificis, maximi vel Imperatoris, vel Regis, vel Principis, vel civitatis ».

⁽⁴⁴⁾ Se lo schema vale, come visto, per l'area della lesa maestà e per quella dell'omicidio, altrettanto non può dirsi per l'area della *violentia*, dove a parte la *definitio* iniziale e i capitoli su pene, processo ed *excusationes* (capp. XVIII-XX), non vi sono descrizioni comuni di altri istituti.

II.3. *Uno schema descrittivo per la ricerca della quidditas: la creazione delle fattispecie*

Per chiudere l'analisi strutturale della parte speciale, occorre soffermarsi sullo schema tipico che Deciani adotta nella descrizione dei delitti. La 'svolta metodologica' annunciata e attuata nei primi libri ha effetti rilevanti anche nel prosieguo dell'opera e la *forma mentis* sistematica dell'autore si ripercuote nello studio e nell'analisi delle fattispecie. Il lettore è guidato lungo un percorso conoscitivo razionale, che procede sempre per gradi e passaggi logici, in maniera costante in tutti i reati. Esiste un modello uniforme che consente di individuare la tipicità minima ed essenziale di un certo crimine, i suoi elementi essenziali, e poi le possibili sfumature, le varie forme di manifestazione, le implicazioni procedurali, le pene, le scusanti. L'organizzazione di nozioni e informazioni relative ad ogni singola specie criminosa segue un *iter* logico che prende le mosse dal profilo sostanziale e termina con gli aspetti processuali, procedendo dalla definizione alla pena. La fattispecie va descritta prima nella sua tipicità concettuale, mostrandone condotta, specie, soggetti, forme; lo svolgimento del giudizio, dal tipo di rito alle prove alla condanna, è modellato su di essa e non viceversa. Emerge, anche nella parte speciale, la capacità dell'autore di astrarre il suo ragionamento giuridico dalla contingenza dei fatti e della prassi giurisprudenziale, per cogliere gli aspetti tipizzanti e costitutivi anche nei singoli delitti.

Lo schema razionale d'indagine di una particolare fattispecie criminosa è scomponibile in tre momenti: il primo, in tutto conforme alla *methodus* sottesa anche alla parte generale, composto di *etymologia* — *definitio* — *substantialia* — *divisiones*, il secondo volto ad individuare le leggi che regolano la materia, la sfera dei potenziali soggetti attivi, le condotte tipiche antigiuridiche, l'*atrocitas*, i *singularia* e le eventuali *excusationes*, l'ultimo dedicato alle tappe processuali, dall'*actio* alla comminazione della sanzione (45). Questo mo-

(45) Solo a mo' di esempio, tale schema può essere verificato nell'eresia. La trattazione dell'*Haeresis* inizia con il capitolo VII del quinto libro, intitolato *De haeresis nomine*: in esso l'autore si sofferma sull'etimologia e sul significato linguistico e religioso del termine. Poi entra nello specifico giuridico e al capitolo IX (*Haeresis quid et quot eius species*) riporta la definizione del reato, scomposta e spiegata nelle varie parti; ne elenca quindi gli elementi essenziali e le *species*. È il modello espositivo che già abbiamo

dello, applicato naturalmente con alcune varianti e non sempre integralmente a tutte le ipotesi, conferma ancora una volta l'inclinazione deciana al rigore metodologico e la sua particolare attenzione per il contenuto materiale dei delitti, descritto e valutato in ogni sfumatura essenziale o accidentale. Rispetto alla letteratura penalistica precedente e contemporanea, il trattato dell'udinese è profondamente innovativo anche nella forma della parte analitica: colpisce, in modo particolare, il suo impegno teorico teso alla costruzione delle fattispecie, la combinazione di materiale *communis* e di stile sperimentale per arrivare a disegnare le figure criminose con contorni netti.

La tensione verso l'elaborazione dei caratteri propri di ciascuna tipologia di crimine e la volontà di circoscrivere con chiarezza il fatto e gli indici di disvalore d'ogni azione delittuosa, caratterizzano tutto l'edificio di parte speciale. In questa prospettiva dogmatica e metodologica si coglie la forte continuità tra i *generalia* dei primi libri e la trattazione analitica dei reati: lo sguardo dell'autore resta sempre attratto dalla dimensione sostanziale dell'illecito, e il suo impegno teorico e interpretativo si dirige costantemente verso l'individuazione della natura e dei caratteri costitutivi del comportamento anti-giuridico. La logica che aveva condotto Deciani ad elaborare la teoria del *delictum in genere* nel secondo libro, si piega ora allo studio dei singoli *nomina*, ma l'approccio metodologico e gli strumenti di lavoro restano, come detto, i medesimi. Il delitto *in*

analizzato più volte nella parte generale: prima le premesse terminologiche e la ricerca etimologica per delimitare l'area semantica del vocabolo in questione, poi la *definitio* per spiegare in sintesi la *substantia* dell'istituto o del concetto e infine le *divisiones* in specie. Dopo le possibili forme di commissione del reato, Deciani passa ad illustrare, nell'ordine, *qui haeretici non sunt* (cap. XVIII), le cause che rendono tale delitto atroce e gli *specialia*, ovvero le deroghe alle garanzie legali giustificate dalla gravità dell'illecito. In ultimo restano gli aspetti processuali, i problemi di competenza (cap. XXI, *De iudicibus in causa haeresis*), il rapporto tra norme civili e canoniche, il modo di formazione del processo (*per inquisitionem, accusationem, denunciationem*), la sentenza e i suoi effetti *ultra reum*, le pene e le loro variazioni in funzione degli *accidentalita*. Prendiamo, a ulteriore conferma, il delitto di *Periurium* (libro VI capp.VII ss.). *Quid sit e unde dictum* sono i temi del primo capitolo, poi la partizione segue la solita griglia, pur semplificata: *quot sint periurii species* (cap. VIII), *de atrocitate huius delicti* (cap. IX), *qui sint periurii* (cap. X), *de excusatione periurii* (cap. XI), *de requisitis in processu periurii* (cap. XII), *de poenis periurii* (cap. XIII).

abstracto diviene così, per tutto il *Tractatus*, un modello epistemologico, un riferimento dogmatico, un calco al quale conformare gli accadimenti concreti. Il *Tractatus criminalis* deciano rappresenta una delle massime espressioni della capacità dei giuristi di selezionare *delicta*: applicando ai vari reati i *generalia* elaborati nella parte generale, seguendo uno stile espositivo deduttivo e sfruttando la classificazione *ab obiecto*, l'udinese raffigura in modo chiaro ogni *species* criminosa. Il suo è un ruolo sicuramente creativo. Nella ricerca del nucleo costitutivo e tipizzante dei reati, della loro *substantia*, del *quid sit*, l'autore non solo raccoglie i frammenti sparsi nel confuso apparato penalistico, ma li riordina alla luce di una nuova razionalità e di nuove fondazioni legittimanti.

II.4. *Definire delitti, imporre condotte*

Nella riproposizione delle operazioni dialettiche già impiegate in parte generale, un posto di primo piano spetta senza dubbio alla *definitio*, finalizzata alla sintesi dei contenuti e degli *elementa* della fattispecie, alla descrizione della condotta, alla selezione delle costanti che identificano un delitto tra i vari e sempre differenti avvenimenti della realtà. Nella costruzione della *facti species*, compito del *conditor* — il giurista in questo caso, e non il legislatore — è quello di leggere nella realtà fenomenica le azioni, i nessi causali tra volontà ed evento, le componenti del fatto che sono necessari e sufficienti ad esprimere il disvalore giuridico dell'azione, per poi trasformali in elementi costitutivi del *delictum* ⁽⁴⁶⁾. È un processo di

⁽⁴⁶⁾ Movendo dallo studio di F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1979, pp. 339 ss., si può cogliere un significativo dato, generale e dunque non storicamente circoscritto al presente, strutturalmente e funzionalmente legato alla pratica definitoria, in cui si esalta il ruolo creativo e costitutivo della dottrina. La definizione della fattispecie tipica attraverso il linguaggio e gli strumenti tecnici elaborati dalla scienza, permette di superare la descrizione analitica degli elementi fattuali e di concentrare l'attenzione sui caratteri e gli elementi fondativi dei singoli delitti. Essa consente quella circolarità tra definizione e valutazione che è garantita dalla relazione costante tra *ratio* e nozione, sia nel momento genetico della definizione che nella sua successiva storica interpretazione ed eventuale modificazione. Le definizioni concettuali, dunque, «lungi dall'essere un ingombro, un inceppo fastidioso per la comprensione della realtà e l'applicazione delle leggi, costituiscono ad un tempo la

tipizzazione che consente di elevare a categoria giuridica dati appartenenti alla dimensione fattuale, di astrarre dalla realtà concreta gli aspetti che caratterizzano il nucleo ripetibile del comportamento illecito; la fattispecie definita diviene un *medium* tra l'infinita variabilità e imprevedibilità degli episodi della vita e l'ordinamento giuridico, una *factio* che descrive ed esprime un disvalore cui ricondurre in modo analogico giudizi su accadimenti concreti (47).

Questo processo di formazione e composizione dell'essenza di un delitto è un'operazione lenta e difficile per il diritto medievale: manca, da un lato, l'autorità politica dotata di sovranità e autorevolezza tali da poter imporre in modo precettivo il contenuto di un reato; i criminalisti, dall'altro, non hanno saputo maturare pienamente la tecnica definitoria, preferendo descrivere minuziosamente e ripetutamente i *casus* piuttosto che tentare sintesi concettuali. Il cambiamento si registra nella svolta del XVI secolo, nel passaggio da una giustizia transattiva tesa a regolare conflitti interni al corpo sociale ad una giustizia statuale, che mira ad imporre modelli di comportamento e che difende con la pena le offese ai valori fondanti della *civitas*. Definire i comportamenti che possono minacciare o danneggiare la *pax publica* e la quiete sociale significa evidentemente strappare la regolamentazione dei conflitti sociali alle pratiche consuetudinarie, agli accordi orali, alle dinamiche opportunità infragiudiziali, per assegnarla, invece, al diritto formalizzato e scritto, ispirato alla staticità delle fonti romane, guidato da criteri tecnici e da concetti teorici.

Le fattispecie che i criminalisti del Cinquecento iniziano a descrivere con il loro bagaglio di nozioni, *regulae* e *principia* sono una complessa sintesi di progettualità politica e di competenze dogmatiche. I concetti di *dolus* e *culpa* per descrivere la responsabilità personale e quelli di *iniuria* e *damnum* per esprimere l'offen-

sedimentazione di un inestimabile patrimonio culturale e lo stampo in cui forgiare e dare forma razionalmente compiuta alla sempre rinnovantesi attività valutativa dell'uomo » (p. 368).

(47) Sul circolare processo ermeneutico che porta nel giudizio concreto alla conoscenza del *tertium comparationis* o alla *Synthese* tra la fattispecie (*Tatbestand*) e le circostanze di fatto (*Sachverhalt*), cfr. W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, Carl Haymanns Verlag KG, 1968, in particolare pp. 104-108 e 118-126.

sività, la scansione dell'*iter* delittuoso per proporzionare l'intervento punitivo alla maggiore o minore prossimità dell'azione alla consumazione, l'enucleazione della *quidditas delicti* e delle circostanze, sono tutti mezzi attraverso cui recuperare ad una dimensione giuridica ufficiale realtà prima regolate e risolte in via empirica ed extragiudiziale. La formalizzazione di una fattispecie è un fondamentale momento di interessenza tra cultura giuridica e governo della società, perché costringe il Principe a ricorrere necessariamente alle conoscenze e alla razionalità dei *doctores*. Le pene imposte dalla giustizia pubblica non possono che indirizzarsi verso i tipi criminosi fissati dai giuristi; l'autorevolezza del discorso teorico del criminalista, legittimato dalla specifica terminologia tecnica e dalla fondatezza delle categorie concettuali, è l'arma culturale per imporre alle comunità soggette il penale invasivo dello Stato ⁽⁴⁸⁾.

Definire un *delictum* significa selezionare, ritagliare quella e solo quella 'porzione' di un ipotetico fatto e renderla punibile. L'atto stesso di definire è, dunque, autoritario, impone modelli di comportamento, include ed esclude dalla rilevanza giuridica una serie di possibili atteggiamenti, ed è, altresì, volutamente creativo, nella misura in cui il soggetto che fotografa una determinata immagine delittuosa decide cosa mettere a fuoco, su quali dettagli indugiare e quali invece omettere. Operazione, questa, che nel XVI secolo è ancora esclusiva competenza della scienza giuridica e non del legislatore. La circolazione delle dottrine a livello europeo e il recupero delle stesse da parte dei Sovrani nei loro provvedimenti, introdurrà poi lentamente la pratica definitoria anche a livello di diritto posi-

(48) Le elaborazioni teoriche dei giuristi colti e i provvedimenti calati autoritativamente dall'alto faticano ad imporsi sugli assetti consuetudinari e sulle pratiche negoziali guidate dalla logica dell'onore e dagli usi comunitari. Nel XVI secolo la formalizzazione delle fattispecie (l'omicidio in particolare) in definizioni, grazie alla descrizione tecnica degli elementi costitutivi e delle forme di manifestazione, determina una più marcata inclusione nel sistema di diritto scritto e statutale di conflitti prima risolti in via transattiva o extragiudiziale; cfr. in proposito X. ROUSSEAU, *De la négociation au procès pénal*, cit., pp. 295 ss.; ID., *From Case to Crime. Homicide Regulation in Medieval and Modern Europe*, in *Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts. Bestandsaufnahme eines europäischen Forschungsproblems*, hrsg. D. Willoweit, Köln u.a., Böhlau, 1999, pp. 143-166 e, ivi, C. GAUVARD, *De la difficulté d'appliquer les principes théoriques du droit pénal en France à la fin du Moyen Age*, pp. 91-113.

tivo, ma la sua origine è certamente nelle costruzioni degli *interpretes*, dotate di una carica normativa che non deriva da un formale procedimento di promulgazione, bensì dall'autorevolezza della scrittura e della tradizione. Le fattispecie elaborate dai *doctores*, costruite con i vocaboli e i concetti tecnici mutuati dal diritto colto romano-canonico, gradualmente s'impongono sulle formule consuetudinarie, si sostituiscono ai delitti la cui descrizione non aveva bisogno di essere sancita con la scrittura perché risiedeva nella prassi e nel linguaggio di una certa comunità. La *definitio* dottrinale, poi assorbita e veicolata negli atti normativi, diviene uno strumento per l'imposizione del centro sulla periferia, della legge sulla consuetudine: strumento tenue perché non violento, ma estremamente efficace nell'erosare spazi di giustizia comunitaria e nell'uniformare modelli di rilevanza penale ⁽⁴⁹⁾.

Le nozioni che Deciani tenta di comporre e delimitare sono tutte riferite a *delicta publica*, ovvero proprio a quei reati che presentano il più grave disvalore, lesivi di un interesse riconducibile, direttamente o indirettamente, alla *Respublica*: *definitiones* e *distinctiones* volte a tracciare una mappa precisa e rigorosa dei comportamenti vietati, a giustificare tecnicamente le *rationes* della penalità con cui lo Stato deve difendersi dalle molteplici aggressioni alla sua incolumità o dall'offesa arrecata ai valori fondativi, come quelli religiosi. Nella gerarchia repressiva, ogni misfatto viene considerato e stigmatizzato in relazione al danno o al pericolo provocato allo Stato: il sostegno della scienza giuridica alla politica egemonica del *Princeps* si traduce nella formulazione di fattispecie punibili in cui emerge il profilo pubblicistico della lesione, così da porre sempre l'interesse della *Respublica* al centro dei meccanismi e delle ragioni

⁽⁴⁹⁾ La costruzione delle fattispecie con i criteri della dottrina romano-canonica provoca una frattura con il diritto volgare e apre la strada a meccanismi interpretativi e ad operazioni scientifiche che, mentre esaltano il ruolo pubblico dei *doctores* e la forza uniformante della legge del Principe, escludono dalla giurisdizione i giudici non istruiti, abituati a giudicare od arbitrare in virtù e in funzione delle consuetudini locali. In questo senso, con riferimento alla *Carolina* e all'attività svolta su di essa della dottrina tedesca nel processo d'elaborazione di nuove fattispecie che recepiscono nel diritto germanico elementi dello *ius commune*, cfr. SCHAFFSTEIN, *Studien zur Entwicklung der Deliktstatbestände*, cit., specie pp. 34-55.

di tutela penale ⁽⁵⁰⁾. Il disegno organico complessivo del *Tractatus* risulta, in quest'ottica, ulteriormente consolidato: principi generali della materia e centralità del concetto di *delictum*, classificazione dei reati in base al bene giuridico leso, legittimazione dei *delicta publici iudicii* e infine, a conclusione della piramide logico-deduttiva, definizioni e descrizioni dei crimini particolari. Il quadro d'insieme elaborato dal giurista friulano, poggiato su solide basi dogmatiche e metodologiche, propone un sistema penale assolutamente invasivo e forte, con una penalità diffusa e soprattutto razionalmente legittimata, che non lascia, almeno sulla carta, nessuno spazio né a dinamiche arbitrali collocate fuori o ai margini della dimensione giuridica, né a consuetudini locali o alla libera valutazione del magistrato.

La tassonomia precisa e puntuale dei reati 'giuridicizza' ogni atto sociale ritenuto pericoloso e fonte di disordine, e la descrizione degli elementi che compongono la fattispecie impedisce al magistrato sia di estendere analogicamente e in modo arbitrario l'area del penalmente rilevante oltre i limiti posti (imposti) dalla *definitio*, sia di restringerla a danno e rischio dello Stato, poiché *Reipublicae interest ne delicta remaneant impunita*. Se il Principe, in virtù della sovranità esclusiva e per ragioni d'opportunità politica, può stabilire che blasfemia, latrocinio o mandato ad uccidere siano delitti e di conseguenza indirizzare l'apparato repressivo pubblico (polizia e giudici) verso il perseguimento e la condanna di tali comportamenti, spetta, tuttavia, alla scienza giuridica riempire quei *nomina* di significato chiaro e precettivo. Il contenitore punito dalla legge, che si limita a prevederlo senza spiegarlo o definirlo, deve poi necessariamente essere caratterizzato e specificato dal giurista, chiamato a dare contenuto alla fattispecie, a vestire la forma di una sostanza tipica per consentire al giudice di applicare la norma e ai sudditi di conoscere il divieto.

Quidditas e *ratio* di ogni delitto sono i due poli sui quali Deciani sviluppa la parte speciale, costruendo il discorso in modo da offrire

⁽⁵⁰⁾ La lesione del bene pubblico, ovvero il profilo di danno subito dallo Stato, diviene il criterio per disegnare la nuova gerarchia dei crimini; in questo senso, con particolare riferimento all'area francese, cfr. B. GARNOT, *Crime et Justice aux XVIIe et XVIIIe siècles*, Paris, Imago, 2000, pp. 60-65.

sempre al lettore la chiarezza degli elementi costitutivi e la giustificazione teorico-politica che legittima l'intervento sanzionatorio. L'efficacia generalpreventiva delle norme punitive, come la loro funzione di promozione della stabilità politico-istituzionale e di tutela dell'ordine, aumentano proporzionalmente alla determinatezza delle fattispecie. Le *definitiones* che l'udinese propone hanno la pretesa di essere complete, di indicare, cioè, tra l'infinita possibilità degli accadimenti reali, le necessarie condizioni perché una condotta sia qualificabile come delittuosa e ascrivibile a quello, e solo quello, specifico *nomen*. L'operazione definitoria sintetica, al contrario della descrizione analitica, presuppone, dunque, le categorie e le distinzioni concettuali della parte generale, perché nella *definitio* dovranno rientrare solo i *substantialia* e i *naturalia*, non gli *accidentalialia*, perché la rilevanza della volontà dell'agente dovrà essere declinata in funzione delle nozioni e dei gradi di *dolus* e *culpa*, perché nel *factum* dovrà essere specificato il bene offeso e la modalità di lesione.

Ma, in modo più evidente, il collegamento tra *generalialia* e *specialialia* è dato dall'assunzione della *diffinitio delicti* del libro secondo a modello strutturale per l'elaborazione delle definizioni particolari. Non solo lo strumento logico è il medesimo, ma le nuove *species* cercano spesso di ricalcare le scansioni che compongono il *genus*: descrizione del fatto, elemento psicologico, qualificazioni soggettive del reo o dell'offeso, ragione della proibizione. Raccogliendo conoscenze e opinioni che la criminalistica ha saputo fino ad allora perfezionare, ragionando sulle *leges* romane, sul diritto canonico e sulla prassi, Deciani prova a fissare una nozione, distillato di contributi eterogenei per natura, provenienza, origine storica. Una lettura dei *delicta* attraverso le definizioni, inserite nelle più ampie partizioni *ab obiecto*, permette, quindi, di cogliere le priorità della tutela penale, di riconoscere nella tipizzazione delle condotte dannose o pericolose i beni e i valori sottesi alle incriminazioni, di svelare i piani di disciplinamento del Principe, le urgenze repressive e le cautele a difesa della *pax publica*.

Il *Tractatus* sperimenta anche nella parte speciale una via dottrinale nuova, proiettata verso il diritto sostanziale e la costruzione dogmatica: il sistema penale che ne deriva ha un volto diverso, fa forza su leve differenti per rendere più solido l'apparato punitivo

pubblico. Prima le *practicae* accompagnavano e dirigevano il giudice in ogni sua attività, compresa quella di riconoscimento di un illecito, e offrivano al professionista del diritto un ventaglio di ipotesi ricorrenti e paradigmatiche che dovevano ad un tempo favorire e limitare il suo compito di accertamento dei reati. Per casi non previsti, non esattamente corrispondenti a quelli indicati o non contemplati negli statuti, il giudice ricorreva ad interpretazioni estensive e all'analogia, secondo uno stile ampiamente utilizzato e condiviso. Deciani, invece, sembra offrire al giudice altri criteri per conoscere la fattispecie, riferiti, come visto, alla *quidditas* dei *delicta*: questo evidentemente non elimina margini d'arbitrio e d'interpretazione estensiva da parte dei magistrati ⁽⁵¹⁾, ma, almeno nel progetto del giurista friulano, dovrebbe assicurare una maggiore uniformità applicativa, una coerenza fondata sull'identità di *substantia* e sulla corrispondenza al tipo. Gli *elementa* che identificano la struttura essenziale, i caratteri imprescindibili, i segni identitari di un reato, non possono essere alterati o manipolati, ma funzionano da direttive per ricondurre un accadimento concreto in un determinato *nomen iuris*.

II.5. *Definizioni di genus* (haeresis, blasphemia, periurum)

Il confronto diretto con le parole del trattato è certamente chiarificatore. Il primo reato che Deciani affronta è l'eresia, il più grave in assoluto perché *contra Deum* e oggetto, nel Cinquecento, di feroce persecuzione dopo gli strappi della Riforma e la severità post-conciliare della Chiesa. La complessità della fattispecie rende difficile individuarne i contorni, poiché mancando di una concreta e

⁽⁵¹⁾ È l'identità di *ratio*, che pure Deciani cerca sempre di specificare per rendere visibile la logica politico-criminale sottesa alla proibizione, il mezzo che consente l'interpretazione estensiva anche *in criminalibus*; cfr. DECIANI, *Tractatus criminalis*, V, X *De infidelitate*, n. 33, sulla possibilità di estendere le pene previste per gli ebrei anche agli *infideles*, esclusa dal Panormitano e da Giovanni d'Anagni e ammessa invece dall'udinese: «Ego tamen non puto veram indistincte conclusionem praedictorum patrum, quinimo puto quod in iis, in quibus concurrat eadem ratio, fiat extensio de Iudaeis ad infideles (...) scimus enim quod etiam in poenalibus saepe, ubi est eadem ratio, fit extensio de uno casu ad alium, et praecipue favore fidei et religionis Christianae, prout est modo nostra, et ita tenendum puto ».

materiale offensività rischia di divenire evanescente e quindi terribilmente pericolosa, crimine ‘aperto’ da utilizzare senza riserve in tutti i casi di devianza dall’ortodossia cattolica. Il professore friulano parte dalle consuete valutazioni sul significato dell’*haeresis vox*, e giunge ad una sintetica definizione spiegata in ogni singolo lemma: « Haeresis ex praedictis sic definiri potest, quod est falsa opinio et pertinax circa Deum et ipsius catholicam fidem »⁽⁵²⁾. Poi, destrutturando la fattispecie, isola le componenti necessarie e sostanziali:

« tria ergo concurrunt ad perfectam haeresim constituendam, falsa scilicet opinio, sive credulitas in rationali intellectu, perversa voluntas in concupiscibili et defensionis illius perversae voluntatis in irascibili »⁽⁵³⁾.

Occorrono tutti e tre questi elementi perché si perfezioni il delitto d’eresia, tre condizioni che circoscrivono l’atteggiamento punibile del reo e insieme stigmatizzano la sua volontà fallace. Non sono contenuti nuovi; anzi, sull’eresia la dottrina è abbondante nei canonisti e nei criminalisti. Ciò che qui interessa sottolineare è la capacità di Deciani di sintetizzare il nucleo costitutivo, di indicare al lettore la *quidditas* del delitto senza bisogno di ricorrere ad esempi, di illustrare casi, di distinguere modalità di realizzazione. Pur nella varietà delle forme, *falsa opinio*, *perversa voluntas* e sua pertinace difesa sono le costanti che non possono mancare, fattori astratti tipizzanti sufficientemente flessibili per poter fungere da guida al

(52) DECIANI, *Tractatus criminalis*, V, IX *Haeresis quid et quot eius species*, n. 1. La spiegazione è la seguente: « Dixi falsa opinio quia haeresis est opinio, quae vox loco generis ponitur. Dixi, falsa, quia plures species falsitatis continere potest. Dixi pertinax, quia ut statim dicam, sine pertinacia non potest esse haeresis, et sic vox falsa, ponitur ad differentiam verae opinionis, vox pertinax, ad differentiam erroris, quem quis paratus sit emendare, qui excusabilis est, neque haereticum constituit. Dixi circa Deum, ut comprehenderem omnes species haeresis infidelium, scilicet, ut paganorum, Iudaeorum et etiam Christianorum ». In un’accezione più stretta, dice poco dopo al n. 2, il significato del *nomen* è « dogma, falsum fidei orthodoxae repugnans cum pertinacia ». Una definizione simile, sebbene meno descrittiva, l’abbozza anche Ludovico Carerio (*Tractatus de haereticis*, in *Tractatus Universi Iuris*, cit., t. XI, n. 1, f. 43rb: « Haeresis igitur est deviatio a fide Christiana, et catholica religione cum pertinacia »), il quale, però, dopo alcune precisazioni sulla *pertinacia*, ritiene conclusa la premessa relativa alla *quidditas* e passa subito alla descrizione casistica delle modalità di commissione del reato.

(53) DECIANI, *Tractatus criminalis*, V, IX *Haeresis quid et quot eius species*, n. 2.

giudice del caso concreto ⁽⁵⁴⁾. Piuttosto che elencare *quot modis dicitur haereticus* ⁽⁵⁵⁾, l'udinese in un primo momento coglie cosa sia l'*haeresis*; sposta la lente dall'enumerazione esemplificativa delle forme di manifestazione, che non può mai pretendere di essere esaustiva, alla comprensione della struttura ontologica, tentando di far affiorare la *substantia* stabile e immutabile sottostante ad ogni particolare forma di eresia ⁽⁵⁶⁾. Solo in seconda battuta passa ad analizzare alcune *species* dell'eresia, che nella loro infinita varietà condividono comunque tutte i caratteri essenziali del *genus* ⁽⁵⁷⁾.

Questo metodo espositivo è utilizzato spesso nel trattato e porta buoni risultati in termini sistematici perché consente di razionaliz-

⁽⁵⁴⁾ I *substantialia* dell'eresia, ridotti in modo più sbrigativo a due, servono al giurista friulano come concetti generali cui riferirsi per risolvere un caso concreto in DECIANI, *Responsorum Volumen Secundum*, Francofurti ad M., impensis Sigismundi Feyrabendii, *Resp. V*, n. 2, f. 37rb: « Et est ratio, quia cum duo sint substantialia haeresis, videlicet error et pertinacia, ut dicitur in praedictis iuribus, utrunque data poenitentia deficit, error enim deficit ».

⁽⁵⁵⁾ È quanto fanno, per esempio, GOTTOFREDO DA TRANI, *Summa super titulis Decretalium*, Lugduni, 1519, (rist. an. Aalen, Scientia Verlag, 1968), *De haereticis*, n. 1, ff. 206v-207r, che illustra sei modalità di riconoscimento dell'eretico, e ALBERICO DA ROSATE, *Dictionarium iuris*, cit., § *Haereticus*, che ne elenca tredici, recuperando frammenti dalla varie fonti. Poco efficace per la descrizione della sostanza anche la definizione di Bossi, il quale prevede due casi soltanto (« videlicet quando sentit aliter de articulis fidei, quam Romana ecclesia (...) et quando male sentit de sacramentis ecclesiae ») nei quali l'eretico deve essere *pertinax in sua opinione* (*Tractatus varii*, cit., *tit. de Haereticis*, n. 1, f. 130va).

⁽⁵⁶⁾ Un tentativo simile sull'eresia lo fa anche CLARO (*Liber V*, cit., § *Haeresis*, v. *Ad hoc autem*, n. 2, pp. 173-174), che scavando nelle *opiniones communes* estrae tre requisiti: « Ad hoc autem ut aliquis dicatur haereticus, primo requiritur, quod sit baptizatus. nam Iudaei, Pagani, vel Mahumetani non sunt haeretici. Et hoc receptissimis Doctorum sententiis comprobatur (...) Item requiritur quod scienter erret in fide catholica, approbando falsa pro veris, incerta pro certis, vel e converso. Et haec est omnium Doctorum concors, et unanimes sententia (...) Item quod sit pertinax in sua opinione. Alias nunquam dicitur haereticus. Et in hoc omnes concordant ». Un riepilogo delle varie definizioni di eresia proposte dai giuristi è in P. FARINACCIO, *Tractatus de Haeresi*, Francofurti ad M., sumptibus Haeredum D. Zachariae Palthenii, 1619, nn. 3-9, pp. 2-3.

⁽⁵⁷⁾ Delle *infinite haeresum species*, Deciani tratta solo le *magis dubiae*, e le divide in due classi: quelle « circa ea quae explicitae credere tenemur » relative agli articoli fondamentali della fede, e quelle « circa ea quae implicitae credere tenemur », che ad esempio colpiscono le tradizioni, i riti e le determinazioni della Chiesa sulla fede e i sacramenti (DECIANI, *Tractatus criminalis*, V, XVII *Haeresum Christianorum species*, n. 1).

zare le fattispecie particolari o i casi più ricorrenti entro un tipo concettuale comune. La definizione del genere delittuoso, nella sua struttura semplice e schematica ma costitutiva, rinvia alla macro area determinata dal bene leso e permette poi di avere una base comune sulla quale ordinare *species* e ulteriori sottodistinzioni. In questo modo Deciani riesce a trovare un compromesso tra stile sistematico-teorico e approccio casistico: dopo le *definitiones* che individuano il nucleo sostanziale, gli elenchi e le descrizioni analitiche recuperano in parte le parcellizzazioni dei pratici. Così avviene, ad esempio, con la *blasphemia*. Letteratura giuridica e patristica hanno già elaborato nozioni generali ⁽⁵⁸⁾ che il giurista friulano, dopo le consuete indagini semantiche e filologiche, sintetizza: « Et ideo brevius concludi potest, quod blasphemia est dicere corde, vel ore falsa de Deo. quae quidem definitio comprehendet omnes species blasphemiae » ⁽⁵⁹⁾. Messo a fuoco il *genus*, passa alle *species*, anch'esse distribuite secondo partizioni logiche che compongono una griglia di lettura del reato assolutamente deduttiva ⁽⁶⁰⁾.

In alcuni crimini Deciani si confronta con nozioni già elaborate da altri e le sottopone ad un'attenta critica: *iuxta methodus*, una

⁽⁵⁸⁾ Cfr. per es. LUCA DA PENNE, *Lectura super tribus libris Codicis*, Lugduni, apud Iacobum Giunta, 1544, in C. 10.11.5, *l. omnes iudices, de delatoribus*, § *et nota*, f. 19r: « Et nota quod blasphemia est aliquid dictum vel factum in contemptu Dei: etiam sine maledictione », dove alla definizione segue l'indicazione di dieci modalità di realizzazione e BOSSI, *Tractatus varii*, cit., *tit. de Inquisitione*, n. 131, f. 35rb: « Conclusio est igitur, quod non solum dicitur blasphemia, quando attribuitur ei addendo, vel minuendo, quod non est, sed et quando habetur turpiter sermo de Deo: quia satis tribuitur ei, quod non est, dum obscoena, et impudica verba de eo proferuntur ».

⁽⁵⁹⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, VI, I *Blasphemia quid*, n. 5.

⁽⁶⁰⁾ Tra le varie classificazioni di *species blasphemiae* avanzate in dottrina, Deciani (*Tractatus criminalis*, VI, II *Quae species blasphemiae*) sceglie la bipartizione in affermativa e negativa (n. 1: « primo est, cum Deo attribuitur, quod ei non convenit. Secundo, quando ab eo removetur, quod ei convenit ») e poi, fondandosi ancora sulla definizione generale, distingue due forme (*cordis* o *oris*) e cinque ulteriori modalità di perfezionamento del reato cui ricondurre la concreta e particolare casistica (n. 3) « ad quas quinque species omnes blasphemiae speciales facile reducuntur, ut infra deducam speciatim plures enumerando ». Nell'intento di trovare la definizione più comprensiva e astratta, l'udinese considera *species* quelle che secondo altri compongono lo stesso *genus*, come in ALBERICO DA ROSATE, *Dictionarium iuris*, cit., § *Blasphemia*, che precisa « haec tamen duo, scilicet affirmatio et negatio, non diversificant speciem blasphemiae, et secundum genus suum est peccatum mortale, quia repugnat charitati divinae ».

definizione deve essere sufficientemente generica per poter ricomprendere tutte le possibili specie, concisa per fare chiarezza e insieme precisa nell'individuazione dei *substantialia*. Le parole devono essere misurate e combinate valutandone estensione semantica, potenzialità descrittive dei fatti da regolamentare, significati propri del lessico giuridico, diversi, per esempio, da quello morale o teologico. Compito del giurista è elaborare 'tipi' di delitti, idonei, sia dal punto di vista tecnico che concettuale, a guidare i pratici nel lavoro di confronto con gli accadimenti concreti, focalizzando il bene oggetto di tutela e prevedendo modelli elastici cui far corrispondere i *casus* da risolvere. Nello *periurium* Deciani ritiene non appagante né la definizione di Tommaso (« Periurium est mendacium iuramento firmatum »⁽⁶¹⁾) né quella di Graziano⁽⁶²⁾, perché non comprendono *omnes casus*: il delitto deve prevedere anche l'ipotesi in cui al momento del giuramento il promittente intendeva rispettare l'impegno *sine mendacio* e solo successivamente abbia cambiato atteggiamento e si sia deciso ad ingannare la controparte. È migliore la *definitio glossae* che semplicemente parla di *transgressio iuramenti*⁽⁶³⁾, estensibile sia al pentimento sopravvenuto che alla falsità genetica. Ma manca ancora qualcosa per poter distinguere il delitto di *periurium* dal *praestans illicitum iuramentum*:

« perfecta tamen erit haec definitio, si voci iuramenti addideris, et hanc videlicet, quod periurium est transgressio iusti iuramenti, addo enim hanc vocem iusti, ut excludam iuramenta improbata a iure »⁽⁶⁴⁾.

Perché la *definitio* sia *perfecta*, capace cioè di caratterizzare la fattispecie nel suo nucleo sostanziale che la differenzi dalle altre e che sia comprensivo delle specificazioni, occorre aggiungere l'aggettivo *iustum* al giuramento, escludendo così i casi proibiti dalla legge, come il *iuramentum per membra Dei* o il cristiano che giura *per*

(61) TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica*, IIa IIae, q. 98, art. 1.

(62) DECRETUM, c. 2, C. XXII, q. 2, § 1: « Mentendo autem iurare nichil est aliud quam peierare ».

(63) GLOSSA « *pro periuro* », in X. 2. 24. 11, c. tua nos, de iureiurando: « periurium est transgressio iuramenti, quod si licitum est, peccat mortaliter transgrediendo ».

(64) DECIANI, *Tractatus criminalis*, VI, VII De periurio *periurium quid*, n. 1.

Mahomettum. Limitata e precisata l'area di rilevanza del delitto, l'udinese lo scompone poi nelle *species* (*assertorium* e *promissorium*; *in substantia, in forma, in materia, in solennitate*) seguendo il suo consueto schema.

II.6. Raptus quid

Una conferma più significativa della fiducia che Deciani ripone nello strumento definitorio come metodo di sintesi concettuale e insieme di destrutturazione delle componenti di un reato, si ha con il ratto. Se, infatti, nell'eresia la nozione inquadrava gli *elementa* di un *genus* delittuoso, a sua volta declinabile nelle varie specie, la *definitio raptus* è la trama lungo cui si sviluppa tutto il lungo capitolo VII del libro VIII, nel quale sono affrontate le *quaestiones* più complesse sulla specifica fattispecie, per regolarla in ogni dettaglio:

« Sic autem ego puto raptum mulieris definiendum, quod scilicet sit violenta, vel cum malis artibus asportatio sive abductio mulieris honestae, et invitae de loco ad locum animo eam carnaliter cognoscendi. Hanc definitionem colligo ex dicta lege 1 C. de raptu virginum [C. 9.13] et dicta lege raptores C. de episcopis et clericis [C. 1.3.53] » ⁽⁶⁵⁾.

Essa è il prodotto di una difficile operazione di raccolta, una *collectio* — come rimarca l'autore — di tasselli frammentati in diverse fonti ottenuta grazie ad un sapiente intervento di scomposizione delle *leges*, isolamento degli elementi essenziali e loro ricomposizione in una nozione unitaria. La dimensione creativa emerge con forza nel momento in cui Deciani spiega e giustifica le sue scelte terminologiche, per nulla scontate ma anzi risultanti da un serrato confronto con divergenti *opiniones*. Ogni *verbum* comporta una riflessione teorica che deve essere argomentata per rendere autorevole la definizione e circoscriverne con esattezza la portata semantica. Nella complessa costruzione del *raptus* Deciani cerca di ricomporre e restituire coerenza ad una disciplina assai controversa, in una fattispecie chiamata a regolare e bilanciare beni e valori non sempre coincidenti come l'ordine delle famiglie, l'onestà e il libero consenso

⁽⁶⁵⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, VIII, VII *Raptus quid*, n. 4.

della donna ⁽⁶⁶⁾. La *diffinitio* sottintende davvero un ripensamento contenutistico in cui l'udinese vuole conciliare, con esiti non del tutto privi di contraddizioni, la *vis*, il riconoscimento giuridico della *voluntas* della rapita, l'*animus* che deve sorreggere l'agire del rapitore, l'ambiguità della *persuasio* come ingannevole strumento di riconoscimento e insieme colpevole alterazione della libertà della *mulier*.

Interessa qui solo ripercorrere brevemente il ragionamento del giurista friulano, per comprendere quale lavoro concettuale si nasconde dietro la sintesi definitoria. «Dixi ergo primo, quod est violenta asportatio, sive abductio»: *asportatio* o *abductio* sono termini generici e neutri, privi di alcuna connotazione valoriale, potendo riferirsi indifferentemente ad un allontanamento avvenuto con qualunque mezzo di trasporto, con o senza la violenza, il consenso della donna, l'*animus corrumpendi*. È l'aggettivo *violenta* che colora il fatto di antigiuridicità, che connota il disvalore, «quia non potest esse raptus nisi adsit violentia». Può essere inferta *quocunque modo*, con o senza armi, o anche soltanto minacciata, come nell'ipotesi della fanciulla che spaventata dalla vista di uomini armati e pronti ad ucciderla in caso di rifiuto, decide spontaneamente di seguirli: in ogni sua possibile forma, la *vis* è elemento costitutivo della fattispecie, è un *requisitum*, appartiene alla struttura tipica, alla *substantia* del ratto. Tant'è che Deciani — alla luce della regola sulle *qualitates delicti* da includere nell'atto d'accusa, della cui importanza già abbiamo ragionato —, riportando un noto passo di Angelo degli Ubaldi che invita alla cautela, avverte: «quod cautus debet esse qui accusat de raptu, ut semper concludat actus necessarios ad violentiam, alias succumberet» ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁶⁾ Le diverse teorie dei giuristi d'Antico Regime, fondate su contrastanti interpretazioni delle fonti romane, che combinano in modo ambiguo onestà della donna, onore della famiglia, violenza e seduzione, sono ampiamente analizzate in G. CAZZETTA, *Praesumitur seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 15-95; sul «tortuoso e ambiguo» percorso teorico sotteso alla definizione deciana, «emblematica del cumulo di contrastanti tensioni interne al sistema dell'onestà», cfr. in particolare pp. 63-66.

⁽⁶⁷⁾ I passi citati sono tutti in DECIANI, *Tractatus criminalis*, VIII, VII *Raptus quid*, n. 5. La fonte dell'udinese è ANGELO DEGLI UBALDI, *In I. atque II. Digesti Veteris Partem Commentaria*, Venetiis, ad signum Aquilae se renovantis, 1580, in D. 2.7.4, l. *sed*

Ma, accanto alla violenza, vuole ricomprendere nella nozione anche l'ipotesi della *persuasio*, che lo costringe a sottili distinzioni concettuali: L'estensione della fattispecie attraverso l'equiparazione del rapimento violento alla *deceptio* realizzata *malis artibus* complica enormemente il quadro definitorio e richiede giustificazioni elaborate. Il professore udinese sembra percorrere una via che, giocando tra la combinazione di diverse fonti, fa coesistere nell'unico delitto le due possibilità alternative (*violentia* e *persuasio*), differenziandole poi però nel profilo sanzionatorio: traduce e gradua in una penalità decrescente l'offesa violenta che colpisce insieme donna *civitas* e parenti, la *voluntas coacta* dalla seduzione e, infine, la *voluntas libera* che configura comunque il *raptus* nei confronti della famiglia della donna. La *definitio* iniziale, dunque, appare la sintesi di un percorso faticoso e non sempre coerente, nel quale il giurista tende a valorizzare il profilo soggettivo della volontà sia nella donna che nell'uomo, attenuato, tuttavia, dalle ferme tutele poste a difesa dell'ordine delle famiglie e dell'idea di onestà muliebre ⁽⁶⁸⁾.

eximendi, *Ne quis eum*, n. 2, f. 34vb. Conferme sull'essenzialità della violenza nel ratto sono anche in BALDO DEGLI UBALDI, *Consiliorum sive Responsorum, volumen Quartum*, Venetiis, 1575 (rist. an., Torino, Bottega d'Erasmus, 1970), *Cons.* CLXXI, n. 2, f. 41va, dove la *vis* differenzia il *raptus* dall'adulterio, « *violentia enim raptus inest* »; in ENRICO DA SUSA (OSTIENSE), *Summa*, Lione, Iacobus Giunta, 1537 (rist. an. Aalen, Scientia Verlag, 1962), *De penis raptorum corporum*, n. 1, *vers. dicitur ergo*, f. 245vb: « *Dicitur ergo raptor proprie cum puella de domo patris abducitur violenter, ut corrupta in uxorem habeatur, sive puellae tantum sive parentibus sive utrisque vis inferatur* » e, con un'affermazione netta poi attenuata dalla tutela alle logiche parentali, in I. MARSILI, *Commentaria super lex unica C. de raptu virginum*, Lugduni, Bonnyn, 1538, n. 14, f. 8ra: « *Et ideo si quis subduceret mulierem blandis verbis vel cum promissionibus vel cum pecuniis non diceretur eam rapuisse si cum istis non intervenit violentia: et ideo non puniretur pena huius legis* ».

⁽⁶⁸⁾ Il ruolo delle definizioni nei delitti di stupro, adulterio e rapimento era di tradurre in termini e cautele giuridiche quei valori simbolici che attraverso il matrimonio, la verginità e l'onestà femminile dovevano in primo luogo proteggere l'onore della famiglia e del gruppo cui la donna apparteneva; in proposito cfr. C. POVOLO, *Entre la force de l'honneur et le pouvoir de la justice: le délit de viol en Italie (XIVe — XIXe siècle)*, in *L'infrajudiciaire*, cit., pp. 153-164. ROSONI, *Violenza (dir. interm.)*, cit., p. 852, sottolinea come nei crimini di violenza sessuale, il binomio *coactio/suasio* debba sempre confrontarsi con l'ideologia e la gerarchia di valori sottostante in cui la libertà della vittima passa in secondo piano rispetto ai beni famigliari di cui essa è portatrice « anche

« Dixi, vel malis artibus »⁽⁶⁹⁾: la locuzione serve per ricomprendere nella fattispecie anche il caso in cui un soggetto inganni la donna e la persuada con blandizie e insidie a consentire al rapimento. In favore di tale estensione sembra parlare già la legge romana (C. 9.13.1.3, § *Poenas autem, de raptu virginum*) e ad essa si adegua la dottrina dell'età comune, anche se alcuni giuristi tendono a precisare che « ibi lex assumit vocabulum raptoris pro omni seductore, sed proprie seducens non rapit, ex quo violentiam non infert »⁽⁷⁰⁾. La questione rileva ai fini sanzionatori, perché consente di applicare anche in caso di *persuasio* la pena base che il *Codex* commina ai *raptores* (morte e *admissio bonorum*), sebbene manchi l'elemento della *vis*. Deciani si discosta in parte dalla tradizione, ritenendo sì le *males artes* un elemento alternativo della fattispecie, punito però con una pena diversa (*capite* in caso di reato perfezionato, *deportatio in insulam* se imperfetto) rispetto a quella della *lex de raptu virginum*⁽⁷¹⁾. La seduzione fa presumere il *dolus ex proposito* dell'uomo, la *importuna persuasio* ha in sé la *vim compulsionis* e può, quindi, rientrare a tutti gli effetti nel *raptus*; appartiene al fatto tipico, ma comporta per il reo una pena diversa dal rapimento violento, più mite, poiché la lesione pur offendendo l'inte-

per conto d'altri», tanto che l'onore del gruppo parentale prevale sull'autonomia personale della donna.

⁽⁶⁹⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, VIII, VII *Raptus quid*, n. 7.

⁽⁷⁰⁾ ANGELO DEGLI UBALDI, *In I. atque II. Digesti*, cit., in D. 2.7.4, l. *sed eximendi, Ne quis eum*, n. 1, f. 34vb.

⁽⁷¹⁾ Cfr. DECIANI, *Tractatus criminalis*, VIII, VII *Raptus quid*, n. 7, dove l'autore dissente dalle *communes interpretum sententias* e fonda la sua *conclusionem* su un'altra fonte, quella di D. 47.11.1.2, § *qui pueros, de extraordinariis criminibus*. Poiché (n. 8) « totum fundamentum decisionis, quod raptus committatur etiam in volentem, stat in circumventionem, et deceptionem », manifestazioni del proposito doloso dell'uomo, si deve ritenere che non vi sia reato laddove, intervenuto un accordo senza alcuna frode, la donna abbia accettato di andarsene dietro il pagamento di una somma di denaro; diversa, e punibile, l'ipotesi di una promessa di denaro o ricompense falsa e non mantenuta. L'ambiguità dell'equiparazione tra *violentia* e *persuasio* è risolta con una graduazione di pena in deroga allo *ius commune* direttamente da alcune disposizioni statutarie, oppure, come riferisce Bossi, dai *mali mores hodierni*; il giurista lombardo, peraltro, riconosce con realismo il rischio di un'eccessiva estensione di pena: « Et si aliter diceremus, posset capite puniri universus fere mundus. Et facit ad rem valde, quod talis voluntas coacta sine violentia, dicitur aliqua violentia, non violentia ipsa » (Bossi, *Tractatus varii*, cit., tit. *de Raptu mulieris*, n. 15, p. 187vb).

resse dei parenti, colpisce la donna con un'intensità diversa e minore (72).

Il duplice piano valoriale sul quale costantemente opera il reato, integrità e onestà della *mulier* da un lato (73), ordine e onore delle *familiae* dall'altro, difficilmente si combina con il riconoscimento giuridico della *voluntas* femminile, tanto da costringere i giuristi ad esegesi azzardate. Nodo nevralgico del delitto è evidentemente il rilievo giuridico da assegnare alla libertà d'azione della donna in funzione del principio per cui *volenti non fit iniuria*, forzatamente interpretato per soddisfare interessi spesso contrapposti, che poco o nulla hanno a che fare con la reale intenzione della rapita:

« tu dicas quod verum est quod volenti non fit iniuria: sed hoc est verum in volente qui non habet superiorem vel aliquem qui ex illo actu iniurietur sicut ille qui principaliter patitur damnum: nam tunc etiam

(72) A questa sua conclusione, afferma ancora Deciani con una lunga argomentazione (*Tractatus criminalis*, VIII, VII *Raptus quid*, n. 7), « non obstat dicta l. 1 C. de raptu virginum quia raptus in ea lege committitur non tantum respectu mulieris, sed respectu etiam parentum: ideo licet raptus non dicatur respectu mulieris, quando permittit se rapti blanditiis, persuasa, et precio corrupta, attamen rapti dicitur respectu parentum; et quia respectu mulieris, ut dixi, volentis non poterat dici raptus, ideo si volens persuasa permiserit se stuprari, tunc est extraordinarium crimen, et ideo punitur poena dicto § qui puero, qui textum loquitur in specie quando nulla vis fuit adhibitam, sed tantum persuasionibus et pecunia mulier fuit subducta, lex autem 1 C. de raptu virginum loquitur, quando violentia intervenit, vel respectu mulieris, vel saltem respectu parentum; et hanc puto veritatem, quia lex respicit tantum violentiam, et eam punit lex autem 1 § qui puero, respicit flagitium ipsum stupri ».

(73) Anche sul requisito dell'*honestas* l'autore insiste a lungo; qualità che appartiene alla donna ma riflette la reputazione della famiglia intera, essa è la *ratio* specifica che rende punibile il rapimento. « Dixi muliebri honestae ut excluderetur meretrix » (DECIANI, *Tractatus criminalis*, VIII, VII *Raptus quid*, n. 9): la definizione esclude il rapimento della prostituta, sia essa *publica* o meno, « nam meretrix est substantia, publica est qualitas » (n. 11); in questo caso il rapitore sarà soggetto non alla legge giustiniana sul *raptus*, ma ad una pena straordinaria, *arbitrio iudicis*, perché ha comunque agito *cum vi* e perché il suo cattivo esempio può *perturbare Civitatem* e dare *occasionem scandali* (n. 13). Sfruttando la regola sulle qualità, in giudizio si può richiedere l'assoluzione dell'imputato di rapimento se l'accusa non prova la *qualitas honestatis*, requisito costitutivo in questo caso e non presunto della fattispecie; cfr. per es. BARTOLOMEO BERTAZZOLI, *Consiliorum seu Responsorum Iuris. In criminalibus, et poenalibus controversiis emissorum... Liber Primus*, Venetiis, apud Ioannem Baptistam Soma-schum, 1583, *Cons. L.*, nn. 4-10, ff. 71vb-72rb.

volens non liberat a pena delinquentem vel iniuriantem respectu aliorum quibus etiam fit iniuria » (74).

Anche Deciani è costretto a ritornare sulla questione dal punto di vista probatorio, poiché il problema concretamente più urgente diviene come dimostrare la *liberam et spontaneam voluntatem* (75). La scelta di considerare e valorizzare sempre l'*animus* nei delitti, si scontra qui con il rischio di scardinare l'ordine sociale fondato sul modello familiare dell'onore e della potestà parentale: la depenalizzazione del ratto in caso di *libera voluntas* della donna avrebbe effetti dirompenti nel tessuto sociale e Deciani, in linea con il commento di Marsili, cerca un impossibile equilibrio tra principio di colpevolezza e responsabilità oggettive (76).

(74) MARSILI, *Commentaria super lex unica C. de raptu virginum*, cit., n. 237, f. 30rb.

(75) Analogamente per Marsili (*Consilia*, cit., *Cons. LXI*, n. 27, p. 478) la valutazione nei casi concreti della volontà della donna, per sua natura *difficilis probationis*, è lo snodo più problematico, poiché « quae quidem voluntas est invisibilis et impalpabilis, et iacet solum in animo, mente, et corde hominis, et non potest cognosci nisi coniecturative per aliqua extrinseca, et similia solus Deus cognitor est ». Non a caso la non onestà della donna — afferma Bossi in *Tractatus varii*, cit., *tit. de Pluribus violentis*, n. 65, f. 181vb — è l'argomento più utilizzato dagli avvocati nella pratica, « quia accusati semper capitulant inhonestatem sub eo fundamento quod quilibet praesumitur honestus ».

(76) Il necessario intreccio, proprio del *raptus*, tra riconoscimento della volontà della donna e tutela dell'ordine familiare, è evidente nell'interpretazione marsiliana del passo codicistico che equipara la *mulier sive volentibus sive nolentibus*: la disposizione della *lex unica* con le relative pene si applica al rapimento di una vergine *non nupta*, anche consenziente, « dummodo sit in potestate parentum, quia ex tali raptu licet ipsa sit contenta rapti tamen iniuriantur parentes et affines »; diversamente se la donna non è *in potestate alicuius* e consente al rapimento, « non puniretur raptor quia volenti scienti et consentienti non fit iniuria nec dolus » (MARSILI, *Commentaria super lex unica C. de raptu virginum*, cit., n. 16, f. 8rb). Nel secolo XVIII Sinistrari ribadisce con fermezza l'inefficacia scriminante del consenso della donna: per il diritto civile la legge romana è chiaramente emanata « non simpliciter favore foeminarum, sed etiam favore parentium », tanto che il *consensus raptae* « nihil igitur facit ad minuendam malitiam raptus »; le Decretali e le disposizioni tridentine stabiliscono, invece, che per il diritto canonico il consenso della donna può portare al perfezionamento del matrimonio nonostante il dissenso dei parenti. Il francescano precisa però che tale disciplina orientata *pro libertate foeminae*, non esclude per il *rapiens* le pene della scomunica e dell'infamia (SINISTRARI, *De delictis, et poenis*, cit., *tit. IV De Delictis contra castitatem, § VII Raptus*, nn. 5-7, pp. 204-205).

« Dixi, mulieris honestae et invitae, ut excluderem puram et simplicem voluntatem, et liberam » (77): se, infatti, è la donna a interpellare e sollecitare l'uomo *ante abductionem*, non si perfeziona nessun illecito né si può applicare alcuna pena. La *voluntas* della donna elimina ogni *vis* ed annulla il disvalore del fatto che diviene penalmente irrilevante « quia rapina sine violentia esse non potest ». Questo elemento della definizione che sembra esaltare l'intenzione e il consenso della vittima, si scontra ancora con il § *poenas autem* della legge giustiniana per cui è indifferente l'atteggiamento della fanciulla *sive volentem sive nolentem*. La vera difficoltà di tutta la questione, sottolinea l'udinese, consiste nel capire « an vere fuerit volens », tanto che « nolentem etenim in hac mea diffinitione intelligo, quae coacta fuit vel vi, vel metu, vel precibus, vel precio, vel malis aliquibus artibus: nam his casibus dicetur potius noluntas quam voluntas » (78). Deve insistere di nuovo sulla natura della *persuasio*, equivalente alla *violentia* quanto ad effetto distorsivo sulla volontà della donna, indotta dolosamente a volere ciò che in realtà ella non potrebbe mai accettare: pur con modalità diverse, violenza e seduzione rendono entrambe la *voluntas coacta*, falsata. In caso, invece, di *voluntas omnino spontanea e libera*, allora rapitore e rapita sono fuori dalla fattispecie sanzionabile, potranno forse agire secondo una pratica riprovevole ma non punibile (79).

La conclusione sarebbe coerente con quanto sostenuto a proposito dell'*animus* e della volontà nella parte generale del *Tractatus*: il consenso della vittima in questa ipotesi sembrerebbe togliere ogni profilo di offensività (80). In realtà, però, i beni lesi dal reato sono due: escluso l'oltraggio all'onore della donna nell'ipotesi di libero con-

(77) DECIANI, *Tractatus criminalis*, VIII, VII *Raptus quid*, n. 19.

(78) *Ibidem*.

(79) *Ibidem*: « Si ergo detur casus, qualem supra proposui, videlicet, quod mulier amore sit capta viri, et ipsa eum sollicitaverit, et ad eius preces sine violentia eam abduxerit, certe non tenebitur iste poena d. l. 1 C. de rapt. virg. ». Di avviso contrario è Claro (*Liber V*, cit., § *Raptus, v. Adde quod*, n. 3, p. 199), secondo il quale la pena di morte sancita dalla *lex unica* va applicata anche se la donna ha consentito al rapimento; tale *opinio* è *communis* e l'alessandrino riporta anche una decisione conforme del Senato milanese del 1552.

(80) Sul punto cfr. G. P. MASSETTO, *Ratto (dir. interm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Milano, 1987, pp. 726-727.

senso, resta l'offesa alla volontà dei parenti, all'interesse familiare. Non è, dunque, sufficiente, per escludere la sussistenza di un reato, dimostrare che la *mulier* non è stata coartata né con la violenza né con altri raggiri; anche la sola contraria *voluntas* dei *parentes* può configurare, secondo alcuni *doctores*, l'ipotesi di rapimento, specie entro un modello che presume la donna sempre sedotta⁽⁸¹⁾. Deciani non ha il coraggio di contrastare in modo assoluto tale tesi e cerca un contraddittorio compromesso rifugiandosi nuovamente nella graduazione della pena: se la donna ha agito in libertà e secondo il suo desiderio, ma contro la volontà dei parenti, il fatto lede uno soltanto dei due interessi tutelati dal delitto e la conseguenza non è, quindi, l'impunibilità del fatto, ma una diminuzione di pena, rimessa all'arbitrio del giudice⁽⁸²⁾.

Meno problematica l'analisi e la spiegazione dell'*animus* del *rapiens*: « dixi postremo in definitione, animo eam carnaliter cognoscendi, quia aliqui tenuerunt, quod raptor non puniatur poenis d. l. 1 C. de rapt. virg. nisi raptam carnaliter cognoverit ». Esistono due tesi in dottrina: secondo alcuni è necessario per la perfezione del reato il rapporto sessuale, poiché la castità e la verginità sarebbero tra i beni fondamentali che la fattispecie vuole tutelare; secondo altri, invece, la punizione può prescindere dal coito⁽⁸³⁾. Deciani,

⁽⁸¹⁾ Cfr., per tutti, PANORMITANO, *Commentaria in Quartum et Quintum Decretalium Librum*, Venetiis, 1571, in X, V, 17. c. 6, c. *cum causa, de raptoribus, incendiariis*, n. 4, f. 140rb: « ...si autem nullus praecessisset tractatus de nuptiis, quantuncunque puella consentiret raptui, si violentia infertur parentibus, raptus committitur (...) Item puella semper praesumitur extorta et decepta, unde ille consensus videtur extortus. Conclude ergo, quod ubi tractatus de nuptiis non praecessit, raptus semper dicitur committi, sive puella consenserit, sive non »; sul punto cfr. CAZZETTA, *Praesumitur seducta*, cit., pp. 51-54.

⁽⁸²⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, VIII, VII *Raptus quid*, n. 21: « Ego tamen hoc casu putarem verius esse, mitigandam esse poenam: nam negari non potest, quin rapta muliere invita, duobus sit facta iniuria, parentibus scilicet, et ipsi raptae, et per consequens gravior sit quam si uni tantum, ergo ubicunque volentem abduxerit, nulla est iniuria mulieris, sed tantum parentum: pro qua sola non est aequum, ut aequae puniatur, ac si facta fuisset utrique parti iniuria ».

⁽⁸³⁾ Claro (*Liber V*, cit, § *Raptus, v. Sed quid si ille*, n. 4, p. 199), dopo aver riferito di queste divergenti *opiniones*, entrambe *communes*, afferma « quod aut eam non cognovit, quia non potuit id commode facere: et placet prima opinio ut puniatur poena d. l. unice. Aut non cognovit, quia non voluit, et placet secunda opinio ita tamen, ut puniatur citra mortem, ea graviori poena, quae iuxta qualitatem facti, et personarum,

indipendentemente dai singoli casi, rimane fermo nella sua idea di dare rilevanza all'intenzione dell'agente:

« Concludendum ergo, raptum non esse, ubi non concurrat copula, vel animus ad copulam (...) et ideo recte apposita sunt verba illa in definitione, animo carnaliter cognoscendi: nam licet non potuerit cognoscere, modo stet animus, tenebitur de raptu »⁽⁸⁴⁾.

Contraddizioni, dunque, ed azzardi teorici non sempre coerenti; ma la *definitio* appare davvero in questo caso come il tentativo faticoso di *reductio ad unum*, di composizione delle dissonanze concettuali in un tipo delittuoso. Il *factum* è descritto in modo minuzioso, sono individuati i caratteri sostanziali peculiari, sono analizzate le condotte e i profili psicologici dei soggetti coinvolti, tutto in funzione dei beni che l'ordinamento e il giurista ritengono meritevoli di essere protetti con la pena⁽⁸⁵⁾. Nella sintetica nozione Deciani esprime l'essenza del rapimento, lasciando trasparire la *ratio* che legittima e giustifica l'incriminazione alla luce dei due beni coinvolti, l'onestà della donna e l'integrità delle regole potestative del microcosmo familiare. Astrazione e costruzione dogmatica, ma pure confronto con la pratica e con la reale criminalità della società veneta: le componenti della definizione sono recuperate dall'udinese anche nella sua esperienza di con-

iudicis arbitrio imponenda videbitur »; in proposito cfr. MASSETTO, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, pp. 469-470.

⁽⁸⁴⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, VIII, VII *Raptus quid*, n. 37.

⁽⁸⁵⁾ Tra le parti della definizione utili a meglio tipizzare il rapimento e a differenziarlo da altri delitti vi è anche il trasferimento della vittima da un luogo all'altro, in DECIANI, *Tractatus criminalis*, VIII, VII *Raptus quid*, n. 31: « Dixi praeterea in definitione, quod est asportatio de loco ad locum: quia si quis caperet virginem, et eodem in loco statim eam per vim defloraret, esset quidem stuprum cum violentia, et punibile, sed non esset raptus ». L'importanza di questo elemento, inserito nella nozione proprio perché capace di caratterizzare il *raptus*, emerge dal confronto con la fattispecie del *coitus violentus*, in VII, XV *De stupro vel coitu violento*, n. 1: « Dixi supra (...) quod aliud est rapere, aliud violenter cognoscere, quia raptus est, quando mulier abducitur invita de loco ad locum, animo eam carnaliter cognoscendi; violentus autem coitus est, quando non abducitur de loco ad locum invita: sed ubi reperta est, ibi carnaliter invita cognoscitur ». Nello stesso senso cfr. anche ALBERICO DA ROSATE, *Dictionarium iuris*, cit., § *Raptor mulieris*: « Raptor mulieris non dicitur ille, qui vim eam cognoscit: sed ille qui adducit per vim de loco ad locum, et eam carnaliter cognoscit ».

sulente ed assessore ed hanno quindi, potenzialmente, la forza di una circolare ricaduta nel diritto concreto ⁽⁸⁶⁾.

Emerge la dimensione creativa dell'operazione definitoria, la sua forza impositiva di condotte e di modelli di comportamento; nel disciplinare giuridicamente i rapporti sociali, nel normare e nel connotare con concetti e categorie tecnico-dogmatiche relazioni tra soggetti prima risolte con consuetudini locali o pratiche informali ed extragiudiziali, si coglie la portata autoritaria ed egemonica della tecnica giuridica. Le nozioni dotte e complesse elaborate dai giuristi attraverso l'*interpretare* e il *colligere* applicate alla terminologia, alle *rationes*, alle regole delle fonti romano-canoniche, divengono un calco imposto sulla società dall'alto, dalle *élites* culturali che veicolano assieme al loro prestigio corporativo il nuovo messaggio centralizzatore del *princeps*. Il superamento della pluralità di giurisdizioni e dell'autarchia normativa delle singole collettività, a vantaggio di una giustizia repressiva e centripeta, è realizzato non solo dall'intervento legiferativo del Sovrano, ma anche, in misura rilevante, dal progetto di uniformazione culturale attuato grazie alla collaborazione della scienza giuridica.

Il *doctor iuris* d'apparato, educato nelle *Universitates* a ragionare con raffinati strumenti logici e teorici, trasforma assetti ed equilibri sociali ancora 'deregolati' o ampiamente negoziabili dai privati in sofisticate definizioni, formalizza e ingabbia in categorie dogmatiche e in locuzioni tecniche comportamenti e accadimenti prima inquadrabili secondo canoni morali o sistemi di valori non strettamente giuridici. In quest'ottica si comprende la ragione per cui Damhouder, piuttosto attento nella sua *Practica* alle definizioni e alla *quidditas* dei delitti, senta la necessità di precisare al lettore la dissonanza tra la definizione del rapimento *in iure* che si accinge ad illustrare, e le forme di reato corrispondenti *apud Flandros* ⁽⁸⁷⁾. *In nostris*

⁽⁸⁶⁾ In questo capitolo Deciani riferisce della punizione avvenuta a Venezia di un nobile *ob vim illata meretrici* (n. 13), del rapimento operato da una donna ai danni di un ragazzo (n. 27), di un suo consulto a favore di rapitori che avevano agito *alia de causa quam libidinis* (n. 36).

⁽⁸⁷⁾ DAMHOUDER, *Practica rerum criminalium*, cit., c. XCV, *De raptu*, n. 1, p. 322: «apud Flandros crimen raptus, bifariam intelligi et distingui, nempe de eo crimine, quo alicui mulieri vis et violentia infertur ad actum venereum, quod crimen vocant (vrauvve

regionibus, avverte l'olandese, il diritto locale prevede due crimini separati, differenti *voce et re*, mentre unitaria è la nozione dello *ius civile*, più tecnica e capace di assorbire le diversità in un'uniforme e articolata disciplina. Le forme 'volgari' sono più semplici, attente alla descrizione dell'offesa diretta, mentre trascurano quelle *qualitates* (*mulier honesta, persuasio, invita*) che connotano giuridicamente l'attentato all'ordine familiare. È compito dei giuristi dotti, vettori del penale alto, elaborare i termini tecnici e le categorie concettuali per costruire nuove *definitiones* in grado di esprimere i veri interessi che la pena pubblica vuole proteggere ⁽⁸⁸⁾.

La sintesi definitoria diviene, allora, manifestazione chiara di un penale legittimato non dalle relazioni e dai rapporti di forza orizzontali, interni alle comunità e ai gruppi, ma calato dall'alto, costruito in una prospettiva verticale al cui apice si trovano la *potestas* del Principe e la *sapientia* dei giuristi di scuola. Nel Cinquecento, il senso di questo 'sbilanciamento pubblicistico' del sistema criminale è avvertito dai *doctores* come un'urgenza prioritaria; non è certo casuale che Damhouder, dopo aver descritto la fattispecie del rapimento, si dilunghi sull'offensività di tale reato anche nei confronti del *Fiscus*. Obiettivo del giurista è ribadire l'indisponibilità del *delictum* da parte dei privati, l'impossibilità di risolvere la frattura provocata dal reato in modo transattivo, attraverso la negoziazione e le paci private ⁽⁸⁹⁾. Se anche la rapita ammettesse che tutto è accaduto *sua voluntate et consensu*, lo *ius* e la *Iustitia* non potrebbero accontentarsi di queste scusanti; il *raptus* è un delitto che coinvolge non solo le parti avverse, ma anche l'ordine e la giustizia pubblica, i quali non possono certo fermarsi di fronte alla *satisfactionem* della parte lesa. Occorre ricordare — ammonimento al *pie Lector* — che

cracht). Deinde de eo crimine quo mulier vi abripitur, et ad arbitrium raptoris aliquo abducitur, ut ea (quia non licite) saltem illicite potiri posset, vulgo hoc crimen vocant (ontscaken) ».

⁽⁸⁸⁾ La *diffinitio* di Damhouder si poggia sulle consuete leggi romane (C. 9.13 *de raptu virginum*; C. 1.3.53 *lex raptores, de episcopis et clericis*) e prevede il riferimento all'onestà e alla *corruptio*.

⁽⁸⁹⁾ Sulla trasformazione del diritto penale nel Cinquecento, da strumento di soluzione delle dispute private tra individui particolari a modo per sanzionare i crimini, tutti commessi contro la società in generale, cfr. M. R. WEISSER, *Criminalità e repressione nell'Europa moderna*, Bologna, il Mulino, 1989, p. 90.

in materia delictorum dal crimine nascono due azioni perché l'*iniuria* colpisce due persone, ciascuna delle quali è legittimata ad agire in giudizio: « una persona est pars adversa et primo laesa, quae damnum et damni reparationem repossere potest; Altera persona est Fiscus, vel ipsa Iustitia laesa, quae item damni sui, hoc est, iustitiae et dedecoris reparationem, imo iniuriae illatae ultionem exposcit »⁽⁹⁰⁾. Esse sono così strettamente combinate e dipendenti l'una dall'altra che « neutra sine altera plene, valide, et efficaciter placari posset »: l'*excusatio* della parte lesa non ha effetto alcuno se non è accompagnata dalla soddisfazione del Fisco e se anche l'una condona, « altera tamen in sua actione permanet »⁽⁹¹⁾. Nel *raptus*, dunque, l'ammissione del consenso da parte della donna o l'accordo dei parenti non scrimina il fatto né assolve il rapitore dalla pena capitale, « donec et quousque habuerint aut acquisiverint a Principe delicti remissionem et indulgentiam »⁽⁹²⁾. La giustizia del Principe vuole smantellare, anche in materia di reati sessuali e di violenza contro l'onore delle famiglie, il potere dei gruppi domestici e sottomettere individui e comportamenti antisociali al rigoroso controllo dello Stato⁽⁹³⁾.

III. *Tecniche di tipizzazione delle condotte criminose*

III.1. *Qualitates e tipicità*

Definizioni e distinzioni non sono l'unico strumento dialettico

⁽⁹⁰⁾ DAMHOUDER, *Practica rerum criminalium*, cit., c. XCV, *De raptu*, n. 5, p. 323. Più in generale, la regola è ribadita dall'autore in c. CXLV, *De pace componenda*, n. 5, p. 452: « Hic tamen pie lector non est quod putes, post hanc reconciliationem, crimen plene absolutum esse, aut poena cassum: nam utut pax inter partes est composita, Iudex tamen semper ex officio ad criminis punitionem procedit: etiam si nullam habeat partem adversam, coram se conquerentem nisi certe publicis statutis secus ordinatum esset ».

⁽⁹¹⁾ DAMHOUDER, *Practica rerum criminalium*, cit., c. XCV, *De raptu*, n. 6, p. 323.

⁽⁹²⁾ Ivi, n. 7, p. 324.

⁽⁹³⁾ Cfr. sul punto O. DI SIMPLICIO, *Violenza maritale e violenza sessuale nello Stato senese di Antico Regime*, in *Emarginazione, criminalità e devianza in Italia fra '600 e '900. Problemi e indicazioni di ricerca*, a cura di A. Pastore e P. Sorcinelli, Milano, Franco Angeli, 1990, pp. 33-50.

di cui Deciani si serve nell'organizzazione della parte speciale e, in particolare, nel processo d'individuazione e creazione dei tipi criminali. I caratteri sostanziali dei delitti sono spesso indicati attraverso il riferimento alle *qualitates* costitutive che devono essere necessariamente *probatae* in giudizio dall'accusa. L'argomentazione presuppone la validità della regola processuale di cui già si è scritto in precedenza e che il giurista udinese, a differenza di molti pratici, considera pienamente efficace. Con un evidente spostamento di piano, il requisito processuale acquista una funzione di diritto materiale: da onere probatorio si carica di significati funzionali alla descrizione e tipizzazione della fattispecie. Nel *Tractatus*, dunque, le qualità dei delitti non si riferiscono a circostanze eventuali o episodiche, né descrivono aspetti accidentali o minuziosamente analitici da contrapporre alla *substantia facti*; esse indicano, al contrario, gli elementi costitutivi di uno specifico reato, costanti che non possono mancare pena la 'derubricazione' dell'accadimento da un certo *nomen iuris*. Indicazioni certamente utili, di riflesso, anche agli operatori dei tribunali, ma che a Deciani interessano soprattutto per la loro valenza dogmatica e per il contributo teorico alla creazione e strutturazione dei crimini.

La ricerca delle *qualitates* idonee a tipizzare la fattispecie attinge in prima battuta alle fonti romane e canoniche, e recupera poi frammenti dalle interpretazioni dei *doctores*. La selezione dei caratteri di un reato è un'attività complessa per il criminalista, consapevole che l'inserimento o l'esclusione di un dato può avere importanti ricadute pratiche ⁽⁹⁴⁾. Deciani appare particolarmente attento a

⁽⁹⁴⁾ L'indicazione delle *qualitates* a completamento del *titulus criminis* come strumento tecnico e metodologico che permette di mettere in relazione le esigenze concrete di commisurazione della pena con le elaborazioni dogmatiche, è bene espressa da Claro, che riconosce come *quotidie in practica* accada di disputare su tali profili sostanziali: « Praecipue vero debet iudex advertere in sententia condemnationis ferenda, non modo quis sit titulus delicti commissi, sed etiam quae sit illa qualitas, de qua delinquentes imputantur: saepissime enim contingit, quod in eodem crimine multi interveniunt, qui tamen omnes diversis poenis sunt puniendi. Potest autem quis imputari, aut quod delictum ipsum propriis manibus commiserit, aut quod sciens, ac particeps fuerit, aut quod de delicto faciendo tractaverit, aut consilium seu mandatum dederit, aut auxilium praestiterit, aut maleficio astiterit, aut illum postea ratum habuerit. Aliter etiam punitur delinquens, qui maleficio tantummodo attentavit, aliter maleficio

questo aspetto, dimostrando di aver intuito che senza definizioni e delimitazioni dei tipi, il sistema resta sempre precario, il dato precettivo evanescente, i divieti e gli obblighi facilmente eludibili, le pene negoziabili tra parti e giudice. Ragionare sulla *quidditas* di un delitto costringe il giurista a scavare nel materiale normativo e dottrinario per trovarne tratti specifici e peculiari, creando una mappa della penalità chiara e ordinata. Un esempio significativo si ha per la definizione del *latro publicus*. Il professore udinese affronta la questione in due punti del trattato, a proposito del latrocinio come specie dell'omicidio premeditato plurisoggettivo e in riferimento alle cause che escludono il diritto d'asilo del *confugiens ad Ecclesiam*. La qualifica di pubblico ladrone comporta conseguenze giuridiche importantissime e rende il crimine atroce e odioso, consentendo deroghe *contra regulas iuris communis*, esclusione di privilegi o immunità, aggravamenti di pena ⁽⁹⁵⁾. Nella confusione dei testi legislativi, interessati più a stabilire la sanzione che a definire condotte e concetti, spetta alla dottrina comporre un quadro chiaro della fattispecie, combinando nozioni tecniche, *usus loquendi*, contenuti e termini ormai acquisiti per consuetudine ⁽⁹⁶⁾.

Il profilo del *latro publicus et famosus* non è univocamente indicato nelle fonti ⁽⁹⁷⁾ e si colloca in una zona grigia di confine tra

iam consummato: de quibus omnibus quia super eis quotidie in practica disputari contingit » (*Liber V*, cit., § *Finalis*, quae. 87, n. 1, v. *Praecipue*, p. 406).

⁽⁹⁵⁾ I *latrones*, per esempio, non possono appellare la sentenza e, se anche lo facessero, non potrebbero comunque sospendere l'esecuzione della condanna; possono essere catturati senza mandato o licenza del giudice; il *socius criminis* è ammesso a testimoniare contro gli altri compartecipi.

⁽⁹⁶⁾ Sul fondamentale ruolo di « supplenza definitoria » e di « consolidamento teorico della fattispecie » che svolge la scienza giuridica nella costruzione del *latrocinium*, cfr. L. LACCHÉ, *Latrocinium. Giustizia, scienza penale e repressione del banditismo in antico regime*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 87-98.

⁽⁹⁷⁾ D. 48.19.28.10 e 15, l. *capitalium, de poenis*, ha riferimenti utili al § *grassatores*: « Grassatores, qui praedae causa id faciunt, proximi latronibus habentur. 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 »; e al § *famosos latrones*: « Famosos latrones in his locis, ubi grassati sunt, furca figendos compluribus placuit, ut et conspectu deterreantur alii ab isdem facinoribus et solacio sit cognatis et adfinibus interemptorum eodem loco poena reddita, in quo latrones homicidia fecissent »; Auth. IX, IX *ut nulli iudicum*, cap. ult. § *quia vero nos*: « Pro furto autem

il *fur*, il *grassator*, l'omicida. Partecipa di elementi misti dell'uno e degli altri delitti; fattispecie complessa della quale i giuristi tentano una tipizzazione almeno nei suoi tratti essenziali. La glossa attribuisce ai *famosos latrones* l'abitudine ad aggredire *violenter*, con o senza armi, e la frequenza degli assedi alle pubbliche strade, poiché se il delitto è commesso *semel* non merita la condanna alla forca ⁽⁹⁸⁾. Il *famosus latro* sembra essere una *species* più pericolosa, e dunque più gravemente repressa, del semplice *fur*, anche se i riferimenti normativi sono ambigui e non è chiara la corrispondenza tra fattispecie e pena. Prova a fare ordine Bartolo, elencando le *diversas leges* in materia ⁽⁹⁹⁾ e indicando i profili che identificano il colpevole di latrocinio: occorrono l'abitudine a delinquere — anche se la *consuetudo furandi* da sola è propria del *publicus fur* e non del *publicus latro* —, la *publica fama*, la consumazione *per vim* e la perfezione del crimine, poiché chi aggredisce soltanto senza perfezionare il delitto è più propriamente un *grassator* ⁽¹⁰⁰⁾. Tutta la concentrazione dei *doctores* è indirizzata all'aspetto sanzionatorio. I tentativi di definire

nolumus omnino quodlibet membrum abscindi, aut mori: sed aliter eum castigari. Fures autem vocamus qui occulte, et sine armis huiusmodi delinquant, eos vero, qui violenter aggrediuntur, aut cum armis, aut sine armis, in domibus, aut itineribus aut in mari poenis eos lagalibus subdi iubemus ».

⁽⁹⁸⁾ GLOSSA « *grassati sunt* », in D. 48.19.28.15, *l. capitalium, de poenis, § famosos latrones*.

⁽⁹⁹⁾ Il passo più chiaro è in BARTOLO, *In Secundam, atque Tertiam Codicis*, cit., in C. 6.1.3, *l. si fugitivi, de servis fugitivis*, Auth. *sed novo iure*, n. 2, ff. 2vb-3ra: « Nos habemus de hac quaestione diversas leges: nam de iure antiquo pro furto imponebatur poena extraordinaria, ut l. i. ff. de furt. nisi esset publicus et famosus latro, qui furca suspendebatur, l. capitalium § famosos ff. de poenis. Et advertet, quia glossa intelligit publicum latronem, qui consuevit furari, et glossae nostrae ubique hoc dicunt, et ita observant, et tamen proprie non dicit bene, nam ille § loquitur de publico latrone, sed fur, qui consuevit furari et est publicus fur, non est publicus latro, quia latro est ille qui per vim ecc. ut hic textum postea supervenit ius Auth. de quo habemus hic. Postea supervenit quidam constitutio nova, de pace tenenda § si quis quinque solidos X collatio quae dicit, quod quicumque subtraxerit valorem quinque solidorum, furca suspendatur. Postea supervenit alia constitutio de pace iu. firman. § furtum, et ibi glossa multa dicit. Finaliter de his habemus hodie statuta in qualibet parte Italiae, et illa observantur ».

⁽¹⁰⁰⁾ I confusi elementi bartoliani del *famosus latro* sono ripresi dal passo citato alla nota precedente e dal commento al § *famosos*, in BARTOLO, *In Secundam Digesti Novi*, cit., in D. 48.19.28.15, *l. capitalium, de poenis, § famosos*, n. 1, f. 188vb. Secondo Deciani, *grassator* è chi assedia i viandanti *in urbe*, *latro* chi opera *in foris*.

e distinguere le sfumature dei reati sono motivati dalla possibile differente condanna, ma categorie e concetti così funzionalmente dipendenti dalla pena, tanto nella loro elaborazione teorica quanto nella concreta pratica applicazione, risultano spesso precari, inaffidabili e assolutamente eludibili. Gli interessi politici dello Stato che si ripercuotono sull'uso strumentale, repressivo e generalpreventivo delle esecuzioni forzano ogni limitazione dogmatica; le costruzioni incerte dei giuristi si rivelano barriere deboli e impotenti di fronte alla diffusa e uniformante tendenza ad applicare indistintamente la *poena capitis* ⁽¹⁰¹⁾.

L'affinamento degli strumenti tecnico-definitivi, unitamente alle istanze di un diritto penale più severo ed invasivo, portano nel Cinquecento alla decisa affermazione del *latrocinium* come *species homicidii* piuttosto che come *species furti*: « species item homicidii est latrocinium, homicidium tamen multo nocentius, gravius, et multo quidem dictis homicidiis scelere differentius » ⁽¹⁰²⁾. Damhouder rifiuta di discutere le *perplexas e dissidiosas opiniones* dei dottori relative alle sottili differenze tra furto e latrocinio: la sua opzione è netta e colloca la fattispecie in esame nell'orbita dell'omicidio, « quodque vel re, vel expressa voluntate sit veri homicidii species » ⁽¹⁰³⁾. L'appartenenza al genere omicidiale legittima la recru-

⁽¹⁰¹⁾ Pragmatica la riflessione di Baldo (*In Sextum Codicis*, cit., in C. 6.1.3, *l. si fugitivi servi, de servis fugitivis*, Auth. *Sed novo iure*, n. 5, ff. 5rb-5va): « de generali consuetudine » il ladro è punito con la sospensione alla forca dopo il terzo furto, poiché per la reiterazione del reato è considerato un « publicum et famosum furem » ai sensi della *l. capitalium*; tuttavia « ego dico quod pro uno furto multum enormi quis potest suspendi, quia saepe unum magnum aequivalet tribus parvis, argumentum ff. de excusationibus tutorum, l. si is qui tres [D. 27.1.31] § fi., et quia propter enormitatem delicti permissum est leges transgredi » (il *dictum* è ripreso anche da PANORMITANO, *Commentaria In Tertium Decretalium Librum*, Venetiis, al segno della Fontana, 1571, in X. 3. 49. 6, *c. inter alia, de immunitate eccl.*, n. 3, f. 286ra). Gli *specialia* vanificano di fatto le distinzioni dottrinali tra *fur* e *latro publicus* e la forca si abbatte indiscriminatamente su entrambi senza troppe *subtilitates*.

⁽¹⁰²⁾ DAMHOUDER, *Practica rerum criminalium*, cit., § *De latrociniiis*, princ., p. 287.

⁽¹⁰³⁾ Ivi, n. 2, p. 287. Fonda questa sua asserzione sull'autorità di ANGELO DEGLI UBALDI, *In Codicem Commentaria*, cit., in C. 6.1.3, *l. si fugitivi servi, de servis fugitivis*, Auth. *sed novo iure*, n. 8, f. 128ra: « latrones autem famosi sunt aggressores stratarum, qui non satiantur spoliis, nisi interficiant, et isti appellantur latrones famosi, et isti soli debent furca figi », e su quella di Cino, nel commento al medesimo *locus*.

descenza della pena ed esalta nei *latrones* non tanto l'effettiva rapina perpetrata ai danni dei viaggiatori, quanto l'uccisione dei depredati o l'*animus occidendi* o perfino, criminalizzando l'*intentio* più intima e non manifestata, l'accettazione dell'eventuale possibilità dell'omicidio come esito possibile ed ulteriore della loro impresa criminosa⁽¹⁰⁴⁾. Maturata questa specificità, risulta tuttavia ancora difficile raggiungere una *definitio* o selezionare pochi e chiari elementi costitutivi⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ Deciani, che pure aderisce al modello del *latrocinium* come *species homicidii*, è costretto a puntualizzare il profilo psicologico dei *latrones* per garantire coerenza tra parte speciale e principi generali, cfr. DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXIX *De latronibus et pyratis*, n. 18: « Verum dubitare possit, quare sit, quod cum intentio latronum non sit causa principalis, ut occidant, sed tantum ut depraudentur res et bona, et animus, ut dictum fuit supra, distinguat maleficia, quare sit inquam, et veluti homicidae puniantur, cum homicidia non versentur principaliter in eorum cogitatione ». L'udinese deve giustificare come mai il *latro* sia punito come un omicida anche se l'uccisione non sia il principale movente della sua azione: sostiene che, sebbene la volontà principale dei ladroni sia quella di depredate, tuttavia rientra *precipue* nella loro intenzione anche l'uccisione di chi si rifiuta di lasciare loro i propri beni e di chi, avendoli riconosciuti, potrebbe denunciarli. La corretta interpretazione del § *famosos* non può che dare rilevanza all'uccisione come elemento ulteriore rispetto alla *depraedatio*, poiché la *ratio* della feroce sospensione alla forca con funzione retributiva nei confronti dei parenti della vittima, necessariamente *praesupponit homicidia* (Ivi, n. 37). L'*intentio* è tratteggiata in modo chiaro, per garantire la tenuta della regola generale secondo cui *animus distinguit maleficia* e allo stesso tempo per fondare giuridicamente la legittimità della pena più grave (sul punto cfr. LACCHE', *Latrocinium*, cit., pp. 177-183, dove si analizza anche la ricezione in Carpzov di questo spunto deciano).

⁽¹⁰⁵⁾ L'autore olandese non riesce a dare un'unica nozione, ma aggrega diverse *definitiones*, ognuna delle quali apporta un qualche contributo alla costruzione del delitto: « Quandoquidem latrocinium vocamus illud homicidium, quo aliquem latentem et furtim per vim spoliant: et spoliis nequaquam contenti, insuper occidunt, aut saltem animo occidendi aggrediuntur extra viam publicam, in sylvis aliisque locis semotis a conspectu populi; vel latrocinium est, aliquem subdole, occulte, et non aperto Marte, a tergo occidere, vel aliquem occidere in noctis silentio tacite, et non loquendo, vel indicando, ut sese defenderet. Aut certe latrocinium habetur illud homicidium suum, quod aliquis iuxta leges patriae consuetae, certo tempore constituto non defert ad notitiam Iudicis » (DAMHOUDER, *Practica rerum criminalium*, cit., § *De latrocinii*, n. 1, p. 287). La *coniunctio cum homicidio* rappresenta in Damhouder il carattere peculiare che segna il discrimine tra il *latrocinium* e il *latrocinium simplex*, *species* della rapina contraddistinta dalla *nudam spoliandi vim* e definito come « aliquem furtim et vi, suis citra mortem spoliare bonis; quod plerunque sit in viis occultis, in locis desertis, et a testimonio hominum semotis, in sylvis, in saltibus, aut in aliis suspectis locis, et etiam

Deciani sceglie in questo caso non di definire, ma di descrivere il delitto elencandone quattro componenti:

« Ad hoc autem ut quis tanquam latro famosus possit furca suspendi, oportet quod tria haec concurrant, quod solitus sit, secundo quod cum ferro aggrediatur, tertio quod in viis publicis, alias ea poena puniri non potest (...) Item requiritur et quartum, quod scilicet fama publica laboret contra eum (...) »⁽¹⁰⁶⁾.

Per procedere in giudizio contro qualcuno accusandolo di essere un *famosum latronem*, occorre « in primis probare illa qualitas, quod sit famosus latro »⁽¹⁰⁷⁾. È la qualità di *famosus* la *substantia* del delitto, il nucleo tipizzante attorno al quale si muovono oneri dimostrativi e speculazioni dogmatiche; abitudine, violenza armata, assalti nelle strade pubbliche, *publica fama* sono i contenuti che ne riempiono il significato. Ogni termine è pesato e misurato con cura. Perché il ladro sia *publicus* e *famosus*⁽¹⁰⁸⁾ occorrono due condizioni: una di luogo, in quanto il crimine deve avvenire *secreto* e *per insidias* « in locis publicis, idest, viis publicis, et itineribus », lungo percorsi frequentati e non in vie private; una *respectu frequentiae*, ovvero deve essere a tutti pubblicamente noto l'*habitus* di ladrone, la costanza nel reiterare i saccheggi, la *consuetudo depraedandi* come

temporibus illicitis » (DAMHOUDER, *Practica rerum criminalium*, cit., § *De latrocinio simplici*, n. 1, p. 350). Circa un secolo più tardi, la sintetica definizione di Sinistrari è ancora giocata sui caratteri dell'omicidio come tratto distintivo dalla *grassatio* e dello spoglio come peculiarità rispetto alle altre specie di omicidio (*De Delictis, et poenis*, cit., tit. IX *Miscellaneus*, § VI *Latrocinium*, n. 4, p. 531: « *Latrocinium* vero est *homicidium cum spolio, seu rapina bonorum occisi*. Dico autem primo *homicidium*, siquidem, ut ex pluribus legis aperte deducitur. *Latrones* sunt ii, qui necem hominis affectant. Quia vero affectatio necis potest esse ad varios fines, quorum respectu crimina homicidii distinguuntur; ideo dico secundo *cum spolio etc.* et haec est differentia, quae distinguit *latrocinium* ab aliis speciebus homicidii; sicut ratione homicidii distinguitur a *grassatione*, quamvis ambo conveniant in spolio violento »).

⁽¹⁰⁶⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXIX *De latronibus, et pyratibus*, n. 14.

⁽¹⁰⁷⁾ Ivi, n. 48.

⁽¹⁰⁸⁾ Non vi è una significativa differenza — spiega l'udinese — tra la qualifica di *publicus* e quella di *famosus* di cui parla la *l. capitalium*, « cum latro proprie dicitur qui vias publicas obsidet; famosus autem dicitur, de quo est publica fama, (...) quod etiam significare hanc vocem, publicum, supra dictum est » (DECIANI, *Tractatus criminalis*, VI, XXVIII *De casibus, qui delicta, et causas confugientum concernunt*, n. 2).

stile di vita, « quod non semel tantum aut bis, sed pluries sit solitus latrocinari »⁽¹⁰⁹⁾. Ragionate scelte terminologiche e sintesi concettuali permettono al lettore del *Tractatus* di distinguere la tipicità del *latrocinium* sia dalle ipotesi limitrofe e affini che dalle fattispecie base di cui è composto.

Trascurata, da parte di Deciani, la ricerca del *corpus delicti* come strumento processuale di ricognizione e verifica della materialità e dei caratteri del reato, l'attività del *constare* si indirizza invece proprio sulla sussistenza delle *qualitates*, espressione diretta della *quidditas* della fattispecie e conferma della scelta 'sostanzialista' del professore udinese. Qualche esempio: nel mandato d'omicidio, per esempio, la *qualitas* di *christianus* propria dell'ucciso è uno dei requisiti da provare, come richiesto dal capitolo *de homicidio* (VI. 5. 4.1)⁽¹¹⁰⁾. Perché possa applicarsi la disposizione prevista dalla *lex quisquis* del Codice in tema di lesa maestà (C. 9.8.5 pr., *l. quisquis, ad legem Iuliam maiestatis*), è necessaria la *qualitas* prevista espressamente nella fonte, cioè la *factio cum barbaris, cum militibus vel cum privatis*, oppure l'aver celebrato o prestato un *iuramentum factionis*, « ergo videtur, quod si nullam factionem inierit, sed solus puta, vel

(109) Ivi, n. 2. Su questo aspetto insiste *totam Canonistarum catervam*. Contro il requisito delle 'pubbliche strade' sembra parlare la stessa Novella di Giustiniano che descrive i *latrones* come coloro che aggrediscono le vittime *violenter* tanto nelle case, quanto nelle strade e nei mari; Deciani, leggendo con attenzione la fonte, precisa che quel testo non si riferisce semplicemente ai *latrones*, ma ad ogni furto perpetrato con violenza ed aggressione, comprendendo cioè ogni tipo di *latro*, da quello *simplex* a quello *publicus et famosus*: « licet ego teneam latronem etiam vere et dici posse, et ideo in Ecclesia tutum non esse etiam eum, qui saepe solitus est violenter, praesertim cum armis domos alienas ingredi, ut furetur, et impediens occidat, nam maius etiam videtur delictum in domo propria quem occidere, quam in via publica » (DECIANI, *Tractatus criminalis*, VI, XXVIII *De casibus...*, n. 2). Ai fini dell'immunità *in Ecclesia* vale l'interpretazione che accomuna ladrone e ladro violento, sia nelle abitazioni che nelle strade, ma la *ratio* punitiva che giustifica l'*extensio* non elimina le differenze concettuali tra *fur* violento e *publicus latro*. Sui requisiti della fattispecie in esame, specie con riferimento alla categoria giuridica della professionalità, cfr. M. SBRICCOLI, *Brigantaggio e ribellismi nella criminalistica dei secoli XVI-XVIII*, in *Bande armate, banditi, banditismo e repressione di giustizia negli stati europei di antico regime*, a cura di G. Ortalli, Roma, Jouvence, 1986, pp. 494-495.

(110) DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXX *De mandato pecunia intercedente*, n. 10.

non comunicato consilio, et tractatu cum aliquo occiderit quis consiliarium, non teneatur ea poena »⁽¹¹¹⁾.

La differenza tra le ipotesi di incendio semplice previste dalle *leges qui aedes* (D. 47.9.9, *de incendio ruina etc.*), *licere* (D. 47.9.12, *de incendio ruina*) e *capitalium* (D. 48.19.28.12, *de poenis*, § *incendiarii*) e le fattispecie disciplinate nella *lex Iulia de vi publica* (D. 48.6.3.3, § *item tenetur, l. in eadem causa*; D. 48.6.5, *l. qui coetu*), consiste nella *qualitas violentiae*. Queste ultime, infatti, si riferiscono ad incendi realizzati « vi aperta et sic publica commissio », come provano le parole *coetu, concursu, seditione* che solitamente rinviano a condotte realizzate « palam et publice et parantur ad vim faciendam »⁽¹¹²⁾. Come nel ratto, la presenza della *vis* non è solo un'aggravante, benché provochi un inasprimento di pena, ma comporta la perfezione di una fattispecie differente, nella quale l'aggressione o la violazione della pubblica tranquillità e del pacifico ordine dei cittadini diviene il criterio dirimente e prevalente. La presenza di un comportamento violento da parte del reo trasforma il delitto perché essenzialmente cambia l'oggetto giuridico leso e tutelato. La *qualitas violentiae* non può certo essere paragonata ad una circostanza: essa, al contrario, incide sulla *substantia*, colora il reato di un disvalore diverso e più grave e diviene l'elemento caratterizzante di tutto il *factum*.

III.2. *Dogmatica per fini preventivi: la violenza pubblica*

Le costruzioni teoriche dei giuristi s'indirizzano verso i fenomeni criminosi più diffusi e pericolosi che necessitano di una regolamentazione chiara e di una risposta repressiva efficace. Ela-

⁽¹¹¹⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, cit. VII, V *Quando contra consiliarios et adhaerentes Principum*, n. 6. Per la stessa *ratio*, la disposizione non si applica contro chi offende i *consiliarios* che non sono fisicamente presenti a fianco del Principe per assisterlo, « quia et haec qualitas requiritur, ut probatur ex illis verbis de nece virorum illustrium, qui in consiliis, et in consistorio nostro intersunt » (n. 7); nel caso di inviati come reggenti in una qualche città, per esempio, anziché la *lex quisquis contra offendentes consiliarios*, si applicherà la pena prevista per chi offende i magistrati. Per i frequenti riferimenti al *dolus* come *qualitas* nelle diverse fattispecie, cfr. quanto già osservato in precedenza, Cap. IV, III. 5.

⁽¹¹²⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, VIII, V *De aliis causis...*, n. 4.

borazioni concettuali, definizioni e distinzioni rappresentano il momento di edificazione dogmatica e legittimazione culturale che si accompagna all'intensificata attività di legiferazione penale dei Principi e degli Stati. In un processo di continuo scambio e di reciproche sollecitazioni, la dottrina è spinta a dare una veste giuridica razionale ai provvedimenti oppressivi sempre più frequenti emanati dall'autorità politica per preservare l'ordine e la pace pubblica. Le emergenze criminali e le minacce più insidiose da contrastare sono costituite dai vari e diffusi fenomeni di violenza armata, esercitata singolarmente o in bande, sia entro la cerchia urbana che nelle aree rurali periferiche e nelle vie di transito ⁽¹¹³⁾. Rissosità, conflitti familiari e nobiliari, prove di forza tra gruppi e clan caratterizzano la delinquenza cittadina, mentre, come visto, ladrocinii e rapine infestano le campagne e le vie di collegamento ⁽¹¹⁴⁾. Pericolosità e recrudescenza del crimine violento sono moltiplicate dalla diffusione e dalla sempre maggiore potenza offensiva delle armi, specie da fuoco ⁽¹¹⁵⁾. Questo spiega evidentemente come mai la scienza penale

(113) Sulla tecnica giuridica che aggiorna i propri strumenti definitivi e le categorie di lettura del reale per rispondere alle sollecitazioni di nuovi fenomeni criminosi e per predisporre più efficaci modelli di tutela, cfr., con particolare riferimento alle varie forme di reato associativo, L. LACCHÉ, *Alle origini della associazione per delinquere*. Crimen plurium, concorso e reato plurisoggettivo tra antico regime e XIX secolo, in « Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Macerata », 1989, II, pp. 611-677.

(114) L'esplosione della violenza armata, singola e in bande, come fenomeno criminoso più diffuso e grave nel Dominio veneto già dal Quattrocento, è confermata da numerosi studi; cfr. per es., S. CHOJNACKI, *Crime, punishment, and the Trecento Venetian State*, in *Violence and Civil Disorder in Italian Cities, 1200-1500*, ed. by L. Martines, Berkeley, University of California Press, 1972, pp. 185-228; C. POVOLO, *Nella spirale della violenza. Cronologia, intensità e diffusione del banditismo nella Terraferma veneta (1550-1610)*, in *Bande armate*, cit., pp. 21-51 e N. S. DAVIDSON, *An armed band and the local community on the venetian Terraferma in the sixteenth century*, ivi, pp. 401-422.

(115) Il problema terminologico diviene un *escamotage* per eludere l'applicazione della norma statutaria che vieta il porto d'armi o che considera il loro utilizzo un'aggravante: se infatti nell'*usus loquendi* e nel diritto comune — avverte l'Aretino — *appellatione armorum* sono compresi tutti gli *offensibilia*, ovvero *omne id quod nocere potest*, le norme degli statuti che puniscono la violenza armata devono essere interpretate in senso rigoroso e dunque « fustes, lapides et talia, non comprehenduntur, quia proprie non sunt arma » (GAMBIGNONI, *Tractatus de maleficiis*, cit., § *Uno stoccho ferreo*, n. 1, p. 228). Anche Deciani si sofferma a lungo sul corretto significato del vocabolo *arma*, poiché dalla sua estensione semantica dipende la portata del divieto di *gestatio et usu*

non solo ritenga ogni delitto commesso *cum armis* più gravemente sanzionabile, ma sia costretta ad un esame dettagliato della tipologia di armi, dotando il Principe di strumenti tecnici e teorici per regolamentare la concessione di licenze, permessi, privilegi.

Fin dalla compilazione giustiniana l'uso delle armi caratterizza la nozione di violenza pubblica, distinguendola dalla violenza privata⁽¹¹⁶⁾. Deciani, seguendo l'opinione comune, adotta con convinzione questo criterio dirimente, escludendone altri che, a suo dire, potevano forse essere validi *ante compilationem Digestorum* ma che ora sono superati dal testo del *Corpus Iuris* o comunque non comprovati da nessuna fonte⁽¹¹⁷⁾. L'agire *cum armis* è, dunque,

armorum: « Consequens ergo sit ex praemissis, quod proculdubio appellatione armorum veniant omnia tormenta bellica, et fusilia illa, qua bombardas, colubrinas, sacras, basiliscos, salamandras, cocodrillos, scloppos, et archebusos vocant (...) tum quia ex communi usu loquendi veniunt appellatione armorum, tum quia sui natura, et origine inventa fuerunt, et destinata ad offendendum: et quod peius est, magis nocent quam cetera arma, et tormenta, cum plures uno ictu possint perimere. Item et insidiose incautos possunt opprimere, et domos, et templa, civitates etiam ipsas desolare » (*Tractatus criminalis*, VIII, II *De causis et factis*., n. 15). Nelle realistiche e lungimiranti parole dell'udinese si legge tutta la preoccupazione per armi da fuoco ormai talmente potenti e rischiose da minacciare non più solo soldati, singoli bersagli o intere città, ma tutto il *genus humanum*, tanto che la virtù erculea della guerra è ormai svanita di fronte alla tecnologia bellica: « Diabolicum certe inventum ad destruendum genus humanum, quo violatur ignis, quo pila propellitur, aer quoque, qui crepat, et fumo offuscatur, et magnum emittit tonitruum, terra quoque tremit, et quod miserandum est, vel a vili femella, et puero potest strenuus Dux atque impiger miles occidi » (*Ibidem*).

⁽¹¹⁶⁾ L'adozione definitiva della bipartizione in base alla presenza di armi si ha con il diritto giustiniano, anche se già la legislazione giulia sembra accomunare sotto la nozione di violenza pubblica ipotesi *cum armis* (cfr. M. BALZARINI, *Violenza (dir. rom.)* in « Enciclopedia del diritto », XLVI, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 836-837).

⁽¹¹⁷⁾ Tra questi il criterio *ex differentia delinquentis*, dipendente dalla persona pubblica o privata che agisce, quello opposto *ex diversitate patientis vim*, e quello basato *animi tantum praemeditatione*, per cui agirebbe con premeditazione chi commette violenza pubblica ed *ex abrupto* chi è reo della privata. La distinzione *cum/sine armis* è accettata come *communis* in forza di Inst. IV.15.6, unico chiaro riferimento che consente di superare la *confusio* tra le due forme; in questo senso cfr. per es. THEODORICUS, *Judicium Criminalem Practicum*, cit., cap. VI *De Adulterio etc.*, *Aphor.* VII, nn. 5-6, pp. 866-867 che riprende anche le distinzioni precedenti rinviando al *Tractatus*; DAMHOUDER, *Practica rerum criminalium*, cit., cap. XCVII *De vi publica*, n. 10, p. 337; CLARO, *Liber V*, cit., § *Finalis*, quae. 83, v. *Vim publicam*, n. 4, p. 398; GILHAUSEN, *Arbor Iudiciaria Criminalis*, cit., Cap. II, Tit. VII, *de Vi Publica et Privata*, n. 2.

elemento costitutivo della *vis publica*, espressione che connota più che una fattispecie specifica, una modalità d'azione pericolosa perché turbativa dell'ordine e della tranquillità sociale. Il *crimen publicae violentiae* si scompone poi, come la lesa maestà, in una pluralità d'ipotesi delittuose variamente configurate, legate dal comune denominatore della modalità di lesione e della condotta del reo. È un *genus* che, assieme al crimenlese, si pone al vertice della tutela penale, mirando alla protezione degli equilibri e delle regole di convivenza su cui la collettività si regge, movendosi sulla direttrice fondamentale della prevenzione ⁽¹¹⁸⁾.

Interessante notare come la vittima dell'aggressione violenta sia il bersaglio solo indiretto e quasi secondario della tutela: tanto la *vis publica* che la *privata* rientrano, per Deciani, nei *delicta publici iudicii* e presentano un disvalore che colpisce e offende *in primis* la *Respublica* come bene superiore e assorbente rispetto al singolo: « quia nil Reipublicae perniciosus esse potest quam vis, quae de directo opponitur iuri et iustitiae, sive sit publica, sive privata cum utroque modo tyrannidem sapere videatur. Item quia ex vi multa solent oriri facinora et delicta, ideo eam atrociter puniri Reipublicae interest » ⁽¹¹⁹⁾. L'agire *cum vi* manifesta un'opposizione al diritto e alla giustizia, ha il sapore della tirannide perché sfida e contesta le regole dello Stato ed è spesso la miccia che innesca altri misfatti. La *ratio* principale della criminalizzazione nasce dall'esigenza di preservare l'organizzazione sociale e i valori su cui essa si fonda, caricando la violenza di significati che trascendono il concreto specifico accadimento. Il *crimen vis*, specie nella forma pubblica, guarda strumentalmente oltre il singolo comportamento illecito e punisce attraverso esso la minaccia o l'offesa a beni sovraindividuali (l'esempio sopra analizzato del *raptus*, specie del genere *vis publica*, è una chiara conferma di tale tendenza). Lo sforzo attuato da legislatori e giuristi per 'normativizzare' ogni forma di violenza, proibendo in modo

⁽¹¹⁸⁾ La genericità della categoria del *crimen vis* è funzionale ad una sua applicazione elastica contro i comportamenti pericolosi per la sicurezza e la pace della comunità; in questo senso cfr. F. SCHAFFSTEIN, *Vom Crimen vis zur Nötigung. Eine Studie zur Tatbestandsbildung im Gemeinen Strafrecht*, (1976), ora in *Id.*, *Abhandlungen zur Strafrechtsgeschichte*, cit., specie pp. 156-166.

⁽¹¹⁹⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, VIII, I *De vi publica et privata*, n. 9.

assoluto quella privata e riservandone all'autorità pubblica l'esclusivo uso o controllo, accompagna l'affermazione dello Stato moderno attraverso il perseguimento di un monopolio centralizzato e razionalizzato della forza ⁽¹²⁰⁾. Questa logica di accentuata tutela penale pubblicistica è motivata, nelle parole dei giuristi e nei provvedimenti normativi dei governanti, dall'endemica e progressiva diffusione della violenza come metodo ordinario di risoluzione dei conflitti, di rivendicazione di diritti o privilegi, di contestazione del disagio economico e di lotta politica. La condanna *post factum* è ritenuta non più adeguata e sufficiente a contrastare una criminalità che mina l'autorità e la sopravvivenza stessa del Principe, e la risposta è un'anticipazione della soglia di punibilità. Alla repressione si affianca la prevenzione, che eleva a crimine situazioni di pericolo per il bene tutelato ricorrendo ampiamente, dal punto di vista tecnico-giuridico, alle *praesumptiones* e alla valutazione dell'*animus*.

Il divieto di portare armi, previsto già in varie forme nella *lex Iulia de vi publica* e largamente ripreso nelle disposizioni statutarie, impegna i giuristi in una complessa rete di definizioni, limitazioni e spiegazioni con l'obiettivo di trovare regole che bilancino l'interesse dello Stato alla sicurezza e quello dei singoli all'autodifesa. La fattispecie, che potremmo definire di pericolo presunto, è costruita non sulla materiale lesione di un bene specifico ma sulla potenziale e generica offensività di chi detiene armi: il *portare arma*, in virtù di presunzioni stabilite dal legislatore o legittimate dai *doctores*, è un comportamento da punire in quanto è già una minaccia per l'ordine pubblico, sintomo di predisposizione allo scontro e di inclinazioni aggressive. Ma, in modo accentuato nel Cinquecento, è proprio la stessa diffusa conflittualità che obbliga i soggetti a munirsi di armi, specie per percorrere strade o itinerari infestati dai *latrones*, poiché è lecito per legge naturale *vim vi repellere*. Interpretazioni del Digesto e specificità statutarie si combinano nel difficile tentativo di dissuadere dalla *gestatio armorum* ma, proprio perché sarebbe im-

(120) Sintetiche ma utili osservazioni per un inquadramento storico del significato culturale, giuridico e sociologico della *vis*, sono in X. ROUSSEAU, « *Violence* », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Deuxième édition entièrement refondue corrigée et augmentée sous la direction de André-Jean Arnaud, Paris, LGDJ, 1993, pp. 643-647.

possibile e ingiusto punire indiscriminatamente chiunque abbia un'arma, occorre anche valutare, spesso ricorrendo di nuovo a presunzioni, l'*intentio* del detentore.

Dopo aver stabilito cosa si debba intendere per *arma*, e dopo aver distinto quelle *ad offensam* e *ad defensam*, il problema aperto resta, così, l'individuazione di categorie e criteri giuridici idonei a mediare tra previsioni normative astratte e valutazione del pericolo in concreto. Se in una prima fase la destinazione d'uso dello strumento sembra un metodo sufficiente per risolvere i dubbi e definire l'applicabilità della sanzione ⁽¹²¹⁾, si afferma poi un'opinione ritenuta più equa ma anche più efficace, che può, a seconda dell'opportunità contingente, attenuare la responsabilità oggettiva della *gestatio* in ragione della *voluntas* e della *causa* del soggetto, oppure privilegiare l'*animus offendendi* del portatore rispetto alla natura difensiva dell'arma ⁽¹²²⁾. L'incapacità della polizia e degli apparati pubblici di garantire ordine e sicurezza, specie *in itineribus*, obbliga ad ammettere eccezioni al divieto di portare armi e, come nel caso dei banditi, svela contraddizioni e ambiguità di una giustizia penale debole, frequentemente evasa, spesso inefficace e dunque

⁽¹²¹⁾ In questo senso BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In Secundam Infortiati Partem Commentaria*, Venetiis, apud Lucam Antonium Iuntam, 1590, in D. 34.2.32.2, *l. pediculis, de auro, argenti...legatis*, § *argento*, n. 2, f. 89rb, e GAMBIGLIONI, *Tractatus de maleficiis*, cit., § *Uno stocho ferreo*, n. 2, p. 229.

⁽¹²²⁾ Agostino Bonfranceschi nelle *additiones* al trattato dell'Areينو precisa che se anche per consuetudine il *tabulatum* sia un'arma difensiva, si applica tuttavia la norma dello statuto che punisce i *portantes arma offensibilia* se risulta l'*animus offendendi* del detentore; in senso inverso, sebbene « hodie itinerationis causa non est licitum portare arma », ciò vale solo se il luogo non è *suspectus* e se non vi sono nemici e *latrones*: il mercante che attraversa la provincia non può portare armi, ma se le tiene nella sella o sul il veicolo « non animo occidendi, sed causa se defendendi a latronibus, sibi hoc est licitum » (*Additiones* in GAMBIGLIONI, *Tractatus de maleficiis*, cit., § *Uno stocho ferreo*, nn. 2-3, p. 229). Questa interpretazione dell'*Ariminensis* forza la disposizione dei *Libri Feudorum* che prevede la presunzione di *malus animus* anche nel mercante che durante il viaggio ha con sé armi per difendersi, ribadita dalla GLOSSA « non ut quem laedat », in L. F. 2.27.13, *c. mercator negotiandi causa, de pace tenenda*: « idest non eo animo, ut quem ecc. ecce ut hic palam dicit Imperator malevolum animum habere arma deferentem », cui poi attingono diversi giuristi successivi (cfr., per es., CIPOLLA, *Consilia criminalia*, cit., *Cons. XXXII*, n. 5, f. 76ra). Dimostrazione della sensibilità diversa con la quale, già in pieno Quattrocento, alcuni giuristi guardano al profilo psicologico, prevalente rispetto presunzioni che di fatto conducono a responsabilità oggettive.

incapace di rinunciare alla collaborazione dei privati nel perseguimento dei crimini e nel mantenimento dell'ordine⁽¹²³⁾. Movendosi tra queste coordinate incerte, Deciani tenta una lettura rispettosa delle fonti, ma anche adeguata alla concreta realtà criminosa, accentuando i due aspetti teorici dell'attenzione alla *voluntas* del *gestator* e della *ratio legis*. Già la tanto citata legge giulia in tema di armi e pubblica violenza — sostiene l'udinese —, non condanna colui che *simpliciter habuerit* una o più armi, come male ritiene Accursio: nel verbo *cogere* usato dalla fonte, si deve intendere implicito il fine illecito, l'agire *studiose* finalizzato alla commissione di un delitto, « nam et cogere armatos dicitur, qui ad id cogit, ut aliquid damni inferat »⁽¹²⁴⁾.

La valorizzazione del profilo soggettivo deve guidare anche l'interpretazione delle leggi municipali: la disposizione che limita la pena solo a chi porta armi *ad offensam* e non *ad defensam* non si applica se è comunque provato l'*animus offendendi*. Non rileva, infatti, la finalità per cui gli oggetti sono stati *inventi* o *fabricati*, ma l'utilizzo concreto che ne viene fatto, poiché « tota vero materia ista, quid veniat appellatione armorum, dependet a voluntate disponentis, quae etiam coniecturis probabitur »⁽¹²⁵⁾, tanto che perfino l'utilizzo di un candelabro, di un libro o di una tavola di legno per percuotere qualcuno, se fatto *animo laedendi*, è senza dubbio com-

(123) Una *limitatio* al divieto, anche quello statutario più rigido del *ferre arma ad defensionem*, deriva dal diritto naturale di difendersi dai ladroni e dagli *insidiatores vitae* tenendo con sé armi; Deciani, tuttavia, aderendo ad un'*opinio* di Marsili, invita alla cautela nell'applicazione di tale eccezione, ammettendola solo a condizione che si abbia la regolare licenza, « nam alias quilibet posset dicere animo se defendendi portare, non offendendi, et sic fieret fraus legi » (DECIANI, *Tractatus criminalis*, VIII, *De prohibito usu armorum*, n. 37). L'incapacità del potere politico di rispondere alle esigenze di tutela e sicurezza con una polizia pubblica, costringe le autorità centrali (Consiglio dei X) o periferiche (podestà) a concedere con frequenza licenze di portare armi, specie ai patrizi che svolgendo *officia publica* possono avere la necessità di essere tutelati e accompagnati da uomini armati, per lo più *populares* avvezzi al crimine e alla violenza; questa situazione porta poi alla formazione di varie squadre che operano *cum vi armata* nelle città, abusando della loro condizione per risolvere conflitti e provocando di fatto una delegittimazione delle forze dell'ordine; in proposito cfr. VIGGIANO, *Fra governanti e governati*, cit., p. 184.

(124) DECIANI, *Tractatus criminalis*, VIII, II *De causis, et factis...*, n. 2.

(125) Ivi, n. 12. Cfr. anche VIII, III *De prohibito usu armorum*, n. 14.

preso nello statuto. La volontà del soggetto è posta come condizione principale di punibilità, prevalente rispetto ai dati oggettivi, ed è evidente lo sforzo di piegare i principi generali in tema di *animus* ai fini preventivi della fattispecie: *intentio* dedotta da congetture in un delitto, che, seppur lieve, è costruito sulla presunzione di pericolosità, poiché l'averne con sé un'arma, anche senza usarla, rende l'uomo *audaciorem ad delinquendum*. Ormai, riferisce Deciani, provvedimenti, bandi e usi locali hanno imposto regole diverse dallo *ius commune* e dalla *lex Iulia*, e nel tentativo di frenare l'emorragia di violenza hanno vietato non solo l'uso ma anche il semplice porto d'armi o la *retentio* nell'abitazione ⁽¹²⁶⁾. Interessante la spiegazione:

« Ratio autem prohibitionis armorum est ne scilicet homicidiis detur occasio: qui enim arma portat, habet praesumptionem contra se, quod malo animo illa portet (...) quod etiam intelligendum est procedere, quando arma portaret in casu prohibito, secus si in casu licito: nam tunc non praesumeretur dolosus animus: sed qui diceret malum animum intercessisse, probare deberet » ⁽¹²⁷⁾.

L'obiettivo di prevenzione del crimine deve conciliarsi con la necessità di applicare una sanzione penale solo a chi agisce con *malo animo*. Per poter anticipare la soglia di punibilità senza dover negare la *qualitas* del dolo come elemento costitutivo di ogni reato, Deciani, come altri giuristi, è costretto a ricorrere alle *praesumptiones* legate alla semplice detenzione di strumenti offensivi ⁽¹²⁸⁾. Il solo portare

⁽¹²⁶⁾ Ivi, n. 19: « ex communi consuetudine totius Italiae solent fieri proclamationes et edicta per Rectores Civitatum et Castrorum, quod nullus portet arma sub tali poena, qua consuetudine stante, nullus potest excusari, etiam si sit forensis ». Sulle Costituzioni pontificie e gli editti che hanno vietato la *retentionem armorum* in casa cfr. FARINACCIO, *Praxis et theoriae criminalis amplissime, Pars Tertia*, cit., q. 107, nn. 41-43, pp. 590-591.

⁽¹²⁷⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, VIII, III *De prohibito usu armorum*, n. 22.

⁽¹²⁸⁾ Lo spostamento del baricentro dalla responsabilità *in re ipsa* al profilo soggettivo, con i dovuti contrappesi dati dalle presunzioni più o meno forti, è confermato dalla riflessione di Ludovico Maria Sinistrari, attento ad armonizzare il principio *universaliter* valido della colpevolezza con le disposizioni particolari che regolamentano il porto d'armi: « ...mens tamen Statuti non est tanta poena percuotere talium delatorem, nisi adsit dolus, qui oritur ex animo nocendi, quem habet deferens. Admitto quidam, quod pro actibus internis pure non feratur lex; cum enim, quae latent in animo,

questi attrezzi, in particolare le *arma insidiosa* da fuoco o avvelenate, in quanto pericolosi indici di una propensione alla litigiosità e al conflitto, inverte l'onere della prova a sfavore del detentore, costretto a dimostrare le sue non illecite intenzioni poiché « vere praesumitur malum habere animum »⁽¹²⁹⁾; l'aver armi difensive, invece, non elimina la sanzione, ma almeno esclude la presunzione di dolo.

L'urgenza e la specialità dei provvedimenti in tema di armi, emanati con frequenza e insistenza dalle autorità politiche centrali, modifica il sistema del diritto comune con l'irruzione di leggi nuove che pretendono di imporsi sulla tradizione consolidata dall'interpretazione delle fonti antiche e dalla consuetudine⁽¹³⁰⁾. I giuristi, pertanto, devono spiegare o ordinare la disciplina, attraverso principi in grado di comporre in un quadro unitario l'eccezionalità della legislazione d'urgenza. In Deciani riemerge il dato fondamentale e risolutivo della *lex* come fattore di creazione e descrizione del nuovo delitto: la legge, statutaria o principesca, ha il potere di modificare, integrare, innovare lo *ius commune* e si pone fuori dal consueto circuito ermeneutico dovendo essere interpretata *stricte* e secondo il senso letterale. Gli approcci esegetici alle norme hanno sfumature diverse e il senso delle regole particolari cambia se lette secondo i canoni del diritto comune o con le lenti nuove del diritto positivo. In questo caso, occorre stabilire se la norma dello statuto che punisce

non sint sub censura iudicis, neque poterit circa ea ferri prohibitio poenalis. Tamen, quando animus per actus externos proditur, utique ille etiam punitur; imo universaliter in delictis ordinaria poena non fertur, nisi propter dolum, ut alias dictum est. Mens ergo Statuti est, puniri semestri carcere delatorem, sive retentorem *armorum*, qui ea habet animo nocendi; quia tanta poena, ut est Carcer semestris, magnam culpam supponit » (SINISTRARI, *De delictis, et poenis*, cit., tit. VII *De Iniuriis facti*, § I *Armorum delatio*, n. 32, p. 363).

⁽¹²⁹⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, VIII, III *De prohibito usu armorum*, n. 29.

⁽¹³⁰⁾ In tema di armi i provvedimenti particolari si susseguono in modo frenetico in una continua rincorsa delle autorità alle forme e agli strumenti di violenza urbana; cfr. ancora FARINACCIO, *Praxis et theoriae criminalis amplissime*, *Pars Tertia*, cit., q. 107, n. 13, p. 587: « Quia quod attinet ad poenam delationis armorum, attendenda sunt statuta, seu bannimenta desuper edita: statutaria enim poena facit cessare poenam iuris, et bannimentalis poena facit cessare poenam iuris et statutorum: Dominos enim castrorum, Praetoresque, et Rectores civitatum, et terrarum, posse armorum delationem sub certis poenis prohibere iuxta temporum qualitatem ».

il soggetto *inventum cum armis*, si riferisca al solo *apprehensus*, cioè al reo colto in flagrante possesso delle armi, o anche all'*inventus et denunciatus*, cioè al reo riconosciuto colpevole in seguito alla *longam telam iudicii* fatta di denuncia e prove. Stando all'*interpretatio secundum ius commune*, si può accettare un'esegesi più estensiva che ammette entrambe le possibilità⁽¹³¹⁾. Deciani, invece, ritiene che la giusta lettura sia quella più mite, che ritiene *necessaria* l'*apprehensio*, poiché senza di essa non si potrebbero neppure applicare le pene previste (tortura, pene corporali e *amissio armorum*). La giustificazione della sua *opinio* è sostanziale e poggia sul principio centrale della parte generale per cui *lex facit delictum*⁽¹³²⁾; se è vero, infatti, che *de iure communi* sarebbe proibito portare armi — argomenta l'udinese — ciò non è previsto in modo chiaro da nessuna fonte e il divieto è ormai ovunque caduto in desuetudine, « nam hodie in quacumque regione, et Civitate, quilibet potest portare arma, et portat impune, nisi expresse prohibeatur a statutis, vel edictis Magistratuum »⁽¹³³⁾. Alla situazione di fatto risponde la legge positiva che irrompe sulla disciplina precedente annullandola in forza della *potestas* del legislatore, libero di creare e regolare nuove fattispecie delittuose che non tollerano arbitrarie od estensive applicazioni:

« si ergo statutum superveniat, puniens inventum cum armis, facit novum delictum, quod prius non erat, et ideo debet stricte intelligi istud

⁽¹³¹⁾ Sostiene questa tesi, marcando la diversità di vedute col *Tractatus*, GIACOMO MENOCHIO, *De arbitrariis iudicium, quaestionibus et causis, centuriae sex*, Genuae, sump-tibus Samuelis de Tournes, 1690, lib. II, Cent. IV, *Casus* 394, n. 51, p. 721; se lo statuto, come nella presente ipotesi, è *confirmatorium* e non *correctorium* dello *ius commune*, deve essere interpretato secondo i canoni stessi del diritto comune. Esso, che sulla base della *lex Iulia* vieta l'*habere arma* o l'essere in pubblico *cum armis*, punisce anche colui che *visus sit* in condizione illecita. Il participio 'inventus' sul quale Deciani costruisce le sue argomentazioni può avere vari significati, afferma dunque Menochio, « at in casu nostro subiecta ipsa materia est quod nemo habeat, feratque arma. Et ideo satis est, quod quis sit inventus visusque habere arma, etiamsi deprehensus non sit ».

⁽¹³²⁾ Cfr. ampiamente retro, pp. 266 ss.

⁽¹³³⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, VIII, IV, *De variis quaestionibus circa gestazione armorum*, n. 5.

statutum, et per consequens ut inventus dicatur, idest apprehensus, prout a iure interpretatur » (134).

Il *conditor legis* crea un *novum delictum*, stabilisce che in base a valutazioni di opportunità politica comportamenti prima leciti siano da ora penalmente rilevanti e questo processo determina anche nuovi vincoli interpretativi. Il campo è quello delle valutazioni discrezionali del legislatore, delle decisioni dettate da strategie punitive liberamente orientabili; non si tratta, precisa l'autore, di un caso in cui il *factum de per se est crimen* come nell'omicidio, dove la *qualitas inventionis* non rileva perché l'« homicidium est delictum de per se, absque inventione » ed è sufficiente anche la prova per testimoni. Il *portare arma* non è affatto un *delictum de per se*, un *malum in se*, ma è un *malum quia prohibitum*, un divieto imposto *ex novo* dalla *potestas* dello statuyente e va interpretato alla lettera, senza limitazioni o estensioni, con riferimento esclusivo al soggetto *captus* con le armi: « Sic ergo dico in proposito, quod cum statutum puniat inventum portare arma, debet interpretari de invento, qui fuit apprehensus, cum ante portare arma non esset delictum de per se, stante consuetudine » (135).

La tenuta complessiva del sistema e una realistica flessibilità sono garantite da una serie di *limitationes* e privilegi (ben diciotto nel *Tractatus*) che riducono di molto la portata generale del divieto. L'area della *vis publica* si allarga o si restringe in modo elastico, a seconda della eventuale sovrapposizione con altre fattispecie e della loro maggiore o minore gravità. Già si è visto in precedenza come in Deciani la presenza della *qualitas violentiae* trasformi l'incendio semplice in *crimen vis*, con conseguente modificazione del titolo di reato e inasprimento di pena; in senso inverso, la *lex Iulia de vi*

(134) *Ibidem*.

(135) *Ibidem*. Questa *opinio* è confermata dalla prassi e dall'uso quotidiano; l'autore riferisce come anche nella sua esperienza di assessore a Vicenza abbia sostenuto questa linea (sul punto già abbiamo detto in precedenza, pp. 365-366). La necessità dell'*apprehensio* è l'*opinio communis*, come riporta anche I. BONAGOSSA, *Communes Doctorum iuris utriusque criminales opiniones, usu receptae*, Venetiis, apud Damianum Zenarum, 1575, *vers. Arma gessisse*, f. 11ra: « Et nota quod si statutum punit inventum cum armis, non dicitur inventus, nisi sit captus et apprehensus ».

publica che punisce « qui turbae seditionisve faciendae consilium inierit » (D. 48.6.3 pr.), regola la fase preparatoria e disciplina il caso del *solum consilium* cui poi non è seguita la sedizione, « nam si sequuta fuerit seditio, tunc separatum est crimen, de quo dixi supra libro septimo, capitulo 19 sub tit. de seditiosis, et sic patet, quod aliquando consilium una lege punitur, et alia factum »⁽¹³⁶⁾.

La funzione a volte residuale, di chiusura del sistema, e l'elasticità che ha il *crimen vis* nella sua generica configurazione di *gestatio armorum* risulta chiaramente nell'ipotesi di concorso di reati: nel caso il reo abbia ferito la vittima con armi e sia stato catturato ancora in possesso delle stesse, occorre stabilire se applicare la doppia pena secondo il criterio del cumulo materiale, oppure infliggere solo la pena del reato più grave che assorbe anche l'altra. La risposta del giurista udinese è a favore della seconda soluzione, « quod si maior est poena vulneris, prout esse debet, confundetur poena, et punietur tantum poena vulneris, intellige, quando uno et eodem tempore factus est »⁽¹³⁷⁾. L'*opinio* si fonda sul principio *communis* per cui se l'atto finale è più grave e punito con una maggiore pena, allora la pena minore dell'atto preparatorio è assorbita in essa; ma, avverte Deciani, nel caso trattato vale a due condizioni: che venga applicata la pena più grave così che il « minor confundetur in maiori » e che « actus illi non sint separati »⁽¹³⁸⁾. Di fronte al ferimento o all'omi-

⁽¹³⁶⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, VIII, V *De aliis causis, et modis...*, n. 2.

⁽¹³⁷⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, VIII, IV *De variis quaestionibus circa gestatione armorum*, n. 19. In senso inverso, la *vis armata* diviene l'elemento, previsto anche a livello legislativo, che permette di infliggere comunque una sanzione in caso di mancata consumazione del reato fine: L. MATHEU Y SANZ, *Tractatus de re criminali, sive controversiarum*, Lugduni, sumptibus Anisson & Ioannis Posuel, 1702, *Controv. XXXIV*, n. 19, p. 272, sottolinea come la legge spagnola sia più repressiva di quella romana e non richieda per applicare la pena la *consummatio furti*, « sed ingressus violentus, aut dolosus, cum sufficiat ad poenam capitalem effractio parietis, ingressus per fenestram, vel tectum, apertio ianuae clave adulterina, vel alio instrumento, effractio alicuius arcae, et introitus per ianuam apertam dum latitando intra domum inveniatur ».

⁽¹³⁸⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, VIII, IV *De variis quaestionibus circa gestatione armorum*, n. 19. La questione, frequente nella pratica, è provocata sia dalla complessiva incertezza e confusione del sistema dei reati, che presentano spesso fattispecie parzialmente coincidenti o sovrapposte con parcellizzate tipologie di tutela su un medesimo bene, sia dall'assenza di principi generali, imposti per legge o uniformemente accettati dalla dottrina. A seconda delle categorie concettuali adottate possono, infatti, variare le

cidio la fallita tutela preventiva tentata attraverso l'incriminazione del porto d'armi cede il passo a fattispecie di danno e non più di pericolo; la specie del *crimen vis* viene assorbita in delitti che reprimono la lesione effettiva degli stessi beni che essa cercava di preservare punendo condotte preliminari.

III.3. *Elementi dell'assassinio*

Un'ipotesi criminosa complessa, oggetto di distinzioni sottili e d'elaborate costruzioni teoriche da parte dei giuristi, è quella del *mandatum ad delinquendum*, in particolare ad uccidere. I profili critici della fattispecie sono numerosi, sia per il diverso grado di responsabilità dei soggetti coinvolti, sia per la struttura stessa dell'illecito formata da elementi che si riferiscono all'accordo tra le

soluzioni proposte e le pene irrogate. Nel caso trattato *ex cathedra* di chi *insultat et percutit*, Bartolo sostiene che si debba punire solo *de percussione*, perché l'insulto si confonde nelle percosse come l'accessorio si confonde nel principale. Il criterio logico distintivo, ancora una volta, non è tuttavia sostanziale, ma basato sulla quantità di pena, tanto che se all'insulto fosse comminata una sanzione più grave, si potrebbe punire *de insultu*, « nam principale non extinguit accessorium in eo quod accessorium affert plus utilitatis quam ipsum principale »: i due delitti, infatti, non sono in rapporto di genere e specie come omicidio e ferimento, così che necessariamente l'*accusatio* di uno escluda o comprenda l'altro, ma sono separati, in modo che a buon diritto azioni e pene possano cumularsi senza *confusio* (BARTOLO, *In Secundam Digesti Novi*, cit., in D. 47.1.2, *l. numquam plura, de privatis delictis*, nn. 7-9, f. 110va-b). Criticando in parte il maestro marchigiano, Angelo degli Ubaldi preferisce utilizzare un'altra categoria, « quia non est verum quod insultus sit quid accessorium, imo est quid praeparatorium »: sposta l'attenzione sulla differenza tra comportamento preparatorio e fine raggiunto, affermando che dall'insulto non nasce né azione né *accusatio*, « quia ex quo ordinatur ad certum et determinatum finem, et sequitur finis, solum de fine nascitur actio, et non de principio ». Accetta, invece, la tesi di Bartolo quando « in accusatione praeparatoria conservatur delictum », quando cioè dall'atto preparatorio risulta una lesione specifica diversa da quella dell'atto finale, poiché le due fasi della condotta ledono due differenti ed autonomi beni giuridici: così, ad esempio, chi *frangit ostia* per rubare può essere punito sia per la *fractura* che per il successivo furto, essendo entrambi i delitti autonomi nel disvalore sostanziale (ANGELO DEGLI UBALDI, *In Codicem Commentaria*, cit., in C. 9.2.9, *l. qui de crimine, de accusationibus et inscriptionibus*, n. 7, f. 255rb). L'ipotesi dell'*insultus* e della *percussio* è oggetto anche di un *responsum* in cui Deciani ribadisce che i due *delicta corrispectiva* si possono 'confondere' solo se commessi « uno et eodem tempore et in continenti » e nello stesso luogo (*Responsorum Volumen Secundum*, cit., *Resp. XCIV*, nn. 13-14, f. 252va-b).

parti, all'azione del mandatario, alle qualità personali del mandante e dell'agente. La causalità derivata e indiretta, l'estensione della sanzione ad un soggetto ulteriore rispetto all'esecutore dell'offesa, la *fictio iuris* che equipara la posizione nascosta del mandante a quella palese del mandatario, impegnano la scienza giuridica nell'attività creativa ed interpretativa delle spesso vaghe disposizioni legislative o statutarie. Il progressivo affinamento delle categorie concettuali e della grammatica penale sostanziale porta ad una sistemazione del *mandatum* come ipotesi tipica di partecipazione criminosa, trattata da alcuni criminalisti come Matthes e Dietrich in modo sintetico nei *Prolegomena* a conferma del carattere generale assunto dall'istituto⁽¹³⁹⁾. Deciani dedica ampio spazio all'analisi del mandato nella parte finale del libro IX, riprendendo con ricchezza di riferimenti i temi e le questioni più controverse, cercando di sfruttare anche in questo caso nel percorso espositivo le risorse esplicative di definizioni, *qualitates*, argomenti logici. Non colloca la trattazione del mandato in appendice all'omicidio come la maggior parte dei criminalisti, ma cerca di seguire uno schema più razionale in funzione dei diversi gradi dell'*animus*. L'intensità del dolo e la natura della colpevolezza diventano criteri d'organizzazione dei delitti: *propositum*, *praemeditatio*, *tractatus et vulgo appensamentum* sono elementi che appartengono alla *substantia* d'alcune fattispecie omicidiali, non semplici aggravanti che indicano una più prava volontà colpevole del reo nel caso concreto, ma manifestazioni tipizzanti di un'intenzione criminosa autonoma rispetto al *dolus malus*, che si materializza in atti preparatori e accordi costitutivi dell'illecito stesso⁽¹⁴⁰⁾. Secondo questa impostazione, il mandato segue, dunque, l'esame di *latrocinium* e pirateria, esempi di *praemeditatio cum pluribus*, poiché

(139) Cfr. MATTHES, *De criminibus*, cit., *Prolegomena*, cap. I *Quid sit crimen*, n. 12, pp. 9-10 e THEODORICUS, *Judicium Criminale Practicum*, cit., c. I *Delictorum generalia continens*, *Aphor. XXVII*, nn. 8-14, pp. 82-86.

(140) DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXIX *De latronibus et pyratibus*, n. 3: « Et differt propositum sive pensamentum, ut deinceps vulgatori vocabulo utamur, a dolo malo (...) Inter haec autem hanc puto differentiam: nam ille dicitur sponte, et ex proposito caedem admisisse, qui praemeditata re, et bene perpensa deliberatione praecedente devenit ad caedem. is vero, quia orta ex improvviso rixa volens occidit, dicitur dolo, et in vindictam occidere, adeo ut non possit esse praemeditatio sine dolo, sed e contra dolus esse possit sine praemeditatione ».

« pluribus etiam intervenientibus fiunt delicta, quando intervenit mandans et mandatarius »⁽¹⁴¹⁾.

La bipartizione classica, riproposta anche nel *Tractatus*, è tra *mandatum intercedente pecunia* o *assassinium* e *simplex mandatum sine pecunia*: due ipotesi che — secondo Deciani — muovono da una diversa *ratio* punitiva, hanno *qualitates* proprie e specifiche discipline. L'*assassinium*, fattispecie non autonomamente regolata dalle leggi romane secondo le quali *mandans* e *faciens* sono riconducibili alle figure del *conductor* e del *locator*, è invece previsto e sanzionato, sebbene non definito, nel *Liber Sextus* (VI. 5.4.1, *de homicidio*). In origine esso si riferiva all'uccisione dietro pagamento di un cristiano da parte di un infedele saraceno, ma il termine ha poi subito un'estensione semantica e una generalizzazione del soggetto attivo, tali per cui *interpretative* è *communis opinio* che reo sia colui che *mediante pecunia* dà incarico ad un terzo, cristiano o infedele, di uccidere un cristiano⁽¹⁴²⁾. Se, di fatto, rispetto all'autore dell'omicidio, esistono varianti che conducono a possibili differenziazioni di pena⁽¹⁴³⁾, e nonostante nell'*usus loquendi* si abbia assassinio « quando aliquis clam, et per insidias nullis dictis, et de retro aliquem occidit »⁽¹⁴⁴⁾, la maggioranza dei giuristi nel Cinquecento riconosce invece la *qualitas* di *christianus* nella vittima come un elemento essenziale del delitto⁽¹⁴⁵⁾.

⁽¹⁴¹⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXX *De mandato pecunia intercedente*, n. 1.

⁽¹⁴²⁾ Il vocabolo *assassinus*, sconosciuto al diritto romano e considerato volgare al punto che Damhouder (*Practica rerum criminalium*, cit., cap. LXXXIII *De Assasiniis*, n. 13, p. 271) chiede scusa al lettore se le sue *doctas aures* sono offese da tale linguaggio, è tuttavia di uso comune sia tra i *doctores* che tra i *practici*. Deciani, Dietrich e Carpozov ripropongono l'*excursus* sull'origine etimologica e storica del termine, che deriva *ab Assasinis*, abitanti della regione dell'Asia o popoli partici detti anche *Asacidae*, i quali, *ex Mahumetica persuasione* si fecero convincere dal loro re ad infiltrarsi tra i cristiani fingendo di convertirsi per poi trucidarli a tradimento. Successivamente si sono consolidate le due forme di *assassinium*, quella propria dell'uccisione del cristiano da parte di un infedele e quella *ficta* o impropria con vittima e reo entrambi cristiani.

⁽¹⁴³⁾ Secondo Deciani, per esempio, il mandante in caso di crimine tentato deve essere punito come per il consumato solo nell'assassinio inteso alla lettera, commesso dall'infedele, mentre in quello 'interpretato' la pena ordinaria non si applica al mandante se l'agente si è fermato all'*actus remotum* e non è giunto al *proximum*.

⁽¹⁴⁴⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXX *De mandato pecunia intercedente*, n. 4.

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr. in questo senso, oltre al passo di Deciani già citato in precedenza (nt. 110, p. 411), L. CARERIO, *Practica nova causarum criminalium*, Venetiis, Comimus de Tridino

Deciani seleziona tre elementi costitutivi per questo reato: « ut sit assassinium, oportet, quod intercedat vel datio pecuniae vel alterius cuiuspiam rei, vel saltem promissio de dando, et quod sit certum non in genere, et quod constet de acceptatione mandati et promissionis »⁽¹⁴⁶⁾. Pur senza giungere ad una definizione, anche in questa fattispecie l'udinese si confronta con le diverse *sententiae* ed enuclea i caratteri sostanziali che ne rappresentano la *substantia* tipica: la *datio* o *promissio* di denaro o di altri beni, purché certi nel genere, e l'accettazione da parte del mandatario sia dell'incarico che della promessa. Riguardo al primo aspetto, sottolinea come non sia necessario consegnare materialmente una determinata somma di denaro ma sia sufficiente la *quaelibet promissio* di una ricompensa, o anche, da parte del mandatario, l'agire senza un premio apparente ma nella convinzione di rendere ad un amico un servizio che verrà poi ricompensato⁽¹⁴⁷⁾. La *promissio*, tuttavia, non ha alcun effetto senza l'accettazione del *faciens*, poiché, in analogia alla *conventio* civilistica tra mandante e mandatario, « ex simpliciter oblatione et pollicitatione absque acceptatione non dicitur committi et contrahi assassinium »⁽¹⁴⁸⁾.

Montisferrati, 1556, § *Circa*, n. 15, p. 79va: « Nec tamen sufficit simpliciter probari mandatum et assassinium per talia argumenta, immo nec etiam per confessionem assassini nisi etiam probetur qualitas deducta, in d. c. 1. videlicet quod occisus fuerit christianus, alias non habebunt locum poenae in d. c. 1. nam introducta fuit dispositio illius cap. i. pro uccisione christianorum, unde nisi illa qualitas quod fuerit christianus probetur etiam si confiteratur simpliciter se occidisse per assassinium aut constet per probationes de simpliciter assassino absque qualitate quod fuerit christianus non habent locum dictae poenae d. c. 1. »; CLARO, *Liber V*, cit., § *Assassinum, v. Assassinus*, n. 2, p. 158, BOSSI, *Tractatus varii*, cit., tit. *de mandato ad homicidium, consilio, et instigatione*, n. 22, f. 162rb e GILHAUSEN, *Arbor Iudiciaria Criminalis*, cit., c. II, tit. XIII, *de Assassinio*, nn. 1-2.

⁽¹⁴⁶⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXX *De mandato pecunia intercedente*, n. 17.

⁽¹⁴⁷⁾ Esula pertanto dal delitto in esame il caso di chi uccide qualcuno *spe haereditatis et bonorum occisi consequendorum*.

⁽¹⁴⁸⁾ CARERIO, *Practica nova causarum criminalium*, cit., § *Circa*, n. 6, p. 78va. Similmente Deciani, *Tractatus criminalis*, IX, XXX *De mandato pecunia intercedente*, n. 17: « concludendum ergo, quod si promissa fuerit pecunia, sed non acceptata, promittens non ideo incurrit hoc crimen, secus si ipse exequutor acceptasset promissionem, et sub spe habendi promissa exequutus fuisset, vel devenisset ad proxima fini ». Isolata opinione difforme è quella di PARIDE DAL POZZO, *De syndicato omnium officialium*, in *Tractatus Universi Iuris*, cit., t. VII, n. 4, f. 248va: « in causa barratariae sufficit sola

L'*assassinium* è una *species homicidii* certamente più grave della fattispecie base. Nel Cinquecento tuttavia, nella pluralità di consuetudini e provvedimenti normativi laici o canonici che lo regolano e lo sanzionano, alcuni giuristi, a conferma del processo di selezione e costruzione tipologica dei *delicta*, sentono la necessità di fissare gli *elementa* che ne compongono la struttura e lo differenziano da ipotesi simili, in modo da favorire l'emersione di un reato specifico le cui peculiarità lo trasformino da semplice omicidio aggravato in autonomo *nomen iuris*. Così, mentre alcuni criminalisti nel solco della continuità considerano il *crimen assassinii* un « casus (homicidii) in quo aggravatur poena »⁽¹⁴⁹⁾, altri tentano di seguire la strada della tipizzazione dottrinale. Pure Carpzov, che si confronta con le leggi della Chiesa, la *Carolina* e i *mores* delle diverse regioni, fonti dallo stile precettivo e dal contenuto difformi che configurano modelli di assassinio e pene non facilmente sovrapponibili e omogenei, attinge alla scienza giuridica del maturo diritto comune (in particolare Deciani e Dietrich) e precisa i requisiti costitutivi minimi e necessari perché si ricada in tale determinata fattispecie⁽¹⁵⁰⁾. Una definizione sintetica di assassinio, spiegata in ogni vocabolo secondo lo stile spesso utilizzato anche da Deciani, si ha in seguito con Sinistrari, il quale come consueto attinge a piene mani dal *Tractatus*: « est autem *assassinium caedes hominis Christiani incauti facta, aut attentata ex conventione mandantis, ac mandatarii sub promissione implicita, aut explicita, sive spe, et contemplatione pretii* »⁽¹⁵¹⁾. Il frate insiste sulla necessità di una *promissio explicita* o *implicita*, o almeno di una speranza da parte del-

promissio sicut in crimine assassinatus». Secondo Dietrich, che non menziona la necessità dell'accettazione, *tria copulative requirunt* perché si configuri tale fattispecie: « I. mandatum ad occidendum non vero ad vulnerandum tantummodo (...) II. Ut interveniat pecunia vel alia merces data vel promissa (...) III. ut huius praemii dati intuitu aut eiusdem saltem certa spe assassinus mandatum exequatur, aut ad minimum deveniatur ad actum effectui proximum » (*Judicium Criminale Practicum*, cit., cap. VII *De Homicidio*, *Aphor.* IV, n. 6, pp. 968-969).

⁽¹⁴⁹⁾ GOMEZ, *Variarum resolutionum*, cit., c. III *De Homicidio*, n. 10, p. 72.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. CARPZOV, *Practica nova*, cit., pars. I, Quae. XIX *De crimine Assassinii, eiusque poena*, n. 27, p. 119, che riprende quasi alla lettera i *tria copulative* indicati da Dietrich come requisiti perché si abbia *crimen assassinii* sia nei confronti dell'*assassinator* che dell'*assassinus* e perché si possano applicare le pene previste.

⁽¹⁵¹⁾ SINISTRARI, *De delictis, et poenis*, cit., tit. VII *De iniuriis facti*, § VI *Assassinium*, n. 1, p. 406.

l'esecutore di ottenere un premio in denaro, carattere che permette di distinguere la fattispecie in questione dal mandato ⁽¹⁵²⁾.

Ratio dell'assassinio — precisa Deciani — è di cogliere la vittima di sorpresa, delegando l'esecuzione del misfatto ad un terzo inospettabile perché privo di legame apparente ed evidente con il mandante dal quale, invece, verrebbe naturale difendersi ⁽¹⁵³⁾; questa considerazione, se da un lato rende difficilmente configurabile la realizzazione della fattispecie nell'ipotesi del padre che manda il figlio, d'altro lato giustifica, assieme alla *datio pecuniae*, la qualificazione di tale crimine come *atrocissimum*, con il conseguente regime di *specialia* e deroghe repressive all'*ordo iuris* ⁽¹⁵⁴⁾. Dottrina e prassi giurisprudenziale sono concordi ed uniformi nell'ammettere tali eccezioni, purché « constaret de huiusmodi qualitate assassinii » ⁽¹⁵⁵⁾: se, dunque, concorrono i requisiti del delitto variamente individuati, scattano gli *atrocia*, per cui il mandatario può essere torturato senza alcun precedente indizio affinché indichi il mandante, non sono efficaci le amnistie generali concesse dallo statuto o dal Principe, l'assassino può rinunciare alla difesa, non è ammesso l'appello, sono derogabili i limiti di competenza giurisdizionale ⁽¹⁵⁶⁾.

⁽¹⁵²⁾ Ivi, n. 18: « Ex hucusque dictis apparet, in quo consistat ratio formalis assassinii, et in quo differat a *mandato simplici*. Siquidem prout supra probatum est, in assassinio intervenit pretium, et reciproca promissio pretii, et operis; in *mandato* autem minime, nam prout *arg l. 1 ff. mandat. scribit Decianus lib. 9 cap. 31 init.* mandare est negocium alicui sine mercede exequendum committere gratia mandantis; et in quo mandans differt a consultore, ordinatore, tractatore, persuasore, suggestore, istigatore, et sollicitatore, late prosequitur ibidem *Decianus*, quae brevitatis causa omittimus, et qui ea vult, ipsum consultat ».

⁽¹⁵³⁾ Cfr. DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXX *De mandato pecunia intercedente*, n. 18: « ratio assassinii est quod ab illis infertur mors, qui nulla sunt affecti iniuria ab occiso, et per consequens verosimiliter non poterat illum habere suspectum, et eius progressus observare ».

⁽¹⁵⁴⁾ Due sono le giustificazioni della durezza con cui viene perseguito l'assassino: il fatto di uccidere *corruptae pecuniae* senza nessuna scusante e il « committere delictum proditorie, et cum alevosia » togliendo la « naturalem defensionem offenso, cum ab eo non possit praecaveri, cum non esset inimicus » (GOMEZ, *Variarum resolutionum*, cit., c. III *De Homicidio*, n. 10, p. 73).

⁽¹⁵⁵⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXX *De mandato pecunia intercedente*, n. 25.

⁽¹⁵⁶⁾ Definizione e sostanza dell'*assassinium* mutano e comportano differenti trattamenti giuridici a seconda degli ordinamenti e delle norme che lo disciplinano; avverte Marco Antonio Sabelli (*Summa diversorum tractatum*, t. I, Venetiis, apud Paulum

Nelle ipotesi dell'*assassinium* e del *mandatum* l'apporto costitutivo dei giuristi risulta indispensabile per la complessità della figura criminosa: il disvalore del *pactum sceleris* in funzione della consumazione del reato, la *fictio iuris* che equipara autore materiale e autore morale, la complicata rete di relazioni effetti e *qualitates* che legano reciprocamente mandante e mandatario, le forti contaminazioni teoriche con l'istituto civilistico, non sono profili di cui si coglie intuitivamente o *de visu* l'antigiuridicità, ma richiedono un intenso lavoro scientifico di composizione degli interessi, bilanciamento delle colpe e distribuzione delle pene. Occorre, dunque, l'intervento dei *doctores* per interpretare la previsione legislativa, per chiarire la reale estensione dell'illecito, per definire e circoscrivere la sostanza del fatto punibile.

Le due specie del mandato a delinquere mostrano, più in generale, come l'impegno della *scientia iuris* sui *criminalia* conduca ad una progressiva giuridicizzazione dei comportamenti offensivi, ad una diffusa e costante inclusione dei dati della realtà nel sistema tecnico e concettuale, con uno sforzo teso a disciplinare e classificare in termini di *iniuria* e *delictum* tutte le possibili forme di conflittualità sociale, dagli accordi illeciti tesi a regolare personali vendette, alle attività concretamente dannose o potenzialmente pericolose per i singoli e per la *civitas*. Dal punto di vista tecnico, i dottori lavorano per tradurre le azioni antigiuridiche in *elementa* di una fattispecie, per favorire la lettura e la qualificazione dei profili oggettivi e soggettivi di un fatto in funzione della *quidditas* di un reato 'nominato': lo schema epistemologico che Deciani meglio di altri ha elaborato e che permette di cogliere la struttura e l'essenza di un delitto distinguendo *substantialia*, *naturalia* e *accidentalialia*, diviene un

Balleonium, 1692, § *Assassinium*, n. 10, p. 150) che esistono *qualitates* rilevanti ai fini dell'irrogazione della pena del bando o della pena prevista dal diritto comune, mentre per la privazione dall'immunità ecclesiastica stabilita come sanzione dal diritto canonico (Bolla *Cum alias* di Gregorio XIV del 1591) occorrono tutti i seguenti requisiti: « primo quod interveniat mandatum (...) secundo ut mandatum sit ad occidendum (...) tertio ut agatur de occisione Christiani (...) quarto ut interveniat pactio et conventio, vel promissio inter mandantem et mandatarium da danda et accipienda respective pecunia vel alia re certa et ista qualitas est plene probanda (...) quinto ut sequatur effectus mortis (...) sexto ut ille, qui debet occidi, non habeat occasionem sibi praecavendi ab eo, qui habet mandatum occidendi ».

utile modello cui ricondurre le sistemazioni teoriche successive. L'effetto di tale edificazione concettuale e dogmatica del diritto penale prende forma nell'operazione di costruzione e definizione dei singoli crimini, sfruttando le categorie generali, gli istituti e i *principia* per arrivare a descrivere il nucleo tipico della condotta punibile. Il processo di selezione dei comportamenti rilevanti e di fissazione dei contenuti necessari di un *delictum* coinvolge la scienza giuridica più che il legislatore: se, come visto in precedenza, si afferma la regola per cui *lex facit delictum* e la stessa *impositio nominis* è riconosciuta come una manifestazione inderogabile della *potestas legislatoris*, è vero, altresì, che il dato normativo e precettivo è spesso lacunoso, vago e soprattutto indeterminato e non tassativo quanto agli elementi del reato punito.

III.4. *Mandante faciens* interpretative

La disciplina e la legittimazione della punibilità del mandato semplice complicano ulteriormente il quadro teorico, rendendo ancor più necessari l'artificiosità e il contributo creativo dei giuristi nel processo di costruzione della fattispecie. Il confronto dottrinale sulla regolamentazione dell'istituto e le interpretazioni tese a coordinare le disposizioni particolari con lo *ius commune* sviluppano un ricco apparato concettuale e argomentativo di cui Deciani tenta la razionalizzazione servendosi delle consuete tecniche espositive e dialettiche. Il primo indispensabile momento è quello descrittivo-definitorio, funzionale non solo ad una sintetica enunciazione della sostanza del reato, ma utile soprattutto in chiave di tipizzazione e distinzione del *mandatum* da altre ipotesi simili: « Mandare est negocium alicui sine mercede exequendum committere gratia mandantis, quod fieri potest per haec verba, iubeo, mando, volo, rogo »⁽¹⁵⁷⁾. Nozione molto generica e poco esplicitiva, che rinvia al

⁽¹⁵⁷⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXXI *De mandato simplici ad committendum homicidium, et quid*, n. 1. Più chiara la definizione, ad esempio, in GAMBIGLIONI, *Tractatus de maleficiis*, cit., § *Et Sempronium mandatorem*, n. 1, p. 133: « mandare dicitur omnis, qui mandat committi delictum propter se ipsum ad suae voluntatis satisfactionem, nulla data pecunia, quaecunque verba interveniant, ita tamen quod sit ad utilitatem mandantis ».

mandato civilistico, al vincolo bilaterale derivante dal *negocium* tra il *mandator* che impartisce l'ordine e l'esecutore: tratti minimi essenziali sono l'assenza di compenso per distinguerlo dall'assassinio e l'interesse del mandante. La particolare forma di complicità criminosa generata da tale accordo ha delle conseguenze giuridiche peculiari che distinguono chiaramente il caso del mandato da quelli di *consilium*, *ordinatio*, *tractatus*, *persuasio*, *suggestio*, *instigatio* e *sollicitatio*. Il tentativo di classificare le ipotesi di partecipazione e concorso in base al modo o al grado di collaborazione rientra tra le linee metodiche del trattato deciano e risponde al bisogno teorico e pratico di fissare criteri discriminanti chiari tra le varie ipotesi: il fine è non lasciare che sia la scelta discrezionale del giudice ad ascrivere un comportamento entro un certo *nomen*, poiché « hoc non in facto, sed in iuris dispositione consistit » (158).

Tuttavia, le scarse indicazioni della definizione non sono questa volta sufficienti per fornire utili soluzioni ai casi controversi: i problemi teorici più rilevanti spostano il discorso sul piano interpretativo e richiedono ai giuristi di costruire un sistema flessibile ma guidato da una logica interna e da regole certe. *Vetus e controversa quaestio* è se il mandante debba essere compreso nelle leggi statutarie che puniscono l'*homicida*, il *faciens* o il *committens homicidium*, estendendo la lettera della norma anche a chi, pur essendo causa indiretta dell'uccisione, non ha materialmente compiuto il fatto. Deciani, prima di esporre le sue tesi in dieci *conclusiones*, riferisce le opinioni di alcuni *doctores* che si sono occupati *ex professo* del tema orientando in vario modo la scienza giuridica del diritto comune (159). Le conclusioni del professore udinese recuperano argo-

(158) DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXXI *De mandato simplici ad committendum homicidium, et quid*, n. 1. In modo più sintetico BARTOLO, *In Secundam Digesti Novi*, cit., in D.47.10.11.3, *l. non solum, de iniuriis et famosis libellis*, § *si mandato meo*, n. 2, f. 129vb, distingue tre casi: « mandator dicitur ille qui mandat delictum committi propter se ipsum mandantem, et ad satisfactionem voluntatis suae, nulla data pecunia. Conductor dicitur ille, qui hoc facit data pecunia. Persuasor dicitur ille, qui persuadet alicui propter ipsum, cui fit persuasio ».

(159) L'opinione *magis communis et communiter observata* seguita, per esempio, da Gandino, Guido da Suzzara, Bartolo e l'Aretino, comprende nella dizione statutaria che punisce l'omicida anche il mandante; Agostino Bonfranceschi riferisce, invece, la tesi dei *moderni* per cui lo statuto penale non si estende al mandante (cfr. *Additiones* ad

menti e *loci* dalla letteratura precedente e cercano di fissare criteri esegetici idonei a configurare la struttura, i principi regolatori e l'estensione del mandato a delinquere.

Il primo aspetto ribadito nel *Tractatus* è la finzione giuridica che sorregge e giustifica la responsabilità del mandante: « mandans non dicitur vere et proprie facere, sed tantum interpretative »⁽¹⁶⁰⁾. Nel linguaggio tecnico e secondo gli schemi di traduzione della realtà in diritto, l'equiparazione tra l'omicida e il mandante è una *fictio iuris*, un'*interpretatio*, un'*improprietas*, una *similitudo*: l'assenza della relazione diretta tra causa ed effetto costringe a modificare gli strumenti di comprensione e descrizione del fatto⁽¹⁶¹⁾, mentre la macchinosità del processo d'imputazione per chi conferisce l'incarico senza agire personalmente comporta maggiori oneri esplicativi per la *scientia iuris* e possibili distinguo nell'irrogazione della

GAMBIGNONI, *Tractatus de maleficiis*, cit., n. 33, pp. 146-147: « Sed advertas, quia Moderni in l. 1 in princip. ff. de verborum obligationibus dicunt, quod communis opinio in hac materia est, quod statutum poenale non comprehendit mandantem: quia mandans fieri delictum, hoc facit per alium, et sic videtur fecte agere (...) et ideo statutum loquens in casu facientis, et sic in casu vero, non trahitur ad fictum, et sic ad actum per alium ») e propone di infliggere al *faciens per alium* la pena prevista dal diritto comune anziché quella statutaria; Alberico da Rosate (*Commentariorum de Statutis Libri IV*, cit., t. II, lib. III, q. XLIV, nn. 15-17, f. 62ra-b) riportando una singolare decisione adottata in *civitate Bononiae* secondo la quale lo statuto non comprende il mandato, pare non condividerla sebbene riconosca che la *quaestio* sia *dubia*; Cino, infine, ammette l'estensione di pena sul presupposto che il mandante « facit ex quadam interpretatione » (*Lectura super Codice*, cit., in C. 9.2.5, l. non ideo minus, de accusationibus et inscriptionibus, n. 9, f. 537rb).

⁽¹⁶⁰⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXXII *Mandans quando sub statutis comprehendatur*, n. 2.

⁽¹⁶¹⁾ BALDO DEGLI UBALDI, *Consiliorum sive Responsorum, volumen Primum*, Venetiis, 1575 (rist. an., Torino, Bottega d'Erasmus, 1970), *Cons. LII*, f. 17rb, considera *homicida causalis et non formalis* il mandante, poiché « qui mandat non vere, et proprie facit, sed causaliter. Et ille, qui est causa causae, est vera causa causati: licet sit causa mediata », *homicida formalis et causalis* chi uccide *proprio animo et propriis manibus* e *homicida formalis et non causalis* il furioso o l'infante che uccide. Matthes, al termine della riflessione medievale, spiega la punibilità del mandato con la logica dell'*instrumentum cooperativum*: « nempe cum quis alicui mandat scelus, mandantem quidem caput esse, mandatarium vero manum, et instrumentum mandantis. Instrumentum autem non eius generis, quod mere passive se habet, ut securis in manu lictoris, et marculus in manu artificis: sed quod cooperativum dialectici vocant, quia in producendo effectu, insita quadam vi, simul movetur, ut milites iussu Imperatoris pugnam capessentes » (*De criminibus*, cit., *Prolegomena*, cap. I *Quid sit crimen*, n. 12, p. 10).

pena ⁽¹⁶²⁾. Lo stesso *sonus eloquutionis* fa capire la differenza tra il *faciens* e il *mandans*; l'*aethimon* del verbo *facio* illustra in modo chiaro che solo chi commette l'omicidio fa *vere et proprie*, dà forma alla cosa: « ex praedictis ergo sequetur haec certa conclusio, quod ubicunque lex vel constitutio, vel statutum, vel dispositio aliqua loquatur de faciente ex proprietate sermonis, nunquam comprehendet mandantem, sed dumtaxat per interpretationem » ⁽¹⁶³⁾.

Occorre, dunque, verificare in quali casi ed entro quali limiti tale *interpretatio* è ammessa, ed è proprio questa valutazione ad aprire il campo alle *opiniones doctorum*. Raramente, infatti, è la stessa legge ad equiparare in modo esplicito il mandante all'esecutore risolvendo ogni dubbio, mentre il più delle volte per poter punire con la stessa pena le due parti si deve ricorrere *ad coniecturas voluntatis disponentis*. I profili teorici incerti si diramano in varie direzioni ⁽¹⁶⁴⁾. Un primo aspetto è relativo al titolo d'imputazione del mandante, variabile a seconda della gravità e dell'*iter* di perfezionamento del reato. Il *mandator* può rispondere, secondo alcuni e solo nei casi più gravi, *ex mandato*, oppure, per l'*opinio communis* e nella generalità dei delitti, *ex delicto* e *propter mandatum* in virtù della finzione giuridica ⁽¹⁶⁵⁾: in caso di mandato ad uccidere, spiega Claro che tale

⁽¹⁶²⁾ Sulle possibili varianti del regime punitivo nel rapporto tra diritto comune e statutario, cfr. la sintesi di C. DANUSSO, *La compartecipazione criminosa nel pensiero di Jacopo Menocchio*, in *Amicitiae Pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, a cura di A. Padoa Schioppa, G. di Renzo Villata, G. P. Massetto, I, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 691-696.

⁽¹⁶³⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXXII *Mandans quando sub statutis comprehendatur*, n. 2. La regola per cui « mandans delictum non vere, et proprie, sed fecte, et per interpretationem facere dicitur » è il presupposto dal quale poi Farinaccio sviluppa tutte le sue disquisizioni in P. FARINACCIO, *Praxis et theoricae criminalis amplissimae, Pars Quarta*, editio secunda, Norimbergae, sumptibus Wolfgangi Mauriti Endteri et Johannis Andreae Endteri Haeredum, 1676, *tit. de consultoribus, auxiliatoribus, et mandatoribus*, q. 135, pars III, nn. 97 ss, pp. 518 ss.

⁽¹⁶⁴⁾ Qualche cenno alla variegata e difforme disciplina degli statuti in tema di mandato, sia sulle pene che sulla comunicabilità delle circostanze tra mandante e mandatario, è in G. NAPODANO, *La dottrina del concorso dei delinquenti nella Storia del Diritto Penale*, in A. CHAUVEAU e F. HÉLIE, *Teorica del Codice Penale*, vol. I, parte prima, Napoli, Unione editrice napoletana, 1895, Appendice I, pp. 373-374.

⁽¹⁶⁵⁾ Le diverse forme di responsabilità del mandante sono indicate da BARTOLOMEO DA SALICETO, *In VII, VIII et IX Codicis Libros Commentaria*, pars quarta, Venetiis,

orientamento prevalente ha una *maxima utilitas* per ragioni di economia processuale, in quanto rende sufficiente, sia nell'*accusatio* che nell'*inquisitio*, la sola indicazione del luogo e del tempo dell'omicidio consumato⁽¹⁶⁶⁾. All'interno di tale dibattito si colloca anche l'ulteriore controversa questione *an mandare homicidium sit gravius delictum, et atrocius, quam occidere*, premessa indispensabile da cui poi far derivare graduazioni e scale penali. Alla tesi di coloro che, richiamando Aristotele, considerano più grave e doppia la responsabilità del mandante, poiché oltre a delinquere lui stesso *mandando*, corrompe e spinge a compiere un reato anche il mandatario⁽¹⁶⁷⁾, si contrappone l'opinione di chi ritiene il *mandator* la

sub insigne Aquilae renouantis, 1586, in C. 9.2.5, *l. non ideo minus, de accusationibus et inscriptionibus*, n. 24, f. 190ra: « quod mandans interdum obligatur ex mandato, vel proprius ex delicto mandati, facto non sequuto (...) Interdum obligatur ex facto sequuto, propter mandatum, quod est indubitanter, quando ipse vere agere dicitur (...) Interdum etiam obligatur ex facto sequuto, propter praecedens mandatum, quando interpretative facere dicitur, et in verbis eiusdem legis comprehendere dicitur »; nel caso che *ex verbis legis* il mandante non sia compreso nelle disposizioni statutarie, « sic ex facto sequuto interpretative gesto, ipse puniatur extra ordinem ». Regola generale invalsa nella pratica, fondata sempre sul rapporto *substantia/qualitas*, è che se il mandatario non commette il delitto ordinato, neppure il mandante ne risponde; cfr., per esempio, T. GRAMMATICO, *Allegationes et Consilia*, Lugduni, in vico Mercuriali, 1541, *Cons. XXXVI*, n. 8, f. 91r: « ubi mandatum est omissum exequi ibi mandans puniri non debet (...) Et sic ubi non est substantia ibi delictum esse non potest: ibi qualitas idest mandatum committendi delictum vel qualitas non potest esse ubi non est aliqua substantia super qua cadat ipsa qualitas ».

⁽¹⁶⁶⁾ CLARO, *Liber V*, cit., quae. 89, v. *Scias autem*, n. 3, p. 409; sul punto cfr. A. LAINGUI, *La théorie de la complicité dans l'ancien droit pénal*, in « *Revue d'histoire du droit* », 1977, XLV, pp. 40-41.

⁽¹⁶⁷⁾ In questo senso Accursio in GLOSSA « *eum qui in servitute* », in D. 3.2.4.3, *l. Athletas, de iis qui notantur infamia*, § *Pomponius*: « ...Solutio ibi in se deliquit, hic in alium, quod plus est, quia tunc et se et alium corrumpit, et ideo plus punitur »; ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de Maleficiis*, cit., tit. *de poenis reorum*, n. 12, f. 320rb; CIPOLLA, *Consilia criminalia*, cit., *Cons. XXXIV*, n. 48, f. 87va: « Sed mandans magis peccat quam mandatarius quod patet, quia causam delicti praebet quando mandatarius aliter non erat facturus (...) Item quia est principalis qui regulariter magis punitur (...) Item quia mandans ipse deliquit et facit alium qui alias non erat facturus scilicet mandatarium delinquere ». CINO DA PISTOIA, *Lectura super Codice*, cit., in C. 9.2.5, *l. non ideo minus, de accusationibus et inscriptionibus*, n. 8, f. 537ra, seguito in modo adesivo dall'Aretino (*Tractatus de maleficiis*, cit., § *Et Sempronium mandatore*, n. 37, p. 148), afferma che il mandante deve considerarsi non come *praestans opem* ma come *principalis*, poiché

causa remota e accessoria e il mandatario la causa prossima cui attribuire la responsabilità piena dell'evento ⁽¹⁶⁸⁾.

Seguendo tale impostazione, Deciani sembra considerare più grave la colpa del mandatario in quanto « maius delictum eius, qui nulla offensa vel iniuria aut causa proveniente ab offendendo motus aliquem offendit, quam eius, qui aliqua causa irretitus ab ipso offendendo data mandat offendi » ⁽¹⁶⁹⁾: il commettere un crimine solo *spe premii* o per compiacere un terzo appare come un comportamento da punire con maggiore severità. Tuttavia, continua l'autore, occorre distinguere due ipotesi, o meglio due differenti approcci metodologici e interpretativi nell'istituto del mandato. Se si considerano separatamente i due reati che compongono la fattispecie complessa, ovvero il mandato in sé e il delitto del mandatario, allora risulta più grave il secondo illecito perché il mandante non uccide materialmente; se, invece, mandato e delitto sono considerati *unite*, come un'unica entità criminosa, « tunc teneo indistincte gravius esse delictum mandantis quam mandatarii » ⁽¹⁷⁰⁾. Senza dubbio il giurista udinese predilige quest'ultima opzione, frutto di una costruzione giuridica più artificiale e risultato dell'attività interpretativa dei *doctores* che hanno affinato la natura della *fictio iuris*,

« paria sunt per se facere, vel per alium regulariter »; nello stesso senso, tra i *consiliatores* cinquecenteschi, cfr. per es. BERTAZZOLI, *Consiliorum seu Responsorum Iuris*, cit., *Cons. CXLIII*, nn. 2-7, f. 196rb-va.

⁽¹⁶⁸⁾ La distinzione causale più efficace è quella di BALDO, *In VII...XI Codicis*, cit., in C. 9.2.5, *l. non ideo minus, de accusationibus et inscriptionibus*, n. 3, f. 210rb: « debetes scire quod ad istum delictum concurrunt duae causae, scilicet causa proxima, et remota (...) quia mandans est prima causa, mandatarius secunda: et istae causae sunt adinvicem semotae et distinctae, quid ergo agit mandans? ipso effectu apparet: quia dico quod nil agit intrinsece per se, sed agit per causam extrinsecam »; l'argomento, che pure spesso convive con la pari responsabilità di mandante ed esecutore giustificata dalla *fictio iuris*, trova un sostegno in PIETRO D'ANCARANO, *Consilia sive responsa*, Venetiis, apud Franciscum de Portonariis, 1574, *Cons. 216*, p. 116ra: « secundum Iuristas actus debet semper attribui causae proximae et ab eo denominari, et non a remota ». Brevi riferimenti a tali questioni teoriche sono in CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia*, cit., pp. 118-123.

⁽¹⁶⁹⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXXII *Mandans quando sub statutis comprehendatur*, n. 4.

⁽¹⁷⁰⁾ *Ibidem*. Nello stesso senso, cfr. ID., *Responsorum Volumen Tertium*, cit. *Resp. CXV*, n. 8, f. 247va: « imo plus delinquat mandans, quam mandatarius: quia ipse delinquit, et facit alium delinquere, cum mandatarius solus delinquit ».

ma giustificata anche da una solida e opportuna ragione di politica criminale.

È il bene giuridico leso, l'oggetto del reato, il criterio utile per risolvere la questione: l'*atrocitas* di una *iniuria*, infatti, deve essere stimata *ex obiecto*, ovvero « vel ex persona iniuriati vel ex reipublicae offensa, cuius interest delicta remanere impunita (...) et utroque respectu videtur maius delictum mandatum sequuto effectu »⁽¹⁷¹⁾. Nel mandato, come in ogni altro illecito penalmente rilevante, sono due i portatori d'interessi danneggiati, la persona offesa e lo Stato. In funzione di tale sdoppiamento degli obiettivi di tutela e di repressione, coerente con il percorso di pubblicizzazione del diritto penale che accelera nel XVI secolo, il comportamento del mandante è più riprovevole di quello del mandatario in entrambe le direzioni, sia riguardo all'offeso, sia, soprattutto e con maggiore gravità, riguardo alla *Respublica*. Il mandato perfezionato, infatti, colpisce due beni, corrompendo il mandatario e danneggiando l'offeso, mentre l'omicidio lede solo la vittima, « ergo maius delictum mandantis, qui duos offendit, et duos cives perdit, quam mandatarii, qui unum »⁽¹⁷²⁾. La legalità violata, il turbamento dell'ordine sociale e della concordia dei cittadini, nel mandante sono raddoppiate:

« concludo ergo, quod sequuto homicidio mandans gravius peccasse dicitur, quam ipse homicida, et ideo poena imposita occidenti multo magis intelligitur imposita mandanti. Ideo autem dixi hoc casu considerandum

(171) DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXXII *Mandans quando sub statutis comprehendatur*, n. 4.

(172) *Ibidem*. Il ragionamento è ripreso anche da Dietrich (*Judicium Criminale Practicum*, cit., c. I *Delictorum generalia continens, Aphor. XXVII*, nn. 10-11, pp. 83-84) il quale afferma che il mandante è il *principalis delinquens*, sia rispetto ai privati offesi che allo Stato: *respectu Reipublicae*, perché « mandatum de delinquendo duplex delictum continens, habet sibi oppositum, duorum bonum, quod maius est unius boni et illud mandantis duplex crimen maius est quam simplex mandatarii delictum »; *ex parte privati offensi* « quia cum in obscuro non sit, mandatarium non odio proprio, sed mandantis alieno, tertium illum offendisse, utique etiam hanc offensam tanquam a mandante principaliter profectam laesus magis ad animum sibi revocabit quam mandatarii ad eam praebitum ministerium ». Tale opinione sarà poi criticata da BÖHMER, *Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam*, cit., art. CLXXVII, § III, p. 841.

esse delictum fuisse sequutum, quia si non sit sequutum, non erit unum, et idem delictum mandatum cum homicidio, sed diversum » (173).

I problemi legati al bilanciamento delle responsabilità tra i due complici e all'interpretazione estensiva della norma che punisce l'omicida, arrivano tutti ad intersecare il nodo teorico cruciale dell'istituto, confluendo nel dibattito sul mandato come *unum et idem delictum* al quale Deciani riserva un'attenzione particolare.

III.5. *L'idem delictum e i correlativa*

La determinazione del concreto regime sanzionatorio per il *mandatum* e la ricerca di regole idonee a comporre coerentemente norme di diritto comune e precetti statutarî, muovono dalla riflessione teorica che fonda la responsabilità dei due concorrenti e che configura come un'unitaria fattispecie il comportamento di entrambi. Il vero fulcro concettuale su cui si regge l'istituto, l'aspetto che richiede una più complessa razionalizzazione da parte della *scientia iuris*, è rappresentato dalla costruzione del mandato come un *unum delictum* e, conseguentemente, dalla reciprocità di azioni e dalla comunicabilità di condizioni tra mandante e mandatario. Lo sforzo di maggiore astrazione giuridica dal dato fattuale facilmente percepibile consiste nel ricondurre entro un'unica fattispecie il comportamento dei due diversi soggetti, nell'ammettere la possibilità che caratteristiche proprie del *factum* riconducibili al materiale comportamento del mandatario siano addebitate anche al mandante e nel consentire che requisiti o qualità soggettive dell'uno possano essere imputate all'altro. Ragioni d'ordine politico e scelte d'opportunità penale portano, talora, all'equiparazione e all'assoluta confusione dei piani e delle ricadute punitive tra autore diretto e indiretto, talaltra a distinguere l'azione del mandante e il successivo reato consumato dall'esecutore.

L'impianto dogmatico in forza del quale legislatore e giudici stabiliscono ed applicano provvedimenti in tema di mandato ri-

(173) DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXXII *Mandans quando sub statutis comprehendatur*, n. 4.

chiede necessariamente un raffinato apparato di termini e regole predisposto dai *doctores*, capace di legittimare linee operative, di definire principi, motivare interpretazioni e giustificare deroghe. L'*idem delictum*, ovvero la possibilità di ricondurre ad un *unicum* illecito due comportamenti, diversi nelle condotte e separati nei tempi, implica l'elaborazione di un tipo criminoso complesso formato dalla risultante di due azioni antiggiuridiche, il cui peculiare disvalore viene pesato nell'insieme, con l'obiettivo di colpire il fine comune che muove i due *socci* e di stigmatizzare il disegno criminoso sottostante a tutto il percorso delinquenziale, che va dall'incarico del mandante all'esecuzione del mandatario. Le questioni tecniche e dottrinali collegate a tale concezione del mandato come reato composito sono numerose e attingono spesso ai luoghi civilistici relativi al *contractus mandati* per trovare soluzioni e *rationes* corrispondenti. Esse riguardano, oltre alla più generale rappresentazione unitaria della fattispecie, l'applicazione della medesima legge e l'irrogazione dell'identica sanzione, la nascita di una stessa *obligatio* in capo a mandante e mandatario, la trasmissibilità delle *qualitates* dall'uno all'altro, la procedibilità per entrambi con lo stesso libello accusatorio e il comune *thema probandi* dell'atto d'accusa: *in criminalibus* l'istituto assume sfumature particolari, ma il quadro concettuale di riferimento resta invariato e le contaminazioni con il diritto civile forniscono schemi consolidati, precisione terminologica, coerenza giuridico-sistemica.

Al quesito *utrum delictum mandantis, et mandatarii sit unum et idem* Cino risponde negativamente, mentre argomenta in modo diverso il Saliceto, facendo leva sull'*unus effectus*, ovvero sull'*unum homicidium* prodotto dalle azioni dei compartecipi. Il delitto, dai tre punti di vista della specie, del genere e del numero, è *idem* in relazione ai primi due, mentre sembra non esserlo nel terzo, « quia non nomine, vel diffinitione, vel accidente, nec proprio, (...) quia quot sunt personae delinquentes, tot sunt obligationes » (174). In vero, l'interpretazione del Saliceto supera anche la classica obiezione che fa dipendere dalle *plures personae* le *plures obligationes* e, di conseguenza, anche la pluralità dei delitti; il fatto genetico della pena

(174) BARTOLOMEO DA SALICETO, *In VII, VIII et IX Codicis Libros Commentaria*, cit., in C. 9.2.5, *l. non ideo minus, de accusationibus et inscriptionibus*, n. 26, f. 190ra.

è uno per entrambi i colpevoli e, soprattutto, è possibile ridurre i due comportamenti in un'unitaria fattispecie, identica nella definizione e nel numero ma diversa nelle qualità:

« Possumus probabiliter dicere quod obligationes sunt diversae numero, quia et personae numero sunt diversae. Sed quia obligationes illae oriuntur ex eodem facto, et de eodem facto punietur uterque, (...) ideo illo respectu dico idem delictum nomine, et diffinitione, et per consequens numero, licet qualitate diversum »⁽¹⁷⁵⁾.

L'argomento è ripreso e ampliato da Baldo, sempre nel commento alla già citata *lex non ideo minus*. La tesi negativa si fonda sulla considerazione per cui vi sono nel reato *plures personae* e *plures obligationes* e, di conseguenza, anche *plures causae*, poiché una sola causa non potrebbe produrre più obbligazioni: il paragone con il contratto sembra offrire conferme, « quia sic se habent plures rei ex contractu, sicut se habent plures rei ex delicto, sed ibi dicuntur esse plures obligationes numero, ut lex generaliter, ff. de fideiussoribus et mandatoribus [D. 46.1.5] ergo idem in delictis »⁽¹⁷⁶⁾. In senso contrario, tuttavia, si può sostenere che il delitto del mandante e del mandatario sia *solum unum numero*, poiché uno è l'*effectus* e uno solo è il reato *ex parte finis*. Anche in questa ipotesi « idem est de delicto quod de contractu », poiché come il contratto concluso dal mandatario *nomine alieno* produce effetti in capo al mandante, « sic

⁽¹⁷⁵⁾ *Ibidem*, n. 27, f. 190ra-b.

⁽¹⁷⁶⁾ BALDO, *In VII...XI Codicis*, cit., in C. 9.2.5, *l. non ideo minus, de accusationibus et inscriptionibus*, n. 4, f. 210rb. Questa tesi è sostenuta da Bartolo, il quale, rispetto alla domanda se mandante e mandatario commettano un *idem delictum*, prevede con un'argomentazione un po' cavillosa, tre ulteriori interrogativi: se *mandans* e *faciens* siano tenuti *ex eodem delicto*, « et dico faciens immediate, fieri faciens propter mandatum »; se il delitto sia uno e ne derivi la stessa obbligazione per entrambi i partecipi, « et ad hoc respondeo quod non, nam tot sunt obligationes, quot sunt personae delinquentium »; se l'*idem delictum* comporti anche l'*eadem accusationem vel actionem*, e distingue il caso in cui « ille qui mandat fieri, vere facit, et tunc sine dubio eadem lege punitur », dal caso in cui il mandante « non facit vere, et tunc distingue, aut verba sunt scripta in rem, aut in personam » (*In Secundam Digesti Novi*, cit., in D. 47.10.17.2, *l. sed si unius, de iniuriis et famosis libellis*, § *servus meus*, n. 5, f. 132ra).

est in delicto » (177) dove l'illecito commesso dall'esecutore spendendo il nome del mandante è *unicus in persona utriusque*. La disputa teorica sull'unicità del reato non è fine a se stessa, ma ha significative ricadute pratiche: se il delitto è uno, il mandante non può essere tenuto *dupliciter*, come *mandans* e come *principalis*. In realtà — afferma Baldo — « *veritas est, quia finaliter delictum est unum, sed modi delinquendi sunt plures numero* » (178): considerando la fattispecie in relazione al *finale effectum* si può affermare che mandante e mandatario sono obbligati *ex uno et eodem facto numero* ogni volta che l'illecito commesso dal mandatario corrisponda al *nomen delicti* oggetto dell'incarico del *mandator*, rispondendo il primo quale *causa immediata* e il secondo *ratione mandati* (179). In sintesi, chiude il perugino,

« *conclusio est, quod quando idem resultat delictum in mandante et mandatario, quod est quia mandatum transit in nomen illius delicti, ita quod denominatur mandator talis, quale est delictum quod mandatur: tunc mandantis, et mandarii est idem delictum numero ex parte finis. Sed quando non resultat in mandantem et mandarium idem delictum, puta quia aliquod delictum est in mandante, quod in mandarium resultare non potest: tunc mandans et mandator non obligantur ex eodem delicto numero* » (180).

L'articolata e complessa trattazione di Baldo diviene un punto di riferimento per i giuristi successivi (181): ha il merito di mostrare

(177) BALDO, *In VII...XI Codicis*, cit., in C. 9.2.5, *l. non ideo minus, de accusationibus et inscriptionibus*, n. 5, f. 210va.

(178) *Ibidem*.

(179) Quando, invece, « *mandatum non transit in nomen principalis delicti* » allora mandante e mandatario non rispondono più dell'*idem et unum delictum* ma le responsabilità si separano e differenziano, poiché a volte risulta addebitabile al mandante un delitto del quale non può essere imputato il mandatario: è il caso del mandato a commettere adulterio o di chi dà incarico ad un servo altrui di commettere un reato, rispondendo il *mandans* di *delictum corruptionis* e il servo dell'illecito realizzato.

(180) BALDO, *In VII...XI Codicis*, cit., in C. 9.2.5, *l. non ideo minus, de accusationibus et inscriptionibus*, n. 7, f. 210va.

(181) L'*opinio Baldi* è riportata quasi alla lettera in GAMBIGLIONI, *Tractatus de maleficiis*, cit., § *Et Sempronium mandatorem*, n. 25, pp. 141-142, in CARERIO, *Practica nova causarum criminalium*, cit., § *Circa*, n. 116, f. 89rb e in FARINACCIO, *Praxis et*

come la costruzione della struttura del mandato e l'artificiosa elaborazione della sua ibrida natura sostanziale siano passaggi obbligati per stabilire la concreta disciplina della fattispecie. Tutta centrata sull'identità o diversità dei fini, essa, tuttavia, affida la sussistenza del rapporto di reciprocità tra mandante e mandatario a variabili criteri effettuali, più che alla spendita del nome e alla coincidenza del *nomen delicti*.

Deciani affronta questi temi cercando di razionalizzare le diverse *opiniones* ⁽¹⁸²⁾. Lo strumento espositivo che adotta come schema di comprensione capace di descrivere la particolarità della disciplina giuridica del mandato, superando i limiti teorici dell'impostazione di Baldo, è l'*argumentum a correlativis*. Il metodo definitorio non è adatto per cogliere e spiegare l'essenza dell'istituto, prodotto di *fictiones* e risultante di operazioni dottrinali difficilmente sintetizzabili negli elementi di una nozione; più utile, in questo caso, servirsi di un altro *locus* dialettico, parimenti idoneo ad ordinare il disforme materiale sapienziale e ad offrire un chiaro criterio esegetico del mandato. L'ampio dibattito scientifico precedente acquista logicità interna e linearità didattica mentre i contenuti, filtrati attraverso i correlativi e le *qualitates*, appaiono meno confusi. « Mandans et mandatarius proculdubio sunt correlativa, sicut dominus et procurator, pater et filius, uxor et maritus, actor et reus, et ideo secundum naturam correlativorum posito uno ex eis, necessario ponitur et aliud, sic et destructo uno, destruitur et aliud » ⁽¹⁸³⁾: l'estensione anche al mandato della *natura correlativorum* offre una solida base logica per fondare sul piano teorico la relazionalità e l'osmosi giuridica tra l'agire del *mandator* e del *faciens*. L'analogia con altre situazioni binarie, dove il diritto pre-

theoricae criminalis amplissimae Pars Quarta, cit., tit. *de consultoribus, etc.*, q. 135, pars III, n. 146, p. 525.

⁽¹⁸²⁾ La sistemazione dottrinale dell'udinese in tema di mandato sarà uno dei luoghi del *Tractatus* più citati anche in seguito; per esempio, vi attinge con frequenza ad inizio Novecento anche P. NOCITO, *Il concorso di più persone in uno stesso reato*, in « Enciclopedia del Diritto Penale Italiano », cit., V, Milano, Società Editrice Libreria, 1904, pp. 320-326.

⁽¹⁸³⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXXIII *Quomodo Mandans et Mandatarius sint correlativa*, n. 1. L'immagine dei *correlativa* è ripresa alla lettera in SINISTRARI, *De delictis, et poenis*, cit., tit. VII *De iniuriis facti*, § VI *Assassinium*, n. 19, p. 408.

suppone e regola la facoltà, obblighi e prerogative della coppia comprensiva delle due polarità, rafforza la configurazione del mandato a delinquere come fattispecie che compone e valuta unitariamente i due comportamenti antigiuridici sottostanti, separati ma logicamente in *mutua relatio* ⁽¹⁸⁴⁾.

Alla luce di tale inquadramento, il professore udinese analizza le varie ricadute sostanziali e processuali dell'endiadi. Primo, la possibilità di procedere contro il mandante anche *si non constet de mandatario*, ovvero se non è accertata l'identità dell'esecutore. La tesi negativa, che gode d'ampio consenso in dottrina, riconosce il momento genetico in un parere di Pietro d'Ancharano, secondo il quale « praeterea si non constat de delicto principalis non potest procedi contra alios ut auxiliantes (...) unde incertitudo principalis obligati infert in accessorio impotentia procedendi » ⁽¹⁸⁵⁾; in seguito Ippolito Marsili, pur riconoscendo la singolarità del giudizio, lo richiama con frequenza e in modo adesivo nei suoi *consilia*, facilitandone la circolazione ⁽¹⁸⁶⁾. Deciani sostiene, invece, che il giurista bolognese abbia male interpretato il passo dell'Ancharano su cui fa

⁽¹⁸⁴⁾ L'utilizzo dei correlativi giuridici come operazione dialettica ed argomentativa acquista importanza nella riflessione metodologica del XVI secolo, tanto che Giovan Battista Sambiase (Ioannes Baptista de Sancto Blasio) scrive un trattato *De correlativis*, inserito poi nel tomo XVIII del *Tractatus Universi Iuris*, in cui per primo, dopo aver definito che « correlativum nihil aliud est, quam duorum vel plurium adinvicem mutua relatio, vel sic, et brevius, correlativum est duorum vel plurium ultro citroque repraesentativum » (n. 4, f. 261va), raccoglie tutte le *regulae*, i *casus* e le *fallentiae* di *correlativa* giuridici « hincinde sparsim per Doctores tractata » (n. 67, f. 266va).

⁽¹⁸⁵⁾ PIETRO D'ANCARANO, *Consilia sive iuris responsa*, cit., *Cons.* CCXVI, n. 5, p. 116ra. Vi era, in realtà, un precedente già in BALDO, *Consiliorum sive responsorum, volumen Primum*, cit., *Cons.* CCLIX, n. 6, f. 76ra: « Sed et illud non est omittendum, quod nisi testes probent homicidium, non potest probare aliquid eius accessorium, puta opem auxilium, vel mandatum ».

⁽¹⁸⁶⁾ Cfr. per es., MARSILI, *Consilia*, cit., *Cons.* XLIX, n. 11, p. 379: « Et vere ista videtur mihi nova practica nullam habens rationem in se, quae de iure procedere non potest, eo quia si non constat de principali delinquente, et de vero homicida non potest procedi contra mandantem argumenta eorum quae dixit Petrus de Ancharano in consilio suo ccxvii. [216 ndr.] incip. nos Bartholomeus de Salyceto etc. »; *Cons. L*, n. 19, p. 399: « Ad hoc enim ut possit puniri aliquis de auxilio, requiritur quod cognoscatur et exprimatur principalis delinquens, alias non potest puniri. ita sing. dixit Pe. de Anc. in consi. suo ccxvii », e in modo analogo *Cons. LXIX*, n. 5, p. 535; *Cons. LXXXI*, n. 29, p. 618; *Cons. CX*, nn. 23-24, p. 775. Nello stesso senso cfr. CARERIO, *Practica nova causarum*

poggiare il *totum fundamentum* della sua *opinio*, « quia non dicit ibi Petrus quod non possit procedi contra auxiliantes, nisi constet de nomine principalis, sed dicit, nisi constet de delicto principalis, vult ergo, quod constet de qualitate delicti principalis, ut possit procedi contra auxiliantes, non autem requirit quod constet de nomine »⁽¹⁸⁷⁾. La diversa lettura è il punto essenziale per risolvere la *quaestio* ed è costruita sulla distinzione sostanziale tra conoscenza del nome del mandatario e accertamento della sussistenza di un delitto: ancora una volta il discrimine è rappresentato dalla presenza della *qualitas delicti principalis*, cioè dal profilo relativo alla *substantia* dell'illecito, bussola capace di orientare l'interprete meglio di un dato estrinseco quale il *nomen* dell'esecutore⁽¹⁸⁸⁾. Sarebbe illogico condizionare la procedibilità nei confronti del mandante non al dato giuridico del reato commissionato, perfezionato nei suoi *elementa* costitutivi, ma alla notorietà di un nome, ininfluenza ai fini della dinamica delinquenziale che la fattispecie complessa del *mandatum* tende a punire. Per questo motivo, più correttamente Deciani distingue varie ipotesi: nel caso in cui il giudice voglia « inquirere de mandato tantum separato a delicto »⁽¹⁸⁹⁾, poiché il « *mandatum solum pro perfecto et consummato delicto habetur* »⁽¹⁹⁰⁾ senza bisogno di attendere il suo effetto, è del tutto irrilevante conoscere chi sia il mandatario. Nel caso, invece, si proceda contro il mandante *propter mandatum*, allora ciò che occorre senza dubbio *constare* è la commissione dell'illecito fine, sia che si ignori il nome dell'esecutore sia che lo si conosca⁽¹⁹¹⁾. È sempre la relazione correlativa tra i due

criminalium, cit., § Circa, n. 89, f. 86va, e BOSSI, *Tractatus varii*, cit., tit. de delicto, n. 38, f. 4va e tit. de mandato ad homicidium, consilio, et instigatione, n. 2, f. 160vb.

⁽¹⁸⁷⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXXIII *Quomodo Mandans et Mandatarius sint correlativa*, n. 2.

⁽¹⁸⁸⁾ Il ragionamento dell'udinese mostra tutta l'ambiguità e la polifunzionalità del vocabolo *qualitas*, utilizzato qui come sinonimo di *substantia* del delitto principale, e poco dopo impiegato per indicare le circostanze accidentali del fatto o le caratteristiche soggettive dei compartecipi.

⁽¹⁸⁹⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXXIII *Quomodo Mandans et Mandatarius sint correlativa*, n. 2.

⁽¹⁹⁰⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXXII *Mandans quando sub statutis comprehendatur*, n. 11.

⁽¹⁹¹⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXXIII *Quomodo Mandans et Mandatarius*

correi che giustifica l'estensione ad entrambi delle *qualitates* inerenti al delitto, « quia qualitas quae inest delicto commissio per mandatarium, aggravat pariter vel minuit delictum mandantis, cum sit unum et utriusque delictum » (192).

La relazione tra mandante e mandatario è l'elemento costitutivo e tipico del mandato e fonda la *ratio* della finzione giuridica grazie alla quale due accadimenti, di per sé non comunicanti né sotto il profilo oggettivo né sotto quello soggettivo, vengono unitariamente considerati come parti integranti e simbiotiche di uno stesso reato. La *natura correlativorum*, tuttavia, ha delle limitazioni: non è sempre valido l'assunto per cui se il mandatario non è tenuto od è scusato, lo stesso valga anche per il mandante. Le fonti, infatti, dimostrano che « mandans potest dolose mandare, ut corrumpatur album, et sic tenebitur de mandato, et tamen mandatarius potuit excusari, quia sine dolo malo credens hoc sibi licere, corruptit » (193). Subentra, qui, la rilevanza sistematica del principio generale di colpevolezza, per cui deve comunque essere accertato e misurato il dolo singolarmente nei due protagonisti dell'illecito; la valutazione dell'*animus* deve restare indipendente tra mandante e mandatario, e può condurre alla punizione dell'uno e all'assoluzione dell'altro. A tale separata considerazione non osta l'argomento *a correlativis*, poiché esso non ha luogo *in accidentalibus* e procede solo « in iis, quae sunt iuris, non autem in iis, quae sunt facti » (194): la legge, dunque, non può stabilire che chi in concreto ha agito con buona fede e senza dolo sia ugualmente ritenuto responsabile, né può equiparare in modo asso-

sint correlativa, n. 2: « Aut constat occisum fuisse, sed ignoratur nomen mandatarii, et tunc poterit inquiri (...) Aut vero non ignoratur nomen mandatarii, et tunc puto inferendum esse in inquisitione nomen mandatarii: posset enim esse, quod mandasset Titio, et tamen non Titius, sed Seius occidisset alieno vel suo ipsius nomine, ideo cognito, et expresso nomine executoris, facilius veritas apparebit ». La *ratio* di tale soluzione è richiamata anche in *Id.*, *Responsorum Volumen Tertium*, cit., *Resp. LXV*, n. 10, p. 166ra: « nam communis est conclusio omnium doctorum, quod mandans fieri delictum, si non sequatur effectus, non punitur (...) maxime quando non sumus in assassinamento vel aliis similibus atrocioribus delictis ».

(192) DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXXIII *Quomodo Mandans et Mandatarius sint correlativa*, n. 3.

(193) *Ivi*, n. 4.

(194) *Ibidem*.

luto il fatto del mandatario al fatto del mandante, per cui è possibile che *simul* l'uno non sia colpevole e l'altro sì⁽¹⁹⁵⁾. La *fictio iuris* su cui la disciplina del *mandatum* si regge, opera con efficacia nell'astratta configurazione dell'istituto e dei rapporti tra le parti, ma non arriva a sovvertire la portata dei *generalia* elaborati in precedenza, né può alterare i dati effettuali⁽¹⁹⁶⁾.

Sempre attraverso la lente della *natura correlativorum* Deciani legge anche un altro problema: se la sentenza assolutoria o di condanna emessa per il mandatario produca i medesimi effetti anche nei confronti del mandante e viceversa. Secondo Dino occorre distinguere la ragione dell'assoluzione del mandatario, « ideo quia pronuntiatum delictum non commissum, aut ideo quia non fuit in culpa »⁽¹⁹⁷⁾: nel primo caso la sentenza giova anche al mandante poiché esclude la commissione dell'illecito-fine, presupposto necessario della responsabilità di entrambi, nel secondo no, perché il profilo soggettivo va valutato singolarmente e può portare a diversi esiti processuali. Per altri giuristi la soluzione negativa è data dal principio in virtù del quale *res inter alios acta, aliis non praeiudicat*⁽¹⁹⁸⁾. Il giurista friulano propone una via mediana: in caso di *sententia condemnatoria* prevale la regola generale per cui *res inter*

⁽¹⁹⁵⁾ Nel successivo sviluppo teorico del mandato, il profilo autonomo della colpevolezza nei soggetti coinvolti, specie nel mandatario, sarà sempre ribadito; cfr., per es., SAMUEL STRYKIUS, *De mandato delinquenti*, Disputatio XVI (anno 1690), in *Dissertationum Juridicarum Francofurtensium ex Jure publico, privato, feudali et statuario materias exhibens*, vol. VI, Firenze, apud Josephum Celli, 1843, n. 37, pp. 633-634: « Interim ut mandatarius eadem cum mandante poena afficiatur, exigitur sine dubio, ut mandatarius scienter et dolose eiusmodi mandato rei turpis et illicitae pareat, cum in omnibus delictis animus et voluntas attendenda (...) Exinde, sequitur, quod mandatarius omnino audiendus sit, si ignorantiam jurato possit probare »; per la stessa *ratio* generale, il professore tedesco esclude l'imputabilità dei mandanti *furiosos, mentecaptos, insanos, phreneticos, infantes, dormientes* (nn. 61-65, pp. 638-639).

⁽¹⁹⁶⁾ Per la stessa ragione, *testes et probationes receptae* a favore del mandatario possono valere anche *pro mandante* solo se sono raccolte *pro utroque et utriusque proderunt*.

⁽¹⁹⁷⁾ DINO DA MUGELLO, *Commentarius in regulas iuris pontificii*, Lugduni, sub Scuto Coloniensi, 1545, in *reg. X Ratibabitionem*, n. 18, p. 80.

⁽¹⁹⁸⁾ Sono di quest'opinione Baldo (*In VII...XI Codicis*, cit., in C. 9.2.5, *l. non ideo minus, de accusationibus et inscriptionibus*, n. 32, f. 212ra) e Angelo Gambiglioni (*Tractatus de maleficiis*, cit., § *Et Sempronium mandatorem*, n. 40, p. 150).

alios acta non pregiudica il terzo. In caso di *absolutoria* nei confronti del mandatario, recupera la *distinctio* di Dino: se l'assoluzione è motivata con la mancata prova della commissione del delitto, essa giova anche al mandante poiché questa *causa allegata* è necessariamente comune ad entrambi ⁽¹⁹⁹⁾, sebbene il mandante possa essere ugualmente accusato del solo mandato indipendentemente dall'esito; se, invece, l'esecutore è stato assolto *simpliciter*, « tunc dico, quod proderit mandanti quoad qualem praesumptionem, non tamen ut non possit contra ipsum mandantem inquiri, et etiam ipse mandans condemnari, si constaret de mandato, et dolo » ⁽²⁰⁰⁾, operando di fatto come inversione dell'onere della prova.

L'ultimo *locus* relativo al mandato, spiegato nel *Tractatus* con lo strumento dei correlativi, riguarda la trasmissibilità tra mandante e mandatario delle *qualitates* personali. La riflessione sulle qualità in funzione di tipizzazione e costruzione delle fattispecie gioca un ruolo determinante anche nella soluzione di tale *quaestio*, rivelandosi l'unico criterio dirimente basato sui caratteri sostanziali del delitto. L'*opinio* più rilevante sul punto è *in primis* quella di Bartolo, il quale, riflettendo sui casi in cui al *praestans opem* debba essere inflitta la stessa pena del *principalis*, ricorre ad una tripartizione delle *qualitates*. Le prime sono le aggravanti che sopravvivono « praeter propositum delinquentium, ex post facto, extra ipsum delictum ut deprehensio » ⁽²⁰¹⁾, come nel caso dell'autore materiale che ottiene una sanzione più grave perché nega la sua provata responsabilità o perché è contumace: in questo caso esse non sono trasmissibili al compartecipe. Le seconde sono presenti « ab initio tempore delicti, secundum propositum delinquentium, et istae quidem insunt in personis delinquentium » ⁽²⁰²⁾: nell'ipotesi che l'agente principale sia il figlio della vittima, l'*auxilians* sarà comunque responsabile di parricidio anche se estraneo e, allo stesso modo, la pena più grave per il nobile si estende al collaboratore *po-*

⁽¹⁹⁹⁾ Giudizio ripreso anche da MENOCHIO, *De arbitrariis iudicium*, cit., *Casus* 352, n. 12, p. 639.

⁽²⁰⁰⁾ DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXXIII *Quomodo Mandans et Mandatarius sint correlativa*, n. 7.

⁽²⁰¹⁾ BARTOLO, *In Secundam Digesti Novi*, cit., in D. 47.2.34, *l. is qui opem, de furtis*, n. 5, f. 114va.

⁽²⁰²⁾ *Ibidem*.

pularis « quia inspicitur qualitas, qua est in faciente, non qualitas qua est in mandante, vel auxiliante » (203). Infine, vi sono qualità che sussistono al tempo del delitto per ragioni di luogo, di tempo o per condizioni della persona offesa: l'esempio di scuola è di chi presta un'arma per un omicidio da commettere di giorno ed invece avviene di notte, o *in ecclesia* anziché *extra ecclesiam*. In tale ipotesi punto chiave è capire « an praestans opem obligetur ex delicto, tunc cum opem praestat, an tunc cum delictum perficit », stabilire, cioè, se il correo risponda del delitto previsto al momento del suo *auxilium* o del delitto realmente perfezionato: « certe, tunc cum delictum perficitur » (204), afferma Bartolo, per cui le *qualitates* producono effetti identici su entrambi i soggetti.

L'impostazione di Bartolo subisce una dura critica da parte di Baldo, alla luce della scomposizione sostanziale del reato in *esse*, *nomen* e *qualitas* sulla quale ci siamo in precedenza ampiamente soffermati e che matura, non casualmente, proprio in materia di mandato (205). Il perugino contesta in particolare la seconda classe di qualità e gli esempi riportati da Bartolo. In virtù del rapporto di mandato la pena prevista per il popolare non si trasmette al nobile né viceversa, così come ad un decurione non può infliggersi la *damnatio in metallum* o la condanna *ad bestias*, pene previste per un *vilis*, poiché « sive qualitas personae generet in eo odium, sive favorem, istud non est trahendum ad aliam personam » e ciascuno deve essere punito « secundam primam, et sibi inhaerentem conditionem » (206). Le caratteristiche personali e di *status* non sono

(203) BARTOLO, *In Secundam Digesti Novi*, cit., in D. 48.9.6, *l. utrum, ad l. Pompeiam de parricidio*, n. 2, f. 166rb; l'opinione di Bartolo si fonda proprio sull'interpretazione di tale passo del Digesto, in cui si afferma che « Utrum qui occiderunt parentes an etiam conscii poena parricidii adficiantur, quaeri potest. et ait Maecianus etiam conscios eadem poena adficiendos, non solum parricidas. proinde conscii etiam extranei eadem poena adficiendi sunt ». La regola per cui *qui per alium facit, per se facere videtur* — continua il giurista — è una *factio* che comporta l'equipollenza tra mandante e mandatario degli effetti legati alle *qualitates* del *faciens* e la conferma nelle fonti viene dalla responsabilità a titolo di parricidio anche per il concorrente *extraneus*.

(204) BARTOLO, *In Secundam Digesti Novi*, cit., in D. 47.2.34, *l. is qui opem, de furtis*, n. 5, f. 115ra.

(205) Cfr. retro, cap. II. II. 5, pp. 132 ss.

(206) BALDO, *In VII...XI Codicis*, cit., in C. 9.2.5, *l. non ideo minus, de accusatio-*

trasmissibili, né la *ratio* che gradua e distingue le sanzioni viene meno. Diversamente, le qualità *non cohaerentes personis* ma *inhaerentes circumstantiis vel non concomitantiis*, come le condizioni di tempo o luogo di realizzazione del misfatto, si applicano invece sia al mandante che al mandatario, perché sono *qualitates extrinsecae* che, sia pur in modo accidentale, caratterizzano il *factum* stigmatizzato dalla norma ⁽²⁰⁷⁾. In seguito, coloro che in modo più diffuso si occuperanno del medesimo tema, continueranno a riportare i termini dello scontro tra i due maestri, cercando a volte di attenuare i contrasti e comunque senza mai apportare significative novità metodologiche per la comprensione del problema ⁽²⁰⁸⁾.

Deciani indirizza le possibili interpretazioni grazie alla logica interna della *natura correlativorum* e per dare legittimazione dogmatica all'istituto del mandato, combina l'operazione dialettica con le categorie elaborate nella parte generale. Grazie allo sviluppo concettuale e all'affinamento terminologico delle proposte già avanzate da Baldo, distingue, da un lato, la *qualitas* che altera la *substantia* del delitto e modifica la pena *ratione delicti*, produttiva di effetti per entrambi i compartecipi, dall'altro la qualità che « non inhaeret delicto, neque delictum alterat, sed tantum inhaeret personae delin-

nibus et inscriptionibus, n. 11, f. 210vb; conferma a tale teoria viene da D. 48.19.9.11, *l. moris, de poenis*, § *istae fere*, mentre l'estensione prevista in caso di parricidio è motivata solo *propter immanitatem criminis* ma non può essere assunta a principio generale del mandato.

⁽²⁰⁷⁾ Non osta a tale lettura la *lex is qui opem* (D. 47.2.34, *de furtis*) secondo la quale « Is, qui opem furtum facienti fert, numquam manifestus est: itaque accidit, ut is quidem, qui opem tulit, furti nec manifesti, is autem, qui deprehensus est, ob eandem rem manifesti teneatur »; in essa, infatti, continua Baldo ribadendo la fondamentale differenza tra qualità che incide sul fatto e qualità della persona, « non inducit qualitatem in ipso facto, proprie loquendo, sed solum in persona deprehensi, et ideo non trahitur ad aliam personam, unde furtum manifestum dicitur improprie, sed fur manifestus dicitur proprie (...) quia, ut dixi, ista qualitas non est qualitas criminis, sed est qualitas ipsius criminis scilicet deprehensi » (*In VII...XI Codicis*, cit., in C. 9.2.5, *l. non ideo minus, de accusationibus et inscriptionibus*, n. 11, ff. 210vb-211ra).

⁽²⁰⁸⁾ Cfr. in particolare GAMBIGLIONI, *Tractatus de maleficiis*, cit., § *Et Sempronium mandatorem*, nn. 26-29, pp. 142-143, con l'*additio* di Agostino Bonfranceschi alle pp. 143-144; CARERIO, *Practica nova causarum criminalium*, cit., § *Circa*, n. 121, ff. 89vb-90rb e MENOCHIO, *De arbitrariis iudicium*, cit., *Casus 353*, nn. 5-9, pp. 640-641.

quentis » (209) e determina un'attenuazione o un aggravamento di pena *ratione personae*, senza possibilità di trasmettersi ad altro soggetto. Su tali presupposti teorici,

« constituenda est ergo primo haec regula, quod qualitates, quae insunt facienti respicientes, et alterantes delictum, intelliguntur inesse etiam mandanti, et est ratio, quia cum mandans sit primum movens, et sic prima causa effectus attribuitur primae causae » (210).

La giustificazione filosofica in virtù della quale gli effetti prodotti dalle cause seconde sono attribuibili alle cause prime, legittima la disciplina penalistica del mandato e rende le *qualitates omnes delicti communes* ascrivibili sia all'esecutore che al *mandator*. Ne consegue un'altra conclusione: tutte le qualità *concomitantes delictum*, come quelle di tempo e di luogo, si estendono anche al mandante. Se, dunque, l'incarico era di commettere un omicidio semplice ma poi il mandatario ha commesso il reato con l'aggravante *de nocte* o *in platea*, ne risponderà pienamente anche il mandante, « et est ratio quia cum mandans teneatur ex delicto propter mandatum, consequens, ut teneatur ex ipso delicto perfecto cum circumstantiis suis » (211). Per lo stesso motivo, fondato sulla struttura dell'illecito, le *qualitates* che non aumentano la gravità del delitto modificando elementi sostanziali o accidentali del fatto, ma incidono solamente sulla quantità di pena *respectu facientis*, non possono applicarsi anche al mandante, « et est ratio quia mandans obligatur ex delicto, et ipsius delicti qualitatibus, non autem obligatur ex persona facientis, neque per consequens ex eius qualitatibus » (212).

(209) DECIANI, *Tractatus criminalis*, IX, XXXIII *Quomodo Mandans et Mandatarius sint correlativa*, n. 8.

(210) *Ibidem*.

(211) Ivi, n. 9; tale conclusione è limitata però solo alle *qualitates existentes tempore delicti*, mentre non riguarda quelle sopravvenute *ex post, praeter intentionem delinquentis*.

(212) Ivi, n. 11; le qualità personali dell'agente possono estendersi al mandante solo se questi ne era a conoscenza, come nel caso di chi, mandando un terzo ad uccidere e sapendo che tra mandatario e vittima era stata stipulata una pace, *propter scientiam* risponderà anche *de pace rupta*. Non senza contraddizioni, Deciani sostiene poi che *in poenis* debba prevalere la *benignior interpretatio* e di conseguenza la *qualitas delinquendi*

Nell'ampio spazio riservato alle forme del mandato a delinquere Deciani attinge alle categorie elaborate nei *generalia* e si serve, per fissare i contenuti e i limiti della fattispecie, di operazioni che rinviano alla comparazione civilistica e alle partizioni dialettiche. Il disvalore di grande attualità del *mandatum*, ampiamente trattato nella letteratura giuridica e oggetto di frequenti accuse in giudizio, è razionalizzato e riordinato nel *Tractatus* coniugando la conoscenza delle più rilevanti *opiniones doctorum* e delle *quaestiones* con il proposito di una maggiore chiarezza espositiva. *Qualitates* e *correlativa* sono scelti come mezzi per fondare dogmaticamente la responsabilità concorrente dei compartecipi, mentre la *fictio iuris* che equipara l'agire di mandante e mandatrio e accorpa le due azioni in *unum delictum* nella prospettiva dell'identità del bene leso, risolve sia i problemi di procedibilità che le controversie legate alla distribuzione e proporzione delle pene. Argomentazioni logiche e tecnica giuridica si combinano per dare coerenza sistematica alla complessa fisionomia del mandato.

che diminuisce la pena si estenda anche al mandante. Sul punto cfr. le brevi note in L. MASUCCI, « Partecipazione », in « Il Digesto Italiano », vol. XVIII, parte prima, Torino, Utet, 1906-10, §. 28, p. 458.

TAVOLA DELLE CITAZIONI DEL
TRACTATUS CRIMINALIS

- I, I *De vocibus, quibus delicta, et crimina significantur*, 59, 94, 149, 156
 I, II *De Peccato*, 40, 147, 150, 267
 I, IV *De dolo*, 85, 150, 245-248, 251, 253-255, 275
 I, V *De fraude*, 151
 I, VI *De culpa*, 39, 149, 162, 242, 243, 254, 255, 258-260, 262
 I, VII *De Delicto*, 151, 153, 154, 201, 269
 I, VIII *De Maleficio*, 147, 152
 I, IX *De Crimine*, 147, 152
 I, XIII *De flagitio*, 38, 149
 I, XV *De noxa*, 38, 39, 149
- II, I *De origine Delictorum*, 40, 158
 II, II *De causis delictorum*, 59, 61, 185, 187, 188, 191-193, 205, 243, 268, 277
 II, III *De diffinitione delicti*, 61, 195-197, 243
 II, IV *De substantialibus, naturalibus et accidentalibus delicti in genere*, 59, 61, 175, 209-211, 243, 269
 II, V *De Lege, et potentia eius circa delicta*, 265, 268, 277, 278
 II, VI *De iure naturali*, 38
 II, VIII *De iure gentium*, 48
 II, IX *De Ratione naturali et Aequitate*, 48, 283
 II, X *Iuris Gentium quae sint et de eius effectibus*, 278, 280, 283
 II, XI *De Divino Iure*, 280, 296
 II, XII *De Conscientia et eius potestate*, 267, 280, 298, 299, 303, 304, 329-334
 II, XIII *Conscientiae Iustitia*, 151, 304
- II, XIV *Conscientiae veritas*, 279, 337, 338, 343-347, 351
 II, XV *Animus quid ad conscientiam*, 304
 II, XVI *Cum quid remissum est iudicis conscientiae, quid ei agendum*, 348
 II, XVIII *De Iure Canonico*, 280, 296, 297, 301
 II, XXXII *De statutis civitatum in genere*, 154
 II, XXXIII *Statuta quae non valeant*, 81
 II, XXXVII *De confirmatione Statutorum*, 81
- IV, I *Connexio cum praecedentibus*, 125
 IV, X *De infidelitate*, 276, 388
 IV, XXVII *Consuetudo dat iurisdictionem et Praescriptionem*, 276
- V, I *De generibus delictorum*, 123, 368, 369, 376
 V, II *De ordinariis et extraordinariis criminibus*, 40, 371, 372
 V, III *De publicis iudiciis in genere, quare sint appellata*, 120
 V, IV *Publica iudicia, quae et quot*, 276, 372, 373
 V, V *De effectibus publicorum iudiciorum*, 375
 V, VI *Divisio criminum publicorum iudiciorum*, 376
 V, VII *De haeresis nomine*, 380
 V, IX *Haeresis quid et quot eius species*, 377, 380, 389
 V, XII *Iudaeorum delicta*, 365
 V, XIII *De poenis Iudaeorum*, 366

- V, XVI *De delictis Christianorum contra Iudaeos*, 366
- V, XVII *Haeresum Christianorum species*, 390
- V, XVIII *Qui haeretici non sunt*, 381
- V, XXI *De iudicibus in causa haeresis*, 381
- VI, I *Blasphemia quid*, 391
- VI, II *Quae species blasphemiae*, 391
- VI, V *Quando et quomodo quis excusari possit a blasphemia, vel non*, 275
- VI, VII *De periurio periurium quid*, 381, 392
- VI, VIII *Quot sint periurii species*, 381
- VI, IX *De atrocitate huius delicti*, 381
- VI, X *Qui sint periurii*, 381
- VI, XI *De excusatione periurii*, 275, 381
- VI, XII *De requisitis in processu periurii*, 381
- VI, XIII *De poenis periurii*, 381
- VI, XXIV *Quot species sacrilegii et qui sacrilegi*, 364
- VI, XXIX *De poenis extrabentium ab Ecclesia*, 275
- VI, XXVIII *De casibus, qui delicta, et causas confugientum concernunt*, 410, 411
- VII, I *De crimine laesae Maiestatis, et eius etymologia*, 376, 377
- VII, II *Maiestas quid, et quid laedere Maiestatem*, 38, 379
- VII, V *Quando contra consiliarios et adhaerentes Principum*, 136, 412
- VII, VI *Quot modis contrahatur crimen laesae Maiestatis*, 39, 377
- VII, VII *De coniuratione, factione, et seditione*, 50, 248, 364, 366
- VII, IX *De variis modis, quibus hoc crimen committi potest*, 248, 348
- VII, XV *De stupro vel coitu violento*, 401
- VII, XVII *De revelantibus secreta et litteras aperientibus*, 366
- VII, XXIII *De falsae monetae crimine*, 364, 365
- VII; XXVII *De excusationibus falsae monetae*, 200
- VII, XXXV *Conatus, an puniatur in hoc crimine*, 237
- VIII, I *De vi publica et privata*, 85, 415
- VIII, II *De causis et factis ex quibus oritur hoc iudicium, et in specie de usu armorum*, 248, 414, 418
- VIII, III *De prohibito usu armorum*, 366, 418-420
- VIII, IV, *De variis quaestionibus circa gestatione armorum*, 366, 421-423
- VIII, V *De aliis causis, et modis, quibus contrahitur vis publica*, 412, 423
- VIII, VI *De raptu virginum, viduarum et sanctimonialium*, 367
- VIII, VII *Raptus quid*, 366, 367, 393, 394, 396, 397, 399-402
- VIII, XII *De poenis raptus*, 364
- IX, I *De eo, qui sibi ipsi manus infert*, 378
- IX, II *De causis licitis, vel illicitis, ex quibus quis sibi mortem infert*, 365, 367
- IX, IX *De Parricidio descendantium in ascendentes*, 300
- IX, XV *De excusationibus parricidii*, 200
- IX, XVIII *Homicidae qui*, 248
- IX, XX *De legibus circa homicidium latis*, 200, 301, 302
- IX, XXIII *Dolus an requiratur; conatus, auxilium, favor, conscii, et similes quando puniantur*, 364
- IX, XXVI *De excusatione veneficii*, 200
- IX, XXVII *Animus distinguit*, 212, 233-235
- IX, XXVIII *De sola cogitatione delinquendi*, 212, 236, 237, 239
- IX, XXIX *De latronibus et pyratibus*, 162, 212, 409, 410, 425
- IX, XXX *De mandato pecunia intercedente*, 411, 426, 427, 429
- IX, XXXI *De mandato simplici ad commitendum homicidium, et quid*, 431, 432

IX, XXXII *Mandans quando sub statutis comprehendatur*, 433, 434, 436-438, 444

IX, XXXIII *Quomodo Mandans et Mandatarius sint correlativa*, 162, 442, 444, 445, 447, 450

INDICE DEI NOMI

- ABBONDANZA, Roberto, 41
ACCURSIO, 259, 338, 373, 418, 435
ALBERICO DA ROSATE, 131, 151, 251, 340,
390, 401, 433
ALBERIGO, Giuseppe, 300
ALCIATO, Andrea, 34-39, 41, 51, 149, 357
ALESSI, Giorgia, 101, 115, 183, 252
ALLARD, Alberic, 177
ALVAREZ DE VELASCO, Gabriel, 352
ANGELO DEGLI UBALDI, 130, 205, 394, 396,
408, 424
ANTEMI, Bonifacio (pseudo-Vitalini), 112,
151
ANTOLISEI, Francesco, 211
ANTONINI, Prospero, 6
ANTONIO DA BUDRIO, 298
ANTONIUS DE CATARO, 72
APEL, Giovanni, 57
ARAGON, Petrus de, 318
ARISTOTELE, 45, 48, 147, 155, 184, 195,
233, 435
ARMOGATHE, Jean Robert, 286
ARNAUD, André-Jean, 416
ASCARI, Tiziano, 86
ASCHERI, Mario, 41
ASTAING, Antoine, 178
AVICENNA, 49
AZONE, 338, 373
AZPILCUETA, Martin (Navarro), 292, 327,
328
BALDO DEGLI UBALDI, 37, 126, 131-133,
138, 147, 185, 188, 205, 206, 227, 228,
237, 238, 241, 242, 281-283, 303, 305,
345, 360, 362, 395, 408, 433, 436,
440-443, 446, 448, 449
BALDUINO, Girolamo, 58
BALZARINI, Marco, 414
BANDINI, Vincenzo, 227
BAPTISTA DE SALIS, 335
BAR, Carl Ludwig von, 274
BARTOLO DA SASSOFERRATO, 36, 37, 66, 112,
127-131, 138, 204, 240-242, 251, 254,
259, 260, 280, 282, 283, 407, 417, 424,
432, 440, 447, 448
BARTOLOMEO DA SALICETO, 434, 439
BELLABARBA, Marco, 8, 119, 371
BELLOMO, Manlio, 162, 227
BELLONI, Annalisa, 36
BENTHAM, Jeremy, 159
BENZONI, Gino, 75, 83
BERGER, Johann Heinrich von, 155
BERLINGUER, Luigi, 78, 99
BERNARDI, Alessandro, 2, 15, 28
BERTAZZOLI, Bartolomeo, 397, 436
BESTA, Enrico, 75
BETTIOL, Giuseppe, 16
BETTONE, Antonella, 100
BIANCHI, Marco Antonio, 53, 68, 72, 74,
85, 87, 135, 137, 151, 182, 203, 204,
252, 258, 260, 261
BIANCHINI, Marco, 311
BIROCCHI, Italo, 59, 106, 207, 278, 292
BLAUERT, Andreas, 99
BÖHMER, Johann Samuel Friedrich von,
103, 104, 160, 180, 182, 222, 250, 437
BOLDT, Gottfried, 222
BOLLMANN, Klaus, 178
BONACCHI, Gabriella, 309
BONACOSSA, Ippolito, 138, 141, 422
BONAMICI, Laura, 367
BONAMICI, Lazzaro, 367

- BONFRANCESCHI, Agostino (da Rimini), 112, 417, 432, 449
- BORROMEO, Carlo, 294
- BOSSI, Egidio, 9, 106, 114, 137, 178, 182, 246, 261, 347, 350, 369, 390, 391, 396, 398, 427, 444
- BOTTIN, Francesco, 58
- BRAMBILLA, Elena, 294, 299
- BRASIELLO, Ugo, 172
- BRISSON, Barnabé, 122
- BRIZZI, Gian Paolo, 36
- BROCK, Johann Dietrich von, 155
- BRÜCKNER, W. H., 295
- BRUGI, Biagio, 34, 35, 48, 66, 358
- BUDÉ, Guillaume, 38
- BULGARO, 338
- BUTRIGARIO, Iacopo, 140, 373, 374
- CADOPPI, Alberto, 15, 161, 163
- CAIO AQUILIO, 245
- CALIDONIUS, Michael, 72
- CALISSE, Carlo, 162, 227, 240, 252, 261, 436
- CAPPELLINI, Paolo, 27, 35, 206
- CARBASSE, Jean-Marie, 95, 229, 337, 343
- CARERIO, Ludovico, 53, 118, 261, 300, 389, 426, 427, 441, 443, 449
- CARLETTI, Angelo da Chivasso, 326, 335
- CARLO V, 77, 310, 364
- CARMIGNANI, Giovanni, 165, 166, 225, 244, 245
- CARNEVALE, Stefania, 28
- CARPZOV, Benedict, 114, 115, 176, 179, 244, 246, 290, 426, 428
- CARRARA, Francesco, 159, 167, 225, 258
- CASTELLANUS, Laurentius, 72
- CASTELLI, Enrico, 286
- CASTELLI, Patrizia, 35
- CATO, Lorenzo, 35
- CATO, Renato, 86
- CAVALCA, Desiderio, 201
- CAVANNA, Adriano, 10, 99, 100, 163, 347
- CAVINA, Marco, 4, 19, 124, 293, 358
- CAZZETTA, Giovanni, 28, 394, 400
- CHAMBERS, David Sanderson, 74
- CHAUVEAU, Adolfo, 434
- CHEVAILLER, Laurent, 198
- CHIAPPELLI, Luigi, 40
- CHIELLINI, Sabrina, 35
- CHIODI, Giovanni, 101
- CHOJNACKI, Stanley, 413
- CICERONE, 147
- CINO DA PISTOIA, 126, 134, 138, 408, 433, 435, 439
- CIPOLLA, Bartolomeo, 228, 229, 417, 435
- CLARO, Giulio, 9, 16, 19, 96, 100, 108, 114, 115, 118, 119, 122, 137, 163, 181-183, 196, 228, 230, 231, 238, 244, 252, 273-275, 302, 305, 306, 342, 346, 349, 365, 367, 369, 374, 375, 390, 399, 400, 405, 414, 427, 434, 435
- CLAVERO, Bartolomé, 285
- CLEMENTE V, 117
- COCCEJI, Heinrich von, 155
- COING, Helmut, 72, 74
- COLAO, Floriana, 78, 99
- CONNANO, Francesco (Connan, François), 36, 39
- CONTARINI, Gasparo, 79
- CORASIO, Giovanni (Coras, Jean de), 37, 39, 45-47, 57
- CORDERO, Franco, 5, 264
- CORSETO, Antonio, 334
- CORTESE, Ennio, 98, 111
- COSIMO I, 116
- COSTA, Pietro, 27
- COVARRUVIAS Y LEIVA, Diego de, 37, 108, 117, 247, 290, 294, 309, 310, 316-323, 328
- COZZI, Gaetano, 78, 79, 89, 101
- CREMANI, Luigi, 166
- CRIFÒ, Giuliano, 174
- CUIACIO, Giacomo (Cujas, Jacques), 36, 37, 122
- DA MONTE, Giovanni Battista, 50
- DA PASSANO, Mario, 161
- DAL POZZO, Paride, 427
- DAMAŠKA, Mrjan R., 111
- DAMHOUDER, Joost de, 25, 96, 105, 118, 402-404, 408-410, 414, 426
- DANIEL, William, 320, 324

- DANNECKER, Gerhard, 15
 DANUSSO, Cristina, 434
 DAVIDSON, Nicholas S., 413
 DE AYLLON LAYNEZ, Joannis, 142
 DE BERNARDIN, Sandro, 75
 DE BOER, Wietse, 294
 DE CASTRO, Alfonso, 19, 290, 294, 309, 310, 312-317, 320, 321, 323, 324, 326-329, 331
 DE FRANCESCO, Giovannangelo, 12, 15, 17
 DE LAGARDE, Georges, 286
 DE MEDIO, Alfredo, 228
 DE OÑATE, Petrus, 207, 208
 DE RIDDER-SYMOENS, Hilde, 66, 73, 74
 DE ROBERTIS, Francesco M., 173
 DE SIMONI, Alberto, 244, 245
 DE VIO, Tommaso (cardinale Gaetano), 286, 302
 DEAN, Trevor, 74, 89
 DECIANI, Nicolò, 5, 147
 DECIO, Filippo, 298, 324, 334
 DEL GIUDICE, Pasquale, 178, 227
 DEL POZZO, Paride, 340
 DEL TORRE, Maria Assunta, 58
 DELMAS-MARTY, Mireille, 16
 DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence, 337
 DEROSAS, Renzo, 289
 DEZZA, Ettore, 102, 124, 183
 DI RENZO VILLATA, Maria Gigliola, 106, 178, 434
 DI SIMPLICIO, Oscar, 289, 291, 404
 DICALCIUS, Ottonellus, 72
 DIETRICH, Peter (Theodoricus, Petrus), 16, 85, 120, 121, 155, 160, 189-194, 215-217, 246, 248, 249, 373, 414, 425, 426, 428, 437
 DINGES, Martin, 114
 DINO DA MUGELLO, 446, 447
 DIURNI, Giovanni, 227
 DONELLO, Ugo (Doneau, Hugues), 55, 122
 DONINI, Massimo, 13, 18, 202
 DUARENO, Francesco (Douaren, François), 36-39, 44, 122
 DUCK, Arthur, 81, 82
 DUPUIGRENET DESROUSSILLES, François, 75
 DURAND, Bernard, 105
 DURANTE, Guglielmo, 131
 EBEL, Friedrich, 55
 EHEM, Christoph, 50
 EMANUELE FILIBERTO, 72
 ENGAU, Johann Rudolph, 222, 223
 ENGELMANN, Woldemar, 240, 242
 ENRICO DA SUSA (card. OSTIENSE), 324, 395
 ENRICO DI GAND, 324-326
 ERCOLE I D'ESTE, 75
 FABRICIUS S. SEVERINUS, 72
 FANTAPPIÈ, Carlo, 291
 FARINACCIO, Prospero, 60, 100, 118, 135, 137, 138, 142, 152, 155, 178, 243, 244, 246, 258, 271, 290, 373, 375, 390, 419, 420, 434, 441
 FASANO GUARINI, Elena, 101, 116
 FEDELE, Pio, 273
 FERRAJOLI, Luigi, 144, 270
 FIANDACA, Giovanni, 17, 183
 FILANGIERI, Gaetano, 159
 FILIPPO II, 99, 102
 FINA SANGRENSIS, Donatus, 72
 FINCKE, Martin, 18
 FLORENTINUS, Antonius, 331
 FOLLERIO, Pietro, 181, 365
 FORSTER, Valentinus, 37
 FORTI, Gabrio, 17
 FOSCARINI, Marco, 82
 FRAJESE, Vittorio, 295
 FRANCESCHINI, Adriano, 72
 FREIGIUS, Giovanni Tommaso, 57
 FRIGO, Daniela, 99
 FRISE, Christophorus, 295
 FULGONI, Cirillo, 152, 247, 252, 257
 GABBA, Emilio, 173
 GAETANO (v. DE VIO, Tommaso)
 GAIO, 64
 GALENO, 49
 GALLO, Donato, 75
 GALLO, Marcello, 161
 GALVANUS, Ioannes, 72
 GAMBIGLIONI, Angelo (ARETINO), 9, 96, 111, 112, 114, 151, 177, 229, 230, 369,

- 377, 413, 417, 431, 432, 435, 441, 446, 449
- GANDINO, Alberto (da), 6, 9, 16, 19, 62, 67, 98, 110-112, 171, 177, 227, 252, 369, 432, 435
- GARCÍA MORALES, Justo, 312
- GARGANI, Alberto, 25, 177, 178
- GARLATI GIUGNI, Loredana, 225
- GARNOT, Benoît, 291, 386
- GASPARINI, Silvia, 78
- GATRELL, Valentine Arthur Charles, 292
- GATTI, Tancredi, 240
- GAUVARD, Claude, 384
- GENTILIS, Iacobus, 340
- GÉRARD, Philippe, 23
- GERSON, Jean, 313, 314
- GHIRLANDO, Paolo, 53
- GIACCHI, Orio, 273
- GIGANTE, Girolamo, 237
- GILHAUSEN, Ludwig, 155, 375, 414, 427
- GIOFFREDI, Carlo, 172, 174
- GIOVANNI D'ANAGNI, 388
- GIOVANNI D'ANANIA, 131
- GIOVANNI D'ANDREA, 126, 131, 324
- GIOVANNI DA CAPISTRANO, 340, 341, 351
- GIOVANNI DA TURRECREMATA, 331
- GIUFFRÈ, Vincenzo, 174
- GIULIANI, Alessandro, 162
- GIUSEPPE II, 160
- GIUSTINIANO, 55, 119, 120, 411
- GLÖCKNER, Hans Peter, 236
- GOMEZ, Antonio, 96, 118, 121, 139-141, 175, 176, 306, 307, 331, 374, 428, 429
- GORLA, Gino, 280, 349
- GOTTOFREDO DA TRANI, 390
- GOURON, André, 99
- GRAMMATICO, Tommaso, 334, 435
- GRASSI, Giovanni, 340
- GREGORIO IX, 324
- GREGORIO XIV, 101, 430
- GRIBALDI MOFA, Matteo, 34, 47, 49
- GRIMANI, Giovanni, 77
- GROSSI, Paolo, 20, 28, 110, 167, 206, 207, 273, 287, 311
- GRUNERT, Frank, 105, 201, 303
- GUIDO DA SUZZARA, 53, 432
- GUILLAUME DE CUNH, 127
- GUYADER, Josseline, 287
- HALL, Karl Alfred, 25, 177, 179, 182
- HALOANDER, Gregor, 39
- HAMMERSTEIN, Notker, 74
- HÄRTER, Karl, 27, 99, 101
- HASSEMER, Winfried, 383
- HÉLIE, Faustino, 434
- HERBERGER, Maximilian, 50, 52, 59
- HESPANHA, Antonio Manuel, 221, 273
- HIERONYMUS CAMPI S. PETRUS, 72
- HINOJOSA Y NAVEROS, Eduardo de, 310
- HOPPER, Joachim, 37
- HOTMAN, François, 39, 120
- IGNOR, Alexander, 103
- IMPALLOMENI, Gianbattista, 172
- INNOCENZO IV (v. Sinibaldo dei Fieschi)
- IPPOCRATE, 49
- IRNERIO, 238
- ISAAKS, Ann Katherine, 100
- JACOPO DA BELVISIO, 112
- JEDIN, Hubert, 288
- JESCHECK, Hans-Heinrich, 16, 19
- KAUFMANN, Arthur, 25
- KELLENBENZ, Hermann, 311
- KÖBLER, Gerhard, 195
- KREY, Volker, 274
- KÜPPER, Georg, 15
- LABEONE, 240, 246
- LACCHÉ, Luigi, 114, 406, 413
- LAGUS, Conrad, 64
- LAINGUI, André, 104, 105, 108, 177, 244, 285, 435
- LANDAU, Peter, 103
- LATINI, Carlotta, 101
- LAVEN, Peter, 89
- LAVENIA, Vincenzo, 292, 313, 316, 325, 327
- LEBIGRE, Arlete, 104, 105, 177
- LENMAN, Bruce, 292
- LESSIUS, Leonardo, 311, 322
- LEVY, René, 113
- LIOTTA, Filippo, 47, 63, 278

- LIPP, Martin, 206
 LIRUTI, Gian Giuseppe, 68, 86-88
 LOMBARDI VALLAURI, Luigi, 358
 LOSAPPIO, Giuseppe, 17
 LOWE, Kate J. P., 89
 LUCA DA PENNE, 391
 LUCCHESI, Marzia, 228, 253
 LUGO, Juan de, 207
 LUTERO, Martin, 313
 MAES, Louis-Théo, 102
 MAFFEI, Domenico, 40, 66, 338
 MAINO, Giasone del, 282, 298, 348
 MANNORI, Luca, 343
 MANTICA, Francesco, 13, 82, 205, 207
 MANTOVA BENAVIDES, Marco, 34, 76, 77
 MANTOVANI, Ferrando, 211, 255
 MARCIANO, 235
 MARONGIU, Antonio, 4, 5, 7, 38, 73, 88,
 184, 210, 227, 240, 242, 257, 261, 358,
 362, 375
 MARSILI, Ippolito, 9, 19, 64, 67, 69, 71,
 85-87, 117, 134, 199, 201, 228, 231,
 232, 235, 243, 291, 300, 302, 350, 365,
 369, 395, 398, 418, 443
 MARTINAGE, Renée, 102
 MARTINES, Lauro, 413
 MARTINO, 337, 339
 MARTUCCI, Roberto, 157
 MASSETTO, Gian Paolo, 119, 347, 349, 399,
 401, 434
 MASUCCI, Luigi, 451
 MATHEU Y SANZ, Lorenzo, 423
 MATTEACCI, Angiolo (Matteazzi), 13, 35,
 48, 49, 54, 59, 205
 MATTESILANI, Matteo, 324, 325
 MATTHES, Anton, 121, 124, 153, 155, 165,
 192, 218, 219, 249, 255, 369, 425, 433
 MATTIOLI, Pier Filippo, 67, 72
 MAUROCENO, Pietro, 367
 MAZUCHELLI, Oliverio, 299
 MAZZACANE, Aldo, 60, 62, 80, 196, 278
 MAZZOLA, Roberto, 288, 292
 MECCARELLI, Massimo, 98, 246
 MEERSSEMAN, Gilles Gerard, 323
 MEISTER, Christian Friedrich Georg, 223
 MENOCHIO, Giacomo, 34, 36, 82, 421, 447,
 449
 MEREU, Italo, 60, 87, 241, 315
 MILETTI, Marco Nicola, 153, 349
 MILLES DE SOUVIGNY, Jean (Ioannes Mil-
 leus), 374
 MINCKWITZ, Caspar Otto von, 155
 MINNUCCI, Giovanni, 112
 MOCCIA, Pietro Nicolò, 13, 205, 208
 MOLINA, Louis de, 207
 MONTESQUIEU, Charles-Louis de, 159
 MONTI, Annamaria, 347
 MONTICULUS, Sebastianus, 72
 MORELLI, Francesco, 28
 MORENUS, Laurentius, 230
 MURET, Marc Antoine, 36
 NAPODANO, Gabriele, 434
 NARDI, Bruno, 75
 NARDI, Paolo, 73
 NAVAGERIO, Bernardo, 32, 365
 NAVARRO (v. Azpilcueta, Martin)
 NEGRI, Daniele, 28
 NEHLSEN VON STRYK, Karin, 50
 NEHLSEN, Hermann, 195
 NICOLINI, Ugo, 272
 NOBILI, Massimo, 144
 NOCITO, Pietro, 442
 NÖRR, Dieter, 50
 NÖRR, Knut Wolfgang, 338, 339
 NOVARESE, Daniela, 36, 66, 74
 NOVELLO, Iacopo, 134, 137
 NUBOLA, Cecilia, 294
 OBERMAN, Heiko Augustinus, 289
 ODOFREDO, 338
 OEHLER, Dietrich, 369
 ORESTANO, Riccardo, 67, 278
 ORLANDI, Renzo, 25, 28
 ORRÙ, Giovanni, 161
 ORTALLI, Gherardo, 411
 OST, François, 23
 OSTIENSE (v. Enrico da Susa)
 OTTE, Gerhard, 55
 OTTELIO, Antonio, 35
 PACE, Giulio, 59, 122, 210
 PACINI, Gian Piero, 324

- PADOA-SCHIOPPA, Antonio, 210, 337, 339, 434
- PADOVANI, Tullio, 12, 144, 161
- PAGLIARO, Antonio, 16, 183
- PALAZZO, Francesco, 14, 17, 28, 168, 382
- PALIERO, Carlo Enrico, 4
- PANGIROLI, Guido, 34, 37, 76
- PANORMITANO (Niccolò Tedeschi), 126, 298, 334, 388, 400, 408
- PAOLO DI CASTRO, 229
- PAPINIANO, 140
- PARKER, Geoffrey, 292
- PAROTTO, Giuliana, 286
- PASTORE, Alessandro, 404
- PASZTOR, Edith, 340
- PASZTOR, Lajos, 340
- PATETTA, Federico, 72
- PECORELLA, Corrado, 96
- PELLEO, Ludovico, 37
- PEREDA, Julian, 316
- PEREGRINO, Antonio, 82
- PERTILE, Antonio, 120, 178
- PESSINA, Enrico, 227
- PETTOELLO, Mario Domenico, 207
- PIAIA, Gregorio, 58
- PIANO MORTARI, Vincenzo, 41-44, 54, 55, 57, 96
- PICCOLOMINI, Francesco, 58
- PICOTTI, Lorenzo, 16
- PIERRE DE BELLEPERCHE, 240, 241
- PIETRO DA ANCARANO, 128, 436, 443,
- PIFFERI, Michele, 71
- PILLIO DA MEDICINA, 337
- PINCHARD, Bruno, 286
- PIO IX, 34
- PIRILLO, Nestore, 300
- PISANO, Bartolomeo, 336
- PISAPIA, Gian Domenico, 160
- PLACENTINUS, 118
- PLATONE, 184, 195
- POPPI, Antonino, 58, 340
- POSITANO DE VINCENTIS, Vittorio, 177
- POVOLO, Claudio, 89, 101, 395, 413
- PRADEL, Jean, 285
- PRODI, Paolo, 286, 288, 290, 292, 296, 300, 311, 313, 328, 340, 349
- PULITANÒ, Domenico, 17
- QUAGLIONI, Diego, 47, 112
- RAMO, Pietro (de La Ramée, Pierre), 44
- RANDALL, John Herman, 58
- REINHARD, Wolfgang, 102, 288
- RENAZZI, Filippo Maria, 156, 159, 160, 165, 223, 224, 244, 245, 256
- REVIGNY, Jacques de, 338
- RICCI, Saverio, 286
- RIGAUDIERE, Albert, 99
- RIONDATO, Silvio, 16
- RIVELLINUS, Aymarus, 37
- ROBERTI, Melchiorre, 83
- ROGGER, Iginio, 300
- ROGGERO, Marina, 34
- ROMANO, Andrea, 36
- ROMANO, Ludovico, 333
- ROSAL, Juan de, 319
- ROSONI, Isabella, 85, 114, 395
- ROSSI, Giovanni, 358
- ROSSI, Pellegrino, 14
- ROUSSEAUX, Xavier, 24, 99, 113, 116, 384, 416
- ROXIN, Claus, 15
- RÜCKERT, Joachim, 20
- RÜPING, Hinrich, 103
- SABELLI, Marco Antonio, 429
- SAMBIASE, Giovan Battista (Ioannes Baptista de Sancto Blasio), 443
- SAN LUCA, 322
- SAN PAOLO, 318
- SANDEO, Felino, 283, 299, 331
- SANT'AGOSTINO, 191, 233
- SANT'AMBROGIO, 268
- SANTALUCIA, Bernardo, 173
- SARACENI, Guido, 287
- SARPI, Paolo, 295
- SATURNINO, Claudio, 172, 174, 203
- SAXONIA, Victor, 72
- SBRICCOLI, Mario, 8, 19, 28, 96, 98, 100, 104, 111, 113, 204, 210, 377, 411
- SCHAFFSTEIN, Friedrich, 5, 13, 97, 103, 221, 223, 270, 358, 385, 415

- SCHIAVONE, Aldo, 173
 SCHILLING, Heinz, 274
 SCHILLING, Lothar, 101
 SCHLOSSER, Hans, 303
 SCHMIDT, Eberhard, 107
 SCHMOECKEL, Mathias, 20, 293
 SCHNAPPER, Bernard, 26, 229
 SCHNUR, Roman, 80
 SCHÖCKEL, Gerherd, 268
 SCHREIBER, Hans-Ludwig, 273, 274
 SCHRÖDER, Jan, 195
 SCHROEDER, Friedrich-Christian, 103
 SCHWERHOFF, Gerd, 8, 24, 99
 SCIASCIA, Gaetano, 177
 SCOTO DUNS, Giovanni, 301
 SEELMANN, Kurt, 106
 SELLNER, Dieter, 163
 SERVIO, 245
 SIEBER, Ulrich, 15
 SIGONIO, Carolo, 120
 SILVATICUS, Bartholomaeus, 72
 SINIBALDO DEI FIESCHI (Innocenzo IV), 333
 SINISTRARI, Ludovico Maria, 155, 219, 220,
 281, 304, 398, 410, 419, 420, 428, 442
 SOAREZ A RIBEIRA, Emanuel, 142
 SOCIA, Piso, 35
 SORCINELLI, Paolo, 404
 SORDI, Bernardo, 27
 SOTO, Domingo de, 207, 318
 SPAGNESI, Enrico, 7, 87, 94, 358
 SPIRITO, Ugo, 162
 SPOSITO, Gianluca, 172
 STILE, Alfonso M., 161
 STOLLEIS, Michael, 27, 101
 STORTONI, Luigi, 12, 158, 161
 STRUVE, Georg Adam, 218
 STRYKIUS, Samuel, 446
 TABACCO, Giovanni, 110
 TAEGIO, Bartolomeo, 108, 128, 134, 149,
 151, 155, 250, 251, 260
 TARELLO, Giovanni, 160
 TARTAGNI, Alessandro, 66, 228, 300
 TEDESCHI, Niccolò (v. Panormitano)
 TENTLER, Thomas N., 288
 THEODORICUS, Petrus (v. Dietrich)
 THIREAU, Jean-Louis, 287
 TIEDEMANN, Klaus, 16
 TIERRY, Giovanni, 53
 TIRAQUEAU, André (Tiraquello), 9, 108,
 229, 250, 252, 332
 TODESCAN, Franco, 311
 TOMAS Y VALIENTE, Francisco, 95, 315,
 320, 328
 TOMASINI, Giacomo Filippo, 72
 TOMMASO D'AQUINO, 19, 45, 191, 233, 241,
 242, 301, 303, 351, 392
 TORNIELLI, Girolamo, 76
 TRINKAUS, Charles, 289
 TRUSEN, Winfried, 287
 TURCHINI, Angelo, 294
 TURRINI, Miriam, 291, 295, 349
 ULPIANO, 245
 VALERO, Juan, 294, 344
 VALLA, Lorenzo, 38, 149
 VALLERANI, Massimo, 113, 177
 VAN DE KERCHOVE, Michel, 23
 VASOLI, Cesare, 43
 VASSALLI, Giuliano, 272
 VENIER, Francesco, 32
 VENIER, Lorenzo, 32, 365, 366
 VERGER, Jacques, 36, 65
 VIEHWEG, Theodor, 55
 VIGELIUS, Nicolaus, 64, 103
 VIGGIANO, Alfredo, 75, 79, 89, 418
 VILLEY, Michel, 250
 VIMERCATO, Curtio, 72
 VINCIGUERRA, Sergio, 163
 VISCONTI, Gian Galeazzo, 75
 VITALINI, Bonifacio (v. Antelmi, Bonifacio)
 VITORIA, Francisco de, 292, 302
 VIVANTI, Corrado, 110
 VOGEL, Joachim, 15
 VOLANTE, Raffaele, 27
 VOLK, Klaus, 177
 WEBER, Hellmuth von, 291, 369
 WEIGEND, Thomas, 15, 19
 WEISSER, Michael R., 403
 WESENBEKE, Matthias van, 122
 WILLOWEIT, Dietmar, 303, 384
 ZABARELLA, Giacomo, 48, 57-59

ZASIO, Ulrico, 37-39, 149, 259, 262

ZENARI, Andrea, 5

ZENARI, Giovanni, 5

ZILETTI, Giordano, 53

ZILETTI, Giovan Battista, 36, 37, 49, 53

ZIMARA, Marco Antonio, 58

ZIMMERMANN, Reinhard, 20

ZORDAN, Giorgio, 112

ZORZI, Andrea, 8, 113

ZORZOLI, Maria Carla, 73

INDICE-SOMMARIO

<i>Introduzione</i>	1
-------------------------------	---

Parte Prima

DECIANI E LA SCIENZA PENALE NEL CINQUECENTO: OPERAZIONI CULTURALI E STRATEGIE POLITICHE ALLE RADICI DEL *TRACTATUS*

CAPITOLO I

I FERMENTI DELL'UMANESIMO PADOVANO

Premessa	31
I. Lo Studio e la <i>patavina libertas</i>	33
I.1. Il connubio tra teoria e pratica nell'Università di Padova	33
I.2. Deciani tra difesa del 'bartolismo' e influssi della Scuola Culta	37
II. I temi dell'umanesimo giuridico	42
II.1. Rinnovamento metodologico della <i>scientia iuris</i>	42
II.2. Il dibattito sul metodo nella scuola padovana	46
II.3. L'equilibrio possibile: Deciani e le <i>factiones</i> dei giuristi nel Cinquecento	49
III. Il penale disposto in sistema	54
III.1. L'esigenza di strumenti ordinanti	54
III.2. La scelta innovativa di Deciani: la <i>methodus</i> applicata ai <i>criminalia</i>	56
III.3. Logica accentratrice dell'impianto deciano	62

CAPITOLO II

L'ISTITUZIONE DELLE CATTEDRE DI *CRIMINALIA*

I. Frammentazione disciplinare e autonomia didattica: le cattedre di 'criminale'	65
I.1. Le ragioni delle <i>lecturae criminalium</i> . Maturazione scientifica del diritto penale ed esigenze della pratica	65
I.2. Modelli culturali e strategie di potere	69

II.	Istruzione giuridica e pedagogia del potere	74
II.1.	Deciani <i>doctor iuris</i> d'apparato	74
II.2.	Il necessario compromesso tra cultura giuridica e politica egemonica veneziana	78
II.3.	L'impegno del lettore di 'criminale' tra lo Studio e gli <i>officia publica</i>	84
II.4.	Il <i>Tractatus</i> oltre la <i>lectura</i> : un organico progetto penale	87

Parte Seconda

L' ELABORAZIONE DELLA 'PARTE GENERALE': SISTEMA DEL GIURISTA E *POTESTAS* DEL PRINCIPE

CAPITOLO III

LA STRUTTURA DEL *TRACTATUS*: I *GENERALIA OMNIA QUA DELICTA CONCERNUNT*

	Premessa. La programmazione di un ordine razionale	93
I.	Le fondamenta di un nuovo sistema	95
I.1.	La dimensione fattuale del penale casistico	95
I.2.	Il carattere normativo del penale statale	98
I.3.	Nuove sfide per il criminalista	105
II.	Separazione tra diritto penale materiale e processuale.	109
II.1.	Verso il 'legalismo logico'	109
II.2.	Il penale in atto delle <i>Practicae</i> e la trama del <i>iudicium</i>	111
II.3.	La 'scoperta' del penale sostanziale	116
II.4.	L'inversione di Deciani: categorie e nozioni che limitano il giudice	122
II.5.	Profili processuali delle <i>qualitates delicti</i>	126
II.6.	<i>Substantia delicti</i> e <i>qualitas cumulata</i> : interpretazioni repressive del Cinquecento	134
II.7.	Incompiutezza di un dogma: la strumentalità del processo nel sistema deciano	143
III.	La parte generale del <i>Tractatus</i> : la creazione di uno 'spazio' teorico	146
III.1.	La divisione in parte generale e parte speciale	146
III.2.	Premesse terminologiche per delimitare l'area semantica.	148
III.3.	Le ragioni culturali e politiche di una parte generale.	156
III.4.	Continuità e rotture, modello e contenuti	163

CAPITOLO IV

COSTRUZIONE CONCETTUALE DEL *DELICTUM IN GENERE*

I.	Lo studio del reato <i>in abstracto</i>	169
I.1.	Dai <i>casus</i> al concetto	169

I.2.	Sintesi dogmatica del modello di delitto	173
I.3.	Caratteri sostanziali nel <i>corpus delicti</i>	176
I.4.	Funzione del <i>factum</i> nella dimensione accusatoria	181
I.5.	La conoscenza del delitto <i>per causas</i>	184
I.6.	La logica come metodo: il confronto a distanza tra Deciani e Theodoricus	188
II.	La ricerca di una sintesi concettuale: la <i>diffinitio delicti</i>	194
II.1.	La definizione di delitto al centro del sistema	194
II.2.	Sintesi del <i>genus</i> e formazione del tipo: <i>contractus</i> e <i>delictum</i>	202
II.3.	La scomposizione in <i>elementa</i>	209
II.4.	Definizioni che cambiano per un penale che si trasforma	212
II.5.	<i>Delictum</i> : strumento ordinante e programmatico	220
III.	« Nullum delictum poena dignum quod dolo vel culpa vacet »	226
III.1.	Presupposti del reato: <i>voluntas et animus delinquendi</i>	226
III.2.	<i>Animus distinguit maleficia</i>	231
III.3.	Irrelevanza penale della <i>cogitatio</i>	235
III.4.	Verso un <i>genus</i> di responsabilità penale	240
III.5.	L'elaborazione decianea del dolo penale	244
III.6.	Dolo vero e dolo presunto. Variazioni per proporzionare la pena	251
III.7.	Differenze sostanziali tra <i>dolus</i> e <i>culpa</i>	257

CAPITOLO V

LA FORZA DELLA LEGGE NEL SISTEMA DEL GIURISTA

	Premessa. Il diritto penale riposto nella legge	263
I.	La <i>potentia legis circa delicta</i>	266
I.1.	« Lex facit delictum ». Una legalità senza garanzie	266
I.2.	<i>Lex scripta</i> : il volto nuovo della <i>publica potestas</i>	276
I.3.	Legittimazione <i>de iure gentium</i> per l' <i>obedientia</i> alle leggi penali	280
II.	La nuova frontiera tra crimine e peccato	284
II.1.	Autonomia del foro giudiziale e criminalizzazione delle trasgressioni religiose	284
II.2.	Diritto penale al bivio	290
II.3.	La <i>conscientia</i> come terreno di scontro tra morale e diritto	295
II.4.	Irrinunciabilità della pena <i>pro publica vindicta</i>	304
II.5.	Il problema della legge penale in coscienza: teologia, diritto e concezione del potere	308
III.	Legge positiva come limite dell'ordinamento penale	310
III.1.	Pena e colpa a difesa dello Stato II <i>De potestate legis poenalis</i> di Alfonso de Castro	310
III.2.	Delitto è peccato: la tesi 'unitaria' di Covarruvias	316
III.3.	Le <i>transgressiones fratrum</i> e la glossa « <i>Fraternitas tua</i> ». Alle origini della separazione	323

III.4. « Poena a lege positiva imposita non ligat in foro conscientiae »: la scelta 'autonomista' di Deciani	328
III.5. Il giudice <i>repraesentans personam Principis</i> e il giudizio <i>secundum legem</i>	336
III.6. Verità della legge e verità di coscienza. Il penale del Principe erige le sue difese	344

Parte Terza

MODELLI ORDINANTI E LOGICHE DEFINITORIE NELLA COSTRUZIONE DELLA PARTE SPECIALE

CAPITOLO VI

RAZIONALIZZAZIONE DELLA CASISTICA

I. Il recupero della <i>practica</i>	355
I.1. L'organizzazione della parte speciale.	355
I.2. Un laboratorio per il confronto con la prassi. I <i>consilia</i> penalistici di Deciani	357
I.3. « Ita ego iudicavi et observavi et consului »: il riferimento alla giustizia praticata	363
II. La costruzione della fattispecie	367
II.1. Sistematica di parte speciale	367
II.1.a <i>Crimina ordinaria et extraordinaria</i>	370
II.1.b <i>Delicta publica et privata</i>	372
II.2. La <i>divisio ab obiecto</i> : il bene leso come criterio di classificazione	375
II.3. Uno schema descrittivo per la ricerca della <i>quidditas</i> : la creazione delle fattispecie	380
II.4. Definire delitti, imporre condotte	382
II.5. Definizioni di <i>genus</i> (<i>haeresis, blasphemia, periurum</i>)	388
II.6. <i>Raptus quid</i>	393
III. Tecniche di tipizzazione delle condotte criminose	404
III.1. <i>Qualitates</i> e tipicità	404
III.2. Dogmatica per fini preventivi: la violenza pubblica	412
III.3. Elementi dell'assassinio	424
III.4. Mandante <i>faciens interpretative</i>	431
III.5. L' <i>idem delictum</i> e i <i>correlativa</i>	438
 <i>Tavola delle citazioni del Tractatus criminalis</i>	 453
<i>Indice dei nomi</i>	457

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- Vol. 1 (1972), 8°, p. 486
Vol. 2 (1973), 8°, p. 798
Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041
Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140
Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648
Vol. 8 (1979), 8°, p. 564
Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590
Vol. 10 (1981), 8°, p. 584
Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200
Vol. 13 (1984), 8°, p. 782
Vol. 14 (1985), 8°, p. 646
Vol. 15 (1986), 8°, p. 748
Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718
Vol. 17 (1988), 8°, p. 640
Vol. 18 (1989), 8°, p. 744
Vol. 19 (1990), 8°, p. 736
Vol. 20 (1991) - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588
Vol. 21 (1992), 8°, p. 750
Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706
Vol. 23 (1994), 8°, p. 554
Vol. 24 (1995), 8°, p. 620
Vol. 25 (1996), 8°, p. 810
Vol. 26 (1997), 8°, p. 744
Vol. 27 (1998), 8°, p. 590
Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180
Vol. 29 (2000), 8°, p. 578
Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988
Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950
Vol. 32 (2003), 8°, p. 796
Vol. 33-34 (2004-05) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484

- Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, **IL PROGETTO GIURIDICO**
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, **ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIA
GIURIDICO ITALIANO**
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « **UN ALTRO MODO DI POSSEDERE** »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, **STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO**
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, **GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL
CENTO TEDESCO**
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, **I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OC
TALE**
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, **SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO**
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 **CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO**
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 **LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE**
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, **LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURA
LAICO**
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, **TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »**
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, **I SOGGETTI E LE NORME**
(1984), 8°, p. IV-204

- I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87
- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144

- Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL L.
TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(1991), 8°, p. X-536
- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna
(1991), 8°, p. VI-259
- 40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755
- 42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio
A cura di Carlo Mansueto
(1994), 8°, p. XIV-368

- Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 Luca Mannori, **IL SOVRANO TUTORE**
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, **UNE ET INDIVISIBLE**
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 Bartolomé Clavero, **TOMÁS Y VALIENTE**
Una biografía intelectual
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, **L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO**
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, **LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE**
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 **GIURISTI E LEGISLATORI**
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996
A cura di Paolo Grossi
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, **SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE**
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, **ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO**
(1998), 8°, p. X-474
- 53 Giovanni Cazzetta, **PRÆSUMITUR SEDUCTA**
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426
- 54 Stefano Mannoni, **POTENZA E RAGIONE**
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)
(1999), 8°, p. IV-276
- 55/56 Sergio Caruso, **LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO**
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden
(1584-1654)
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, **LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO**
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf
(2001), 8°, p. VIII-106

- Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918
- 60 Raffaele Volante, **IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO CLASSICO**
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani
(2001), 8°, p. IV-502
- 61 **CODICI**
Una riflessione di fine millennio
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi
(2002), 8°, p. VIII-604
- 62 Pietro Costa, **IURISDICTIONE**
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)
Ristampa
(2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, **TRA LEGGE E CONTRATTO**
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine
(2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, **LETTERE A MARIO FALCO**
Tomo I (1910-1927)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazzarella, **NEL SEGNO DEI TEMPI**
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale
(2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, **GENERALIA DELICTORUM**
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale
(2006), 8°, p. 468

Per Informazioni e Acquisti

Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano
Tel. 02/380.892.90 - Fax 02/380.095.82
<http://www.giuffre.it>

Centri di documentazione e di distribuzione Giuffrè

€ 46,00
3980-70

