

Scientifica

SABRINA POLLORSI

Recta ratione ductus

I Prolegomena

al *De Criminibus* di Anton Matthaeus



PaviaUniversityPress

Recta ratione ductus : i Prolegomena al De Criminibus di Anton
Matthaeus / Sabrina Pollorsi. – Pavia : Pavia University Press,
2015. – XXIII, 232 p. ; 24 cm.
(Scientifica)

<http://purl.oclc.org/paviauniversitypress/9788869520013>

ISBN 9788869520006 (brossura)

ISBN 9788869520013 (e-book PDF)

© 2015 Pavia University Press, Pavia

ISBN: 978-88-6952-001-3

Nella sezione *Scientifica* Pavia University Press pubblica esclusivamente testi scientifici
valutati e approvati dal Comitato scientifico-editoriale.



Opera sottoposta a peer review
secondo il protocollo UPI

Peer reviewed work in
compliance with UPI protocol

<http://www.universitypressitaliane.it>

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale e parziale di
questa pubblicazione, con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i paesi.

In copertina: ritratto di Anton Matthaeus II, autore ignoto.

Prima edizione: giugno 2015

Editore: Pavia University Press – Edizioni dell'Università degli Studi di Pavia
Via Luino, 12 – 27100 Pavia (Italia)
www.paviauniversitypress.it – unipress@unipv.it

Stampato da: DigitalAndCopy s.a.s., Segrate (MI)
Printed in Italy

Sommario

Introduzione

1. Anton Matthaeus e il <i>Golden Age</i> della giurisprudenza olandese	VII
2. Sovranità e prerogative del <i>Princeps</i> . Matthaeus e la giuspubblicistica antiassolutista di area protestante	XIII
3. Il quadro politico-istituzionale dei Paesi Bassi olandesi fra XVI e XVII secolo	XIX

Capitolo 1. Anton Matthaeus II. Il tedesco di Utrecht

1.1. La famiglia Matthaeus. Konrad e Anton Matthaeus I	1
1.2. Anton Matthaeus II. Indicazioni biografiche e opere	3
1.3. La <i>Querelle d'Utrecht</i> . L'ambiente accademico, Anton Matthaeus e la condanna della <i>Philosophie nouvelle</i>	8

Capitolo 2. Il Commentario *De Criminibus* ai Libri XLVII e XLVIII del *Digesto*

Premessa. 'Scientizzazione' e razionalizzazione dei <i>criminalia</i> . Alle origini del penale moderno	23
2.1. Le edizioni e la <i>methodus</i>	30
2.2. La struttura	39
2.3. Le fonti	42

Capitolo 3. La costruzione concettuale del *crimen*

Premessa. L'emersione dei <i>generalia delictorum</i>	51
3.1. Matthaeus 'incompiuto': la <i>diffinitio delicti</i> e l'estinzione del <i>crimen</i>	54
3.2. La classificazione dei crimini. Premessa	62
3.2.1. L' <i>omissio</i>	64
3.2.2. La <i>divisio ex qualitate criminis</i>	68
3.2.3. Reati comuni e reati <i>proprii certo hominum generi</i>	71
3.2.4. «Aujourd'hui les peines sont arbitraires en ce royaume». L' <i>Hauptproblem</i> dell'età Barocca: la <i>divisio crimina publica</i> e <i>crimina extraordinaria</i> e l' <i>arbitrium iudicis</i>	73
3.2.5. Lo 'strumento di chiusura' del sistema: il <i>crimen doli</i>	76
3.2.6. «Neminem esse dominum membrorum suorum»: il <i>Selbstverletzung</i> e il suicidio	77

Capitolo 4. «*Voluntarium est cuius principium est in agente*»

4.1. «Maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit». Il dolo	81
--	----

4.2. L'esclusione del dolo.....	94
4.2.1. La <i>culpa</i>	94
4.2.2. I <i>doli non capaces</i>	96
4.2.3. L'errore	106
4.2.4. La legittima difesa, la provocazione e lo stato di necessità	123
4.2.5. La prova del dolo.....	143
Capitolo 5. Le modalità di perpetrazione dell'atto criminoso:	
«assumptum et inchoatum scelus – crimen perfectus, conatus	
e cooperatio ad scelus»	
Premesse ordinatorie	151
5.1. «Nuda cogitatio crimen non est, nec quisquam poenam eius patitur».	
La disciplina del tentativo	152
5.2. La <i>cooperatio ad scelus</i> .	
I <i>topoi</i> del penale egemonico nell'età dell'Assolutismo e della Riforma.	
Premesse	157
5.2.1. Il <i>consilium sceleris</i>	161
5.2.2. L' <i>istigatio ad scelus</i>	163
5.2.3. L' <i>opem ferre</i>	166
5.2.4. Lo <i>scelus mandare</i>	167
5.2.5. Lo <i>scelus jubere</i>	172
5.2.6. La <i>ratihabitio sceleris</i>	175
5.2.7. Il <i>prohibere posse nec prohibuisse</i>	177
5.2.8. I <i>Collegia illicita</i>	179
Note conclusive	181
Indice dei nomi di persona e di luogo	193
Fonti normative e fonti d'archivio	201
Fonti dottrinali	203
Bibliografia	211
Abstract in English	233

Introduzione

1. Anton Matthaeus e il *Golden Age* della giurisprudenza olandese

Il XVII può considerarsi per la giurisprudenza olandese un vero e proprio ‘Secolo d’oro’,¹ nel quale essa riuscì a maturare quelle metodiche e quei contenuti che, per il tramite dei precorritori del giusnaturalismo moderno, determinarono il transito dalla cultura umanistica a quelle illuministica e storicistica dei secoli seguenti. Il ‘mondo riformato’ secentesco diede vita, infatti, a un singolare connubio: da una parte, gli ideali filologici tipici della ‘giurisprudenza culta’ favorirono indagini storico-antiquarie in ogni settore del sapere giuridico; dall’altra, un rinnovato interesse dei giuristi accademici per la prassi produsse lo sviluppo di un modello d’analisi che fece convergere le finalità dell’*Usus modernus* con l’erudizione tipica degli umanisti.

La storiografia tedesca sottolinea la poliedricità e la straordinaria vitalità di questa stagione che «comprendeva in sé atteggiamenti di pensiero e scelte metodologiche profondamente differenti»² e che seppe far «emergere quella dogmatica giuridica finemente elaborata da cui sarebbero poi nati i codici dell’età napoleonica».³ Al rigore del metodo storico-filologico e sistematico della giurisprudenza elegante, infatti, si affiancarono la ricerca antiquaria, l’attenzione per lo *ius patrium* e gli ordinamenti territoriali, il tutto con un nuovo modo di porsi nei confronti del *Corpus Iuris*, ormai considerato come *ratio scripta* dalla quale dedurre «i principi dell’ordinamento» e «la disciplina generale degli istituti» in connessione sistematica.⁴

Se fino ad allora la dottrina italiana non aveva trovato validi concorrenti nelle normative principesche, territoriali o statutarie, ora le *costumen* cittadine (*ius municipale-*

¹ Così Raat A.W.G., *Divine Law, Natural Law and Reason in Dutch Jurisprudence: the Rise of Moral Relativism in the Jurisprudence of Dutch ‘Golden Age’*, in «Tydskrif vor Christelike Wetenskap», 2005, pp. 1-29.

² Wieacker F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967, trad. it. Santarelli U., Fusco S., Milano, 1980, p. 320.

³ Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, p. 321. Cfr. Koschaker P., *L’Europa e il diritto romano*, trad. it. Biscardi A., Firenze, 1962, pp. 208 e ss. Con riferimento alla scienza criminalistica in area protestante si vedano Schaffstein F., *Studien zur Entwicklung der Deliktbestände im Gemeinen Deutschen Strafrecht*, Göttingen, 1938, ora in Schaffstein F., *Abhandlungen zur Strafrechtsgeschichte und zur Wissenschaftsgeschichte*, Aalen, 1986 e Schmidt E., *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, 1965, pp. 147 e ss.

⁴ Birocchi I., *Alla ricerca dell’ordine. Fonti e cultura giuridica nell’età moderna*, Torino, 2002, p. 57. L’autore ricorda che questa via era «stata tracciata dalla cultura umanistica, specialmente francese del Cinquecento» e che fu «ulteriormente battuta dalle correnti giusnaturalistiche secentesche» che, in connessione a istanze politiche antimperiali, appoggiarono le rivendicazioni autonomiste dei singoli principi o signori territoriali (così Molitor K., *Der Versuch einer Neukodification des römischen Rechts durch Philosophen Leibniz*, in *L’Europa e il diritto romano. Studi in onore di Paul Koschaker*, Milano, 1954, p. 361, citato da Birocchi, *Alla ricerca dell’ordine*, p. 57, nota 25). Birocchi si sofferma sul procedimento con il quale da un lato gli eccessivamente astratti principi di diritto naturale venivano concretizzati nelle forme tipiche degli istituti romanistici, dall’altro quelli romanistici, «perdendo la propria dimensione storica, venivano rimodellati in senso universale».

einheimisches Recht),⁵ intese quale «complesso del diritto proprio di ciascun ordinamento»,⁶ rivendicavano la propria preminenza nei confronti del diritto comune, cui era assegnata unicamente una funzione sussidiaria.⁷

Lo stesso insegnamento evidenziava una sostanziale emancipazione dal *mos italicus*: alle tradizionali cattedre di *Institutiones* e *Pandectae*, iniziarono ad affiancarsi, in parziale sostituzione delle lezioni sul *Codex*, insegnamenti di diritto canonico, processuale, feudale, patrio e *lectiones extraordinariae* informali che avevano lo scopo di dotare i discenti di una migliore preparazione pratica.⁸ Le prime facoltà ad adottare questa sorta di riforma furono proprio quelle dei territori di area protestante dei Paesi Bassi: nel 1682 a Ulrik Hüber venne affidata dall'Università di Franeker la cattedra in *ius statutarium* della provincia della Frisia e nel 1688 l'ateneo di Leida «attribuì la *professio praxis* a Johann Voet».⁹

In quest'intreccio di spirito critico e pragmatico, l'interesse umanistico verso l'erudizione storica, «riviveva [...] con un più specifico indirizzo verso la storia pa-

⁵ Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine*, p. 51, fa riferimento, in proposito, a Struve B.G., *Bibliotheca iuris selecta secundum ordinem disposita atque ad singulas iuris partes directa*, Jenae, I, 1705 e Lipenius M., *Bibliotheca realis iuridica*, Leipzig-Bratislava, 1757-1823.

⁶ Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine*, p. 51.

⁷ Lombardi L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975, pp. 200 e ss. L'istituzione del *Hof van Holland* (Tribunale d'Olanda) da parte di Guglielmo II nel 1256 determinò l'ufficializzazione dell'utilizzo del diritto romano nel supremo tribunale olandese come fonte sussidiaria (Van Leeuwen's S., *Commentaries on Roman-Dutch Law*, rev. and ed. with notes in two volumes by Decker C.W., transl. from the original dutch by Kotzé J.G., London, 1921, appendix to vol. I, p. 7). La teoria di van Leeuwen, che individua nel 1256 la sanzione della recezione del diritto romano, è confermata da van Bynkershoek, Hüber e Grozio. Da quel momento, a sentir Ugo Grozio, «i giudici in assenza di leggi, carte, privilegi o *costumen* [raccolte di consuetudini o statuti], [avrebbero dovuto] fondare le loro decisioni principalmente sul diritto romano» (così van Leeuwen's, *Commentaries*, p. 128). Sulla recezione del diritto romano nei Paesi Bassi si vedano in particolare Van Oven J.C., *Le droit romain aux Pays-Bas*, in «Atti del Congresso internazionale di diritto romano», (Bologna), II, Pavia, 1935; Hermsdorf B.H.D., *Das römischen Recht in Nederland*, «Ius Romanum Medii Aevi», Parte V, 5 a, 1968; Cavanna A., *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, I, Milano, 1982, pp. 428 e ss.

⁸ In argomento si vedano Stobbe O., *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, Leipzig, 1860, Braunshweig 1864, rist. an. comp. Aalen, 1965, II, p. 417; Stintzing R., E. Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1880-1898, vol. III, München-Leipzig, 1910, rist. an. comp., Aalen, 1957, III, pp. 240 e ss.; Coing H., *Römisches Recht in Deutschland*, «Ius Romanum Medii Aevi», Parte V, 6, Milano, 1964, parr. 19, 21. Ulrick Hüber nacque a Dokkum nel 1636. Compì i propri studi a Franeker, Utrecht e Heidelberg e intraprese la carriera di docente già nel 1657 come professore di Eloquenza e Storia all'Università di Franeker; a partire dal 1665, nello stesso Ateneo, accettò l'incarico di docente di diritto. Dal 1679 al 1682 fu giudice della Corte d'Appello della Frisia, incarico che abbandonò per ritornare alla libera docenza fino alla morte che lo colse a Franeker nel 1694. Hüber è considerato il maggior giurista che la Frisia abbia mai avuto e l'Università di Groenigen, per questo motivo, gli ha dedicato uno degli istituti della Facoltà di Legge. È ricordato per i suoi studi romanistici e per due celebri opere: il *De jure civitatis libri tres. Novam Publici Universalis disciplinam continens. Insertis aliquot de jure sacrarum & Ecclesiae, capitibus* (1672-1694) e uno scritto in lingua olandese *Heedensdaegse Rechtsgeleertheit soo elders, als in Friesland gebruikelijk* (1686), nel quale fornisce una dettagliata descrizione del sistema giuridico della Frisia dei suoi tempi. Su Ulrick Hüber, Mozzarelli C., *Introduzione a Alberto De Simoni, Memorie intorno alla propria vita e scritti*, a cura di Mozzarelli C., Milano, 1972, pp. 22 e 33, nota 53; Lomonaco F., *Lex regia. Diritto, filologia e fides historica nella cultura politico-filosofica dell'Olanda di fine Seicento*, Napoli, 1990; Dezza E., *Tommaso Nani e la dottrina dell'indizio nell'Età dei Lumi*, Milano, 1992, p. 35 e nota 102; p. 89 e nota 111; p. 90; p. 92 e nota 118; pp. 113-114, p. 135 e nota 119; Padua Schioppa A., *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003, p. 284.

⁹ Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine*, pp. 54-55.

tria»:¹⁰ la *Inleiding tot de hollandsche Recht-Geleerdheid* (Introduzione alla giurisprudenza olandese) di Ugo Grozio e il *De origine juris Germanici* di Hermann Conring sono ricordati come i primi contributi alla storia, alla cultura, alle istituzioni e al diritto delle nazioni germaniche.¹¹ Un così vivo fermento ‘nazionalistico’ affondava le proprie radici nelle correnti di marca protestante che determinarono il superamento della ‘Recezione teoretica’ e favorirono la consapevolezza della vigenza del diritto romano *usu sensim receptum*.¹² In effetti, il crollo delle potenze universali, palesatosi nell’età della Riforma e della Controriforma, condusse politicamente alla contrapposizione fra l’Imperatore e gli *Stände*, fra i Principi, i *Länder* e le città,¹³ e giuridicamente, sia all’affermazione del diritto pubblico quale disciplina scientifica autonoma,¹⁴ sia all’emersione di un concetto di sovranità che contribuì alla definizione del quadro politico-costituzionale successivo alla Guerra dei Trent’anni.¹⁵

Fu proprio questa ‘poliedricità’ – determinata dalla convergenza fra le finalità eminentemente pratiche dell’*Usus modernus* e le metodiche umanistiche – che consentì agli esponenti della cosiddetta giurisprudenza elegante, autentici epigoni della

¹⁰ Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, p. 317.

¹¹ Così Wessels J.W., M.H. Hoeflich, *History of Roman-Dutch Law*, New Jersey, 2005, p. 126; Grozio U., *Inleiding tot de hollandsche Recht-Geleerdheid*, Amsterdam, 1738, I, II; Van Leeuwen’s, *Commentaries*, p. 5 (cfr. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, p. 310). È stato scritto che l’*Introduzione alla giurisprudenza olandese*, composta nel 1619 ed edita nel 1631, può considerarsi «una delle prime e delle più fortunate esposizioni di un ordinamento giuridico nazionale nel contesto culturale del Diritto comune» (Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, p. 438). Sull’opera, Birocchi, *Alla ricerca dell’ordine*, p. 164; Wellschmied K., *Zur Entstehung und Bedeutung der Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid von Hugo Grotius*, «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte», Germanistische Abteilung, 69, 1952; Feenstra R., *Een handschrift van de Inleidinge van Hugo de Groot met de onuitgegeven Prolegomena juri hollandico praemittenda*, «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», XXXV, 1967, pp. 444-484; Fruin R., *Geschiedenis der Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleertheyd, met aanteekeningen van Fockema S.J.*, Arnhem, 1985, I, pp. XV-XXXII. Su Conring vedi Hermann Conring (1606-1681). *Beiträge zu Leben und Werk*, herausg. von Stolleis M., Berlin, 1941.

¹² Sul superamento della ‘Recezione teoretica’ e sull’affermazione del diritto patrio, Stintzing, *Geschichte*, II, 2, pp. 32 e ss.; Landsberg, *Geschichte*, III, I, pp. 39 e ss. e 117 e ss.; Wolf E., *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, IV ed., Tubinga, 1963, pp. 216 e ss.

¹³ Sul quadro politico europeo in questo delicato periodo di transizione si veda Sbriccoli M., *Crimen lesae maeistatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 1974, pp. 44-76, ove migliori ragguagli bibliografici. La storia della lotta per l’indipendenza dei Paesi Bassi spagnoli contro il giogo di Filippo II è, da questo punto di vista, assai significativa. Sui ‘risvolti’ in campo processualpenalistico in questo contesto, Dezza E., «*Pour pouvoir au bien de notre justice*». *Legislazioni statali, processo penale e modulo inquisitorio nell’Europa del XVI secolo*, in «Diritto penale XXI secolo», 2002, pp. 26 e ss.; Alessi G., *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Napoli, 1979 e Alessi G., *Tra rito e norma. La legalità prima della legge*, p. 56. Per un quadro storico-culturale generale si veda Braudel F., *Civiltà e imperi nel Mediterraneo nell’età di Filippo II*, Torino, 1986.

¹⁴ Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, p. 319.

¹⁵ Sull’emersione del moderno concetto di sovranità si vedano Kantorowicz E.H., *Kingship under the Impact of Scientific Jurisprudence*, in «Twelfth-Century Europe and the Foundations of the Modern Society», a cura di Clagett M., G. Post, R. Reynolds, Madison-Milwaukee-London, 1966, pp. 381-398; Padoa Schioppa, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, pp. 366 e ss.; Meinecke G., *L’idea della ragion di Stato nella storia moderna*, trad. it., Firenze, 1970; Piano Mortari V., *Il potere sovrano nella dottrina giuridica del secolo XVI*, Napoli, 1973, pp. 91 e ss. e Villey M., *La formazione del pensiero giuridico moderno*, trad. it., Milano, 1986, pp. 281-285.

‘Scuola Culta’,¹⁶ di elaborare impianti teoretici utilizzabili nella prassi, nei quali la normazione – principesca, territoriale o cittadina – veniva integrata, omogeneizzata e interpretata alla luce dei principi del diritto romano e naturale,¹⁷ in una cornice storicistica che faceva intravedere le prime concezioni relativistiche del diritto,¹⁸ «mutevole perché costruito dall’uomo» e in necessaria correlazione con le istituzioni socio-politiche che lo determinano.¹⁹ Anton Matthaeus (1601-1654)²⁰ si colloca perfettamente

¹⁶ Sulla vocazione pratica della Scuola Elegante si vedano in particolare Schrage E., *La scuola elegante olandese*, in «Studi senesi», 104, 1992, pp. 536-537; Birocchi, *Alla ricerca dell’ordine*, pp. 58 e ss. e Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, pp. 320-321 e p. 333.

¹⁷ Sui primi influssi razionalistici nel diritto privato in area protestante e riformata, Schaibart-Fickentscher G., *Hallesche Spruchpraxis. Consiliensamml. Hall. Gelehrter*, 1960 (cfr. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, pp. 330 e ss.). Sulla medesima influenza entro tali territori nel diritto criminale, von Bar C.L., *Geschichte des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1882, pp. 152 e ss.; Berner A.F., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, XVII ed., Leipzig, 1895, pp. 170 e ss.; Schaffstein, *Abhandlungen*, pp. 55 e ss.

¹⁸ Sullo storicismo in ambito giuridico, Birocchi, *Alla ricerca dell’ordine*, p. 70, ricorda che «il tema del legame tra storia e diritto attraeva gli storici impegnati a studiare il passato attraverso documenti [...] che in qualche modo si richiamavano all’esperienza giuridica; contemporaneamente attraeva giuristi – non importa se di spirito forse più divulgatore che originale – di tempra riformatrice e legati alle istanze di efficienza delle corti principesche e alle domande di promozione sociale che salivano dalla società civile: si allude a giuristi come Huber, Heineccius e Barbeyrac, tutti personaggi appartenuti alla cultura riformata e attivi tra i Paesi Bassi, la Germania e la Svizzera a cavallo fra Sei e Settecento, ma di grande successo anche negli ambienti di orientamento cattolico». In argomento si vedano anche Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, pp. 246 e ss., in particolare pp. 333-337 e Tessitore A., *I fondamenti della filosofia politica di Humboldt*, Napoli, 1965, pp. 13 e ss.

¹⁹ Birocchi, *Alla ricerca dell’ordine*, p. 62, nota 55, riporta come esempi di tale atteggiamento la «presentazione delle *decisiones* della Rota genovese curata da Marco Antonio Bellonio (1582), nella quale il giurista sottolineava che, «per la diversità dei costumi e le differenze tra le regioni», le leggi mutavano da un popolo all’altro» e l’opera di Burgundius *Ad consuetudines Flandriae aliarumque gentium tractatus controversiarum* del 1621.

²⁰ Per esaustive informazioni sulla figura di Anton Matthaeus si vedano Schlüter F., *Antonius Matthaeus II aus Herborn, die Kriminalis des XVII Jahrhunderts, der Rechtslehrer Utrechts*, Breslau, Giessen, 1929 (cui si riferiscono le citazioni), ristampato a Frankfurt am Main, 1977 e Tokio, 1977, che oltre a fornire le indicazioni biografiche più complete, analizza le sezioni del *De Criminibus* dedicate alla parte sostanziale del diritto criminale (cfr. Peruzzi P., *Prefazione a Matthaei A., Prolegomena al commento ai libri XLVII e XLVIII – De Criminibus – del Digesto*, trad. a cura di Mari P., Urbino, 1995). Si vedano anche Stintzing, *Geschichte*, I, pp. 255-258; von Wächter C.G., *Beilagen zu Vorlesungen über das deutsche Strafrecht*, Leipzig, 1881, p. 132; von Bar, *Geschichte*, p. 152; Rein W., *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus: Ein Hilfsbuch zur Erklärung der Classiker und der Rechtsquellen für Philologen und Juristen*, Köhler, 1844, pp. 17 e 18; Hälschner H., *Geschichte des brandenburgisch-preussischen Strafrechts*, Bonn, 1855, p. 155; Esmein A., *Histoire de la justice criminelle au XVI^e siècle*, Gent-Paris, 1868, par. 229, rist. an., Neudruck, 1970, pp. 314-315; van de Vrugt M., *Antonius Matthaeus II 1601-1654, Utrechste eerste primarius iuris*, in «Van den Bergh G.C.J.J., Rechtsgeleerd Utrecht», Utrecht, 1987; Welten R., *Utrechtse hoogleraaren in de rechten (1636-1815). Enkele aspecten van de geschiedenis van de rechtenfaculteit te Utrecht*, «Tidskrift för rettsvidenskap», LV, 1987, pp. 67-101; Stollie M., *Juristen. Ein biographisches Lexicon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, München, 1995, p. 414; Ashmann M.J.A.M., *Bibliografie van hoogleraaren in de rechten aan de Utrechtse Universiteit tot 1811*, in «Geschiedenis der Nederlandsche Rechtswetenschap», VII-2, Amsterdam 1993, pp. 83-95; Hewett M., J. Hallebek, *The Prelate, the Praetor and the Professor: Antonius Matthaeus II and the Crimen Laesae Majestatis. Utrecht 1639–1640*, «The Legal History Review», 66, 1998; Wessels J.W., M.H. Hoeflich, *History of the Roman-Dutch Law*, Cape Town, 2005, pp. 316-317; Schmidt E., *Das mittelalterliche deutsche Strafrecht*, in «Lehrbuch des deutschen Strafrechts», a cura di Von Liszt F., Berlin-Leipzig, 1927, p. 55; Fiorelli P., *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, I, Milano, 1953, *ad indicem*, in particolare I, pp. 173-174; Alessi, *Prova legale e pena*, pp. 99, 106, 167-172; Cordero F., *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Bari, 1986, pp. 502-506; Dezza E., *Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni*, Milano, 1989, pp. 106 e ss.; Birocchi I., *Considerazioni sulla legislazione e la dottrina criminale in Sardegna nel periodo precedente all’introduzione del Codice*

te, accanto a Ugo Grozio e agli altri grandi giuristi della Scuola olandese, Joan Voet, Jan van de Sande e Ulrik Hüber, nel vivace quadro politico-culturale dell'Europa protestante-riformata del Seicento.²¹ L'autore, infatti, nel fecondo clima culturale dei Paesi Bassi del secolo XVII, compose le *Paroemiae Belgarum Jurisconsultis usitatissime* –²² che sono considerate dalla storiografia di lingua tedesca il modello precorritore dei lavori antiquari di area germanica –²³ e il Commentario *De Criminibus* ai libri XLVII e XLVIII del *Digesto* (1644) che, accanto all'accurata ricostruzione del diritto criminale e dell'*accusatio* romana,²⁴ prevede un'analisi del processo inquisitorio scabinale: in questa analisi il criminalista assiano si serve del metodo culto di ricerca nella costruzione di numerosi istituti indigeni e, conformemente alla tendenza dei tempi, tempera norme e integra lacune dello *ius municipale* grazie ai dettami di quelli *civile* e *naturale*.

Certo, lo spiccato eclettismo del «Nume tedesco-olandese»²⁵ potrebbe far sospettare che la sua opera fosse condotta lungo percorsi e verso esiti contraddittori: nell'analisi del processo criminale il recupero del modulo accusatorio romano-classico era proposto addirittura nella stessa opera che analizzava, con analoghe metodologie, anche se con finalità eminentemente didattiche, l'*inquisitio* scabinale; quindi, il Commentario desti-

Feliciano; il trattato “*Dei delitti e delle pene*” di Domenico Fois, in «La Leopoldina nel diritto e nella giustizia di Toscana», Milano, 1989, «Illuminismo e dottrine penali», (5), *ad indicem*; di Noto Marella S., *Le letture dei giuristi. Aspetti del dibattito sulla tortura nel Consiglio di Giustizia di Mantova (1772)*, in «La Leopoldina nel diritto e nella giustizia di Toscana», (5), pp. 39-174, *ad indicem*; di Renzo Villata G., *Formare il giurista: esperienze nell'area lombarda tra sette e ottocento*, Milano, 2004, pp. 58 e ss. e da ultimo il recentissimo contributo alla storia del processo penale di Dezza E., *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia, 2013, pp. 79-82.

²¹ Sull'influenza della grande Scuola di diritto criminale olandese nel pensiero di Tommaso Nani, Dezza, *Tommaso Nani*, pp. 90-91, nota 114 e p. 135. Sul ruolo di Hüber nell'affermazione del principio del libero convincimento del giudice, Padoa Schioppa, *Italia ed Europa*, p. 284.

²² Matthaeus II A., *Paroemiae Belgarum jurisconsultis usitatissimae*, [quibus] *praeter Romanorum aliarumque gentium mores et institutae Jus Ultrajectinum exponentes [exponitur] et elucidantes [elucidatur] editio altera*, cui *accesserunt additiones post quamlibet paroemiam, continens jus et praxim, tam in bonis allodialibus quam feudalibus, circa easdem, non tantum in foederato Belgio, sed & in Hispania, Gallia, Saxonia, Bavaria, Hannonia, Flandria, Brabantia, aliisque provinciis observatum, una cum indice rerum et verborum locupletissimo*, Brussels, 1694. L'opera conobbe tre edizioni postume, le prime due a Utrecht (1667-1677) e la terza a Buxelles (1694), (rist. 1696). Sulla falsariga delle *Paroemiae* anche i *Veteris Aevi aneecta seu vetera aliquot monumenta quae hactenus nondum visa, quibus continentur scriptores varii*, pubblicati postumi da Matthaeus III a Leida nel 1698 e riediti nel 1738. La raccolta è un'opera divisa in dieci volumi nei quali il figlio primogenito del nostro autore raccoglie, senza che sia visibile alcun ordine sistematico (così Schlüter, *Antonius Matthaeus II aus Herborn*, pp. 15-16), *recitationes* e *praelectiones* del padre, oltre a cronache e frammenti di autori vari relativi principalmente alla storia dei Paesi Bassi nel Medioevo e nel primo evo moderno. I *Veteris aevi aneecta* contengono, tra i tanti, alcuni frammenti in lingua olandese di una antica cronaca in versi, attribuita a J. van Lemmigis di Groeningen, la cronaca scritta dalla Badessa del convento in *suburbanis Trajectensibus*, Henrica van Erp, alcune annotazioni di Olivier de la Marchés sulla Corte del Duca di Borgogna, Carlo il Temerario, una cronaca belga scritta in lingua latina degli anni dal 1285 al 1479, edita da Petrus Scriver, e una biografia del Sacro Romano Imperatore Carlo V nel periodo della sua campagna in Terrasanta, curata dal Vescovo di Utrecht, Filippo di Borgogna.

²³ Hoops J., H. Beck, R. Muller, *Reallexikon der germanischen Altertumskunde*, Wien, 2003, p. 280, ritengono l'opera una sorta di primo modello di interesse per le origini delle istituzioni e del diritto di matrice germanica, cui sarebbero seguite le assai più note *De origine juris Germanici* (1643) di Hermann Conring e *Thesaurus paroemiarum Germanico-Juridicarum* (1716) di Tobias Pistorius.

²⁴ Un'attenzione quasi ‘maniacale’ è dedicata all'origine e all'evoluzione dell'istituto della tortura giudiziaria, alle singole pene e al sistema sanzionatorio di ciascuna fattispecie di ‘parte speciale’.

²⁵ Solimano S., *Paolo Risi e il processo penale (1766)*, Milano, 2001, p. 485.

nato a costituire un «vero e proprio manifesto del nascente movimento dottrinale volto al superamento del sistema penale di Antico Regime e del correlativo modello processuale inquisitorio»,²⁶ perseguiva in pari tempo la ricostruzione dell'*inquisitio*, con pregevoli spunti filologico-storistici, di cui approntava, per di più, un'*interpretatio* mitigatrice sulla base dei dettami del diritto romano e della «retta ragione».

Occorre, tuttavia, considerare il contesto storico-giuridico nel quale l'autore operò, la sua formazione culturale, gli scopi dichiarati dell'opera e non scordare, tra l'altro, che la stessa parvenza di «ambiguità» è presente in Grozio, a un tempo capace di filtrare, attraverso i dettami del moderno diritto naturale, il diritto romano nel *De iure belli ac pacis* e il diritto patrio nella *Inleiding*.²⁷ Non si deve, infatti, dimenticare che i decenni a cavaliere della metà del secolo XVII rappresentarono per i territori riformati un interessante e variegato crocevia che condusse alla secolarizzazione dello Stato e del diritto e alle prime teorizzazioni giusnaturaliste e razionaliste, i cui prodotti, a buona ragione,²⁸ possono considerarsi l'anello di congiunzione fra le speculazioni umanistiche e la progettualità illuministica.²⁹ Ricordando, poi, la formazione pedagogica di Matthaeus e la finalità eminentemente didattica del *De Criminibus*, voluta dal Senato accademico per gli studenti dell'Università,³⁰ non si può che concludere con il suo autore: «Noi che pensiamo soprattutto agli studenti, [...] ci preoccupiamo di non lasciarli privi di cognizioni».³¹

Come sottolineano la Hewett e lo Halleebek in un contributo sul ruolo giocato dal criminalista batavo nel caso Rovenius, il *De Criminibus*, merito di Matthaeus, non è solo una dissertazione accademica sul diritto dotto, ma ha anche lo scopo di istruire i «giovani desiderosi di conoscenza legale», di aiutarli a riflettere criticamente e intelligentemente sulla legge come un sistema vivente e di prestare attenzione alle esigenze della prassi,³² se del caso, rivalutando taluni istituti che possano prestarsi a tale finalità.³³

²⁶ Dezza, *Accusa e inquisizione*, p. 107; Dezza, *Lezioni*, pp. 79 e 82.

²⁷ Wellschmied, *Zur Inleidinge*, p. 436.

²⁸ Raat, *Divine Law, Natural Law and Reason*, p. 28, si esprime in termini di «transizione dal diritto biblico alla legge dello Stato».

²⁹ Dezza, E., *Sistematica processuale*, p. 162; Dezza, *Lezioni*, pp. 79 e 82.

³⁰ *Die Matrikel der Hohen Schule und des Pädagogium zu Herborn* a cura di Zedler G., H. Sommer, G. Weisbaden, M. Bergmann, 1908, pp. 62-75, riporta il dato di un Antonius Matthaeus *Herbornensis*, immatricolato il luglio 1619, e il dato è confermato da un elenco degli studenti della Scuola di Herborn URL: <http://www.gottsleben-genealogie.com/studenten_herborn_1613_1619.htm>, [data di accesso: 12/12/2006] pubblicato in data 8 settembre 2008 con il titolo *Studentender Hohen Schule Herborn (1613-1619)*; sembra, quindi, che Matthaeus, seguendo le orme del nonno e del padre, abbia intrapreso prima studi in materie pedagogiche ai quali sarebbero seguiti, dopo il trasferimento a Groeningen, a partire dal 1625, gli studi in Giurisprudenza: la documentazione dell'Università di Groeningen registra nel 1628 il suo dottorato *in utrumque ius*. Sul punto anche Van de Vrugt, *Antonius Matthaeus II 1601-1654*, pp. 25 e 26; Hewett, Halleebek, *The Prelate, the Praetor and the Professor*, pp. 6 e 7.

³¹ Matthaeus A., *De Criminibus ad lib. 47 e 48 Digesti commentarius Antonius Matthaei IC*, in *illustri Academia Ultrajectina antecessoris, Prolegomena*, 4.3., opera consultata nella prima ed. di Utrecht del 1644, nell'ed. napoletana del 1772 e nell'ed. pavese del 1803, alla quale si riferiscono le citazioni che nel prosieguo, per comodità, recheranno la sigla DC.

³² Hewett, M., J. Halleebek, *The Prelate, the Praetor and the Professor*, pp. 7 e 8; DC *Prolegomena*, 4.3.

³³ Berner, *Lehrbuch*, p. 16.

2. Sovranità e prerogative del *Princeps*.

Matthaeus e la giurpubblicistica antiassolutista di area protestante

Non meno coerente con il pensiero politico-giuridico dell'area riformata è l'individuazione del concetto di sovranità: a conferma del pluralismo o, meglio, della polverizzazione territoriale e autoritativa che aveva caratterizzato le sue realtà (Sacro Romano Impero e Province Unite), il giurista riteneva che la sovranità prescindesse dalle dimensioni territoriali dell'istituzione e che, come già per Bodin,³⁴ essa non fosse nient'altro che la «specificazione giuridico-simbolica del potere di qualcuno su coloro che gli sono sottoposti».³⁵ L'espresso richiamo ai *Sei Libri della Repubblica*, che aveva

³⁴ DC 48.2.1.3.: «[...] non enim immensis terrarum spatiis, sed vi imperii maiestatem metimur. Itaque ut elephas, quamlibet immani corporis mole praeditus non magis est animal quam formica». L'«elegante similitudine» è riproposta anche da Filippo Maria Renazzi in argomento di *crimen lesae*, perpetrabile tanto contro il più esteso impero, quanto contro la più piccola istituzione sovrana, dal momento che la sovranità non è diretta conseguenza della vastità territoriale dei possedimenti, ma della capacità di esercizio della medesima da parte della pubblica autorità (Renazzi Ph. M., *Elementa juris criminalis*, Ed. IV italiana, Senis, 1764, Lib. IV, pars. III, cap. I, 1, p. 190: «Non enim amplitudine civitatis ac territorii, immensisque terrarum spatiis; sed imperandi jure metienda est majestas, vique publicae potestatis, quae eadem est sive in parvo, sive in magno imperio; ut elephas, etsi immani corpori mole praeditus, non magis animal est, quam formica»). «In un quadro frammentario e di profonda crisi politica, sociale e giuridica e nel venir meno, per effetto delle guerre civili, di quel sostrato materiale comune a tutte le città, le strade, i templi, sequestrati dalle fazioni in lotta, Bodin innalza superba e insensibile ai clamori che si levano tutt'intorno, la definizione di Stato: "Per Stato si intende il governo giusto che si esercita con potere sovrano su diverse famiglie e su tutto ciò che esse hanno in comune fra loro. Un governo che, dopo aver creato le condizioni elementari necessarie alla vita in comune dei cittadini, si rivolga alla creazione delle virtù morali, alle arti belle e alla contemplazione delle cose umane e divine; nel quale la cellula fondamentale è la famiglia, non l'individuo, anzi, le famiglie collegate tra loro da un interesse collettivo; un governo, infine, a completamento della definizione, che si esercita con potere sovrano, cioè assoluto e perpetuo"» (così Perini L., *Il pensiero politico: il principe e la ragion di Stato*, in «La Storia», vol. VII, Novara, 2007, pp. 319-320). Pur rimanendo nella tradizione aristotelica, secondo la quale lo Stato è un fatto naturale che si forma per allargamento dalla famiglia, Bodin ha ben presente la separazione fra pubblico e privato. In un'opera composta nel pieno delle sanguinose guerre di religione è comprensibile l'attenzione rivolta ai rischi di guerre civili e l'anelito verso valori quali stabilità, armonia e pace. Il filosofo francese, per i motivi anzi detti, ritiene obiettivo fondamentale dello Stato la preservazione dell'unità religiosa e, se questa risulta irrealizzabile, allora si rende necessario un regime di tolleranza. Altro settore dove gli Stati si giocano la propria esistenza è quello economico e i cardini di politica economica bodiniana sono il rispetto della proprietà privata, l'equità fiscale, la libertà degli scambi e la certezza del valore della moneta. Su Bodin si vedano in particolare Padoa Schioppa, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, pp. 102, 117, 346, 351, 367-369, 373, 410, 590 e Quaglianone D., *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica nell'età moderna*, Padova, 1992.

³⁵ Sbriccoli M., *Crimen lesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 1974, pp. 201-202, ove maggiori ragguagli alle pp. 185 e ss. Matthaeus in DC 47.2.1.3, fa riferimento proprio alla celebre *diffinitio* del filosofo francese (Bodin J., *De Republica*, 1,8): «*Maiestas est eam recte a Ioanne Bodino definitam [...] quod sit summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*». Quella della sovranità, variamente espressa dalla tradizione ebraica (*amos*), dai Greci (*kurion politeuma*), dai Latini (*maiestas*), dagli Italiani (*signoria*), è la nozione più importante elaborata da Bodin e per la quale egli è giustamente diventato celebre: «La legge dipende da colui che ha la sovranità; egli può obbligare tutti i sudditi, e non può obbligare se stesso; mentre il patto è mutuo, tra principe e sudditi, e obbliga le due parti reciprocamente né una delle parti può venire meno ad esso a danno dell'altra senza il suo consenso». Con queste poche parole Bodin esprime il movimento di separazione dello Stato moderno dalla cornice sociale medievale: al posto dei rapporti di reciprocità che pervadevano i rapporti sociali medievali, subentra il dettame autonomo e indipendente di chi detiene la sovranità, nozione sì giuridica, ma anche empirica, nel senso che sovrano è colui che è padrone della forza. Sull'emersione del concetto di sovranità si indicano, senza alcuna pretesa di esaustività, Padoa Schioppa, *Italia ed Europa*, pp. 366 e ss.; Kelly J., *Storia del pensiero giuridico occidentale*, Bologna, 1996, pp. 225 e ss.; Villey, *La formazione del*

posto il concetto di sovranità al centro della definizione di Stato e che fondava le proprie argomentazioni sul metodo storico-comparativo, deducendo dall'osservazione dei regimi presenti e passati i caratteri costanti di ogni associazione politica,³⁶ non è un caso e neppure uno sbaglio per un giurista che si attestava su posizioni antiassolutistiche: il magistrato francese, infatti, era rimasto nel solco della filosofia aristotelica (che Matthaeus aveva difeso con tanta vigoria contro l'arrembante cartesianesimo nel corso della *Querelle d'Utrecht*)³⁷ ed era il 'padre putativo' del Manifesto dell'Aja, documento con il quale le sette province settentrionali,³⁸ riecheggiandone le dottrine contrattualistiche e giurisdizionalistiche, si costituirono in federazione indipendente, sotto la guida dello *Statolder* Guglielmo d'Orange.³⁹

E proprio la svolta teorico-politica delle Province Unite assurse come modello dell'opposizione all'assolutismo: nel 1611 Louis Turquet de Mayerne dedicò agli Stati Generali della repubblica federale *La monarchie aristodémo-cratique*, nella quale, riesumando la teoria classica della costituzione mista, delineava un futuribile progetto di riforma del Regno di Francia fondato su di un riassetto istituzionale tra monarchia e nobiltà e nel 1613 Johannes Althusius, nella repubblicana Emden, nella sua *Politica methodice digesta*, dedicata agli Stati della Frisia, disegnava un manifesto contro l'assolutismo, indicando come modello di potere che 'proveniva dal basso' proprio gli Stati delle Province Unite.⁴⁰ Althusius non viene citato direttamente da Matthaeus (che

pensiero giuridico moderno; Maravall J.A., *The Origins of the Modern State*, in «Cahiers d'histoire mondiale», 1961, pp. 789-808, trad. it., *Le prime forme dello Stato moderno*, a cura di Rotelli E. e P. Schiera, Bologna, 1971, vol. I, pp. 173-192.

³⁶ Così Comparato V.I., *Il pensiero politico dall'Assolutismo alla divisione dei poteri*, in «La Storia», VIII, Novara, 2007, p. 263.

³⁷ La *Querelle d'Utrecht* è una delle maggiori dispute teologico-giudiziarie della storia europea che, teatro l'Ateneo di Utrecht, il Concilio e il Tribunale cittadino e primi attori Matthaeus, Cartesio e Voet, portò alla condanna della *Philosophie Nouvelle*. Più approfonditamente al par. III del Cap. I.

³⁸ Olanda, Zelanda, Frisia, Gheldria, Utrecht, Overijssel, Groninga.

³⁹ Nei *Sei Libri della Repubblica* Bodin, pur sostenendo l'assolutismo monarchico, afferma che «il potere sovrano non derivi da una investitura divina, come vogliono i teologi, ma da una fonte affatto naturale, cioè dal corpo della nazione, che affida un'assoluta autorità al monarca nell'interesse della società» (Bodin J., *I sei Libri della Repubblica*, a cura di Isnardi Parente M., vol. I, Torino, 1964). Nella Dichiarazione d'indipendenza delle Province Unite il concetto medievale di sovranità viene completamente ribaltato: se Dio ha concesso al principe il governo del proprio popolo, lo ha fatto solo perché egli assicurasse «il vantaggio dei sudditi», consentendo a questi ultimi, nel caso in cui il vantaggio venisse meno, il rifiuto dell'obbedienza al sovrano e il potere di rientrare in possesso delle «antiche libertà e privilegi». «Non avendo alcuna speranza di riconciliazione e non trovando alcun altro rimedio» i sudditi di Filippo II «unanimemente e formalmente dichiara[vano] [...] che il Re di Spagna aveva perduto, *ipso jure*, ogni diritto ereditario alla sovranità» e alla giurisdizione (*Historical Selections*, a cura di Webster H., in Gaeta F., P. Villani, *Documenti e testimonianze*, Milano, 1971). La Federazione che nacque dall'atto di abiura del 1581 prevedeva che lo Stato centrale mantenesse la rappresentanza comune per gli «affari di guerra e di pace» e su altre importanti materie di interesse comune. Gli organi centrali erano gli Stati d'Olanda – dove sedevano i rappresentanti su base oligarchica dei cittadini – che possedevano potere normativo, il Concilio delegato dagli Stati d'Olanda, con potere latamente esecutivo, il Concilio dell'Ammiragliato, composto da incaricati dagli Stati, con competenza in materia marittima. Lo *Statolder* possedeva competenza generale per la gestione degli «affari civili» e l'amministrazione della giustizia, nominava le magistrature cittadine (*Burgermeister* e consiglieri del Concilio cittadino, *Vroedschap*) e i giudici (così Van Leewen, *Commentaries*, 1921, pp. 11-12).

⁴⁰ Johannes Althusius è considerato uno dei maggiori filosofi politici dei secoli XVI e XVII. Nell'opera *Politica methodicae digesta*, pubblicata a Herborn nel 1603, vengono trattati i capisaldi dell'antiassolutismo: per Althusius il potere non proviene dall'alto, ma dal basso e viene esercitato, come forma di mandato dal

non sposava le posizioni radicali dei Monarcomachi e che, sicuramente, non aveva dimenticato i dissapori tra il filosofo e il padre)⁴¹ e neppure i nomi dei grandi esponenti della tradizione 'protocostituzionalistica' cinquecentesca; a onor del vero, la rilettura del dibattuto principio *princeps in regno suo est imperator* proposta nel Commentario ai *Libri Terribiles* si colloca nel solco della definizione di *maiestas* tratta dalla letteratura giuspubblicistica tedesca cinque-secentesca di chiara impostazione bodiniana:⁴² Besold, Kierchner, Lipsius,⁴³ Wesembeck e, soprattutto, il maestro del nostro autore, Vultejus, consideravano la sovranità nell'ottica dell'ordine e della

principe, sotto il controllo di istituzioni rappresentative, con modalità simili a quelle utilizzate dagli Stati delle Province Unite, sotto il cui protettorato si trovava la città nella quale egli viveva, Emden. Nella dedica agli Stati della Frisia alla terza edizione della *Politica* (1614), il filosofo tedesco dimostrò come uno dei pilastri dell'assolutismo, la teoria della sovranità, potesse essere riletta in funzione limitativa del potere: il principe è solo procuratore e semplice amministratore dei diritti di sovranità, cui titolare è esclusivamente il popolo, associato in un unico corpo simbiotico che si fonda sulle numerosissime associazioni minori. Per la dottrina dell'Althusius la società politica nasce in modo naturale e spontaneo, per associazioni successive, in funzione del reciproco scambio di beni e servizi e sulla base del consenso. Dalle associazioni private, volontarie e naturali, si passa a quelle pubbliche, particolari o generali, sino ad arrivare alla *consociatio universalis* (lo Stato) attraverso vincoli volontariamente pattuiti. Si nota in Althusius una felice sintesi del pensiero di Aristotele, di Jean Bodin e della tradizione calvinista, in una teoria fondamentale che tende a dimostrare che l'unità dell'associazione politica non è posta in pericolo dell'esistenza di organismi rappresentativi (aspetto che, invece, l'assolutismo principesco si sforzava di ridimensionare o, addirittura, eliminare). Sulla *Politica methodicae digesta* Friedrich C.J., *Introduction to the Politica methodice digesta of Althusius*, Cambridge, 1932.

⁴¹ Cfr., *supra*, Cap. 1, par. 1.

⁴² Sul punto si vedano Meinecke, *Ragion di Stato*, pp. 133 e ss.; Sbriccoli, *Crimen lesae*, pp. 185 e ss., in particolare pp. 198-202 e nota 55 p. 198; Calisse C., *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII*, in «Enciclopedia del Diritto Penale Italiano», II, *ad vocem Pessina*, Milano, 1906, p. 533. Con riguardo alla rilettura medievale del dibattito brocardo *princeps legibus solutus*, si veda Lombardi G., *Note sul controllo degli atti del sovrano negli stati sabaudi ad opera delle supreme magistrature nel periodo dell'assolutismo*, «Annali della scuola speciale per Archivisti e Bibliotecari dell'Università di Roma», anno II, 1, Milano, 1962, pp. 13 e ss., e bibliografia ivi citata.

⁴³ Justus Lipsius (1547-1606) è il tipico esponente del pensiero politico del 'nuovo Umanesimo olandese' che si sviluppa nell'Europa delle guerre di religione, quando diventa tangibile il senso della mutevolezza e relatività di tutte le istituzioni umane. Le sue opere sono state riconosciute come capolavori di caratura internazionale e lo stoicismo cristiano, di cui fu uno dei rappresentanti più significativi, una componente decisiva delle fondazioni intellettuali dello Stato moderno. Nel 1584 uscì a Leida, dove Lipsius era professore e filologo notissimo per l'edizione e il commento a Tacito, il *De constantia*, a cui seguì la sua opera capitale, i *Politicorum sive civilis doctrinae libri sex* (1589). Tra i due trattati è evidente un preciso nesso: «nei pubblici mali che Dio nei suoi imperscrutabili motivi (o meglio il fato nel rigore delle proprie concatenazioni causali) procura ai mortali, è individuabile per il sapiente una via di salvezza. Essa consiste nello sfuggire, guidati dalla ragione, agli ingranaggi delle passioni e dei sensi, e nel raggiungere, attraverso la sopportazione degli avvenimenti, l'*habitus* della costanza, con fermezza e senza oscillazioni. La patria non è che una nave dove ci si trova raccolti sotto lo stesso vessillo reale e sotto un unico ordinamento, mentre la vera patria del saggio sono terra e cielo» (così Comparato, *Il pensiero politico*, pp. 265-266). Questo distacco reciproco del cittadino e dello Stato va a individuare due arti distinte: un'arte del vivere, che presuppone l'obbedienza senza illusioni, e un'arte del regnare. È evidente che una simile concezione della scienza politica, posta tra governante e governati, implica uno spostamento del baricentro dalla comunità al potere e, nell'ambito del potere, va a disegnare il ruolo del principe e della sua *prudentia*. Lo stoicismo è ben evidente nel pensiero dell'autore, così come l'influenza di Tacito, attraverso il quale prende cittadinanza nella scienza politica l'ingegno *acre, subtile, igneum* di Machiavelli. Su Lipsio si vedano anche Justus Lipsius (1547-1605). *Een geleerde europese netwerk*, Ender redactie van de Landtsheer J., D. Sacré, C. Coppens, in «Supplementa Humanistica Lovaniensia», XXX, Leuven, 2006; Chisolm H., *Justus Lipsius*, in «Encyclopedia Britannica», 1911, Cambridge.

gerarchia «tra (le) varie forze o i diversi soggetti operanti all'interno dello Stato»,⁴⁴ in una nuova prospettiva che, sulla base dei principi 'politici' lasciati dalla tradizione romana, costruiva le fondamenta dei nascenti Stati territoriali contrapponendosi all'universalismo politico medievale.⁴⁵ E così per Matthaeus, a sentire il quale non rilevano le dimensioni dell'istituzione o l'appartenenza a un ente politico superiore, ma l'effettivo esercizio dell'*imperium intra civitatis*.⁴⁶

Come sottolinea giustamente Sbriccoli, collocando il concetto di *maiestas* «nell'area terminologica della *potestas*, si deduce un principio secondo il quale la stessa sta in alto e si irradia verso il basso trasmettendosi per luce riflessa anche ad altri soggetti».⁴⁷ Matthaeus 'prende a prestito' la *definitio* di Antoine Le Comte e scrive: «Maiestas, auctore Festo, a magnitudine dicta, nihil est aliud, quam cuiusque rei dignitas atque amplitudo. Tribuitur enim non solum Principi, aut Populo, sed et Senatu, et Magistratibus: neque his solum qui imperio atque potestate inter homines eminent»,⁴⁸ con una dilatazione del concetto tale da considerare *imperium aut potestas*

⁴⁴ Sbriccoli, *Crimen lesae*, p. 201. Sulla teorizzazione politico-giuridica dei rapporti fra Impero e Stati nazionali e Impero e comunità particolari si vedano Gierke O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, III, *Die Staats- und Korporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, Berlin, 1881; Brugi, *Le dottrine politiche dei Glossatori*, pp. 41 e ss.; Ercole F., *Da Bartolo all'Althusio*, Firenze, 1932; Calasso F., *Origini italiane della formula 'rex in regno suo est imperator'*, «Rivista di storia del diritto italiano», Roma, III, 1930, pp. 213 e ss.; Calasso F., *'Iurisdictio' nel diritto comune classico*, in «Studi in onore di V. Arangio-Ruiz», IV, Napoli, 1953, ora in «Annali di Storia del diritto», IX, 1965; David R., *Le contenu de l'hégémonie impériale dans la doctrine de Bartole*, in *Bartolo da Sassoferrato*, in «Studi e documenti per il VI centenario», II, Milano, 1962, pp. 201 e ss.; Vaccari P., «*Utrum iurisdictio cohaereat territorio*». *La dottrina di Bartolo*, in *Bartolo da Sassoferrato*, «Studi e documenti per il VI centenario», II, Milano, 1962, pp. 735 e ss.; Cortese E., *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medievale*, Roma, 1966; Bellomo M., *Le istituzioni particolari e i problemi del potere. Dibattiti scolastici dei secoli XIII-XIV*, in «Studi in memoria di G. D'Amelio», I, Milano, 1978, in particolare pp. 9-11; Alessi, *Tra rito e norma. La legalità prima della legge*, pp. 43 e ss.

⁴⁵ Mazzacane A., *Scienza, logica e ideologia nella Giurisprudenza tedesca del sec. XVI*, pp. 245 e ss.; Mazzacane A., *Sistematiche giuridiche e orientamenti politici e religiosi nella giurisprudenza tedesca del secolo XVI*, in Liotta F. (ed.), «Studi di storia del diritto medievale e moderno», Bologna, 1999.

⁴⁶ Conforme al proprio ideale di *Imperium*, Matthaeus disegna un concetto di giurisdizione congeniale all'organizzazione delle Province Unite, caratterizzate da complessi normativi molteplici e integrabili: «La giurisdizione criminale competeva nell'Urbe e in Italia entro la centesima pietra miliare alla *Praefectura urbis*, mentre nelle Province spettava, invece, ai Proconsoli e ai Governatori *gladii potestatem habentes*». Lo *ius gladii* concedeva una sorta di *Criminalgewalt* che dal potere di mandare a morte deduceva tutto l'insieme dei maggiori poteri giurisdizionali in materia con le uniche eccezioni della confisca dei beni e della *deportatio in insulam*: «[...] sub qua omnis alia gravior animadversionis species continentur: excepto eo solo, quod Praesides deportare in insulam et confiscare bona sine speciali adnotatione Principi non possunt» (DC 48.13.5.2. ove si citano D. 1.11.1., C. 1.26.3, C. 1.26.3., D. 1.17.1.; D. 1.16.7.2, D. 1.16.8., D. 1.16.9., D. 1.18.3., D. 1.18.6.8., D. 48.22.6.1.). Sul nesso *iurisdictio-imperium* Costa P., *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1110-1433)*, Milano, 2002 (1969).

⁴⁷ Sbriccoli, *Crimen lesae*, pp. 186 e ss. e p. 186, nota 21.

⁴⁸ DC 47.2.1.1. Si noti la similarità con la definizione di Le Comte A., *Digestorum liber XXXVIII. Ad legem Iuliam maiestatis. tit. III*, in *Opera Omnia*, Parisiis, 1616, tit. IV, verb. *Maiestatis*: «Maiestas (inquit Festus verbus maiestas) a magnitudine dicta est: unde liquet hoc verbum ex eodem fonte derivatum, ex quo haec verba, magnus magis, maius, magnitudo: ex quo etiam fonte et magister et magistratus derivantur. Maiestas igitur nihil aliud est quam magnitudo, decus, imperium, amplitudo, potestas, dignitas, securitas, personae eminentioris aut sanctioris [...]. Hinc maiestas ipsa Principiis appellatur veneratio». Sul punto si veda Sbriccoli, *Crimen lesae*, pp. 185 e ss. Il concetto di sovranità espresso nel *De Criminibus* sarà ripreso da uno dei maggiori esponenti dell'*Usus modernus* olandese, Cornelius van Binkershoek (1673-1743), nelle *Questioni di diritto pubblico* (1737), ove, disquisendo della possibilità per ciascuna provincia di muovere autonomamente guerra, il giureconsulto si appoggia alle argomentazioni proposte da

habentes una serie di soggetti dotati di qualifica maiestatica, quasi che l'*imperium merum* profluisse dal *Princeps* a tutti coloro che posseggono una sfera di autonomia politica ben definita.⁴⁹

Le riflessioni intorno al concetto di sovranità, offrono allo storico lo spunto per ragionare dello *ius aggratiandi*, che Montesquieu considerava *le plus bel attribut* della potestà maiestatica e che aveva fatto scorrere fiumi d'inchiostro nel tentativo di individuare i limiti che potessero «circoscrivere un altrimenti troppo ampio potere discrezionale, di cui il principe avrebbe anche potuto abusare».⁵⁰ Matthaeus si attesta sulle posizioni dei giuristi di area riformata, assai critici nei confronti di un istituto che, a loro dire, determinava una netta frattura fra una grazia intesa come favore e benevolenza immeritati – ma accordati da un potere superiore – e una giustizia che avrebbe dovuto essere fondata sui principi dell'equità, della reciprocità e della compensazione.⁵¹ L'autore, correlando lo *ius indulgendi* alla finalità estintiva della pena,⁵² ne indica quale scopo precipuo la necessità di 'bilanciare' situazioni inique scaturenti dall'eccessivo rigore di una sentenza di condanna.⁵³ Il diritto di grazia, che veniva concesso in relazione a un caso specifico per mezzo di un decreto, un'istruzione o un rescritto del Signore, a sentir Matthaeus ordinariamente era vincolato unicamente a due limiti: lo *ius divinum* e la gravità del crimine. La *remissio*, infatti, non poteva essere concessa per un reato che avesse violato il diritto divino, quando il criminale si trovava al cospetto non solo della *consociatio* di cui era parte, ma soprattutto di Dio, dal momento che, se il Principe poteva valicare i limiti dello *ius civile*, il diritto divino era al di fuori della sua portata.⁵⁴ Allo stesso modo, non era opportuno che il rimedio

Matthaeus, anche se con alcuni distinguo (Van Bynkershoek C., *Quaestiones of Public Law* (1737), Lonang Library, 2003, URL: <<http://www.lonang.com/exlibris/bynkershoek/bink-123.htm>>, book 1, Chapter 23, [data di accesso: 25/05/2012]).

⁴⁹ Similmente, Carpov B., *Practica novae imperialis saxonicae rerum criminalium*, Lipsiae, 1739, I, qu. 41, n. 29: «Maiestas igitur summa, perpetua, legibusque soluta potestas est, quae maxime consistit in exercitio regaliū maiorum; unde et is, qui proprio iure tenet eiusmodi regalia, veram ac propriam habet maiestatem. Profluunt enim haec ex natura maiestatis, quae cum sit summum reipublicae caput, quod gubernant omnia, ea quoque penes se habeat oportet, sine quibus imperium non subsisteret». In argomento, Sbriccoli, *Crimen lesae*, pp. 191-198.

⁵⁰ Montesquieu, C.L. de Secondat, *Esprit des Lois*, in *Oeuvres complètes*, 2, Paris, 1951, VI, 5, p. 314, citato da Massetto G.P., *Monarchia spagnola, Senato e Governatore: la questione delle grazie nel Ducato di Milano*, in *Saggi di storia del diritto penale lombardo (Secc. XVI-XVIII)*, Milano, 1994, p. 229. Sul punto si vedano anche Farinaccio P., *Praxis et theoricæ criminalis*, Lugduni 1616, qu. 6, n. 2 e Deciani T., *Tractatus criminalis*, Augustae Taurinorum, 1593, I, III, cap. XXV, n. 94 e in terre di Germania, oltre al già menzionato Carpov, Theodoricus (Dietrich) P., *Collegium criminale*, Jenae, 1671, *Judicium criminale Practicum*, rist. an. Goldbach, Keip Verlag, 1996, cap X, Aph. VII, 5 e ss.

⁵¹ Dimoulis D., *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive. Rechtsphilosophische, verfassungs- und strafrechtliche Probleme*, Berlin, 1996, pp. 28-33. Sull'idea di diritto e grazia in rapporto alle prerogative sovrane, Quaglioni D., *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna, 2004; Raphael D.D., *Concepts of Justice*, New York, 2001 e Raphael D.D., *Grazia e giustizia. Figure della clemenza fra tardo medioevo ed età contemporanea*, a cura di Härter K. e C. Nubola, Bologna, 2011.

⁵² DC 48.19.5.1.

⁵³ DC 48.19.5.1. Similmente, Von Pufendorf S., *De iure naturae et gentium Libri octo cum adnotatis Johannis Nicolai Hertii*, ed. Frankfurt a. M., 1716, Lib. VIII, Cap. III, 17, che si richiama espressamente al *De Criminibus*.

⁵⁴ Matthaeus costruisce la chiusa sugli scritti di Agostino e Bodin che utilizza, senza nulla aggiungere. Sulla rilettura del principio *princeps legibus solutus* da parte della dottrina medievale, Calisse, *Svolgimento*, pp. 533 e ss. e Lombardi G., *Note sul controllo degli atti del sovrano negli stati sabaudi ad*

venisse utilizzato per ‘graziare’ i condannati per i delitti più gravi e gli esiliati: maestra la storia di Roma che documentava come la stabilità di molte istituzioni fosse stata messa in pericolo da banniti ai quali era stato concesso di far rientro in patria.⁵⁵

La chiusa stigmatizza la netta opposizione del nostro autore nei confronti dell’utilizzo indiscriminato di uno strumento che arbitrariamente concedeva al Principe di sottrarre alla giustizia un criminale legittimamente condannato e che non consentiva la realizzazione dei fini primari della pena – emenda del reo, riparazione dell’offesa e intimidazione della collettività – fini che, a suo dire, nella grande maggioranza dei casi, non si sarebbero potuti realizzare se non attraverso la sua esecuzione.⁵⁶

opera delle supreme magistrature nel periodo dell'assolutismo, «Annali della scuola speciale per Archivistici e Bibliotecari dell’Università di Roma», Anno II, 1, Milano, 1962, pp. 13 e ss. e bibliografia ivi citata. Circa la soggezione del Principe al diritto divino Gorla V., «*Jura 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, Atti del Quarto Congresso internazionale della Società italiana di Storia del diritto», 2, Firenze, 1982, pp. 637 e ss. e Lombardi, *Note sul controllo degli atti del sovrano*, p. 14. In argomento, si veda anche Schneider P., *Die Rechtsquellen in Carpzovs Pratica nova imperialis Saxonica rerum criminalium unter besonderer Berücksichtigung des Einflusses und der Bedeutung der Carolina*, Strafrechtlich. Abhandl., Heft 406, 1940, pp. 18 e ss., che ha analizzato con estrema chiarezza la concezione che aveva Carpzov di *ius divinum* inteso come fonte giuridica immediata e il suo prioritario ruolo in relazione alle restanti fonti. Questa impostazione del giurista sassone determina notevoli conseguenze pratiche per i reati di spergiuo, blasfemia, sacrilegio, sortilegio e soprattutto per l’adulterio, la cui discutibile punizione con pena esemplare Carpzov fondava soprattutto su argomentazioni teologiche tratte dettagliatamente dal Vecchio e dal Nuovo Testamento. «In delictis Lege Divina severa prohibitis veluti est homicidium, adulterium, blasphemia, sortilegium, sodomia»: quindi, poiché Dio ha stabilito la pena capitale, le statuizioni di natura temporale, soprattutto quelle dei signori territoriali, non possono arrivare a concedere diritto di grazia (così, Schaffstein, *Studien*, p. 27). Gli insegnamenti racchiusi nella *Bibbia* illustrano divieti e comandi vincolanti per i giudici terreni come per il legislatore. Sul ‘fondamentalismo biblico’ di Carpzov, Cordero F., *Fiabe d’entropia. L’Uomo, Dio, il diavolo*, Milano, 2005, pp. 626 e ss. Sulle prerogative del *Princeps* e sui limiti posti dallo *ius divinum* si vedano anche Heineccius J. G., *Elementa juris naturae et gentium*, Haleae, 1738, cap. VII, sez. CLI e CLVI, che, in nota al loco ultimo citato, richiama le annotazioni di Benedikt Carpzov a Shickard, *Jus regium Hebraeorum*, Tubing, 1674, cap. V, Th. 18; Selden J., *Uxor Ebraica*, Francofurti ad Oderam, 1673, 1.2. e Thomasius Ch., *Dissertatio inauguralis juridica, De Jure Aggratiandi Principis Evangelici in causis homicidii*, Haleae, 1714.

⁵⁵ DC 48.19.5.4.

⁵⁶ DC 48.19.5.3. «Potius ad literas sacras recurrere quae quod obscurus natura docet, id sanctionibus clarum et perspicuum reddiderunt». Sulla base dello stesso principio logico, l’autore si stupisce che parte della dottrina tradizionale accordasse – a seguito di concessione della grazia – la restituzione al condannato del patrimonio eventualmente sequestrato e l’annullamento dell’infamia. Dal momento che nessuna previsione consente tale possibilità, la grazia deve essere vista come una semplice concessione del Signore che restituisce al condannato la propria libertà; la restituzione del patrimonio e l’annullamento dell’infamia potranno aver luogo solo nel caso di espressa dichiarazione nel provvedimento che concede la grazia (DC 48.19.5.8. e 9.). Al contrario, un condannato che in seguito risulti non colpevole, avrà diritto alla restituzione delle proprie facoltà, agli interessi maturati per il periodo in cui non ha potuto godere delle proprie sostanze e, qualora il suo patrimonio sia stato alienato, a un indennizzo da parte del Fisco (DC 48.19.5.8. e 9.). Detto questo, il nostro autore non può che criticare i giusnaturalisti (Grozio), che giustificavano lo *ius aggratiandi* ogniqualvolta l’offesa poteva essere compensata con una sorta di *Wiedergeld* o qualora vi fosse la possibilità di rieducazione del condannato o di pentimento soddisfacente per l’offeso. Matthaeus si dichiara per l’ammissibilità di tali rimedi compensativi solo nei casi nei quali il crimine non abbia avuto pubblica risonanza; ragionare altrimenti, avrebbe la conseguenza di frustrare la deterrenza general-preventiva: «Il bene deve essere sempre ricompensato e il male sempre combattuto. Come può il maligno venire scacciato se non con la spada?». Nelle more del ragionamento, il giurista olandese introduce anche quell’istituto che noi moderni conosciamo come indulto e che viene individuato in quel provvedimento con il quale il Signore concede la grazia non solo nei confronti di un unico caso in specie, ma nei confronti di un numero indeterminato di condannati. E anche in tali ipotesi egli si

3. Il quadro politico-istituzionale dei Paesi Bassi olandesi fra XVI e XVII secolo

Il quadro politico che affiora dalle pagine del *De Criminibus* è perfettamente confacente alla struttura della ‘Repubblica federale’ delle Sette Province, all’interno della quale ogni ente territoriale era governato dai rappresentanti dei propri Stati, possedeva propri statuti e proprie leggi, utilizzava pesi e misure differenti e poteva adottare, addirittura, due differenti calendari (uno nei territori orientali e l’altro in quelli occidentali).⁵⁷ Gli Stati Generali dell’Aja elaboravano indirizzi comuni unicamente nei settori della politica estera, della difesa e della finanza, mentre lo o gli *Statolder* detenevano il potere di concedere la grazia e possedevano la carica di comandante supremo dell’esercito, in una concezione di potere assai simile al romanistico *imperium merum* che spettava ai Consoli.⁵⁸ Le risoluzioni degli Stati Generali, tuttavia, erano valide soltanto se prese all’unanimità.

raccomanda che la possibilità di condono generalizzato sia utilizzata con parsimonia e con gli stessi limiti previsti per il rimedio *ad personam*. La critica di Matthaeus all’abuso della concessione di indulgenze generalizzate da parte del Principe è ripresa da Pagano F.M., *Principi del codice penale e Logica de’ probabili per servire di teoria alle pruove nei giudizi criminali, opera postuma con alcune note*, Napoli, 1828, capo XVIII, p. 43: «Il dotto interprete del diritto criminale Anton Mattei sostiene che debbasi coll’interpretazione restringere cossiffatte indulgenze, come quelle che accordano ai rei l’impunità soverchiamente incoraggiscono i loro simili al delitto. Quindi molte condizioni egli ricerca perché possa il reo godere dell’indulgenza e soprattutto richiede la remissione della parte offesa; perciocché non può l’individuo offeso involontariamente esser privato del diritto della personale difesa [...]. Inoltre, lo stesso giureconsulto è di avviso che, essendo certi delitti soltanto nell’indulgenza compresi, cioè quelli che direttamente non recidono sociali legami, deve il giudice restrittivamente interpretando il rescritto dell’indulgenza, escludere anche i delitti compresi, quando siano da gravi circostanze accompagnati. Avvegnachè non debbansi ampliare gli stabilimenti alla società nocivi; e se le grazie secondo l’avviso de’ giureconsulti si estendano, sempre devesi intendere di quelle che giovano ad uno, e non noccono agli altri». Sul punto si leggano anche le parole di Renazzi Ph. M., *Elementa juris criminalis*, Senis, 1764, Lib. IV, cap. I, VII, nota 1: «Quod tamen nonnullis sic indiscriminatim non placuit. Nam liberrimam quidem Principi largiuntur tribuendi indulgentiam eorum criminum, quae civili magis, quam divino Jure vindicantur: quae autem crimina divina Lex, aut recta ratio, Gentiumque consensus capitis supplicio puniri jubet, eorum indulgentiam tribui a Principe nequaquam posse contendunt. V. Matt. loc. sup. cit. (DC 48.19.5). Sed haec distinctio tota falso innititur fundamento. Nam quod spectat ad Legem divinam, an extet quae jubeat delicta quaedam morte puniri, dudum certant docti Viri».

⁵⁷ La cornice teorica delle istituzioni delle Province unite olandesi risente, pur se in età più tarda rispetto al vissuto di Matthaeus, della rilettura in chiave repubblicana anche delle teorie di Niccolò Machiavelli operata negli ultimi decenni del XVII secolo. Con la revoca dell’Editto di Nantes, infatti, l’Olanda era divenuta terra d’asilo per molti rifugiati politici e religiosi e fu in questi luoghi che tale reinterpretazione ebbe il proprio collaudo. Nell’ultimo scorcio del Seicento le edizioni delle opere del segretario fiorentino che uscirono dalle tipografie di Amsterdam e Leida furono numerosissime; segno di un interesse diffuso. Tra i lettori di Machiavelli spiccavano Spinoza e Pierre Bayle. Quest’ultimo dedicò a Machiavelli una voce del suo *Dictionnaire critique* (1689) che possiamo considerare il primo tentativo di una biografia attendibile del padre della filosofia politica. In estrema sintesi, possiamo dire che a un ipotetico libro delle repubbliche (i capitoli I, 3-8 dei *Discorsi*), seguirebbe una rinuncia di Machiavelli agli ideali repubblicani maturata con la crisi politica italiana e con l’elezione di Leone X al soglio pontificio. Dalla lettera dei *Discorsi* emergerebbe l’idea di una repubblica mista che (a differenza del *Principe*), conservando accanto al Principe e al popolo un’oligarchia, disegnava uno schema istituzionale perfettamente conforme a quello sperimentato dai fiorentini fra il 1494 e il 1512. Il suo approdo definitivo è legato all’idea di uno Stato monarchico che, eventualmente, conservasse un regime repubblicano secondo un’idea che traduceva teoricamente la prassi storica delle istituzioni politiche fiorentine sorte, anche nel passato comunale, per continui aggiustamenti e assestamenti che riformavano conservando, in una sorta di alleanza tra Principe e popolo.

⁵⁸ La carica di *Statolder* trova le proprie radici storiche nell’alto Medioevo: il governatore era un semplice rappresentante del signore feudale. A partire dall’età repubblicana esso divenne espressione degli Stati che lo consideravano una loro emanazione. Nel corso del Seicento gli *Statolder*, in numero di uno o due,

«Questo meccanismo sottolinea di per sé come la Repubblica fosse in fondo rimasta un'unione federale. Nel caso di contrasti nelle votazioni, infatti, i rappresentanti dovevano rientrare per consultazioni nelle rispettive province»⁵⁹ e questo meccanismo determinava un forte rallentamento nelle decisioni. È, comunque, necessario rilevare come l'influenza della potente Provincia d'Olanda – che da sola provvedeva a più della metà degli oneri finanziari comuni – potesse accelerare le procedure decisionali. Grazie a questa posizione di netta preminenza, il Gran Pensionario d'Olanda, consigliere e organo esecutivo dell'istituzione, poté acquisire un ruolo determinante nella vita politica della Federazione.

In ogni Provincia, poi, era presente un Consiglio di Stato, le cui deliberazioni erano normalmente prese a maggioranza semplice. Questo organo, per volontà soprattutto della Provincia Olandese, non assurse a vero organo di potere, anche se possedeva potestà amministrativa e di ordine generale sui territori meridionali sottratti alla Corona spagnola. Se dal punto di vista formale il quadro dei rapporti fra governanti e governati poteva apparire saldo e cooperativo, dietro a questa 'facciata' si manifestavano differenti ordini di conflitti: tra i rappresentanti dei consigli di ciascuna Provincia da una parte e tra singole Province e amministrazione centrale dall'altra. La storiografia ottocentesca interpretò il conflitto fra la casa d'Orange e la potente Provincia Olandese, istituzionalmente repubblicana, come uno scontro tra istanze contrapposte: unitaria e monarchica l'una; repubblicana e particolaristica l'altra.⁶⁰

Al di sopra delle differenze e dei contrasti regionali si avvertiva, comunque, una certa coesione nazionale, seppur in un'accezione non moderna del termine. Questa duplicità di sentimenti – ossia l'identificazione territoriale con la regione e la convinzione di appartenere a una *natio* differente rispetto a ogni altra nazione europea – si esprimeva in maniera vigorosa nell'ideologia della Chiesa Riformata, in una prospettiva che sovrapponeva il corpo politico della Repubblica alla comunità dei fedeli. Al suo interno, si guardava con particolare interesse agli esponenti della Casata degli Orange e alle guerre da essi condotte contro la Spagna prima e contro la Francia poi.⁶¹

provenivano generalmente dal casato degli Orange che per tutto il secolo tentò affermare il proprio potere a discapito delle autonomie locali, soprattutto della potente Provincia d'Olanda, senza però riuscirci.

⁵⁹ Così Haitsma Mulier E.O.G., *La società delle Province Unite nel Seicento*, in «La Storia», VIII, Novara, 2007, p. 622.

⁶⁰ Si vedano sull'argomento Wilson C.H., *La repubblica olandese*, Milano, 1968 e Huinziga J., *La civiltà olandese del Seicento*, Torino, 1979.

⁶¹ La battaglia di San Quintino (1557) e il Trattato di Cateau-Cambresis (1559) posero termine alle lunghe guerre dinastiche di Carlo V contro la Francia, assicurando alla Spagna il controllo del cruciale asse europeo che correva dalle città dell'Italia del nord a quelle dei Paesi Bassi, lungo il corridoio borgognone-renano. Nello stesso lasso di tempo, la Pace di Augusta (1555) e l'elezione di Ferdinando, zio del futuro Filippo II, a Sacro Romano Imperatore (1558) conclusero il lungo impegno di Carlo V e, quindi, indirettamente, della Spagna nell'Europa centrale; ma l'avvento della pace intensificò i contrasti interni ai domini spagnoli. I Paesi Bassi erano non solo fra le regioni europee più prospere del tempo, in quanto densamente abitate e fortemente concorrenziali nella produzione agricola e manifatturiera, ma erano anche di cruciale interesse per il commercio castigliano. «Il trovarsi inchiodato nelle Fiandre da una rivoluzione sin quasi agli inizi del suo regno» – nota Casey J., *La Spagna di Filippo II*, in «La Storia», VII, Novara, 2007, pp. 487-488, «fu la tragedia di Filippo II». Nel 1561, non riuscendo a riscuotere l'imposta sul reddito che aveva richiesto agli Stati Generali per il biennio 1556-1558 per finanziare la Guerra contro la Francia, dovette ritirare le truppe. Nei Paesi Bassi, così come stava accadendo in Spagna, la strutturazione di un apparato burocratico forte e centralizzato iniziò a innescare un conflitto con una «nobiltà libera e

Non a caso, dopo il 1650, quando la Provincia d'Olanda rifiutò di nominare uno *Statolder*, furono proposte le prime interpretazioni storico-politiche a carattere repubblicano del pensiero di Machiavelli a opera dei fratelli De La Court. Le loro posizioni possono essere ricollegate al repubblicanesimo dell'Europa secentesca, ma i loro scritti mostrano anche tratti tipicamente olandesi, derivanti tra l'altro da interessi economici.

orgogliosamente autonoma» (Casey, *La Spagna di Filippo II*, p. 488) e con la classe borghese forse più ricca e istruita d'Europa. Filippo aveva raccomandato alla sua governatrice Margherita di Parma, figlia naturale di Carlo V, di prendere tutte le decisioni importanti con il Consiglio di Gabinetto privato formato da Vigilius, Berlaymont e Granvell, in questo modo limitando, a vantaggio di esperti di diritto e di economia, la tradizionale funzione consultiva che la nobiltà fiamminga aveva sempre svolto nell'ambito del Consiglio di Stato. Il nodo cruciale divenne, tuttavia, la questione religiosa. Nei Paesi Bassi si erano diffusi, sin dagli anni Venti del secolo, il luteranesimo e l'anabattismo, «ma a scatenare la guerra civile fu soprattutto la conversione a partire dalla metà del secolo di buona parte della nobiltà e della borghesia a un calvinismo assai intransigente» (Casey, *La Spagna di Filippo II*, p. 488), proprio mentre Filippo II si schierava a favore di un sempre più radicale cattolicesimo controriformistico. Alla Bolla Papale del 1561, che istituiva quattordici nuove diocesi i cui titolari dovevano essere nominati dal Sovrano anziché eletti dai capitoli delle cattedrali, e nei quali era determinante l'influenza dei nobili, seguirono nell'ottobre del 1565 ordinanze regie che perseguivano duramente il Protestantismo. «Filippo, che viveva e agiva nel contesto spagnolo, aveva sopravvalutato enormemente il consenso che una politica così rigida avrebbe potuto suscitare fra i cattolici moderati, che ancora costituivano la maggioranza della popolazione dei Paesi Bassi» (Casey, *La Spagna di Filippo II*, p. 488). Fu, poi, eccessiva la reazione del monarca alla serie di incendi di chiese a cui, nell'agosto del 1566, si abbandonarono i rivoltosi. Egli, ignorando gli inviti a una diplomatica moderazione da parte di Margherita di Parma, decise che era giunto il momento di insegnare ai Paesi Bassi chi era il loro *Dominus*. La spedizione del Duca d'Alba i primi anni del 1567, la ferocia del cosiddetto Tribunale del Sangue, che pronunciò oltre diecimila condanne, fra cui più di mille alla pena capitale o all'esilio, l'imposizione di una tassa perpetua del dieci per cento sulle vendite, vanno complessivamente analizzate nel contesto di due lustri di lotta fra il monarca e gli Stati Generali per rafforzare l'autorità e le finanze reali. La repressione portò alla nascita di una resistenza radicata e ben foraggiata, non appena le minoranze calviniste ne presero la guida a partire dal 1572. Filippo, alle soglie della bancarotta, tentò accordi di pace che portarono al rientro in patria del Duca di ferro, alla revoca della tassa sulle vendite e allo scioglimento del Tribunale del Sangue. La situazione, però, precipitò nuovamente quando la bancarotta della Corona privò, nel 1575, del loro ingaggio le truppe spagnole nei Paesi Bassi (principalmente mercenari tedeschi e fiamminghi) che, ridotte alla fame, il 4 novembre 1576 misero a ferro e fuoco Anversa. Questo fatto oltraggioso indusse la nobiltà cattolica a schierarsi con i calvinisti nel tentativo di liberare la patria comune dalla presenza straniera (Unione di Gand). La Spagna aveva superato il limite di tolleranza: se essa poté da lì a poco recuperare autorità, lo dovette in parte al nuovo governatore, il Duca di Parma Alessandro Farnese (1578-1592), ma ancor di più alla nuova politica di Filippo II che offrì alla nobiltà cattolica dei Paesi Bassi gran parte dei suoi privilegi in cambio della fedeltà al trono (Pace di Arras, 1579), in tal modo allontanandola da quella che era sempre stata una complicata alleanza con i protestanti in rivolta, che formarono l'Unione di Utrecht (1579) per continuare la rivolta. Nel 1581 le Province dichiararono la propria indipendenza con un documento che fa propri alcuni principi ispiratori dei *Sei Libri della Repubblica*. Messe a regime le miniere delle colonie oltre oceano, Filippo riuscì, finalmente, a pagare i debiti, e finanziò la campagna del Farnese contro un nemico ora chiaramente identificabile: le città calviniste; ma in questa fase, la guerra da ribellione interna divenne grande conflitto internazionale. Nel 1579 l'Inghilterra aveva firmato un trattato d'alleanza con l'Unione e appoggiato il Manifesto dell'Aja con il quale le sette Province settentrionali si costituirono in federazione indipendente, sotto la guida dello *Statolder* Guglielmo d'Orange. La guerra si protrasse oltre la morte di Filippo II sino al 9 aprile 1609, quando Spagna e Province Unite firmarono una tregua di dodici anni che, di fatto, riconosceva l'indipendenza dell'Olanda. La sanzione della definitiva e formale indipendenza dovette attendere, tuttavia, il congresso di Münster che, chiudendo la Guerra dei Trent'anni, pose fine al conflitto fra Paesi Bassi e Spagna intrapreso ottant'anni prima. Sulla politica filippina nei Paesi Bassi spagnoli si vedano Casey, *La Spagna di Filippo II*, pp. 487-484, Haitsma Mulier, *La società delle Province Unite*, pp. 610-636, e sulla figura di Fernando Alvarez de Toledo, il 'famigerato' Duca d'Alba, Cordero, *Fiabe d'entropia*, p. 426 e pp. 428 e ss.

Quel che è certo, è che i due fratelli trassero ispirazione dalle teorie del segretario fiorentino e guardarono come esempio alle Repubbliche di Genova e Venezia.

Il successo dell'esperienza politica olandese è ampiamente debitore al regime di tolleranza religioso: se, in un primo momento, verso i cattolici fu tenuto un atteggiamento persecutorio che li costrinse, vietando la pubblica professione, a organizzare chiese clandestine fino al Trattato di Münster (1648), l'arrivo di numerosi calvinisti e ugonotti francesi, prima e dopo la revoca dell'Editto di Nantes, confermò che la Repubblica era diventata rifugio per coloro che erano perseguitati per la loro fede religiosa. La dottrina politica ritiene che questo atteggiamento derivasse dalla tradizione erasmiana e liberale che caratterizzava la formazione di un *establishment* che badava soprattutto a preservare condizioni interne favorevoli alle iniziative commerciali e industriali e che, quindi, dal punto di vista politico, questa tolleranza – che era il risultato dell'instabile equilibrio fra le differenti comunità religiose – costringeva di fatto le autorità da una parte a non concedere parità di diritti e dall'altra a non imporre un regime di intolleranza, che avrebbe creato forti conflitti difficilmente contenibili da una istituzione che non possedeva un esercito forte e strutturato.

La Chiesa Riformata, inoltre, non divenne mai chiesa di Stato e il suo rapporto con gli *Statolder* oscillò nei decenni da convergenza a rifiuto e, del resto, se i governanti – ortodossi o liberali che fossero – erano convinti che lo Stato dovesse porsi al di sopra della Chiesa, i predicatori riformati continuarono a «scagliarsi contro la libertà di pensiero e di stampa, giudicata eccessiva, suscitando ora reazioni di indifferenza, ora di repressione». ⁶² Grazie a questo stato di incertezza, si formò quello che è stato definito il «mercato d'emporio intellettuale, di cui sono testimonianza l'ineguagliabile, per i tempi, produzione libraria, e la presenza di grandissimi intellettuali quali Cartesio, Locke, Spinoza e Bayle». ⁶³

Dal punto di vista teologico, per un certo periodo la Chiesa Riformata si sviluppò, analogamente a quella anglicana, in senso rigidamente dogmatico, influenzando significativamente anche le strutture sociali. Nel corso del XVII secolo, infatti, i legami fra le autorità ecclesiastiche e quelle politiche si fecero più stretti: non di rado, esponenti dell'oligarchia repubblicana 'davano in moglie' le figlie a pastori e figuravano in misura crescente fra i membri dei Consigli ecclesiastici.

Una disputa teologica relativa alla predestinazione, nel corso della tregua con la Spagna (1609-1621), pose le premesse per una guerra civile-religiosa fra liberali e ortodossi, che volevano ribadire nei termini più rigorosi la dottrina riformata e rafforzare la loro Chiesa. Il Gran Pensionario d'Olanda Jan van Oldenbarneveldt, fautore della tregua e esponente della potente borghesia mercantile favorevole alla pace, si pose alla testa delle forze liberali. A sostegno del fronte ortodosso e conservatore, nel quale figuravano molti profughi dei Paesi Bassi meridionali e molti appartenenti ai ceti popolari, si pose, invece, lo *Statolder* Maurizio, propenso alla continuazione della guerra.

Il sovrapporsi di situazioni teologiche e politiche era fenomeno ricorrente, dal momento che Chiesa e Stato non si potevano certamente dire indipendenti e autonomi.

⁶² Haitsma Mulier, *La società delle Province Unite*, p. 632.

⁶³ Haitsma Mulier, *La società delle Province Unite*, p. 632.

Quando gli ortodossi organizzarono le loro manifestazioni e Oldenbarneveldt affermò che l'Olanda – o meglio la sua oligarchia mercantile – aveva il diritto di arruolare un proprio esercito e di impedire la riunione di un sinodo nazionale, dove aveva il timore che venissero adottati provvedimenti autoritari contro i liberali, Maurizio si sentì minacciato nella sua autorità politica e militare. Per suo ordine le città filo-liberali furono demilitarizzate e lo stesso Gran Pensionario, accusato di alto tradimento, fu decapitato nel 1619.⁶⁴

Il colpo di Stato fu possibile solo dopo la definizione della dottrina ufficiale dello Stato da parte del Sinodo di Dordrecht,⁶⁵ che caratterizzò la carica di *Statolder* con un'impronta monarchica. Ciò nonostante, il potere del Governatore fu soggetto a limitazioni non indifferenti, come quella esercitata da Amsterdam, che costrinse Federico Enrico a rinunciare alla conquista di Anversa. Il figlio, Guglielmo II, desideroso di continuare la guerra con gli spagnoli, accettò di malavoglia la pace del 1648 e si mostrò talmente incapace nel gestire la cosa pubblica che, dopo la sua morte, avvenuta nel 1650, cinque delle Province Unite (tra le quali spiccava l'Olanda) si rifiutarono di procedere alla nomina di un successore.

Questo era il complesso quadro politico, economico e sociale nel quale si muoveva, come vedremo con un ruolo di prim'attore, Anton Matthaeus.

⁶⁴ Sulla politica religiosa delle Province Unite settentrionali si veda Haitsma Mulier, *La società delle Province Unite*, pp. 630-633.

⁶⁵ Sul Sinodo di Dordrecht si vedano Möhler J.A., *Simbolica. Esposizione delle antitesi dogmatiche tra cattolici e protestanti secondo i loro scritti confessionali pubblici*, Milano, 1984, pp. 64 e ss.; Bedouille G., *L'histoire de l'Église*, trad. it. Borgonovo G. e C. Premoli, Milano, 1993, pp. 200 e ss. e Cordero, *Fiabe d'entropia*, pp. 400 e 408.

Capitolo 1

Anton Matthaeus II. Il tedesco di Utrecht

1.1. La famiglia Matthaeus. Konrad e Anton Matthaeus I

Anton Matthaeus II appartiene a una illustre famiglia le cui origini sono rintracciabili nella regione dell'Assia sin dal XIV secolo e che fra il XVI e il XVII diede i natali a un gran numero di studiosi in campo medico e giuridico: in particolare gli studi giuridici abbracciarono cinque intere generazioni.¹ Il nonno del nostro Matthaeus, Konrad, nacque il 3 maggio del 1519, studiò e si addottorò a Marburg, dove poi divenne docente di diritto. Si sposò due volte con Margarete Orth e Ursula Wernnher; dai due matrimoni nacquero quattordici figli: il decimo, Anton il Vecchio, era il padre del nostro autore.

Anton I nacque il 27 dicembre 1564 a Frankenberg, nei pressi di Hesse, dove i suoi genitori si erano trasferiti a seguito di un'epidemia di peste che aveva raggiunto Marburg; tornato a Marburg, vi frequentò il liceo e l'Università locale, dove studiò Pedagogia. A partire dal 1581, proseguì i suoi studi in celebri atenei quali Heidelberg, Helmstedt, Wittenberg e Altdorf. Nel 1594, Rettore Vultejus, si laureò a Marburg e due anni dopo ottenne dal Conte Johann di Nassau la cattedra di diritto a Herborn,² subentrando a uno dei futuri maestri del figlio, Johannes Goeddaeus.³ Lo stesso anno, sempre a Herborn, si sposò con Elisabeth Schuler che gli diede nove figli e tre figlie: il quarto, il nostro Matthaeus, nacque il 15 novembre 1601.

¹ La documentazione prodotta da Schlüter, *Antonius Matthaeus II aus Herborn*, pp. 6 e Ahngang E., *Stammbaum der Familie Matthaeus*, individua un Johannes Matthaeus, *civis alsfeldiensis* (cittadino di Altsfeld) dal 1390, a partire dal quale l'albero genealogico dei Matthaeus è privo di lacune. Per avere un'idea della ramificazione della famiglia Matthaeus si veda anche Burman C., *Trajectum eruditum*, Utrecht, 1738, pp. 213-218.

² Sull'Illustre 'Scuola di Herborn', la 'Johannea', fondata nel 1584 da Giovanni VI il Vecchio, conte di Nassau-Dillenburg, Menk G., *Die Hohe Schule Herborn in ihrer Frühzeit (1584-1660), ein Beitrag zum Hochschulwesen des deutschen Calvinismus im Zeitalter der Gegenreformation*, Wiesbaden, 1981.

³ Johannes Goeddaeus (7 dicembre 1555-5 gennaio 1632), figlio di un commerciante d'armi, intraprese la professione del padre e al contempo si dedicò allo studio della teologia e delle lingue antiche. Disilluso dalle continue controversie sorte intorno alla questione della professione di fede, abbandonò gli studi di teologia per quelli di diritto. Studiò a Marburg con insegnanti del calibro di Vigelius (Vigel), Vultejus e Lersner. Nel 1583, sempre a Marburg, fu officiato della cattedra di Istituzioni e tre anni dopo conseguì il dottorato. In quegli stessi anni operò a Speyer, presso la Corte Suprema del *Reich* e fu nominato docente di diritto a Herborn accanto al grandissimo Althusius. Nel 1594 ottenne la docenza di Istituzioni e dal 1603 di Pandette. Lasciò l'insegnamento nel 1630, due anni prima della morte. Della sua produzione scientifica si ricordano numerose tesi, *disputationes*, commenti ai passi del Digesto e i *Consilia Marpurgensia*, una raccolta di pareri pubblicata da Vigel (Schlüter, *Antonius Matthaeus II aus Herborn*, pp. 11 e 12. Cfr. Matthaei, *Prolegomena*, p. II, nota 5).

A Herborn Matthaeus padre per molti anni fu collega del grande Johannes Althusius con il quale, però, confessò di non aver avuto un buon rapporto; in questi stessi anni iniziò la sua produzione letteraria che annovera un manuale didattico pedagogico che sviluppa, come era in voga nella Germania protestante dell'epoca, le teorie di Melantone, e i *Collegia iura sex*, una raccolta di centoquarantaquattro *Pandektendisputationen* e scritti vari, pubblicato postumo dai figli. Come ricorda Leibniz,⁴ nei *Collegia* Anton I criticò la *Justinianische Methode* ed individuò dei *Rechtsfundamenta* sulla base dei quali avrebbe dato vita a una nuova e personale metodica di analisi e di studio del diritto.⁵ Matthaeus il Vecchio, poi, come sottolinea Van den Bergh, giocò un ruolo fondamentale nello sviluppo della scienza interpolazionistica olandese, i cui fondamenti apprese dal Vultejus (il quale a sua volta era stato formato dal celebre François Hotman) e trasmise al «nipote e fedele allievo Johann Wissembach, uno dei maggiori interpolazionisti della giurisprudenza elegante olandese».⁶

Nel 1605 il Langravio di Hessen-Cassel chiamò Matthaeus I di nuovo a Marburg dove, trasferitosi con la famiglia dal 1606,⁷ insegnò per vent'anni accanto al maestro Vultejus e a colleghi del calibro di Goeddaeus e Deichmann.⁸ Anton Matthaeus II crebbe in questo clima culturale, in una famiglia «dove l'ingegno [era] da considerarsi una dote innata e dove ogni componente [veniva] educato al rispetto della tradizione [...] e persegu[iva] valori volti all'ambizione scientifica e all'emulazione negli studi».⁹

Così gli anni di formazione del nostro Anton si consumarono in tempi relativamente sereni nell'ambiente accademico di una città tedesca fortemente protestante, nella quale la sua educazione nella tradizione classica e umanistica fu prevalentemente nelle mani di suo padre e dei suoi amici.¹⁰

Lo scoppio nel 1618 di quella che sarebbe stata conosciuta come Guerra dei Trent'anni all'inizio non sembrò minacciare la vita dei protestanti nel nord Europa ma quando, nel 1625, a Matthaeus il Vecchio fu offerto un posto come insegnante di legge a Groeningen, non fu per lui difficile decidere di trasferirsi in un luogo dove i

⁴ Leibniz possedeva un manoscritto dei *Collegia* che cita numerose volte nella sua alluvionale produzione giuridica (Leibniz G.W., H. Zimmermann, H. Busche, *Frühe Schriften zum Naturrecht*, Meinard Verlag, 2005, nota 43, p. 415).

⁵ Leibniz, Zimmermann, Busche, *Frühe Schriften zum Naturrecht*, pp. 37-38, nota 43 p. 415: «Sed nos contrā Methodi Justinianae vitia, novae utilitatem explicabimus. Primū in ipsa Methodo Justinianea labor crescit in duplum, dum alia est Institutionum, alia Digestorum Codicisque Methodus».

⁶ Van den Bergh, *Die holländische elegante Schule*, pp. 129-130.

⁷ Schlüter, *Antonius Matthaeus II aus Herborn*, p. 7; cfr. Van de Vrugt, *Antonius Matthaeus II 1601-1654*, pp. 23-24 e Hewett, Halleebek, *The Prelate, the Praetor and the Professor*, p. 6.

⁸ Christoph Deichmann von Bergen nacque a Stienfurt in Westfalia nel 1576 e studiò a Colonia, Wittemberg e Marburg dove si laureò nel 1605 e dove, negli anni seguenti, intraprese la libera docenza. Poche notizie su uno dei maestri di Matthaeus II che non fu né ricercatore né studioso di diritto (Schlüter, *Antonius Matthaeus II aus Herborn*, p. 11; cfr. Matthaei, *Prolegomena*, pp. II e III nota 5) e che si può ricordare per le alte cariche ricoperte come membro di collegi di giustizia al servizio di vari governanti o per l'attività di ambasciatore della Svezia nei territori della Westfalia e dell'Assia, ad Amburgo, dove morì nel 1648.

⁹ Matthaei, *Prolegomena*, p. I.

¹⁰ Van de Vrugt, *Antonius Matthaeus II 1601-1654*, pp. 25; cfr. Hewett, Halleebek, *The Prelate, the Praetor and the Professor*, p. 6.

rischi erano minori e l'atmosfera più congeniale.¹¹ Schlüter, nelle note biografiche relative al padre del nostro Matthaeus, fornisce una diversa lettura degli eventi, ipotizzando che l'autore fosse stato costretto, come molti altri colleghi, ad abbandonare la propria carica, a seguito dei rivolgimenti politici che videro Marburg annessa dallo Hessen-Darmstadt.¹² L'anno seguente (1626) anche l'Università di Franeker nel Westfriesland lo contattò: nonostante la volontà di trasferirsi, dovette rifiutare a causa del diniego di Groeningen che non voleva perdere un docente di così grande valore;¹³ così, restò nella città olandese fino alla morte che lo colse il 28 maggio 1637, dopo anni di grave malattia.

1.2. Anton Matthaeus II. Indicazioni biografiche e opere

Anton Matthaeus II, come già ricordato, nacque a Herborn il 15 novembre 1601, quarto di dodici figli di Anton I ed Elisabeth Schuler e morì a Utrecht il 25 dicembre 1654. Visse, quindi, nella prima metà del XVII secolo, un periodo caratterizzato dal sovrapporsi di rivolgimenti politici, conflitti religiosi, insurrezioni, depressione economica e calo demografico indotto da guerre e devastanti epidemie, in un contesto tale da giustificare l'idea di vivere in un 'Secolo di ferro', nel quale la condizione normale doveva apparire la guerra e non certamente la pace. Visse la crisi dei decenni compresi tra il 1618, data dell'inizio della Guerra dei Trent'anni, e il 1648, anno della Pace di Westfalia «con le sue conseguenze disgregatrici sul territorio e sulla popolazione locale».¹⁴ Visse la crisi politica del vecchio *Heiliges römisches Reich deutscher Nation*, polverizzato in una molteplicità (all'incirca mille) di istituzioni territoriali politicamente semiautonome. Visse la disgregazione del fronte protestante a causa della diffusione del calvinismo in numerosi territori tedeschi. Visse la «consapevolezza dell'abbandono politico» ma, come la maggior parte dei suoi connazionali, «il pensiero della battaglia per l'unità e l'indipendenza [della Germania]» non trovò eco nel suo spirito:¹⁵ nelle sue numerosissime opere, infatti, non si rintraccia «alcuna espressione di rammarico circa il ruolo dei suoi predecessori».¹⁶

Antonius Matthaeus può essere presentato come un uomo molto sereno, che mai manifest[ò] aspirazioni politiche, dedito esclusivamente alla ricerca scientifica, [con qualche velleità] artistica, che si è esaur[i], però, soltanto in alcuni sonetti d'occasione. Profess[ò] la religione protestante, come tutti gli appartenenti alla sua famiglia, fin da quando, [...], il nonno Konrad scel[se] di aderire alla fede luterana.¹⁷

¹¹ Schlüter, *Antonius Matthaeus II aus Herborn*, p. 12.

¹² Schlüter, *Antonius Matthaeus II aus Herborn*, p. 12.

¹³ *Matthaei, Prolegomena*, p. I, nota 2.

¹⁴ Schlüter, *Antonius Matthaeus II aus Herborn*, p. 1.

¹⁵ Schlüter, *Antonius Matthaeus II aus Herborn*, p. 1.

¹⁶ Schlüter, *Antonius Matthaeus II aus Herborn*, p. 1.

¹⁷ *Matthaei, Prolegomena*, p. IV.

Possediamo scarsissime informazioni sulla sua fanciullezza e i suoi primi studi. Schlüter ritiene che la sua prima formazione sia stata in famiglia, impartita dagli stessi genitori o da insegnanti privati, perfezionata nella celebre Scuola di Marburg, dove ebbe la fortuna di avere maestri del calibro di Vultejus, dell'allievo di Vigelius (Vigel), Goeddaeus, e del meno noto Deichman: l'unica certezza in questa prima fase della sua vita fu l'influenza di Vultejus nell'approccio allo studio, nella metodica (una rilettura del metodo ramistico),¹⁸ nella conduzione dell'indagine e nel linguaggio chiaro, scorrevole e privo di inutili orpelli.¹⁹

Le fonti di Schlüter sono incerte anche in relazione all'esperienza universitaria e non forniscono indicazioni precise sul luogo nel quale avrebbe conseguito la laurea, se Groenigen, dove si era recato per motivi di studio, o Marburg. In realtà, come abbiamo già avuto modo di ricordare, un documento ufficiale del *Pädagogium* di Herborn riporta il dato di un Antonius Matthaeus *Herbornensis*, immatricolato il luglio 1619,²⁰ dato confermato da un elenco degli studenti dell'Illustre Scuola negli anni 1613-1619; sembra, quindi, che Matthaeus, seguendo le orme del nonno e del padre, abbia intrapreso prima studi in materie pedagogiche ai quali sarebbero seguiti, dopo il trasferimento a Groenigen a partire dal 1625, gli studi in Giurisprudenza: la documentazione dell'Università di Groenigen registra nel 1628 il suo dottorato in *utrumque ius*.²¹

I dati biografici diventano più solidi a partire dal 1628, quando il Ginnasio accademico di Harderwyk, una località sulla costa orientale dello Zuidersee nella Provincia del Gelderland, offrì a Matthaeus la cattedra di diritto civile, che occupò fino al 1634, anno in cui ottenne un incarico all'Illustre Accademia di Utrecht.

A Hardewyk trovò la compagna di vita, Anna Pontanus,²² figlia dello storiografo di corte danese, il professore, medico, fisico e astronomo Johannes Isaac Pontanus che gli diede otto figli, di cui due morti prematuramente;²³ solo il primogenito, Anton III (1635-1710), seguì le orme del padre prima all'Università di Utrecht e poi a quella di Leida.²⁴ L'esperienza di Hardewyk giunse alla fine nel febbraio del 1634, quando Matthaeus fu nominato, dietro invito del Concilio cittadino (*Vroedschap*), *hoogleraar* (do-

¹⁸ Wolf, *Grosse Rechtsdenker*, III Aufl., pp. 179 e ss.; cfr. Hall, *Die Juristische Fakultät der Universität Giessen im 17. Jahrhundert*, pp. 2-5. Cfr., *supra*, cap. 2, par. 1.

¹⁹ Schlüter, *Antonius Matthaeus II aus Herborn*, pp. 10-11; Cfr. *Matthaei, Prolegomena*, p. III. Sulla *methodus matthaeusiana*, cfr. *supra*, cap. 2, par. 1.

²⁰ *Die Matrikel der Hohen Schule und des Pädagogium zu Herborn*, pp. 62-75.

²¹ Van de Vrugt, *Antonius Matthaeus II 1601-1654*, pp. 25 e 26; cfr. Hewett, Halleebek, *The Prelate, the Praetor and the Professor*, pp. 6 e 7.

²² Un episodio biografico di questo periodo ad Harderwyk, testimonia della notorietà di cui doveva godere Matthaeus già in questi primi anni di attività: il suocero, in occasione delle nozze della figlia, si rivolse a Barleus perché componesse un «poema festivo» (Schlüter, *Antonius Matthaeus II aus Herborn*, p. 13; cfr. *Matthaei, Prolegomena*, p. III, nota 6). Ci è giunta l'umoristica lettera accompagnatoria del *carmen* che oltre «ad essere un modello di lettera dotta, [...] testimonia della posizione [occupata] dal Matthaeus» (Schlüter, *Antonius Matthaeus II aus Herborn*, p. 13; cfr. *Matthaei, Prolegomena*, III, nota 6).

²³ Schlüter, *Antonius Matthaeus II aus Herborn*, p. 16. Burman, *Trajectum eruditum*, p. 215, registra che solo i primi due figli di Matthaeus, Anton III e Philip, sopravvissero al padre: il dato, però, è in apparente conflitto con il registro dei funerali della città dove è scritto, in data 8 gennaio 1655, che Anton II visse «zijn huisvrouw met ses echte onmondige kinderen» (cfr. Hewett, Halleebek, *The Prelate, the Praetor and the Professor*, p. 7).

²⁴ Schlüter, *Antonius Matthaeus II aus Herborn*, p. 16.

cente) di legge alla recentemente istituita Illustre Scuola di Utrecht,²⁵ sembra che il nostro autore fosse il più giovane degli incaricati con competenza nelle *lecturae* in diritto romano.²⁶ Nel settembre del 1635 gli fu affiancato come docente della Facoltà di Legge Bernard Schotanus (van Schouten).²⁷

Il Concilio cittadino – che era responsabile dell'amministrazione dell'Illustre Scuola e desiderava evitare gelosie tra i due accademici – specificamente stabilì che il primo dovesse tenere letture ai principianti sulle *Institutiones* mentre l'altro trattasse il *Digesto* e il Codice.²⁸ I ruoli sarebbero stati invertiti con alternanza di anno in anno.²⁹ Il 16 febbraio 1636 l'Illustre Scuola divenne Università con Van Schouten primo Magnifico Rettore.³⁰

Nel 1641, tuttavia, l'allora Rettore accettò la chiamata della più celebre Università di Leida che lo volle *Primarius Iuris*, circostanza che parve avvantaggiare Matthaeus, dal momento che il *Vroedschap*, ansioso di non perdere l'altro docente di legge a vantaggio della più antica e prestigiosa università cugina, offrì al nostro autore identica posizione, identico compenso e identico assegno alimentare percepito dell'ex collega e Rettore.³¹ A sua volta, Matthaeus fu *Rector Magnificus* nel 1642, nel 1653 e nel 1654.³²

L'autore iniziò a Utrecht la propria attività letteraria: in occasione dell'inaugurazione dell'Accademia (1634), tenne il primo di diciassette discorsi, *De juris civilis sapientia contra ejus obtrectatores*, contenuti in una raccolta pubblicata dal figlio un anno dopo la sua morte (1655),³³ che si chiude con il *carmen* «inaugurale in eleganti versi latini» dell'innalzamento del Ginnasio cittadino a Università.³⁴ Nell'anno 1639 apparve la sua prima opera scientifica, il *De judiciis disputationes quindecim*, una collezione di dispute presentate all'Università di Utrecht, ripubblicata tre volte con aggiunte e correzioni sotto il titolo *De judiciis disputationes septendecim*, la prima

²⁵ Welten, *Utrechtse Hoogleraaren in de Rechten*, p. 13.

²⁶ *Groot Utrechts Placaatboek*, parte III, 2.2.6.1 (vol. III, p. 491).

²⁷ Lo stipendio annuo di Matthaeus era di mille *gulden* contro i milleduecento di Van Schouten (Welten, *Utrechtse Hoogleraaren in de Rechten (1636-1815)*, p. 17). La Hewett riporta il dato diverso di uno stipendio di milleduecento *gulden* per entrambi (Hewett, Hallebeek, *The Prelate, the Praetor and the Professor*, p. 7).

²⁸ Welten, *Utrechtse Hoogleraaren in de Rechten*, p. 13.

²⁹ Welten, *Utrechtse Hoogleraaren in de Rechten*, p. 13.

³⁰ Welten, *Utrechtse Hoogleraaren in de Rechten*, p. 13.

³¹ *Kernkamp*, part. I, p. 144.

³² *Groot Utrechts Placaatboek*, Parte III, 2.6.20 (vol. III, p. 494). Lo stipendio di duemila *gulden* percepito nel periodo di Rettorato, lo farà ricordare come «il docente meglio pagato della storia della Facoltà» (Welten, *Utrechtse Hoogleraaren in de Rechten*, p. 17).

³³ Schlüter, *Antonius Matthaeus II aus Herborn*, p. 14.

³⁴ Il discorso d'apertura, come già ricordato, è il *De juris civilis sapientia, contra ejus obtrectatores*, pronunciato nella cerimonia di inaugurazione del Ginnasio di Utrecht; il secondo, *Oratio, sive potius dissertatio de Toga habita*, pronunciata nel 1637 e il terzo, *De institutionum utilitate*, e il quarto, *Ad librum IX. Codicis*, non riportano alcuna datazione; il quinto *De anulo, ejusque praerogativis*, reca la data 1639. I restanti dodici discorsi, tutti senza riferimento alcuno, sono in ordine: *Praefatio, quam auspicaretur institutiones juris*; *De pileo, libertatis dignitatisque symbolo*; *In simulatorem*; *Pro lege Constantini M. de adulteris*; *De modestia veterum jureconsultorum*; *De abstinentia*; *In Carmelitam*; *Pro Carmelita*; *Oratio pro legibus sumtuariis*; *De praestantia et praerogativis Juris peritorum*; *In Curionem*; *Contra jus patronatus* (cfr., Schlüter, *Antonius Matthaeus II aus Herborn*, p. 114).

sempre a Utrecht nel 1645 dallo stesso Matthaeus II,³⁵ la seconda ad Amsterdam dal figlio Anton III nel 1665 e la terza a Jena nel 1680 *cum notis Theoreticis, Canonicis et Praticis Georgii Adami Struvii*.³⁶ Lo scritto si apre con una dedica di cinque pagine, datata 1639, che Matthaeus fa ai suoi studenti Menso Alting e Arnold Straet e con alcuni commenti e *additiones* a *sententiae* ad Antonio Mornacio, Petro Rebuffo, Eguinaldo Baro, Arius Pinelus (Aihres Pihnel), Vigilius Zuichem, Jean Imbert e Antoine Favre;³⁷ seguono le diciassette *disputationes* ciascuna delle quali è corredata dal titolo della *disputatio* e dall'indicazione del rispondente.³⁸ Nel 1644 vide luce a Utrecht e Amsterdam la sua *magnum opus*, il *De Criminibus ad lib. XLVII et XLVIII Digesti Commentarius*.³⁹ Nel 1652 venne pubblicato, sempre a Utrecht, il suo terzo lavoro, *Disputatio de Successionibus (XX), de Matrimoniiis (XIII), de Tutelis (V), cum auctario legum et usus (in materia successionis)*,⁴⁰ ristampato due volte a Jena, nel 1652 e nel 1678, con annotazioni del 'fedele' Adam Struve.⁴¹

Nel 1653, ancora a Utrecht, apparve il suo quarto scritto, *De auctionibus libri duo, quorum prior venditiones, posterior locationes, quae sub hasta fiunt, exequitur*,⁴² riedi-

³⁵ Matthaeus II A., *De iudiciis disputationes septendecim: in Illustri Academia Trajecti ad Rhenum, publicae prepositae. Editio secunda auctior & emendatior*, Utrecht, Johannes I Janssonius van Waesemberge, 1645. Schlüter, *Antonius Matthaeus II aus Herborn*, p. 14, erroneamente ritiene che la raccolta sin dalla prima apparizione nel 1639 fosse stata composta di diciassette dispute (cfr. *Matthaei, Prolegomena*, p. III nota 7). In realtà, l'edizione del 1639 era composta di sole quindici *disputationes*; il nostro autore aggiunse le ultime due solo nell'edizione del 1645.

³⁶ Matthaeus II A., *De iudiciis disputationes septendecim: in Illustri Academia Trajecti ad Rhenum, publicae prepositae. Editio secunda auctior & emendatior*, Amsterdam, Johannes II Janssonius van Waesemberge, 1665.

³⁷ Schlüter, *Antonius Matthaeus II aus Herborn*, pp. 14 e 114; cfr. *Matthaei, Prolegomena*, p. III, nota 7.

³⁸ Le materie trattate dalle dispute sono le più varie, dal diritto civile, a quello penale, a quello processuale: *De Iudiciis (respondens, Abraham van Kerckraad)*, *De jurisdictione (respondens Johannes Beek)*, *De iudice, actore, reo, advocatis et procuratoris (respondens Johannes Kesterling)*, *De foro competenti (respondens Mello Alting)*, *De feriis, et ad legem properandum (respondens Adriaan van Bredehof)*, *De in ius vocatio (respondens Valerius Walricus)*, *De his quae fiunt in iure ante litis contestationem (respondens van Renswoulde)*, *De litis contestatione et quae hanc vel comitentur vel sequantur (respondens Arnold Straet)*, *De probationibus et praesumptionibus (respondens Lucas van Hoff)*, *De iurejurando (respondens Nicolaas Hamel)*, *De sententia (respondens Johannes Nellesteyn)*, *De appellationibus (respondens Casper van Panhuys)*, *De executione rei iudicatae (respondens Menso Alting)*, *De concursu et privilegis creditorum (respondens Valerius Walricus)*, *De arbitris (respondens Stephan van der Hagen)*, *De accusationibus et inquisitionibus (respondens Nicolaas Hamel)*, *De divortio legum et usus (respondens Nicolaas Hamel)*. Schlüter, *Antonius Matthaeus II aus Herborn*, p. 12, sottolinea l'utilità della raccolta dal punto di vista dogmatico, poiché in esse sono contenute «le principali definizioni e le strutture teoriche dei concetti giuridici in generale». La raccolta è conservata nella *Preussische Staatsbibliothek*.

³⁹ Il *De Criminibus* fu commissionato dall'Università di Utrecht dietro compenso di seicento *gulden* (Welten, *Utrechtse Hoogleraaren in de Rechten (1636-1815)*, p. 19; cfr., Kernkamp, cit., I, p. 210) e, a sentire Rütten e Zimmermann, condusse Matthaeus 'sul lastrico' (Zimmermann R., *Das römischen-holländische Recht in Südafrika*, 1983, p. 62. Cfr. Rütten W., *On a Crimes*, in «Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte», Romanistische Abteilung, 1999, p. 432).

⁴⁰ Schlüter, *Antonius Matthaeus II aus Herborn*, p. 113.

⁴¹ Schlüter, *Antonius Matthaeus II aus Herborn*, p. 113.

⁴² Matthaeus II A., *De auctionibus libri duo, quorum prior venditiones, posterior locationes, quae sub hasta fiunt, exequitur*, typis Johannis a Waesemberge, Utrecht, 1653.

to ad Anversa nel 1680 e tradotto in olandese a Utrecht nel 1775,⁴³ come riportano Jungler e Schlüter,⁴⁴ o molto più probabilmente nel 1774. Nel 1657 Matthaeus ripubblicò le *Notae IV libros Institutionum Juris Imperatoris Justiniani*, un'opera del padre che erroneamente la storiografia gli aveva attribuito sino allo studio di Jugler, che correttamente sottolinea come la *Praefatio*, indicante *Herbonae 16 febr. Anno Christi 1600*, e la sottoscrizione «Antonius Matthaeus U. J. D. et Professor Illustri scholae Nass. Herbonensis», ricolleghino le *Notae* inequivocabilmente a Matthaeus il Vecchio.⁴⁵

Gli altri numerosi suoi scritti ci sono giunti grazie al figlio Anton III che ha curato la pubblicazione delle *Paroemiae Belgarum jurisconsultis usitatissime*, che conobbe tre edizioni, le prime due a Utrecht (1667) e la terza a Bruxelles (1694)⁴⁶ (ristampata nel 1696),⁴⁷ e di due raccolte: la prima, meno nota, *Antonii Matthaei Disputationes de obligationibus XLII. de criminibus VII. de servitutibus VII. et aliquot miscellaneae. In illustri Academia Ultrajectina publicè ventilatae, defendentibus juris & bonarum literarum studiosis, quorum nomina singulae disputa* (Utrecht, Johannis à Waeseberge, 1660), è una collezione di quarantadue *disputationes* tenute dal *Primarius juris* a Utrecht fra il 15 aprile 1646 e il 2 luglio 1652; la seconda, sicuramente più famosa, *Veteris Aevi anelected seu vetera aliquot monumenta quae hactenus nondum visa, quibus continentur scriptores varii*, pubblicata a Leida nel 1698 e riedita nel 1738, è un'opera divisa in dieci volumi nei quali Matthaeus III raccoglie, senza che sia visibile alcun ordine sistematico,⁴⁸ *recitationes* e *praelectiones* del padre, oltre a cronache e frammenti di autori vari relativi principalmente alla storia dei Paesi Bassi nel Medioevo e nel primo evo moderno.⁴⁹

⁴³ Matthaeus II A., *De auctionibus libri duo, quorum prior venditiones, posterior locationes, quae sub hasta fiunt, exequitur; adjecto passim voluntariarum auctionum jure*. Editio ultima multo correctior, Anversa, thypis Marcelli Parys, 1680.

⁴⁴ Schlüter, *Antonius Matthaeus II aus Herborn*, p. 114.

⁴⁵ Schlüter, *Antonius Matthaeus II aus Herborn*, p. 115.

⁴⁶ Matthaeus II A., *Paroemiae Belgarum jurisconsultis usitatissimae, editio altera, cui accesserunt additiones post quamlibet paroemiam, continens jus et praxim, tam in bonis allodialibus quam feudalibus, circa easdem, non tentum in foederato Belgio, sed & in Hispania, Gallia, Saxonia, Bavaria, Hannonia, Flandria, Brabantia, aliisque provinciis observatum, una cum indice rerum et verborum locupletissimo*, Brussels, Petrus de Dobbeleer, 1694.

⁴⁷ Matthaeus II A., *Paroemiae Belgarum jurisconsultis usitatissimae, editio altera, cui accesserunt additiones post quamlibet paroemiam, continens jus et praxim, tam in bonis allodialibus quam feudalibus, circa easdem, non tentum in foederato Belgio, sed & in Hispania, Gallia, Saxonia, Bavaria, Hannonia, Flandria, Brabantia, aliisque provinciis observatum, una cum indice rerum et verborum locupletissimo*, Brussels, Petrus de Dobbeleer, 1696. Hoops, Beck, Muller, *Reallexikon der germanischen Altertumskunde*, cit., p. 280, ritengono l'opera una sorta di modello di interesse per le origini delle istituzioni e del diritto di matrice germanica, analogamente alle assai più note *De origine juris Germanici* (1643) di Hermann Conring e *Thesaurus paroemiarum Germanico-Juridicarum* (1716) di Tobias Pistorius (cfr. *supra*, Introduzione, p. XI, nota 23).

⁴⁸ Schlüter, *Antonius Matthaeus II aus Herborn*, pp. 15-16, sottolinea come Jungler e Burmann si siano soffermati sui numerosi e forse eccessivi errori tipografici, di struttura morfo-sintattica della frase, nonché sulla disattenzione dell'editore nella trasmissione del testo originale.

⁴⁹ Sui *Veteris aevi anelected*, cfr. *supra*, Introduzione, nota 22, p. XI. Fra le *recitationes* sono degne di menzione le *Recitationes solemnes ad tit. Cod. de pign. et hypoth.*, le *Recitationes ad tit. Cod., in quibus causis pign. vel hypoth. et reliquos qui sequuntur XX lib. VII signalaque eorum leges, usque ad tit. Cod. de except.*

L'attività di Matthaeus, tuttavia, non si limitò a interessi accademici. Nella sua qualità di docente dell'Università non infrequentemente prestò la propria opera come consigliere legale del *Vroedschap* e nell'*Utrechtse Consultation*: si possono ammirare ventitre *opiniones* (redatte negli anni che vanno dal 1638 al 1644) da lui sottoscritte,⁵⁰ alcune individualmente, alcune insieme ad altri giuristi,⁵¹ scoperte negli anni Ottanta dello scorso secolo dal professor Hellebeek nel corso delle sue ricerche sul 'Caso Rovenius' insieme ad un «tesoro nascosto nella Biblioteca dell'Università di Utrecht: una cartella contenente più di un migliaio di pagine manoscritte firmate a nome Matthaeus».⁵²

A testimonianza della fama del giurista e del rispetto di cui godeva l'uomo, Matthaeus II giocò un ruolo fondamentale in due fra i casi teologico-filosofici di maggior risonanza nell'Europa secentesca: quello che vide protagonista l'Arcivescovo Rovenius, Vicario Apostolico «nella parte dei Paesi Bassi occupata dagli eretici», accusato di *crimen lesae majestatis*,⁵³ e quello conosciuto come *Querelle d'Utrecht* che portò alla condanna della filosofia cartesiana prima a Utrecht e poi a Leida.

1.3. La *Querelle d'Utrecht*.

L'ambiente accademico, Anton Matthaeus e la condanna della *Philosophie nouvelle*

Correva l'anno 1935, quando il celebre storico francese Paul Hazard pubblicava una delle opere classiche della storiografia europea: *La crise de la conscience européenne 1680-1715*. Oggi non è più possibile accettare una così rigida scansione temporale e si tende ad anticipare l'inizio della crisi agli anni trenta del XVII secolo, dopo che lo scontro tra la Chiesa Cattolica e Galileo e la pubblicazione del *Discorso sul Metodo* (1637) di Cartesio avevano reso evidente il fatto che «Aristotele e Tolomeo non riuscivano più a descrivere in modo adeguato i meccanismi, sia celesti che terrestri, del mondo naturale».⁵⁴ La visione tradizionale dell'umanità, della natura e dell'uomo veniva messa in discussione, come pure quelle di Stato e di Religione.

⁵⁰ Il primo documento riporta la data 1638 e riguarda un lascito ereditario (Hewett, Halleebek, *The Prelate, the Praetor and the Professor*, p. 8).

⁵¹ Alcune *opiniones* recano, accanto alla firma di Matthaeus, quella di Hendrik Moreelse (nato a Utrecht nel 1615, studente a Hardervijk, Utrecht e Leida, *doctor iuris* a Bourges, *Schepen* di Utrecht, docente di legge dal 1644 al 1654, dal 1652 membro del Tribunale cittadino di Utrecht, nel 1661 membro del *Vroedschap*, *Burgermeester* dal 1662 al 1664, morto a Utrecht nel 1666) e Arnoldus Matthysius o Mathysius (morto nel 1665), avvocato presso il Tribunale di Utrecht (Hewett, Halleebek, *The Prelate, the Praetor and the Professor*, p. 8). Questi documenti testimoniano che quando fu pubblicato il *De Criminibus*, Matthaeus era bene affermato a Utrecht, città di cui aveva ottenuto la cittadinanza dal febbraio 1634 (*Kernkamp*, Parte I, p. 38) e nella quale aveva vissuto nell'area del Runnebaen (Runnebaen è il nome della parte di Nieuwe Gracht tra Paulusburg e S. Maartensdam), in una proprietà confinante con l'Abbazia di San Paolo, che egli aveva acquistato l'anno precedente, nel giugno del 1643 da Aernt van der Linghen, un avvocato del tribunale di Utrecht (*Gemeentearchief Utrecht*, atto di trasferimento di proprietà, 23 giugno 1643 pp. 415-416). Il 7 gennaio 1663 la vedova Matthaeus vendette la casa a Cornelius van Beek (Hewett, Halleebek, *The Prelate, the Praetor and the Professor*, p. 2).

⁵² La documentazione cui fanno riferimento Hewett, Halleebek, *The Prelate, the Praetor and the Professor*, pp. 1 e 2 fa luce sopra molti aspetti della vita di Matthaeus.

⁵³ Su cui approfonditamente Hewett, Halleebek, *The Prelate, the Praetor and the Professor*, che mostra il ruolo tutt'altro che secondario giocato da Matthaeus nel corso di tutto il procedimento.

⁵⁴ Candee-Jacob M., *La crisi della coscienza europea*, in «La Storia», IX, Novara, 2007, p. 213.

La rivoluzione scientifica seicentesca fu innanzitutto una rivoluzione filosofica che determinò la sostituzione del pensiero aristotelico con un'ipotesi concorrente che si fondava su di un universo meccanicistico, accertato tramite l'osservazione e l'esperimento. Tale sostituzione, però, non fu breve né indolore: l'aristotelismo combatteva con le armi dei roghi, delle condanne, dei bandi e ancora negli anni Ottanta del secolo i suoi sostenitori figuravano tra i ranghi di tutte le Scuole e Università europee, costretti, ora finalmente, a restare sulla difensiva; il consenso per la *Philosophie nouvelle* non era, però, ancora generale: non si era pronti ad accettare la sostituzione della teologia tradizionale con un cristianesimo che fosse compatibile con la nuova scienza. Come è noto a tutti, Galileo era un credente fervente che aveva avuto la grande sfortuna di conoscere le sfere celesti meglio degli ecclesiastici che gli si opponevano e Cartesio era un devoto cristiano, anzi, un buon cattolico; nessuno dei due, tuttavia, aveva avvertito l'esigenza di lanciare un salvagente ai teologi scolastici che disperatamente tentavano di non affogare fra i marosi che si erano formati al seguito del superamento della filosofia naturale aristotelica. Né l'uno né l'altro, poi, avrebbe mai immaginato che sarebbe stato necessario dar vita a una nuova religiosità cristiana fondata per buona parte su teorie meccanicistiche.⁵⁵

Cartesio (1596-1650) fu il vero 'rivoluzionario' della cultura seicentesca, e il *leitmotiv* del *Discorso sul metodo* non lascia dubbi in proposito: il punto di partenza di ogni ricerca, secondo il filosofo francese, è la mente dell'individuo e non i precetti o i dogmi del clero, esposti con tanta facilità alla derisione degli scettici; la scienza, quindi, poiché Dio non vuole falsare e distorcere la percezione che l'uomo ha della natura, ha come proprio fine quello di esprimere in forma matematica leggi meccaniche che effettivamente rispecchino la realtà fisica.⁵⁶

Sulla base di questo postulato, Cartesio strutturò un quadro meccanicistico dell'universo fondato su ipotesi e teoremi logici, senza però chiarire quale dovesse essere esattamente la funzione da riconoscere alla sperimentazione. Come accennato in precedenza, il cartesianesimo non offrì alcun sostegno alla scolastica, anzi; arrivò al punto di separare in maniera così drastica la materia dallo spirito da togliere ogni significato alla scolastica *anima mundi*.⁵⁷ Fu proprio questa separazione il grande problema

⁵⁵ Così Candee-Jacob, *La crisi della coscienza europea*, p. 214. I primi a elaborare una sintesi di questo tipo furono i filosofi protestanti inglesi della seconda metà del XVII secolo i quali, sotto i colpi della rivoluzione, si sentirono costretti a ripensare a un nuovo modo di rapportare il mondo naturale, la società e la religione. Questi scienziati, fra i quali possiamo ricordare Robert Boyle (1632-1691), si opposero all'aristotelismo perché lo vedevano come qualcosa di inscindibile dall'assolutismo che essi criticavano fortemente. A sentir Boyle, la scolastica *anima mundi* che vegliava sulla sicurezza dell'universo, poteva giustificare fenomeni come la transustanziazione, la magia e sicuramente era responsabile dello «spontaneo naturalismo delle masse». Tutti questi fenomeni erano vissuti come una minaccia da Boyle e i suoi amici della "Royal Society" che temevano tanto l'assolutismo monarchico e il cattolicesimo quanto le agitazioni politiche popolari. Per questo motivo essi furono spinti a elaborare una sintesi fra scienza e religione che, dagli anni Novanta in poi, avrebbe avuto un forte influsso su tutto il continente e si sarebbe posta come valida alternativa tanto al calvinismo ortodosso e militante quanto al dogmatismo dottrinale del cattolicesimo (sul punto, Candee-Jacob, *La crisi della coscienza europea*, p. 214).

⁵⁶ Cartesio R., *Opere*, a cura di Garin E., Volume II, Introduzione alle opere di Cartesio, Bari, 1965.

⁵⁷ Così Candee-Jacob, *La crisi della coscienza europea*, p. 220; cfr. Fowler C.F., *Descartes on the Human Soul. Philosophy and the Demands of Christian Doctrine*, Dordrecht, London, Boston, 1999; Del Noce A., *Riforma Cattolica e filosofia moderna*, volume I, *Cartesio*, Bologna, 1965, pp. 25 e ss.

del cartesianesimo, problema che rischiò di farlo naufragare sotto i colpi sferrati dall'ortodossia calvinista: «Come era possibile ricongiungere spirito e materia in modo tale da garantire il dominio del primo sulla seconda, di Dio sulla natura, del Cristianesimo sul naturismo pagano?». ⁵⁸

Il filosofo francese e i suoi primi seguaci cattolici, come Malebranche, tentarono di dare una risposta a queste vitali questioni sposando il fideismo con l'occasionalismo, credendo in un costante intervento di Dio nell'uomo e sulla natura. ⁵⁹ In Olanda e in Inghilterra i teologi protestanti pensarono per molti anni (dagli anni Quaranta del secolo) che la *Philosophie nouvelle* non confutasse la scolastica e consentisse allo stesso tempo lo sviluppo di una scienza cristiana. Furono, invece, i riformati di stretta osservanza biblica a portare i più feroci attacchi, come fece il teologo-pastore di Utrecht Gisbert Voet, che bollò il cartesianesimo come una pericolosa forma di ateismo e fanatismo e scatenò quella che sarebbe passata alla storia come la *Querelle d'Utrecht*. ⁶⁰

L'Illustre Scuola (Accademia) di Utrecht, fondata nel 1634, fra gli altri proprio da Anton Matthaeus, ⁶¹ il 16/26 marzo 1636 ottenne lo Statuto universitario in una solenne celebrazione nella Cattedrale cittadina alla presenza degli Stati di Utrecht, del Consiglio cittadino, ⁶² del corpo docente e studentesco e di numerosi dignitari della regione: nasceva la quarta università nei territori delle Province protestanti dopo Leida, Franeker e Groningen. ⁶³ Lo *ius promovendi* venne garantito dalle più alte autorità della Provincia e degli Stati anche se, dal punto di vista amministrativo e finanziario, l'istituzione dipendeva esclusivamente dal *Vroedschap* di Utrecht.

L'organo di governo dell'Università, il *Curatorium*, diversamente da quanto accadeva nelle altre istituzioni accademiche, non era composto da rappresentanti degli Stati, ma solamente da membri della municipalità: due *Burgermeister* e alcuni esponenti del Consiglio cittadino. ⁶⁴ Fin dal momento della sua fondazione l'Università attrasse numerosi studenti da tutte le Province, soprattutto quelle settentrionali, e dopo lo scoppio della peste a Leida (1635), divenne rifugio di gran parte del corpo studentesco dell'Ateneo cugino.

⁵⁸ Candee-Jacob, *La crisi della coscienza europea*, p. 220.

⁵⁹ Su Malebranche si veda Crippa R., *Malebranche, Questioni di storiografia filosofica. La storia della filosofia attraverso i suoi interpreti*, vol. 2, Brescia, 1974-1976, pp. 273-300.

⁶⁰ Sul cartesianesimo nelle Province olandesi si veda McGahagan T.A., *Cartesianism in the Netherlands, 1639-1676; the New Science and the Calvinist Counter-Reformation*, Ph. D. Dissertation University of Pennsylvania, 1976.

⁶¹ Oltre ad Anton Matthaeus, professore di diritto, il corpo docente dell'illustre Scuola di Utrecht era composto da Gisbert Voet, docente di teologia e lingua-cultura ebraica, Henricus Regneri, professore di filosofia, Anton Æmilius, professore di storia e Justus Lyraeus, docente di materie letterarie. Nel 1635 si unirono all'originario corpo docente Bernard van Schouten, professore di legge e matematica, Arnoldus van Goor, docente di filosofia morale, Arnold Segurdus (Senguerd), professore di metafisica, e Martin Schook, docente di retorica. All'indomani dell'inaugurazione dell'Università, Willem van der Straaten (Stratenus), accettò la cattedra di medicina (*Quaestiones Infinitae, The Correspondence of René Descartes 1643*, con i contributi di Bos H., C.R. Palmerino, C. Vermuelen, vol. XLV, Utrecht, 2003, note introduttive, xlix).

⁶² Nel XVI secolo le Province di Olanda, Zelanda e Brabante adottarono immediatamente il Calendario Gregoriano, mentre le altre mantennero ancora il vecchio Giuliano: questa la motivazione della doppia datazione.

⁶³ *Quaestiones Infinitae*, volume XLV, p. 125.

⁶⁴ *Quaestiones Infinitae*, volume XLV, p. 126.

Delle quattro Facoltà che componevano l'Università (Arti, Teologia, Medicina e Legge), quella di Teologia era sicuramente la più importante ed influente, in quanto destinata alla cura e all'educazione di quelli che sarebbero diventati i ministri di una delle maggiori roccaforti del Calvinismo europeo. Il Decano dell'Università, Rettore dal 16/26 marzo 1641 al 15/25 marzo 1642, era Gisbert Voet (1589-1676), «carismatico, zelante e ortodosso» rappresentante della Chiesa Riformata e importante membro del Sinodo di Dort:⁶⁵ sotto la sua guida la Facoltà diventò «leale guardiano della dottrina riformata, con particolare attenzione alla teologia pratica».⁶⁶

Il clima filosofico della Facoltà di Arti, prodromica ai corsi superiori di Medicina, Legge e Teologia, era prevalentemente aristotelico anche se era concesso spazio di discussione alle nuove idee: il professor Renier proponeva il tradizionale *curriculum* di fisica, rivisitato, però, sulla base delle teorie e del metodo di Bacone e Cartesio;⁶⁷ il professor Ravensberger discuteva pubblicamente nelle sue *disputationes* e *lecturae* delle opere di Galileo e Cartesio, mantenendo come il collega un profilo basso: la *Philosophie nouvelle* iniziava a penetrare senza clamore fra le aule dell'Università proprio grazie a questo atteggiamento dei due docenti che, volutamente e accortamente, sceglievano argomenti che non turbassero la *pax accademica* e garantissero al cartesianesimo una qualche *chance* di sopravvivenza.⁶⁸

La situazione mutò radicalmente a partire dal 1638, quando il filosofo olandese Henricus Regius (Henri le Roy o de la Roy, 1598-1679), all'atto di nomina a docente *extra ordinem* di medicina teorica, dichiarò apertamente di essere cartesiano;⁶⁹ da quel momento si disegnarono due schieramenti in netta e aspra contrapposizione, aristotelici da una parte e cartesiani dall'altra, e il segno del profondo mutamento del 'clima' acca-

⁶⁵ Clark D.M., *Descartes: A Biography*, Cambridge, 2006, p. 220.

⁶⁶ *Quaestiones Infinitae*, volume XLV, note introduttive p. xlix. Oltre a Voet, la Facoltà di Teologia poteva contare su altre due cattedre, quelle di van Schouten, nominato nel 1637 (a cui successe dal 1644 Johannes Hoornbeeck), e quella di Carl Dematius (De Maets), professore dal 1639. Come la Facoltà di Teologia, anche quella di Giurisprudenza aveva tre cattedre: oltre a Matthaeus, furono nominati Cyprien Regneri (Renier) da Oosterga, dal marzo 1641, e Henrick Moreelse dal 1644. L'ordinario di medicina, Willelmus Stratenus (Willelm van Straaten), dovette attendere il 1638 prima di essere affiancato da un collega *extra ordinem*, Henricus Regius, (Henry de la Roy), associato in medicina teorica e botanica, ordinario dal marzo 1646. La facoltà di Arti, responsabile degli studi preliminari per accedere alle superiori facoltà di teologia, medicina e legge, aveva la maggior parte degli studenti e di conseguenza un corpo docente numeroso. Per rimpiazzare Schoock e Van Goor, entrambi uscenti, e il più noto Reiner, uno dei celebri fondatori della Scuola, poi Università, morto nel 1639, Senguerd divenne professore ordinario nel 1638 e Daniel Berckringer assunse l'incarico per la disciplina filosofia morale nel marzo 1640. L'anno successivo il *Vroedschap* nominò *extra ordinem* Jacob Ravensberger e Paul Voet, il primo in matematica e dal 1644 anche in filosofia come ordinario; il secondo, figlio maggiore di Gisbert Voet, professore ordinario in metafisica nel 1644 con *lecturae* addizionali in greco (*Quaestiones Infinitae*, volume XLV, note introduttive, p. I).

⁶⁷ *Quaestiones Infinitae*, volume XLV, p. 150.

⁶⁸ Sul punto si veda Van Ruler H., *Substituting Aristotle: Platonic Themes in Dutch Cartesianism*, Springer Netherlands, 2007, pp. 159-175.

⁶⁹ *Quaestiones Infinitae*, volume XLV, note introduttive, xi. Come ricorda Cartesio, probabilmente de la Roy si convertì alla *Philosophie nouvelle* dopo la lettura dell'*Essays* e delle *Meditationes*. Grazie all'intermediazione di Renier, intraprese una fitta corrispondenza con il filosofo francese per discutere con lui delle questioni più varie di filosofia naturale sulla quale stava lavorando separatamente per la costruzione di un proprio sistema. A lungo fece pressioni su Renier perchè organizzasse un incontro personale con Cartesio, incontro che si sarebbe dovuto tenere fra la fine del 1638 e gli inizi del 1639 e che purtroppo non si verificò a causa della morte di Renier avvenuta nel marzo del 1639.

demico era il motto con il quale i primi apostrofavano il professore campione dei secondi: «la scimmia del bugiardo francese».⁷⁰

La tensione era tale che anche un funerale poteva diventare teatro di discussione. Tra la fine del marzo e gli inizi di aprile del 1639 il professore di storia Anton Æmilius pronunciò l'orazione funebre di Renier (decaduto la fine di marzo del 1638),⁷¹ nella quale, difendendo la libertà accademica, criticò coloro che si accontentavano delle semplici argomentazioni della filosofia tradizionale, dimenticandosi di quale fosse il loro vero dovere: la ricerca della verità. Æmilius, ricordando come Renier avesse preferito nella sua investigazione scientifica la guida della *Philosophia nova*, concluse con uno stravagante elogio di Cartesio al quale il defunto parlava dal Paradiso, informandolo che ora, nel suo stato di «beato, era in grado di partecipare alla sua saggezza».⁷²

Il commento all'orazione funebre di Æmilius da parte di Matthaeus, riportatoci dallo storico di Utrecht Arnold van Buchell, Buchelius (1565-1641), riflette la situazione generale:

Dicebat Doctor Matheus de orat[i]one fun[ebri], in Mortem [Domini] Renerij habita ab Ant[onio] Æmylio, quod virtutes in eo quidem enarrasset, vitia t[ame]n dissimulasset, tum q[uo]d nimis aestimasset quendam Gallum du Chartres, nimiae subtilitatis virum, qui sibi o[mn]ia tribuere solet eum deprecatione aliorum.⁷³

Lo stesso Cartesio non fu contento dell'attenzione ricevuta o, meglio, delle motivazioni per le quali quella stessa attenzione era stata generata: scrivendo, più tardi, di quell'avvenimento, sottolineò come, molto probabilmente fosse stata l'orazione di Æmilus a «scatenare la violenta reazione del teologo di Utrecht [Voet] che [lo avrebbe] segnato con il marchio di ateismo».⁷⁴ Nel luglio di quello stesso fatidico 1639 lo studente Florent Schuyt (1619-1699) difese la tesi intorno alla forza magnetica:⁷⁵ per la prima volta nella breve storia dell'Università il cartesianesimo veniva scopertamente portato nelle aule dell'Ateneo.⁷⁶

Nel marzo del 1639 de la Roy ottenne la nomina a professore ordinario con uno stipendio inferiore rispetto a quello dei colleghi pari grado dell'Università; per questo motivo, richiese di poter effettuare *lectures extra* in fisica che ottenne, nel maggio del 1640, con il sostegno e il beneplacito del decano Gisbert Voet.⁷⁷ Questo incarico gli

⁷⁰ Clark, *Descartes*, p. 220.

⁷¹ Æmilius A., *Oratio in obitum [...] Henrici Renerii [...] Habita in templo maximo postridie exequiarum XV April 1639. Eccedit ejusdem Carmen Funebre*, Utrecht, 1639.

⁷² *Quaestiones Infinitae*, volume XLV, p. 18. Anche Schoock, parlando del suo maestro Renier al collegio di docenti al quale aveva presentato la sua opera anticartesiana, l'*Admiranda methodus* (di cui più ampiamente *infra*), ricorda come fosse solito narrare di un certo nobiluomo francese che aveva sviluppato questo nuovo meraviglioso metodo scientifico e che egli era solito chiamare 'principe dei filosofi' (cfr. *Quaestiones Infinitae*, volume XLV, p. 10).

⁷³ *Notae Quotidianae*, Utrecht University Library, 5 L 25, p. 100.

⁷⁴ Descartes R., *Lettre Apologétique aux magistrat d'Utrecht*, 1639, AT, VIII B, p. 205; Voetius G., *Disputatio de Ateismo*, 1639.

⁷⁵ Dopo il suo diploma in lettere a Utrecht, Schuyt fu studente a Leida e nel 1622 curò la pubblicazione della prima edizione in latino dei *Trattati sull'uomo* di Cartesio.

⁷⁶ Clark, *Descartes: A Biography*, p. 221, nota 7.

⁷⁷ Clark, *Descartes: A Biography*, p. 221.

consenti di tenere una serie di incontri che fin dall'esordio provocarono commenti e reazioni ostili non solo in Olanda.

Il primo di questi – il cui titolo è riportato in nota – dedicato alla circolazione del sangue (20 giugno 1640),⁷⁸ riguardava un argomento allora così controverso che egli, cautamente come mai più accadrà in seguito, tentò una convergenza fra la medicina tradizionale e la nuove teorie scientifiche;⁷⁹ nonostante ciò, la sua evidente propensione per le teorie cartesiane, lo espose alla prima seria critica in ambiente accademico europeo: dall'Inghilterra Jean Primerose (1598-1659) redasse una dettagliata e sarcastica confutazione alla quale de la Roy rispose con un *pamphlet* dal linguaggio altrettanto sgradevole,⁸⁰ tipico delle dispute accademiche di quei tempi.⁸¹

⁷⁸ Regius H., *Disputatio medico-physiologica pro sanguinis circulatione [...] sub praeside D. Henrici De Roy [...] Exercitii gratia, Publice defendere conabitur Iohannes Haymannus [...] ad diem 10. Iunii, Utrecht, 1640.*

⁷⁹ Clark, *Descartes: A Biography*, p. 221.

⁸⁰ Primrose J., *Animadversiones adversus Theses, qua pro circulatione sanguinis in Academia Ultrajectina Regius disputandas proposuerat*, Leida, 1640.

⁸¹ Clark, *Descartes: A Biography*, p. 221. Lo stretto rapporto epistolare con Cartesio fra il 1638 e il 1641 fornì al professore olandese idee e materiale (Cartesio fece pervenire a de la Roy non solo la prima stesura delle *Meditationes*, 1641, ma anche una copia di *Le monde*, terminato nel 1633 e non pubblicato a causa della vicenda di Galileo) per due serie di *disputationes* che sarebbero state la miccia della 'Querelle d'Utrecht'; la prima di queste, intitolata alla *Physiologia*, venne discussa nella prima parte del 1641 (Regius H., *Physiologia, sive Cognitio sanitatis. Tribus disputationibus in Academia Ultrajectina publice porposita*, Utrecht, 1641), mentre la seconda fu oggetto di disputa fin dal nascere. Nell'estate del 1641 Regius scrisse sia a Cartesio che al Rettore Voet, chiedendo loro se fosse meglio pubblicare un testo di fisiologia o continuare a discutere le proprie idee sotto forma di *disputatio*; le risposte furono agli antipodi: il Rettore lo consigliò per la pubblicazione di un libro che, in un clima che andava infiammandosi, sarebbe stato sicuramente meno antagonizzante, mentre Descartes lo incoraggiò a procedere con *disputationes* di cui pubblicare preventivamente monografie per chiarire meglio i punti controversi. De la Roy seguì il consiglio del filosofo francese, al quale sottopose tutte le bozze degli argomenti che avrebbe trattato; dal fitto carteggio emergono numerosi suggerimenti relativi, soprattutto, ad aspetti teologici. Replicando a una di queste bozze, degli inizi di maggio 1641, Cartesio incitò de la Roy a non «confondere quello che tutte le persone chiamano spirito negli animali con quello che chiamano *ratio* negli uomini» (Clark, *Descartes: A Biography*, p. 221): il suo intento era di spiegare le sue posizioni accuratamente per timore che gli venissero attribuite in pubblico tesi che mai aveva sostenuto; per lo stesso motivo, in un'altra di queste repliche, ricordò al filosofo olandese che per i cattolici suggerire che l'uomo possedesse una triplice anima era eresia. De la Roy, tuttavia, parve non recepire le sottili distinzioni di Cartesio e nella *disputazione* da lui presieduta, il 18 dicembre 1641, consentì allo studente Henri van Loon (1617-1659) di sostenere che l'essere umano potesse essere una sorta di unione accidentale fra due distinte sostanze, l'anima e il corpo: «Insieme con il corpo, l'anima umana non può costituire una creatura vivente che è *unum per se* ma un essere vivente che è *unum per accidens*, perchè esso, anima e corpo, è individualmente completo o sostanza perfetta» (così Clark, *Descartes: A Biography*, p. 221). Informato dei fatti, un preoccupato Cartesio scrisse a de la Roy che siffatta argomentazione «era difficilmente accettabile e presta(va) il fianco a offese e accuse», poiché consentiva di arrivare alla pericolosissima affermazione che «l'uomo [fosse] un essere vivente accidentale» (Clark, *Descartes: A Biography*, pp. 221-222); per questo motivo, suggerì opportune correzioni per prevenire le inevitabili e future implicazioni di questa visione così provocatoria, correzioni che non influenzarono la stesura del *De illustribus aliquot quaestionibus physiologicis* di de la Roy né le successive *disputationes*, tenute fra il novembre e il dicembre del 1641 e che, in ambiente accademico, furono viste come un ingiustificato e virulento attacco alla filosofia aristotelica. La reazione dei teologi di Utrecht, capitanati da Voet, non si fece attendere: con lo scritto *Corollaria Theologico-Philosophica* il Rettore si fece paladino della difesa delle forme sostanziali e della filosofia tradizionale, contro tutti coloro che, de la Roy compreso, negando le prime, si opponevano alla seconda. Nel gennaio 1642, all'apice della crisi, Cartesio aiutò de la Roy a formulare una risposta alle accuse (*Quaestiones Infinitae*, volume XLV, note introduttive, pp. xi-xii), incoraggiandolo a dar vita a una controversia pubblica «specialmente se tra i suoi oppositori fosse incluso il famoso teologo che ebbe la fortuna di

Nonostante la possibile minaccia di perdere la cattedra e l'unanime avviso degli amici di non prendere pubblicamente posizione contro Voet, de la Roy pubblicò il 26 febbraio 1642 un *pamphlet* dal titolo *Responsio, sive Notae in Appendice ad Corollaria Theologico-Philosophica Viri Reverendi et Celeberrimi d. Gisberti Voetii, SS. Theologiae Doctoris et Professoris, et in Academiâ Ultrajectina p.t. Rectoris Magnifici, verbique divini in Ecclesia Ministri*.

La reazione del Decano fu sorprendentemente forte e violenta. All'indomani della pubblicazione egli convocò il Senato accademico (ad eccezione di de la Roy) per intraprendere una procedura contro uno scritto che era stato «pubblicato senza permesso, tramite una stampatore protestante e che egli riteneva essere ingiurioso verso di lui personalmente, irrispettoso della dignità rettorale e contro l'onore dei professori e di tutta l'Università»: ⁸² per queste motivazioni, egli richiese la «soppressione di tutte que[lle] nuove filosofie che turba[va]no la pace dell'Università». ⁸³

Il Senato, il 18/28 febbraio 1642, predispose un esposto da presentare alle magistrature cittadine con il quale si richiedeva la confisca delle copie dello scritto ingiurioso, la proibizione di ogni insegnamento differente rispetto alla filosofia tradizionale, di individuare le modalità con le quali porre fine alle *lecturae* filosofiche di de la Roy e, inoltre, si decideva di redigere un adeguato scritto di replica da pubblicare adeguatamente. ⁸⁴

A tal fine, il Collegio dei docenti individuò una delegazione, composta da Matthaeus, Dematius (De Maets) e Lyraeus, incaricata di riportare ai *Curatores* le lagnanze dei professori. ⁸⁵ I magistrati, per placare i professori, acconsentirono a ordinare la confisca immediata presso le librerie del libello che, nel primo giorno, aveva già venduto 150 esemplari e di cui numerosissime copie avevano raggiunto L'Aia e Amsterdam; il sequestro dei restanti 130 esemplari fece lievitare la quotazioni delle copie che erano rimaste in circolazione, con buona pace di Voet che reagì convocando il Senato quasi

essere rettore dell'università presso la quale lui lavorava» (Descartes R. & M. Schoock, *La Querelle d'Utrecht, Les Impressions Nouvelle*, collection Bâtons rompus, Parigi, 1988, pp. 494-497). De la Roy andò oltre la via indicatagli e nella bozza della replica offrì una spiegazione alternativa non solo delle forme sostanziali, ma anche dei fenomeni naturali; per questo motivo, Cartesio lo consigliò di consultare due simpatizzanti della *Philosophie nouvelle* a Utrecht, Gijsbert van der Hooock, un consigliere cittadino, e il già citato Anton Æmilius. Van der Hooock suggerì a de la Roy di adottare posizioni conciliatorie; allo stesso modo Æmilius che riteneva fosse meglio evitare di rispondere a Voet e far passare tutto sotto silenzio. De la Roy, allora, consultò nuovamente Cartesio (2 febbraio 1642) che, dispiaciuto per una «città che [era] sottoposta a un vile pedagogo e a una miserabile tirannia» (*Quaestiones Infinitae*, volume XLV, 110), concordando con i suoi due amici, lo pregò di non pubblicare alcuna replica che potesse compromettere la sua posizione nell'università. In argomento Clark, *Descartes: A Biography*, pp. 222-224. ⁸² Regius a Cartesio 23 febbraio/5 marzo 1642, *Quaestiones Infinitae*, volume XLV, p. 126. Vi è anche un'altra versione dei fatti che riporta come Voet non fosse stato il primo a comparire alla riunione del Senato al fine di prevenire eventuali future contestazioni. Sul punto Descartes & Schoock, *La Querelle d'Utrecht*, p. 117; Clark, *Descartes: A Biography*, p. 225; *Quaestiones Infinitae*, volume XLV, note introduttive, p. xii.

⁸³ Regius a Cartesio 23 febbraio/5 marzo 1642 (cfr. *Quaestiones Infinitae*, volume XLV, p. 126).

⁸⁴ Regius a Cartesio 23 febbraio/5 marzo 1642 (cfr. *Quaestiones Infinitae*, volume XLV, p. 126).

⁸⁵ Sul punto Clark, *Descartes*, p. 225. Regius a Cartesio 23 febbraio/5 marzo 1642 (cfr. *Quaestiones Infinitae*, volume XLV, p. 126). Kernkamp, *Acta et decreta senatus. Vroedschapresolutiën en andere bescheiden betreffende de Utrechtse Academie*, Utrecht, 1936-1940, pp. 149-150; *Quaestiones Infinitae*, volume XLV, p. 127-128; Descartes & Schoock, *La Querelle d'Utrecht*, p. 118-119.

ogni giorno, al fine di adottare nuove deliberazioni contro il cartesianesimo e de la Roy, senza che fosse consentito a quest'ultimo di partecipare e di difendersi.⁸⁶

Il giorno seguente alla confisca, la commissione comunicò al Senato il desiderio dei *Curatores* di conoscere le modalità con le quali si sarebbe replicato alla *Responsio* di de la Roy. Il Senato decise che i suoi delegati, insieme con il docente di diritto Cyprien Reiner, avrebbero dovuto formulare un giudizio sullo scritto di de la Roy e sulla *Philosophie nouvelle*, che sarebbe stato sottoposto al *Vroedschap* e, subito dopo la sua approvazione, pubblicato;⁸⁷ la commissione presentò il giudizio al Senato, che l'approvò il 21 febbraio/3 marzo 1642.⁸⁸

Rivolgendosi al *Vroedschap*, i delegati sostennero che «la prosperità e la reputazione dell'Università fossero a rischio e che il loro giudizio aspirava unicamente a limitare le conseguenze della *querelle*». ⁸⁹ Il Concilio cittadino, in risposta, ordinò ai *Curatores* di discutere la materia con i componenti della commissione; i giorni seguenti, i *Curatores* informarono il *Vroedschap* che non si era potuti addivenire ad alcuna decisione definitiva, salvo quella di porre fine alle *lecturae* di de la Roy sui *Problemata* di filosofia naturale.⁹⁰

La deliberazione, adottata dai delegati e dalla commissione, è registrata negli *Acta* del Senato del 24 febbraio/6 marzo 1642. Dal verbale emerge che i curatori sottoposero ai delegati una serie di quesiti: chiesero se i professori ritenessero necessario assegnare a de la Roy un altro corso al posto delle sue letture sui *Problemata* e con quali modalità lo stesso avrebbe dovuto condurre le sue lezioni in medicina teorica, concludendo con la preghiera di «addolcire alcune espressioni contenute nel giudizio». ⁹¹ I delegati risposero asserendo che il loro collega dovesse essere confinato ai corsi di medicina tradizionale e che, se anche alcuni termini del giudizio potevano essere cambiati, la condanna sul modo di filosofare di de la Roy dovesse essere mantenuta.⁹²

Il primo di marzo il *Burgermeister* Ruysch chiese al Rettore di tradurre il giudizio scritto in olandese in latino e ne fece verificare la correttezza. Finalmente, il 15/25 marzo 1642 il *Vroedschap*, nel corso di una solenne riunione nella quale Matthaeus venne nominato Rettore, approvò una risoluzione che proibì a de la Roy di tenere corsi pubblici o letture private diversi da quelli di medicina e autorizzò il Senato a pubblicare il suo giudizio sulla *Responsio* nei termini più moderati possibile, così da non nuocere alla reputazione dell'autore.⁹³

⁸⁶ Regius a Cartesio 23 febbraio/5 marzo 1642 (*Quaestiones Infinitae*, volume XLV, p. 126; cfr. Clark, *Descartes*, p. 225).

⁸⁷ Kernkamp, I, p. 150.

⁸⁸ Kernkamp, I, pp. 150-151. In questa riunione del Senato, Reiner chiese di potersi astenere dal dare il prescritto giudizio sull'opera di de la Roy e sul cartesianesimo sino a quando il *Vroedschap* non si fosse pronunciato, e ciò gli fu accordato.

⁸⁹ Kernkamp, I, pp. 151-158. Cfr. *Quaestiones Infinitae*, volume XLV, p. 128.

⁹⁰ Descartes & Schoock, *La Querelle d'Utrecht*, pp. 117-118.

⁹¹ *Quaestiones Infinitae*, volume XLV, p. 128.

⁹² Kernkamp, I, p. 151. Sembra che i *Curatores* abbiano avvertito personalmente de la Roy che non gli sarebbe stato più consentito di tenere corsi né *lecturae* di filosofia (cfr. Descartes & Schoock, *La Querelle d'Utrecht*, p. 120).

⁹³ *Quaestiones Infinitae*, volume XLV, p. 128.

Due giorni più tardi il Senato preparò il testo finale del suo giudizio, descrivendolo come un'ordinanza che restava fedele alla filosofia tradizionale.⁹⁴ I professori seguirono completamente il 17/27 marzo 1642 le indicazioni del Consiglio, approvando un provvedimento caratterizzato da tre differenti argomentazioni: *in primis*, imputavano a de la Roy una cattiva condotta per aver attaccato direttamente un collega, *in secundis*, criticavano il suo modo di presentare la filosofia aristotelica e, per concludere, condannavano la *Philosophie nouvelle* non solo perché contraria a quella tradizionalmente insegnata nella maggior parte delle Università europee, ma anche perché da essa giovani senza esperienza avrebbero potuto dedurre come vere «opinioni assurde e varie» e, dimenticando i buoni insegnamenti, non sarebbero più stati in grado di leggere gli scritti dei più grandi pensatori.⁹⁵ Dal carteggio fra de la Roy e Cartesio emerge un giudizio *trachant* su quasi tutti i componenti il 'collegio giudicante':

Non vi erano che otto professori a parte di questo giudizio, Voetius, Dematius, Schotanus, Matthaeus, Stratenus, Lyraeus, Senguerdus e Berkinger, che pronunciarono contro la *Responsio* di Regius a Voetius e contro la filosofia nuova. Gli altri si vergognarono di seguire la passione di Voetius ma furono i più deboli. Non ci furono che Æmilis e Cyprianus Regneri che fecero opposizione a questo giudizio: Regneri, nella sua qualità di professore di diritto, ne protestò la nullità, osservando come non vi fosse alcuna ragione ammissibile per considerare questo giudizio valido. Egli volle, inoltre, che venisse fatta menzione della sua opposizione nell'atto di giudizio, e che lo si nominasse [espressamente] perché non si potesse confondere con gli altri a causa di un'azione così poco ragionevole e fatta nel nome generale dei professori dell'Università.⁹⁶

De la Roy inviò a Cartesio tutta la documentazione delle procedure adottate dal Senato (17/27 marzo, 31 marzo/10 aprile 1642), l'ordinanza del magistrato del 15/25 dello stesso mese, il giudizio dei professori sulla *Responsio* e la *Philosophia nova*, e le tesi di

⁹⁴ Secondo la ricostruzione di de la Roy (Regius a Cartesio 21/31 marzo 1642, *Quaestiones Infinitae*, volume XLV, pp. 141-142), «Voetius, trionfante per questa ordinanza (il provvedimento del Consiglio cittadino), convocò la sua assemblea il 17 dello stesso mese; e ciò determinò, contro ogni forma di giustizia, un giudizio che parve essere reso in nome di tutta l'università (*Judicium Senatus Academici Inclutae Academiae Ultrajectinae*), ma che egli aveva redatto in minuta da solo e pronunciato in quanto Rettore (il suo rettorato finì allora; il 16/26 marzo gli succedette Matthaeus), essendo allo stesso tempo giudice e parte per de la Roy, che non fu né convocato né ascoltato nelle sue difese. Irregolarità, della quale il biasimo pareva ricadere meno sui professori, dai quali non si doveva esigere altra cosa che l'arte di ben insegnare, che sui magistrati, che avevano demandato a dei professori di giudicare senza donare a loro allo stesso tempo la capacità sufficiente e l'integrità necessaria per farlo».

⁹⁵ *Quaestiones Infinitae*, volume XLV, Appendice, *The Utrecht crisis*, p. 183. Nell'*Epistola ad patrem Dinet* Cartesio riportò il testo completo del giudizio commentandolo poco per volta, presentandolo come una fabbricazione di Voet che aveva abusato della sua posizione di Rettore per servire i propri interessi personali.

⁹⁶ Regius a Cartesio 21/31 marzo 1642. L'opposizione di Æmilius e Reiner è confermata dalla replica alla lettera di de la Roy da parte di Cartesio; anche nell'*Epistola ad Patrem Dinet* Cartesio riporta la richiesta di Reiner che la sua opposizione fosse esplicitata. Nell'*Epistola ad Voetium*, inoltre, ricorda come Reiner chiedesse prova del giudizio di accusa della filosofia nuova come falsa, assurda e contraria alla teologia ortodossa (cfr. *Quaestiones Infinitae*, volume XLV, p. 142). Nei fatti tutti i professori, ad eccezione di Æmilius e Reiner, furono d'accordo con Voet. I due professori associati, Ravensberger e Paul Voet, figlio primogenito di Gisbert, non erano membri del Senato (*Quaestiones Infinitae*, volume XLV, nota 9 p. 142).

Voet, che sembra il figlio Paul Voet avesse predisposto per conto del padre,⁹⁷ lo informò, anche, che lo stesso Voet aveva subornato un giovane studioso, Martin Schoock (1614-1699), per scrivere un libello contro la sua *Responsio* e che, giunti a questo punto, numerose «persone oneste e colte tanto di Utrecht quanto delle altre città dell'Olanda cominciavano a prendere posizione contro la condotta dell'ex Rettore».⁹⁸

In questo clima infiammato Cartesio pubblicò, nell'appendice alla seconda edizione delle *Meditationes*, l'*Epistola ad Patrem Dinet* che includeva descrizioni e commenti a dir poco provocatori contro l'Università di Utrecht e il suo vecchio Rettore.⁹⁹ L'*Epistola ad Patrem Dinet* aveva riaperto la disputa, tanto più perché essa venne immediatamente utilizzata dall'avversario protestante di Voet, il teologo olandese Jean Batelier, che, nella sua *Veraatwoordinge tegen Gisberti Voetii Remonstrantshe Catechisatie* (Amsterdam 1642), tradusse in olandese quello che Cartesio aveva detto del nemico comune nella lettera.

Il conflitto era, quindi, diventato nello stesso tempo più personale e più generale, da una parte perché la persona stessa del teologo era divenuta oggetto di una controversia, dall'altra, perché il conflitto aveva cessato di riguardare unicamente l'insegnamento della medicina teorica a Utrecht,¹⁰⁰

ed era stato portato «all'attenzione virtuale di tutto il mondo europeo».¹⁰¹

Il 29 giugno/9 luglio 1642 l'*Epistola ad Patrem Dinet* fu sottoposta al Senato che, seguendo la prassi sempre usata in simili circostanze, elesse un comitato di quattro professori, composto dal nuovo Rettore, il nostro Matthaeus, Meinard van Schouten (1593-1644), professore di teologia, Vilelm van Straaten (1593-1681), professore di medicina e Arnold Senguerd (1610-1677), professore di filosofia (in modo tale da rappresentare

⁹⁷ Van den Waterlaet a Schook, 25 ottobre 1642.

⁹⁸ *Quaestiones Infinitae*, volume XLV, Appendice, The Utrecht crisis, p. 183.

⁹⁹ Cartesio scrisse a Padre Dinet dichiarando, nello stile di una lettera aperta, di volersi riconciliare con i Gesuiti di Francia e pregandolo di sostenerlo e consigliarlo in Francia contro le critiche di Padre Buordin e in Olanda contro quelle dei teologi calvinisti ortodossi guidati da Voet (Clark, *Descartes*, p. 226). In realtà, la ragione per la quale egli contattò il gesuita francese, mettendolo al corrente di tutto l'episodio nei minimi dettagli, è ovvio: egli descrisse quanto stava accadendo a Utrecht dove vi era chi abusava della propria autorità per impedire la libera discussione delle idee che, al contrario, nelle indagini filosofiche dovrebbe essere pretesa. Colpisce il linguaggio aspro utilizzato da Cartesio nel descrivere un Voet, «stupido e malizioso, irascibile e incompetente, nell'atto di dirigere le proprie macchinazioni contro piuttosto che a difesa di de la Roy, con l'intenzione di fargli perdere la propria carica grazie ad argomenti che sono ridicoli, viziosi e falsi» (Clark, *Descartes*, p. 227); un Voet che abusa della propria posizione di Rettore dell'università per sconfiggere de la Roy tramite «strategie immorali piuttosto che con argomenti limpidi aperti» (Clark, *Descartes*, p. 226). Egli, evidentemente, nel paragonare Bourdin a Voet, sperava di spingere i Gesuiti francesi a non seguire l'esempio dei teologi calvinisti delle Province olandesi. La scelta di Cartesio fu accorta: ai Gesuiti, infatti, non era concesso di esercitare alcuna funzione nella Repubblica olandese, quindi era impossibile che essi potessero avanzare obiezioni in Olanda su quanto il filosofo aveva scritto. In realtà, essi mostrarono poco entusiasmo nel criticare un cattolico che stava subendo una forte opposizione da parte di una delle cittadelle dell'ortodossia calvinista, in considerazione del fatto che neppure l'avevano apertamente contestato dopo la pubblicazione dei *Discorsi*, dell'*Essays* (1637) e delle *Meditationes* (1641). Soltanto padre Pierre Bourdin, un anonimo professore del collegio dei Gesuiti di Parigi, predispose una *Disputatio* nella quale venivano criticate alcune peculiarità della teoria ottica cartesiana (Clark, *Descartes*, p. 226).

¹⁰⁰ Descartes & Schoock, *La Querelle d'Utrecht*, p. 73.

¹⁰¹ *Quaestiones Infinitae*, volume XLV, Appendice, The Utrecht crisis, p. 183.

tutte le facoltà dell'Ateneo), chiamati a esaminare l'epistola, a elencare le offese all'Università ivi contenute e a redigere una bozza di confutazione.¹⁰² Il Collegio dei docenti decise, altresì, che data la natura pubblica dell'attacco di Cartesio, sarebbe stato necessario predisporre per la pubblicazione una *narratio historica* degli eventi.¹⁰³ L'*Epistola ad Voetium* fu terminata alla fine di aprile del 1643, come annunciò lo stesso Cartesio in una lettera a Colvius (20 aprile 1643), e in luglio la bozza definitiva era pronta per la traduzione in olandese, il cui autore rimase ignoto.¹⁰⁴

Lo stampatore era un impiegato di Elsevier, Rieuwert Dirckz van Baardt. In accordo con Baillet, due importanti cittadini di Utrecht,¹⁰⁵ Gijsbert van der Hooek (1598-1680) e Peter van Leeuwen (1592-1652), presentarono la copia dell'epistola al concilio cittadino di Utrecht, che costituì il 5/15 giugno 1643 un comitato composto da François van de Pol e Peter van Leeuwen per conto del *Vroedschap* e Carolus Dematius (Carl De Maets, 1597-1651) per conto dell'Università, per esaminare la lettera e informare il *Vroedschap* delle ulteriori misure da adottare.¹⁰⁶ I delegati consigliarono il *Vroedschap* di intraprendere un'inchiesta legale, perché le accuse di Cartesio contro teologi e ministri di Utrecht e contro l'autore dell'*Admiranda Methodus* erano talmente serie e circostanziate che avrebbero potuto portare, nel caso in cui fossero state accertate, a un procedimento contro Voet e, nel caso contrario, a uno contro lo stesso filosofo francese. In ogni caso, il *Burgermeister* richiese informazioni sul conto di Voet sia all'Università di Utrecht che al Concistoro locale e allo stesso tempo convocò Cartesio a Utrecht, perché potesse spiegare le sue ragioni.¹⁰⁷

Il Senato discusse la richiesta del *Burgermeister* in una riunione tenuta il 6/16 agosto 1643 nella quale i professori decisero di esprimere un parere favorevole circa la condotta tenuta da Voet nel corso della *Querelle*,¹⁰⁸ così come fecero il giorno seguente i membri del Concistoro.¹⁰⁹ Nel frattempo, contro il consiglio di amici e sostenitori, Cartesio pubblicò una dichiarazione con la quale comunicava che non si sarebbe presentato personalmente a Utrecht: lo scritto, datato 6 luglio e stampato due giorni più tardi ad Amsterdam, fu consegnato a Utrecht il 1/10 luglio 1643.¹¹⁰

Il Consiglio cittadino decise di non reagire immediatamente, ma di attendere il ritorno del primo *Burgermeister*.¹¹¹ La sera del 7/17 agosto 1643 tutta la documentazione raccolta (lo scritto di Cartesio, le dichiarazioni dell'Università e del concilio della chie-

¹⁰² *Quaestiones Infinitae*, volume XLV, Appendice, The Utrecht crisis, p. 184.

¹⁰³ «Hora XI relatum ad Senatum Academicum de Epistola Cartesii ad Dinetum. Nominati quatuor viri: Rector, D. Schotanus, D. Stratenus, D. Sengwerdius qui examinata epistola exciperent injurias Academiae facta, et si scripto confutandas viderentur, scriptum componerent, adhibitis pro re nata in consilium aliquibus ex collegis. Re diu deliberata placuit tandem publicum totius academiae nomine testimonium conscribendum, quo rerum gestarum veritas omnibus innotescerent» (*Kernkamp*, I, pp. 160-161).

¹⁰⁴ Descartes, *Epistola Renati Des-Cartes. Ad celeberrimum Virum D. Gisbertum Voetium. In qua examinantur duo libri, [...] pro Voetio Ultrajecti simul edit: unus de Confraternita Mariana, alter de Philosophia Cartesiana*, Amsterdam, Elsevier, 1643.

¹⁰⁵ Baillet, II, 190.

¹⁰⁶ *Kernkamp*, I, p. 182.

¹⁰⁷ Descartes R., *Briefaen den vermaerden D. Gisbertus Voetius*, Amsterdam, 1643.

¹⁰⁸ *Kernkamp*, I, p. 169.

¹⁰⁹ *Quaestiones Infinitae*, volume XLV, Appendice, The Utrecht crisis, p. 165.

¹¹⁰ *Quaestiones Infinitae*, volume XLV, Appendice, The Utrecht crisis, p. 189.

¹¹¹ *Kernkamp*, I, p. 182.

sa) fu discussa in una riunione del *Vroedschap*, dove si decise di convocare de la Roy per ascoltarlo e di nominare una nuova commissione per redigere «la censura di Cartesio». ¹¹² De la Roy fu interrogato il 5/15 settembre ma, come il *Burgermeister* riferì al Consiglio il giorno seguente, egli «tergivers[ò] e rifiut[ò] di rispondere, chiedendo copia [degli atti] e tempo per riflettere». ¹¹³ La commissione, che si accingeva a produrre uno scritto contro Cartesio, volle riconvocare de la Roy «per vedere se egli avesse cambiato la sua opinione circa la precedente interrogazione e, nel caso in cui egli si fosse rifiutato nuovamente di rispondere, per mostrare il proprio disappunto». ¹¹⁴ Mentre il Consiglio lavorava alacremente, Voet (o forse suo figlio Paul per lui) predispose una separata pubblicazione delle testimonianze dei professori e dei ministri di Utrecht, insieme a una lettera aperta di Schoock nella quale esso rivendicava l'esclusiva paternità dell'*Admiranda methodus* (Schoock ritrattò la dichiarazione nel corso delle procedure di Groningen, di cui *infra*, nel 1645). ¹¹⁵

Il 12/22 settembre l'Università decise di pubblicare una sua versione degli eventi, basata sulla *narratio historica* stabilita nella riunione del Senato del 29 giugno/9 luglio 1642 e pronta già nel marzo 1643. Il ritardo nella pubblicazione, che la maggioranza del Senato avrebbe voluto dare alle stampe immediatamente, fu determinata dalla necessità di valutare anche l'*Epistola ad Voetium*, che fu pubblicata in olandese proprio nella primavera di quell'anno. Il Rettore, Anton Matthaeus, era autorizzato a redigere prefazione ed epilogo.

La *narratio*, che resta la fonte principale per la conoscenza della *Querelle*, fu scritta in olandese, tradotta in latino, ¹¹⁶ approvata unanimemente dai professori e pubblicata dall'editore Willem Strick. Il testo originale è conservato negli Atti del Senato presso gli Archivi di Stato della Provincia di Utrecht.

Erroneamente si è creduto che questa cronaca degli eventi fosse opera in parte di Voet e in parte di suo figlio Paul: in realtà gli atti dimostrano come la *narratio* fosse l'atto collegiale di una commissione di professori tutti di uno stesso avviso. Si ritiene che il fraintendimento sia dovuto al fatto che lo stesso Voet ebbe l'idea di pubblicare un 'dossier personale' dell'*affaire*, al fine di confutare in maniera più dettagliata possibile le accuse della lettera a Voetio rivolte alla sua persona. ¹¹⁷

Signori, da qualche tempo, uno dei nostri colleghi, professore nella vostra accademia, insegna e difende un certo genere di filosofia, sovvertendo la maggior parte dei fondamenti di quella [filosofia] che, nel mondo intero, è comunemente recepita e approvata in ogni Accademia. Questa nuova filosofia, tuttavia, [è tale] che degli ignoranti potrebbero farne uso per recare pregiudizio alla teologia e alle altre discipline. Per questo motivo, uno dei nostri colleghi ha aggiunto alle sue Tesi sul giubileo alcuni corollari diretti contro certi punti di questa filosofia, al fine di avvisare gli studenti, ma senza tuttavia far menzione del nome di chi aveva insegna-

¹¹² Kernkamp, I, p. 183.

¹¹³ Cartesio a Huygens, 20 settembre 1641, lettera 40.

¹¹⁴ Kernkamp, I, p. 184.

¹¹⁵ Cartesio a Huygens, 20 settembre 1643, lettera 41; Voetius P., *Aengevangen proceduren tot Wtrecht, Utrecht*, 1644 (raccolge tutti i documenti esclusa la lettera aperta di Schoock).

¹¹⁶ Sul punto Descartes & Schoock, *La Querelle d'Utrecht*, p. 119.

¹¹⁷ Descartes & Schoock, *La Querelle d'Utrecht*, p. 117.

to questi argomenti e li aveva inseriti nelle sue tesi: egli aveva preferito citare i nomi di alcuni autori che avevano difeso con i loro scritti le medesime teorie avanti a lui. In seguito a ciò il nostro collega [...] quello che difende questa filosofia nuova, ha fatto stampare un *pamphlet* nel quale, citando espressamente il nome del loro autore, si oppone a questi corollari in modo tale da essere offensivo nei confronti di chi abbraccia la filosofia comunemente seguita in tutte le Università e di chi disapprova la sua. Tuttavia, signori, questo *pamphlet* ci ha assai inquietato: alcuni dubitano che possa nuocere alla nostra Università che è ancora debole perché è a tutt'oggi ai suoi primi debutti. Per questo motivo si deve credere che, in questo modo, la benevolenza naturale e l'unione dei professori possa esserne spezzata e che di conseguenza si possa determinare una divisione fra gli studenti (come del resto è già stato evidente dagli esordi della *querelle*) [...]: che in terza linea, poiché non vi è una sola verità, molti potrebbero essere influenzati, affascinati per un certo aspetto dalla novità, da questi cattivi fondamenti e non riuscirebbero a distaccarsene. Li si avvisa di costruire partendo dalle piccole cose dato che solo pochi proseguiranno i loro studi; in quarto luogo, per evitare che la reputazione della nostra accademia sia sminuita nei confronti di quelle vicine e che sia disprezzata in tutte le nostre province, perché ciò farà diminuire l'affluenza degli studenti. Questo è il motivo per il quale, riuniti, i professori di questa Accademia, ad eccezione di colui che ha scritto il *pamphlet*, si sono decisi a rivolgersi alle Vostre Eccellenze per chiedere loro di fermare questo male e di allontanare ciò che minaccia l'Università. Dopo aver lungamente discusso e deliberato di tutto ciò, siamo dell'avviso, per provare il nostro zelo nei confronti dell'Università e per il tramite essa nei confronti dello Stato e della Chiesa, di suggerire le modalità con le quali prevenire i mali che ci minacciano. Ci sembra (salvo il Vostro rispetto) che le Vostre Eccellenze farebbero bene a ordinare la confisca degli esemplari che oggi si trovano nella città, giacché numerosi esemplari sono già stati spediti per essere venduti altrove, in questo modo si proverà anche che tali scritti non sono tollerati e che le Vostre Autorità non amano i dissensi. In secondo luogo, ci sembra che convenga alle Vostre Eccellenze ordinare che i professori dell'Accademia non insegnino, né propongano argomenti che possano rovinare i fondamenti delle discipline e delle scienze che sono insegnate in tutte le Facoltà Riformate e segnatamente quelle della filosofia comunemente recepita in queste Università. In terzo luogo, che le Vostre Eccellenze vogliano imporre ai professori che si trovino a insegnare o a disputare su di argomenti che si possano presumere contrari ai fondamenti delle discipline e della filosofia (anche se, nelle cose meno importanti, si potrà concedere un poco più di libertà) o che si trovassero a essere oggetto di rimostranze in relazione a tali argomenti, l'obbligo di renderne conto al Senato Accademico e alla Facoltà più consona perché la questione sia sottoposta al loro giudizio. Perché da una fiammella, se non si interviene in tempo, può sprigionarsi un incendio. In quarto luogo, poiché, per colpire nel segno, il nostro collega, difensore della *Philosophie nouvelle*, può abusare ed effettivamente ha abusato delle lezioni sui *Problemata* e dei corsi che le Vostre Eccellenze hanno avuto il piacere di accordargli, che vengano prese tutte le misure necessarie per impedire ogni pericolo. Infine sarà imperativo rispondere a questo *pamphlet*: quindi, noi vi preghiamo di considerare in quale modo e sotto quale forma ciò possa essere fatto. Ecco signori le motivazioni per le quali ci è parso necessario rivolgerci a Voi sperando che non consideriate negativamente le nostre richieste che invece le vogliate acco-

gliere come una prova della nostre benevolenza [...]. Firmato Voetius, Schotanus, De Maets, Matthaeus, Stratenus, Æmilius, Lyreaus, Segurdus, Berckinger.¹¹⁸

Il 13/23 settembre 1643 finalmente il *Vroedschap* dichiarò che sia l'*Epistola ad Patrem Dinet* che quella *ad Voetium* erano diffamatorie e dannose, non solo per Voetius ma anche per la città e la sua Università.¹¹⁹ La natura del procedimento cambiò: si passò da una semplice inchiesta a un processo criminale.

Le cose cominciavano a farsi serie per Cartesio, un filosofo cattolico e francese accusato di ateismo da un noto e influente teologo locale nel Paese che era diventato la roccaforte dell'ortodossia calvinista; per questo motivo, grazie all'intervento dell'ambasciatore di Francia, egli sollecitò l'intercessione del Principe d'Orange, Governatore delle Province Unite, che accettò di intervenire in suo favore: è possibile comprendere l'imbarazzo del Capo di Gabinetto di Guglielmo incalzato, da una parte, dai magistrati cittadini e, dall'altra, dall'ambasciatore di uno dei più potenti regni del mondo, su di un *affaire* che riguardava questioni teologiche inesplicabili quali la compatibilità dell'unione cartesiana del corpo e dell'anima con l'aristotelismo o l'eterodossia dell'*homo per accidens* di de la Roy. Alla fine dell'ottobre 1643, comunque, vi fu la formale richiesta dello *Statolder* che la procedura intrapresa il 23 settembre venisse arrestata e che la stampa della lettera di Schoock venisse interrotta;¹²⁰ ciò non fermò Voet e Cartesio che decisero di continuare la schermaglia in altra sede: il primo tentò di intraprendere un procedimento civile contro Cartesio, il secondo, a sua volta, programmò una querela contro Schoock, sperando che questa potesse alimentare una nuova accusa contro il teologo olandese.¹²¹

La *Querelle* si concluse nell'aprile 1645, in un tribunale accademico presieduto da Samuel Maresius, nel quale Schoock ritrattò la dichiarazione scritta del settembre 1643, ammettendo che l'*Admiranda methodus* non fosse tutta farina del suo sacco. Questo procedimento, conosciuto come 'procedure di Groeningen', terminò con una decisione chiaramente di compromesso: si vietò l'insegnamento della filosofia cartesiana ma, altrettanto, si vietò di criticarla. Iniziò, così, una sorta di 'guerra fredda' nei territori olandesi tra i sostenitori della filosofia tradizionale, che osteggiavano la *Philosophie nouvelle* senza far nomi, e i cartesiani che ne insegnavano principi edulcorati, fino a quando la tensione esplose nuovamente ma in un'altra Università, quella di Leida; stesse accuse di ateismo, identico ricorso di Cartesio all'ambasciatore francese e a Guglielmo d'Orange, identica diplomatica condanna basata su identiche motivazioni: l'insegnamento del cartesianesimo (pelagiano e blasfemo) vietato, così come la sua critica.

¹¹⁸ Descartes & Schoock, *La Querelle d'Utrecht*, pp. 118-119.

¹¹⁹ Kernkamp, I, p. 185.

¹²⁰ Kernkamp, I, p. 192.

¹²¹ *Quaestiones Infinitae*, volume XLV, Appendice, The Utrecht crisis, p. 190.

Capitolo 2

Il Commentario *De Criminibus* ai Libri XLVII e XLVIII del *Digesto*

Premessa.

‘Scientizzazione’ e razionalizzazione dei *criminalia*. Alle origini del penale moderno

I caratteri della modernità, strettamente avvinti in un’unica trama, non possono ordinarsi secondo una scala gerarchica: l’Umanesimo, la Riforma Protestante, l’impero mondiale di Carlo V, la scoperta e la diffusione della stampa, furono solo alcuni fra gli aspetti che determinarono la spinta dell’Europa verso il superamento delle strutture sociali, politiche, economiche e culturali del Medioevo. Nel secondo decennio del XVI secolo, in una tornata d’anni decisiva per la storia del Vecchio Continente, Erasmo compose l’*Institutio principii christiani* e la prefazione all’edizione di Svetonio (1516-1517), l’*Utopia* di Tommaso Moro ebbe tre edizioni a stampa (1516-1518), venne pubblicata la *Monarchie de France* di Claude de Seyssel, Machiavelli compose *Il Principe* e i *Discorsi*. L’*Imperiumsidee* perdeva il medievale carattere universale di giustizia e provvidenzialità andando ad assumere il significato storico di una «lezione di forza da respingere o da accettare».¹ Una volta stabilito che si dovesse perseguire il fine della pace e della giustizia del corpo cristiano, era atto di semplice realismo constatare l’effettiva struttura politica dell’Europa e dichiarare che non esisteva non solo alcuna istituzione, ma neppure alcuna forza che fosse capace di realizzare una qualche forma di unità e fosse in grado di mantenerla.²

La concezione umanistica dell’impero, come una sorta di dominio culturale basato sul recupero della latinità liberata dalla barbarie medievale, fu una svolta importante che, tuttavia, si verificò in un contesto segnato dal periodo più critico per la cristianità, dalla sempre più netta affermazione delle monarchie nazionali, dal rafforzarsi del fermento sociale. Certamente il movimento umanistico non può essere considerato in blocco, ma va colto nelle sue articolazioni nazionali, pur tenendo conto della comune base classicistica che coordinava le diverse esperienze di ciascuna area geografica. Il recupero politico della romanità, che aveva contraddistinto le concezioni degli umanisti italiani, si scontrava con quelle dei popoli al di là delle Alpi, per i quali l’‘Età di mezzo’, ben lungi dal significare decadenza, fu un periodo di emersione e di ‘splendore’, che vide l’affermazione delle popolazioni germaniche e la strutturazione delle loro Nazioni su base territoriale dalle ceneri del vecchio mondo romano.

¹ Così Gaeta F., *Carlo V e il declino del modello imperiale*, in «La Storia», VII, Novara, 2007, p. 91.

² Sulla crisi politico-istituzionale dell’universalismo medievale, Gaeta, *Carlo V*, pp. 80-123.

Dal punto di vista giuridico, l'Umanesimo fu «la forza spirituale che determinò, mediatamente o immediatamente, i più importanti impulsi per la dogmatica giuridica del XVI secolo»,³ e tutto ciò premesso dovrebbe essere lecito parlare di un suo influsso molto fecondo anche nella dogmatica giuridica penale. In realtà, è necessario rilevare una profonda differenza fra la scienza del diritto privato e quella del diritto penale che difficilmente può estrinsecarsi «nell'interpretazione di un dispositivo tecnico o [in] un'arte [che tenti] di congiungere la dottrina del presente con quella del passato»,⁴ poiché, per sua stessa natura, è legato con forza maggiore ai dati del presente, alla loro configurazione politico-istituzionale, alla rappresentazione dei valori etico-sociali e ai grandi movimenti spirituali.

Come acutamente nota Schaffstein, «“scienza del diritto penale nell'epoca dell'Umanesimo” non equivale a scienza umanistica del diritto penale»⁵ per due ordini di considerazioni: *in primis*, nessuno dei grandi nomi della 'Scuola francese' lasciò un segno indelebile nella dottrina, nella prassi o nella legislazione di diritto penale coeve, se non come precorritore del modello di critica all'*inquisitio*. I giuristi che segnarono le sorti del penale cinquecentesco furono Claro, Poyet, Schwarzenberger,⁶ Domhouder,⁷ uomini nei quali la componente 'culta', se era presente, fungeva da bagaglio tecnico per la comprensione e la razionalizzazione del patrimonio giuridico tradizionale e per la susseguente elaborazione di impianti teorici concretamente utilizzabili nella prassi.

Il 'ritorno alle fonti' fu di un qualche rilievo nella dottrina criminalistica solo quando venne utilizzato come strumento di comparazione e omogeneizzazione del

³ Schaffstein, *Die Europäische Strafrechtswissenschaft*, p. 20.

⁴ Schaffstein, *Die Europäische Strafrechtswissenschaft*, p. 26.

⁵ Schaffstein, *Die Europäische Strafrechtswissenschaft*, p. 19.

⁶ Di stirpe franca, nato nel 1463, Johann Freiherr di Schwarzenberg e Hohenlandsberg trascorse la giovinezza secondo l'usanza che era propria dei cavalieri del tempo giocando a dadi e bevendo alla corte del Principe di Renania, fino a quando ricevette una seria lettera monitoria dal padre. Fu al seguito di Massimiliano I nella sua campagna in Terra Santa (1485-1486) e al servizio del Principato episcopale di Bamberg dove, dal 1501 al 1524, resse la carica di *Hofmeister* e presidente del Tribunale di corte nella qualità di giureconsulto. Tra il 1521 e il 1524 rivestì un ruolo di rilievo nella Dieta di Worms e temporaneamente (1523) gli venne affidato l'incarico di rappresentante del luogotenente imperiale. Nel frattempo a Bamberg vi fu un passaggio di carica e nel 1522 resse il vescovado il papista Weigard von Radewitz: ciò costrinse Schwarzenberger, che aveva parteggiato con le parole, gli scritti e le azioni per la Riforma, a passare al servizio dei Margravi Kasimir e Georg von Brandenburg. Morì a Norimberga il 21 ottobre 1528, compianto da tanti ed elogiato ancora per molti anni dopo la morte dallo stesso Lutero. «Questo laico attivo, esperto e colto – sì – ma non certo erudito, si colloca con la sua opera in una posizione mediana – assai significativa per il tempo in cui visse e operò – quasi direi a mezza strada tra la tradizionale cavalleria d'antico stampo feudale e lo stile dei nuovi consigli segreti dei principi in cui sedevano soprattutto uomini di cultura» (Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, p. 231). «Attivo anche come autore popolare, operò con zelo, profondità morale e senso del dovere non comuni evidenti nelle sue poesie, negli scritti polemici contro la disonestà dei tempi, nella traduzione di Cicerone, nei volantini antipapisti nel suo ruolo di 'pioniere della Riforma'» (Schmidt, *Das mittelalterlich deutsche Strafrecht*, p. 50). Egli riuscì «a far confluire felicemente la scienza penalistica italiana e la prassi franca» nella «volontà di elaborare un diritto nuovo [...] che tende[ss]e a conservare un patrimonio tradizionale» (Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, p. 231). Su Schwarzenberg, Scheel W., *Johann von Schwarzenberg*, II ed., 1905; Wolff, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, pp. 102 e ss., 135 e ss.; Schmidt, *Das mittelalterlich deutsche Strafrecht*, p. 50. A sentir Langbein, *Prosecuting Crime in the Renaissance*, p. 164, il suo contributo per la strutturazione del *Frühenhochdeutsch* fu secondo solo a quello di Lutero.

⁷ Sulla figura del giurista fiammingo e sulla sua *Praxis Rerum Criminalium* (1554), 'adattamento' della *Practica* criminale di Philip Wielant (1510), si veda Dezza, *Lezioni*, pp. 69-70.

diritto vigente, sulla scia dell'*iter* inaugurato da Matteo von Wesembeck, autore dei celeberrimi *Paratitla* e *Consilia* (1565-1576), e proseguita dai tedeschi Vigel, padre delle *Constitutiones Carolinae publicorum iudiciorum in ordinem redactae cum iure communi collatae* (1583),⁸ Val Voltz, autore di un commentario al titolo del Digesto dedicato alla *lex Cornelia de Sicariis* (pubblicato postumo nel 1596), John Harrprecht, padre del *Tractatus criminalis, plenam et perspicuam aliquot titulorum Institutionum explicationem complectens* (1603),⁹ e dallo spagnolo Alfonso de Castro, con la sua *De potestate legis poenalis libri duo*.¹⁰ questi furono fra i pochi criminalisti europei che si allontanarono dal metodo casistico-scolastico utilizzato ancora in maniera preponderante dalla giurisprudenza e dalla dottrina che operò a cavaliere fra Cinque e Seicento; la loro influenza sulla prassi e sulla legislazione contemporanea fu, però, assai limitata rispetto a quella dei grandi pratici dell'epoca.

In *secundis*, nei giuristi europei che furono determinanti per lo sviluppo del diritto criminale, gli italiani Claro e Deciani, il francese Tiraqueau, i tedeschi Berlich, Brunemann e Carpzov, gli spagnoli Covarruvias e Andres Gomez, l'olandese Damhouder, non si può rintracciare la critica sferzante e le nette censure di metodo e finalità rispetto ai bartolisti. Il recupero dei modelli dell'antichità, cui molto è debitrice la scienza giuridica di diritto privato, fu quindi assai meno fecondo per quella criminale che raramente può sperare in un'accentuazione dello storicismo per risolvere i 'problemi del presente': la riscoperta del mondo antico agì sulla criminalistica solo mediatamente, grazie alla diffusione dell'umanesimo platonista e dell'illuminismo sofista, all'impulso sistematico e alla critica e opposizione alle strutture politico-giuridiche retaggio dell'Evo Medio. Anche la tendenza alla distribuzione razionale e sistematica della materia, incise solo mediatamente sulla criminalistica europea,¹¹ perché i grandi penalisti-pratici non chiedevano di distaccarsi né potevano distaccarsi completamente dalla metodologia scolastica: se essi si allontanarono dalla forma tradizionale dei commentari, dall'ordine legale ed esclusero l'utilizzazione contemporanea dei metodi di esegesi analitica, tutta-

⁸ Su Vigel, Dezza, *Sistematica processuale*, p. 159: «[Vigel] mostra di dissentire profondamente non solo dai contenuti ma anche dall'idea stessa di una politica statualista e centralista del diritto, esprimendo nel contempo convinzioni radicalmente filoromaniste»; cfr. Dezza, *Accusa e inquisizione*, p. 99 e Schlosser, *Tiberio Deciani*, p. 90.

⁹ Sulla letteratura filoromanista in ambito criminale nella Germania del XVII secolo, Köstlin R., *Geschichte des deutschen Strafrecht*, 1859, pp. 215 e ss. e Schaffstein, *Studien*, pp. 54 e ss.

¹⁰ L'opera di de Castro, che pur utilizza il metodo culto, non è sistematica anche se è rintracciabile un certo ordine nell'esposizione. «Il ragionamento personale predomina nella sua argomentazione giuridica e solo molto raramente ricorre alle autorità [...]». Come Covarruvias, dimostra di essere un 'uomo universale' che pone al servizio del diritto tutto il [suo] sapere». L'utilizzo delle Sacre Scritture è tanto frequente come quello dei grandi filosofi come Aristotele, Platone, San Tommaso, Scoto o dei letterati come Virgilio, Plutarco, Aulo Gellio, Terenzio, Erodoto (Carpintero F., «*Mos italicus*» e «*Mos gallicus*» y el *Humanesimo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica*, in «*dus Commune*», Frankfurt am Main, VI, 1977, pp. 150 e ss.).

¹¹ Grazie, soprattutto, al suggestivo significato sottolineato da Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, I Abt., pp. 140 e ss., della relazione di Gellio al perduto scritto di Cicerone, *De iure civili in artem redigendo*, sull'influsso della teoria platonica delle idee (Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, p. 123) e quella aristotelica dei metodi. Sul ruolo di Petrus Ramus, Stintzing, *Geschichte*, I Abt., pp. 145 e ss. e Waddington Ch., *Ramus, sa vie, ses écrits et ses opinions*, Paris, 1855.

via si servirono, nei loro sforzi per strutturare una definizione generale di delitto, delle categorie (almeno una) aristotelico-scolastiche.¹²

La finalità principale degli scritti del secolo XVI divenne quello di individuare, per lo studio del diritto, un metodo differente rispetto a quello utilizzato dalla ‘Scuola Italiana’.¹³

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 ‘scientizzazione’, ricono[bbero] la necessità di strumenti più razionali sia nell’interpretazione che nello studio del diritto. Ad un approccio frammentario si sostitu[i] 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 [era] 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.¹⁴

È tuttavia innegabile che i secoli XVI e XVII furono determinanti per lo sviluppo della dottrina criminalistica, soprattutto per il settore processualistico. A buona ragione, si sono indicati come momento iniziale e finale

della [...] stagione più matura [...] della criminalistica europea il *Liber V* di Giulio Claro e il commento ai *libri terribiles* del *Digesto* di Anton Matthaeus [...] e

¹² Quando Deciani e Theodoricus dichiarano: «Scire est, rem per causas cognoscere» (Deciani, *Tractatus criminalis*, Libro II, Capitolo II, n. 1), essi fanno riferimento alle *quattuor causae* di Aristotele e alla divisione in *substantialia*, *naturalia* e *accidentalit delicti*. Su Tiberio Deciani, in particolare, si vedano Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, vol. I, pp. 108 e 149; Grabmann, *Geschichte der scholastischen Methode*, vol. II, pp. 199 e ss.; Ohler H., *Münsterische Beiträge zur Rechts und Staatswissenschaft*, I, Berlino, 1950, pp. 38 e ss.; Schaffstein F., *Zum rechtswissenschaftlichen Methodenstreit in 16. Jahrhundert. Die ‘Apologia’ des Tiberius Decianus*, ora in Schaffstein F., *Abhandlungen*; Schaffstein, *Die Europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus*, pp. 88 e ss.; Barbieri G., *Spunti di naturalismo economico in un giurista italiano del Cinquecento: Tiberio Deciani*, in «Studi economico-giuridici della Regia Università di Cagliari», Cagliari, 1939, pp. 371-391; Mereu I., *Colpa=Colpevolezza. Introduzione alla polemica sulla colpevolezza fra i giuristi di diritto comune*, Bologna, 1969, pp. 33 e ss. per una rilettura critica a Schaffstein sulla presunta modernità e originalità dell’opera di Deciani; Massetto G.P., *I reati nell’opera di Giulio Claro (1979)*, ora in Massetto G.P., *Saggi di storia del diritto penale lombardo (secc. XVI-XVIII)*, Milano, 1994, p. 63, nota 5; Dezza, *Accusa e inquisizione*, pp. 104 e 105; Cordero, *Criminalia*, p. 300; Alessi, *Prova legale*, p. 33; Cassi A.A., *Testis pallidus. Indicazioni per un ‘giusto processo’ nel Tractatus di Deciani*, in Tiberio Deciani (1509-1582). *Alle origini del pensiero moderno*, a cura di Cavina M., in «Atti del Convegno internazionale di studi storici e giuridici», Udine, 2004, pp. 141-156; Dezza E., *Sistematica processuale e recupero del principio accusatorio nel Tractatus Criminalis di Tiberio Deciani*, in Tiberio Deciani (1509-1582), pp. 157-175; Martinage R., *La dottrina penale in Europa nel XVI secolo*, in Tiberio Deciani (1509-1582), pp. 75-89; Pifferi M., *Tiberio Deciani e le origini della ‘parte generale’ nel diritto penale*, in Tiberio Deciani (1509-1582), pp. 177-205; Schlosser H., *Tiberio Deciani e il suo influsso sulla scienza penalistica tedesca*, in Tiberio Deciani (1509-1582), pp. 121-137; Pifferi M., *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la “Parte generale” di diritto penale*, Milano, 2006; Dezza, *Lezioni*, pp. 77-78. Sulla costruzione del concetto di *crimen* da parte di Dietrich, Schaffstein, *Die Europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus*, pp. 140 e ss. e bibliografia ivi citata.

¹³ Piano Mortari V., *Considerazione sugli scritti programmatici dei giuristi del secolo XVI*, in *Diritto logica metodo nel secolo XVI*, Napoli, 1976, pp. 267-300.

¹⁴ Pifferi, *Generalia delictorum*, p. 43.

l'opportunità della scelta è confermata dal fatto che i due giuristi esprimono assai puntualmente le due posizioni culturali più significative all'interno di quella esperienza: una prestigiosa posizione ministeriale togata nel caso di Claro, una consapevole ascendenza culta – e critica nei confronti del sistema – nel caso di Matthaeus.¹⁵

Fra il 1568, anno di pubblicazione delle *Sententiae Receptae* di Claro,¹⁶ e il 1644, anno di pubblicazione del *De Criminibus* di Matthaeus, vennero dati alle stampe i *Paratitla* e *Consilia* di Wesembeck (1565-1576), l'*Ordre, formalité et instruction judiciaire* (1576) di Pierre Ayrault,¹⁷ la monografia del Tiraqueau *De poenis legum ac consueudinum statutorumque temperandis aut etiam remittendis* (pubblicata postuma in opera omnia nel 1579),¹⁸ il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani (scritto nel 1572 e pubblicato postumo nel 1590), il *Collegium criminale* di Petrus Theodoricus (Peter Dietrich) (1608),¹⁹ la *Practica nova imperialis saxonica* di Carpzov (1635),²⁰ le *Observationes criminales* di Oldenkop (1639);²¹ nel panorama della scienza penalistica europea andavano a maturare due posizioni che, col trascorrere dei decenni, sarebbero arrivate a una netta contrapposizione: quella degli autori 'classici' che svolgevano con le loro *Practicae* «la funzione di edificazione di un ordine penale che si mett[esse] in

¹⁵ Alessi Palazzolo G., *Prova legale e pena*, p. 1, nota 1.

¹⁶ Sulla figura e sull'opera di Giulio Claro si vedano Moeller E., *Julius Clarus aus Alessandria, der Kriminalist des 16. Jahrhunderts, der Rat Philipps II*, in «Strafreschtlche Abhandlungen», Heft 136, 1911; Carpintero, «*Mos italicus*» e «*Mos gallicus*», pp. 115 e ss.; Schaffstein, *Die Europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus*, pp. 93-94; Mazzacane A., sub voce *Claro Giulio*, in «Dizionario Biografico degli italiani», vol. 26, Roma, 1982, pp. 141-146; Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*; Holthöfer, voce *Claro (Clarus)*, *Giulio (1525-1575)*, in «Juristen. Ein biographisches Lexicon Von der Antike-bis zum 20. Jahrhundert», hrsg. von Stolleis M., München, 1955, pp. 128-129; Dezza, *Lezioni*, pp. 22-29, con particolare attenzione all'«esame analitico dell'*inquisitio* e dell'*acusatio*», inteso a confrontare la tradizionale disciplina *de iure* con le innovazioni introdotte in via consuetudinaria».

¹⁷ Su Ayrault, Jeanuot V., *Ordre et instruction judiciaire par Pierre Ayrault, précédé d'une étude sur les progrès de la procédure criminelle en France*, Paris, 1881; Orestano R., sub voce *Ayrault Pierre*, in «Novissimo Digesto Italiano», vol. I, Torino, 1958, p. 1691; Sbriccoli, *Storia del diritto penale*, II, p. 252, nota 54; Dezza, *Sistematica processuale*, p. 159; Dezza, *Accusa e inquisizione*, p. 99, nota 154 e p. 100; Dezza, *Lezioni*, pp. 75-76; Alessi, *Il processo penale*, p. 233, in particolare nota 52; Alessi, *Tra rito e norma*, pp. 56 e 57.

¹⁸ Sulla figura e sull'opera di Tiraqueau si vedano, in particolare, Laingui A., *Le premier grand traité de responsabilité penale: le «De poenis temperandis» d'André Tiraqueau (1559)*, in «Mélanges en l'Honneur du doyen Pierre Bouzat», Paris, 1980; Laingui A., *Le «De poenis temperandis» de Tiraqueau (1559)*, Introduction, traduction et notes par Laingui A., Société d'Histoire du Droit, Paris, 1986; Schaffstein, *Die Europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus*, pp. 43 e ss.; Brejon de Lavergnée, sub voce *Tiraqueau (André)*, in «Dictionnaire de Droit Canonique», t. 7, Paris, 1965, coll. 1255-1275 e Otto, sub voce *Tiraqueau (Tiraquellus)*, in «Juristen. Ein biographisches Lexicon Von der Antike-bis zum 20. Jahrhundert», heraus von Stolleis M., München, 1955, p. 617.

¹⁹ Sulla figura e sull'opera di Peter Dietrich (Theodoricus) si vedano, in particolare, Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, I Abt., p. 637 e ss.; Ebert U., *Carpzov und Theodoricus: Zeitgenossen und wissenschaftliche Antipoden*, in *Benedict Carpzov. Neue Prospektiven zu einem umstrittenen Juristen*, a cura di Jerouschek G., W. Schild, W. Gropp, Tübingen, 2000; Schaffstein, *Die Europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus*, pp. 132 e ss.

²⁰ Sull'opera di Carpzov si vedano Ebert, *Carpzov und Theodoricus*; Schaffstein F., *Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von Carolina bis Carpzov*, in «Gerichtssenat», vol. 101, pp. 14 e ss. e Schaffstein, *Die Europäische Strafrechtswissenschaft*, pp. 136 e ss.; Dezza, *Lezioni*, pp. 70-72, con attenzione alle pagine processuali della *Practica nova*.

²¹ Su Oldenkop, Martinage, *La dottrina penale in Europa nel XVI secolo*, p. 84, nota 53; Nypels, *Bibliothèque de droit criminel*, p. 119.

sincronia con l'ascesa dei poteri statali assoluti»,²² «sulla base dei fondamenti del diritto romano 'digeriti' attraverso i commentari dei loro predecessori»,²³ e quella dei continuatori della tradizione critica umanistica, inaugurata da Erasmo e i Monarcomachi sul versante politico e dai Culti (sopra tutti Douaren, Doneau, Hotman e Zasio) su quello giuridico.

Si iniziò a ragionare a logica invertita rispetto ai pratici, che consideravano gli aspetti generali della teoria criminale come semplici ingranaggi del processo, spostando l'attenzione, anche a causa della proliferazione degli interventi normativi e di dettaglio del Principe, su *definitiones, distinctiones e divisiones* che potessero «ordinare in categorie generali le diverse *species delicti*». ²⁴ Il diritto processuale divenne strumentale rispetto a quello sostanziale:

I reati [divennero] *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.²⁵

Sul versante processualistico, la dottrina fra Cinque e Seicento fu attraversata in profondità da forti dinamiche di alternativa o vera e propria opposizione fra sistema inquisitorio e accusatorio, 'inquisizione generale e inquisizione speciale', prova legale e libero convincimento del giudice.²⁶ In questo quadro André Tiraqueau, ragionando del diritto del giudice di modificare o adattare la pena al crimine commesso, costruì una complessa (e per alcuni sistematicamente ordinata)²⁷ teoria generale della responsabilità penale,²⁸ Sarmiento de Mendoza offrì una critica serrata contro il sistema di prova legale,²⁹ Nicolaus Vigel, con le sue *Constitutiones Carolinae*, nella comparazione fra il modello inquisitorio carolino e il diritto romano classico, «espr[esse] convinzioni radicalmente filoromaniste»,³⁰ Pierre Ayrault nel suo *Ordre, formalité et instruction iudiciaire* (1576), ironizzando sull'«istruttoria di *monsieur Poyet*», sottolineò,

²² Così Sbriccoli, *Lex Delictum facit*, p. 92.

²³ Così Matinage, *La dottrina penale in Europa nel XVI secolo*, p. 184, che riporta le 'avvertenze' di Marsilii: «[...] prendete questa pratica – diceva Ippolito Marsili ai suoi lettori – leggetela bene, mandatela a memoria, per diventare degni di governare *vestro patrocinio* le *res publicae* dei diversi Principi e luoghi». Marsili L., *Averolda. Criminalium causarum Practica*, in *Index Hippolyti De Marsiliis Bononiensis. Dyonysius Hasaesus*, Lugduni, 1551, par. *Principium*, n. 4, ante med., citato da Sbriccoli, *Lex Delictum facit*, p. 92.

²⁴ Pifferi, *Generalia*, p. 118.

²⁵ Così Pifferi, *Generalia*, p. 123. Su queste dinamiche anche Dezza, *Sistematica processuale*, p. 157.

²⁶ Cassi, *Testis pallidus*, p. 144, ove in nota 9 esauritivi ragguagli bibliografici. Sul punto, anche Dezza, *Lezioni*, pp. 74 e ss.

²⁷ Schaffstein, *Die Europäische Strafrechtswissenschaft*, pp. 57 e 58, segnala la monografia *De Poenis* per l'importante contributo alla teoria generale della pena. Lo storico tedesco ritiene l'opera di Tiraqueau la prima nella quale, seppure con un ordine incerto e a volte accidentale (ma sicuramente lontano dall'ordine legale), si discute il tema delle cause di esclusione e di attenuazione della pena, con una struttura che consente di collegarle direttamente alla sanzione prevista per ciascun reato.

²⁸ Sbriccoli, *Lex Delictum facit*, p. 92, nota 3.

²⁹ Alessi, *Prova legale e pena*, p. 120 nota 40, p. 130.

³⁰ Così Dezza, *Sistematica processuale*, p. 158. Analogamente, Dezza, *Accusa e inquisizione*, p. 99 e Dezza, *Lezioni*, p. 74.

mediante il continuo confronto e la serrata contrapposizione con il retaggio di «droit anciens» e con i principi dell'«équité» e della «humanité naturelle», i principali difetti e i più gravi pericoli insiti nella procedura penale inquisitoria adottata in Francia, segnata dalla totale segretezza dell'istruzione, dall'eccessivo potere dei giudici e funzionari, dall'abuso della custodia preventiva e dalla compressione del diritto di difesa,³¹

Justus Oldenkop in due delle sue *Observationes criminales practicae* – quelle del 1639 e 1654 in *Fragmentum L. 11. D. de poenis XLVIII, 19* – precocemente ispirate dai diritti della ragione e dell'umanità, polemicamente prese posizione contro la 'Bibbia' di Carpzov.³²

Questo movimento di critica, che partiva dallo studio del diritto romano e si caricava ovunque di precisi significati politici ed ideologici,³³ portò la scienza a contrapporre all'*inquisitio*, ormai formalmente sanzionata nelle grandi legislazioni cinquecentesche, il modello processuale accusatorio romano classico: da Doneau e Duaren, a Deciani, Ayrault, Doumulin e Vigel, in tutt'Europa si levavano voci di sferzante opposizione, compatte come in Francia o più isolate come in Italia o in Germania. E tra queste voci una fra le più significative fu sicuramente quella di Anton Matthaeus II, il «più limpido fautore seicentesco dell'ideale accusatorio»,³⁴ il miglior interprete in ambito criminale del metodo della 'Scuola francese', il più grande sistematico dei suoi tempi.

Consulente, professore, fondatore della celeberrima Scuola, poi Università di Utrecht,³⁵ nello stimolante ambiente dell'Olanda del XVII secolo approntò un Commentario, *De Criminibus*, ai libri XLVII e XLVIII del *Digesto* (1644) che divenne un «vero e proprio manifesto del nascente movimento dottrinale volto al superamento

³¹ Così Dezza, *Sistematica processuale*, p. 159. Analogamente, Dezza, *Lezioni*, pp. 75-76 e Alessi, *Tra rito e norma*, pp. 56 e ss.

³² Nypels, *Bibliothèque*, p. 119. La disputa contro il modulo inquisitorio, formalmente sanzionato dall'entrata in vigore della *Carolina*, dall'*ordonnance* di Villers-Côtterêts e dalle ordinanze di Filippo II, diede vita a movimenti di critica e opposizione di varia natura: dalle voci critiche spiccatamente filoromaniste, come quella di Vigel, Harpprecht (*Tractatus criminalis, plenam et perspicuam aliquot titulorum Institutionum explicationem complectens*, 1609) o Whillelm Valck (*Concertatio ex duobus terribilis Digestorum libris de privatis delictis et publicis Iudiciis defumta*, 1619), a quelle dirette esplicitamente contro la tortura (Johannes Zanger, *Tractatus de quaestionibus seu torturis reorum*, 1598; Friedrich von Spee, *Cautio criminalis contra sagas*, 1631; Jakob Schaller, *Paradoxin de tortura in christiana republica non exercenda*, 1658; Augustin Nicolas, *Si la torture est un moyen seur à vérifier les crimes secrets, dissertation morale et juridique, par laquelle il est amplement traité des abus qui se commettent par tout en l'istruzione des procès crimineles et particulièrement en la recherche du sortilège*, 1682; Lorenzo Ramirez de Prado, *Quinquaginta militum ductorum*, 1612; Adam Rupert, *Dissertationes observationesque mixtae ad Valerium Maximum et C. Velleium Paterculum*, 1663) o al sistema sanzionatorio (Matias Jessen, *De mitigatione poenarum*, 1679, sul quale Böhmer G.W., *Handbuch der Literatur des Criminalrechts in seinen allgemeinen Beziehungen, mit besonderer Rücksicht auf Criminalpolitik nebst wissenschaftlichen Bemerkungen*, Amsterdam, 1970, p. 130), a quelle di opposizione più o meno ragionata a tutta la struttura del processo inquisitorio (Matthiae Pitericus Wilhelmus, *De iurisprudentia Romana in praxi mala reformata*, 1698; Augustin Leyser, *Meditationes ad Pandectas*, pubblicate dal 1717) che culmineranno nell'opera di demolizione di Thomasius e della criminalistica settecentesca. Su questo aspetto, Dezza, *Lezioni*, pp. 74 e ss.

³³ Dezza, *Sistematica processuale*, p. 160; cfr. Alessi, *Il processo penale*, pp. 81-83.

³⁴ Dezza, *Sistematica processuale*, p. 173.

³⁵ Welten, *Utrechtse hoogleraren*, pp. 67-101.

del sistema penale di Antico Regime e del correlativo modello processuale inquisitorio». ³⁶ Con un linguaggio preciso, puntuale e conciso, con una fitta sintassi e uno stile assai adatto all'analisi scientifica, ³⁷ e con continui richiami alla prassi dei suoi tempi, il giurista tedesco-olandese darà vita al primo, vero, metodico e completo sistema di diritto criminale. ³⁸

2.1. Le edizioni e la *methodus*

Il commentario *De Criminibus* ai libri XLVII e XLVIII del *Digesto* sarebbe apparso per la prima volta ad Amsterdam nel 1644. ³⁹ Doveroso il condizionale, perché lo stesso anno vide luce un'edizione a Utrecht le cui copie sono ancora oggi conservate nelle biblioteche universitarie dell'ex capitale d'Olanda e di Giessen: ⁴⁰ molto probabilmente «entrambi i luoghi di pubblicazione possono risultare giusti, poiché va tenuto conto della possibilità di una stampa parallela o di una ristampa». ⁴¹ Le numerosissime riedizioni – ⁴² l'ultima su iniziativa della *South African Common Law*

³⁶ Dezza, *Accusa e inquisizione*, p. 107 e Dezza, *Lezioni*, p. 78.

³⁷ Così Cordero, *Criminalia*, pp. 502-506.

³⁸ Stolleis M., *Juristen, Ein biographisches Lexicon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, München, 1995, p. 414.

³⁹ Matthaeus II A., *De Criminibus ad lib. 47 e 48 Digesti commentarius Antonii Matthaei IC, in illustri Academia Ultrajectina antecessoris. Adjecta est brevis et succinta municipalis interpretatio cum index triplicis titulorum rerum & verborum nec non legum qua strictum qua fusius explicatarum*, Amstelodami, 1644. La circostanza è confermata da Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, I, pp. 255 e dalla *Nouvelle biographie générale* (1863) (cfr., Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, pp. 112).

⁴⁰ Matthaeus II A., *De Criminibus ad lib. 47 e 48 Digesti commentarius Antonii Matthaei IC, in illustri Academia Ultrajectina antecessoris. Adjecta est brevis et succinta municipalis interpretatio cum index triplicis titulorum rerum & verborum nec non legum qua strictum qua fusius explicatarum*, Trajecti ad Rhenum, 1644.

⁴¹ *Matthaei, Prolegomena*, p. IV, nota.

⁴² L'*editio secunda*, quasi sicuramente in parallelo come la prima, nuovamente ad Amsterdam e a Utrecht nel 1661 (Matthaeus II A., *De Criminibus ad Lib. XLVII e XLVIII Digestorum commentarius Antonii Matthaei* [...]. *Editio secunda priori auctor et emendatior*, Amsterdam/ex officina Johannis a Waeseberge, 1661); la terza (1672) (Matthaeus II A., *De Criminibus ad Lib. XLVII e XLVIII Digestorum commentarius Antonii Matthaei* [...]. *Editio tertia priori auctor et emendatior*, Vesaliae, Typis Andreae ab Hoogwijnhuysen) e la quarta (1679) (Matthaeus II A., *De Criminibus ad Lib. XLVII e XLVIII Digestorum commentarius Antonii Matthaei* [...]. *Editio quarta priori auctor et emendatior*, stampata da Hoogenhuysen e conservata nella Biblioteca dell'Università di Aberdeen), della quale Jugler e Schlüter non danno conto, a Wesel nel 1679, ristampata sempre a Wesel nel 1700 e nel 1702 (cfr., Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 112). La quinta edizione, per la quale vi era incertezza sul luogo di pubblicazione, se Colonia o Basilea (cfr., Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 112), a Basilea nel 1715 (Matthaeus II A., *De Criminibus ad Lib. XLVII e XLVIII Digestorum commentarius Antonii Matthaei* [...]. *Editio ultima*, Basel, sumptibus Johannis Micenei, 1715); nel 1717 la prima edizione italiana, sconosciuta agli storici tedeschi, apparve a Venezia (Matthaeus II, *De Criminibus ad lib. XLVII et XLVIII Dig. Commentaries, sumptibus Michaelis Hertz sub examine Caroli de Alexio*, Venezia 1717); nel 1725 a Basilea venne data alle stampe l'*editio novissima* (cfr., Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 112), riedita nel 1727 (Matthaeus II A., *De Criminibus ad Lib. XLVII e XLVIII Digestorum commentarius Antonii Matthaei* [...]. *Editio novissima priori auctor et emendatior*, Coloniae Agrippinae: apud viduam Johannis Schlebusch, bibliopolae, am hoff in Kalten Berg, 1727) a Colonia e nel 1732 (cfr., Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 112) e 1754 (cfr., Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 112) a Dusseldorf. L'*Editio quinta* (Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 112) fu pubblicata a Genova nel 1760 (Matthaeus II A., *Commentarius ad Lib. XLVII et XLVIII. De Criminibus* [...]. *Editio quinta prioribus auctor & emendatior*,

Commission, in lingua inglese a Città del Capo e Pretoria fra il 1987 e il 1995 – testimoniano dell'immensa fama di cui l'opera ha goduto e di cui continua a godere.⁴³

Il *Commentario* si apre con una *dedicatio* ai Magistrati della città di Utrecht,⁴⁴ che Matthaeus prega di accogliere favorevolmente la propria opera; in pagine 'di maniera' per i costumi accademici dell'epoca, l'autore ragiona della propria impresa, titanica, ma necessaria perchè relativa a una materia, quella del diritto criminale, per troppo tempo

Ginevra, Cramer, 1760) e ristampata ad Anversa l'anno successivo (Matthaeus II A., *De Criminibus ad lib. 47 e 48 Dig[est]i commentarius* [...]. *Edictio quinta et ultima prioribus auctor & emendator*, Antwerpiae, 1761); questa ristampa è stata tradotta in olandese da J.D. van Leewen e pubblicata con annotazioni a Utrecht nel 1769 (cfr., Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 17). Nel 1772 fu pubblicata l'*editio prima neapolitana* (Matthaeus II A., *De Criminibus. Editio prima neapolitana in duos tomos tributa, accesserunt Michaelis Leggii adnotationes ex jure romano et breves commentarium juris cum usum Fori neapolitani*, Neapoli sumptibus Dominici Terrae, 1772), che venne ristampata nel 1782, seguita nel 1803, a Pavia, dall'*editio prima ticinensis*, annotata da Tommaso Nani (Matthaeus II A., *De Criminibus. Adjecta est brevis set succinta iuris municipalis interpretatio*. [...]. *Editio prima ticinensis, in duos tomos distributa et adnotationibus Thomae Nani*, Ticini, 1803), riedita a Firenze nel 1824-1825, come *editio prima florentina* (Matthaeus II A., *De Criminibus. Adjecta est brevis set succinta iuris municipalis interpretatio* [...] *Editio prima florentina, [...] in duos tomos distributa et adnotationibus Thomae Nani*, Florentiae, 1824-1825) e a Napoli nel 1827 (Matthaeus II A., *Commentarius ad lib. 47. et 48. dig. De Criminibus cum adnotationibus Thomae Nani*, Neapoli, 1827).

⁴³ Matthaeus II A., *On Crimes. A Commentary on Books XLVII and XLVIII of the Digest*, trad. ingl. a cura di Hewett M.L. e B.C. Stoop, nel 1987 a Città del Capo il primo volume, nel 1993 a Pretoria il secondo, e nel 1995 a Città del Capo l'opera intera. Per la traduzione è stata scelta l'edizione di Anversa del 1761, perchè inclusiva di tutti i materiali originali relativi alla dedica che apre l'opera e perchè gli errori di stampa sono relativamente pochi e i caratteri comparativamente chiari. Il volume I include una prefazione e note biografiche. Il volume IV apre con una introduzione supplementare dove vengono esposti i risultati delle nuove ricerche. Interessanti le note in *Range and Influence in Europe* e *At the Cape of Good Hope from 1652 onwards*. Su quest'ultima edizione (in particolare sul III vol.) Van de Vrugt M., *Antonius Matthaeus, On Crimes. A Commentary on Books XLVII and XLVIII of the Digest*, ed. and trasl. into Engl. by M.L. Hewett, Volume IV. Juta [Kenwyn], 1996. XXXV, pp. 583-692 e pp. 693-801, in «The Legal History Review», 1999, Volume LXVII, nn. 1-2, p. 158, una recensione assai positiva dell'opera della Hewett. La *South African Law Commission* è responsabile di «making common law authorities more readily available, or at any rate more intelligible» per gli studenti e gli operatori giuridici sudafricani con scarsa conoscenza del latino. Matthaeus è stata una delle *authorities* indicate dalla Commissione per la traduzione in inglese «per il significato della sua famosa opera di diritto criminale per gli studenti di oggi non meno che per quello che fu per gli studenti e i pratici dei suoi tempi». La traduzione fu originariamente intrapresa dalla *Unit for Legal Historical Research* dell'Università del Sud Africa che nei suoi progetti è solita coinvolgere un numero rilevante di persone. Van de Vrugt sottolinea come sia solo grazie alla perseveranza della Hewett che la traduzione è stata portata a compimento, e giustamente il suo nome compare nell'intitolazione dell'opera. Il primo volume della *On Crimes* è stato recensito in questa stessa rivista nel 1990 (alle pagine 202 e ss.) e il secondo e terzo nel 1996 (alle pagine 246 e ss.). Van de Vrugt, inoltre, loda la traduzione perchè colma le lacune che la versione latina evidenzia in numerose citazioni di autori greci e latini per i quali Matthaeus è povero di riferimenti. Unica notazione negativa del professore olandese, la mancata traduzione delle citazioni marginali bibliografiche che caratterizzano la versione originale. Per una differente, e non così positiva, lettura critica della *On Crimes*, Rütten, in «Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte», pp. 432-436.

⁴⁴ La risposta del Senato, una ventina di giorni dopo la preghiera (24 luglio 1644), sarà il conferimento di un'onorificenza di 600 *gulden* (Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, pp. 17-18). Alla *Dedicatio*, nell'*editio ultrajectina*, sono posposte una serie di odi e inni in rima in greco e latino a lode dell'autore, scritti principalmente da colleghi dell'Università di Utrecht, a testimoniare della fama e della considerazione di cui doveva godere Matthaeus nella ricca Provincia olandese. Lo Schlüter ricorda un epigramma al *Commentario* del professore di storia Anton Æmilius, seguito da un *autoskedia* dell'allora docente di filosofia morale Daniel Beckringer, da un'ode greca e da una sua traduzione in giambi latini, a firma Eustasius Suartius (Suartius o Swrtius), da un inno alla persona di Matthaeus di Christian Rodebruch e da una dedica in rime di Lorenz Nyendal (Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, pp. 18, 19 e *Matthaei, Prolegomena*, p. V, nota 12).

trascurata e trattata da giuristi poco qualificati, incompetenti e che egli definisce, non senza una buona dose di polemica, «prolissi copisti, che sono stati in grado di produrre unicamente opere voluminose». ⁴⁵ E dal giudizio lasciato quasi un secolo e mezzo dopo da Alberto De Simoni, sembra che il nume tedesco-olandese sia riuscito nei propri intenti:

Fra i dottori che hanno scritto intorno al diritto criminale, se si eccettua il Mattei, *De Criminibus* opera scritta sulle tracce dei Libri 47 e 48 delle Pandette, appena ve n'ha alcuno che meriti di essere specialmente distinto. Sono vari, ma si sono trascritti a vicenda. ⁴⁶

⁴⁵ *Dedicatio*, Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 19. Cfr. Matthaei, *Prolegomena*, p. V.

⁴⁶ De Simoni A., *Memorie intorno alla propria vita e scritti*, a cura di C. Mozzarelli, Trascrizione di Boracchi Lovati E., Mantova, 1991, p. 44. Si leggano anche le parole di Cremati L., *De Iure criminali Libri tres*, Florentiae, 1848, *Prolegomena*, p. 3, nota 1 – «Huc spectant, qui cum Romanum jus interpretandum suscepissent, ea quoque attigerunt, quae libris quadragesimo septimo, et quadragesimo octavo Pandectarum, nec non libro nono Codicis Justiniani continentur. Qua quidem in re omnium industriam superavit Antonius Matthaeus, qui laudatos Pandectarum libros vere eruditio commentario exornavit. Ingenio autem, et doctrina cum vehementer excelleret, opus de re criminali caeterorum fortasse omnium absolutissimum perfecisset, si ordinem, quo iidem libri conscripti sunt, sibi fere penitus sequendum non proposuisset» – e Beccaria C., *Dei delitti e delle pene*, p. 10 – «[...] quod primus is fuerit et ad nostram usque aetatem fere solus, qui partem illam Romanae Jurisprudentiae, quae circa crimina, poenaeque versatur a doctis interpretibus perfunctorie illustratam a vulgo criminalium scriptorum sordide corruptam, puris attigerit manibus, et sigillatim ex dignitate pertractaverit». Il maggiore estimatore di Matthaeus in terra italica fu sicuramente Filippo Maria Renazzi. L'altissima considerazione di cui doveva godere il nostro autore agli occhi del giurista romano è evidente già nella *Praefatio* alla prima edizione degli *Elementa Juris Criminalis* – «Laus haec atque gloria debetur Mathaei quod primus is fuit et ad nostram usque aetatem solus qui partem illam Romanae iurisprudentiae, qua circa crimina poenasque versatur, a doctis interpretibus perfunctorie illustratam, a vulgo criminalium scriptorum sordide corruptam, puris tetergerit manibus et singillatim ex dignitate pertractaverit [...] Commentarios edidit in L. 47 et 48 D [...] elegantes, luculentos, doctos, plenos bonae frugis utiliumque animadversionum, omnigena demum elegantiae» (Renazzi Ph. M., *Elementa juris criminalis*, ai fini del presente lavoro analizzati nella *Editio quarta italica*, Senis, 1764, *Praefatio*, pp. IV e VI) – reverenza che doveva essere stata intesa da qualcuno come plagio, ai tempi della pubblicazione, se l'autore, nella *quarta editio italica*, replica alle critiche di chi lo aveva biasimato per non aver fatto nient'altro che saccheggiare i tesori del culto tedesco e dell'illuminista francese: «Mussitant nonnulli nihil nos aliud egisse, quam Matthaei, Montesquieu scrinia expilare. [...] Nostri porro laudibus vel imprudentes inserviunt, qui dictitant Matthaeum, Montesquieu a Nobis esse expilatos» (Renazzi, *Elementa juris criminalis*, p. VI). Le belle parole che Renazzi spese per il nostro autore lo fecero conoscere anche in ambito letterario e medico. Si vedano in argomento il *Giornale de' Letterati*, Tomo LVIII, anno MDCCCXXXV all'altezza reale Pietro Leopoldo Arciduca di Toscana, vol. 58, Pica, 1785, p. 124: «[...] tra tanti altri scrittori che a vicenda si son copiati non dee confondersi Antonio Mattei nel suo trattato *De Criminibus*, ove ha fatto un non mediocre uso della filosofia, e ha formato una scienza delle proprie mediazioni [...] ed è un danno che siasi ristretto a due soli libri delle Pandette e poco abbia parlato degli attentati»; De Cavinis A. A., De Cavinis M., *Il giovane istruito nella cognizione dei libri*, Vol. IX, Venezia, 1824: «Il Mattei è il primo e l'unico fino a' nostri dì,» dice Renazzi, «giudice in questa materia senza eccezione, il primo e l'unico che abbia toccato con mani pure e trattato distintamente con dignità la parte criminale dell'umana giurisprudenza, illustrata superficialmente da' più dotti interpreti e lordamente corrotta dal volgo de' criminalisti»; il *Giornale di letteratura, scienze ed arti compilato da vari letterati*, Milano, 1819, vol. II, p. 78: «Non vanno d'accordo i giurisperiti ed i medici intorno alla innocenza o reità delle azioni commesse dai sonnambuli. Anton Matteo pretende che si possa assolvere il sonnambulo imputato di un delitto commesso durante il sonno soltanto allorché viene provato che esso non covava capitali inimicizie e non avesse già premeditata l'azione quando era sveglio». Quanto al ruolo di primo piano che giocò il *De Criminibus* nell'evoluzione della dottrina e della prassi partenopea settecentesca, Alessi Palazzolo G., *Furto e pena: aspetti del dibattito nel tardo diritto comune*, in «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico», Milano, 1970, 2, pp. 543 e 591 e ss., che si concentra sulle figure di Moro, Maradei e Rapolla. Sull'influsso del giurista batavo

L'opera prosegue con una introduzione nella quale il giurista delinea la metodologia di analisi adottata, contestando ai commentatori «l'errore di essere rimasti legati alla struttura del *Digesto* con venerazione idolatrica»⁴⁷ e ai criminalisti suoi contemporanei di non conoscere altre strutture sistematiche che non fossero l'ordine legale o la trattazione alfabetica.⁴⁸

In realtà, l'esigenza di introdurre una *methodus* differente rispetto a quella dei dottori italiani, seguita con poche eccezioni sino ad allora,⁴⁹ divenne una delle finalità essenziali degli scritti programmatici già a partire dal XV secolo;⁵⁰ fondamentale, in tal senso, fu l'opuscolo del francese Petrus Ramus, *Quod sit unica doctrina instituendae methodus*,⁵¹ che proponeva una rilettura della dialettica tradizionale sulla base della quale era stata interpretata sino ad allora la dottrina aristotelica.⁵² Ramus sosteneva che tutta la conoscenza avesse la propria origine nella percezione e nell'induzione realizzata a partire dalle singole cose. Pertanto, la conoscenza delle specie è anteriore rispetto a quella dei *genera*, i quali, però, una volta conosciuti, sono «notiores et clariores» tanto quanto le specie e le singole cose.⁵³

sulle costruzioni dei due 'pesi massimi' dell'Illuminismo napoletano, Francesco Maria Pagano e Gaetano Filangieri, si rinvia al prosieguo del presente studio e a un prossimo contributo dedicato alle pagine processuali del Commentario ai *Libri Terribiles*.

⁴⁷ Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 19; cfr. *Matthaei, Prolegomena*, p. VI.

⁴⁸ Le parole di Matthaeus sono un chiaro riferimento al *Liber V* di Giulio Claro che, nella sua esposizione, si affida all'ordine alfabetico. In argomento si vedano Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, p. 91; Biener F.A., *Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozess und der Geschworenengerichte*, Leipzig, 1827, p. 225.

⁴⁹ Sul punto si vedano Piano Mortari V., *Dialettica e giurisprudenza*; Piano Mortari V., *Considerazione sugli scritti programmatici dei giuristi del secolo XVI*, 1955, pp. 267-300 e Pifferi, *Generalia*, p. 43.

⁵⁰ Pifferi, *Generalia*, p. 43.

⁵¹ Ramus P., *Quod sit unica instituendae methodus ex Aristotelis interpretes et praecipue Galeno é IX. Animadversionem P. Rami ad Carolum Latharigem*, Parigi, 1557.

⁵² Sulla dottrina aristotelica in epoca medievale si vedano Chiodi G., *L'interpretazione del testamento nel pensiero giuridico dei glossatori*, Milano, 2002, p. 132 e bibliografia ivi citata; Errera A., *Il concetto di scienza iuris dal XII al XIV secolo: il ruolo della logica platonica e aristotelica nelle scuole giuridiche medievali*, in «Quaderni di Studi senesi», 97, Milano, 2003, pp. 43 e ss.; Bellomo M., *Società e istituzioni dal Medioevo agli inizi dell'età moderna*, Roma, 1999, pp. 478 e ss.; Bellomo, *Una nuova figura di intellettuale: il giurista*, p. 256.

⁵³ Ramus criticava i 'barbari', come Porfirio, Armonio, Simplicio e altri, «qui logicam non ex Aristotelis principiis pendere et componere [...] sed pro arbitratu tradere voluerunt» (Ramus P., *Dialectica*, Parigi, 1566, citato in Piano Mortari, *Dialettica e Giurisprudenza*, p. 382). In effetti, a sentir Ramus, quantunque tutto lo scibile abbia la propria origine nella percezione e anche qualora si proceda dal particolare al generale, l'errore di molti dei tradizionali interpreti di Aristotele fu di assegnare alla logica una finalità dimostrativa «in quo toto cielo aberrant»; egli riteneva che aristotelicamente si dovesse intendere la logica solo come una «ars bene disserendi» sulla base della quale «ea per qua scimus, primo loco tractanda sunt: per principia, caussas, et elementa scimus. Principia, igitur, caussae et elementa sunt primo loco tractanda». Il contenuto di questo sillogismo veniva completato dalla dottrina generale sul metodo che così concludeva: «[...] Generalissima [inquam] absolute priora sunt subalternis: ab illis igitur ad haec procedendum: subalterna absolute priora sunt specialissimis: ab illis igitur ad haec progrediendum». Così Piano Mortari, *Dialettica*, I, p. 382: «Ci avviciniamo alle verità mediante l'*inventio*, le fissiamo in *axiomata* e proseguiamo tramite il sillogismo, grazie al quale la definizione si divide nelle sue *partes et species* che, singolarmente prese, vengono unite mediante *transitiones*». Al termine del processo, Ramus otteneva una sintesi ordinata. L'autore, *Considerazione sugli scritti*, p. 297, sottolinea come questo nuovo metodo ramistico non fosse altro che una semplificazione dei procedimenti utilizzati nei trattati di logica tradizionali, per questo motivo incapace di concepire forme logiche in grado di rinnovare radicalmente i principi e i procedimenti.

Nei decenni immediatamente successivi alla prima edizione dell'opera apparvero numerosi compendi giuridici che, più o meno esplicitamente, si riferivano a essa.⁵⁴

Più genericamente, gli orientamenti metodologici dei sistematici del Cinquecento si associavano ai progetti politici, e ancora di più si combinavano con le fazioni assunte nelle violente lotte di religione che insanguinavano lo scacchiere europeo.⁵⁵

Gli scritti di Ramus ebbero grande influenza sullo studio del diritto in Francia, Inghilterra, ma soprattutto in Germania, dove lasciarono traccia evidente soprattutto in tre grandi nomi della celebre Scuola Calvinista di Marburg: Nicolaus Vigelius (Vigel, 1529-1600),⁵⁶ Hermann Vultejus (1555-1634),⁵⁷ Johannes Althusius (1557-1638).⁵⁸

⁵⁴ Sul punto, Van den Berg, *Die holländische elegante Schule*, pp. 7-74; Mazzacane A., *Umanesimo e sistematiche giuridiche in Germania alla fine del Cinquecento: 'equità' e 'giurisprudenza' nelle opere di Hermann Vultejus*, in «Annali di Storia del Diritto», Milano, XII-XIII, 1968-1969, pp. 257 e ss.; Carpintero, «*Mos italicus*» e «*Mos gallicus*» y el *Humanesimo racionalista*, p. 110 e ss. Già due decenni prima di Ramus, in Germania, Sebastian Derrer, allievo del grandissimo Zasius, redasse la *Iurisprudentia liber unus* (1540), che seguiva le linee fondamentali della *dialectica nova* e che fu l'opera sistematica più utilizzata nei paesi di area tedesca nel secolo XVI. Derrer, professore di matematica, con un rigore concettuale degno del suo grande maestro, considerava la giurisprudenza come un sapere pratico e, quantunque citasse Cicerone e Aristotele, le fonti cui attinse furono fondamentalmente Bartolo, Baldo e la Glossa. Il suo approccio consisteva soprattutto in un processo di deduzione successiva grazie al quale, partendo dal concetto fondamentale di *Iurisprudentia*, si traevano via via i vari concetti ordinatori del diritto, poi sistematizzati secondo lo schema tradizionale *personae-res-actiones*: nuovo metodo; tradizionale materiale giuridico. Sulla discussione metodologica e sull'influsso sul metodo umanistico in Germania della Scuola di Melantone, dell'Averroismo, della Scolastica e del Ramismo si vedano Schröder J., *Die ersten juristischen 'Systematiker'*, pp. 111-150; Schröder J., *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode von Humanismus bis zur historischen Schule*, München, Beck, 2001, XV, pp. 327 e ss.; Troje H.E., *Rezension Schröder*, in «Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte», Romanistische Abteilung, 2002, pp. 306-311. Sul metodo e sulla sistematica di Derrer si vedano anche Carpintero, «*Mos italicus*» e «*Mos gallicus*», pp. 120 e ss. e Mazzacane, *Scienza, logica e ideologia nella Giurisprudenza tedesca del sec. XVI*, pp. 50 e ss. Un'altra interessante opera in area germanica fu la *Methodica dialectices ratio ad iurisprudentiam adcomodatam* di Jan Apel pubblicata nel 1545.

A differenza del compendio di Derrer, che aveva come scopo l'immediata applicazione pratica, il lavoro di Apel voleva semplicemente insegnare come si potesse applicare la dialettica al diritto di modo che questo potesse essere esposto sistematicamente. La base dottrinale sulla quale operare dialetticamente per costruire un sistema razionale, però, era la stessa utilizzata da Derrer: le *opiniones* «Bartoli, Baldi et aliorum clarissimorum interpretum». «Si potrebbe opinare», sottolinea Carpintero, «*Mos italicus*» e «*Mos gallicus*», p. 120, «che egli fosse un Bartolista che desiderava sistematizzare tutto il bagaglio dottrinale prodotto dai commentatori». Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, I Abt., p. 289, liquida la *Methodica dialectices ratio* come opera di poco conto, che semplicemente proseguiva la corrente esegetica propria dei giuristi medievali e il cui unico merito fu quello della semplificazione degli strumenti di interpretazione e dei criteri logici, che consentiva di costruire un sistema di principi con una metodica molto simile a quella impiegata più tardi da Ramus. Il cammino sistematico intrapreso da Derrer e Apel fu portato avanti da giuristi di scuole assai diverse: nel 1542 Melchior Kling pubblicò le *Enarrationes in libros IV Institutionum*, un lavoro nel quale si può rintracciare una mescolanza di sforzo esegetico e trattazione sistematica, scritta, però, nel linguaggio tipico della letteratura giuridico popolare tedesca, che si allontana grandemente dallo stile elegante dei seguaci del *mos gallicus*; nel 1543 Conrad Lagus diede alle stampe, a Francoforte, la sua *Iuris utriusque methodica traditio*, seguita qualche anno più tardi dai tentativi di Johann Thomas Fregius (1543-1583) di esposizione metodica sulla base di *tabulae* secondo l'esempio di Ramus. Sulle logiche sistematiche fra il XVI e il XVII secolo si veda anche Schröder, *Die ersten juristischen 'Systematiker'*, in particolare pp. 125-130.

⁵⁵ In argomento si vedano Wolff E., *Idee und Wirklichkeit des Reiches im deutschen Rechtsdenken des 16. und 17. Jahrhunderts*, in *Reichs und Rechts im deutschen Philosophie*, a cura di Larenz K., 1943, vol. I, pp. 88 e ss.; Mazzacane, *Sistematiche giuridiche*, pp. 213-252; Mazzacane, *Teorie delle scienze*, pp. 295 e ss.; Troje, *Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts*, pp. 70 e ss.

⁵⁶ Nicolaus Vigel nacque a Treisa (Hessen), studiò a Marburg e si laureò ad Heidelberg dove frequentò i corsi dell'umanista francese Francesco Baldovino. Nel 1560 iniziò la carriera di docente a Marburg che

Interessantissima la polemica dottrinale combattuta dalle cattedre di Marburg fra i primi due negli ultimi scorci del Cinquecento: Vigel tentava di restaurare il patrimonio tradizionale della giurisprudenza, depurando le fonti giuridiche sulla base dei nuovi procedimenti di matrice umanistica, «per riconsegnarle all'Impero in tutta la loro forza e autorità [...] come estrema difesa di un equilibrio politico e ideologico ormai compromesso»;⁵⁹ Vultejus, sulla scia di Erasmo e di Althusius e sulla base degli stessi principi utilizzati dall'antagonista, iniziava a costruire le fondamenta di una disciplina, di una nuova *élite* di potere, di uno Stato territoriale che a questo stesso impero si contrapponevano.⁶⁰ E proprio Vultejus influenzò l'allievo prediletto, il nostro Matthaeus, non solo nelle scelte metodologiche di approccio allo studio e all'insegnamento del diritto, ma anche nei concetti fondanti di Stato e sovranità.⁶¹

terminò il 1594 a causa dei suoi espliciti attacchi alle corti e alla religione. Nel 1564 fu attore di un'accesa disputa dottrinale con il più conosciuto collega Hermann Vultejus che in quegli stessi anni annoverava fra le fila dei suoi studenti Matthaeus. Autore molto prolifico, oltre alle già menzionate *Constitutiones Carolinae publicorum iudiciorum in ordinem redactae cum iure communi collatae* (1583), compose il *Commentarius iuris civilis* (1562-1563), un tentativo di risistemazione organica di tutto il diritto civile, la *Methodus universi iuris civilis absolutissima* (1576), la *Methodus universi iuris pontificii absolutissima* (1581), le *Dialectices iuris* (1597), un'opera sulla dialettica giuridica corredata di due tabelle sull'esempio dei lavori di Fregius, la critica *Institutionum iuris ad usum fori non depravatum accomodatarum* (1604), corredato da un *Repertorium iuris* con raccolta di *disputationes*, che circolò anche solo ed ebbe una qualche fortuna nella prassi fino all'avvento dei grandi giuristi pratici della Scuola sassone turingica (sul punto, Troje H.E., *Humanistische Jurisprudenz. Studien zur europäischen Rechtswissenschaft unter dem Einfluß des Humanismus*, Keip Verlag, Goldbach, 1993, pp. 38 e ss.). A lungo la storiografia tedesca ha attribuito a Vigel il merito di aver per primo introdotto una sorta di parte generale nella *Methodus universi iuris civilis absolutissima*. In realtà, come fanno notare Stintzing e Hälschner, non è visibile neppure un abbozzo di quella che dovrebbe essere una teoria generale del crimine, della pena, dell'imputazione o del tentativo, perchè questi argomenti vengono sviluppati nei primi cinque capitoli solo in maniera sommaria e occasionale, inframezzati agli istituti di diritto processuale cui è dedicato quel settore dell'opera. Sulla metodica di analisi di Vigel anche Pifferi, *Generalia*, p. 64, nota 64: «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».

⁵⁷ Hermann Vultejus nacque a Wetter il 16 dicembre 1555; suo padre Justus, noto professore, lo avviò allo studio della teologia. Iniziò il proprio 'viaggio di studi' in giurisprudenza alla Facoltà di Heidelberg per proseguire a Genova e Padova. Nel 1574 ottenne il titolo di *Magister* a Marburg, dove l'anno successivo, per un mese, tenne il suo primo corso di pedagogia. Dopo la morte di suo padre (1575), frequentò corsi a Bonn, in Svizzera, a Venezia, a Padova, a Siena e a Basilea, dove nel 1580 ottenne il titolo di *doctor iuris*. Dal 1592 al 1601 fu Rettore dell'Università di Marburg. Nel corso della sua vita funse da consigliere e membro di corte principesca di numerosi governanti dei suoi tempi, tra i tanti i sovrani di Danimarca e Svezia, i duchi di Brunswick e i principi di Schaumburg. Il 30 dicembre 1630 fu nominato dall'Imperatore Ferdinando II *Comes Palatinum*. Sue opere maggiori le *Disceptionum scholasticarum iuris liber unus* (Marburg, 1589), la *Jurisprudentia romana a Justiniano composita* (1590), pubblicata nel 1614, il *De feudi eorumdemque iure* (Marburg, 1597), le *Communes conclusiones iuris* (Frankfurt am Main, 1619). Sulla *methodus* di Vultejus anche Padovani A., *Scientia iuris. Introduzione al pensiero giuridico medievale*, Parma, 1989, p. 57: «Invano il Vultejus si scaglia contro gli *auctores* colpevoli di sostituire le "certe leggi" con le "incerte opinioni", rei di affossare la "certezza del diritto" privando l'Occidente del suo baluardo».

⁵⁸ Su Althusius cfr., *retro*, Introduzione p. IX e pp. 1-2, 34-35.

⁵⁹ Mazzacane, *Scienza, logica e ideologia*, pp. 240 e ss., Vigel, quindi, utilizzava alcuni fra i maggiori spunti dell'Umanesimo nel tentativo di difendere le strutture e i rapporti rappresentati dall'ideale e dalla struttura stessa del Sacro Romano Impero. Cfr. Schröder, *Die ersten juristischen 'Systematiker'*, pp. 145-150.

⁶⁰ Mazzacane, *Scienza, logica e ideologia*, pp. 245 e ss.

⁶¹ Cfr., *supra*, Introduzione, par. 2.

Matthaeus è dichiaratamente consapevole del fatto che ‘l’uomo di legge’ dei suoi tempi è costretto a procedere su di un terreno infido, cosparso di argomentazioni e di conclusioni contraddittorie;⁶² proprio per questo, il giureconsulto deve operare utilizzando strumenti metodologici rigorosi e tecniche di studio che razionalizzino la materia, strutturando un ordinamento sistematico e pedagogico più fruibile non solo per gli studenti, ma anche per gli operatori del diritto.

Nella forma della trattazione il Commentario prevede la completa ed esaustiva analisi di un preciso argomento all’interno di ogni paragrafo che generalmente si apre con frasi interrogative alle quali segue sempre l’indagine che si sviluppa secondo uno «schema costante»;⁶³ punto di partenza è la *definitio* all’interno della quale il criminalista assiana già evidenza i nodi problematici che porteranno all’esame degli argomenti a favore e contro; seguono le esposizioni delle fonti e l’esplicazione della fattispecie, articolata sulla base di esempi tratti da accadimenti storici, precedenti letterari, e, in numerosi casi, anche fatti inventati.

L’autore manifesta sempre la propria opinione, descrivendo al contempo le eventuali eccezioni al principio enunciato.⁶⁴ Evidente la similarità con il metodo utilizzato da Vultejus, che strutturò una *ars bene disserendi* che si fondava su un procedimento deduttivo assiomatico inserito all’interno di disposizioni tabulari tipiche della dialettica ramistica, ma che, a differenza del modello disegnato dal filosofo francese, non degenerò in schematismi formalistici. Matthaeus, come il suo maestro più illustre, si richiama spesso nella costruzione del sistema dei *loci communes* alle virtù dimostrative del sillogismo aristotelico e a tutti quegli strumenti logici che possano servire alla semplificazione e alla razionalizzazione della disciplina.

Il processo dialettico utilizzato dall’autore è suddivisibile in due differenti procedimenti intellettuali: l’*inventio* e il *iudicium*, secondo una scansione già conosciuta dalla tradizione; nella prima, si elencano le fonti nelle quali rintracciare i *principia*, mentre nella seconda viene elaborata una *opinio* logica ben motivata che utilizza il metodo deduttivo, prendendo le mosse da un concetto superiore, per scomporre in procedimenti via via successivi le eventuali sottocategorie.⁶⁵

La *nova methodus* va a sostituire a un approccio frammentario

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 [...]. Il metodo sintetico diventa anche nella scienza giuridica la via

⁶² *Dedicatio*, Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 19 e *Matthaei, Prolegomena*, p. V.

⁶³ Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 22.

⁶⁴ Tra i tanti, DC *Prolegomena* 1.10.

⁶⁵ Una metodica di analisi simile è riscontrabile anche nel *Collegium Criminale* di Dietrich, il cui primo capitolo è aperto da una regola di metodo, chiaro sintomo della scrupolosità con la quale i giuristi influenzati dalla scuola umanistica iniziavano i loro lavori sistematici: «luxta Methodi legem, a Philosophis traditam et a Iurisconsultis approbatam a Generalibus a speciali procedendum»; parlando di *methodus* Theodoricus, però, non si riferiva espressamente alla ramistica (Ramus è citato nell’indice degli autori utilizzati nell’elenco anteposto alla seconda edizione), ma – muovendo dal pensiero di Platone, Aristotele e Cicerone (Theodoricus, *Iudicium Criminale*, cap. I, Aphor. I, n. 1) – «alla legge del procedere sistematico» e ai vantaggi didattici di questo procedere: «Nam, nisi fallimur, lex ista methodi facilius nos ad lectionem perducit propositae materiae, et cum pervenerimus, evidentior praestat intellectum».

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 po[ssan]o discendere i vari istituti generali o particolari, una categoria universale generativa di concetti specifici valida come un modello per un determinato settore disciplinare.⁶⁶

La *methodus matthaeusiana* «segna profondamente la sua posizione rispetto alle fonti del diritto»;⁶⁷ di fronte alle norme in vigore il nostro autore esprime la propria opinione in maniera scrupolosa ed esauriente, così come per principio tende a interpretare le disposizioni severe restrittivamente e di fronte a una eventuale lacuna normativa cerca sempre di determinare la *voluntas legis* da altre fonti normative.

In tutti questi casi, Matthaeus tenta di pervenire ad una interpretazione che [conduca] a concetti fissi e a norme certe: il progresso rispetto all'arbitrio e alle spericolate conclusioni analogiche dei secoli precedenti è più che evidente [e] approderà a linee di tendenza che troveranno sviluppo nelle correnti dell'Illuminismo.⁶⁸

⁶⁶ Così Pifferi, *Generalia*, p. 44, che cita Duaren F., *Ad Andream Guillartum, de ratione docendi, discendique iuris epistola*, in Duareno F., *Opera Omnia*, Lucae, 1768, p. 368: «Nam eruditorum consensu receptum est, in docendis artibus, ab iis, quae universalia, et a nobis notiora sunt, ad singularia procedendum esse». Sulla discussione metodologica e sull'influsso sul metodo umanistico in Germania della Scuola di Melantone, dell'Averroismo, della Scolastica e del Ramismo, Schröder, *Die ersten juristischen 'Systematiker*, pp. 111-150; Schröder J., *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode von Humanismus bis zur historischen Schule*, München, Beck, 2001, XV, pp. 327 e ss. e Troje, *Rezension Schröder*, pp. 306-311.

⁶⁷ *Matthaei, Prolegomena*, pp. IX e X; cfr. Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 24.

⁶⁸ Così *Matthaei, Prolegomena*, pp. IX e X; cfr. Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 24. Sul punto, si veda anche Alessi G., *Tra rito e norma. La legalità prima della legge*, in «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico», 36, 2007, Milano, Tomo I, p. 73. L'eccellente *Commentatio* di Von Kress J.P., *Commentatio succinta in Constitutionem Criminalem Caroli V*, Hannover, 1721, evidenzia un approccio induttivo di chiara matrice *matthaeusiana* (Cfr. Von Bar, *Geschichte*, pp. 147-148). Ritroviamo un'influenza metodica di Matthaeus anche nell'opera del maggior criminalista scozzese del secolo XVII, Sir George Mackenzie of Rosehaugh (1636/38-1691), studente dell'Università di Bourges, *Lord Advocates*, fondatore della *Advocates Library*, oggi *National Library of Scotland*. Ribattezzato *Bluidy Mackenzie* (Mackenzie il Sanguinario) a causa delle persecuzioni dei *covenanters* e dell'uso assai frequente della tortura, Mackenzie segnò la storia del pensiero giuridico scozzese con il trattato di diritto criminale *The Laws and Customs of Scotland, in Matters Criminal*, pubblicato la prima volta nel 1678. Su Mackenzie, MacQueen H., *Scottish Legal History Group (Mackenzie Tercentenary)*, in «Journal of Legal History», 1986, vol. 7, pp. 84 e ss. e Cairns J., *John Millar's lectures on Scots Criminal Law*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 1988, vol. 8, pp. 380 e ss. Matthaeus è citato con grande frequenza accanto ad altri grandi nomi della scienza criminalistica italiana, in particolare, Bartolo, Claro, Farinaccio [Mackenzie G., *Works, The Laws and Customs of Scotland, in Matters Criminal*, (1716-1722), The Author's Design, pp. 51-52]. Sull'influenza di Matthaeus nella strutturazione del diritto penale scozzese, è necessaria una nota introduttiva che delinei, seppur sommariamente, i caratteri distintivi della sua tradizione che assunse precisi connotati nel corso dei secoli XVII e XVIII: il primo, è la pregnante componente romanistica; il secondo, la «rilitanza all'adozione di leggi (*statutes*) scritte» (Cadoppi A., A. McCall Smith, *Introduzione allo studio del diritto penale scozzese*, in *Casi, fonti e studi per il diritto penale raccolti da S. Vinciguerra*, Serie III, Padova, 1987, p. 13); il terzo, la «tradizione morale» scozzese, così forte da rendere scarsamente individuabile la linea di confine tra diritto (penale) e morale; il quarto, la notevolissima influenza dei giuristi definiti scrittori istituzionali; il quinto, la mitezza del diritto criminale sostanziale e processuale scozzese nei confronti dei sistemi strutturatisi nelle regioni limitrofe; il sesto, la relativa flessibilità che si «presta[va], anche *contra reum*, a reperire *ex novo* condotte socialmente riprovevoli e mai sanzionate dalla legge prima della commissione del fatto»; il settimo, la presenza presso l'Università di Utrecht di una cospicua colonia di studenti scozzesi (sul punto Cairns J.W., *Legal study in Utrecht in the late 1740s: the*

Nel procedimento testé illustrato, la considerazione per la filosofia e per le riflessioni indipendenti travolgono definitivamente il metodo tradizionale del richiamo agli scritti giuridici veri e propri, in forme così evidenti che nel *De Criminibus* sembra alitare il primo soffio delle correnti razionaliste settecentesche: uomo libero in senso moderno Matthaeus, «nell'ambito della ricerca e della conoscenza, già non riconosce altra autorità al di fuori della propria ragione e verità». ⁶⁹ «Lodate chi volete: a noi non sembra che possa affidarsi al caso ciò che deve essere risolto con la ragione». ⁷⁰

L'ossequio della maggior parte dei giuristi contemporanei alla Tradizione o allo *Ius divinum* lascia il posto alla conoscenza diretta e all'argomentazione razionale: ⁷¹ dall'analisi testuale emerge chiaramente come il criminalista, pur partendo dal contesto normativo romano giustiniano, utilizzi le fonti giuridiche ed extra-giuridiche rinvenute come strumento per corroborare la propria *opinio*.

Si critica spesso a Matthaeus un'eccessiva aderenza ai testi antichi. In realtà, se è pur vero che egli inizia le proprie speculazioni partendo dal dettato giustiniano (e, invero, anche dallo *Ius divinum*), che quando i precetti romani non sono equivoci nell'enunciazione dei principi passa immediatamente all'esposizione degli argomenti a favore ed espone la propria tesi, che critica la dottrina quando si allontana dal riferimento normativo, ⁷² è altrettanto vero che è consapevole del fatto che «non

education of Sir David Dalrymple, Lord Hailes, pp. 32 e ss.); l'ottavo e ultimo, l'incontestabile influsso della scienza giuridica olandese in Scozia. Tutti questi fattori devono essere letti come un *unicum*: il diritto romano contribuì alla strutturazione del diritto criminale scozzese come legge non scritta grazie al radicamento nelle convinzioni morali della società. L'evoluzione di un diritto non scritto, del resto, poteva poggiarsi oltre che sui precedenti delle corti anche sulle *opiniones* dei giuristi più autorevoli e, considerando la componente politica di rifiuto di qualsivoglia influenza inglese e la situazione giuridica dell'Europa continentale, l'attenzione dei criminalisti scozzesi non poteva che rivolgersi ai colleghi d'oltre Manica. Questa scelta autonomistica rispetto al modello della *English law* mantenne la propria vitalità anche dopo la perdita dell'indipendenza politica e l'unione dei territori scozzesi ai domini britannici avvenuta nel 1707 (Sul punto, Cadoppi, McCall Smith, *Introduzione*, pp. 10 e 15).

⁶⁹ *Matthaei, Prolegomena*, p. IX, a cui la traduzione si riferisce; cfr. Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 24 e Raat, *Divine Law*, pp. 29 e 30. Analogamente in *Prolegomena* 3.3.: «I principi della ragione naturale ci impongono [...]» (*Matthaei, Prolegomena*, p. 87, a cui la traduzione si riferisce).

⁷⁰ *Matthaei, Prolegomena*, p. 46.

⁷¹ Il paragone con le costruzioni teocratiche di numerosi esponenti della *Barockjurisprudenz* è paradigmatico. Tralasciando una critica alle idee espresse da Schlüter sulla sistematica adottata da Carpzov, si rinvia a Würtenberg, *Das System der Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafgesetzgebung seit 1532*, Strafrechtliche Ab., 1933, Newdruck, 1973; Von Weber, *Dekalog als Grundlage der Verbrechenssystematik*, e Oehler D., *Wandel und Wert der strafrechtlichen Legalordnung*, che evidenziano come la *Practica nova* sia strutturata in parte sulle sistematiche del *Digesto* ed in altre su quelle del Decalogo (soprattutto per quanto concerne i crimini religiosi). La *Practica* è suddivisa in cinquanta *quaestiones* a loro volta partite in tre sezioni: la prima è dedicata ai reati contro la religione. Von Weber, *Dekalog als Grundlage der Verbrechenssystematik*, pp. 57 e ss., e prima di lui Würtenberger, *Das System des Rechts*, p. 118, vollero vedere nella sistematica di Carpzov un metodo stilistico tipico della giurisprudenza barocca al cui vertice «stava come delitto più grave il crimine di lesa maestà divina, attorno al quale si disponevano in ordine decrescente per gravità i reati più gravi fino ad arrivare a quelli meno gravi». Ancora più complesso è il tentativo di spiegazione di Oehler, che, nella costruzione della prima parte della piramide della *Practica* colloca tre principi: l'anteposizione dell'omicidio agli altri crimini sulla base di ragioni pratiche, l'utilizzo del *Dekalog* come sfondo del sistema, l'individuazione dei crimini religiosi come culmine della piramide e riferimento per ogni altro crimine (Cfr. Oehler, *Wandel und Wert der strafrechtlichen Legalordnung*, p. 78).

⁷² DC *Prolegomena* 4.11.

omnia de libris Justiniani desumi possunt» e che, qualora i *principia* giustinianeî sono in contrasto con la sua *opinio*, non esita a contraddirli.⁷³

2.2. La struttura

A partire dal XVI secolo il processo di ‘scientizzazione’ della dottrina criminalistica fu la scintilla che innescò il transito dal diritto criminale tardo comune a quello razionale moderno, in un contesto politico-culturale assai complesso e fecondo nel quale le correnti dell’umanesimo giuridico, l’assolutismo monarchico e la Riforma protestante concorsero a vario titolo all’affrancazione della scienza penale da quella moral-teologica,⁷⁴ alla separazione teorica del diritto sostanziale da quello processuale,⁷⁵ alla conseguente emersione dei *generalia delictorum*.⁷⁶

Il *De Criminibus* può considerarsi l’opera nella quale il processo di *divisio* fra diritto sostanziale e diritto processuale e fra *generalia* e *specialia delictorum* è pressoché compiuto e nella quale la priorità logica dei *generalia* rispetto alle altre

⁷³ Si vedano DC *Prolegomena* 1.13, dove in argomento *scelus jubere* l’autore confuta i principi «Non videtur dolo male facere, qui parere necesse habet» (D. 50.17.167.1) e «Eius culpa nulla, cui parere necesse est» (D. 50.17.169) ricorrendo alle parole di Aristotele, Appiano, Gellio e Tacito o DC *Prolegomena* 3.4. e DC 48.21, dove, contro l’esplicito riferimento al diritto romano, prevede la responsabilità e quindi la punibilità di ogni tipo di suicidio tentato, senza distinguere fra quelli prodotti da *animus fraudulentus* e quelli conseguenza di «tedio della vita e consimili cause» (cfr. *infra*, Cap. III, par. II. 6).

⁷⁴ In argomento, Pifferi, *Generalia*, pp. 285 e ss., in particolare pp. 292-293; Prodi P., *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, 2000, pp. 155 e ss. Sul ruolo del *Princeps*, Härter K., *Von der «Entstehung des öffentlichen Strafrechts» zur «Fabrication des Verbrechens». Neuere Forschungen zur Entwicklung von Kriminalität und Straffjustiz im frühneuzeitlichen Europa*, in «Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck Instituts für europäische Rechtsgechichte», 2002, I, in particolare pp. 164-174; Dezza, *Sistematica processuale*, p. 157; Martinage, *La dottrina penale in Europa nel XVI secolo*, p. 84; Sbriccoli, *Lex Delictum facit*, p. 91. Con riferimento ai Paesi Bassi, si veda Rousseaux X., *Kriminalitätsgeschichte in Belgien, den Niederlanden und Luxemburg (14. bis 18. Jahrhundert)*, in *Kriminalitätsgeschichte. Beiträge zur Sozial und Kulturgeschichte der Vormoderne*, hrsg. Blauert A. und G. Schmerhoff, Konstanz, 1999, in particolare pp. 121-159.

⁷⁵ Sulla separazione teorica del diritto sostanziale da quello processuale si vedano in particolare Alessi, *Processo penale (diritto intermedio)*, pp. 381-382; Pifferi, *Generalia*, pp. 109 e ss.; Paliero, *La fabbrica del Golem*, pp. 471-472. Sull’emersione dei *generalia* Martinage, *La dottrina penale in Europa nel XVI secolo*, p. 84; Pifferi, *Tiberio Deciani e le origini della ‘parte generale’*, p. 191; Sbriccoli, *Lex Delictum facit*, p. 91 e Pifferi, *Generalia*, pp. 116 e ss.

⁷⁶ Non si dimentichi, tuttavia, il ruolo svolto dalle opere di grandi criminalisti pratici come Bossi, Marsilii, Bianchi o Claro che, distillando diritto dall’analisi delle questioni pratiche, faranno affiorare taluni principi, a volte dotati persino di una certa astrattezza, grazie ai quali i grandi ‘dogmatici’ dei secoli XVI e XVII trarranno *definitiones* che sono patrimonio dell’intera umanità (sul punto si veda Sbriccoli, *Lex delictum facit*, p. 106). Sullo spirito sistematico di Claro si segnalano Massetto, *I reati nell’opera di Giulio Claro*, p. 62 e p. 62, nota 3; Mereu, *Storia del diritto penale*, p. 80 e Schaffstein, *Die europäische Strafrechtswissenschaft*, pp. 44-45. Su Egidio Bossi, Dezza, *Lezioni*, pp. 18-29 e di Renzo Villata M.G., *Egidio Bossi. Un grande criminalista Milanese*, in *Ius Mediolani. Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano, 1996, pp. 365 e ss. L’autrice ricorda, inoltre, che l’autore non si sia limitato, come Claro, a disporre la ‘parte speciale’ «secondo il mero ordine alfabetico dei nomi dei delitti», ma «fondandosi, almeno in parte, sulla gravità delle fattispecie criminose e individuando talora elementi di collegamento tra l’una e l’altra figura, sia riusc[ito] ad offrire un assetto in complesso abbastanza armonico, pure con carenze evidenti sul finire della rassegna» (Villata, *Egidio Bossi*, pp. 472-473).

parti dell'opera è evidente e strumentale alla costruzione di un modello strutturale pronto da essere consegnato a razionalisti e illuministi.⁷⁷

Il *De Criminibus*, formalmente un Commentario ai libri XLVII e XLVIII del *Digesto*, all'interno dei singoli titoli riordina il materiale in capitoli che talora poco hanno a che fare con il testo giustiniano,⁷⁸ adottando una struttura sistemica tripar-

⁷⁷ Stolleis, *Juristen. Ein biographisches Lexicon*, p. 414. Nello stesso senso Schaffstein, *Studien*, p. 55; Kelk C., *Studiëboeck materieel strafrecht*, Deventer, 2005, pp. 17-18; Buchinger W., H.W. Lang, K. Mittendorfer, K. Kloth, *Handbuch der historischen Buchbestände in Österreich*, Georg Olms Verlag, Vienna, 1994, p. 479: «In Utrecht war Antonius Matthaeus II, der eine neue Rechtssprache und ein neues Fundamente für die Strafrechtswissenschaft schuf»; Pifferi, *Generalia*, p. 124, nota 56: «L'olandese Anton Matthaeus 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 fra 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 parte generale». L'apporto creativo di Matthaeus è manifesto già a partire dal tardo *Usus modernus* (Schmidt, *Einführung*, p. 160): il sistema del *De Criminibus* è letteralmente 'preso a prestito' da Adam Struve nella costruzione delle sue *Dissertationes criminales* – ai fini del presente lavoro consultate nell'edizione Struve G.A., *Dissertationes criminales*, Leipzig, 1671 – un tentativo di approccio sistematico ma alquanto lacunoso del diritto criminale, che mostra già nella struttura e nell'intitolazione dei capitoli una stretta aderenza all'opera capitale dell'olandese, almeno fino al loro titolo XIII. Il settore delle *Dissertationes* nel quale le teorie del nostro autore trovano maggiore spazio è quello dedicato al diritto penale sostanziale, in particolare il capitolo *De delictis in genere*, che cita numerose volte i *Prolegomena*. L'aderenza sistematica, però, non è sostenuta da una conformità dei contenuti per i quali Struve spesso si allontana quando Matthaeus 'imbocca una via opposta' a quella della criminalistica comune. Su Struve, Stintzing-Landsberg, *Geschichte*, II, pp. 146-164. Anche il *Commentarius in constitutiones criminales Caroli V* (1685) di Daniel Clasen è aperto da una parte introduttiva, intitolata giustappunto *Prolegomena*, che ricalca nella forma, se non nella sostanza, l'*Allgemeiner Teil* del *De Criminibus*. Mostra evidentissime similarità anche Mackenzie, *Works, The Laws and Customs of Scotland, in Matters Criminal*. L'opera, tuttavia, nella quale l'aderenza sistematica al commentario ai *Libri terribiles* è maggiormente evidente sono gli *Elementa iurisprudentiae criminalis* di J.S.F. Böhmer (edite nel 1732 e ivi consultate nell'edizione di Halle del 1749) un lavoro che aprì una nuova fase, quella razionalistica, della storia del diritto criminale in Germania (Schmidt, *Einführung*, pp. 152 e ss.), un'età nella quale Matthaeus, se vogliamo prestare ascolto alle stesse parole di Böhmer, «fa la parte del leone»: a sentire il giurista tedesco, infatti, Matthaeus, a differenza di altri criminalisti che avevano prodotto unicamente *quaestiones, observationes* o altri lavori ancora frammentari e fortemente casistici, era stato in grado di dogmatizzare numerosi istituti del diritto criminale e, soprattutto, sistematizzare al massimo grado il processo criminale (Böhmer, *Observationes selectae ad Carpozvii Criminalia*, p. 5). L'analisi in parallelo della struttura degli *Elementa* e del *De Criminibus* è, sul punto, paradigmatica: la prima, infatti, è suddivisa in due sezioni, dedicate rispettivamente al diritto sostanziale e a quello processuale, le quali vengono aperte da introduzioni che si poggiano sulla sistematica della seconda; addirittura, troviamo una corrispondenza nella localizzazione dell'impianto sanzionatorio di tentativo e concorso nel settore introduttivo, mentre le pene in generale e le sanzioni dei singoli delitti vengono disciplinati in un apposito capitolo ubicato nella parte dell'opera consacrata al processo. Schlüter affronta un parallelo in tema di sistematica fra Matthaeus e l'altro grandissimo criminalista dei suoi tempi, Carpozov, sottolineando come il pratico sassone nella sua *Practica nova imperialis saxonica* avesse «seguito una sistematica che si limita[va] alla trattazione delle singole fattispecie criminosi senza individuare un qualche collegamento fra i vari crimini e senza che fosse possibile individuare un qualche concetto unitario nel quale si articola[ss]e la materia» (cfr. Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, pp. 20-21). «Il Carpozov inizia con la trattazione degli omicidi, soltanto perchè li ritiene i reati più gravi, senza però rendersi conto che proprio le varie fattispecie dell'omicidio costituiscono un momento essenziale per sviluppare e trattare gli elementi fondamentali del diritto penale. Non si rintraccia in questo autore la chiara conoscenza del significato della sistematica e della possibilità di una parte generale del diritto penale» (Matthaei, *Prolegomena*, p. VI; cfr. Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 21). Sulla piramide carpozoviana, cfr., *supra*, p. 38, nota 67.

⁷⁸ Così Cordero, *Criminalia*, p. 504. Il commento al Libro XLVII è suddiviso in XVI titoli, contro i XXIII del *Digesto*, nella maggior parte dei casi con nuove intitolazioni indipendenti rispetto alla normativa

tita: i *Prolegomena* (una sorta di parte generale *ante litteram* anteposta al vero e proprio commentario dei *libri terribiles*), una trattazione «teorica e al contempo sistematica [che], procedendo dall'analisi del concetto e dai caratteri del delitto, [...] arriva alla classificazione dei crimini medesimi»;⁷⁹ il commento al Libro XLVII che analizza i singoli reati dal punto di vista concettuale e sanzionatorio nella cornice sia del diritto romano-comune che in quello statutorio; il commento al Libro XLVIII,⁸⁰ consacrato al recupero del modulo accusatorio romano-classico, che prevede un'interessante appendice dedicata all'*interpretatio* integrativa degli *usus fori ultrajectini*, tipicamente inquisitori.

Nei *Prolegomena*, partiti in quattro capitoli suddivisi a loro volta in paragrafi,⁸¹ Matthaeus individua quattro categorie – il concetto e i presupposti del *crimen*, i soggetti attivi, i soggetti passivi e la classificazione dei reati – all'interno delle quali vengono sviluppati i maggiori istituti della teoria generale del diritto penale.⁸²

Ragionando in termini di moderna parte generale, i *Prolegomena* evidenzerebbero due lacune: la teoria generale della pena, lasciata alle pagine processuali,⁸³ e il concorso di norme, analizzato nel *Continens praetermissa*, il capitolo di chiusura al commento del Libro XLVIII; venticinque paragrafi fondamentali per una lettura sistematica dell'opera e per la conoscenza del diritto penale vigente nelle Province Unite nel XVII secolo.⁸⁴

giustiniana (*de furtis, vi bonorum raptorum, de damno injuria dato, de iniuriis et famosis libellis, de extraordinariis criminibus, de sepulchro violato, de concussione, de abigeis, de praevaricatione, de receptatoribus, de furibus balnearibus, expilatae hereditatis, stellionatus, de terminu moto, de colegiis illicitis et corporibus, de reliquis criminibus extraordinariis*); quello al Libro XLVIII in XX titoli, contro i XXIII del Digesto (*de Publicis judiciis, de accusationibus, de custodia et exhibitione reorum, ad legem Juliam de adulteriis, stupris, incestu et Venere prodigiosa, ad legem Juliam Majestatis, ad legem Juliam de vi publica et privata, ad legem Corneliam de sicariis, veneficis, et incendiariis, ad legem Pompeiam de parricidis, ad legem Corneliam de falsis, ad legem Juliam repetundarum, ad legem Juliam de peculatu, sacrilegiis et residuis, ad legem Juliam de ambitu, ad legem Fabiam de plagariis, de quaestionibus et confessione reorum, de poenis, de sententia et eius executione, de probationibus criminum, quibus modis aut crimen aut accusatio extinguitur, de inquisitione*). I titoli dall'1 al 12 al Libro XLVIII analizzano le materie trattate dal Digesto ai nn. 1 e 4-15, mentre i titoli giustiniane 2,3, 16-23 vengono trasposti da Matthaeus nei titoli dal 13 al 20, individuando anche titoli indipendenti rispetto alla numerazione corrispondente: mi riferisco al titolo XV, *de probationibus criminum*, e ai titoli dal XVII al XX, *de sententia et ejus executione, de poenis, quibus modis aut crimen aut accusatio extinguitur, de inquisitione* (così Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 22 e *Matthaei, Prolegomena*, p. VIII, nota 16). Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, pp. 105-106, raffigura un interessante parallelo fra i due *Libri terribiles* come sistematizzati nella compilazione giustiniana e nel *De Criminibus*.

⁷⁹ Così Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, pp. 20-21; cfr., *Matthaei, Prolegomena*, p. VII.

⁸⁰ Alla dottrina del diritto penale generale segue, quindi, l'analisi dei singoli crimini sulla base della loro definizione, della loro punizione, «delle loro forme particolari e infine secondo il carattere loro attribuito dalla legislazione particolare, costituita dagli Statuti e dalle consuetudini dei Paesi Bassi e particolarmente di Utrecht» (*Matthaei, Prolegomena*, p. VIII; cfr. Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 21).

⁸¹ Capitolo I: Nozione e caratteristiche del reato. Capitolo II: I soggetti attivi del reato. Capitolo III: I soggetti passivi del reato. Capitolo IV: La classificazione dei reati.

⁸² Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 22; cfr. *Matthaei, Prolegomena*, p. VII.

⁸³ DC, titolo XVIII del libro XLVIII «De Poenis. Quid poena et quae species».

⁸⁴ Su questo aspetto si rinvia a un prossimo contributo dedicato all'analisi degli *usus fori ultrajectini*.

2.3. Le fonti

Il sistema giuridico dell'Olanda della prima metà del XVII secolo è composto da fonti di differente natura.⁸⁵ la *Constitutio Criminalis Carolina* del 1532 (ampiamente utilizzata nella prassi anche se mai entrata in vigore nei territori olandesi),⁸⁶ le Ordinanze filippine del 5 e 9 luglio 1570, la massiccia raccolta degli Atti degli Stati Generali delle Province Olandesi, *Groot Placaat Boeck*, ordinata dall'Imperatore Carlo V nel 1540, le *Instructie van den Hove van Holland* (Istruzioni della Provincia d'Olanda) del 21 dicembre 1579, lo *ius municipale* raccolto negli Statuti della città di Utrecht del 1550,⁸⁷ le sentenze dell'Alta Corte d'Olanda, *Hooge Raad van Holland*, dell'Alta Corte di Mechlin (Malines), *Hooge Raad van Mechlin*,⁸⁸ del Tri-

⁸⁵ Sulle fonti del diritto nell'Olanda del XVII secolo si rinvia a Van Leeuwen's, *Commentaries*, appendix to vol. I, pp. 459 e ss.

⁸⁶ Sulla *Constitutio Criminalis Carolina*, nota anche semplicemente come *Carolina* o secondo il 'costume germanico' CCC, dall'intitolazione latina del testo, o PGO, da quella tedesca, si vedano le edizioni critiche di Zoepfl H., *Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V nebst der Bamberger und Brandenburger Halsgerichtsordnung*, Leipzig, 1876 (prima edizione 1842); Radbruch G., *Die peinliche Gerichtsordnung Karls V von 1532*, Stuttgart, 1967; Kohler J., W. Scheel, F.C. Schroeder, J.H. Langbein, W. Trusen, *Strafprozess und Rezeption. Zu den Entwicklungen in Spätmittelalter und den Grundlagen der Carolina*, in «Strafrecht, Strafprozess und Rezeption. Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina», hrsg. von Landau P. und F.C. Schroeder, Frankfurt am Main, 1984 [Juristische Abhandlungen, XIX], pp. 29-118; Kleinheyer G., *Tradition und Reform in der Constitutio Criminalis Carolina*, in «Strafrecht, Strafprozess und Rezeption. Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina», Herausgeben von Landau P. und F.C. Schroeder, Frankfurt am Main, 1984 [Juristische Abhandlungen, XIX]; Dezza E., «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, pp. 2 e ss. e Dezza, *Lezioni*, pp. 39-56, dove vengono analizzati in forma comparativa particolarmente il modello inquisitorio francese e quello tedesco, con attenzione ad alcuni interventi di consolidamento normativo in altre regioni d'Europa, particolarmente in Italia. Altri studi comparativi in Maes L.T., *Die drei grossen europäischen Strafgesetzbücher der 16. Jahrhunderts. Eine vergleichende Studie*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte», Germanistische Abteilung, XCIV, 1977, che accanto al modello francese e tedesco presta attenzione a quello dei Paesi Bassi olandesi, in Langbein J.H., *Prosecuting Crime in the Renaissance. England, Germany, France*, Cambridge, 1974, che analizza il processo inquisitorio francese, inglese e tedesco, e in Sbriccoli M., *La benda della giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna*, in *Ordo iuris. Storie e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, 2003, pp. 81-88, con riferimento sia alla *Carolina* che alla *Bambergensis*. Sul rapporto fra arbitrio giudiziario e prerogativa regia si veda anche Alessi, *Tra rito e norma*, pp. 55 e ss.

⁸⁷ *Costumen, usantien, polltien ende stijl van procederen der stadt ende vrijheyt van Utrecht gheapprobeert ende ghedecreteert by de K. M. Onsen alre ghenadischste heeren als erfheere der stadt. Steden ende lande van Utrecht, cum gratia et privilegio*, Utrecht, 1550. Agli Statuti della città di Utrecht del 14 aprile 1659, dedicherà un'opera di commento uno dei più noti allievi di Matthaeus, Abraham a Wesel (1635-1680), il *Commentarius ad Novellas Constitutiones Ultrajectinas, Multarum Litium dirimendam causa, XIV Aprilis, M.DC.LIX. promulgatas*, Amstelodami, 1661 (Wessels J.W., *History of the Roman-dutch Law*, New Introduction by Hoefflich M.H., New Jersey, 2005, p. 316).

⁸⁸ La politica di centralizzazione giudiziaria della Regione inaugurata sotto il governo di Filippo il Buono (1419-1467), che nel 1428 aveva istituito una corte suprema presso le Hague, portò alla creazione di una struttura giurisdizionale nella quale «al di sopra di una serie di corti centrali con competenze d'appello, collocate ciascuna in ogni provincia, v[en]ne creato come Tribunale Supremo, il Gran Consiglio di Malines (1474) (*Hoge raad van Mechlin*), che per almeno due secoli te[n]ne un posto illustre nella mappa geografica dei 'grandi tribunali' europei» (Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, pp. 430-431). John Gilissen, nell'Introduzione al *Colloquium* per la Commemorazione dei cinque secoli dalla sua fondazione (*Consilium Magnum. 1473-1973*, Bruxelles, 1977), ritiene che il Duca di Borgogna non abbia dato vita a una nuova istituzione: «Le Parlement de Malines est en effet issu du Grand Conseil, qui s'était détaché lui-même du Conseil de Philippe le Bon vers le 1440. Le Grand Conseil était déjà la plus haute

bunale cittadino, *Vroedschap*, di Utrecht e le *opiniones* dei maggiori criminalisti europei, da Gandino a Bartolo, da Claro a Grozio. Se Matthaeus avesse ragionato come i giuristi a lui coevi (non solo olandesi) avrebbe attinto da tutte queste fonti: Grozio,⁸⁹ Hüber,⁹⁰ Voet,⁹¹ Van Leeuwen,⁹² fanno riferimento sia alle ordinanze di Filippo II, sia alla *Carolina*, sia al *Placcaat Boeck*, sia alle Istruzioni provinciali, sia alle normative cittadine, sia alla miglior criminalistica europea ma, soprattutto, iniziano a fondare i propri ragionamenti sulle sentenze delle Alte corti di Malines e d'Olanda (addirittura, sui provvedimenti dei più prestigiosi tribunali cittadini) cui attribuiscono, ormai, *vis legis*.⁹³

Matthaeus non lo fa, anzi:⁹⁴ da 'buon pedagogo' utilizza fonti differenti nel settore dedicato alla prassi forense cittadina, rispetto a quelle di cui si serve per il commento vero e proprio ai *Libri Terribiles*. L'analisi dell'*ordo iudiciarius ultrajectinus* è condotta sulle basi di fonti 'positive' – nell'accezione del termine per un giurista del XVII secolo – di due categorie, normative e dottrinali: nella prima, una posizione di assoluta preminenza è occupata dagli Statuti della città di Utrecht, attorno alle cui disposizioni l'autore costruisce un complesso commento integrativo sulla base del diritto romano e di quello naturale. Completano il quadro dello *ius patrium* le Istruzioni criminali della Provincia d'Olanda,⁹⁵ utilizzate due volte, il *Placaa Boek*, citato una sola volta a titolo esemplificativo, così come la *Constitutio Criminalis Carolina*, richiamata per risolvere una questione marginale. Mancano dall'elenco le *Criminalordnungen* di Filippo II, nonostante la loro vigenza nelle terre dei Paesi Bassi sia attestata sino al 1797 e nonostante il loro impianto presenti una notevole razionalizzazione e mitigazione del modello inquisitorio strutturatosi nella prassi.⁹⁶

jurisdiction de l'Etat bourguignon, mais il n'avait encore de siège fixe, et l'on pouvait appeler de ses décisions au Parlement de Paris dans les causes originaires de Flandre et d'Artois».

⁸⁹ Qui consultato nella traduzione inglese Groot U., *The Jurisprudence of Holland (Inleiding)*, transl. by Lee R.W., 1926 (vol. I), 1953 (vol. II).

⁹⁰ Qui consultato nella traduzione inglese Huber U., *Heedensdaegse Rechtsgeleertheit soo elders als in Friesland gebruijck (1686-1786)*, *The Jurisprudence of my time*, transl. from the fifth ed. by Gail P., Cape Town, 1939.

⁹¹ Qui consultato in Voet J., *Commentarius ad Pandectas. In quo praeter Romani Juris Principia ac controversias Illustriores, Jus etiam Hodiernum & Praecipue fori Quaestiones Excucuntur. Juxta Exemplarum Hugae Comitum*, La Haye, 1735. L'opera è stata edita la prima volta fra il 1698 e il 1704.

⁹² Qui consultato nella seconda edizione inglese Van Leeuwen's, *Commentaries*.

⁹³ Sulle posizioni dei vari *doctores* circa la valenza delle decisioni dei tribunali supremi Massetto G.P., voce *Sentenza (dir. interm)*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XLI, Milano, 1989, pp. 1212 e ss.

⁹⁴ Alessi, *Prova legale e pena*, p. 106: «[...] in Anton Matthes [...] il ricorso all'autorità dei grandi tribunali non appare più fra le soluzioni valide e privilegiate cui il giurista si affida». L'autrice nota come, a partire dalla fine del XVI secolo, numerosi impianti dottrinali iniziarono ad utilizzare «l'autorità dei grandi tribunali, la loro sempre maggiore importanza nella funzione di mediazione dei contrasti di interesse, la loro capacità di attribuirsi e di esplicitare in nome proprio, nelle pieghe degli ordinamenti giuridici [...]» (così Alessi, *Prova legale e pena*, pp. 103-105, dove si menzionano le *Receptae Sententiae* di Giulio Claro e, nell'inquadramento delle opere dell'area dei Paesi Bassi, si indica il contributo di Nauwelaers J., *Histoire des avocats au souverain Conseil de Brabant*, Bruxelles, 1947).

⁹⁵ *Instructie van den Hove van Holland*, Amstelodami, 1612.

⁹⁶ Sulle ordinanze del Duca d'Alba si vedano Van der Leeuwen S., *Manier van procederen in civile en criminale saaken. Begrepen in de aantekenigen op het Edict, ende Ordonnantie van konig Philips op de criminele justitie, ende manier van procederen in criminele saaken van den jare 1570*, Leida, 1666 e Luzac E., *De modo extra ordinem procedendi in causis criminalibus (1759)*; Maes, *Die drei grossen europäischen Strafgesetzbücher*, p. 211, nota 32. Sull'opposizione alle ordinanze criminali del Duca d'Alba e sui loro contenuti vedi Alessi G., *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari, 2001, pp. 67-

68. L'ordinanza del 5 luglio, una sorta di parte generale del diritto penale composta di 81 articoli (cfr. Schmidt, *Sinn und Bedeutung der Constitutio Criminalis Carolina*, pp. 239-259), si apriva con una introduzione nella quale venivano palesati gli intenti del legislatore: «Per pace e quiete pubblica è necessario organizzare una buona ed equa amministrazione della giustizia, cosa realizzabile attraverso la nomina di bravi giudici e la realizzazione di una legge buona e equa» (cfr. Maes, *Die drei grossen europäischen Strafgesetzbücher*, p. 211). La *Strafrechtsverordnung* del 9 luglio, una sistematica riforma dello stile processuale composta di 71 articoli, invece, esordiva recitando: «[per conseguire] un miglior esercizio dell'attività giudicante, l'abbreviazione dei processi e la quiete per tutti i sudditi. Noi abbiamo abolito o aboliremo i costumi, le consuetudini, la prassi, i privilegi, gli statuti e le ordinanze particolari delle province, distretti, città o luoghi che l'un l'altro si contrappongono». Un bel passo avanti rispetto alla *salvatorische Klausel* che torreggiava dal preambolo alla *Carolina* (sulla *salvatorische Klausel* si vedano, in particolare, Schmidt, *Inquisitionsprozess*, p. 131 e Dezza, *Lezioni*, p. 43); del resto, Filippo II agiva da sovrano assoluto e col pugno di ferro nei territori del multiforme Regno più restii per tradizione politico-giuridica ad accettare la sua autorità. L'ordinanza, introduceva regole assai rigorose relativamente ai doveri del giudice e allo svolgimento della pubblica funzione, regole integrate dall'art. 39 della *Criminalordnung* del 5 luglio che imponeva loro visite di controllo delle carceri a cadenza mensile, poiché queste strutture non avevano lo scopo «di punire i colpevoli ma di tenerli in custodia» (Beccaria C., *Dei delitti e delle pene. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*. A cura di Venturi F., Torino, 1965, par. 23). Oltre a ciò, la *Verordnung* stabiliva che un individuo potesse essere arrestato solo dietro provvedimento del magistrato, ad eccezione del caso di flagranza di reato che consentiva l'arresto immediato: in entrambe i casi l'imputato doveva essere sentito dall'autorità giudiziaria entro ventiquattr'ore o al più tardi entro tre giorni dal fermo (cfr. Maes, *Die drei grossen europäischen Strafgesetzbücher*, p. 212). L'*Instruktionsmaxim* imponeva al magistrato di dar dimostrazione completa dei fatti, privilegiando l'istituto della confessione per la prova della colpevolezza, confessione che doveva essere provocata prima con l'interrogatorio e poi, solo quando questo si fosse dimostrato inefficace o insufficiente, con l'ausilio della tortura. La disciplina della tortura e in generale dello strumentario di prova era simile a quella della *Carolina*; in particolare l'art. 42 dell'ordinanza del 9 luglio consentiva che l'impiego della tortura fosse lasciato alla libera valutazione del magistrato in casi espressamente determinati e solo qualora, altrimenti, non si fosse riusciti a giungere alla pronuncia della sentenza. La prova dei fatti poteva essere diretta, quando la verifica era possibile grazie alle risultanze dell'attività inquirente o a seguito dell'esame testimoniale o documentale, o indiretta, nei restanti casi. In quest'ultima ipotesi, qualora non fosse possibile arrivare alla *plena probatio* e la legge, al contrario, la richiedesse – come nei casi di reato sanzionato con la pena capitale – l'imputato avrebbe dovuto essere rimesso in libertà (cfr. Maes, *Die drei grossen europäischen Strafgesetzbücher*, p. 212). Tutta la riforma si presenta come razionalizzazione e mitigazione dell'impianto inquisitorio già strutturatosi nella prassi, grazie all'eliminazione dell'arresto arbitrario, allo snellimento e alla velocizzazione della procedura che avrebbe dovuto essere esaurita nell'arco di due anni dall'arresto, all'introduzione del principio di proporzione fra pena e reato (cfr. Maes, *Die drei grossen europäischen Strafgesetzbücher*, p. 212). Così come la *Carolina*, la *Criminalordnung* filippina attribuisce un ruolo centrale alla scrittura nella documentazione di qualsivoglia fase del procedimento (artt. 8, 22, 27 e 34 *Criminalordnung* del 9 luglio 1570), al ricorso a personale esperto nel campo del diritto (art. 38 CO del 9 luglio 1570), ma subalterno al giudice (cfr. Maes, *Die drei grossen europäischen Strafgesetzbücher*, p. 215) e all'appello (cfr. Wedenkind W., *Wielant et Damhoudere et l'appel en matière criminelle. L'adage confessus non appellat*, in «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», XLIV, 1976, pp. 153-158). Per quanto riguarda la difesa tecnica, l'ordinanza del 9 luglio non arriva alle posizioni *latu sensu* garantiste espresse dagli artt. 88, 89 e 90 della CCC (che stabiliscono che questa non possa essere rifiutata all'accusato in nessuna delle fasi del procedimento), prevedendola nel corso del dibattimento, ma non durante l'interrogatorio (cfr. Esmein A., *Histoire de la justice criminelle au XVI^e siècle*, Gent-Paris, 1868, par. 229, ristampa anastatica Neudruck Aalen, 1970). Il successo della riforma del Duca d'Alba è suffragato dalle numerosissime ed entusiastiche opere scritte in argomento nel corso dei secoli XVII, XVIII e XIX (cfr. Van der Leewen, *Manier van procederen in civile en criminale saaken*, e Luzac, *De modo extra ordinem procedendi in causis criminalibus*), dalla sua effettiva vigenza sino al 1797, nonostante l'indipendenza strappata dalle Province Unite alla Spagna: il Coing considera le *Criminalordnungen* filippine accanto alla *Carolina* un eccellente modello precursore alla Codificazione europea (Coing H., *Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet: Probleme und Aufbau*, in «Ius Commune», I, 1967, pp. 16-17). Non mancano, però, le voci contrarie, come quella del professore di Leida, Voorda B., *De Criminele Ordonnantien van Konig Philips van Spanien*, Lieda, 1792, XV, p. 504, che critica alle *Strafrechtsverordnungen* un linguaggio eccessivamente complesso e

Le fonti dottrinali sono partibili a loro volta in due sottocategorie: giurisprudenza medievale e scienza criminalistica dei secoli XV-XVI e della prima metà del XVII secolo. L'autore dimostra di conoscere a fondo la tradizione medievale: i riferimenti al *Corpus Iuris Civilis* sono numerosi, ma limitati principalmente ai Commentatori, mentre l'influsso della scienza criminalistica, nell'ottica di europeizzazione nei decenni a cavaliere fra la fine del XVI e gli inizi del XVII,⁹⁷ si manifesta in continui richiami e paralleli con giuristi d'ogni parte del continente: Farinaccio, D'Argentrè, Damhouder sono fra i maggiormente citati.

I riferimenti alle *opiniones* dei giuristi della Scuola italiana, come la chiamano i tedeschi, o dei criminalisti cinque-secenteschi non è fatto, però, in maniera acritica – anche se *in re dubita* l'autore «cred[e] prudente [...] rest[are] fedel[i] alla scuola comune» –⁹⁸ ma serve come strumento di analisi della fattispecie esaminanda, quasi sempre in connessione o correlazione con le norme territoriali o con le fonti del diritto romano eventualmente richiamate ad integrazione. Tra le fonti dottrinali non è ricompresa la componente culta, che la 'fa da padrona' nel settore del Commentario dedicato all'*accusatio*, e non è un caso. L'*ordo iudiciarius ultrajectinus*, conformemente alle tendenze dei tempi, è strutturato sulla base proprio di quei principi ai quali gli umanisti si erano opposti, contrapponendovi costruzioni fondate sul recupero del diritto romano. Per la stessa ragione, le fonti extra giurisprudenziali che contribuiscono, con una certa pregnanza, alla costruzione del diritto e del processo criminale elaborato nel *De Criminibus*, spariscono. Il Matthaëus che analizza il diritto municipale non si serve né di *auctoritates* teologico-filosofiche né di precedenti giudiziali: le uniche fonti che utilizza, in una personale concezione di Stato territoriale, di ordinamento giuridico e di diritto, sono quelle che nel sistema vigente posseggono lo stesso valore della legge (con esclusione, coerente, delle ordinanze dell'odiato Duca d'Alba). A ben guardare, il criminalista assiano pare ragionare, ormai, come un giusrazionalista o, se si vuole azzardare, come un giuspositivista.⁹⁹

Ben più complesso, invece, appare il quadro delle fonti utilizzato nei *Prolegomeni* e nel Commento ai Libri XLVII e XLVIII del *Digesto* che, in linea di massima potrebbero partirsi in sei categorie: le fonti legali romane; la giurisprudenza romana; la dottrina criminalistica 'civilistica' di diritto comune e la 'Scuola Culta'; il diritto divino e le citazioni bibliche; le fonti extra-giuridiche (letterati, storici, teologi e filosofi politici); la normativa locale. Tra le fonti legali romane elemento portante è il diritto racchiuso

tecnico per poter essere compreso dalla maggioranza dei giudici e funzionari di tribunale ed indicazioni circa l'interpretazione delle norme, che più che chiarire, confondono l'interprete. Sulle ordinanze del 'duca di ferro', si veda anche Dezza, «*Pour pourvoir au bien de notre justice*», pp. 26 e ss., dove si sottolinea che «le due *Ordonnantien* si inquadrano nel fallito tentativo di pacificazione della regione, lacerata da profondi contrasti di natura politica e confessionale. Esse aboliscono gran parte dei privilegi locali in materia penale e, grazie anche a taluni contenuti giudicati particolarmente iniqui e vessatori nei confronti della popolazione, finiscono per fornire ulteriori motivazioni al vasto movimento insurrezionale che da anni scuote i Paesi Bassi spagnoli».

⁹⁷ Sull'europeizzazione della scienza criminalistica a cavaliere fra XVI e XVII secolo si vedano in particolare Schaffstein, *Die Europäische Strafrechtswissenschaft*, p. 25 e Martinage, *La dottrina penale in Europa nel XVI secolo*, pp. 85-86.

⁹⁸ DC 48.13.5.16.

⁹⁹ Raat, *Divine Law, Natural Law and Reason*, p. 28.

nei libri XLVII e XLVIII del Digesto, nell'ultimo titolo del quarto libro delle Istituzioni, nell'ultimo libro del Codice, nelle *Novellae* n. 12, 14, 77, 117, 141, 143, nelle disposizioni criminali contenute nel *Codex Theodosianus*.

La giurisprudenza romana è il fulcro del sistema attorno al quale, nella quasi totalità dei casi, si sviluppa ogni concetto o ragionamento: «i nostri autori», li definisce il criminalista tedesco-olandese,¹⁰⁰ e nel *mare magnum* prediletti risultano Ulpiano, Modestino, Papiniano, Paolo, Pomponio, Marciano, Macro.

Le fonti dottrinali medievali e di Antico Regime possono essere a loro volta suddivise in tre sottocategorie: giurisprudenza medievale, 'Scuola culta', scienza criminalistica dei secoli XV-XVI e della prima metà del XVII secolo. Matthaeus dimostra di conoscere a fondo la tradizione medievale: i riferimenti al *Corpus Juris Civilis* sono numerosi, ma limitati principalmente ai Glossatori, in particolare Accursio e Azzone; Baldo e Bartolo apparentemente vengono associati alla 'Scuola della Glossa',¹⁰¹ mentre il diritto canonico e la scienza canonistica vengono naturalmente postposti allo *ius divinum* secondo il lemma caro ai protestanti – «Ius canonicum seu Pontificium divinum non est nec omnia, quae in iure canonico habentur, iuri divinum conveniunt neque etiam Ius istud immediate auctoritatem habet a Deo, ut Codex Biblicus, qui propria et unica Ius Divinum appellatur» – e sempre contestati e pesantemente criticati anche in materie dove la tradizione ne riconosceva la vigenza, come in tema di *privilegium fori* e *delicata mixta fori*,¹⁰² notevole il rilievo, se si pensa che nelle Facoltà di diritto dell'Olanda calvinista l'importanza del diritto canonico rimase assai forte nella vita

¹⁰⁰ DC, *Prolegomena*, 1.1. e 1.5.

¹⁰¹ DC, *Prolegomena*, 1.10., 12.; 1.1.5.; 2.1.; 2.1., 3.; 3.2.5.-7., 4.15.; DC 47.4.3.9.; DC 48. 2.2.21.; 2.3.8.; 2.3.19.; 3.5.8.; 5.3.18.; 8.1.8.; 13.5.14.

¹⁰² In argomento, Schaffstein, *Studien*, p. 28. A differenza di autori cattolici suoi contemporanei come von Frühlingsburg o il gesuita Hauboldt, che per i *delicta mixta fori*, quali blasfemia, sacrilegio, stregonerie e delitti carnali, rinviavano al diritto canonico e alla sua validità anche nella giurisdizione temporale (sul punto, Schaffstein, *Studien*, p. 28 e Schmidt, *Einführung*, p. 132), Matthaeus spesso ne contesta l'applicabilità sia nei *delicta mixta* che in materia di *privilegium fori* (DC 48.13.10, DC 48.13.11, DC 48.13.12). In DC *Prolegomena*, 1.14., contro la statuizione delle *Extravagantes Communes* in tema di *privilegium fori*, si legge: «Poi, invece, quel servo dei servi di Dio non solo ha sottratto alla giurisdizione dei magistrati tutto il gregge dei tonsurati, ma con grande energia ha imposto che ci si avvallesse del *privilegium fori*, eliminando ogni facoltà di rinuncia». Aspra la critica all'indulgenza dei Pontefici Romani e dei canonisti in tema di adulterio in DC, *Prolegomena*, 4.4.: «[...] la verità è che i santissimi Padri furono parecchio indulgenti con quel peccato verso cui si sentivano proclivi»; «Sono tali e tante le infamie che scrivono che, leggendole, ti viene da esclamare con il Poeta: "O Sesto, devo preoccuparmi del tuo ancheggiare?"»; è pure acre la constatazione che il fine dei canonisti pontifici fosse «sempre [quello] di accrescere l'influenza della Chiesa Cattolica» (DC, *Prolegomena*, 4.6.): «Con quanta irrisione per le leggi civili e per i sovrani, i canonisti hanno sottratto i religiosi alla giurisdizione dei magistrati civili: e per di più hanno furbescamente definito di natura mista, oppure previsti sia dalle norme divine che da quelle umane, quei reati di cui non potevano rivendicare l'esclusiva cognizione senza apparire in palese malafede» (DC, *Prolegomena*, 4.6). Per un raffronto circa il rapporto fra giurisdizione civile ed ecclesiastica si vedano anche le teorie espresse da Claro. Così Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, pp. 74-75: «[...] Mere ecclesiastica sono quelli la cui cognizione è riservata esclusivamente ai giudici ecclesiastici, anche nel caso in cui il soggetto agente sia un laico. Rientrano in questa categoria, ad esempio la simonia o l'eresia. [...] L'omicidio e il furto per contro possono collocarsi tra i delitti secolari, in quanto intorno ad essi "si a laicis committantur soli iudices seculares cognoscunt". Comuni o misti si definiscono infine quei delitti per i quali, ove vengano commessi da laici, la cognizione spetta tanto al giudice secolare quanto all'ecclesiastico: l'adulterio, ad esempio, e il concubinato, la sodomia, il sortilegio in particolari casi».

pubblica decadendo soltanto nella seconda metà del Settecento.¹⁰³ Forse, parafrasando Prodi, il Matthaëus ‘razional-protestante’ ragionava come Gerson e, nella sua definizione di gerarchia delle fonti la vera cesura va ricercata tra «diritto naturale-divino e diritto umano, positivo tanto nella gerarchia ecclesiastica che in quella civile».¹⁰⁴

Passando alla componente culta, l’influenza della Scuola francese è evidente non solo dalle frequenti citazioni di Alciato, Doneau, Duaren, Hotmann, Godefroy, Le Comte, Budé, Favre e altri,¹⁰⁵ ma anche dal continuo ricorso a fonti estranee al *Corpus Iuris*, come Harmenopulos, Theophilus o il *Codex Theodosianus*, alla letteratura classica, a fonti storiche o a legislazioni non romane di varia epoca e provenienza;¹⁰⁶ evidente l’apprezzamento e la speciale menzione di Cujas, *doctissimus, peritissimus* e *vir maximus*,¹⁰⁷ e il richiamo, seppur solo accennato, al metodo interpolazionistico di cui, come abbiamo ricordato, il padre, Matthaëus il Vecchio, fu uno dei primi divulgatori nei Paesi Bassi.¹⁰⁸

L’ascendenza culta è manifesta anche nell’utilizzo di idee, teorie, principi di Aristotele, Platone, Omero, Plauto, Ovidio, Livio, Cicerone, Gellio, Seneca, Terenzio, Catullo, Svetonio, Tacito, Giovenale, Apuleio, Valerio Massimo, che il nostro autore riafferma come ‘seme della verità’ quasi avessero un intrinseco valore normativo: soluzioni che si fanno nuove anche se, per ventura, sono vecchie di secoli. Accanto ai filosofi classici, pensatori politici e teologi del periodo Medievale – primo fra tutti il platonico Sant’Agostino e la sua *De civitate Dei* –¹⁰⁹ e dei secoli XVI e XVII, tra i tanti Melantone – «Istorum Philippus Melancthon» – Calvino, Moro, Wolfgang Musculus, François Dujon, Lambert Daneau, Johannes Piscator, Andreas Rivet e Willelm Amesius (Ames).¹¹⁰

L’influsso della scienza criminalistica del secolo XVI e XVII, nella già sottolineata ottica di europeizzazione, si manifesta in continui richiami e paralleli con giuristi d’ogni parte del continente, da Claro a Gomez, da Menochio a Tiraqueau, da Farinaccio a Covarruvias, da Mascardi a Damhouder.

In perfetto accordo con lo spirito dei tempi, anche lo *Ius divinum* è parte integrante del sistema normativo del commentario ai *Libri terribiles*.¹¹¹ La teoria di base dei pensatori protestanti in tema di diritto e governo era la restaurazione del principio che il popolo dovesse governare e essere governato con le leggi di Dio: tipico esempio di si-

¹⁰³ In argomento Feenstra R., *Canon Law at Dutch University from 1575 to 1811*, in «Canon Law in Protestant Lands», a cura di Helmholz R.H., Berlin, 1922, pp. 123-134; cfr. Prodi, *Due Regni e tre fori*, pp. 244 e 245.

¹⁰⁴ P. Prodi, *La sacralità del potere e la distinzione tra peccato e reato nella tradizione occidentale*, in «Daimon», n. 4/2004, pp. 25 e ss.

¹⁰⁵ DC, *Prolegomena*, 1.10.; DC 47.1.4.2.; DC 47.2.1.1.5.; DC 47.4.1.1.2., 7.8.; DC 47.4.3.9.; DC 47.8.8.2.2.; DC 47.12.1.3.; DC 48.1.1.1.; DC 48.2.1.5.; DC 48.2.3.8.; DC 48.13.5.14.; DC 48.14.2.18.

¹⁰⁶ In DC *Prolegomena*, 4.3, Matthaëus fa riferimento al *Liber Augustalis* e ad antiche Leggi Sassoni in tema di determinazione della gravità del reato in funzione della sanzione comminata, mentre *Prolegomena*, 2.1, riporta la Legislazione di Dracone.

¹⁰⁷ DC 47.1.4.2.; DC 48.1.1.1.; DC 48.2.1.5.; DC 48.2.3.8, 19; DC 48.14.2.18.

¹⁰⁸ Le ricostruzioni di Favre vengono menzionate, anche se Matthaëus a volte le contesta, come accade in DC *Prolegomena*, 1.10.

¹⁰⁹ DC *Prolegomena*, 2.1.

¹¹⁰ DC 47.1.2.6.

¹¹¹ DC 48.19.5.3 e DC 48.13.1.3.

stema politico e legale fondato sul diritto divino era l'ordine sociale della comunità ebraica. Le leggi della morale cristiana e i precetti tramandati da Mosè erano considerati con valenza normativa e, quindi, applicabili da tutte le corti all'interno della giurisdizione statale ai fini della strutturazione e del mantenimento della società prescritta da Dio. La vastissima conoscenza delle scritture, specialmente del Vecchio Testamento, è riflessa in tutti gli scritti di Matthaeus senza però che si possa notare il coinvolgimento, in alcuni casi fanatico, di numerosi intellettuali dell'epoca.¹¹² Egli ritiene la legge divina, sacra e immutabile, uno dei pilastri fondamentali del diritto a cui niente può essere aggiunto o sottratto.¹¹³ Facendo proprie le posizioni di Douaren e Le Comte, il criminalista olandese considera l'insegnamento del Decalogo, di cui colloca il fondamento nell'equità naturale, come vincolante per tutti i cristiani in qualunque tempo.¹¹⁴ Confutando le posizioni di coloro che volevano abrogato il diritto mosaico dall'Avvento di Nostro Signore, per avallare il potere dei Principi o dei magistrati di prescrivere qualsivoglia sanzione, l'autore pone le norme tramandateci da Mosè a fondamento della morale delle genti cristiane – e non solo di quelle giudee – da quando Cristo in numerose circostanze ne confermò la validità;¹¹⁵ egli non contesta, però, la possibilità che in caso di aumento indiscriminato dei crimini anche le sanzioni prescritte dal diritto divino possano essere aumentate,¹¹⁶ concedendo al legislatore libera valutazione circa il grado di punizione, ad esempio «severius punientibus fures in iis gentibus ubi disciplina laxior est, quam alibi ubi (su)nt alia multa disciplina vincula».¹¹⁷

¹¹² Sull'argomento più dettagliatamente *infra*.

¹¹³ Deuteronomio 4:2.

¹¹⁴ DC 47.1.2.6.: «Omnes leges Mosaicæ, testibus Duareno et Contio, quæ pertinent ad tuitione decalogi et fundamentum habet in naturali æquitate hodieque Christianos obbligant».

¹¹⁵ DC 47.1.2.6.: «Lex hæc non est mere iudicialis, sed ex parte moralis: cuius generis leges cum Salvator noster passim confirmet [...] consequens est, abolitas non esse». Evidente in questo passo l'influenza del pensiero di Melantone che si esprime in termini analoghi. In un quadro ormai volontaristico, il *praeceptor Germaniæ* ritiene che la *Lex Dei* – emanazione della volontà divina con la quale venne imposta obbedienza perfetta all'uomo – sia stata promulgata più volte nella storia dell'umanità. La prima volta essa venne impressa direttamente nel cuore dell'uomo durante la creazione, dando così vita al diritto naturale; la seconda, per purificare il cuore dell'uomo dal peccato originale, con la Legge Mosaica, e la terza con l'annuncio del Vangelo. Nella prospettiva di Melantone, similmente a quella del nostro autore, la Legge Mosaica ha tre componenti – le *leges morales*, le *leges ceremoniales* e le *leges forenses seu iudiciales* – e mentre le norme delle due ultime categorie appartengono solo al popolo di Israele, le leggi morali contenute nel Decalogo sono patrimonio dell'umanità intera e la loro validità universale è pari a quella del diritto naturale. I dieci comandamenti, dunque, non sono altro che una «mera ripetizione di quelle norme che Dio all'inizio dei tempi imprime nei cuori degli uomini». Così Scattola M., *Diritto naturale e diritto di resistenza nella polemica luterana di metà Cinquecento*, in «VIII Giornata Luigi Firpo. Rivolte, rivoluzioni, ragioni di Stato e ordine politico tra Cinque e Seicento», diretto da Baldini A. E., Torino 16-17 Ottobre 2001, p. 15, ove si richiama Melanchton, *Loci praecipui theologici (1534-1559)*, Lipsia, 1559, in *Opera quæ supersunt omnia. Volumen XXI*, Brunsvigae, 1854, (v. n. 30) *De lege naturæ*, coll. 712 e 714 e *Divisio Legum*, coll. 687-688.

¹¹⁶ DC 47.1.2.6.: «Io non posso negare che a causa dell'aumento del numero di criminali ogni giorno, pure le sanzioni dovrebbero essere aumentate e io andrò più in là e dirò che se in alcune regioni sono così frequenti i furti, così tanto [frequenti] i furti con scasso, così tanti i borseggi, [vi sono] così numerose bande di scassinatori che lo Stato non può essere sicuro a meno che essi vengano crocifissi, essi dovranno essere crocifissi. Infatti, la sicurezza della gente del popolo deve essere il dovere supremo, ma se la causa dei mali può essere sconfitta con un altro strumento, per esempio con la multa, con il disonore, con la fustigazione e con il lavoro nelle opere pubbliche, perchè noi non dovremmo procedere per questa strada invece che con il cappio e con il patibolo?».

¹¹⁷ DC 47.1.2.6., che richiama Melanchton, *Loci praecipui theologici*, *De magis*.

In questa affermazione, che contrasta con le posizioni più radicali di giuristi lutera-ni come Carpzov o cattolici come il criminalista Fröhlichsburg o il gesuita Hauboldt, si intravede l'influenza delle dottrine umanistiche che furono la causa prima della «transi-zione del diritto biblico alla legge dello Stato»:¹¹⁸ a partire dalla metà del XVI secolo

gradualmente il positivismo legale, nutrito dalla fede umanistica nella ragione umana, manifest[ò] la propria ostilità nei confronti del diritto biblico. Le leggi dell'Antico Testamento, nella loro qualità di diritto comune delle nazioni, [venne-ro] sopravanzate *in primis* dal diritto naturale basato sulla fiducia nella *ratio uma-na*, ed in fine dal positivismo legale, fondato sull'idea dell'integrità del diritto po-sitivo degli Stati. In Olanda, in particolare, e nella giurisprudenza olandese in ge-nerale, l'avvicendamento dal diritto biblico all'umanismo giuridico ricevette un forte impulso dal pensiero di Ugo Grozio, che definiva il diritto in termini di ca-pacità razionale dell'uomo,¹¹⁹

ma anche dalle teorie di giuristi che, espresso il loro supporto a prospettive di riforma del sistema normativo e della giurisprudenza, avevano ricevuto dal razionalismo note-voli impulsi che prepararono il terreno all'introduzione dei primi spunti illuministici nella teoria politica e giuridica:¹²⁰ «fra questi pensatori pre-illuministi Antonius Mat-thaeus e Ulrich Huber giocarono un ruolo determinante nell'avanzamento delle norme di diritto naturale e del ruolo della *ratio* dell'uomo nella determinazione di ciò che è lecito e giusto».¹²¹

Lo *ius patrium* 'fa capolino' anche nel commento ai *libri terribiles*, in un capitolo o in un paragrafo *ad hoc*, *De Usu* o *De Iure Municipali*, alla fine di ciascun titolo o ca-pitolo; in tale sede, il giurista riferisce degli Statuti della Provincia e della città di Utrecht, discutendo pregi e difetti della pratica consuetudinaria. Occasionalmente si rintracciano riferimenti ai provvedimenti normativi, principalmente Editti, degli Stati

¹¹⁸ Così Raat, *Divine Law, Natural Law and Reason*, p. 28. Ad esempio in DC, *Prolegomena*, 2.1., ove, in tema di punibilità degli animali, appoggiandosi alle parole di Seneca, Ermogeniano, Aristotele, Agostino, esprime una opinione che, seppur corroborata da altrettante fonti (legislazione di Dracone, Platone), contrasta con la legge divina. Sull'argomento si veda anche Pifferi, *Generalia*, pp. 290 e ss. e bibliografia ivi citata.

¹¹⁹ Raat, *Divine Law, Natural Law and Reason*, p. 28.

¹²⁰ Raat, *Divine Law, Natural Law and Reason*, p. 28.

¹²¹ Raat, in *Divine Law, Natural Law and Reason*, alla p. 28, ritiene che, relativamente a questo processo di razionalizzazione, Hüber abbia avanzato l'idea della naturale abilità dell'uomo nell'identificare i principi di diritto in modo razionale ancor più chiaramente di Matthaeus. Per riuscire a comprendere il percorso del relativismo morale dalle prime teorie umanistiche a quelle di Hobbes, Locke e Bentham è necessaria una corretta valutazione e lettura dello sviluppo delle teorie filosofico-giuridiche, specialmente nella giurisprudenza criminalistica, viste dalla prospettiva classica della Riforma in tema di leggi e sovranità: i maggiori contributi in tal senso furono determinati dall'introduzione del razionalismo nelle teorie di Matthaeus e di Hüber. Il sistema giuridico olandese, nella sua reiezione della concezione della legge mosaica come una manifestazione dei principi di immutabile giustizia divina, si allontanò dal radicalismo del Luteranesimo e del Calvinismo verso una giurisprudenza e una politica illuministica più velocemente rispetto agli altri territori riformati. Alcune colonie del New England, ad esempio, ancora nel 1641 applicavano «le leggi giudiziarie di Dio tramandate da Mosè e rintracciabili in altre parti delle scritture» come fonte primaria del diritto (Rushdoony J.R., *The Institutes of Biblical Law*, vol II. The Presbyterian and Reformed Publishing Company 1973, p. 4).

Generali e, incidentalmente, a statuti locali.¹²² Tali riflessioni sul diritto e la prassi locali occupano all'incirca un quinto del testo: in quei tempi era una grande novità per un docente di Istituzioni e Pandette dare un rilievo così considerevole agli *iura propria* che, se nei fatti giocavano un ruolo fondamentale nella vita di tutti i giorni e nelle aule dei tribunali, nell'educazione dei giuristi erano confinate a un ruolo più che secondario.

Tra le fonti principesche pochissimi richiami alla *Constitutio Criminalis Carolina* e nient'altro. Non stupisce la scelta di Matthaeus che, come già dicemmo, esprimeva una concezione di sovranità che, contrapponendosi all'assolutismo filippino, avallava l'*imperium* e la *potestas* di ogni istituzione, piccola o grande, potesse dirsi *legibus soluta*.

¹²² In DC 47.16.1.2. Matthaeus, nel corso dell'analisi della categoria del *crimen extraordinarius*, commenta un provvedimento statutario contro l'accattonaggio illecito, un problema endemico gravemente esacerbato dalle avversità dei tempi.

Capitolo 3

La costruzione concettuale del *crimen*

Premessa. L'emersione dei *generalia delictorum*

A partire dalla seconda metà del XVI secolo, come già abbiamo avuto modo di evidenziare, la scienza criminalistica iniziò a concentrare la propria attenzione sul diritto sostanziale come presupposto del procedimento giudiziario, studiandone i singoli istituti in maniera autonoma e distinta rispetto al «loro ruolo nell'ingranaggio processuale».¹

I Sovrani legislatori e la dottrina loro 'complice' compresero «l'efficacia generalpreventiva del penale sostanziale [e] ne sfrutta[ro]no le potenzialità d'ordine e di indirizzo dei comportamenti sociali»: ² era lo stesso interesse del Principe a richiedere questo spostamento di baricentro verso il penale materiale, grazie al quale egli avrebbe potuto «tradurre direttamente in precetti coercitivi le sue volontà imperative e volontà dominative». ³ E mentre il legislatore produceva norme sempre più dettagliate e che ricomprendessero il più ampio ventaglio di azioni, la scienza giuridica elaborava il concetto di crimine, disegnava i *generalia delictorum* e indicava capillarmente tutti quei comportamenti ritenuti pericolosi per la pace sociale. Era proprio il carattere eccessivamente casistico e congiunturale delle statuizioni principesche o territoriali a costringere gli *interpretes* a riprendere gli 'istituti' generali di colpa, dolo, compartecipazione per integrare e correggere «il dettato ottusamente repressivo di norme che inseguivano puntigliosamente particolari fattispecie criminose, fuori da ogni quadro generale di riferimento». ⁴ Occorre, infatti, porre l'accento sulla continuità nell'evoluzione della dogmatica giuridico-penale che nel Rinascimento entrò in un nuovo stadio ispirato solo in parte dall'Umanesimo: molti dei concetti generali del diritto penale, quali *dolus*, *culpa*, *necessaria defensio*, *auxilium*, erano già stati, infatti, sintetizzati dai canonisti e dai post-glossatori che, nel tentativo di adeguamento delle fonti alle esigenze della società basso medievale, dedussero dalla

¹ Pifferi, *Generalia*, p. 115; cfr. Alessi, *Processo penale (dir. interm.)*, p. 382.

² Pifferi, *Generalia*, p. 116.

³ Pifferi, *Generalia*, p. 117, ritiene che la prima opera con queste caratteristiche furono le *Lecturae* di Ippolito de Marsilio sulla *lex Cornelia de sicariis*, sulla *lex Cornelia de falsis*, sulla *lex Pompeia de parricidis*, nelle quali, anche se la metodica del commento alle *Leges Romanorum* non consentiva né uno studio organico e sistematico né un approccio dogmatico, tuttavia, rispetto alle *Practicae*, era evidente che l'attenzione non fosse più rivolta agli aspetti processuali, ma a quelli sostanziali.

⁴ Alessi, *Tra rito e norma*, p. 51.

casistica romana principi generali che si attagliassero alle fattispecie coeve,⁵ mentre il genuino apporto della metodica culta si riversò nella necessità di fornire concetti astratti e generali delle figure del delitto e della pena,⁶ nell'anteposizione del generale al particolare, in una nuova forma di esposizione razionalmente distribuita che portò, finalmente, all'iniziale indipendenza della scienza penalistica da quella civilistica e canonistica e alla separazione fra diritto materiale e diritto processuale.⁷ A tale proposito, Giovanni Carmignani ritiene che, fra tutte le opere dei secoli fondamentali per la nascita del diritto criminale moderno, i secoli XVI e XVII, solo nei *Prolegomena* al *De Criminibus* si possa rintracciare l'avvio di una riflessione sugli elementi costitutivi del delitto, sulla colpevolezza e l'attentato, seppure ancora insoddisfacenti in relazione alla struttura complessiva dell'opera.⁸

Lo stesso Matthaeus è dichiaratamente consapevole che il libro introduttivo del Commentario tratta dello «studio in generale del reato»⁹ e che aspetti che la *Communis Schola* considerava solo in relazione all'eventuale applicazione della sanzione, hanno per lui, al contrario, «maggiore significato [se considerati in relazione] all'analisi dei fatti e delle leggi a essi applicabili».¹⁰ L'autore, infatti, non tratta di tematiche generali quali l'*animus*, la *nuda cogitatio*, il *conatus* o il concorso di persone unicamente nell'alveo del *crimen homicidii* quale categoria ordinante, ma inserisce nei *Prolegomena* quasi tutti gli istituti di una moderna parte generale, intendendoli come riferibili a ogni tipologia di reato.¹¹ Si può, quindi, affermare che i *Prolegomena* al *De Criminibus* si mostrino come l'esito ultimo dell'intento sistematico e dogmatizzante intrapreso da grandi giuristi cinquecenteschi, quali principalmente Tiraqueau, Covarruvias,¹² Gomez, Deciani e proseguito, con esiti per alcuni assai positivi, dal professore di Jena Petrus Theodoricus (Dietrich).¹³

⁵ Sull'utilizzo già da parte dei postglossatori di «*einzelnen allgemeinen Begriffe, wie dolus culpa, error, conatus, mandatum, auxilium*» e sulla loro incapacità di ridurli a sistema, Schaffstein, *Die allgemeine Lehren*, p. 27.

⁶ In argomento si vedano Schaffstein, *Die Europäische Strafrechtswissenschaft*, pp. 72-73, 140, 174; Ebert, *Carpozov und Theodoricus*, pp. 142 e ss. e Nagler, *Die Strafe*, I, p. 174.

⁷ Sull'impulso dell'Umanesimo alla Rivoluzione del pensiero Rinascimentale, Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, I Ab., p. 114; Windelband W., *Lehrbuch der Geschichte der Philosophie*, XIII ed. a cura di Eth H., 1935, p. 295 e Schaffstein, *Die Europäische Strafrechtswissenschaft*, p. 33.

⁸ Carmignani G., *Dissertazione critica sullo studio delle discipline criminali*, Firenze, 1882, p. 157; nello stesso senso Buccellati A., *Sommi principi del diritto penale esposti dal dottor Antonio Buccellati*, Milano, 1865, note ai *Prolegomeni*, p. 44: «[...] E pur degno di memoria Andrea Tiraquello e Ayrould. Nel secolo decimottavo [...] abbiamo molte opere ma di minor conto, risplendendo però di ben giusta fama Antonio Mattei De Criminibus: opera riprodotta dal Nani nel 1803 [...]».

⁹ DC *Prolegomena*, I.10.

¹⁰ DC *Prolegomena*, I.10.

¹¹ Sbriccoli, *Lex delictum facit*, p. 116, sottolinea come proprio nel *De Criminibus* «si p[ossa] vedere assai progredito il transito dal modello delle *Practicae* fiorito in Italia, a quello di una trattatistica nuova, nella quale la *Theorica* si libera del reticolo casistico e dall'ipoteca forense, guadagnandosi proprio per questa via una forte legittimazione a orientare la pratica».

¹² Su Diego Covarruvias (1512-1577), si vedano Nagler, *Die Strafe*, I, pp. 174 e ss., Schaffstein, *Die Europäische Strafrechtswissenschaft*, p. 174; Pereda S.J., *Cobarrubias penalista*, Barcelona, 1959; Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, p. 160.

¹³ Schaffstein, *Die Europäische Strafrechtswissenschaft*, p. 138, ritiene che il fondamentale contributo di Dietrich alla criminalistica vada ricercato nell'impulso sistematico: analizzando la struttura del *Collegium*, Schaffstein arriva all'affermazione che «la parte generale [abbia] un aspetto molto più completo e unitario

I *Prolegomena* scandiscono una teoria quadripartita: reato, reo, offeso, tassonomia criminale. Primo capo: dolo e colpa [...] condotta, concorso nel reato [...], azione e omissione [...]. Secondo, aspetti della cosiddetta imputabilità [...] negli *infantes et minores*; [...] come vada risolto il dubbio sull'infermità mentale; [...]. Terzo, dalle questioni relative all'offeso affiora una teoria dell'illiceità penale.¹⁴

In questa 'parte generale' *ante-litteram*, come abbiamo già avuto modo di mettere in luce, non trovano spazio la teoria generale della pena e l'estinzione del crimine – analizzati nelle pagine processuali – e il concorso di norme, tratteggiato nel *Continens praetermissa* a chiusura del commento agli *usus fori ultrajectini*: l'esclusione dai *generalia* è più che giustificabile a causa della difficile connotabilità dell'istituto dal punto di vista dogmatico in un sistema giuridico misto, nel quale si sovrapponevano nella cornice delle normazioni territoriali locali o 'statuali', e senza una chiara prevalenza di fondo, il diritto romano comune nella sua consistenza dottrinale e le *costumen* cittadine, a loro volta ampiamente influenzate dall'*utrumque ius*.¹⁵

che nel *Tractatus* di Deciani». È proprio in questo progresso, quindi, che l'autore vede l'autentico apporto creativo di Dietrich in comparazione al modello creato dal grande criminalista italiano: nell'opera del professore tedesco non vi è traccia dei due libri che Deciani dedica all'accusa e alla giurisdizione, come pure difetta la prolissa esposizione delle fonti del diritto che nel *Tractatus* si segnala per la sua estensione. Quel che c'è, invece, nel *Collegium* che non si trova nel *Tractatus* è la trattazione organica di tutta la teoria generale del crimine che, partendo dalla discussione terminologica ed etimologica dei concetti *crimen*, *maleficium*, *delictum*, approda all'esposizione delle distinte classificazioni del delitto e all'analisi delle quattro *causae delicti*. Per un'altra prospettiva si veda Pifferi, *Generalia*, in particolare pp. 189-194 e 215-217.

¹⁴ Cordero, *Criminalia*, pp. 504-505.

¹⁵ I Paesi Bassi, fino alla fine del XIV secolo, possono considerarsi come uno dei tanti *Länder* dell'Impero, un *Land* già nel XIII secolo particolarmente sensibile all'influsso del diritto romano-canonico, specialmente nelle regioni della Frisia, e fortemente connotato territorialmente dalla formazione di numerose città, tra le quali spiccava per potenza e ricchezza il *Kirchenfürst* di Utrecht. La letteratura sottolinea il ruolo fondamentale della scienza canonistica pregraziana che funse da primo ponte fra il diritto romano e quello 'indigeno': le opere di pensatori come Isidoro di Siviglia, Ivo di Chartres e Burcardo da Worms furono importantissimi strumenti di diffusione dei principi di diritto romano. Ad esempio, il principio *vim vi repellere licet*, utilizzato in numerose *Handfesten* della Frisia occidentale, Medemblik (1289), Barsingehorn (1427), Hoogwoude (1450), sarebbe stato ripreso dalla *Panormia* e dal *Decretum* di Ivo il quale, muovendo dalla *lex Aquilia* dichiarava «vim atque iniuriam propulsemus [...] utique si aliter periculum effugere non potest»; lo stesso dicasi per il diritto d'asilo, disciplinato nello Statuto sinodale del Vescovo di Utrecht, Dirk van Are (1209, rivisitato nel 1236), che vide l'utilizzo di un precetto del *Codex giustiniano* (C. I, 12, 2 e 6): la norma stabiliva che il fuggiasco rifugiato dovesse ricevere «securus conductus exeundi», prevedendo, in caso di violazione, sanzioni che potevano arrivare alla scomunica. Anche l'adagio romano *actori incumbit probatio* sarebbe stato recepito in normative o pronunce locali, come il *Vortung des riichtes* (adattamento per la Frisia del *Processus iudicii*, una sorta di formulario generale di diritto processuale canonico), per il tramite di Ivo di Chartres che, accanto al citato principio, riprese letteralmente il testo di Paolo «ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat» [D. 22.3.2 (Paul.)]. In relazione al diritto probatorio, poi, fondamentale la preoccupazione, soprattutto nelle questioni penali, di trovare la verità: i principi romanistici (C. 3.1.14), ancora riconosciuti nel *Breviarium* «quosque rei veritas invenitur» si radicano negli usi scabinali dell'*Indizienfall* che daranno vita alle cosiddette *Schöpfenwahrheit*, grazie all'opera di Burcardo da Worms che, appoggiandosi ad Agostino, sosterrà che in tutte le controversie dovesse valere l'«*autoritas veritatis*» (*Decreta* XVI, cap. 23). Altrettanto dicasi per gli strumenti di prova – essenziali le pagine scritte dai tre ecclesiastici –, la cui affermazione fu fondamentale per il superamento del rito ordalico: principi romanistici come *scriptura facta ad probationem alicuius rei* o *testimonium unius non valet in causa* vengono richiamati dalle normative locali con sempre più frequenza (il *Processus iudicii* cita il secondo, cfr., Hermsdorf, *Das römischen Recht in Niederland*, p. 155). Quanto alla tortura, la dottrina più recente ha ipotizzato una sua

3.1. Matthaeus ‘incompiuto’: la *diffinitio delicti* e l’estinzione del *crimen*

Il travagliato distacco dal modello criminale romano comune, nel quale il concetto stesso di reato trovava il proprio «criterio discriminante» nel *modus procedendi*,¹⁶ vide nel corso dei secoli XVI e XVII numerosi tentativi dogmatizzanti da parte della scienza giuridica che, comunque, non riuscendo completamente ad affrancarsi dall’*ordo iudiciarius*, «trasfer[i] sul delitto [...] caratteri, funzioni e linguaggi propri del *processus*».¹⁷

L’intento classificatorio dei criminalisti cinque-secenteschi non seppe, con l’eccezione di Deciani,¹⁸ e in parte di Hotman, Sigonio,¹⁹ Carpzov e Dietrich,²⁰ superare lo scoglio delle *distinctiones* imposte dagli istituti processualistici e, comunque, mai affrancarsi da una sostanziale rilettura delle fonti di diritto romano:²¹ tra queste, la *divisio* più utilizzata fu quella che si fondava sul dualismo romanistico *delictum publicum-*

affermazione direttamente da canali indigeni completamente ‘vergini’ da qualsivoglia influenza romanistica o canonistica (cfr. Feenstra R., *Zur Rezeption in der Niederlande*, in «Europa e Diritto romano, Studi in memoria di Paul Koschaker», I, Milano, 1954, pp. 261-262; *contra* Van Heysenberg P., *Verspreide Opstellen*, Amsterdam, 1929, pp. 323 e ss.). Sull’influsso della scienza pregraziana negli istituti sostanziali si vedano Hermsdorf, *Das römischen Recht in Niederland*, pp. 101 e ss.; Van Heysenberg, *Verspreide Opstellen*, pp. 323 e ss. e su quelli processuali Van Heysenberg, *Verspreide Opstellen*, p. 155 ed Haenel G., *Lex romana Wisigothorum*, pp. 54-56 (*Codex Theodosianus* II 18).

¹⁶ Pifferi, *Generalia*, pp. 117 e ss.

¹⁷ Pifferi, *Generalia*, p. 119.

¹⁸ Sull’elaborazione del concetto di *crimen* deciano Pifferi, *Generalia*, pp. 109 e ss., in particolare p. 167; Pifferi, *Tiberio Deciani*, pp. 185 e ss., Sbriccoli, *Lex Delictum facit*, pp. 91 e ss. e Schaffstein, *Die Europäische Strafrechtswissenschaft*, pp. 80 e ss. Deciani, *Tractatus criminalis*, cap. III, n. 2, definisce il delitto in generale «[...] factum hominis, vel dictum aut scriptum, dolo vel culpa a lege vigente sub poena prohibitum, quod nulla iusta causa excusari potest». La *diffinitio* è analizzata nel dettaglio: l’autore dice di aver utilizzato il termine *factum* perchè la parola *facere* ha un significato assai ampio; di aver utilizzato l’espressione «dictum vel scriptum» perchè sia parlando che scrivendo si possono commettere delitti; di dolo o di *culpa* perchè non c’è pena se non esiste «animus delinquendi», come a suo tempo sottolineato da Baldo; di atto di un uomo per escludere la punibilità degli animali; di atto proibito dalla legge e sanzionato con una pena per escludere quelle azioni che non sono proibite dalla legge con una pena, come il coito extramatrimoniale e altre fattispecie; di legge vigente per escludere le leggi derogate totalmente o parzialmente e «che non possa essere considerata esente da colpa per alcuna giusta causa» (*nulla iuxta causam*), per escludere i delitti che, in verità sono proibiti *generaliter* dalla legge e che sono, tuttavia, discolti altrimenti e a seguito di considerazioni che vengono dettagliatamente analizzate nella parte speciale.

¹⁹ Pifferi, *Generalia*, p. 120, riferisce come Hotman e Sigonio posero l’accento «sul criterio dell’interesse leso, del quale la diversa procedibilità sarebbe solo una conseguenza». I due autori ritenevano, infatti, che la ricostruzione che attribuiva un’accezione processualistica (delitto pubblico-delitto privato) alle fonti giustiniane, non corrispondesse a verità: la *divisio* non era giustificabile muovendo dalla differente azionabilità (*quivis*-persona offesa) processuale, ma dal «profilo sostanziale del tipo di *iniuria*, rivolta solo a un soggetto privato nei delitti privati e alla *res publica* nei pubblici e “quia causae publicae sunt, idest quia quilibet de populo laesus est, ac unicuique facta iniuria, ideo unusquisque potest hanc uti propria iniuria, pro virili sua prosequi”» (Pifferi, *Generalia*, p. 120, nota 47).

²⁰ Carpzov, *Practica nova*, qu. 1,18.: «[...] Delictum, ut per legem sit punibile [...]». In argomento si veda *Die Bedeutung des Willens für den Verbrechensbegriff* Carpzovs in der *Practica Nova Imperialis Saxonica rerum criminalium*, a cura di Jerouschek, Schild, Gropp; Dietrich (Theodoricus), *Collegium criminale*, Tesi VII: «Delictum in genere ita definiri potest, quod sit factum, iure contrarium, a voluntate hominis proveniens, quod ob proprium commodum, iram ac libidinem explendam, alium publice privatimque offendit seque per hoc ad poenam leso obligat». Sullo sforzo di astrazione di Dietrich nella costruzione di un moderno *Verbrechensbegriff*, si vedano Ebert, *Carpzov und Theodoricus*, pp. 142 e ss., Schaffstein, *Die Europäische Strafrechtswissenschaft*, p. 140 e Pifferi, *Generalia*, p. 120.

²¹ Sulle differenti *distinctiones* Pertile A., *Storia del diritto italiano dalla caduta dell’impero romano alla codificazione*, seconda edizione, vol. V, *Storia del diritto penale*, Torino, 1982, pp. 428-429; Massetto, *I reati nell’opera di Giulio Claro*, pp. 63-84 e Pifferi, *Generalia*, p. 119.

delictum privatum, a sua volta basata sulla differente azionabilità della tutela concessa al *cuilibet de populo* o unicamente alla parte offesa.²²

Matthaeus, pur considerando superata la contrapposizione fra pubblico e privato,²³ non riesce a emanciparsi dalle categorie processualistiche e definisce il *crimen* «*delictum, quod publicae vindictae gratia accusatur apud eum, qui potestatem gladii habet, ad animadvertendum in facinorosos homines*»,²⁴ distinguendo fra *crimen extraordinarium*, «non legitimum quia nec legem, nec formulam, nec poenam certam habet»,²⁵ sanzionato sulla base della decisione del giudicante, e *crimen publicum*, la cui disciplina risiede completamente nelle disposizioni normative.²⁶

L'autore, che «colloca la discussione relativa al concetto di reato, conformemente all'articolazione moderna della disciplina, al vertice della propria costruzione»,²⁷ pone le categorie del *delictum*, del *crimen* e dei giustinianeî *quasi delicta* all'interno di un medesimo 'contenitore', il *peccatum*,²⁸ ormai completamente 'criminalizzato' (per Schlüter, addirittura secolarizzato),²⁹ in una concezione che voleva il conferimento allo Stato di tutto il sistema disciplinare interno alla Chiesa.³⁰ La conseguenza di tale

²² Il criterio discreitivo di ordine «meramente processuale» proposto da Claro è sottolineato da Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, p. 68. Pifferi, *Generalia*, p. 122, nota 52, ricorda che «la distinzione di tipo processuale *ex agendi modo* e non *ex obiecto sive effectu laesionis* tra *delicta publica* e *delicta privata* è riproposta nel *Lexicon iuridicum iuris caesarei simul, et canonici, feudalis item civilis, criminalis, theoretici, ac pratici*, curato da vari umanisti quali Cuiacio, Wesenbeke, Brisson, Donello, Duareno, Pace [...]».

²³ Si vedano le tante pagine spese in argomento da Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, pp. 64-74.

²⁴ DC *Prolegomena*, I.1.

²⁵ DC *Prolegomena*, 4.7.

²⁶ La *definitio matthaeusiana* di reato è seguita da *distinctiones* terminologiche che, oltre a non chiarire il quadro concettuale, «induc[ono] l'autore [...] a rimaner vincolato ai testi antichi, disperdendosi inevitabilmente tra le fonti romane nella ricerca di una corretta e univoca nozione» (Pifferi, *Generalia*, p. 219): il criminalista batavo muove dal concetto di *peccatum*, a parere di Modestino (D. 44.7.52.8.) *summum genus*, di cui «i crimini, i delitti e i quasi delitti sono delle specie», e conclude con l'affermazione che il delitto, inteso come illecito «costituisc[a] sia il genere che la specie, [di cui] il genere comprende due specie: il delitto privato e il reato; il delitto privato è anche un reato straordinario, ma non è vero che ogni reato sia anche un delitto» (DC *Prolegomena*, I.1.).

²⁷ Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 25.

²⁸ Tuttavia, questo tentativo di «riepilogazione classifica[toria]» porta Matthaeus «alla constatazione della confusione semantica» e alla fatale resa: «*id enim mutatione iuris et incremento contingit, ut cum ab initio species vere a se invicem disparatae essent, nunc ex parte confusae sunt*» (Pifferi, *Generalia*, p. 219, ove si richiama DC *Prolegomena*, I.1.).

²⁹ Sul processo di modernizzazione delle nuove chiese confessionali e sull'«età della coscienza» si vedano Schnabel-Schüle H., *Überwachen und Strafen in Territorialstaat. Bedingungen und Auswirkungen des Systems strafrechtlicher Sanktionen in frühneuzeitlichen Württemberg*, Köln-Weimar-Wien, 1997, pp. 198-215 e Prodi, *Due regni e tre fori*, pp. 266-267 e 325-331.

³⁰ In argomento Troeltsch E., *L'essenza del mondo moderno*, Napoli, 1977, trad. it. a cura di Cantillo G., pp. 125-174; cfr. Prodi, *Due regni e tre fori*, pp. 350-351, a sentire il quale due furono i nodi da sciogliere: «il problema della legge nella Scrittura e il suo rapporto con la legge umana, il problema della grazia, della colpa e della condanna eterna. Su questi temi si svilupp[ò] tutta la discussione che portò alla nascita della casuistica luterana del secolo XVII: il cristiano deve essere aiutato dai trattati di teologia pratica a trovare un accordo o un compromesso tra la giustizia di Dio contenuta nella scrittura e la giustizia degli uomini perché l'esperienza quotidiana della vita dimostra che egli deve essere sorretto nelle sue decisioni. La crisi della casuistica luterana sarà quindi più immediata e profonda della morale casuistica cattolica nella misura in cui questa giurisprudenza divina non trova[va] più una immediata copertura, per la diffusione del pensiero scientifico del seicento e per il diffondersi del razionalismo filosofico, quando ven[iva]no messe fuori gioco le pene divine, il castigo, con le disgrazie su questa terra o quello eterno dell'aldilà, che rappresenta[va]no l'unico elemento coercitivo di questo diritto». Dopo che le concezioni teocratiche medievali dello Stato e del diritto furono ridimensionate transitoriamente dalle teorie umaniste, esse

impostazione, a sentir Schlüter e Pifferi, è l'elaborazione di una *definitio* incerta e confusa, che prende le mosse da una semplice distinzione fra il reato e l'azione giuridicamente non consentita e, quindi, illecita, il *delictum*.³¹ Lo storico tedesco, poi, ritiene che la strutturazione di un concetto unitario – quello di *peccatum*, appunto, – sia finalizzata a contenerci non solo l'illecito civile e penale, ma anche le forme di natura consuetudinaria: in esso, infatti, il nostro autore comprende sia «azioni dall'indole di così scarsa importanza da non dover [neppure] essere perseguiti come illeciti e [per i quali] la legge non prevede alcuna pena»,³² sia infrazioni per le quali può essere comminata una semplice sanzione intimidatoria.³³ Del resto, il tema della *distinctio* fra

sperimentarono un nuovo apogeo in tempi di Riforma e Controriforma. Questo apogeo era determinato dall'ineluttabile considerazione che in pressoché tutti gli autori di questo tempo, le concezioni dei reati e delle pene avevano un'impronta religiosa che essi traevano dal Vecchio ma anche dal Nuovo Testamento, soprattutto dal Decalogo: lo *ius divinum* come fonte diretta del diritto applicabile come ogni altra fonte del sistema. Nei territori protestanti già Andreas Pernder aveva dedotto dai principi del Vecchio Testamento l'applicazione della pena del taglione e la sanzione capitale per gli assassini, dal momento che «die Göttliche Allmächtigkeit zweyfach belaydiget» (l'onnipotenza divina viene doppiamente oltraggiata): questo delitto, infatti, *in primis* priva la creazione di Dio della propria creatura e, *in secundis*, viola il Quinto Comandamento. Solo come terza motivazione il giurista tedesco menzionava l'offesa del «gemeynen Nutzens» (interesse comune) e quello dell'ucciso e dei suoi congiunti. Anche Bocer basava le proprie speculazioni su di una concezione di Stato e di reato (soprattutto quello di lesa maestà visto, anche se solo mediamente, come ribellione a Dio medesimo) che affondava le proprie radici nel diritto divino. Altrettanto dicasi per Dietrich che, sulla base degli stessi presupposti, ordinava i reati di eresia e blasfemia nel capitolo dedicato al *crimen majestatis*. «L'apice di questo sviluppo è contrassegnato dalla *Practica* di Carpvov, la cui devozione luterana era impressa alla sua complessiva visione del diritto, dello Stato, del reato e della pena [...]». Poiché la punizione dei reati appartiene ai doveri, che Dio stesso di autorità ha trasmesso [...]» (così, Schaffstein, *Studien*, p. 26). Schneider P., *Die Rechtsquellen in Carpvovs Pratica nova imperialis Saxonica rerum criminalium unter besonderer Berücksichtigung des Einflusses und der Bedeutung der Carolina*, Straf. Ab., Heft 406, 1940, pp. 18 e ss., ha analizzato con estrema chiarezza la concezione che aveva Carpvov di *ius divinum*, inteso come fonte giuridica immediata, e il suo prioritario ruolo in relazione alle restanti fonti. Questa impostazione del giurista sassone determinava notevoli conseguenze pratiche per i reati di spergiuro, blasfemia, sacrilegio, sortilegio e soprattutto per l'adulterio, la cui discutibile punizione con pena esemplare, Carpvov deduceva soprattutto da argomentazioni teologiche tratte dettagliatamente dal Vecchio e dal Nuovo Testamento. «In delictis Lege Divina severa prohibitis veluti est homicidium, adulterium, blasphemia, sortilegium, sodomia»: quindi, poiché Dio ha stabilito la pena capitale, le istituzioni di natura temporale, soprattutto quelle dei signori territoriali, non possono arrivare a concedere diritto di grazia (cfr. Schaffstein, *Studien*, p. 27). Sulla costruzione 'carpvoviana' si veda anche Cordero, *Fiabe d'Entropia*, pp. 626 e ss. Gli insegnamenti racchiusi nella *Bibbia* illustrano divieti e comandi vincolanti per i giudici terreni come per il legislatore. Qualcosa di simile lo si può rintracciare nelle posizioni del già citato giurista tirolese cattolico Frölich from Fröhlichsburg il cui commentario alla *Carolina*, riedito numerose volte fino alla seconda metà del XVIII secolo, ebbe una certa influenza nella parte meridionale del Sacro Romano Impero. Sull'autore tirolese si veda Stintzing, Landsberg, *Geschichte*, III, p. 81, nota 1.

³¹ Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 25.

³² Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 25.

³³ Deciani «nel capitolo *de peccatu* (del *Tractatus criminalis*) contrappone, come dopo lui (e senza citarlo) farà il Matthes, la nozione di peccato, che «latori significatione comprehendit omne, quod contra legem admissum est»» (Deciani, *Tractatus criminalis*, I, II De peccatu, n. 1), a quella di delitto «cala[ndo] il lettore nella distinzione fra foro interno e foro esterno [...] negli eventuali problemi interpretativi generati dal loro possibile intersecarsi [...]» (Pifferi, *Generalia*, p. 150). Il secondo libro del *Tractatus criminalis* è aperto da un capitolo, *De origine delictorum*, che tratta della libertà della volontà e del peccato originale sulla base del pensiero di Agostino e Tommaso (su questo aspetto, Grabmann, *Geschichte der scholastischen Methode*, in particolare vol. II, pp. 199 e ss.). Più avanti, nel capitolo VII, *De Delicto*, Deciani 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» (Deciani, *Tractatus criminalis*, I, VII, n. 1). Poi spiega la differenza fra *delictum* e *crimen*: il primo è «genus generalissimum comprehendens omne peccatum voluntarium et involuntarium», il secondo, invece, è «genus subalternum

peccato e delitto era forse uno dei più dibattuti dai giuristi e dai teologi del Cinquecento (e non solo) e la *divisio matthaeusiana* sembra corrispondere a quella consolidata in dottrina,³⁴ che considerava quale criterio di discriminare fra le due categorie il grado di colpevolezza: il delitto poteva essere sia doloso che colposo, mentre il crimine era esclusivamente doloso,³⁵ perché caratterizzato da una condotta più riprovevole.³⁶

La dimensione precessualistica nella quale era ancora posto il concetto di reato, porta anche Matthaeus ad ammettere la *distinctio* fra reati in senso stretto o ordinari,

continens ea tantum delicta quae dolo sunt admixta, atque ideo voluntaria tantum» (Deciani, *Tractatus criminalis*, I, VII, n. 1). Mereu, *Colpa*, p. 34, ricorda che la *distinctio* proposta dal giurista udinese «si trova anche negli altri interpreti ed è una distinzione che Deciani stesso attribuisce ad Accursio». Sulla distinzione si soffermerà con la consueta cura Farinaccio, *Praxis*, I, III, qu. 18, nn. 1-4, che si riferisce alla Glossa (gl. *delictum ad C. 2,35 Si adversus delictum*, l. 1 *In criminibus*, gl. *in criminibus*). Cfr. Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, p. 63, nota 7. In maniera non dissimile a Matthaeus anche Carpvov, *Practica*, qu. XXIV, 4-5, tuttavia unicamente ragionando di *poena homicidii*.

³⁴ Pifferi, *Generalia*, pp. 151-152, note 115 e 116, menziona, oltre a Deciani, Rosate A., *Dictionarium iuris Civilis quam Canonici*, Venetiis, 1573 (rist. an. Torino, 1971), par. *Delictum*: «est genus generalissimum [...] inter delictum et crimen est differentiam: nam delictum committitur sive cum animo sive non; crimen vero ex animo»; Vitalini B., *Tractatus super maleficiis, cum additionibus antea positis, necnon cum apostillis Domini Hieronymi Cuchalon Hispani, et cum summaris noviter additis*, in calce Aretino A. (Gambiglioni), *De maleficiis tractatus*, Venetiis, 1578, rubr. *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 ad criminales causas pertinentes, in tractatus universi iuris*, t. XI, pars I, *De crimine*, incipit, f. 10va: «crimen esse quotiescumque adest animus ad delinquendum et quando etiam [...] delictum etiam dicitur quando est animus ad delinquendum et quando non est animus»; Bianchi, *Practica criminalis*, Venetiis, 1567, par. *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 [...] delictum tunc demum dicitur esse, et quando est animus ad delinquendum et quando etiam non est animus [...] et sic delictum committitur sine dolo»; Fulgoni C., *Summa criminalis*, Venetiis, 1568, Secunda particula, rubr. 24 *De privatis delictis*, par. 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». Farinaccio, *Praxis et theoriae*, tit. III, qu. 18, nn. 1-2: «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 aliud est quam peccare, et aliquando delictum fit dolo malo, et mala intentione: aliquando autem per ignorantiam, vel non mala intentione [...] delinquit: sine enim dolo et malo animo, non videtur proprie posse dici crimen». Il giurista romano, come altri giuristi che si sono interessati dell'argomento, utilizza i caratteri distintivi già delineati dalla Glossa. Cfr. gl. *delictum ad C. 2,35 Si adversus delictum*, l. 1 *in criminibus*, gl. *in criminibus*. Sul punto, Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, p. 63, nota 7. Sulla distinzione in diritto romano Mommsen T., *Le droit pénal romain*, in *Manuel des Antiquités romaines* par Mommsen T., J. Marquardt, P. Krüger, Paris, 1907, 17-I, pp. 9 e ss.; Brasiello U., sub voce *Crimina*, in «Novissimo Digesto italiano», 5, Torino, 1960, pp. 1 e ss.; Brasiello U., sub voce *Delitti (diritto romano)*, in «Enciclopedia del diritto», 12, Milano, 1964, pp. 1-8, ove ragguardevole bibliografia. Sul concetto di *crimen* in rapporto a quello di *peccatum*, Kuttner S., *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX. Systematisch auf Grund der handschriftlichen Quellen dargestellt*, Città del Vaticano, 1935, pp. 3-22. Sulla dottrina giuridica trecentesca Dahm, *Das Strafrecht*, pp. 84 e ss. Su Marc'Antonio Bianchi, Mazzucchi G., *Gli scrittori d'Italia, cioè notizie storiche, e critiche intorno alle vite, e agli scritti dei letterati italiani*, Brescia, 1785, vol. II, pt. I, p. 1159; Fiorelli, *La tortura*, vol. I, p. 155 e Garlati Giugni L., *Inseguendo la verità. Processo penale e giustizia nel ristretto della pratica criminale per lo Stato di Milano*, 1999, pp. 8-9, nota 5.

³⁵ Pifferi, *Generalia*, p. 152.

³⁶ DC *Prolegomena*, 1.1. Nello stesso senso Deciani, *Tractatus criminalis*, I, IX, n. 1.: «Il crimen "peccatum sive delictum accusatione et damnatione dignum", 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" (Deciani, *Tractatus criminalis*, I, IX, n. 5). In esso l'interesse leso deve essere di tale gravità da escludere che il privato possa agire innanzi al giudice civile: si possono avere, dunque, delitti pubblici e privati, mentre i crimini sono solo pubblici» (Pifferi, *Generalia*, p. 152).

perpetrati con dolo e, quindi, sanzionati con la pena prevista dalla legge, e reati straordinari (i giustinianeî *quasi delicta*), commessi con colpa e, quindi, puniti *mitius extra ordinem*. In pieno XVII secolo l'esigenza del dolo era ancora così sentita agli occhi dei criminalisti, che essi relegavano al di fuori della sfera propriamente criminale tutte quelle infrazioni involontarie dovute a negligenza o imprudenza.³⁷ Poco era cambiato dai tempi di Alberto da Gandino che, commentando la *lex Cornelia de sicariis*, affermava: «delicta non ex animo, id est dolose, commissa nec dicantur delicta nec veniat puniendi [...] in maleficiis ipsa culpa non aequiparatur dolo».³⁸

Sulla base delle distinzioni terminologiche proposte dal nostro autore, Schlüter si pone due quesiti: premesso che il *delictum* in senso lato è un *peccatum* contro l'offeso che, nella sostanza, può prevedere solo una querela civile,³⁹ che i *delicta* veri e propri possono essere perseguiti civilmente *extra ordinem* e che i fatti penalmente rilevanti sono vendicati tramite l'accusa che diventa «veicolo del potere punitivo, della *potestas gladii*, della punizione pubblica»,⁴⁰ allora «il delitto può essere considerato come un'azione minacciata da una sanzione prevista dalla legge? E, d'altra parte, si possono considerare i *peccata*, non *legibus vindicantur*, tutelabili per mezzo della vendetta privata?».⁴¹

Per dare una risposta alla *quaestio*, l'autore ritiene necessaria una premessa: ai tempi di Matthaeus il principio di legalità, codificato nell'art. 2 del codice penale tedesco, non esisteva e quando Gomez e Carpzov (e, invero, anche Dietrich e Deciani) scri-

³⁷ Claro, *Liber V*, qu. 84, n. 1, elevava l'assunto a principio corrente: «Et in primis quidem scias, quod regulariter in poenis criminalibus nunquam potest quis puniri corporaliter, nisi dolus interveniat». Laingui A., *La responsabilité pénale dans l'ancien droit. XVI-XVIII siècle*, Paris, 1970, p. 37, riporta le parole scritte nel Repertorio di Guyot: «Il delitto che non è accompagnato da intenzione malvagia non è che un delitto materiale che può bene, se è stato voluto, determinare il risarcimento del danno a chi ha sofferto questo delitto, che l'azione sia o non sia la conseguenza di una intenzione malvagia: ma non si sottoponga mai l'autore a sanzioni pubbliche» (Guyot, *Répertoire*, V, Dol, t. 19, p. 550), quelle di Grimaudet, *Euvres*, I, vol., Amiens, 1669, *Des cause qui excusent del dol*, n. 40: «I fatti che non sono perpetrati con dolo non ricadono in forme di crimine» e di Farinaccio, *Praxis*, qu. 18, n. 2. Conformemente, Marsilii, *Ad legem Cornelianam*, I, 1, n. 10, f. 83va. Sull'affermarsi della regola nella dottrina e nella letteratura consiliare Lucchesi M., *Si quis occidit occidetur. L'omicidio doloso nelle fonti consiliari (secoli XIV-XVI)*, Padova, 1999, pp. 47-81. Pifferi, *Generalia*, p. 228, nota 115, ricorda 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».

³⁸ Da Gandino A., *Tractatus de maleficiis*, ed. H. Kantorowicz, *Albertus Gandinus und das Strafrechts der Scholastik*, II Band: *Die Theorie*, Berlin und Leipzig, 1926, rubr. *De homicidiariis et eorum poena* parr. 2 e 16. Sul punto Diurni G., *Omicidio (dir. intermedio)*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XXXIV, 1979, p. 910. Su da Gandino si vedano, oltre al già citato Kantorowicz, Solmi A., *Alberto da Gandino e il diritto statutario nella giurisprudenza del sec XIII*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 32, 1901, ora in «Contributi alla storia del diritto comune», Roma, 1937, pp. 341-413; Fiorelli, *La tortura*, I, pp. 135 e 141-144; Sbriccoli M., *L'interpretazione dello Statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, 1969, p. 59, nota 17; Dezza, *Accusa*, pp. 11-23, in particolare nota 14; Dezza, *Lezioni*, pp. 7-11; Cortese E., *Scienza di giudici e scienza di professori tra XII e XIII secolo*, in «Legge, giudice e giuristi, Atti del Convegno (Cagliari)», Milano, 1982, in particolare pp. 124-129; Cortese E., *Legisti, Canonisti e Feudisti: la formazione di un ceto medievale*, in «Università e società nei secoli XII-XVI, Atti del IX Convegno internazionale», Pistoia, 1982, in particolare pp. 253-255 e Cortese E., *Il Rinascimento*, pp. 69-72.

³⁹ Matthaeus ritiene che lo strumento processuale della querela civile debba essere esperita anche per «vendere» i *quasi delicta*.

⁴⁰ Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, pp. 25-26.

⁴¹ Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 26.

vevano «delictum, ut per legem sit punibile»,⁴² non ragionavano come Feuerbach; è lo stesso Carpzov che, precisando il proprio assioma, ci fa comprendere quanto sia pericoloso utilizzare categorie moderne per interpretare pagine scritte nel Medioevo o nell'Antico Regime:

non è semplice individuare ogni comportamento illecito e munirlo di sanzione. Sicuramente il giudice deve poter contare soprattutto sulle leggi, ma egli non è sotto questo punto di vista completamente libero. Il delitto non è soltanto quello che la legge sanziona con una pena, bensì si deve punire anche ciò che la consuetudine e gli usi percepiscono come crimine. E, quindi, equità, devozione, timore di Dio e credenze escludono ogni arbitrio del giudice.⁴³

È evidente che, nella lettura del 'Bartolo tedesco', questa sorta di 'indeterminatezza' della *potestas gladii* avrebbe dovuto escludere la possibilità di esercizio della vendetta privata, una consuetudine che, in realtà, avrebbe flagellato i territori della Germania settentrionale fino al secolo XIX inoltrato.

A dir di Schlüter, Matthaeus fa chiaramente 'un passo avanti' rispetto al padre della Scuola sassone-turingica e, se si distacca dalla «pseudoetica carpzoviana»,⁴⁴ tuttavia non riesce a elaborare un vero e proprio concetto di reato, anche se fra le righe emergono in embrione i *naturalia* che compongono il moderno concetto di crimine, inteso come azione dolosa o colposa sanzionata da una pena.⁴⁵ Anche Pifferi evidenzia la difficoltà dell'autore ad individuare un *Verbrechensbegriff* concettualmente più moderno, più simile a quello delineato da Deciani, Dietrich o Böhmer che affermavano l'imprescindibilità di una *lex prohibitiva* quale presupposto logico necessario per l'esistenza di un crimine. In realtà, vi è un passo dei *Prolegomeni*, richiamato da Cremani, che parrebbe 'occhieggiare' al principio: argomentando di responsabilità del marito per i reati commessi dalla moglie, il giureconsulto, pur rammaricandosi che la maggior parte dei mariti, per indolenza, sia causa diretta dei cattivi costumi delle mogli, tuttavia, «donec legislator, aliquis nominatim caverit, ut et crimen sit, marito non paruisse, et flagitium, vim imperii contra uxorem non defendisse».⁴⁶ E quando Matthaeus parla di *Legislator*, non si riferisce al legislatore di Antico Regime, ma a

⁴² Carpzov, *Practica nova*, qu. 1.18.

⁴³ Carpzov, *Practica nova*, qu. 133, nn. 2-5-6.

⁴⁴ Così Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 26. Sul punto anche Schaffstein, *Studien*, p. 26, che parla invece di concezione teocratica di Stato, diritto, reato e pena; Cordero, *Criminalia*, pp. 403-411 e Cordero, *Fiabe d'Entropia*, pp. 626 e ss., che si esprime in termini di «fondamentalismo biblico». Cfr. Schneider, *Die Rechtsquellen*, pp. 18 e ss.; Boehm E., *Der Schöppenstuhl zu Leipzig und der sächsische Inquisitionsprozess in Barockzeitalter. Wichtige rechtskundliche Quellen in der Leipziger Universitäts-Bibliothek*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 59, 1940, pp. 301 e ss. e 403-408. Sulla costruzione teocratica carpzoviana e sul suo 'fondamentalismo biblico' cfr. *supra*, nota 31 e Introduzione, p. XVIII, nota 53.

⁴⁵ Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 26.

⁴⁶ DC *Prolegomena*, 1.16. Matthaeus viene richiamato da Cremani, *De jure criminali*, I.II.XVI, nota 5, argomentando dell'obbligo del marito di impedire il crimine perpetrato dalla moglie e, come il nostro autore in DC *Prolegomena*, 1.16., ritiene che sino a quando «il legislatore non avrà previsto tale ipotesi come specifico reato, i mariti non si imporranno e non difenderanno la forza del proprio potere nei confronti della moglie». In un solo caso è previsto che i mariti rispondano per i reati delle consorti, e cioè quando i proconsoli partono per le province accompagnati dalle loro consorti. «Poiché tale ipotesi è stabilita con uno speciale senatoconsulto, ne deriva che il principio contrario costituisce regola generale».

quello giustiniano. Il nostro giurista, infatti, non prende mai in considerazione le fonti positive di età moderna per il loro valore intrinseco, ma, in via incidentale, quando recepiscono fonti romanistiche e sono strumento di validazione della sua *opinio*.

La *definitio delicti* e la mancanza di una ‘teoria generale’ del reato sono considerate dalla storiografia la maggior pecca dogmatica dell’opera;⁴⁷ ritengo, tuttavia, che questa lacuna non sia dettata da una incapacità di astrazione o da una sorta di miopia logica, ma dal fatto di restare legato ad un *Verbrechensbegriff* perfettamente funzionale alla struttura del commentario e alla prospettiva del suo autore:⁴⁸ il solco era quello tracciato dalla ‘Scuola culta’ (che Matthaeus rinnova, proponendo la *divisio ex agendi modo* e dimenticandosi dei progressi di astrazione di Deciani e Dietrich); la materia: il diritto romano imperiale. Se proviamo, infatti, a soffermare l’attenzione sul concetto di reato, così come strutturatosi nel corso della storia di Roma, ne osserviamo un primo significato, già delineatosi nel sistema delle XII Tavole, che aveva «impronta[to] il diritto penale romano dell’età classica» e che vedeva la

fondamentale distinzione [...] tra delitti pubblici (tecnicamente detti *crimina*), perseguiti dallo Stato per mezzo degli organi investiti della giurisdizione criminale e sanzionati con pena pubblica, corporale o pecuniaria, e delitti privati (qualificati, pur con qualche oscillazione, *delicta* o *maleficia*), perseguiti dall’offeso nelle forme del processo privato e sanzionati con pena privata, sempre pecuniaria, dovuta esclusivamente alla parte lesa.⁴⁹

Questa classificazione, affermata per tutto il periodo classico, quindi, considerava reati in senso proprio solo quelli perseguiti e sanzionati pubblicamente, escludendo dal novero di essi tutte le condotte perseguibili per mezzo di un’azione privata, tra le quali numerose tipologie di furto, alcune forme qualificate di *iniuria* e il *crimen sepulchri violati*, perseguito come delitto pretorio.⁵⁰

⁴⁷ Manca nel *De Criminibus* una «teoria generale del reato» che ne tipizzi lo schema e ne individui gli elementi sostanziali, naturali e accidentali, come nel *Tractatus* di Deciani (in questo senso, Pifferi, *Generalia*, pp. 174-175) o, almeno *in nuce*, nella *Practica nova* di Carpzov o nel *Collegium criminale* di Dietrich (sul punto, Schaffstein, *Die Europäische Strafrechtswissenschaft*, pp. 135 e ss.; Ebert, *Carpzov und Theodoricus*, pp. 77-78 e Pifferi, *Generalia*, p. 213). L’edizione napoletana (Matthaeus, *De Criminibus ad Libros XLVII et XLVIII Digestorum Commentarius*, Neapolis, 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». Pifferi, *Generalia*, pp. 218-219, ritiene che la definizione di reato non sia considerata da Matthaeus «una scelta metodica importante nell’economia dell’opera e che non costituisca una tappa necessaria nell’elaborazione della parte generale. 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 [il nostro] autore a rimanere vincolato, quanto alla *diffinitio*, ai testi antichi, disperdendosi inevitabilmente tra le fonti romane nella ricerca di una corretta ed univoca nozione».

⁴⁸ Pifferi, *Generalia*, p. 219.

⁴⁹ Santalucia B., *Diritto penale e processo penale nell’antica Roma*, Milano, 1998, p. 67; sul processo penale in età repubblicana si veda anche Giuffrè V., *La repressione criminale nell’esperienza romana*, Napoli, 1998, in particolare pp. 20-89, e riferimenti bibliografici citati in appendice.

⁵⁰ Santalucia, *Diritto penale e processo penale*, pp. 266-267.

Nel corso del Principato si assistette, poi, alla strutturazione di nuovi crimini straordinari, estranei alle fattispecie tradizionali dell'*ordo*, «alle previsioni delle leggi e dei successivi senatoconsulti»⁵¹ e in particolare alla repressione pubblica *extra ordinem* di talune figure delittuose precedentemente perseguite con un'azione privata: Santalucia ricorda che grazie a questa nuova modalità venivano puniti con sanzioni straordinarie i ladri di bestiame (*abigei*, *abactores*), i ladri che operavano nei bagni pubblici (*fures balnearii*), i borseggiatori (*saccularii*), i ladri che si introducevano nelle case (*derectarii*), i ladri con scasso (*effractores*), i saccheggiatori (*expilatores*), i ladri notturni (*fures nocturni*), la fattispecie di *expilata hereditas*,⁵² oltre ad alcuni «crimini propri dei costumi di determinate province», come lo scopelismo in Arabia o la rottura o il danneggiamento dei terrapieni che arginavano il Nilo in Egitto.⁵³ Quindi, la *Criminalgewalt* nel periodo del Principato ricomprendeva, oltre alla repressione delle tradizionali figure disciplinate da *leges* o *senatusconsulta*, anche la persecuzione *extra ordinem* di figure originariamente private (poi ritenute socialmente così pericolose da meritare l'attenzione dei *gladii potestates habentes*) e di fattispecie di natura consuetudinaria. Se noi ritorniamo alla *definitio matthaeusiana* – «Crimen est delictum, quod publicae vindictae gratia accusatur apud eum, qui potestatem gladii habet, ad animadvertendum in facinorosos homines [...] Crimina vero per accusatores, vel extra ordinem, vel legibus publicorum iudiciorum vindicantur» – prendiamo in considerazione la *divisio generalissima* fra *crimina publica* e *crimina extraordinaria* sulla quale si struttura la 'parte speciale' dell'opera e osserviamo le varie fattispecie straordinarie, tra le quali sono ricomprese proprio le diverse tipologie di furto aggravato, il crimine di *expilata hereditas*, lo scopelismo e altre figure nate dalle costumanze, non notiamo niente di diverso rispetto alla classificazione concettuale lasciataci dal diritto romano imperiale.

La prospettiva processualistica all'interno della quale Matthaeus costruisce il concetto di *crimen*, si ripercuote inevitabilmente sull'individuazione delle cause di estinzione dello stesso, analizzate nel commento al libro XLVIII, in un capitolo – «quibus modis aut crimen aut accusatio extinguitur» – nel quale la storiografia tedesca del secolo scorso rinviene la prima completa e sistematica analisi giurisprudenziale sulle modalità di estinzione del crimine e dell'accusa.⁵⁴ A sentire Schaffstein, prima del nostro autore solo Tiraqueau e Dietrich avevano tentato un approccio incompleto e asistematico in argomento.⁵⁵ Senza soffermarci su aspetti che per *sedes materiae* verranno trattati in un prossimo contributo dedicato alle pagine processuali dell'opera, ci accontentiamo di anticipare che il criminalista assiano indica fra le cause che possono estinguere il crimine e l'*accusatio* l'espiazione della pena, l'assoluzione, la morte dell'accusatore, la prescrizione e la concessione della grazia da parte del Signore.⁵⁶ Coerentemente a una

⁵¹ Santalucia, *Diritto penale e processo penale*, p. 266; sull'evoluzione dell'*ordo iudiciarius* in età imperiale, Giuffrè, *La repressione*, pp. 91 e ss. e riferimenti bibliografici citati in appendice.

⁵² Santalucia, *Diritto penale e processo penale*, pp. 266-267.

⁵³ Santalucia, *Diritto penale e processo penale*, p. 268.

⁵⁴ Schaffstein, *Die allgemeine Lehre*, pp. 202 e ss. Deciani, *Tractatus*, II, IV, n. 4, accenna soltanto alle cause di estinzione del reato: «tempore, transactione, remissione, indulgentia, morte rei vel accusatoris, tolerantia, expiatione, absolutione, compensatione». Sul punto, Pifferi, *Generalia*, p. 21.

⁵⁵ Schaffstein, *Die allgemeine Lehre*, pp. 202 e ss. e bibliografia ivi citata.

⁵⁶ Cfr. *supra*, Introduzione, par. II.

concezione ormai completamente pubblicistica di *Criminalgewalt*, Matthaeus esclude dalle cause di estinzione del crimine e dell'accusa la transazione, pur riconoscendone l'operatività nella pratica giudiziaria. Nel commento agli *usus fori ultrajectini*, infatti, l'autore tratta dell'ammissibilità di *transactiones* o *pactiones* fra reo e offeso o reo e giudice, con particolare riferimento alla *vis* della *pactio* nei confronti dell'inquirente.⁵⁷

3.2. La classificazione dei crimini. Premessa

Il ricorso a figure sfumate, come lo stellionato, i *delicta innominata* o gli stessi *crimina extraordinaria* è un tratto tipico di un sistema, quello di diritto comune, nel quale l'evidente incapacità della legge di disciplinare in maniera esaustiva tutte le fattispecie meritevoli di sanzione, lascia ampi margini all'intervento creativo di *interpretes* e giudici.⁵⁸ Come è stato osservato,

[l]a dottrina cinquecentesca fatica ad uscire da questa condizione; apertamente ammette e teorizza un'ampia serie di 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 possibile di illeciti meritevoli di sanzione, induce i giuristi a ricorrere ad istituti sufficientemente flessibili per garantire modulabilità ed efficacia all'intervento punitivo: il *crimen doli* a tal punto è paradigmatico. 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.⁵⁹

Anche Matthaeus, pur tentando una razionalizzazione del sistema e una limitazione della discrezionalità del giudice, non riesce (e molto probabilmente, neppure vuole) distaccarsi completamente da un sistema che non riconosce ancora la legge scritta quale massima espressione della *potestas principis* e che ammette ancora il ricorso all'analogia quale freno all'arbitrio giudiziale.

⁵⁷ In argomento si vedano Manzini V., *Trattato di diritto penale secondo il Codice del 1930*, III, Torino, 1934, p. 485; Padoa Schioppa A., *Delitto e pace privata nel pensiero dei legisti bolognesi*, in «Studia Gratiana», 20, 1976, pp. 271-286; Padoa Schioppa, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, pp. 209-250; Zorzi A., *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 siècle)*, a cura di Rousseaux X. e R. Levy, Bruxelles, Facultés universitaire Saint-Louis, 1997, pp. 47-63.; Zorzi A., *Politica e giustizia a Firenze al tempo degli ordinamenti antimagnatizi*, in «Ordinamenti di giustizia fiorentini, Studi in occasione del VII centenario», a cura di Arrighi V., Firenze, 1995, p. 108; Vallerani M., *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, 2005, pp. 167-209; Sbriccoli, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica*, pp. 309-313.

⁵⁸ Si veda, in argomento, Vassalli G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in «Digesto Disc. Pen.», VIII, Torino, 1994, p. 287; Vassalli G., *Nullum crimen sine lege*, estratto da «Giurisprudenza italiana», vol. XCI, Torino, 1939, in particolare pp. 30-34; Pifferi, *Generalia*, pp. 272 e ss. Sul principio di legalità in età comunale Nicolini U., *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, Padova, 1955.

⁵⁹ Pifferi, *Generalia*, p. 274, si richiama a Claro, *Liber V*, par. Finalis, qu. 83, n. 2.

La *divisio* presentata all'interno del *De Criminibus*, individua nella premessa un primo criterio discreetivo: la maggior parte delle *distinctiones* derivano o *ex verbis legum* o *ex mente et sententia*,⁶⁰ e, tra queste, quelle 'accettate' sono fra reati commissivi e omissivi, fra reati *graviora et leviora*, fra reati capitali e non capitali,⁶¹ fra reati comuni e *proprii certo hominum generi*, fra reati pubblici e straordinari, mentre quelle *reiectae* fra crimini nominati e innominati,⁶² fra reati notori e occulti,⁶³ fra *delicta in se* e *delicta quia prohibita*.⁶⁴

⁶⁰ DC *Prolegomena*, 4.1.

⁶¹ Per Matthaeus sono reati capitali quei crimini che riguardano lo *status* e la vita del reo e che sono sanzionati con la pena di morte, con la perdita della libertà o dei diritti di cittadinanza, mentre sono non capitali quei crimini che riguardano altri diritti, comunque tutelati dalla legge, ma sanzionati con pene corporali o pecuniarie (DC *Prolegomena*, 4.5., ove si citano D. 48.1.2.; Inst. 4.18.2.; D. 48.19.7.; D. 48.19.6.2.; D. 48.19.7.). L'autore si sofferma sulla *significatio* del termine *capitale* che, in realtà, nella lingua latina ricomprendeva letteralmente tutti quegli aspetti che, oltre ad essere pertinenti alla vita dell'individuo, incidevano sulla sua reputazione, data l'equiparazione nel sentir comune all'epoca fra la vita del *cives* e la sua fama (DC *Prolegomena*, 4.5., ove si fa riferimento a D. 4.2.8.2.). Il criminalista, tuttavia, rileva che, nel senso proprio del termine, il latino *capitale* stia a indicare solo la perdita della vita o della cittadinanza (D. 50.16.103.).

⁶² La dottrina medievale qualificava come crimini nominati quelli identificati dalla legge con un *nomen iuris* determinato e specifico – si pensi al furto – e come innominati quei delitti che non venivano individuati dalla legge con una denominazione precisa, ma sulla base di un fatto che poteva, di per se stesso, integrare una fattispecie criminosa. È evidente la rilevanza pratica, dal punto di vista processuale, di tale distinzione che, nel caso di crimine innominato, ricadeva sulla prova delle circostanze che dovevano accompagnare il fatto posto a base della fattispecie, perché esso potesse essere sanzionato (si veda Farinaccio, *Praxis*, I, III, qu. 18, nn. 19-20, che offre una panoramica completa circa lo stato della questione). Sul punto Calisse, *Svolgimento storico del diritto penale*, p. 275 e Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, p. 75. Matthaeus sottolinea l'illogicità di una *distinctio* che troverebbe la propria giustificazione nel fatto che, mentre si può frustare taluno o entrare in una casa altrui senza commettere un crimine, non si può commettere un furto, un omicidio o un adulterio senza commettere reato. In una costruzione sistematica, quella del *De Criminibus*, che trova al proprio apice il concetto di *crimen*, è inconcepibile che «la specie sia definita prima del suo genere» e che si possa qualificare come criminoso «il frustare qualcuno o l'entrare in una casa se prima non si è definito il reato come genere» (DC *Prolegomena*, 4.14). È evidente, infatti, che una stessa condotta possa essere qualificata reato o meno a seconda del soggetto attivo o passivo dello stesso: un maestro che bastona l'allievo non commette crimine, mentre lo commette chi, senza vincolo correttoriale, percuote un altro individuo. E questo, a sentire il nostro autore, non è certamente un crimine innominato, così come non è reato innominato giacere con una donna, dal momento che se il soggetto attivo è il marito non commette reato alcuno, mentre se non lo è il reato, lo stupro, non è certamente innominato. Il criminalista ritiene che, nella *sylva* di *casus* riportati dagli *interpretes*, l'unica ipotesi di crimine innominato configurabile sia l'insolvenza fraudolenta, «reato [...] per il quale si agisce solo quando il fatto non trovi una diversa configurazione criminosa nella legge», ricomprendendo differenti ipotesi a diverso titolo fraudolenta nella figura del *crimen doli ex* D. 47.20.3.1. (DC *Prolegomena*, 4.13.).

⁶³ Il *crimen notorium* «rappresenta[va][...] un punto di confine, per quanto alto, nel sistema della prova indiziaria» (Rosoni, «*Quae singula non prosunt* [...]», p. 62) e si poneva come elemento decisivo nella risoluzione pratica del procedimento, dal momento che escludeva la necessità di dar prova del crimine [Baldo, *In IV et V Codicis libros commentaria, Divi Adriani, De probationibus*, n. 6: «notorium est quod sine rubore negari non potest»; da Budrio A., *Tractatus de notorio*, nei *Tractatus universi iuris*, Vol. IV, Venetiis, 1584, II, n. 1: «notorium est probatio indubitata et finita quae nulla aget discussione»; Farinaccio, *Praxis*, qu. 21, nn. 14 e ss. Per ulteriori riferimenti dottrinali, Rosoni, «*Quae singula non prosunt* [...]», p. 63, n. 50. Il *crimen notorium*, nelle varie classificazioni individuate dai criminalisti di diritto comune, sarebbe stato o quello commesso *palam et inspectante populo* o quello che risultava evidente «ex actis, vel instrumentis publicis [...] quod testibus in iudicio probatum est; quod reus in iure confessus est; de quo iudicatum est» o quello di cui tutti sapevano, dal momento che sembrava che «etiam famam notorium facere» (DC 48.15.1.2.). Matthaeus, chiedendosi «qui potest fama notorium facere [...]?» (DC 48.15.1.2.), non senza qualche ironia, risponde che si possa parlare di *crimen notorius* solo quando l'atto è stato perpetrato «palam et inspectante populo, vel in conspectu iudicis et circumstantis coronae

3.2.1. L'omissio

La definizione e la modalità sanzionatoria dei crimini omissivi è uno degli aspetti di teoria generale del reato che hanno maggiormente impegnato i criminalisti di diritto comune a causa dei diversi e complessi aspetti che l'argomento potenzialmente va a coinvolgere. Il primo concerne la possibilità di perseguire violazioni alla legge morale e, quindi, tocca i delicati rapporti fra *forum poli* e *forum fori*;⁶⁵ il secondo, la difficoltà di sintetizzare un concetto chiaro e univoco, dal momento che dalle fonti di diritto romano e dalla casistica dottrinale emerge una figura confusa che sovrappone i reati omissivi veri e propri ad ipotesi di responsabilità indiretta,⁶⁶ il terzo è rappresentato dallo 'scoglio probatorio' della *prava cogitatio*.⁶⁷

[...]. Nec sufficiet eo modo perpetratum esse, nisi eodem loco, quo perpetratum est, accusetur, et recens sit eius memoria» (DC 48.15.1.2.); dal momento che anche il fatto notorio, nel suo complesso, può essere visto come una sorta di convergenza di molteplici indizi, circostanze o ammenicoli, neppure una successiva confessione rileva dall'onere di dover fornir la prova del crimine (DC 48.15.1.2.: «Confessio vero non idcirco relevat ab onere probandi, quod crimen notorium facit»), la conclusione è che non si possa considerare notorio alcun crimine che non sia stato legittimamente provato (DC 48.15.1.2, ove si cita D. 48.18.1.27.: «[...] tamen quoniam non aequè id constabat Romae, non aliter condemnari potueri: nisi instructa accusatione, et legitime convictis reis [...]). L'autore porta all'implosione del concetto di certezza giuridica (razionale) che aveva svolto il ruolo di cardine nel sistema probatorio comune ed interpreta sotto una luce completamente rinnovata la costituzione *Sciant cuncti* (C. 4.19.25.). Conformi a Matthaeus Claro, *Sententiae receptae*, par. final. qu. 9; Oldekop, *Observationes*, tit. 1, obs. 4 e tit. 2, obs. 14 e ss. Le osservazioni di Matthaeus in tema di *crimen notorium* saranno riprese da Cremani L., *De iure criminali libri tres*, Florentiae, 1848 I.I.VII.VIII, nota 2: «Cum vero illud notorium est, generatim constat de facto, et illius auctore; de singulis adjunctis non constat: proinde tutius est de crimine etiam notorio cognoscere servato ordine iudiciorum, quam eo neglecto subire periculum ferendae sententiae, quae iniquitatem contineat». Sul reato notorio si veda la ricostruzione di Marchetti P., *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Milano, 1994 e bibliografia ivi citata.

⁶⁴ Sul punto, Pifferi, *Generalia*, pp. 154 e 155.

⁶⁵ Conformemente al diritto romano, gli *interpretes* ritenevano che le infrazioni per omissione non avessero luogo che in ipotesi determinate, conservando anche in epoche successive carattere eccezionale. La dottrina di diritto comune si mostrò indecisa nell'individuare l'ambito applicativo, preoccupata di seguire alla lettera il diritto romano e compressa fra l'esigenza di non tollerare certi comportamenti scandalosi e offensivi contro il dovere di carità e la preoccupazione di preservare la libertà degli individui e di non creare delle nuove fattispecie delittuose a valenza generale.

⁶⁶ La stessa collocazione di queste infrazioni era problematica: Tiraqueau, *De poenis*, causa 44, consacra all'omissione una causa intera, mentre Claro, *Liber V*, par. fin., qu. 87, esamina l'astensione nell'alveo della complicità e della legittima difesa nel *crimen homicidii* e Farinaccio, *Praxis*, qu. 125, in relazione all'omicidio e alla legittima difesa, come anche Damhouder, *Practica*, c. 80. Sulle difficoltà classificatorie di Claro si veda Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, p. 84 e nota 87, ove riferimenti anche a Tiraqueau.

⁶⁷ Se, in applicazione del principio «cogitationis poena nemo patitur», è richiesta l'esteriore manifestazione di un atto materiale, causa diretta dell'evento dannoso, risulta assai difficile considerare l'omissione come causale, quando non esista un atto e qualora l'omissione non sia la causa unica dell'evento, né la causa diretta del danno prodotto. I criminalisti tedeschi di inizio XVI secolo consideravano in generale l'omissione come causale in tutti i casi nei quali essa rientrava tra gli avvenimenti che avevano contribuito alla realizzazione del danno (Cosi Laingui, *La responsabilit *, p. 108). In argomento anche Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, pp. 84-85: «[...] Claro, il quale non solo ritiene che "qui male dicit, malefacit", ma anzi, addirittura, che "qui male cogitat, quandoque etiam dicitur malefacere, et ex mala cogitatione punitur". C      vero comunque non per il diritto civile, quanto piuttosto per il diritto canonico: gli inquisitori infatti sogliono punire anche "l'hereticum in mente"». Sul principio, si vedano in particolare Isotton R., *Crimen in itinere. Profili della disciplina del tentativo dal diritto comune alle codificazioni penali*, Milano, 2006, pp. 9 e ss., ove maggiori ragguagli bibliografici; Mereu, *Storia del diritto penale*, pp. 98 e ss.; Cavanna A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, Milano, 1970, pp. 17 e ss., 24 e nota 47, 29 e nota 54, 54 e ss. e bibliografia ivi citata.

Ciò detto, la scienza di diritto comune, ancora fatalmente legata al metodo casistico e senza formulare principi troppo generali, non ammette che l'individuo possa, in tutti i casi, rifiutarsi di portare soccorso ad altri o di farsi l'ausiliario volontario della giustizia, denunciando i crimini e i loro autori.⁶⁸ Due soli aspetti non destano preoccupazione: salvo rare ipotesi, l'omissione colpevole è considerata un fatto meno grave rispetto all'atto fattivo,⁶⁹ così come è un dato pressoché incontrovertito che nessuno possa essere obbligato a rivelare un crimine che sa essere stato commesso o impedirlo,⁷⁰ se non nei casi espressamente previsti dallo *ius civile*.⁷¹

⁶⁸ Laingui, *La responsabilité pénale*, p. 110.

⁶⁹ Si vedano Tiraqueau, *De poenis*, causa 44, n. 1: «Mitius sunt puniendi qui in omittendo tantum delinquant [...]»; Claro, *Liber V*, par. primum, n. 10: «Est etiam communis regula, quod semper gravius reputatur delictum, quod committitur faciendo, quam illud quod committitur omittendo». Conforme Farinaccio, *Praxis*, qu. 18, nn. 22-23. La «pulcherrima quaestio», che aveva fatto «discutere» anche Bartolo – che poneva sullo stesso piano l'astensione e l'azione –, Giason del Maino – a sentire il quale «minus peccatum est in faciendo quam in non faciendo» – e Baldo, che negava la sanzionabilità di pressoché tutte le ipotesi omissive, viene risolta da Tiraqueau, *De poenis*, causa 44, nn. 22-23: «Verum tamen Jason [...] in hoc errasse videtur [...], qui a tam vulgata, ab omnique probata sententia desciverit, nixus, levibus admodum, infirmisque atque exilibus argumentis et rationibus. Nam apud omnes in confesso est delictum quod in committendo consistit, gravius esse, ideoque severius plecti oportere caeteris paribus, quam quod in omittendo est». Nell'esposizione di questa quarantaquattresima causa, una delle più lunghe del *De poenis*, il giurista francese conclude che sia «più virtuoso commettere un fatto *in non faciendo* che *in faciendo*, anche se in questo frangente possono sorgere dei dubbi sul fatto di parlare di virtù» (Tiraqueau, *De poenis*, causa 44, n. 55). È evidente, in questo passaggio, l'influenza di San Tommaso, *Summa theologiae*, II-II, qu. 72, art. 6: «d'omissione è semplicemente la negazione dell'atto di virtù, mentre la trasgressione espressa per commissione ne è il contrario»). Similmente anche Claro, *Liber V*, par. fin., qu. 60, n. 10, che esprime questa opinione in termini molto generali, allorquando rifiuta di assimilare gli atti positivi del demente e del prodigo in campo penale. Tiraqueau, *De poenis*, causa 44, n. 46, ha il sostegno di una dottrina identica, fornita da *exempla* tratti dal diritto romano. Nello stesso senso Farinaccio, *Praxis*, qu. 18, n. 23: «[...] et ita communiter ab omnibus receptum esse testatur Tiraquellus [...], ubi late relatis et reprobatis contrariis hanc comprobant conclusionem et iuribus et rationibus et doctorum etiam theologorum aut autoritatis». Cfr. *Additiones in Julium Clarum*, ad par. primum, n. 22. Sul punto si veda Laingui, *La responsabilité*, pp. 110-111.

⁷⁰ Farinaccio, *Praxis*, qu. 51, n. 2, in proposito, scrive: «De jure civili nemo tenetur obviare delicto, aut insultatum defendere, etiam quod commodum et sine periculo possit». Nello stesso senso Boerius (Bohier) D.N., *Decisiones aureae Parlamenti Burdegalsensis*, Lyon, 1620, dec. 83, n. 6, e Claro, *Liber V*, par. fin., qu. 87, n. 1: «Communis enim est doctorum sententia, quod non tenetur quis obviare delicto, etiam clamando vel revelando».

⁷¹ Per giustificare l'assunto, gli autori mostrarono che, se il diritto romano obbligava espressamente alcuni soggetti alla difesa di determinate persone, *a contrario* non imponeva quest'obbligo a coloro che non venivano espressamente richiamati dalla norma. Si veda Farinaccio, *Praxis*, qu. 51, n. 4: «Probatur haec regula [...], ubi speciale est in servo, qui tenetur, si scivit delictum esse committendum in dominum, et non, prohibuit, vel juravit, ergo in contrarium est jus commune in aliis hominibus. Item, [...] quod metus causa ubi quod licite potest quis recipere pretium vel pecuniam pro liberando alio ab injuria, vel offensa a tertio inferenda. Ergo sequitur quod ad id de jure non teneatur quia si teneretur, turpiter acciperet [...]». I frammenti richiamati dal giurista romano sono D. 4.2.9.1. e D. 29.5.1.28 e il ragionamento è 'preso a prestito' da Bartolo, *Ad D. 50.17.50*, in *Opera omnia*, IV, II, p. 704: «De jure nostro habemus quod non debeo me interponere regulariter». Sul punto, Laingui, *La responsabilité*, p. 114. Tra le tante fonti di diritto romano, quella maggiormente utilizzata dagli *interpretes* era il Senatoconsulto Sillaniano che negli anni 10-11 d.C. confermò la sanzione capitale per lo schiavo che, potendo impedire l'omicidio del padrone o dei suoi figli, non lo avesse impedito (D. 29.5.1.28. «Servi quotiens dominis suis auxilium ferre possunt non debent saluti eorum anteporre»). Il servo non avrebbe potuto farsi scudo neppure con la legittima difesa. Il *Digesto*, infatti, stabiliva che, qualora lo schiavo presente sul luogo del crimine non fosse stato in grado di provare l'impossibilità di intervenire in soccorso del padrone, avrebbe dovuto essere perseguito come complice. Tacito, *Annali*, 14, 42-45, descrive un'esecuzione di massa di schiavi per una simile fattispecie

Alcuni autori, tuttavia, tentano di aggirare la restrizione, estendendo l'obbligo di intervento a tutte le ipotesi nella quali sia ravvisabile un'obbligazione di soccorso:⁷² è il diritto naturale a obbligare a prestare aiuto,⁷³ suffragato da alcune disposizioni del diritto canonico, spesso citate anche dai 'civiliisti',⁷⁴ ma, se i canonisti elaborano formule sulle quali i criminalisti possano appoggiarsi allorquando si tratti di sanzionare comportamenti omissivi,⁷⁵ nondimeno la tendenza generale, al di fuori del foro penitenziale, è di non considerare sanzionabile l'omissione se non nei casi determinati dalla legge.⁷⁶ E il ragionamento, più che sull'obbligazione di denunciare il crimine già consumato, si sposta sulle ipotesi nelle quali l'omissione di impedire la commissione di un crimine o l'omissione di soccorrere la vittima costituisca un fatto penalmente rilevante.⁷⁷

nell'anno 61, nonostante buona parte del senato si fosse sforzata di impedire quello che era accaduto. Sul Senatoconsulto Sillaniano, Mommsen, *Le droit pénal romain*, II, pp. 346-347.

⁷² Il diritto romano offre un'immensa casistica in argomento: si pensi a D. 50.17.50 che, interpretato *a contrario*, assimila l'astensione alla complicità o a D. 50.17.109 («Nullum crimen patitur qui non prohibet, cum prohibere non potest») o, ancora, a D. 9.2.45pr («Scientiam hic pro patientia accipimus, ut qui prohibere potuit, tenetur si non fecerit»), frammenti spesso utilizzati dalla scienza di diritto comune, accanto a fonti extragiuridiche, come Lattanzio, *Inst. divinae*, 6, 11 (6, 2, col. 674: «Qui succurrere perituro potest, si non succurrerit occidit», citato da Tiraqueau, *De poenis*, causa 44, n. 7, e da Sant'Agostino, *Contra Fastum*, 1,15) o Marziale, 2,34 («Non minus peccat qui indigentibus denegat quam qui habenti subtrahit»), sempre utilizzato da Tiraqueau, *De poenis*, causa 44, n. 9, e ancora in causa 44, n. 12 – «Qui potuit liberare a morte hominem et non liberavit, ille occidit» –, in causa 44, n. 13 – «Tam punitur de falso testis qui verum supprimit quam qui falsum asserit» – e in causa 44, n. 15). Sul punto Laingui, *La responsabilité*, p. 115.

⁷³ Farinaccio, *Praxis*, qu. 125, n. 300: «[...] jur [...] expressa non reperitur actio, aut poena contra non defendentem, licet [...] teneatur quodam jure humanitatis, seu civilis societatis», n. 300 e 130, n. 65: «Et in foro conscientiae, non est dubium quod valens hominem a morte liberare et non liberans [...] dicitur eum occidere et peccat moraliter».

⁷⁴ La fonte più utilizzata è *Decretum* C. 23, qu. 8, c. 34. Farinaccio, *Praxis*, qu. 125, nn. 304-306, qu. 130, n. 61, e numerosi altri criminalisti insistono sulla *stricta interpretatio* dell'obbligo di assistenza.

⁷⁵ Laingui, *La responsabilité penale*, p. 115.

⁷⁶ Claro, *Liber V*, par. Fin., qu. 87, n. 1: «Regulariter sola scientia non est punibilis, et in hoc non est difficultas, praesertim in eo qui non habet facultatem prohibendi». (Nessuno è tenuto a opporsi alla commissione di un crimine *etiam clamando vel reverendo*). Sull'origine della controversia si veda Laingui, *La responsabilité penale*, p. 118, e sulle eccezioni al principio *nemo tenetur obviare delicto*, ancora Laingui, *La responsabilité penale*, pp. 124-126.

⁷⁷ I giureconsulti parlano di *sola scientia delicti committendi* (Claro, *Liber V*, par. Fin., qu. 87, n. 1: «[...] et in primis quaeri numquid ex solo scientia delicti committendi quis puniatur») o di approvazione tacita, restringendo, tuttavia, le ipotesi di incriminazione ai soli casi di lesa maestà (Claro, *Liber V*, par. Fin., qu. 87, n. 1; Tiraqueau, *De poenis*, causa 38, n. 10: «[...] in hoc crimine, sola scientia non revelata punitur»; Farinaccio, *Praxis*, qu. 51, n. 69: «[...] crimen lesae-majestatis regulariter committitur per scientiam et non revelantem tractatum contra principem») o qualora sia ravvisabile un legame tra la persona che si è astenuta e l'autore dell'atto o la vittima (Bohier, *Decisiones aureae*, dec. 262, n. 9: «Et tenetur etiam eadem poena postquam scivit futurum homicidium in personam mariti committendum non sibi revelando et sic per consequens delicto obviare poterat»). Così anche *Additio a Claro, Liber V*, par. Fin., qu. 87, n. 5: «Uxor sciens futurum homicidium in persona mariti, et non revelans, tenetur eadem poena quam interfecto», Farinaccio, *Praxis*, qu. 51, nn. 36-37, qu. 51, nn. 36-37; *Additio a Claro, Liber V*, par. Fin., qu. 87, n. 2. Questa regola aveva luogo principalmente allorquando un padre, un marito o un padrone non si fossero messi in condizione di opporsi al delitto perpetrato da figlio, moglie o domestico, «revelando, defendendo et prohibendo, et omni quo possunt modo illi obviare» (Farinaccio, *Praxis*, qu. 51, n. 40; Claro, *Liber V*, par. Fin., qu. 87, n. 3: «[...] contra patrem praesentem homicidium patrato per filium qui potuit prohibere, et non prohibuit»). Tutti questi autori allegano la *lex Pompeia de parricidiis*. Sulla base delle medesime argomentazioni, i giureconsulti giudicarono sanzionabili magistrati, *officiales et potestates terrarum* che, potendolo, non si fossero opposti alla commissione di un'infrazione o che, essendo a conoscenza di un crimine già tentato o consumato, avessero omesso, quando fosse possibile, di prevenirlo o limitarne gli effetti (Farinaccio, *Praxis*, qu. 51, n. 50: «Officiales et potestates, si vident rixantes et ad

Matthaeus, pur non elaborando una definizione generale di *omissio*, non nutre dubbi sulla sua rilevanza penale. «Crimina vel committendo, vel omittendo contrahuntur», scrive il nostro autore, che ripropone la tradizionale sovrapposizione fra reati omissivi veri e propri, fattispecie a responsabilità indiretta e ipotesi di concorso omissivo nel crimine altrui:

Servus, cum posset, dominus non defendit, ex Senatusconsulto Silaniano ultimo supplicio adficitur [...]. Dominus cum posset, servum non prohibuit, in solido obligatur ex delicto servi [...]. Frater non detexit insidias, quas frater struebat vitae patris, ob eam rem relegatur [...]. Miles, cum possit, praepositum suum non protegit, perinde punitur, ac si manu sua occidisset [...]. Putator, ex arbore ramum deiiciens non proclamavit, non quidem legis Corneliae, extra ordinem tamen punitur. [...] Prohibere quis potuit, ne nummi adulterarentur, nec prohibuit, subiicitur poenae Legis Corneliae de falsis.⁷⁸

Diversamente da chi lo precedette, tuttavia, egli colloca il ragionamento relativo ai reati omissivi all'interno dei *Prolegomena*, nella cornice della 'teoria generale' del crimine, e concilia senza tentennamenti l'affermazione che il reato possa commettersi *praecipue* con dolo con la constatazione che la maggior parte delle omissioni sono prodotto di una qualche negligenza, propendendo per una differente disciplina sanzionatoria: così come per le fattispecie di tipo commissivo, l'omissione dolosa sarà sanzionata con la pena prevista dalla legge, mentre la mancanza colposa sarà sanzionata *mitius extra ordinem*.⁷⁹

arma ruentes debent mittere eorum curiam ad obviandum illi delicto, alias deponuntur ab officio, vel nisi esse impotens ad sensandum illam rixam» e qu. 51, n. 48: «Dux belli tenetur obviare delicto committendo per ejus milites»; nello stesso senso Claro, *Liber V*, par. Fin., qu. 87, n. 4). L'omissione di soccorso è figura trattata da numerosi criminalisti come un aspetto della legittima difesa (Bohier, *Decisiones aureae*, dec. 83, n. 6; Farinaccio, *Praxis*, qu. 51, n. 57: «Obviare delictis, licet quis non teneatur, potest tamen si vult»; Farinaccio, *Praxis*, qu. n. 58: «Defendere insultatum, etiam insultantem occidendo unusquisque potest»; Damhouder, *Practica*, folio 84, v., folio 85, r.). L'obbligo di soccorrere incombe *ex iure naturali* sui depositari dell'autorità pubblica, così come su coloro che sono legati da un vincolo di sangue o dipendenza (Damhouder, *Practica*, folio 84, v. Nello stesso senso Farinaccio, *Praxis*, qu. 125, nn. 307-315).

⁷⁸ Dalle fonti citate è evidente come anche il nostro autore non avesse ancora le idee chiare in argomento. Fra i *loci* normativi, D. 29.5.1.8. che, in forza del Senatusconsulto Silaniano, sanzionava con la pena capitale il servo che, pur potendo, non avesse difeso il proprio padrone; D. 9.2.45. - D. 9.4.9. - C. 3.41.4. - D. 47.6.1.1. che stabilivano la responsabilità in solido del padrone per mancato impedimento del reato del servo; D. 48.9.2. che puniva colui che non avesse 'sventato le insidie' portate al padre dal proprio fratello; D. 49.16.6.8. che sanzionava il soldato che non aveva salvato il proprio superiore dalla morte; D. 48.8.7. che puniva *extra ordinem ex Lege Cornelia* colui che, potando un albero, non avesse avvisato chi si trovava al di sotto; D. 48.10.9.1. che puniva *ex Lege Cornelia de falsis* chi non aveva impedito un falso nummario. Ai *loci* normativi l'autore aggiunge *exempla doctorum*: sono reati omissivi quello commesso dal littore che, pur potendo, non ha catturato un colpevole, e quello del pubblico accusatore che, per pigrizia, per favore o per qualche altro motivo non propriamente legittimo, non ha proceduto contro chi si è macchiato di qualche crimine.

⁷⁹ DC *Prolegomena*, 4.1: «Non enim diximus dolo tantum crimen contrahi. Sed praecipue dolo, contrahi tamen et culpa».

3.2.2. La *divisio ex qualitate criminis*

Ancora a XVI secolo inoltrato la *divisio crimina levia, gravia o atrocia, atrociora, atrocissima* è incerta: Claro dà conto dell'estrema vischiosità della questione,⁸⁰ con una dottrina discorde che oscilla tra coloro che, conformemente all'*opinio Bartoli*,⁸¹ commisurano la gravità del crimine alla sanzione a esso comminata, e coloro che, spostando l'attenzione sul grado di perversità dell'intenzione criminosa, si rimettono all'*arbitrium iudicis*.⁸²

Matthaeus indugia su entrambe le posizioni: ammettendo che l'astratta configurabilità della *sententia Bartoli* possa essere avallata qualora sia rispettata la *recta proportio* fra il crimine e la pena e rilevando come tale compito sia affidato a un «*Legumlator* spesso indotto in errore»,⁸³ egli ritiene preferibile strutturare la propria sulla base del profilo psicologico, delineando una distinzione che restringe drasticamente l'ambito di operatività del giudicante. «Crimen natura sua grave est, aut circumstantibus exaggeratur», sentenza, infatti, il nostro autore, proponendo una *divisio* che consente libertà di valutazione solo nei secondi.⁸⁴

È la stessa *naturalis ratio* che consente di individuare i *crimina graviora*, qualificabili sulla base dell'*animus* e del diritto lesa: le parole «dictat etiam naturalis ratio» suggeriscono che il criminalista, pur percependo la diversità di prospettive da cui la letteratura antica, giuridica e non, guardava alla gravità di taluni comportamenti, focalizzi l'attenzione sull'atteggiamento psicologico della condotta, necessariamente doloso perché la stessa si configuri quale crimine. Sono gravi per loro stessa natura,

⁸⁰ Claro, *Liber V*, par. I, n. 9: «Sunt etiam delictorum quaedam levia, quaedam vero gravia seu atrociora et quaedam atrocissima. In haec autem non traditur a Doctoribus certa regula».

⁸¹ Bartolo, *Opera omnia*, ad D. 48.2.6, in, t. 4, nn. 1-3: «[...] ex qualitate poenae quae pro delicto imponitur, cognoscitur qualitas et quantitas delicti; et ideo tanto gravius delictum iudicari debet, quanto gravior poena pro eo imposita reperitur».

⁸² Claro, *Liber V*, par. I, n. 9, in pr. Il criminalista alessandrino riporta della richiesta, nel XVI secolo, del Re di Spagna al Senato di Milano per mettere fine a questa incertezza; il Senato fornì, così, una lista di *crimina atrociora* che, come è noto, elencava il *crimen lesae*, la ribellione, l'omicidio, il falso nummario. Sulla *distinctio* e sull'episodio Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, pp. 76 e ss. «Bruneau, nel XVIII secolo porta l'eco di queste distinzioni nelle sue *Osservazioni e Massime*: "Ci sono, egli scrive, dei crimini gravi, atroci e straordinari: questa gradazione e divisione dei crimini fa vedere che ve ne sono di più sorta e gradi, più o meno enormi, sia per loro natura che per le circostanze che li attenuano o li aggravano. I crimini lievi, sono quelli che abbiamo trattato sommariamente, che noi chiamiamo i piccoli crimini: come le ingiurie e gli altri delitti che non impongono pene afflittive né infamanti [...]. Quanto ai crimini atroci, sono quelli che vengono istruiti straordinariamente, per *informatio*, decreti, [...], per i quali è prevista una sanzione afflittiva, come l'omicidio, la rapina, la violenza, il ratto *et huiusmodi*. Per quanto attiene ai crimini straordinari, in quanto superlativi che i latini chiamano *atrocissima*, sono l'assassinio, il duello, la lesa maestà *et similia*, per i quali le leggi ancora impongono sanzioni coma la ruota, la tenaglia, lo squartamento etc". Analogamente Laingui, *La responsabilité*, p. 36, che riporta le parole di Bruneau, *Osservazioni e massime*, che allega Claro. Sull'episodio si vedano anche Marongiu A., sub voce *Delitti (diritto intermedio)*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XII, Milano, 1964, p. 12 e Alessi, *Tra rito e norma*, pp. 60-61.

⁸³ DC *Prolegomena*, 4.3. A tal proposito, infatti, il nostro autore si chiede cosa accadrebbe se un *Legumlator*, troppo spesso indotto in errore, non rispettasse la *recta proportio*, come accadeva nelle *veteres Saxonum leges*, che comminavano la pena capitale al ladro di cavalli e quella pecuniaria a chi avesse ucciso un nobile o un semilibero, o nel *Liber Augustalis*, che irrogava la pena di morte a chi avesse accettato, con consapevolezza, il pagamento con falsa moneta (Lib. 3 tit. 40), mentre sanzionava l'adultero solo con la confisca dei beni, il taglio del naso e la flagellazione o nella Novella 134.10, che puniva l'adultero con la pena di morte e l'adultera alla fustigazione e alla clausura monastica.

⁸⁴ DC *Prolegomena*, 4.2.

quindi, i crimini *dolo patrati* e quelli che «aut divina majestas, aut honestas, aut utilitas reipublicae offenditur», come «caedes, adulterium, incestus, raptus, sacrilegium, violatio sepulchri, adulteratio monetae»,⁸⁵ con il concetto di ‘natura’ che viene richiamato per evidenziare l’oggettivo disvalore di taluni crimini che, pertanto, vengono sottratti a ogni tipo di valutazione soggettiva.⁸⁶ E così, se la sodomia, «etsi sacris paginis imbutis», è ai suoi occhi un crimine gravissimo, tuttavia esso viene considerato dal diritto romano più lieve rispetto all’adulterio, un crimine che il nostro autore ricomprende fra i *graviora*, perché contrario allo *ius naturale*.⁸⁷

⁸⁵ DC *Prolegomena*, 4.2. Matthaeus ritiene che non sia possibile amnistiare i crimini più gravi (arg. ex D. 48.16.12.; C. 9.43.1., *Codex Th.* 3.4-5) e ricorda come l’immunità ecclesiastica non sottragga al giudice gli assassini, gli adulteri o i rapitori che abbiano cercato asilo in luogo sacro (Nov. 17.7). La *distinctio* fra crimini gravi e lievi incide anche sulla fase di formale proposizione del giudizio. Il capitolo VI del titolo XIII è, infatti, chiuso da un paragrafo che tratta dei casi nei quali la legge non prescrive l’*inscriptio*: «In gravioribus, in quibus vindicandis et plena causa cognitio inscriptio necessaria est. In levioribus non item» (DC 48.13.6.9. ove si citano D. 48.2.6., D. 48.18.10., D. 1.16.9. pr., *loci* che analizzano fattispecie nelle quali le eventuali sanzioni sarebbero privative della libertà o corporali). La ragione della *distinctio*: «quoniam in gravioribus de vita et fortune hominum agitur» (DC 48.13.6.9.: la fonte è Platone, *De Legibus*, V). Non sempre, però, in *gravioribus* è richiesta l’*inscriptio*: fanno eccezione le fattispecie del marito che accusi la moglie adultera (DC 48.13.6.9., ove si citano C. 9.9.30. e C. 9.1.12.), della moglie che persegua un’offesa personale o dei propri congiunti («suam suorumve iniuriam») (DC 48.13.6.9.), dei genitori che perseguano l’omicidio dei figli e dei figli quello dei genitori (DC 48.13.6.9.), la calunnia o il reato sanzionato ex Senatusconsulto Turpillano (DC 48.13.6.9., ove si riportano C. 9.46.2., C. 9.46.4., D. 48.1.14., D. 48.16.15.2.) e la controquerela (DC 48.13.6.9. che allega D. 48.5.2.5. e ss., D. 38.2.14.). L’elencazione di Matthaeus si conclude con l’analisi di due fattispecie controverse: accusa di un Giudeo nei confronti di un Cristiano e violazione di *Landfrieden*; quanto alla prima, la dottrina contestata, adducendo C. 1.7.4., C. 1.5.4., C. 9.2.7., considerava tali fattispecie ipotesi di *crimina publica* equiparabili al *crimen lesae*; il giurista assiano, al contrario, ritiene che la decisione circa la necessità dell’*inscriptio* debba essere rimessa all’ufficio inquirente (DC 48.13.6.10.). Quanto alla seconda, è una legge del Sacro Romano Imperatore Carlo V a non richiedere l’*inscriptio* per un crimine che non ha la propria fonte nel diritto romano, ma nei costumi delle popolazioni germaniche, circostanza che non legittima la possibilità di strutturare un’eccezione alla regola (DC 48.13.6.10.).

⁸⁶ Sul punto, si veda anche Rizzelli G., *Adulterium. Immagini, etica, diritto*, in «Rivista di Diritto Romano», VIII, 2008, pp. 10 e 11. Speciale G., *Alteri ad delictum praeiuvat occasionem. A proposito di mandatum e consilium: voci dal discorso sulla responsabilità*, in «Studi per Giovanni Nicosia», Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Catania, Milano, 2007, p. 18, nota 26, dà conto delle argomentazioni di Matthaeus e riporta il pensiero – di cui, in questa sede, si sottolinea la straordinaria assonanza con quello del nostro autore – di un allievo di Styrk, Andreas Birner Brega Silesius, esponente del tardo *Usus modernus*, che nel 1690 compose la *Disputatio decima sexta de mandato delinquendi pro licentia (ad D. Iunii, anno MDCXC horis ante et pomeridi). Sect. I Generalis, de obligatione mandati ad delinquendum*, che il maestro inserì nelle celebri *Dissertationum iudicarum Francofurtensium*, Florentia, 1839, coll. 627-656: «il crimine o è grave per sua natura, o è grave per le circostanze. È la stessa *ratio naturalis* che suggerisce che tanto è più atroce e grave il delitto, tanto più gravemente esso lede la *divina maiestas*, o la stessa *honestas*, o la *salus publica*. [...] L’*arbitrium iudicis* può svolgere un ruolo determinante nella valutazione delle circostanze che rendono grave un crimine altrimenti non grave».

⁸⁷ La contrarietà dell’adulterio alla natura, collocata da Matthaeus sullo sfondo di un contesto comune a tutto il regno animale, in quanto riducibile allo *ius naturale* – «natura omnia animalia docuit (D.1.1.1.3)» – manifesta con nettezza il proprio disvalore sotto il duplice profilo della violazione delle leggi naturali che presiedono alla creazione e della malvagità di chi lo pone in essere, che distingue in negativo l’adultero da tante bestie (sul punto Rizzelli, *Adulterium. Immagini, etica, diritto*, pp. 14-15, nota 43). E questa contrarietà spingerà il nostro autore a criticare acutamente alcuni *Scriptores* che predicavano la necessità di un minor rigore nei confronti degli adulteri (DC 48.3.2.4.), circostanza sottolineata anche da Renazzi, *Elementa*, lib. IV, pars II, cap. III, XI.

E sulla contrarietà dell'adulterio (e invero anche del furto) allo *ius gentium*, Matthaeus, facendosi latore del pensiero di Cujas,⁸⁸ precisa che il maestro francese intendeva lo *ius gentium* prodotto della *naturalis ratio* «& ipsum jus naturale vocatur». La rilettura del concetto di diritto delle genti proposta dal criminalista assiano, assai distante da quella di Ermogeniano (in D. 1.1.5) e speculare alle costruzioni di Aristotele e Cicerone, va a strutturare una contrapposizione fra lo *ius gentium / naturale* e le *leges* delle singole *civitates*.⁸⁹ Nella prospettiva del criminalista assiano la sovrapposizione *ius gentium - ius naturale* consente addirittura di superare

il dubbio pirroniano sull'esistenza per natura del bene e del male e l'obiezione per cui molti popoli non condannano determinati illeciti, come gli egizi e gli spartani i furti, i germani il brigantaggio, gli antichi greci la pirateria: «id enim reclamante rationi naturali à corruptae naturae privatae profectum est».⁹⁰

Le circostanze che possono aggravare un crimine, al contrario, sono il prodotto di diversi fattori che connotano la fattispecie concreta sulla quale il giudice è chiamato a pronunciarsi: soggetti attivi o passivi del crimine e loro rapporti, oggetto, luogo, tempo e modalità di consumazione (*quando, ubi, facere, facti, pati, relationis*),⁹¹ sono aspetti talmente legati alla configurazione della fattispecie medesima, da rendere manifesta la necessità che la loro valutazione sia lasciata alla *prudentia iudicis*.⁹² Nessuna novità in questa scelta del nostro autore, che si rifà alle casistiche categorie romanistiche, e che, come già prima di lui Gomez e Deciani,⁹³ considera le circostanze come elementi che possono incidere sulla gravità del delitto e, quindi, sulla sanzione comminata, senza

⁸⁸ Cujas J., *Commentaria in libros quaestionum Aemilii Papiniani*, in *Opera omnia*, IV, Napoli, 1760, c. 280.

⁸⁹ Sul punto si veda Rizzelli, *Adulterium*, p. 10, che richiama Cicerone, *Off.*, 3.5.23 e Aristotele, *Rhet.*, I, 1373, b, 1-17.

⁹⁰ Così Rizzelli, *Adulterium*, p. 11, che fa riferimento all'edizione del *De Criminibus* di Anversa del 1761, alla p. 50.

⁹¹ Matthaeus enumera fra le circostanze che possono aggravare un crimine per sua natura lieve lo *status* del soggetto attivo e del soggetto passivo del crimine (*dignitas aut honestas*, DC 48.18.5.5.; *merita in rem publicam*, DC 48.18.5.6.; *robur vel artificium*, DC 48.18.5.7.; *numerus liberorum*, DC 48.18.5.8.; *ingenii subtilitas*, DC 48.18.5.12.; sesso, DC 48.18.4.21. e età del delinquente), i rapporti psicologici fra criminale e offeso, il luogo, il tempo e le modalità di perpetrazione (DC *Prolegomena*, 4.2) e il numero di delinquenti (DC 48.18.5.29) – «[...] crimen quoque a pluribus pro indiviso admissum, singulos in solidum obligat. [...] quae quo sunt graviora, eo etiam durius atque inclementius cum reis agendum est») – circostanze tutte che già le fonti del diritto romano indicavano quali elementi che, incidendo sulla gravità del reato o rilevando in quanto indizi relativi alla capacità o predisposizione a delinquere del reo, erano fondamentali nella valutazione del giudice relativamente all'irrogazione della pena, sia dal punto di vista qualitativo che quantitativo. Matthaeus porta gli esempi dell'ingiuria e del furto, crimini per loro natura certamente non gravi. Il primo, tuttavia, può essere aggravato se l'insulto è rivolto dal servo al padrone, dal liberto al padrone, dal cittadino al magistrato, se è commesso nel Foro in presenza del giudice o durante un ufficio religioso. Il furto può, invece, essere aggravato qualora riguardi una cosa sacra o pubblica, quando la sottrazione avvenga in luogo sacro, durante spettacoli pubblici, con armi o dopo un'effrazione.

⁹² Sulle *rationes*, per stabilire quando un reato possa qualificarsi grave, lieve o atrocissimo *iuxta facti et personarum qualitatem*, ci si affida alla *prudentia iudicis*: «qui iudex id potissimum iudicabit, secundum loci et civitatis consuetudinem» (così, Farinaccio, *Praxis*, I, III, qu. 18, nn. 63-90.). Cfr. Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, p. 79.

⁹³ Gomez, *Variarum Resolutionum*, XI, n. 7. Sulla prospettiva decianea Pifferi, *Generalia*, p. 211.

alterarne l'essenza o la tipicità.⁹⁴ Le conclusioni del giurista udinese e di Matthaeus, in particolare, appaiono qui identiche: le circostanze sono variabili che connotano il reato e, quindi, il profilo sanzionatorio, ma che non alterano il *factum criminis*,⁹⁵ né determinano l'impossibilità di arrivare a una sentenza di condanna nel caso di mancata *probatio* delle circostanze riportate nell'atto introduttivo del giudizio.⁹⁶

3.2.3. Reati comuni e reati *proprii certo hominum generi* ⁹⁷

Altra classificazione, interessante ma problematica, affrontata nel *De Criminibus* è quella fra reati comuni e reati propri: i primi possono essere commessi da chiunque, mentre i secondi solo da individui che si caratterizzano per una determinata qualifica o un determinato *status* soggettivo, come i militari e i religiosi.⁹⁸

Soffermandoci sull'inclusione del *crimen peculati* nella categoria dei crimini comuni, possiamo dedurre una diversa modalità classificatoria rispetto a quella consolidata nella dottrina moderna e contemporanea: l'autore, infatti, non fonda la distinzione sulla qualità soggettiva dell'agente, ma considera *crimina propria* quelli commessi da un soggetto «sottoposto ad un diverso ordinamento, come è il caso del religioso, o ad un ordinamento singolare, come è il caso del militare».⁹⁹

⁹⁴ Matthaeus è il punto di partenza della riflessione di numerosi criminalisti del XVII e della prima metà del XVIII secolo che iniziarono a orientare l'analisi relativa alle *qualitates delicti* sull'aspetto sostanziale più che su quello processuale. L'*opinio communis*, al contrario, a partire da Cino, *Lectura super Codice*, Francoforti ad Moenum, 1578, rist. an. Roma, 1998, in C. 4.19.1, n. 3, f. 211vb, richiedeva che le circostanze, indicate nell'atto introduttivo del procedimento, foss'esso *accusatio* o *inquisitio*, dovessero essere provate. Ulteriori indicazioni in Pifferi, *Generalia*, pp. 126 e 127 e 126, nota 59.

⁹⁵ Nota Pifferi, *Generalia*, p. 211: «Sugli *accidentalibus* 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, e hanno la proprietà di 'specializzare' il fatto commesso aumentandone o diminuendone la gravità. Possono essere presenti o mancare senza che ciò alteri la fattispecie tipo. Nessuna novità nell'elenco di questi caratteri, che risalgono alle fonti romane: moderna è invece la definizione di circostanze e la loro collocazione sistematica nella teoria generale del reato».

⁹⁶ Sugli aspetti processuali del reato circostanziato, Pifferi, *Generalia*, pp. 126 e ss. La distinzione fra crimini gravi e lievi viene trattata anche in uno dei settori del *De Criminibus* che hanno reso a Matthaeus fama imperitura, quello dedicato alla prova indiziaria. La *Indizienlehre matthaeusiana*, partendo dalla constatazione che il giudice, perché è la legge (*rectius*, il diritto romano) che glielo consente, possa servirsi di ogni tipologia di prova per formare la propria convinzione *ex animi sui*, ammette la prova indiziaria sia per i crimini lievi che per quelli gravi, negando, tuttavia la possibilità di condannare taluno sulla base di soli sospetti, quand'anche si trattasse di autori dei crimini più gravi: «Nemo enim ex suspitione damnandus, seu gravioribus, seu levioris criminis reus sit» (DC 48.15.6.1); «Aliud suspicio est, aliud argumentum necessarium. Suspicio in alieno pectore est: argumenta ex re ipsa ducuntur» (DC 48.15.6.3.). Relativamente alla prova indiziaria, si rinvia a un prossimo studio dedicato alle pagine processuali dell'opera.

⁹⁷ Il titolo del paragrafo riprende la classificazione datane da Matthaeus in DC *Prolegomena*, 4.6.

⁹⁸ DC *Prolegomena*, 4.6.

⁹⁹ DC *Prolegomena*, 4.6.: «Crimen militare est, quod quis admittit, qua miles», come assentarsi senza motivo dal campo oltre il tempo stabilito per il congedo, abbandonare la guardia, uscire dallo schieramento di battaglia nel corso di un combattimento, trattenere il bastone del centurione che applica una punizione (DC *Prolegomena*, 4.6, ove si citano D. 49.16.2.; D. 49.16.3.). «Clericorum crimina sunt, quae admittunt qua clerici, contra sacros canones», come abbracciare il sacerdozio per desiderio di ricchezza o ribellarsi al proprio vescovo (DC *Prolegomena*, 4.6., che cita Claro, *Receptae Sententiae*, V, par. 1, n. 7 e Farinaccio,

In questo contesto, il giurista prende l'occasione per criticare gli *Interpretes Pontificii*, rei di aver proposto una differente classificazione, *intuitu clericorum*: quella che distingueva fra *crimen ecclesiasticum*, *crimen saeculare* e *crimen commune*. I crimini ecclesiastici erano quelli «cuius cognitio ad Ecclesiam pertinet, etiamsi admissum sit a laico, veluti haeresis, et simonia»; quelli secolari quelli che, se commessi da un laico, venivano rimessi all'esclusiva cognizione del giudice secolare, come l'omicidio, il furto e altri. I crimini comuni, invece, erano quelli che, quand'anche commessi da un laico, potevano venir rimessi sia alla cognizione del giudice secolare che a quella del giudice ecclesiastico, come l'adulterio, il concubinato, la sodomia, la magia o l'usura. Quindi, riserva esclusiva di giurisdizione per i crimini relativi al dogma; giurisdizione concorrente per quelle fattispecie che, oltre a costituire figure penalmente rilevanti, erano anche *pertinentes ad fidem* (quindi, sanzionati dallo *Ius Divinum*), a cui si deve aggiungere il *privilegium fori* (*ecclesiastici*) per tutti i crimini, qualora commessi da chierici.

Il giurista protestante, che non si fa attendere ogni qual volta si tratti di 'impugnare la penna' contro i successori di Pietro e il suo gregge di 'Tonsurati', rivolge una pesante critica ai 'collegi' canonisti:

Con quale irrisione per le leggi del Principe, essi hanno sottratto alla giurisdizione dei magistrati i chierici, definendo astutamente di natura mista, oppure disciplinati sia dal diritto divino che da quello umano, quei reati di cui non potevano *sine manifesta calumnia* rivendicare la giurisdizione esclusiva.¹⁰⁰

In realtà, a sentire il nostro autore, la classificazione è smentita dagli stessi teologi, che hanno provato che il diritto divino non sottrae nessun individuo, chierico o laico che sia, al potere secolare; inoltre, il *privilegium fori* è concesso agli ecclesiastici solo nelle cause civili.¹⁰¹

Praxis, qu. 8, n. 132). La *distinctio* e relative argomentazioni sono riprese in terre di Germania un secolo più tardi da Meister der Ältere, *Principia iuris criminalis*, I ed., Göttingen, 1760, parte II, parr. 8, 10, 9.

¹⁰⁰ DC *Prolegomena*, 4.6.

¹⁰¹ Gli ultimi due paragrafi del Commentario a D. 48.13., carichi di *vis polemica*, completano la trattazione iniziata nei *Prolegomena* relativamente al *privilegium fori* che le costituzioni pontificie concedevano agli ecclesiastici sia *in civilibus* che *in criminalibus*, stabilendo, altresì, il divieto espresso di rinunciare a tale privilegio (DC 48.13.5.15.). Matthaeus afferma senza tentennamenti che siffatte statuizioni sono contrarie sia al diritto (civile e naturale) che alla volontà divina (DC 48.13.5.15.): «Nam nec subtrahere se suosque legibus civilibus Pontifices potuerunt, quos sacra pagina potestatibus huius seculi aperte subiicit; et valde impotente clericis suis dominantur, cum vetant eos beneficio suo renuntiare; quandoquidem hoc naturae consentaneum est, posse unumquemque aliquid de iure suo remittere». A suffragio della propria cruda considerazione, il criminalista assiano narra due episodi storici: il primo, relativo a un Senatoconsulto emanato approssimativamente l'anno 48 d.C. a Tolosa, con il quale si concedeva al magistrato ordinario di punire con pene gravi l'*impudicitia* dei chierici, qualora il giudice ecclesiastico avesse lasciato correre; il secondo, 'mutuato' da Imbert, protagonista un certo sacerdote di Arles, condannato a morte dal Senato cittadino per il rapimento e lo stupro di un bambino di 6 anni, e salvato dall'Arcivescovo che non si vergognò di interdire al senato i fatti di culto, «perinde ac si morte aeterna luendum scelus esset, attingi caput flagitiis contaminatum a Magistratu seculi» (DC 48.13.5.15.) (in nota 8 al loco, Nani sostiene che il *privilegium fori ecclesiastici* di cui i clerici godono sia nelle cause civili che in quelle criminali non sia prodotto del diritto divino, ma della liberalità dei Principi e si chiede se gli ecclesiastici siano così propensi al vizio da difendere il loro privilegio con così tanta vigoria). Sulla ripartizione di competenza giurisdizionale fra foro secolare ed ecclesiastico si veda anche Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, pp. 74-75. Claro distingue fra reati *mere ecclesiastica*, la cui cognizione era riservata a giudici ecclesiastici anche nei casi nei quali il reo fosse un laico, come simonia o eresia, delitti secolari, come

Matthaeus allega il ‘solito’ diritto romano: le costituzioni imperiali pregiustinianee attribuivano la giurisdizione per i crimini commessi dai religiosi al Preside nelle Province e al Prefetto del Pretorio a Roma, mentre il giudizio innanzi al Vescovo era consentito soltanto qualora fosse l’attore a volerlo.¹⁰²

Giustiniano con le novelle 83 e 123.21 distinse fra cause pecuniarie e cause penali: nelle prime si doveva adire il Vescovo, che avrebbe concluso la lite *celeriter et sine scriptura solemnibus* e, solo qualora lo stesso non avesse potuto o voluto giudicare, il procedimento sarebbe stato rimesso al giudice ordinario. In *criminalibus*, invece, in un giudizio instaurato per giudicare un reato proprio dei chierici, la giurisdizione sarebbe spettata al Vescovo, mentre nel caso di reato comune sempre e comunque al giudice civile, che avrebbe dovuto pronunciarsi nel termine di due mesi. In questo secondo caso, inoltre, pendente procedimento, l’ecclesiastico avrebbe dovuto essere privato della dignità sacerdotale. Se questa è la volontà di Giustiniano, si chiede Matthaeus,

quid contra Pontifices? Tanta in eis fuit humilitas atque modestia, ut uti beneficio Imperatoris non sustinuerint. Imo servus ille servorum Dei, non modo prorsus exemit tonsum gregem iurisdictione magistratuum, sed et magna vi privilegio fori uti coëgit, ablata penitus renuntiandi potestate: se vero a nemine iudicare posse asseruit, qui spiritualis a nemine iudicatur, ipse autem iudicat omnia.¹⁰³

«Evidentemente», continua il nostro autore, assai critico nei confronti dei successori di Pietro, «abbiamo mal interpretato il senso delle parole: *si servus servorum summus est, nulliusque iurisdictioni obnoxius: si utrique gladio armatus; atque tanquam sol lunam, ita Papa despicit Imperatorem*»;¹⁰⁴ una ‘stoccata’ *ex post* a Papa Innocenzo III e, del resto, le parole del Rettore di Utrecht sono solo un assaggio, rispetto a quelle ancor più aspre che pronuncerà in tanti *loci* dell’opera contro le gerarchie ecclesiastiche.

3.2.4. «Aujourd’hui les peines sont arbitraires en ce royaume».

L’Hauptproblem dell’età Barocca: la *divisio crimina publica* e *crimina extraordinaria* e l’*arbitrium iudicis*

Anche la *distinctio crimina publica-crimina extraordinaria* giocava un ruolo fondamentale nell’età Barocca quando «stabilire canoni e misura delle scelte operabili *a iudice*, fuori dalle figure legali tassative [e]ra un *Hauptproblem*»,¹⁰⁵ dal momento che, come rilevava Carpzov, «omnia iudicia» erano «extraordinaria».¹⁰⁶ In pieno XVII secolo l’adagio ‘scol-

l’omicidio o il furto, dal momento che «si a laicis committantur soli iudices seculares cognoscunt» e comuni o misti, come adulterio, concubinato o sodomia, per i quali, se commessi da laici, la cognizione spettava sia al giudice ecclesiastico che a quello secolare.

¹⁰² C. 1.3.32.(33.) e C. 1.4.13.

¹⁰³ DC *Prolegomena*, 4.6., ove l’autore fa riferimento alle *Extravagantes Communes*, 1,8,1; X.2.2,12; X.2.2,18.

¹⁰⁴ DC *Prolegomena*, 4.6.

¹⁰⁵ Così Cordero, *Criminalia*, p. 505; cfr., Schmidt, *Einführung*, pp. 166-169.

¹⁰⁶ Cordero, *Criminalia*, p. 505, che fa riferimento a Carpzov, *Practica*, I, qu. 25, n. 1.

pito' da Jean Imbert nella sua *Practica* – «Aujourd'hui les peines sont arbitraires en ce royaume» – era ormai una costante nella prassi giudiziaria.¹⁰⁷

Alla rigidità del sistema sanzionatorio faceva, infatti, da contrappeso la discrezionalità del giudice nell'arbitrare la sanzione: «Non solo la dottrina ma anche e soprattutto la prassi dei grandi tribunali europei [...] affermò questa amplissima latitudine dei poteri di arbitrio giudiziale nell'irrogazione delle pene».¹⁰⁸ Ed era *opinio communis* che questo diritto si dovesse esercitare in casi precisi, sulla base di principi dettati dalla ragione e dall'equità e nell'alveo della pratica consolidata degli *usus fori*.¹⁰⁹

Non stupisce, quindi, che Matthaeus dedichi ampio spazio all'argomento nei *Prolegomeni* dove, 'saccheggiando' letteralmente Platone,¹¹⁰ anticipa le pagine

¹⁰⁷ Carbasse, *Introduction*, pp. 167-168, nota: «Il ruolo del giudice penale era, quindi, considerevole. Egli doveva valutare caso per caso, in concreto, la gravità intrinseca di ciascuna infrazione e l'esatta colpevolezza del suo autore. Egli doveva a questo fine esaminare dettagliatamente tutti gli elementi costitutivi del delitto: non solamente il fatto stesso e le sue circostanze obiettive di tempo e luogo, ma altresì la personalità del delinquente – età, sesso, condizioni, rapporti con la vittima, capacità di discernimento – e in generale le diverse cause di esonero, attenuazione o al contrario inasprimento della pena. [Era] in questo apprezzamento globale dei diversi parametri del delitto che si fonda[va] la questione della responsabilità del delinquente: il giudice la misura[va] in ciascuna fattispecie, per un'analisi precisa di tutte le circostanze dell'infrazione, che egli [avrebbe] valutato in coscienza». Sull'origine del sistema, che Schnaper va a ricercare nella giustizia signorile in età feudale, si vedano Schnaper, *Les peines arbitraires*, pp. 237-277 e Schnaper B., *Les peines arbitraires du XIII au XVIII siècle (doctrines savantes et usages)*, in «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», 1974, pp. 81-112; His R., *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*, I, 1920, pp. 249 e ss.; Van Caenegem R.C., *Geschiedenis van het Strafrecht*, 1954, pp. 189 e ss. e 204. Nello stesso senso Carbasse, *Introduction*, p. 14.

¹⁰⁸ Padoa Schioppa, *Italia ed Europa*, p. 283, sottolinea: «E appunto a porre un ordine e un argine – attraverso gli strumenti della sistemazione dottrinale – all'arbitrio giudiziale è rivolta un'opera del tardo Cinquecento, che conoscerà una vasta diffusione e una meritata fortuna: il trattato *De arbitrariis iudicium quaestionibus* del professore pavese e padovano Jacopo Menocchio». L'autore menziona fra le opere della dottrina cinquecentesca in argomento la *Praxis* di Damhouder e il *De poenis* di Tiraqueau. Sul punto si vedano anche Alessi Palazzolo, *Prova legale e pena*, in particolare pp. 25-36 e 88-89; Alessi, *Tra rito e norma*, pp. 54 e ss.; Dezza, *Accusa e inquisizione*, pp. 65-66 e 89-92; Rosoni, *Quae singula non prosunt*; Pifferi, *Generalia*, pp. 228-229; Sbriccoli, *Giustizia criminale*, p. 176; Meccarelli M., *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, 1998, pp. 219 e ss., che sottolinea la funzione dell'arbitrio della pena quale «strumento per garantire la corrispondenza dell'attività repressiva ai progetti del potere costituito»; Langbein J.H., *Torture and Law of Proof. Europe and England in the Ancient Régime*, Chicago-London, 1977, pp. 45-49. Sul concetto di causa dell'*arbitrium iudicis* nella determinazione della pena, Cortese E., *La norma giuridica*, Milano, 1964, I, pp. 179 e ss.

¹⁰⁹ Carbasse, *Introduction*, p. 167.

¹¹⁰ DC *Prolegomena*, 4.10., che cita Platone, *De legibus*: «Ateniese – Devolvere però tutte queste cose ai tribunali perché ne giudichino o, al contrario, nessuna di queste, è impossibile. Una cosa, infatti, è necessario rimettere a loro in ogni caso, perché ne giudichino, e cioè se ciascuna di tali cose è avvenuta o non è avvenuta. Invece, il non lasciare loro per nulla decidere quale multa deve pagare o che cosa deve subire chi ha commesso un'ingiustizia in qualcuna di queste cose, ma far sì che sia il legislatore a dar leggi particolari per tutti i casi piccoli e grandi è quasi impossibile. Clinia – Qual è dunque il discorso che segue? Ateniese – Questo: egli deve rimettersi in alcune cose ai tribunali, non in altre e quindi dare leggi per queste. Clinia – Quali sono gli aspetti della cosa su cui deve legiferare e quali deve rimettere ai tribunali perché ne giudichino? Ateniese – Dopo quanto si è detto, sarebbe quanto mai giusto dire questo e cioè che in quello stato nel quale i tribunali sono inetti e silenziosi e dove i giudici nascondono la loro opinione ed emettono verdetti a scrutinio segreto, e ciò è ancor più grave, quando neppure sanno tacere, ma pieni di tumulto come teatri, con le grida lodano e biasimano ciascuno dei due oratori che parlano a turno e giudicano così, allora questa suol risultare una difficile situazione per tutto lo Stato. È una disgrazia per un legislatore dover preparare le leggi per questi tribunali costretto da una qualche necessità, e pure essendo stato così costretto dalla necessità deve rimettere a loro la decisione delle pene per i reati più piccoli, mentre per le cose più importanti dovrà legiferare lui stesso espressamente, se mai si debbano

processuali nelle quali, a sentir Böhmer e Renazzi, avrebbe strutturato la prima trattazione sistematica in tema di cause di attenuazione e inasprimento della sanzione.¹¹¹

Nello studio concettuale del *crimen* e delle sue *species*, l'autore osserva come il diritto penale sia quella branca del diritto in cui è impossibile – e se così fosse, a suo dire, sarebbe dannoso – che il legislatore possa legiferare in maniera tale da comprendere nella norma tutte le possibili evenienze e, dal momento che le circostanze che possono rendere una fattispecie più o meno grave sono innumerevoli, sarebbe assurdo pretendere che le leggi non lasciassero nulla alla valutazione del giudice.

Questo detto, l'arbitrio del giudice – ammessa la *potestas moderandi poenas* non solo nei giudizi straordinari, ma anche in quelli pubblici – non è così libero: se nella procedura straordinaria il giudicante non si trova al cospetto di una legge, è pur certo

dare le leggi per una siffatta costituzione. In quello Stato invece dove i tribunali sono stati costituiti con tutta la correttezza possibile dagli uomini, dove coloro che devono essere giudici sono stati ben educati e vagliati minuziosamente con ogni attenzione, ivi è corretto ed è bene ed è conveniente rimettere a tali giudici di giudicare, in molti casi, che cosa debbano subire o pagare coloro che sono riconosciuti colpevoli. Nessuno ci biasimerà in questo caso se non imponiamo con legge ai giudici tutte quelle cose che abbiamo invece determinato per i giudici meno validi, onde far loro applicare per ogni delitto la pena più giusta».

¹¹¹ Matthaeus nei *Prolegomena* individua due differenti tipologie di discriminare, basate sull'evoluzione della categorizzazione nel corso della storia. Sulla base della classificazione classica, i crimini *extraordinari* erano quelli nei quali l'accusa avveniva *extra ordinem* e la sanzione veniva irrogata secondo il prudente apprezzamento del giudice (D. 47.1.3.; D. 47.2.93[92].; D. 47.10.45.; Inst. 4.4.10.; D. 47.19.3.; D. 47.18.1.1.; D. 48.16.3.); il reato straordinario era conosciuto anche come «crimen non legitimum: quia nec legem, nec formulam, nec poenam certam habet (DC *Prolegomena*, 4,7. che richiama D. 47.20.3.2.)» ed era chiamato *privatum* (D. 48.19.1.3.; D. 48.16.3.; D. 47.11.3.) perché l'accusa non spettava al *civis e populo*, ma solo a coloro che erano stati offesi dal reato (*ad quos iniuria pertinet*; DC *Prolegomena*, 4,7., ove si citano D. 47.11.3.; D. 47.13.2.; D. 47.14.2.; D. 47.15.3.; D. 47.2.93[92]; C. 9.34.1.; D. 47.19.4.; C. 9.32.4.). I reati pubblici, al contrario, erano *legitimi* perché previsti dalla legge ed erano caratterizzati da una procedura e una pena stabilite (D. 48.1.1.; D. 48.1.8.; D. 46.16.1.4.; D. 50.16.131.1.) in essi l'accusa competeva a chiunque e questa caratteristica, una volta che furono abolite le procedure formulari, rimase l'elemento che maggiormente distingueva le due categorie di *crimina*. Il criminalista assiano, come prima di lui Tiraqueau (sul punto, Cordero, *Criminalia*, p. 505; Schaffstein, *Die Europäische Strafrechtswissenschaft*, pp. 55 e ss.) e Dietrich, indaga sulla *distinctio* anche nel settore dell'opera dedicato al processo, discettando delle facoltà concesse al giudice nell'irrogazione della sanzione nei *crimina extraordinaria*. L'autore ritiene che, dopo l'abolizione della procedura *publica formulare*, la principale differenza fra crimini pubblici e crimini straordinari stesse proprio nella differente azionabilità e nell'arbitrio del giudice nell'irrogazione della pena, nulla nei primi, dove era la legge a stabilire tipologia e modalità sanzionatorie, discrezionale nei secondi, dove il giudice avrebbe potuto «non solum ob atrocitatem delicti poenam exasperare, sed et eandem, si res et circumstantiae hoc postulent, mitigare». Detto questo, ci si aspetterebbe che Matthaeus affermasse la possibilità di una 'libera' valutazione del giudice nell'irrogazione della sanzione solo nei *crimina extraordinaria*. In realtà, fa il contrario, dichiarando che al giudice dovrebbe spettare la *potestas moderandi poenas* non solo nei giudizi straordinari, ma anche in quelli pubblici, in applicazione del principio generale «in poenalibus causis benignis interpretandum esse». Nell'analizzare la *divisio* fra reati pubblici e privati, «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». Secondo Matthaeus tale giustificazione e[ra] falsa e l'unico criterio per sapere se un crimine e[ra] pubblico risiede[va] nella legge, «ad id enim speciali lege opus est» (così Pifferi, *Generalia*, p. 219). Sull'*opinio* di Gomez si veda anche Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, p. 65 e nota 16 e p. 66, nota 22. Sulla *distinctio* fra crimini pubblici e privati nell'opera di Giulio Claro ancora Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, pp. 64 e ss.

che vi siano alcuni «precedenti», siano essi «constitutiones aut responsa prudentium», cui informare la propria azione: «[...] cum in aliqua caussa sententia earum manifesta est, is quis iurisdictioni praeest, ad similia procedere, atque ita ius dicere debet».¹¹²

3.2.5. Lo ‘strumento di chiusura’ del sistema: il *crimen doli*

Nel sistema criminale di diritto comune «non ancora pienamente definito», figure quali i *crimina extraordinaria* e i *delicta innominata* si ponevano come strumenti di chiusura utilizzabili dalle corti per impedire l’impunità dei criminali.¹¹³

Paradigmatico, in tal senso, è il *crimen stellionatus*, «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».¹¹⁴ Sbriccoli, che fa risalire l’origine teorica dello sfumato concetto medievale del *crimen doli* ad Odofredo,¹¹⁵ riporta di una duplice funzione dello stellionato:

[...] un[a] corrispondente ad una nozione di *falsum* che per rarità teorica ed estensione casistica riesce ad inglobare praticamente tutte le fattispecie che tipicamente caratterizzavano l’istituto romanistico; l’altr[a] destinat[a] alla funzione di ospitare, per così dire, i delitti straordinari, gli innominati, i sussidiari e residuali.¹¹⁶

A sentir Farinaccio, lo *stellionato* era quel delitto che conteneva in sé «diversa et distincta facta, et sic propter ex nominatum propter maximam diversitatem doli, quem homines in factis et negotiis committunt et committere possunt».¹¹⁷

Sulla falsariga del criminalista romano, che proponeva una sintesi dottrinale ormai consolidata, anche Matthaeus – «Accusantur autem stellionato qui improbius fraudare, si crimen aliud non sit, quod obijciatur. Quod enim in privatis iudiciis

¹¹² DC *Prolegomena*, 4.10.

¹¹³ Pifferi, *Generalia*, p. 271.

¹¹⁴ Pifferi, *Generalia*, p. 272. Sulla scarsa considerazione del criminalista italiano per lo stellionato, Pifferi, *Generalia*, p. 275.

¹¹⁵ Sbriccoli M., *Storia del diritto penale e della giustizia*, in *Scritti editi e inediti (1972-2007)*, vol. II, Milano, 2009, p. 359.

¹¹⁶ Sbriccoli, *Storia del diritto penale*, p. 359, nota: «Del destino teorico dello stellionato nell’età del diritto comune si può dire ben poco. Una buona sintesi dei risultati della lunga riflessione (in verità non efficace, che partendo da Odofredo sarebbe arrivata sino alle soglie del XIX secolo, è offerta da quel tardo sistematore coscienzioso che fu Richeri). Lo Stellionato, egli avverte, è un nome generale col quale vengono indicati i delitti perpetrati in danno a qualcuno col mezzo dell’inganno o della dissimulazione, e poi si fa riferimento a questo crimine ogni qual volta manca un titolo per un crimine o un’azione penale “ita ut quod in privatis iudiciis est de dolo actio hoc in criminibus stellionato persecutio sit”» (Richeri T.M., *Universa civilis et criminalis iurisprudentia*, Lodi, 1829, XII, lib. IV, Tit. XL, cap. 7, sez. I, par. 1367, citato in Sbriccoli, *Storia del diritto penale*, p. 359, nota 6). Su Tommaso Maurizio Richeri, Dezza, *Lezioni*, pp. 67-68.

¹¹⁷ Farinaccio, *Praxis*, lib. I, qu. 19, n. 33.

praestet nobis actio de dolo, id in criminalibus accusatio stellionis» –¹¹⁸ che considera il *dolus* sia come una *species delicti* che una *qualitas delicti*. Oltre, infatti, a connotare l'elemento psicologico intenzionale del crimine, può indicare quella particolare ipotesi di reato che è il *crimen doli*,¹¹⁹ una figura aperta, «dai contorni sfumati e imprecisi comprensivo di varie ipotesi di attività fraudolenta non rientranti in uno specifico titolo di reato»,¹²⁰ e «la cui delittuosità si concreta nell'*aliquid dolo factum*».¹²¹

3.2.6. «Neminem esse dominum membrorum suorum»: il *Selbstverletzung* e il suicidio

In un estremo sforzo di astrazione, Matthaeus inserisce nei *Prolegomena* anche il crimine di autolesionismo, *Selbstverletzung*, analizzato come istituto generale applicabile ad ogni tipo di lesione corporale e non solo come *casus* del *crimen homicidii*.¹²²

Il professore di Utrecht individua una vera e propria *obligatio ad servandam vitam* e pronuncia una *sententia* contro Aristotele:¹²³ «Premessa la regola che nessuno è padrone del proprio corpo, chi si ferisce pecca contro la giustizia universale, non solo, come disse lo Stagirita, contro le leggi dello Stato».¹²⁴ E se queste erano le argomentazioni espresse in tema di lesioni autoinferte, immaginiamoci cosa dovesse pensare il nostro autore del suicidio.

Nell'Età di mezzo le mutilazioni o le ferite autoinferte erano considerate crimini esecrabili da ammettere, almeno nell'ipotesi della castrazione, la *poena gladii*;¹²⁵ e se

¹¹⁸ DC 47.13.1.1. La nozione di delitto evocata da questa definizione – sintesi dottrinale consolidata – avrebbe suggerito al De Simoni l'idea che lo stellionato potesse considerarsi come «quel titolo di delitto a cui ricorrono gli ignoranti criminalisti qualora non sappiano dare altro più proprio nome ad un'azione e fatto criminoso avvenuto» (così Sbriccoli, *Storia del diritto penale*, p. 360).

¹¹⁹ Pifferi, *Generalia*, p. 246.

¹²⁰ Santalucia, *Diritto e processo penale*, p. 267.

¹²¹ Pifferi, *Generalia*, p. 246.

¹²² Von Pufendorf S., *Gesammelte Werke*, a cura di Schmidt-Biggemann W., G. Hartung, 1996, p. 236, nota 17., p. 243, nota 57, riprende il paragrafo dei *Prolegomena* dedicato al *Selbstverletzung*. Il professore di Heidelberg individua, così come il nostro autore, una vera e propria *obligatio ad servandam vitam* «ex omnium sapientum consensu Creator Opt. Max. hominem condiderit, ut ipsi inserviat, excultisque bonis, ab ipso sibi concessis, ejusdem gloriam redderet illustriorem; cumque socialitas, ad quam homo conditus est exerceri commodum et servari nequaquam, ni quilibet se ipsum, quantum in se, excolat et servet». Le argomentazioni del filosofo riecheggiano la *sententia* che Matthaeus aveva pronunciato contro lo stagirita: «Peccat contra justitiam universalem, qui se laedet, falsumque est, quod ille asserit, nulla lege vetitum esse sibi iniuriam inferre: Nam cum lex dicit, neminem esse dominum membrorum suorum, cum punit eos qui violentas manus sibi inferunt, aut pollicem sibi praescindunt, ut inutiles militiae, nonne vetat iniuriam sibi facere?».

¹²³ DC *Prolegomena*, 3.4.

¹²⁴ DC *Prolegomena*, 3.4.: «[...] non è, infatti quest'[ultimo] il solo motivo della proibizione ma, anche, e soprattutto quello che nessuno è padrone del proprio corpo» come si trae chiaramente dal *Digesto*, legge 13 del titolo *Ad legem Aquiliam* (D. 9.2.13.) e legge 23 paragrafo *excipitur et ille* del titolo *aedilicio edicto* (D. 21.1.23.3.), ove è scritto che deve essere considerato malvagio il servo che compie qualche atto idoneo a farlo sfuggire dalle umane sventure. «L'opera di un vile servo non è certo di gran valore per lo Stato, e tuttavia neppure costui può incrudelire contro se stesso senza commettere un reato. Per quale motivo, altrimenti, la Legge Divina avverserebbe a tale punto questo genere di illeciti da vietare perfino di marchiare gli ebrei e di profanare un corpo con qualche puntura?».

¹²⁵ Per tutti si veda Damhouder J., *Practica rerum criminalium*, Lugduni M.D.LVIII, cap. LXXXVIII, pp. 294 e ss.

tanto grave era l'autolesionismo perché «nessuno è padrone delle proprie membra» e perché «chi non ha risparmiato se stesso, ancor meno risparmierà un altro», ben più grave era la considerazione per il suicidio, al punto tale da necessitare l'applicazione di almeno due sanzioni: la confisca del patrimonio e il divieto di onoranze funebri,¹²⁶ oltre a pene infamanti quali la forca, l'intoccabilità, l'estrazione dalla casa al di sotto della soglia.

Quel che lascia stupiti, in area protestante-riformata, è l'eccezionale scollamento tra legislazione e prassi: da un lato la *Constitutio Criminalis Carolina* e l'Ordinanza di Filippo II – che, ispirandosi al tollerante diritto romano, distinguevano fra il suicidio per cattiva coscienza e il suicidio per altra causa, sanzionando il primo ed escludendo da pena il secondo – dall'altra i tribunali che pronunciavano sentenze ispirate alla massima severità.¹²⁷

¹²⁶ Wacke A., *Der Selbstmord im römischen Recht und in der Rechtsentwicklung*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte», Rom. Abt., 97, 1980, pp. 33 e ss. Sullo 'stato dell'arte' in terre italiche si leggano le parole scritte da Claro, *Liber V*, qu. 68, n. 37: «Licet pract. Jadoch. dicat, quod, secundum consuetudinem, quisquis seipsum interficit, ex quacumque occasione et causa, hoc evenierit, furcis suspenditur, et bona eius omnia confiscantur, id tamen apud non servatur». Ma, se questo era il costume, gli *interpretes* ragionarono approfonditamente anche dei moventi che potevano spingere taluno a togliersi la vita e proposero, pur condannando per principio un crimine *contra Deum*, un differente regime sanzionatorio (Claro, *Liber V*, qu. 68, n. 37; Menochio J., *De arbitrariis iudicium, quaestionibus et causis*, Venetiis, 1569, cas. 284, n. 14; Farinaccio, *Praxis*, qu. 128, n. 57 e nn. 77-79). Il primo movente preso in considerazione era la «stanchezza di vivere», così comune all'epoca da meritare grande considerazione agli occhi degli *interpretes* (Sul punto, già de Vitalinis B., *Super maleficiis*, Venetiis, 1518, par. *De insultu, defensione*, rubr. 34: «Sed quidam seipsum percusserit et vulneraverit, numquid est puniendus? Respondeo sic poena capitali de iure communis nisi fuerit ob taedio vitae [...]»; conformi Claro, *Liber V*, qu. 68, n. 37: «Si qui taedio vitae [...] moti, manus in se inferunt, non puniuntur poena corporali, nec confiscatione bonorum neque eorum testamenta irritantur. Et in hoc omnes conveniunt»; Menochio, *De arbitrariis iudicium quaestionibus*, cas. 284, n. 14: «Cum hic qui mortem sibi conscivit, id egit vitae taedio [...] tunc is nullam poenam meretur»; Farinaccio, *Praxis*, qu. 128, n. 69-70). Il secondo movente analizzato fu l'incapacità di sopportare il dolore che, come il tedio della vita, non meritava sanzione (Claro, *Liber V*, qu. 68, n. 37; Menochio, *De arbitrariis iudicium quaestionibus*, cas. 284, n. 16; Farinaccio, *Praxis*, qu. 128, nn. 69-70). Il terzo, universalmente riconosciuto, la malattia ritenuta inguaribile (Claro, *Liber V*, qu. 68, n. 37: «Si qui morbo moti, manus in se inferunt, non puniuntur poena corporali nec confiscatione bonorum, neque eorum testamenta irritantur»; conforme Farinaccio, *Praxis*, qu. 128, n. 69-70); il quarto, la vergogna (Claro, *Liber V*, qu. 68, n. 37: «Si qui [...] pudore moti, manus in se inferunt, non puniuntur»; conforme Farinaccio, *Praxis*, qu. 128, n. 69-70, che certifica l'identità di vedute della dottrina dell'epoca). Sulla figura di Menochio si veda Menochio J., *Note autobiografiche*, a cura di Franchi L., in *Contributi alla storia dell'Università di Pavia pubblicati nell'XI centenario dell'Ateneo*, Pavia, 1925, pp. 327-354; Beretta C., *Jacopo Menochio e la controversia giurisdizionale milanese negli anni 1596-1600*, in «Archivio storico lombardo», 103, 1977, pp. 47-128; Beretta C., *Jacopo Menochio giurista e politico*, in «Bollettino della Società Pavese di Storia Patria», 90, 1990, pp. 254-258; Valsecchi C., *L'istituto della dote nella vita del diritto del tardo Cinquecento: i «consilia» di Jacopo Menochio*, in «Rivista di storia del diritto italiano», 67, 1994, pp. 205-282; Halthöfer E., sub voce *Menocchio (Menochius) Jacopo (1532-1607)*, in «Juristen», pp. 423-424; Valsecchi C., *Jacopo Menochio e il giurisdizionalismo tra Cinque e Seicento*, in «Studia Borromaeica», 14, 2000, pp. 93-116. Un elenco delle opere di Menochio è reperibile in Petronio U., *La burocrazia patrizia nel ducato di Milano*, in *L'educazione giuridica. IV. Il pubblico funzionario: modelli storico comparativi*, tomo I, *Profili storici. La tradizione italiana*, Perugia, 1981, pp. 304-305.

¹²⁷ D. 48.21. e C. 9.50. L'art. 137 della *Constitutio Criminalis Carolina* così recitava: «A Colui che, indagato o colto sul fatto per un illecito che contempla la pena capitale e la confisca del patrimonio, si toglie la vita per timore della futura sentenza, non succedano nei suoi beni gli eredi, ma vadano al Fisco. Ma se taluno, ad eccezione di questo caso, si toglie la vita per un delitto non sanzionato con la confisca del patrimonio o per dolore del corpo, per furore, insania ed altra causa, i beni vadano agli eredi».

Ciò nonostante, già a partire dal XVI secolo, si iniziarono a percepire tensioni interne e un'esigenza, seppur solo sussurrata, di superamento di una prospettiva così radiale, anche se, ancora a XVII secolo inoltrato, il suicidio, consumato o semplicemente tentato, era condannato su ogni fronte: i pilastri che sostenevano questa costruzione erano lo *Ius Divinum* e le consuetudini. E le sanzioni comminate andavano sempre più ad assumere funzione general-preventiva, forse a scongiurare «autentiche epidemie contagiose di suicidi».¹²⁸

Nel dibattito fra posizioni di maggiore o minore severità, nella dottrina emergeva prima fra tutte la necessità di distinguere suicidi non criminali, per i quali non era prevista alcuna sanzione, da suicidi criminali *ob conscientiam criminis*, per i quali in via di principio era ritenuta sufficiente la «sepoltura canina».

Sulla sanzionabilità del tentativo, vi era concordia nel caso di cattiva coscienza criminosa: si commini la pena prevista per il delitto che si voleva evitare, la flagellazione o altra pena straordinaria, in applicazione del diritto romano che, nel caso di tentato suicidio del soldato, prevedeva la pena capitale.

E proprio sulla base di uno stravolto diritto romano, Matthaeus, celebre e celebrato per le posizioni umanitarie espresse in tema di tortura, «diven[ne] paladino della sanzione capitale per ogni caso di suicidio tentato».¹²⁹

L'autore apre il proprio ragionamento discutendo di una disputa che vedeva contrapposti i giuristi e gli intellettuali della Roma classica: i primi, improntati a una severità di fondo; i secondi, imbevuti di filosofia stoica e, di conseguenza, spinti alla tolleranza.¹³⁰ Nemmeno a dirsi, egli sposa le tesi dei giuristi con una *sententia* che prende indistintamente in considerazione sia i casi di crimine consumato che tentato,¹³¹ da considerarsi entrambi ipotesi di omicidio sanzionabile con pena capitale sulla scorta del diritto romano se chi tenta è spinto dalla coscienza di un crimine. Da punire, invece, *mitius extra ordinem* il *conatus suicidii* avvenuto per causa diversa: anche questo sarebbe scritto a chiare lettere nello *ius civile*.

Non discute, Matthaeus, né ricerca la solita capillare analisi delle fonti e ne ha ben donde: molti giuristi romani, seguaci della *media stoà*, erano poco inclini al rigore in questi casi; non così lo *Ius Divinum*: «Non occides!» non ammette eccezioni, che la mano sia rivolta contro altri o contro sé stessi e neppure nel caso del tentativo.

[...] chi rivolga contro di sé la mano o per coscienza di un delitto o per odio del Creatore o per altra simile causa, con premeditazione, *eum gladio plectendum putem*; se, invece, si tratta di un gesto compiuto per repentino dolore, per la vergogna di un delitto non premeditato, allora si applichi una sanzione straordinaria.¹³²

¹²⁸ Manfredini, *Suicidio/Età intermedia/Note di lettura*, p. 13, che affronta, alle pagine 10 e seguenti, un interessante parallelo fra le posizioni di Damhouder, Carpov, Matthaeus e Voet in terre di Riforma.

¹²⁹ Manfredini, *Suicidio/Età intermedia/Note di lettura*, p. 10.

¹³⁰ DC *Prolegomena*, 3.4.

¹³¹ «[...] Vediamo se debba considerarsi un omicida chi ha rivolto contro di sé la mano con l'intento di uccidersi». Per comprendere la rigidità di fondo delle argomentazioni dell'assiano, si rinvia al par. 1 del cap. V.

¹³² La traduzione è di Manfredini, *Suicidio/Età intermedia/Note di lettura*, p. 13.

Ma se coloro che hanno attentato alla loro vita periscono prima dell'applicazione della sanzione,

li si tratti con l'uncino e li si sottoponga ad altra ignominia, affinché ci si astenga, per la vergogna delle esequie da tanto maleficio. Quanto al suicidio compiuto lodiamo le usanze odierne che appendono i cadaveri alla forca o li seppelliscono estratti dai carnefici fuori dalla città, sotto il patibolo. Noi non abbiamo il senso dei Cinici da ritenere che non possa interessarci niente se dopo la morte siamo tirati con un uncino o, all'opposto, siamo seppelliti con il feretro e portati a spalla dai cittadini.¹³³

A ben vedere il garantista Matthaeus era assai più intollerante del 'forcaiolo' Carpzov che, nella stessa tornata d'anni, non si faceva scrupolo di criticare l'intransigente Baldo e di poggiarsi al solido dato normativo della *Carolina* e dello *ius civile*: i suicidi per «tedio della vita e consimili cause» non subiscano alcuna sanzione; i suicidi per *animus fraudulentus*, al contrario, non vengano sepolti e i loro cadaveri «gettati dalla finestra o tirati fuori dal di sotto della soglia di casa, siano abbandonati in luogo infamante destinato ai cadaveri».¹³⁴

¹³³ La traduzione è di Manfredini, *Suicidio/Età intermedia/Note di lettura*, p. 13.

¹³⁴ Manfredini, *Suicidio/Età intermedia/Note di lettura*, p. 12, che cita Carpzov B., *Practica Nova Saxonica Rerum Criminalium*, Nachdr. der Ausg. Wittemberg, 1635, Goldbach, 1998, pp. 16 e ss.

Capitolo 4

«Voluntarium est cuius principium est in agente»

4.1. «Maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit». Il dolo

La categoria generale della colpevolezza emerse lentamente. La stratificazione dei diritti germanici, caratterizzati da una «considerazione puramente materiale dell'essenza del maleficio»,¹ e la contraddittorietà delle norme giustinianee in argomento di *voluntas sceleris*,² ritardarono l'affermarsi dell' «idea che il fatto illecito, dannoso e antigiusridi-

¹ Calisse, *Svolgimento storico del diritto penale*, p. 243. Sull'evoluzione del diritto penale germanico si segnalano Schmidt E., *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, IV Aufl., Göttingen, 1965, pp. 21 e ss.; Del Giudice P., *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, in «Enciclopedia del Diritto Penale Italiano», a cura di Pessina E., I, Milano, 1905, con particolare attenzione alle leggi barbariche e romano barbariche; Demuro G.P., *Il dolo nel diritto comune*, pp. 1-3. Sulla difficoltà di astrazione delle popolazioni barbariche si vedano Calasso F., *Medio evo del diritto I. Le fonti*, Milano, 1954, p. 132 e Bellomo M., *Società e istituzioni in Italia dal medioevo agli inizi dell'età moderna*, III ed., Catania 1982, pp. 164-165.

² Andare alla ricerca di una teoria generale relativa alla *voluntas sceleris* nell'esperienza romana è impossibile per differenti ordini di considerazioni: la prima è che il complesso delle norme penali pubbliche sono considerate emanazione diretta, in funzione repressiva, dell'autorità statale (sul punto Gnolfi F., sub voce *Diritto penale nel diritto romano*, in «Digesto discipline pen.», IV, Torino, 1990, p. 46; Pugliese G., *Diritto penale romano*, in *Il diritto romano. La costituzione. Caratteri, fonti. Diritto privato. Diritto criminale. Guide allo studio della civiltà romana*, 6, Roma, 1980, p. 249); la seconda è la sovrapposizione tra diritto penale sostanziale e diritto penale processuale (sul punto già Mommsen – «Strafrecht ohne Strafprozess ist ein Messergriff ohne Klinge und Strafprozess ohne Strafrecht eine Klinge ohne Messergriff» – di cui riporta la felice metafora Masiello T., *Mommsen e il diritto penale romano*, Bari, 1997); la terza è che mai i giuristi romani strutturarono concezioni astratte o teorie generali (Archi G.G., *Scritti di diritto romano*, Milano, 1981-1995, III, 1946, 20 e Dahm G., *Deutsches Recht*, Stuttgart-Köln, 1951, p. 99); la quarta e ultima è che – data l'intima connessione tra *animus delinquendi*, la forma istituzionale e il sistema processuale – il concetto di volontà criminale ha propri connotati in ciascuna epoca storica (così Demuro, *Alle origini del concetto di dolo*, p. 18). Ciò detto, è possibile osservare come una teoria generale sia stata ricostruita dai romanisti con particolare riferimento ai delitti di sangue, a causa delle problematiche a essi sottese e relative, in particolare, all'accertamento del dolo. La dottrina storico-penalistica tedesca di fine Ottocento ritiene che il reale punto di svolta nella considerazione dell'elemento soggettivo del crimine vada ricercato nella *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*, dal momento che in essa, per la prima, volta assume ruolo preminente la valutazione della volontà colpevole (Löffler, *Die Schuldformen*, p. 68), che porta a una più attenta lettura dell'elemento soggettivo (Löffler, *Die Schuldformen*, p. 67). Accanto a quanto previsto dalla *Lex Cornelia*, le formule maggiormente utilizzate per esprimere un concetto di dolo sono assai varie: *dolo malo*, *dolo sciens*, *voluntas*, *consilium*, *adfectu*, *proposito*, tutte espressioni che riflettono la mancanza di una teoria generale della colpevolezza e che si trovano spesso affiancate ad altre che noi 'modernamente' definiremmo di esclusione della colpevolezza, dell'antigiuridicità e dell'imputabilità (Gioffrè C., *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, pp. 87-88). Cancelli F., sub voce *Dolo*, (*dir. rom.*), in «Enciclopedia del diritto», XIII, Milano, 1964, ritiene che questa 'vaghezza' di significato derivi dal sistema processuale, caratterizzato da semplificazioni probatorie e dall'assenza di principi garantistici che rendevano, quindi, sostanzialmente inutile l'elaborazione di concetti precisi da parte di dottrina e giurisprudenza. È poi necessario sottolineare

co, per essere considerato un delitto punibile d[ovesse] dipendere dalla volontà dell'agente e riferirsi in senso ampio alla sua responsabilità».³

Il dolo di derivazione romanistica manifestava la propria debolezza a soddisfare le esigenze di repressione e prevenzione di una giustizia penale che fra fine XIII e XIV secolo vedeva il transito da «negoziata» a «egemonica».⁴ Le esigenze di rigore, espresse nell'adagio *ne crimina manean impunita*, rendevano, infatti, di difficile conciliazione lo sfumato *dolus malus* e la rigidità del sistema di prove legali, in particolar modo nei casi di divergenza tra voluto e realizzato.⁵ A questo punto, «se dalle sonde calate nel *thesaurus* romanistico non [veniva] su un diritto perfettamente fruibile», era neces-

come, con l'affermazione della *cognitio extra ordinem*, la possibilità delle corti di adeguare la sanzione alla gravità del fatto, anche se nei limiti imposti dalle istruzioni imperiali e dalla prassi, permise di tenere conto dei differenti gradi di colpevolezza dell'accusato, delle circostanze attenuanti ed aggravanti, dell'età, del sesso e delle condizioni personali del reo (sul punto, Gnolfi, *Diritto penale romano*, pp. 59-61). Influenzata dalle dottrine platoniche e aristoteliche, la prassi dell'epoca è ben descritta dal noto frammento di Marciano (D. 48.19.11.2.: «Delinquitur autem aut proposito, aut impetu, aut casu. Propositio delinquent latrones, qui factionem habent; impetu autem, cum per ebrietatem ad manus aut ferrum veniunt: casu vero, cum in venando telum in feram missum hominem interfecit»), su cui Löffler, *Die Schuldformen*, pp. 80-81, n. 71. Ciò detto, i frammenti della compilazione giustiniana maggiormente utilizzati dagli *interpretes* medievali, oltre al citato D. 48.19.11.2., sono D. 48.8.18. («cogitationis poenam nemo patitur»), D. 48.8.14. («in maleficiis voluntas spectatur, non exitus», principio ripreso in D. 48.8.1.3.), D. 48.8.7. («in Lege Cornelia, dolus pro facto accipitur, neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur»), D. 48.19.11.2., D. 48.19.16.8., D. 47.2.54pr. («Maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit»), D. 4.3.1.2. («Dolus autem est machinatio ad decipiendum fallendumque alterum adhibita manifeste»), D. 9.2.5.1. («Igitur injuriam hic damnum accipimus culpa datum etiam ab es, qui nocere noluit»), *Pauli Sententiarum* 5.23.1. («Consilium uniuscuiusque, non factum puniendum est»).

³ Pifferi, *Generalia*, p. 226. Sull'*animus* in ambito penale si rinvia a Engelmann, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung. Eine historisch-dogmatische Darstellung der kriminellen Schuldlehre der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius*, II. verb. Aufl., Aalen 1965 (I. Aufl. Leipzig, 1895); Pertile, *Storia del diritto italiano*, V, *Storia del diritto penale*; Calisse C., *Storia del diritto penale italiano*, Firenze, 1895; Calisse, *Svolgimento storico del diritto penale italiano*, in particolare pp. 240 e ss.; Dahm, *Das Strafrecht Italiens*; Marongiu A., *Colpa penale (dir. intermedio)*, in «Enciclopedia del diritto», 7, Milano, 1960, pp. 617-624; Marongiu A., *Dolo penale (dir. intermedio)*, in «Enciclopedia del diritto», 13, Milano, 1964, pp. 731-738; Marongiu A., *La scienza di diritto penale nei secoli XVI-XVII*, in «La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del III Congresso Internazionale della Società Italiana di storia del diritto», I, Firenze, 1977, pp. 407-446; Bellomo M., *Dolo (dir. intermedio)*, in «Enciclopedia del diritto», XIII, Milano, 1964, pp. 729 e ss.; Laingui, *La responsabilità*; Laingui, *Histoire du droit pénal*; Carbasse, *Introduction*, pp. 185 e ss.; Mereu, *Culpa=Colpevolezza*; Alessi Palazzolo, *Prova legale e pena*, in particolare pp. 88-95; Alessi, *Tra rito e norma*, p. 63; Lucchesi, *L'animus occidendi e l'animus deliberatus*, in particolare pp. 278-302, dove l'autrice si concentra sulle modalità attraverso le quali gli *interpretes* medievali, nell'assenza di una nozione chiara e fruibile di responsabilità criminale, fecero emergere la *voluntas sceleris* dalla valutazione delle modalità estrinseche di realizzazione della condotta, ricorrendo a *coniecturae* quali *qualitates armorum*, *vulneris* o *loci corporis percussus*.

⁴ La felice espressione è di Sbriccoli, «Giustizia negoziata, giustizia egemonica».

⁵ In argomento, Engelmann, *Die Schuldlehre der Postglossatoren*, pp. 39 e ss., in particolare p. 59. Delle tre differenti categorie romanistiche di relazione fra *animus* ed *eventus* penalmente rilevanti – dolosa, qualora l'agente abbia voluto il risultato; consapevole, se il risultato è stato previsto ma non voluto; colposa, se il risultato non è stato né previsto né voluto – è sulla seconda che si manifesta la debolezza del *dolus* romanistico che non riesce ad andare oltre al dolo intenzionale al quale, a sentir Binding (citato in Demuro G.P., *Alle origini del concetto di dolo: dall'etica di Aristotele al diritto penale romano*, *Diritto @ Storia*, n. 5, 2006, p. 3), si affianca l'istituto residuale della *culpa lata*, una sorta di «valvola di sfogo» per i casi di dolo eventuale, non strettamente riconducibili al *dolus malus*.

sario che «gli utenti se lo fabri[cassero]». ⁶ Tutte queste ‘creazioni’ degli *interpretes* determinarono un rilevante ampliamento della responsabilità criminale, tendendo a una sorta di oggettivizzazione del concetto di dolo ai fini della sua utilizzazione negli ingranaggi processuali: ciò che contava non era individuare un rapporto tra *animus* ed evento non intenzionale, ma il risultato pratico dell’applicabilità della sanzione. Le soluzioni proposte dai giureconsulti furono la rielaborazione del canonistico *versari in re illicita*, la dilatazione del dolo romanistico e la teoria del *dolus praesumptus*, tutte calate in una prospettiva casistica e a dimensione processuale, perfettamente confacente a un’esperienza giuridica non avvezza a ragionare secondo schemi astratti. ⁷

La teoria del *versari in re illicita*, a completa maturazione fra XII e XIII secolo, nell’alveo del *crimen homicidii* porterà all’attribuibilità a titolo di omicidio di qualsiasi evento mortifero derivante da una condotta non consentita e permeerà nel bartolistico

⁶ Cordero, *Criminalia*, p. 205. La letteratura relativa al carattere creativo che l’attività interpretativa dei *doctores* assunse nell’esperienza giuridica intermedia è vastissima. Senza alcuna pretesa di esaustività, ci limitiamo a segnalare Calasso, *Medioevo del diritto*, pp. 529 e ss.; Cortese E., *La norma giuridica. Spunti teorici del diritto comune classico*, I, Milano, 1962, p. 264; II, Milano, 1964, pp. 295 e ss.; Cortese E., *Tra Glossa, Commento e Umanesimo*, in «Studi senesi», CIV, 1992, pp. 458-503; Piano Mortari V., *Lineamenti della dogmatica giuridica medievale*, in *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Napoli, 1976, pp. 3-74; Piano Mortari V., *Interpretazione (diritto intermedio)*, in «Enciclopedia del diritto», XXII (1972), pp. 277-293; Sbriccoli, *L’interpretazione dello statuto*, in particolare pp. 85 e ss.; Sbriccoli M., *Politique et interprétation juridique dans les villes italiennes du Moyen âge*, in «Archives de philosophie du droit», 17, 1972, pp. 99-113; Crescenzi V., *Linguaggio scientifico e terminologia giuridica nei glossatori bolognesi: «interpretari», «interpretatio»*, in «Vocabulaire des écoles et des méthodes d’enseignement au moyen âge. Actes du Colloque de Rome 21-22 octobre 1989», Turnhout, 1992, pp. 111-129; Crescenzi V., *Problemi dell’interpretatio nel sistema o classico*, in «Bollettino dell’Istituto Storico Italiano per il Medio Evo e Archivio Muratoriano», 98, 1992, pp. 271-322; Bellomo M., *Der Text erklärt den Text. Über der Anfänge der mittelalterlichen Jurisprudenz*, in «Rivista italiana diritto comune», 4, 1993, pp. 51-63, ora in traduzione italiana in Bellomo M., *Il testo per interpretare il testo, in Medioevo edito e inedito*, II, *Scienza del diritto e società medievale*, Roma, 1997, pp. 23-36; Grossi P., *Le situazioni reali nella situazione giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, Padova, 1968, pp. 135-139; Grossi P., *L’ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995, pp. 14 e ss. e 162-175; Chioldi, *L’interpretazione del testamento nel pensiero giuridico dei glossatori*, pp. 1-11, 629-636 e bibliografia ivi citata; Ascheri M., *Il diritto del Medioevo italiano. Secoli XI-XV*, Roma, 2000, pp. 209 e ss., 226 e ss.; Padoa Schioppa, *Italia ed Europa*, pp. 137-179; Padoa Schioppa A., *Il diritto nella storia d’Europa. Il Medioevo*, parte prima, Padova, 2005, pp. 311-339.

⁷ In argomento, la dottrina tedesca di fine Ottocento inizi Novecento rileva come la scienza di diritto comune, nel tentativo di dar fondamento alla *doctrina Bartoli* e alle teorie del *dolus generalis*, di quello *indirectus* e del carpoviano dolo eventuale, abbia utilizzato alcuni passaggi di non particolare rilievo per la qualificazione dell’elemento psicologico nell’ambito romanistico. Löffler, *Schuldformen*, p. 87, fa riferimento a D. 48.8.3.2. («Adiectio autem ista ‘veneni mali’ ostendit esse quaedam et non mala venena. Ergo nomen medium est, et tam id, quod ad sanandum, quam id, quod ad occidendum paratum est, continet, sed et id, quod amatorium appellatur. Sed hoc solum notatur in ea lege, quod hominis necandi causa habet. Sed ex Senatoconsulto relegari iussa est ea, quae non quidem malo animo, sed malo exemplo medicamentum ad conceptionem dedit, ex quo ea, quae acceperit, decesserit»), D. 48.19.38.5. («Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur; quodsi mulier, aut homo ferierit, somno supplicio adficiuntur») e D. 48.6.10.1. («Hac lege tenetur et qui convocatis hominibus vim fecerit, quo quis verberetur et pulsetur, neque homo occisus sit»), passi che disciplinavano casi eccezionali e nei quali, rileva Schaffstein, *Die allgemeine Lehre*, p. 207, il dolo era addirittura escluso. Löffler, *Schuldformen*, p. 89, sottolinea come sia facilmente comprensibile che, al cospetto del ‘ristretto’ *dolus malus* romanistico, gli *interpretes* medievali abbiano ricercato con bramosia questi *loci* che, lungi dal testimoniare il concetto romanistico di dolo, ne superavano i limiti in alcuni casi eccezionali dettati da esigenze preventive di politica criminale. Sul punto, più dettagliatamente *infra*, par. 2.3.

praevederi posse, nelle teorie del *dolus generalis*, della *voluntas indirecta* di Covarruvias e del carpzoviano *dolus indirectus*.⁸ E se il primo problema al quale dovevano dare risposta gli *interpretes* era quello della prova del dolo in sede processuale, gli *escamotages* che maggiormente rispondevano a questa esigenza della prassi furono l'adozione di una presunzione generale di dolo, come avrebbe detto Gomez «ex ipso facto et rei evidentia»,⁹ e la teoria del *dolus praesumptus* che, negli ingranaggi del processo inquisitorio, arrivò a individuare due differenti tipologie di dolo

a seconda delle prove acquisite, con la conseguenza di considerare dolo vero, presupposto per la pena ordinaria, quello dimostrato attraverso *evidentissimae* o *liquidissimae* prove, e dolo presunto – che avrebbe reso il delitto punibile con la pena straordinaria – quello dimostrato attraverso *indicia et praesumptiones*.¹⁰

Solo a partire dai secoli XV e XVI

[fu] possibile osservare una valutazione [...] profonda nell'esame della *voluntas* da parte dei giureconsulti, e non [fu] un fenomeno casuale. Non può cioè meravigliare l'affermarsi insistente (in quei secoli) dell'attribuzione del destino giuridico di ogni singolo individuo anche sul piano penale a quanto da lui effettivamente voluto, se si pone l'idea in relazione con il nuovo peso assegnato in questi secoli all'opera dell'uomo, all'attività di ciascun individuo, alla sua valorizzazione particolare anche sul terreno del diritto in tutti i paesi dell'Occidente europeo.¹¹

⁸ Sul principio *versanti in re illicita imputatur omnia quae sequuntur ex delicto*, Löffler, *Schuldformen*, p. 139; Dahm, *Strafrecht italiens*, p. 261; Kolmann H., *Die Lehre vom versari in re illicita im Rahmen des corpus juris canonici*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 35, 1914, in particolare alle pp. 46 e ss.; Glaser J., *Handbuch des Strafprozesses*, Bd. 1, Leipzig 1883, p. 77, che rinvia eoa romanistiche nella strutturazione del principio; Engelmann, *Die Schuldlehre der Postglossatoren*, pp. 75 e 211. Sulla *doctrina Bartoli*, per molti risalente a Cino da Pistoia, Engelmann, *Die Schuldlehre*, p. 78; Cordero, *Criminalia*, p. 276; Löffler, *Die Schuldformen des Strafrechts*, p. 89, ove in nota 90 esauriente bibliografia e Schaffstein, *Die allgemeine Lehre*, p. 109.

⁹ Passo citato da Löffler, *Die Schuldformen des Strafrechts*, p. 155, che riporta anche le parole di Alberto da Gandino, *Tractatus de maleficiis*, ed. Kantorowicz, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, II. *Die Lehre*, Leipzig, 1926, rubr. *de homicidiis et eorum poena*: «Ex quo constat aliquem alium occidisse, vel alia homicidium commississe, semper contra eum praesumitur, quod dolo et malo animo hoc commiserit [...] unde ei incumbit onus probandi, quod non dolo hoc fecerit».

¹⁰ Alessi, *Prova legale*, p. 169. Sulla strumentalità del processo rispetto al diritto penale sostanziale si vedano Padovani T., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in «Indice penale», 1999, in particolare pp. 500 e ss. e Pifferi, *Generalia*, p. 143. Sull'incapacità dogmatica dei giuristi medievali si vedano Schaffstein, *Die Allgemeinen Lehren*, p. 27 e Piano Mortari V., sub voce *Codice (storia)*, in «Enciclopedia del diritto», VII, Milano, 1960, pp. 229 e ss. Sul *dolus generalis*, Cordero, *Criminalia*, pp. 274-275, che in nota mette in discussione la ricostruzione di Engelmann, *Die Schuldlehre der Postglossatoren*, pp. 74 e 103, confermata da Schaffstein, *Die Allgemeinen Lehren*, p. 110 (sulla *querelle* Demuro, *Il dolo nel diritto comune*, p. 19, nota 92). Sul *dolus praesumptus* Alessi, *Prova legale*, p. 169; Pifferi, *Generalia*, pp. 251 e ss.; Löffler, *Schuldformen*, pp. 156 e ss.; Engelmann, *Die Schuldlehre der Postglossatoren*, p. 50; Schaffstein, *Die allgemeine Lehre*, p. 108; Sbriccoli, *Giustizia criminale*, p. 168 e Cordero, *Criminalia*, p. 256. Sulla prova del dolo, più dettagliatamente *infra* par. 3.

¹¹ Piano Mortari V., *Gli inizi del diritto moderno in Europa*, Napoli, 1980, p. 238. Sul punto, si vedano le ricostruzioni in argomento di Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, pp. 150-173 e di Renzo Villata, *Egidio Bossi*, pp. 453-509, sulle posizioni dei due giuristi italiani.

E se le *Practicae* e la prassi cinquecentesca rileggevano la *doctrina Bartoli* e si conformavano al dualismo processuale *dolus verus-dolus praesumptus*,¹² la riscoperta umanistica del platonismo, dell'etica aristotelica e della teoria stoica dell'assenso,¹³ determinò la nascita di nuove correnti che iniziarono ad analizzare la condotta umana oggettivamente, sulla base di indizi e moventi, prendendo in alcuni casi posizione polemica nella relazione intercorrente fra prova del dolo e sanzione comminata.

Al contempo, l'applicazione della *nova methodus* favorì l'emersione dei *generalia*, in particolare dei presupposti del crimine: nelle *Lecturae* di Ippolito de Marsili le *leges Cornelia de sicariis*, *Cornelia de falsis* e *Pompeia de parricidis* venivano commentate in un'ottica ribaltata; l'attenzione iniziava a spostarsi dalle regole di ascrizione in sede processuale ai risvolti sostanziali,¹⁴ così come accadeva nella *Relectio* di Covarruvias alla Costituzione *Si furiosus* di Clemente V,¹⁵ con un itinerario di maturazione

¹² La dottrina cinquecentesca «designava il *dolus verus* come *culpa latissima* e il *dolus praesumptus* come *culpa latior*», traendo da tale classificazione la conseguenza che «nel primo caso la volontà di delinquere risulta[ss]e] *ex manifestis indiciis*, dalle stesse modalità dell'atto (e in tal senso si era sviluppata una precisa casistica tendente a individuare alcuni delitti per definizione a dolo vero), nella seconda ipotesi il compimento del fatto materiale non comportava necessariamente la presenza dell'elemento intenzionale. Intorno a questa differenza gli *interpretes* costruirono due diversi tipi di delitto: quelli cioè che non potevano se non commettersi intenzionalmente e quelli nei quali l'azione materiale poteva ben prescindere dall'elemento del dolo. In tal senso, la contrapposizione tra dolo vero e dolo presunto corrispondeva all'altra, concettualmente più matura, di *dolus de substantia* e *dolo non de substantia*. La differenza era molto importante per la concreta misura delle pene, e affondava le proprie radici nella correlazione fra dolo e pena editale fissata dai giuristi medievali. Era infatti *communis opinio* in età medievale, posizione ripresa dalla giurisprudenza del Cinquecento, che la pena capitale (anche una qualsiasi pena corporale, secondo interpretazioni ancor più rigide) potesse essere irrogata solo nelle ipotesi di delitti dolosi, pur nel silenzio della legge, che spesso faceva riferimento solo al fatto» (così Alessi, *Prova legale*, pp. 91-92). L'interconnessione difficilmente scindibile tra dogmatica penale e processo è messa in luce da Calisse, *Storia del diritto penale italiano*, pp. 267-268, ove si sottolinea che gli intenti classificatori degli *interpretes* di diritto comune muovevano dalla «esteriorità delle cose, in quanto che da fatti esterni, accidentali e non dalla intima natura dei reati» (passo ripreso da Renzo Villata, *Egidio Bossi*, p. 473 e da Rosoni, *Quae singula non prosunt*, pp. 14-15, in particolare nota 98).

¹³ In argomento, Schaffstein, *Die Europäische Strafrechtswissenschaft*, pp. 26 e ss.; Nagler, *Die Strafe*, I, pp. 213 e ss.; Manzel A., *Oesterreiche Zeitschrift für Strafrecht*, I, pp. 389 e ss.

¹⁴ Pifferi, *Generalia*, p. 117.

¹⁵ Lo spostamento dell'attenzione all'aspetto psicologico quale presupposto del *crimen*, seppur ancora in una dimensione processualistica e casistica, è evidente nei contributi dogmatici dei canonisti spagnoli, in particolare nelle *Variarum resolutionum Iuris civilis libri III* dell'alto prelato spagnolo Diego Covarruvias (1512-1577), pubblicate per la prima volta a Salamanca nel 1552. L'opera ebbe come merito principale quello di porsi come interlocutrice privilegiata per l'interpretazione del pensiero scolastico, soprattutto di San Tommaso, e di renderlo applicabile al diritto penale secolare (così Nagler, *Die Strafe*, I, pp. 174 e ss.). E se l'aquinote concepiva come volontario l'atto umano solo quando questo «procede[va] da un principio intrinseco con la coscienza del fine» (S. Tommaso d'Aquino, *Summa Theologica*, in «I classici del pensiero», a cura di T.S. Centi, 2009, I, II, quaestio 18, art. 6) e giudicava la condotta umana unicamente dai suoi effetti essenziali e diretti, ossia concretamente previsti o astrattamente prevedibili, e non già da quelli accidentali e indiretti, di fatto inopinati e inopinabili, (Tommaso d'Aquino, *Summa Theologica*, I, II, qu. 20, art. 5), Covarruvias distingue fra volontà indirizzata all'evento «directe» o «indirecte» (Covarruvias, *Opera Omnia*, vol. I, Parte II, par. Init., n. 2: «Directe enim fertur voluntas in homicidium, quando quis animum habet occidendi: et haec est perfecta propriaque homicidii malitia. Indirecte autem et per accidens fertur voluntas in homicidium, quoties fertur in id, ex quo immediate et per se, non per accidens homicidium sequitur. Nam in id, quod per accidens sequitur, nullo modo fertur voluntas nec directe, nec indirecte») e ipotesi di caso fortuito assolutamente non riferibili a un atto volitivo (*per accidens*). La «voluntas directa in ipsum homicidii actum ipsamque occisionem» («perfecta propriaque homicidii malitia»), riproduzione del romanistico dolo intenzionale, ricorreva ogni qual volta fosse riscontrabile l'*animus occidendi* ed era presupposto della pena ordinaria, mentre ricorreva la volontà

dogmatica che giunse sino al *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani. Partendo dalla separazione ontologica fra *dolus* e *culpa* – «Dolus voluntatis sit vitium, culpa intellectus et memoriae» –¹⁶ il giurista udinese attribuì al dolo una duplice valenza: oltre a contrassegnare una particolare *species delicti*, il *crimen doli* o *stellionatus*, l'intenzione dolosa si configurava come una *qualitas in singulis delictis*, un *essentiale*

indirizzata *indirecte* nei casi nei quali la morte conseguiva «immediate et per se», ogni qual volta non fosse riscontrabile la volizione, ma la semplice prevedibilità dell'evento. Sul punto si vedano Löffler, *Schuldformen*, p. 161 e Schaffstein, *Die Europäische Strafrechtswissenschaft*, p. 174; cfr. Demuro, *Il dolo nel diritto comune*, p. 23. Nessun tipo di volontà, e quindi di dolo, era rilevabile, al contrario, nelle ipotesi in cui la morte rappresentasse un caso fortuito (*per accidens*): «Chi, per esempio, intende ferire una persona e cagiona per un colpo più forte la morte, è *homicida voluntarius* perché la sua volontà si dirige direttamente al ferimento e indirettamente a tutte le conseguenze naturali che derivano da esso. A sentir Covarruvias questo concetto si riconnette all'insegnamento di San Tommaso, secondo cui il peccato diventa più grave quando da un'azione deriva necessariamente o solitamente un evento più grave» (così testualmente Covarruvias, richiamato da Demuro, *Il dolo nel diritto comune*, p. 24, sulla scia di Engelmann, *Schuldlehre der Postglossatoren*, nota 8: «Id manifeste sensit S. Thomas, qui docet, peccata aggravari ex eventibus, qui postea succedunt, non solum quando illi sunt praecogitati, sed etiam quando praeter intentionem successerunt, si illi eventus per se et necessario sequuntur ex prioribus operibus, aut saltem ut pluribus ita illa eveniunt»). San Tommaso, *Summa theologiae*, II-II, q. 64, art. 8 distingue a seconda che l'omicidio sia scaturito da una condotta lecita o illecita: «Si aliquis det operam rei licitae, debitam diligentiam adhibens, et ex hoc homicidium sequatur, non incurrit homicidii reatus: si vero det operam rei illicitae, vel etiam det operam rei licitae non adhibens diligentiam debitam, non evadit homicidii reatus si ex eius opere mors hominis consequatur»). La teoria del *versari in re illicita* è, tuttavia, riferibile unicamente all'atto intrinsecamente pericoloso – «si per se sequitur ex tali actu, et ut in pluribus» – in quanto caratterizzato da *voluntas indirecta*, non all'omicidio *per accidens* (Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-II, q. 20, art. 5). L'*homicidium voluntarium* perpetrato *voluntate indirecta* veniva sanzionato *mitius* rispetto a quello commesso con *verus animus occidendi*: e ciò perché «quasi minuitur peccatum pro ratione indirectae voluntatis et ob imperfectionem voluntarii». «Covarruvias non ricorre ad alcuna presunzione nell'accertamento, ma afferma che il grado di colpevolezza deve essere desunto dalle circostanze del fatto, come per esempio dalla qualità degli strumenti adoperati» e dalla loro modalità di utilizzo (così Demuro, *Il dolo nel diritto comune*, p. 24, sulla scia di Engelmann, *Schuldlehre der Postglossatoren*, pp. 109-110). A detta di Schaffstein, *Die Europäische Strafrechtswissenschaft*, p. 174, la letteratura tedesca di diritto comune, in special modo Carpzov, avrebbe recepito la teoria della volontà indiretta di Covarruvias, anche se con qualche correzione, soprattutto da parte del pratico sassone, che dalla mediazione dell'alto prelato spagnolo trasse quelle indicazioni in tema di elemento volitivo che lo condussero per primo a parlare di *dolus indirectus*. Sull'opera di Covarruvias si veda Julian Pereda S.J., *Cobarrubias penalista*, Barcelona, 1959, in particolare pp. 13 e ss., ove si sottolinea l'influenza del pensiero di San Tommaso nella costruzione del concetto di *voluntas sceleris* da parte del giurista. Lo storico spagnolo non condivide le posizioni di Schaffstein circa il ruolo svolto da Covarruvias nell'elaborazione del concetto di dolo indiretto (Pereda, *Covarrubias penalista*, pp. 21-22, nota 1 e Pereda S.J., *Versari in re illicita*, Barcelona, 1948). In particolare, Pereda collega alla figura di Suarez il maggior contributo della dottrina spagnola nella costruzione di questa figura (Pereda, *Covarrubias penalista*, in particolare pp. 14-17). Sulla criminalistica spagnola fra XVI e XVIII secolo si vedano Valiente T.F., *El derecho penal de la Monarquía absoluta (Siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, 1992, in particolare sull'opera di Alfonso de Castro, Diego Covarrubias, Pedro de Aragón, Antonio Gomez, Juan Enriquez, Francisco de Vitoria e le numerose notazioni di Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, su Gomez, Covarruvias e il meno noto Petrus à Plaça à Moraça. Sul contributo della scienza canonistica si veda anche Laingui A., *Le droit pénal canonique, source du droit pénal laïc, Eglises' et pouvoir politique*, in «Actes des journées internationales d'histoire du droit d'Angers», 1985, Angers, 1987, pp. 213-232.

¹⁶ Deciani, *Tractatus criminalis*, I, VI *De culpa*, n. 5. In argomento Pifferi, *Generalia*, pp. 257 e ss., il quale segnala come l'affermazione sia ripresa da Farinaccio. Engelmann, *Schuldlehre der Postglossatoren*, p. 21, ritiene che l'impostazione volontaristica sia il segnale di un'influenza di Sant'Agostino e San Tommaso.

che connotava il *vitium voluntatis* e portava il soggetto a compiere un atto o *per se* o *immediate* causa del crimine.¹⁷

In terre di Germania già la *Bambergensis* e la *Carolina* portavano le avvisaglie di questo ‘spostamento di baricentro’:¹⁸ in particolare, nella seconda si osservava un primo riconoscimento espresso sia del principio di colpevolezza e sia della facoltà per il giudice di graduarne i differenti gradi, tenendo conto di circostanze quali l’età e la salute mentale del reo.¹⁹ Questo detto, le norme della *Carolina* non fornivano indicazioni precise circa la *quidditas* della *voluntas sceleris*, ed è per questo motivo che anche nei Paesi di area germanica il compito della sua individuazione restava a carico di dottrina e prassi. L’esigenza – identica in tutte le regioni del continente – era la prova, in ambito processuale, del nesso psicologico tra azione ed evento, con un vincolo in più per gli operatori tedeschi: il disposto dell’art. 22 della *Carolina* «secondo cui gli indizi richiesti per la tortura non [era]no comunque sufficienti per la condanna».²⁰

Schmidt avverte che, ancora a XVII secolo inoltrato, le corti nel Sacro Romano Impero riconoscevano il concetto di colpevolezza non come componente psicologica del *crimen*, bensì come componente di derivazione normativa, che scaturiva da circostanze inerenti alla fattispecie, in un’ottica assai vicina alla moderna responsabilità oggettiva.²¹ In una prospettiva ancora legata alla concezione germanica di crimine, ad esempio, in caso di omicidio derivante dalla caduta di un albero, la responsabilità era sempre addossata al tagliatore, a prescindere da qualsiasi valutazione dell’elemento volitivo.

È interessante osservare come la dottrina tedesca si fosse ingegnata a ‘riempire il contenitore’ della PGO e come, proprio in quella terra contraddittoria e feconda, si assistette, da un lato, all’acme dell’evoluzione del tradizionale «versari in re illicita» e,

¹⁷ Sul punto, Cordero, *Criminalia*, p. 302; Pifferi, *Generalia*, pp. 248 e ss. In questo contesto, il dolo è elemento costitutivo del *crimen* ed è integrato sia quando il soggetto vuole commettere il delitto direttamente, *per se*, sia quando vuole compiere un atto che ne è causa immediata, *immediate*. L’autore rinviene, nella concezione deciana di dolo, l’evidente influsso di Covarruvias, secondo il quale chi intende ferire una persona e cagiona a causa di un colpo più forte la morte, è «homicida voluntarius», perché la sua volontà si dirige al ferimento e a tutte le conseguenze naturali che da esso possono derivare. E questa consequenzialità deve essere sempre provata dalle circostanze del fatto: vero dolo è solo quello che *ex proposito intercedit* e non va confuso con il *dolus in re ipsa* richiesto dal diritto civile per la nullità di un atto, sanzione inapplicabile al diritto criminale (Pifferi, *Generalia*, p. 247). Trattando, poi, del dibattito dualismo processuale *dolus verus-dolus praesumptus*, pur senza distaccarsi dalla tradizione che misurava l’intensità del dolo sulla base del grado di accertabilità processuale, l’autore ritiene essenziale la prova della *voluntas* in ogni caso, sia di dolo vero sia di dolo presunto, dal momento che la valutazione dell’*animus* non può che basarsi su congetture legate alla particolarità del caso concreto: «non nisi coniecturis licet evidentioribus probari possit» (Deciani, *Tractatus criminalis*, I, IV *De dolo*, n. 14); «dolus non praesumitur nisi probatur» (Deciani, *Responsa*, Resp. XLIII, n. 32). Sull’argomento, Pifferi, *Generalia*, pp. 254-255.

¹⁸ Sulla *Bambergische Halsgerichtsordnung* (Ordinanza Criminale di Bamberg o *Constitutio Criminalis Bambergensis*, CCB) si vedano Schmidt, *Die Peinliche Gerichtsordnung Karl V*, pp. 50 e ss.; Dezza, «Pour pourvoir au bien de notre Justice», pp. 16-17; Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, p. 231; Langbein, *Prosecuting Crime in the Renaissance*, p. 165 e Dezza, *Lezioni*, pp. 14 e 15, che riporta il dettato dell’art. 13 della CCB, secondo il quale «ist besser den schuldigen ledig zulassen dass den unschuldigen zum tode zuverdampnen» («è meglio assolvere un colpevole che condannare a morte un innocente»).

¹⁹ In argomento, Maes, *Die drei grossen europäische Strafgesetzbücher*, p. 209; Schmidt, *Die Carolina*, p. 117; Dezza, *Lezioni*, pp. 44-46.

²⁰ Così Dezza, *Lezioni*, p. 44.

²¹ Sul punto, Schmidt, *Die Carolina*, pp. 32-33.

dall'altro, all'auspicata – due secoli più tardi – riesumazione del 'monolite romanistico'.²² A poco meno di due lustri l'una dall'altra, sotto i colpi dei cannoni della Guerra dei Trent'Anni, due tra i più influenti esponenti della scienza criminalistica secentesca pubblicavano i loro capolavori: Benedikt Carpzov dava alle stampe la *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium* (1635), condensato 'in salsa empirica' del processo inquisitorio romano-canonico,²³ e Anton Matthaeus il 'manifesto' che quel procedimento desiderava scardinare.²⁴

Riprendendo gli schemi logici elaborati da Covarruvias e la disciplina sanzionatoria del bartolistico «praevederi posse», il 'Bartolo tedesco' elaborò una *Schuldlehre* che influenzò dottrina e prassi nei territori tedeschi per circa due secoli.²⁵ Nell'ottica di Carpzov si può commettere un omicidio con *voluntas directa et indirecta*:²⁶ agisce con dolo diretto «qui occidendi animo aliquem aggreditur»; mentre agisce con dolo indiretto «qui vulnus infligit ex quo immediate sequitur homicidium».²⁷

Il *dolus directus* raffigura, quindi, la forma di *voluntas perfecta* e si concretizza quando è presente il vero e proprio *animus occidendi*, l'intenzione di realizzare l'evento antigiuridico. Il *dolus indirectus*, invece, pur essendo anch'esso *voluntas*, lo è *indirecte*, perchè riferibile a tutte quelle conseguenze che, se anche non volute, sono ordinariamente il prodotto di una determinata condotta. Nella prospettiva del padre della Scuola pratica sassone, dunque, si debbono considerare dolosi non solo gli effetti 'cogitati' della condotta criminosa, ma, trattandosi di un illecito, anche tutte le ulteriori conseguenze che, pur non essendo state preventivate, avrebbero potuto o quantomeno dovuto essere prese in considerazione.²⁸

Nata dall'esigenza di politica criminale di facilitare, in sede processuale, la prova del dolo – cui evidentemente era funzionale un concetto che, ricomprendendo l'aspetto della prevedibilità, riteneva provata l'effettiva 'cognizione' da parte dell'agente sulla base del «praevederi posse» –, la teoria carpzoviana della *voluntas indirecta* portava

²² Il riferimento è a Binding K., *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, III, Leipzig, 1918, p. 783, che utilizzò il dolo romanistico come schema di base per dedurre la *divisio* dell'elemento psicologico del reato tra «Bewusstseins Moment», momento conoscitivo, e «Willens Moment», momento volitivo, che definì «die klare Auffassung der bewussten Schuld», il capolavoro della giurisprudenza romana in materia criminale. Sul punto si veda anche Jescheck H.H., T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, V Aufl., Berlin, 1996, p. 292.

²³ Schaffstein, *Studien*, p. 18.

²⁴ Dezza, *Accusa e inquisizione*, p. 107 e Dezza, *Lezioni*, p. 79.

²⁵ Von Frank R., *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 10, 1890, p. 172; Schaffstein, *Allgemeinen Lehren*, pp. 108 e ss.; Puppe I., *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 103, 1991, pp. 23 e ss.

²⁶ Carpzov, *Practica nova, Homicidio*, qu. 1, n. 31.

²⁷ Sul punto Schaffstein, *Allgemeinen Lehren*, p. 119.

²⁸ L'intenzione del '*practicus*' Carpzov era di imperdire al reo di eccepire, dopo la morte dell'agredito, di aver agito con la semplice intenzione di ferire (cfr. Jakobs G., *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 114, 2002, p. 590): equiparando al dolo di omicidio il dolo di lesioni, sulla base della considerazione che la ferita avrebbe potuto determinare *immediate et per se* la morte, l'aggressore «verisimiliter aut cogitavit vel cogitare potuit, aut saltem cogitare debebat» (Carpzov, *Practica nova*, par. *Homicidio*, qu. 1, n. 31. Sul punto Puppe, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, p. 24.; Schmidt, *Die Carolina*, p. 172. Klee, *Der dolus indirectus*, p. 11, rinviene in questa argomentazione l'evidente derivazione dall'*opinio Bartoli* e, invero, anche *Baldi*).

alla fatale conseguenza dell'inammissibilità della prova contraria. Il risultato concreto di questa operazione è più che evidente: portando al superamento di tutte le difficoltà probatorie, si può azzardare, con la dottrina tedesca, che la *Practica nova* abbia strutturato una sorta di sovrapposizione di *Vorsatzbegriff und Vorsatzbeweis*,²⁹ con la conseguenza, sul versante sanzionatorio, della comminazione della sanzione ordinaria a tutti i crimini *dolo patratu directe aut indirecte*.

Dopo un predominio durato un secolo, il dolo indiretto carpzoviano iniziò il proprio declino, quando gli afflatti illuministici 'presero possesso' della scienza giuridica tedesca e si affermò a chiare lettere il principio che fosse meglio che cento colpevoli andassero esenti da pena che un innocente vi fosse assoggettato, soprattutto quando questa pena era capitale o mutilativa. In realtà, questo adagio dalle antiche origini riecheggia già da secoli negli anfratti della scienza moral-teologica e criminalistica (e invero anche nei primi grandi corpi legislativi);³⁰ proprio un giurista tedesco lo ripeteva sino allo spasmo nella sua opera capitale: Anton Matthaeus.

«In universum vero pronior ad absolvendum, quam ad condemnandum esse debet; satius enim vel nocentem absolvi, quam innocentem condemnari»;³¹ «Levius esse nocentem absolvere quam innocentem condemnare»,³² erano i cardini sui quali doveva poggiarsi il giudice nel pronunciare la sentenza. Erano i *sapientes* a insegnarlo: se la condanna di un innocente rende «impossibile restituir[gli] la vita, la salute e l'onore perduti», l'assoluzione di un colpevole non pregiudica in alcun modo la possibilità che, nel caso di recidiva, la corte possa valutare la circostanza come aggravante.³³ Non bisogna poi scordare, e non lo fa il nostro autore, che l'assoluzione di un colpevole lede la sola *devotio publica*, mentre la condanna di un innocente, giusnaturalisticamente parlando, incide su diritti 'inviolabili' dell'individuo.³⁴

Matthaeus ritiene l'accertamento del *dolus* così fondamentale che lo indica proprio quale prima tappa del procedimento di valutazione della controversia da parte del giudice,³⁵ e, secondo una tendenza da lui inaugurata e che permeerà la scienza penalistica tedesca ottocentesca, risolverà il *dolus malus* da fonti classiche, normative e non. Pifferi sostiene che il criminalista batavo non elabori una definizione di dolo, ma che «dall'interpretazione delle fonti romane trasp[ia] la consapevolezza del significato

²⁹ Sul punto, Schmidt, *Die Carolina*, p. 173 e Schaffstein, *Allgemeinen Lehren*, p. 118. Proprio la circostanza che la costruzione carpzoviana non ammettesse prova contraria portò Löffler, *Schuldformen*, p. 160, a considerare il *dolus indirectus* non già una regola probatoria quanto un «rein materiell-rechtlicher Begriff».

³⁰ Mi riferisco alla *Bamberger Halsgerichtsordnung* che, «costru[endo] una struttura procedurale di indubbia sapienza [che] media[sse] tra contenuti sostanziali dedotti» dalle fonti romano canoniche «e forme esteriori desunte dalla tradizione germanica», limitò l'utilizzo della tortura ancor più estensivamente rispetto alla Riforma di Worms e recepì dalla tradizione romanistica alcuni 'consolanti principi', come la massima espressa nel suo art. 13, secondo la quale «è meglio assolvere un colpevole che condannare a morte un innocente» (Dezza, «Pour pouvoir au bien de notre Justice», pp. 16-17; cfr. Dezza, *Lezioni*, pp. 41-42). Sul principio legato alla presunzione di innocenza e, peraltro, dalla valenza meramente retorica sul continente, si veda Dezza E., *Breve storia del processo penale inglese*, in *Il diritto nella storia*, Torino, 2009, pp. 108-109.

³¹ DC 48.17.2.2. ove si argomenta ex D. 48.19.5. e si cita a margine Aristotele, *sez. 29*, prob. 13.

³² DC 48.17.2.3.

³³ DC 48.17.2.3.

³⁴ DC 48.17.2.3.

³⁵ DC 48.18.4.8. di Renzo Villata, *Egidio Bossi*, pp. 515 e ss. sottolinea l'essenzialità dell'accertamento dell'*animus deliberatus* anche nella prospettiva del «grande giurista milanese quasi dimenticato».

dogmatico che il termine ha assunto nel diritto penale, come carattere costitutivo essenziale del delitto. Il crimine si commette *dolo, effectu, animo*.³⁶ Invero, se il nostro autore non delinea una *definitio* di dolo nei *Prolegomena*, lo fa nelle pagine processuali, dove ne parla come la consapevolezza da parte dell'agente di aver «necessariamente o probabilmente cagionato l'evento».³⁷

Le colorazioni del *dolus matthaeusiano*, conformemente al dato romanistico,³⁸ sono il dolo di proposito, il 'dolo ordinario', nel quale l'attività dell'agente è intenzionalmente indirizzata a produrre l'evento consumativo del reato, e il dolo d'impeto, determinato «da quel particolare stato d'animo impetuoso ed irreflessivo, solitamente originato dall'ebbrezza, dall'ira, dall'amore, dalla libidine».³⁹

Matthaeus, facendo proprie le argomentazioni di Aristotele, ritiene che anche tali condotte siano di carattere volontario, «quia principium actionis in agentibus est».⁴⁰ Egli considera, infatti, dolose le azioni originarie dall'*ebrietas*, dall'*ira*, dall'*amor*, dalla *nequitia*, dalla *luxuria*, dalla *voluptas* o dalla *petulantia* che, anche se inconsapevoli, non sono propriamente scusabili, dal momento che chi perpetra un crimine spinto da tali cause o è «particolarmente debole nei sentimenti o incline all'ozio. *Utrumque autem in vitio; non moderari animo*».⁴¹ Paradigmatica la sua posizione nei confronti degli *irati*: «[...]

³⁶ Anche Claro non fornì alcuna *definitio* di dolo, reputando inutile precisare che è l'intenzione di nuocere. I suoi annotatori, però, aggiunsero ai margini i riferimenti abituali al diritto romano (notazione *voluntas et propositum*, Claro, *Sententiae*, qu. 84, n. 1, che si ritrova anche in Farinaccio, *Praxis*, qu. 87, n. 6: «[...] animus et propositum distinguunt maleficia», con il riferimento a D. 48.8.1.3.). Lo stesso Farinaccio, *Praxis*, qu. 88, n. 11, precisa: «Quid sit dolus in genere. Dic quod dolus in genere est machinatio ad decipiendum fallendumque alterum adhibita, cum aliud igitur et aliud simulatur», con un adattamento di D. 4.3.1.2. che 'prende a prestito' la definizione di dolo di Labeone, a lui giunta per il tramite di Bartolo. Cfr. Pifferi, *Generalia*, pp. 240-241, ove ampi ragguagli sull'emersione del concetto di colpevolezza.

³⁷ Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 34, che richiama DC 48.18.4/2.10.

³⁸ D. 48.19.11.2.: «Delinquitur autem aut proposito, aut impetu, aut casu».

³⁹ DC *Prolegomena*, 1.3., ove si richiamano D. 48.19.11.2.; D. 48.19.16.2.; D. 48.11.7.3.

⁴⁰ DC *Prolegomena*, 1.3. Per scongiurare problematiche legate a un'interpretazione affrettata e in chiave contemporanea delle espressioni utilizzate da Matthaeus, occorre svolgere alcune necessarie premesse sull'uso nella tradizione aristotelica dei termini «involontario» e «non volontario». I due termini «involontario» e «non volontario», per noi sinonimi, nel vocabolario aristotelico hanno due significati differenti: è involontario l'atto non voluto e seguito da pentimento; è non volontario l'atto non voluto, ma non seguito da pentimento. Delle due *categoriae* Matthaeus utilizza solo quella dell'involontario, forse sovrapponendo il piano etico a quello giuridico, nonostante dalle pagine del *De Criminibus* mai emergano riferimenti al pentimento di chi delinque. Sul punto, più dettagliatamente, *infra*, par. 2.3.

⁴¹ DC *Prolegomena*, 1.3. Il diritto romano assimilava malvagità e lussuria e così fa anche Matthaeus: «Sarebbe, infatti, ridicolo sostenere che non agisce con dolo chi, per disonesto piacere, schiaffeggia un uomo libero o colui che, con la protezione della notte e per la sfrontatezza dell'età, prende a bastonate gli ignari passanti» (Matthaei, *Prolegomena*, p. 1); in queste ipotesi, infatti, si ritiene presente nel soggetto una rappresentazione, anche se in alcuni casi minima, delle conseguenze lesive delle azioni perpetrate, bastevole per parlare di responsabilità dolosa. Anche la *petulantia*, definita come «contemptus hominis mediocris, meditatio, clamor, plagae», e alla quale sovente si aggiunge «la volontà di ingannare e di nuocere» (DC *Prolegomena*, 1.4.), è annoverata da Matthaeus nel catalogo dei comportamenti dolosi e, se il petulante non è sanzionato in modo alcuno, l'autore si augura che le sue notti siano insonni così da frustrare la sua «vexandi libido» (DC *Prolegomena*, 1.4.). Renazzi Ph.M., *Synopsis elementorum juris criminalis in usum auditorum*, Roma, 1805, I.V.XII, citando Matthaeus direttamente nel testo, argomenta in termini identici in tema di *nequitia*: «Nequitia, quam et petulantiam et luxuriam et improbitem quoque apposite dixeris, malitiam hoc loco significat, qua considerate, et plena voluntate delinquitur».

si comparentur cum illis, qui per ignorantiam delinquant, voluntariis potius, quam involuntariis adnumerandos».⁴²

E se Platone e gli altri «antichi filosofi» avevano costruito teorie che vedevano nell'*impetus* una sorta di efflusso incontrollabile della volontà,⁴³ Matthaeus, *contra*, non dubita di dover concepire l'*impetus* come doloso. Interessante è la motivazione, nuovamente ribadita: «quia principium actionis in agente est».⁴⁴

Fondamentale per questo approdo fu la rilettura che dell'*Ethica Nicomachea* – nei cui contenuti la *Schuldlehre* trova la prima e compiuta esposizione –⁴⁵ elaborò la filosofia moral-teologica di area protestante che, nel tentativo di conciliare il «servo arbitrio» con il «volontarismo aristotelico», pose indelebilmente l'accento sui moventi dell'agire umano.⁴⁶ Per Matthaeus un crimine può nascere da azioni volontarie, che «trovano la propria origine nell'agente» che è perfettamente consapevole del proprio agire; da azioni involontarie, la cui origine non può in alcun modo essere riferita al soggetto che le pone in essere, e da azioni miste nelle quali «il principio dell'azione si trova nell'agente», ma tale principio non può essergli completamente riferito a causa di inconsapevolezza o ignoranza delle condizioni particolari nelle quali il fatto è compiuto.⁴⁷

La volontarietà, dunque, è definita da due condizioni: dall'essere il soggetto il principio dell'atto e dalla conoscenza delle circostanze in cui l'azione si inserisce. Traducendo in termini attuali, la *voluntas sceleris matthaeusiana* comprenderebbe la coscienza e la volontà della condotta e l'elemento intellettuale del dolo, ossia la rappresen-

⁴² DC *Prolegomena*, 1.3.

⁴³ Platone, *Leggi*, 734b, 363b e ss. e 902a e ss., indica la mancanza di autocontrollo come «involuntaria», perché determinata da una carenza di carattere cognitivo provocata dal dolore, dal piacere e da altre pulsioni.

⁴⁴ DC *Prolegomena*, 1.3. Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 33, ritiene che il ragionamento di Matthaeus sia avvicinabile alla moderna costruzione dell'*actio libera in causa* e che Carpzov si sia espresso con identiche modalità in relazione al crimine determinato dall'*ebrietas*, «che se non può essere considerato doloso sicuramente può essere visto come cagionato da una *culpa enormis*, “cum ignorare non deberet, aliquid mali per ebrietatem a se admissum iri, sane ob hanc ipsam culpam saltem extraordinarie punire debet”» (Carpzov, *Practica*, qu 146, n. 39; sul punto, Lobe A., *Die allgemeinen strafrechtlichen Begriffe nach Carpzov*, Leipzig, 1894, p. 23).

⁴⁵ Riprendo la felice espressione da Löffler A., *Die Schuldformen des Strafrechts. In vergleichend-historischer und dogmatische Darstellung*, Leipzig, 1895 p. 70: «Eine vollkommene Ausbildung fand die Schuldlehre jedoch erst in der Ethik des Aristoteles».

⁴⁶ Su questo aspetto Piro F., *Spontaneità e ragion sufficiente. Determinismo e filosofia dell'azione in Leibniz*, Roma, 2002, pp. 150-151, scrive: «La teologia protestante chiari già all'indomani della Riforma che la dottrina luterana della Predestinazione e della Grazia non implicava affatto la irresponsabilità per gli atti compiuti dall'uomo. Rispetto ad ogni questione etico-giuridica, nonché rispetto alla fondamentale questione della responsabilità dei peccatori innanzi a Dio, la teoria aristotelica del *voluntarium* avrebbe fornito tutte le coordinate per una risposta soddisfacente. Se un atto è compiuto in assenza di coazione ed è deliberato, esso è riferibile a chi lo ha compiuto ed è, quindi, espressione del libero arbitrio. Questa interpretazione aveva un importante sottinteso: se l'atto volontario viene generato per mezzo della deliberazione e la deliberazione dipende dalle disposizioni interne dell'agente, è evidente che l'uomo agirà in modo migliore o peggiore a seconda delle sue disposizioni psichiche. La causalità dell'agire diveniva, dunque, compatibile con la necessità, se con questo termine intendiamo il decreto infallibile del Creatore. Lo scopo dichiarato dei filosofi-teologi protestanti era di rendere compatibili le basi dell'etica aristotelica con il presupposto del luteranesimo: in questo modo, l'atto volontario umano diventava libero a *coactione*, ma avendo premesse psichiche precise e conformi al decreto di Dio, non era libero a *necessitate*». In argomento si vedano, in particolare, Jesseph D.M., *Leibniz, Hobbes and Bramhall on Free Will and Divine Justice* e Murray M.J., *Spontaneity and Freedom in Leibniz*, in «VII Internationaler Leibniz-Kongress, *Nihil sine ratione*», Berlin, 2001, vol. II, pp. 565 e ss. e 861 e ss.

⁴⁷ DC *Prolegomena*, 1.3.

tazione degli elementi che integrano la fattispecie oggettiva. Delle azioni miste, invece, alcune sono avvicinabili alle volontarie, altre alle involontarie; tra le prime, l'autore menziona quei comportamenti nei quali «et vis, et voluntas conspicitur»,⁴⁸ sulla base di una valutazione che prenda in considerazione oltre alla volontà, anche l'essenza della condotta, come nel caso in cui l'azione sia compiuta per «la speranza di un maggior vantaggio o per il timore di un peggior male».⁴⁹

A sua volta, questa tipologia di azioni miste è suddivisibile in tre categorie: quelle lodevoli, quelle scusabili e quelle che non meritano né approvazione né indulgenza.⁵⁰ Le prime due scriminano completamente la condotta; la terza no. Per il criminalista olandese sono scusati «per approvazione» quei casi nei quali si è indotti ad agire con indegnità o con scarso decoro con la speranza di ottenere un qualche vantaggio – «come chi per aver salva la vita offre denaro ai banditi, come il magistrato che per placare una sommossa si sia messo a saltare nudo per il Foro o si sia finto pazzo, come chi, *sapientiae causa*, abbia dilapidato tutte le sue fortune»,⁵¹ mentre sono scusati «per indulgenza» quei casi che spingono a commettere un reato per sfuggire a quelle violenze intollerabili per la natura umana, «come la rivelazione di segreti al nemico da parte del prigioniero che soccombe al dolore della tortura».⁵² Al contrario, non meritano né approvazione né indulgenza le azioni veramente turpi compiute

per la speranza di un bene o per il timore di un male: pensiamo a colui che, per sopprimere il tiranno, ritenga utile avere rapporti carnali con la moglie di lui o a quello che, per non morire lui stesso, esegua l'ordine di uccidere un altro oppure all'innocente che per non essere condannato, corrompa il giudice con denaro.⁵³

Una mediazione tra la aristotelica «scelta come principio razionale dell'azione»⁵⁴ e la dottrina stoica dell'assenso:⁵⁵ nel solco della concezione che aveva dominato il pensiero classico e quello medievale, a partire da Cicerone e Seneca, fino ad arrivare a Ockham –⁵⁶

⁴⁸ DC *Prolegomena*, 1.3.

⁴⁹ DC *Prolegomena*, 1.3.

⁵⁰ DC *Prolegomena*, 1.3.

⁵¹ DC *Prolegomena*, 1.3.

⁵² DC *Prolegomena*, 1.3.

⁵³ DC *Prolegomena*, 1.3., che fa riferimento ad Aristotele, *Ethica Nicomachea*, II, 6, 1106, b. 36: «La virtù è una disposizione che orienta la scelta».

⁵⁴ «La virtù», dice infatti Aristotele, *Ethica Nichomachea*, II, 6, «è una disposizione che orienta la scelta» e la scelta rappresenta la piena appartenenza dell'atto al soggetto che agisce e presuppone i concetti di volontario e involontario, essendo la scelta un atto volontario, elemento costitutivo della virtù etica. Aristotele definisce ancora la scelta nel *De anima*, III, 10, «l'appetizione volontaria delle cose che dipendono da noi»: in altre parole, la scelta esprime il senso pieno dell'appartenenza dell'atto al soggetto, sia sotto il profilo conoscitivo che sotto quello volitivo e, quindi, rappresenta una sorta di «sintesi tra deliberazione e azione» (così Demuro P., *Alle origini del concetto di dolo: dall'etica di Aristotele al diritto penale romano*, in «Diritto @ storia», 2006, n. 5, p. 13. Sul punto Abbagnano N., *Dizionario della filosofia*, sub voce *Volontà*, Torino, 1970, p. 924).

⁵⁵ Gli stoici ripresero il concetto aristotelico di volontà intesa come scelta e lo definirono «appetizione razionale» (Diogene, *Laerzio*, VII, 116). Sul punto Abbagnano, *Dizionario della filosofia*, I, sub voce *Volontà*, p. 924.

⁵⁶ Abbagnano, *Dizionario della filosofia*, voce *Volontà*, p. 924, ricorda come tale dottrina permeerà tutto il pensiero cristiano medievale da Agostino, *De civitate Dei*, XIV, 6: «[...] la volontà è in tutti gli atti degli uomini, anzi tutti gli atti nient'altro sono che volontà», a Bernardo da Chiaravalle, *S. cant.*, 81, IV, 9:

che definivano la volontà come «desiderio conforme a ragione»⁵⁷ o come una «disposizione dell'animo che trova la propria origine in un impulso, oggetto di comprensione razionale per mezzo di un giudizio che determina l'assenso (*ut quod nunc natura et impetus est fiat iudicium*)»⁵⁸ il nostro autore rilegge il *voluntarium* aristotelico con una colorazione razionalistica che si avvicina molto a quelle elaborate dai sommi esponenti del giusnaturalismo protestante, da Hobbes a Leibniz. E se Hobbes poneva l'accento sul momento deliberativo e Leibniz ragionava di spontaneità, ricercandovi un 'antidoto' alla *libertas a necessitate*,⁵⁹ Matthaeus individua nella scelta l'elemento costitutivo della virtù etica e il momento di discriminare fra azione volontaria e involontaria. La scelta, si diceva, essendo un atto volontario, rappresenta la piena appartenenza dell'azione al soggetto che agisce. E vedremo a quali conseguenze porterà questa impostazione nella costruzione di numerosi *generalia* da parte del nostro originale 'razional-protestante', che talvolta si spingerà anche oltre i binari della ragionevolezza.⁶⁰

«porro ubi voluntas, et libertas», a Alberto Magno, *Summa Theologica*, I, q. 7, a. 2, a San Tommaso, *Summa Theologica*, q. 80, a. 2, a Duns Scoto, *Rep. Par.*, III, d. 17, q. 2, n. 3, a Ockham, *In Sent.*, IV, q. 14G. Scrive Demuro, *Alle origini del concetto di dolo*, p. 34: «La nozione di volontà come atto di scelta rappresenta la vera essenza del dolo: di origine aristotelica, solo essa esprime il concetto di volontà colpevole. Questa nozione, che non tanto emerge dalla prassi giurisprudenziale, quanto piuttosto dalle opere letterarie, nelle quali troviamo tracce di come è 'sentito' l'elemento soggettivo nel diritto penale romano, rappresenta la vera e utile eredità concettuale. È una traccia che prima in Aristotele, poi nello Stoicismo, poi nel Cristianesimo e in particolare in Sant'Agostino segnerà l'etica e il diritto». Sul pensiero di Ockham, Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, pp. 384, 387, 397, 434, 484, 487; Padovani, *Scientia juris*, pp. 36-38; Fassò G., *Storia della filosofia del diritto. I. Antichità e Medioevo*, Bologna, 1966; Bréhier E., *La filosofia del Medioevo*, Torino, 1980, p. 405.

⁵⁷ Cicerone, *Tusc.*, IV, 6, 12.

⁵⁸ Seneca, *De Clementia*, II, 2, 2, rielaborando la dottrina stoica dell'assenso, descrive la 'volontà come scelta', come una disposizione dell'animo che nasce da un impulso e che deve essere oggetto di comprensione mediante un giudizio: «[...] ut quod nunc natura et impetus est fiat iudicium». Sul punto Abbagnano, *Dizionario della filosofia*, sub voce *Volontà*, p. 924.

⁵⁹ Hobbes T., *Leviathan*, traduzione, introduzione e note a cura di Giammanco R., Roma-Bari, 1995, I, 6: «La definizione della volontà data comunemente nelle scuole, che essa è un appetito razionale, non è buona. Giacché, se lo fosse, non ci potrebbero essere atti volontari contrari alla ragione. [...] Ma se, invece, di appetito razionale, diremo appetito risultante da una precedente deliberazione, allora la volontà sarà l'ultimo appetito nel deliberare». Nello stesso anno in cui Matthaeus pubblicava il *De Criminibus*, vedevano la luce i *Melemata Philosophica* di Adrian Heerebord, calvinista ortodosso, fedele alle decisioni del Sinodo di Dordrecht (sul quale *supra*, *Introduzione*, par. III) che esprime con la massima chiarezza possibile il «compatibilismo», per dirla in termini odierni, aristotelico, con un'impostazione assai simile a quella proposta da Hobbes. Heerebord, infatti, definisce la volontà come «ultimo giudizio preso nel deliberare», ovvero come punto di approdo del processo deliberativo. Su Heerebord, Scribano M., *Da Descartes a Spinoza. Percorsi della teologia razionale nel Seicento*, Milano, 1988, pp. 18-19. Leibniz G. W., *Essai de Théodicée*, III, par. 301, (1710), ai fini del presente lavoro consultato nell'edizione di Amsterdam del 1734, scrive: «Aristotele ha ben definito la spontaneità dicendo che un'azione è spontanea quando il suo principio è in colui che agisce. *Spontaneum est cuius principium est in agente*. Ed è così che le nostre volontà dipendono interamente da noi». Il filosofo tedesco definisce la spontaneità nei suoi scritti più maturi con termini che fondono la libertà a *coactione* e quella a *necessitate*: «contingentia sine coactione». In breve, Leibniz porta avanti la tesi che le condizioni modali della libertà siano tutte definite dalla spontaneità che, tuttavia, è libera dalla necessità. Sulla lettura dello *spontaneum* aristotelico si veda Abbagnano N., *Dizionario della filosofia*, Torino, 1971, sub voce *Spontaneità*, p. 833.

⁶⁰ Trattando del *crimen homicidi*, Matthaeus afferma che non possa andare esente da pena colui che nel corso del sonno, animato da una tremenda inimicizia, uccida il proprio nemico. Sul punto anche Pereda, *Covarrubias*, pp. 172-173, che ricorda come Covarrubias, un secolo prima di Matthaeus, avesse seguito una *solutio* opposta. È, tuttavia, da rilevare che nei secoli che seguirono, l'*opinio Matthaei* sia stata adottata da giuristi e medici che ritenevano imputabile il crimine commesso nel sonno nei confronti del

4.2. L'esclusione del dolo

4.2.1. La culpa

L'idea che il fatto illecito, per essere considerato punibile, dovesse dipendere dalla volontà dell'agente ed essere riferibile alla sua responsabilità, divenne presto *regula juris*: l'esigenza del dolo divenne agli occhi dei criminalisti così necessaria che essi relegarono al di fuori della sfera del criminale tutte quelle infrazioni involontarie dovute genericamente a negligenza o imprudenza,⁶¹ al punto che, in caso di *culpa laevis* o *laevisissima* assai di rado si instaurava una procedura criminale, secondo un principio ben evidenziato da Farinaccio: «Judex enim numquam procedit per inquisitionem pro delicto nisi dolus vel culpa lata interveniat».⁶²

Con poche eccezioni fra i grandi criminalisti, a partire dal XVI secolo, gli *interpretes* ritenevano che l'adagio *culpa lata dolo aequiparatur* potesse essere applicato al diritto criminale,⁶³ addirittura in caso di commissione di crimini gravi,⁶⁴ in una conformità di

nemico capitale perché «il misfatto [...] non sarebbe [stato] che la esecuzione de' criminosi sentimenti nudriti nella veglia: "quia principium actionis in agentibus est"». Si leggano, ad esempio, le parole di Muyrat de Vouglans P.F., *Lois criminelles de la France*, Paris, 1780, p. 29. La posizione del nostro autore in tema di imputabilità del sonnambulo che uccide il nemico capitale sarà richiamata anche da letteratura non giuridica; si veda in argomento il *Giornale di letteratura, scienze ed arti compilato da vari letterati*, Milano, 1819, vol. II, p. 78: «Non vanno d'accordo i giusperiti ed i medici intorno alla innocenza o reità delle azioni commesse dai sonnambuli. Anton Matteo pretende che si possa assolvere il sonnambulo imputato di un delitto commesso durante il sonno soltanto allorché viene provato che esso non covava capitali inimicizie e non avesse già premeditata l'azione quando era sveglio».

⁶¹ Così Claro, *Liber V*, qu. 84, n. 1: «Et in primis quidem scias, quod regulariter in poenis criminalis numquam potest quis puniri corporaliter, nisi dolus interveniat». Sul punto si veda Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, pp. 153-154; analogamente Marsilii I., *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 summariis novissime compositis. Et cum repertorio*, Venetiis, 1526, l. 1, n. 10, f. 83va (sul quale Pifferi, *Generalia*) p. 228; Bossi E., *Tractatus varii*, Lugduni, 1562, tit. *de homicidio*, nn. 67-69 (sul quale di Renzo Villata, *Egidio Bossi*, pp. 524 e ss. e Dezza, *Lezioni*, pp. 18-20); Guyot, *Répertoire*, v. Dol, t. 19, p. 550: «Il delitto che non è accompagnato da intenzione malvagia non è che un delitto materiale che può bene, se è stato voluto, determinare il risarcimento dei danni a chi ha sofferto di questi delitti, che l'azione sia o non sia la conseguenza di una intenzione malvagia: ma non si sottopone mai l'autore a delle sanzioni pubbliche»; Grimaudet, *Œuvres*, vol. I, p. 40, citato da Laingui, *La responsabilité penale*, p. 37. Tiraqueau, *De poenis*, dedica alla figura della colpa numerose cause, senza che sia rinvenibile una sintesi unitaria, considerandole, talvolta, cause di esclusione da responsabilità (causa 10: imperizia nell'esercizio di una professione), talvolta di attenuazione della pena (causa 13.1: fatto involontario, culpa; causa 13.2: *error personae*; causa 13.4: *aberratio ictus*). Sul punto Laingui, le *De poenis*, pp. 78 e 93.

⁶² Farinaccio, *Praxis*, qu. 87, n. 54.

⁶³ Tiraqueau, *De poenis*, causa n. 14, n. 1; Claro, *Sententiae Receptae*, qu. 84, n. 1 e *Liber V*, par. *homicidium*, n. 3; Grimaudet, *Œuvres*, nn. 46-47; D'Argentré B., *Commentarii in patrias Britonum leges seu consuetudines antiquissimi ducatus Britanniae in lucem editi cura et studio V. C. Caroli d'Argentré*, Parisiis, 1640, ad art. 594, n. 17, col 1916; Farinaccio, *Praxis*, qu. 87, nn. 14 e 5; Carpov, *Practica*, I, qu. 27, nn. 3-5.

⁶⁴ Nel caso di persecuzione di crimini gravi, che generalmente venivano sanzionati con pene corporali o infamanti o, addirittura, con la pena capitale, gli autori non consentivano l'applicazione del principio «culpa lata dolo aequiparatur». Si vedano Claro, *Sententiae*, qu. 84, n. 1 (conformi qu. 87, nn. 18, 20, 22 e 72-73): «Et in primis quidem scias, quod regulariter in poenis criminalibus numquam potest quis puniri corporaliter, nisi dolus interveniat [...]». Neque sufficeret lata culpa: nam in criminalibus, cum agitur de

vedute attestata ancora una volta dall'autore romano – «[...] de lata [culpa] dic. quod punitur criminaliter et non habet difficultatem» –⁶⁵ e che si estendeva anche al regime sanzionatorio: «[...] Bene verum est quod mitius punitur quam dolus. Et hoc pariter non habet difficultatem».⁶⁶ Ciò nonostante, questa sorta di *lenitas* non venne accolta come *regula* comunemente accettata né nella dottrina né, e soprattutto, nella prassi. Ancora in pieno XVI secolo, numerosi *interpretes* ammettevano che si potessero infliggere agli autori di crimini colposi pene corporali o infamanti. Giulio Claro non può che testimoniare di questa pratica, da lui ritenuta ingiusta,⁶⁷ che veniva giustificata sulla base di improrogabili esigenze di difesa sociale, quando i fatti commessi avevano il potere di compromettere gravemente l'ordine pubblico, il buon costume o erano *mauvais exemple*.⁶⁸

Matthaeus non si distacca dalla tradizione e rilegge l'adagio *culpa lata dolo aequiparatur*, con argomentazioni che piaceranno molto a Wolff e Pagano:⁶⁹ nella *Lex Cornelia de sicariis* non è la *quidditas* ad assimilare il dolo alla colpa grave, ma

imponenda poena mortis, vel mutilationis membri, lata culpa non aequiparatur dolo [...] sed certe hoc locum habet non modo si agatur de imponenda poena mortis, vel mutilationis membri, verum etiam si agatur de imponenda quacunque alia poena corporali [...]. Quae autem dicta sunt de poena corporali, eadem locum habent etiam in poena infamiae: nam condemnatus propter culpam non efficitur per talem sententiam infamis [...]. Fama enim et vita aequiparantur» e Tiraqueau, *De poenis*, causa 14, n. 5: «nulla lex culpa morte punit» e n. 7: «sed quod ad hoc caput pertinet, illum certum est, quod ubi nominatim dolus punitur, lata culpa non aequiparatur dolo» e causa 13, n. 14: «Delicta quae imprudenter sunt commissae ex magna parte impunita relinqui soleant». Allorquando gli statuti avessero previsto una pena capitale, non specificando se il dolo fosse o meno richiesto, la prassi lo considerava sottinteso. Così, in materia di omicidio, «statutus disponens quod homicida decapitetur, debet intelligi homicidium doloso, non autem culposo» (Claro, *Sententiae*, qu. 84, n. 1 e *Liber V*, par. homicidium, n. 3: «culpa dicitur homicidium committi quando quis non dolose neque animo occidendi, sed inadvertenter alium interfecit, et hoc homicidium licet sine dolo commissum, potest nihilominus puniri criminaliter, non quidem poena ordinaria, et sic poena mortis, sed debet puniri poena pecuniaria, vel exilio pro modo culpa»; conforme Farinaccio, *Praxis*, qu. 87, n. 25. Sul punto Laingui, *La responsabilité*, pp. 50-51). Sull'affermarsi in dottrina del principio *culpa lata dolo aequiparatur*, Marongiu, *Colpa penale*, pp. 619 e 621; Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, pp. 153-154; di Renzo Villata, *Egidio Bossi*, pp. 523-526; Pifferi, *Generalia*, pp. 226-235; Lucchesi, *Si quis occidit*, pp. 47-81, sull'applicazione dell'adagio nella dottrina e nella letteratura consiliare dei secoli XIV-XVI.

⁶⁵ Farinaccio, *Praxis*, qu. 87, n. 70.

⁶⁶ Farinaccio, *Praxis*, qu. 87, n. 71.

⁶⁷ Claro, *Sententiae*, qu. 84, n. 1: «Pro culpa vero punitur delinquens, quando culpa praecessit delictum. Et ita dicunt communiter Doctores [...] Reperio tamen aliquos tenuisse, quod etiam pro lata culpa possit quis corporaliter puniri, licet non eadem poena, qua posset puniri pro dolo, sed alia levior». Sull'analisi dell'elemento psicologico in Claro si vedano Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, pp. 153 e ss. e Pifferi, *Generalia*, pp. 230-231.

⁶⁸ Grimaudet, *Ouvres*, n. 47, si esprime in termini di *mauvais exemple*, in un'ottica general-preventiva di esemplarità della pena cui si rifà anche Charondans le Caron, nelle sue annotazioni al titolo 39 della *Somme rural*, p. 313, che si richiama al celebre rescritto di Adriano, nel quale l'imperatore approvava l'operato del proconsole di Betica per aver inflitto l'esilio di cinque anni e una condanna ai danni e agli interessi a seguito di un omicidio per imprudenza; il proconsole aveva voluto che l'episodio, riportato da Laingui, *La responsabilité penale*, p. 51, fosse un esempio.

⁶⁹ Le teorie espresse da Matthaeus vengono riprese esplicitamente da Wolff C.G., *Selecta opuscula iuris criminalis*, qui utilizzati nell'edizione di Leipzig del 1731, Parte II, par. 4, che ritiene la lettura del famosissimo passo della *lex Cornelia* offerta dal nostro autore la più razionale fra quelle proposte. Si leggano in argomento anche le parole di Pagano, *Principi del codice penale*, p. 20, nota 3: dal momento che il mosaico dei frammenti delle leggi romane costruito intorno alla *culpa* aveva determinato una antinomia quasi insuperabile, «il Mattei [aveva] conciliat[o] le discordanti leggi con dire, che la colpa non si eguagli al dolo in quanto alla pena ordinaria, non essendo mai la colpa come il dolo punita».

l'applicabilità o meno della sanzione ordinaria, che può essere comminata solo quando il crimine è *dolo patratu*s.⁷⁰

Ciò nonostante, nella prospettiva del giurista assiano, chi agisce con *culpa* «commette [comunque] una mancanza punibile [...] non con la pena prevista per il crimine perpetrato con dolo, ma *mitius extra ordinem*».⁷¹ E, del resto, la non punibilità dei reati colposi contrasta con il diritto romano, che il nostro autore richiama in numerosi passi che vanno ad inquadrare come colpose fattispecie che la dottrina di diritto comune assimilava ad ipotesi di *dolus indirectus* o eventuale.⁷² L'autore, infatti, mostrandosi attento anche alle esigenze repressive dei tempi, ammette – in casi che oggi si potrebbero qualificare a responsabilità oggettiva – l'attribuibilità di un evento a prescindere da una qualche *culpa praecedens*, ma solo qualora vi sia espressa previsione normativa stabilita a titolo di rimedio eccezionale general preventivo.⁷³

4.2.2. I doli non capaces

La descrizione degli atteggiamenti psicologici che accompagna[va]no la commissione di un crimine rappresent[ò] per la dottrina successiva a Deciani un momento sempre più importante nella costruzione teorica 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 favor[i]

⁷⁰ DC *Prolegomena*, 1.2.: «[Crimen] dolo contrahi dicitur, affectu, animo, adeo ut Lex Cornelia de sicariis, ne latam quidem culpam dolo aequiparari patiat. Neque mirum; nam ut aliorum quoque Auctorum sententias adiungamus, Mens peccat, non corpus, et unde consilium abfuerit, culpa abest. Non exitus rerum, sed hominum consilia vindicantur. Quam sententiam Hadrianus expressurus (D. 48.8.14.). In maleficiis voluntatem non exitum spectari [...] Ex quibus, aliisque similibus [...] firmiter arguere possumus, culpam extra crimen esse».

⁷¹ DC *Prolegomena*, 1.2.

⁷² DC *Prolegomena*, 1.2., ove il criminalista batavo richiama D. 48.8.14.: «Divus Hadrianus in haec verba rescripsit: "In maleficia voluntas spectatur non exitus"»; D. 47.9.9.: «Qui aedes acervumve frumenti iuxta domum positum conbuserit, victus verberatus igni necari iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit. Si vero casu, id est negligentia, aut noxiam sarcire iubetur aut, si minus idoneus sit, levius castigatur»; D. 47.9.11.: «Si fortuito incendium factum sit, venia indiget, nisi tam lata culpa fuit, ut luxuria aut dolo sit proxime»; D. 48.19.16.8.: «Eventus spectetur, ut a clementissimo quoque facta: quamquam lex non minus eum, qui occidendi hominis causa cum telo fuerit, quam eum qui occiderit puniat». Si noti, poi, come dalla lettura dei frammenti allegati, il nostro autore consideri l'ignoranza del diritto come fattispecie colposa. Faccio riferimento a D. 48.10.15. pr.: «Divus Claudius edicto praecepit adiciendum legi Corneliae, ut, si quis, cum alterius testamentum vel codicillos scriberet, legatum sibi sua manu scripserit, proinde teneatur ac si commisisset in legem Corneliā, et ne vel is venia detur, qui se ignorasse edicti severitatem praetendant» e a D. 47.21.2.: «Divus Hadrianus in haec verba rescripsit: "Quin pessimum factum sit eorum, qui terminos finium causa positos propulerunt, dubitari non potest. De poena tamen modus ex condizione personae et mente facientis magis statui potest: nam si splendiores personae sunt, quae convincuntur, non dubie occupandorum alienorum finium causa id admiserunt, et possunt in tempus, ut cuiusque patiat aetas, relegari, id est si iuvenior, in longius, si senior, recisius. Si vero alii negotium gesserunt et ministerio facti sunt, castigari et ad opus biennio dari. Quod si per ignorantiam aut fortuito lapides furati sunt, sufficiet eos verberibus decidere"».

⁷³ Il frammento a cui faccio riferimento è D. 48.19.38.5.: «Qui abortionis aut amatorum poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur. Quod si eo mulier aut homo perierit, summo supplicio adficiuntur». Engelmann, *Die Schuldlehre*, p. 109, sottolinea come, proprio in questo frammento, Covarruvias abbia individuato il precedente storico della sua *voluntas indirecta*. Sul punto, cfr. *supra*, par. 1 e *infra*, par. 2.3.

una riflessione sulle categorie della colpevolezza e dell'imputabilità in generale. La responsabilità penale quale presupposto del reato v[enne] 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, [vennero] misurati in base alla loro capacità a delinquere e all'intensità dell'*animus nocendi*; l'imputabilità divent[ò] nei trattati criminali un classico argomento di parte generale, che offriva categorie e regole dalla validità assoluta, non limitate ad una singola ipotesi.⁷⁴

Da Taegio, a Tiraqueau, a Dietrich, a Matthaeus, a Böhmer vennero individuate, con una più o meno articolata e sistematica strutturazione, quelle *causae* che potevano mitigare il rigore sanzionatorio criminale-comune, proprio ragionando di responsabilità penale e colpevolezza.⁷⁵ Quelle categorie che dalla 'Scuola italiana' erano analizzate come qualità soggettive del reo, divennero principi generali sulla base dei quali valutare la capacità a delinquere, per ciò stesso collocati nel sistema dei *generalia* sulla natura e l'indole del delitto. E poiché chi non è *capax doli vel culpa* non può commettere un crimine, ne consegue che non possono delinquere i *furiosos*, i *dormientes*, gli *ebrios* se non per loro colpa, gli *iratos*, gli *infantes* e altre categorie a vario titolo prese in considerazione dagli *interpretes*.⁷⁶

Matthaeus non elabora un concetto generale di imputabilità; ciò, però, non significa che egli non possieda la consapevolezza dell'esistenza di un nesso imprescindibile e ineluttabile fra volontà colpevole e sanzione. La questione della responsabilità penale dell'agente non è vista come qualcosa di interno o esterno ma come qualcosa di intrinseco all'atto; in altre parole, la volontà da cui nasce la colpevolezza è un elemento costitutivo del crimine e, di conseguenza, qualora difetti, viene meno lo stesso.⁷⁷ E difettano di volontà colpevole coloro che, perché incapaci di dolo, non possono considerarsi capaci di delinquere e, quindi, dal punto di vista processuale non sono imputabili.⁷⁸

⁷⁴ Così Pifferi, *Generalia*, p. 249.

⁷⁵ Villey M., *Esquisse historique sur le mot responsable*, in *La Responsabilité à travers les Ages*, Paris, 1985, pp. 80 ss; cfr. Pifferi, *Generalia*, p. 250.

⁷⁶ Sul punto, Pifferi, *Generalia*, p. 250.

⁷⁷ Sull'imputabilità in generale Villey, *Esquisse historique sur le mot responsable*, in particolare pp. 84 e ss.; Laingui, *La responsabilité*, pp. 173 e ss.; Carbasse, *Introduction*, pp. 188 e ss.; Pifferi, *Generalia*, pp. 227-262. Sul *furiosus* Boari M., *Qui venit contra iura. Il furiosus nella criminalistica dei secoli XV e XVI*, Milano, 1983.

⁷⁸ DC *Prolegomena*, 2.1. e ss. Il paragrafo di apertura del capitolo II dei *Prolegomena* è dedicato alla responsabilità penale degli animali. Seppur tanti siano gli *argumenta contra*, molti dei quali tratti dallo *Ius Divinum* (Genesi 9.5, Esodo, 21.28-29, Levitico 20.16-16), il nostro autore, partendo dall'assunto che un illecito possa commettersi con dolo o con colpa, e che gli animali non sono capaci né di dolo né di colpa, conclude che essi non possano commettere un reato (come indicano a chiare lettere il diritto romano, D. 9.1.1.3. e le parole di Seneca, *De ira*, 26.2. e di Aristotele, *Ethica*, 1.7). E, del resto, come disse Ermogeniano (D. 1.5.2.), «hominum causa ius omne constitutum est», ribadendo un principio già espresso dallo Stagirita (*Ethica* 10.5): «Il diritto è una costruzione della società civile; quindi, dal momento che gli animali non fanno parte di una *consociatio politica*, non è possibile applicare la legge penale agli [stessi]». Ciò nonostante, gli *usus fori* e grandi nomi della criminalistica di diritto comune propendevano per la punibilità degli animali. Matthaeus cita un episodio narrato da Guido Papa e commentato da Rebuffo: gli *argumenta* biblici furono adottati da alcuni giudici che condannarono alla forca un maiale che aveva divorato un bambino e da *interpretes*, fra i quali per sua stessa ammissione Mornacius (Mornac) A., *Observationes in L. libros Digesti*, Parigi, 1654-1660, in D. 9.1.1., che condannarono a morte i cani di un contadino rei di aver sbranato un frate. Matthaeus riporta anche *exempla* menzionati da Claro e Moeller

L'elenco di *doli non capaces* prospettato dall'autore comprende i fanciulli e gli impuberi, i furiosi, i mentecatti, mentre quella sorta di *infirmetas* che colpisce donne e anziani viene analizzata fra le cause che consentono una mitigazione della sanzione nelle pagine processuali dell'opera. Per la prima volta nella storia della scienza criminalistica la capacità a delinquere viene studiata nella cornice della teoria generale del crimine, in una scelta di sistema e spesso anche di contenuti ripresa da Böhmer.⁷⁹

In applicazione dei precetti di diritto romano, i *jureconsulti in criminalibus* ritenevano non responsabili gli *infantes* propriamente detti: sino ai sette anni era garantita la non imputabilità «ob innocentiam consilii». ⁸⁰ La stessa assoluta presunzione valeva per i maschi sino ai dieci anni e mezzo e per le femmine sino ai nove e mezzo. ⁸¹ Quando, però, si approssimava la pubertà, individuata per i maschi al compimento del quattordicesimo anno e per le femmine al dodicesimo, questa presunzione di innocenza diventava relativa ed ammetteva prova contraria sulla base del principio *malitia supplet aetatem*. Questo in teoria. Nella prassi, il giudice valutava sempre caso per caso la capacità di dolo dei minori puberi e degli impuberi e determinava la sanzione *ex arbitrio suo*. Generalmente, per *opinio quasi communis*, gli adolescenti ed i ragazzi sino a venticinque anni beneficiavano di una attenuazione della pena, con l'eccezione, tuttavia, dei crimini atroci, nei quali la corte avrebbe anche potuto non prendere in considerazione alcuna attenuazione, in applicazione del già citato principio romanistico. ⁸²

Matthaeus è di diverso avviso: se è vero che gli infanti e i prossimi all'infanzia, ⁸³ «come elegantemente di[sse] Modestino» (D. 48.8.12.), ⁸⁴ sono difesi dall'innocenza del

Mollerus (Moeller) D., *Semestrium libri quinque quorum primi quattuor decisiones continenti quaestionum aliquot non inutilium, & inter has, ad Ordinationes & Consitutiones Provinciales Electoris Saxoniae Augusti & praxis pertinentia alia non pauca*, Lipsia, 1631, 3. semestr., 7, n. 6. Il primo ricordava della sentenza di condanna al taglio della testa di un animale reo di coito mostruoso (Claro, *Receptae Sententiae*, V, par. fin., qu. 99, n. 8.) e il secondo narrava dell'uso delle popolazioni sassoni che punivano anche l'animale che i rapitori avevano fatto accoppiare con la donna rapita. «Et licet Clarus», chiosa l'autore, «uno solum casu exemplum probet, nempe cum ad detestationem monstrosae libidinis hoc fit, assentiri tamen illi non possum. Nam qui minus aliis quoque casibus huiusmodi exemplum statui poterit; cum aperte lex divina ob hominem quoque peremptum bovem damnari iusserit?» (DC *Prolegomena*, 2.1.).

⁷⁹ Böhmer, *Elementa iurisprudentiae criminalis*, dettagliatamente nel prosieguo.

⁸⁰ Tiraqueau, *De poenis*, causa 2; Farinaccio, *Praxis*, qu. 92, nn. 4 e 5.

⁸¹ Farinaccio, *Praxis*, qu. 92, n. 31.

⁸² Farinaccio, *Praxis*, qu. 92, n. 108, sottolinea come i Pontefici Pio IV e Sisto V avessero stabilito la colpevolezza e, quindi, l'imputabilità in caso di omicidio anche dei minori di quattordici anni ai quali veniva interdetta la possibilità di invocare l'eccezione della minore età. Non di meno, il giurista romano, osserva che nella prassi (dottrina conforme) i giudici tenevano in debita considerazione l'età del delinquente e, per quanto atroce fosse il crimine, mai sarebbero arrivati a pronunciare una sentenza capitale. L'autore narra anche di un episodio di parricidio avvenuto nel 1599, reo tal Bernardo Cenci dell'età di quattordici anni, che grazie al suo difensore – Farinaccio, per l'appunto – che riuscì a convincere Clemente VIII, sfuggì alla pena capitale e fu condannato alla galera perpetua ed alla confisca dei beni.

⁸³ La nota 127 all'edizione napoletana del *De Criminibus* (1772) individua, come Matthaeus, la linea di demarcazione 'romanistica' fra infanzia e pubertà nel settimo anno d'età e considera, quindi, i prossimi all'infanzia coloro che da poco hanno superato i sette anni. Carbasse, *Introduction*, pp. 189-190, ricorda che anche il diritto canonico escludeva la responsabilità dell'*infans*, con ciò intendendo il bambino sino al settimo anno d'età. L'*opinio è communis* anche fra i criminalisti laici: fino a sette anni i bambini sono in uno stato di completa «imbecillità ed innocenza» e assolutamente «incapaci di malizia».

⁸⁴ DC *Prolegomena*, 2.2.

pensiero,⁸⁵ tuttavia tale principio generale non può essere applicato *sic et simpliciter* al minore di venticinque anni: occorre valutare la sua capacità di discernimento, considerando le circostanze che si accompagnano alla crescita e allo sviluppo psico-fisico; si lasci alla valutazione «dell'accorto e sagace giudice» di formarsi un convincimento dall'esame dei comportamenti tenuti dall'imputato, dalla sua complessiva condotta di vita, dal suo modo di ragionare e da ogni altra parola o fatto che lo riguardano,⁸⁶ qualunque sia il caso esaminato,⁸⁷ sia che si tratti di maschi che di femmine.⁸⁸ «a noi sembra che non possa affidarsi al caso ciò che deve essere risolto con la ragione».⁸⁹ Lo stesso dicasi per i furiosi e i mentecatti che, perché privi di raziocinio, devono considerarsi incapaci di dolo, seppur con un distinguo: perché la pazzia renda incapaci di delinquere, è necessario che tolga completamente l'uso della ragione o che faccia perdere completamente il senso comune.⁹⁰

⁸⁵ DC *Prolegomena*, 3.1. Non vale, tuttavia, il principio contrario: coloro che, perché incapaci di dolo e colpa, non possono commettere un crimine, possono tuttavia subirlo: «la violenza, infatti, è espressione della volontà di chi la perpetra e, quindi, può subirla anche chi non è capace d'intendere e di volere». Ulpiano in D. 47.10.1 pr. esprime tale principio in riferimento ai crimini di violenza e all'ingiuria. Matthaeus, tuttavia, ritiene che l'assioma possa essere esteso a tutti i reati per identica *ratio*. Con analoghe considerazioni, Pagano, *Principi del codice penale*, p. 16.

⁸⁶ DC *Prolegomena*, 2.2. Tiraqueau, *De poenis*, causa 7, tratta superficialmente la questione senza distinguere tra i differenti gradi di minore età, poggiandosi sul citato adagio *malitia supplet aetatem* (causa 7 n. 9), visto in necessaria correlazione con la *capacitas doli* (causa 7 n. 6) (sul punto Laingui, *Le De poenis*, p. 66). In argomento, Carbasse, *Introduction*, pp. 189-190, ricorda che, ancora nell'Antico Regime, i giuristi seguivano il diritto romano che, al di sopra dei sette anni, distingue fra impuberi (ragazzi fra sette e quattordici anni e ragazze fra sette e dodici anni che, perché prossimi all'infanzia, dovevano essere assimilati agli impuberi e, quindi, riconosciuti irresponsabili) e ragazzi fra quattordici e venticinque e ragazze fra dodici e venticinque, che potevano essere considerati responsabili, ma in forma attenuata. L'autore, *Introduction*, p. 190, riporta le parole di Muyrat de Vouglans, *Lois criminelles*, p. 27: vi sono «des crimes tellement atroces de leur nature qu'aucune circonstance ne peut les excuser, comme dans ceux de lèse-majesté, d'assassinat et autres qui supposent nécessairement du dol et de la réflexion dans celui qui les commet».

⁸⁷ DC *Prolegomena*, 2.2., che allega D. 21.1.23.2.; D. 48.10.22.; C. 9.24.1.

⁸⁸ Matthaeus discute anche della controversa responsabilità dei minori per reato omissivo, concludendo per la loro punibilità, qualora siano *doli capaces*, con valutazione sempre rimessa all'arbitrio del giudice (DC *Prolegomena*, 2.3., che allega D. 29.5.14.) e tratta della *doli capacitas* dell'impubere nei reati di stupro e adulterio. I giureconsulti che la negavano, argomentavano ex D. 48.5.37(36). (che prevedeva la punibilità del minore che avesse commesso adulterio, perché *ex lege Julia* tale crimine si può commettere non appena raggiunta la pubertà) e D. 48.5.39(38). (che prevedeva che il reato di adulterio si potesse commettere solo se puberi). Fra questi, l'autore annovera Gomes, che «si gloriava di aver fatto assolvere dalla pena prevista per il coito mostruoso un fanciullo di neppure undici anni, pur essendo stato provato che aveva avuto un indicibile rapporto con un cane» (DC *Prolegomena*, 2.4.). In più, se D. 48.5.14(13).8. ammette la possibilità di accusare di stupro la fanciulla minore di anni dodici, si chiede il nostro autore, con afflato simil-egualitario, perché non dovrebbe essere responsabile anche il maschio minore di quattordici anni?

⁸⁹ DC *Prolegomena*, 2.2. Cfr. Böhrer, *Elementa iurisprudentiae criminalis*, I, cap. 2, par. 23.

⁹⁰ Sul *furiosus* nella scienza criminalistica di diritto comune, si veda Boari, *Qui venit contra iura*; Carbasse, *Introduction*, pp. 188-189, ricorda che il principio romanistico che considerava il *demens* o *furiosus* penalmente irresponsabile, giunse al diritto criminale laico per il tramite di Graziano: un demente non può commettere né un delitto né un crimine, dal momento che i suoi atti non sono a lui imputabili. Graziano, *Decretum*, c. 15, qu. 1, c. 2, richiama un frammento di Ulpiano che nega l'azione per ingiuria contro il *furiosus* perché incapace di dolo (D. 9.2.5.2.4.: «doli capax non est»). Da quel momento in avanti, l'irresponsabilità penale del *furiosus* è pacificamente ammessa in dottrina, da Tiraqueau («furiosus mortuo aequiparatur») a Damhouder. E Matthaeus non si discosta dalla *vulgata*. L'autore poi, in relazione alla responsabilità dei prodighi, che alcuni equiparavano ai folli, stabilito che «lascivia et luxuria doli species sunt» (D. 47.9.11.), ritiene che il prodigo non possa essere equiparato in alcun modo al furioso, dal momento che delinque «lasciviae, nequitiae luxuriaeve vitio» (DC *Prolegomena*, 2.11.). E neppure è

Che il *furiosus*, almeno in linea di principio, non dovesse essere sanzionato era ormai pacifico ed indubitato, ma *quid iuris* qualora un imputato non fosse stato sufficientemente folle da essere considerato tale?⁹¹ In questa prospettiva, la valutazione dei diversi gradi di follia, che ne facevano oscillare la considerazione da circostanza attenuante («an mitius puniendus») a scusante («an excusetur») a piena imputabilità («qui crimina admittere possint»),⁹² era lasciata al libero apprezzamento del giudice che poteva avvalersi di qualunque strumento di prova, sia diretto che indiretto, ivi compresi quegli elementi «variamente denominati dai giuristi di diritto comune come *praesumptiones*, *indicia*, *coniecturae*, *signa* [...] e altri termini di accertamento non immediati».⁹³ E se era pacifico che le passioni non potessero essere del tutto equiparate alla follia o alla demenza, ciò nonostante era opinione dei giuristi che esse ottenebrassero la volontà, non lasciandole la libertà necessaria di dominare l'impulso dei desideri: la responsabilità morale e penale tuttavia restava, anche se di grado minore, determinando un'attenuazione della pena.⁹⁴

Anche l'ipotesi di *furor superveniens* presentava nodi problematici di ordine processuale, con gli autori che distinguevano fra follia sopravvenuta nel corso dell'istruzione, successiva all'istruzione ma antecedente alla sentenza e successiva alla condanna,⁹⁵ in una prospettiva che, in caso di incertezza, dava comunque la prevalenza

coerente sanzionarlo *mitius extra ordinem*: «Verum cum quis non aliud agens delinquit, sed per lasciviam [...] quia dolo fecit [...] ordinaria poena adficiendus est». Nello stesso senso Farinaccio, *Fragmenta criminalia*, Roma, 1619, n. 237. Sulla differenza fra *furor*, *melancholia*, *stultitia* conforta anche il dettato della *Carolina* che, nel suo art. 179, attribuiva grande rilievo all'*arbitrium iudicis*, come ricorda Carpvov, *Practica*, VII, qu. 145, n. 8: «Ut proinde hac in re multum arbitrio iudicis sit tribuendum, qui ex ratione et augmento furoris iudicium suum informare, sententiam ferre reosque punire vel absolvere potest, iuxta sanctionem Caroli V Imperatoris in Ord. cirm. art. 179». Sul punto Boari, *Qui venit contra iura*, p. 147.

⁹¹ Boari, *Qui venit contra iura*, p. 92. Non di meno, poteva accadere che per i delitti più atroci la prassi facesse una qualche deroga, applicando una sanzione straordinaria. Queste eccezioni erano, per lo più, determinate dal sospetto di simulazione e dai criteri di esemplarità che all'epoca reggevano l'istituto della pena. Su tutti Claro, *Liber V*, qu. 90, n. 7: «Triplix ratione: primo in exemplum cohibendi delicti in favorem reipublicae; secundum in solatium offensorum; tertio propter suspicionem quae facile exequuto delicto generari potest, quod ille demens si non dolum aliquam tamen culpam habere possit».

⁹² Così Boari, *Qui venit contra iura*, p. 79; cfr. Pecorella C., *Cause di giustificazione, circostanze attenuanti e aggravanti del reato dalla glossa alla c.d. riforma del diritto penale*, in «Studi parmensi», VII, 1957, p. 311: «[...] non è sempre chiaro agli occhi del giurista medievale a quale delle tre categorie vada riportato il *casus* [...] per alcuni casi di attenuazione o meglio di eliminazione della pena per effetto dei vizi del consenso [...] non è ben chiaro se ci si trovi dinanzi ad azione lecita e come tale impunita o piuttosto, alla moderna, ad azione illecita ma impunita». Interessantissimo il parallelo proposto da Boari, *Qui venit contra iura*, pp. 88 e ss. tra le diverse posizioni dei *doctores* cinque-secenteschi da Claro, *Liber V*, qu. 60, n. 4 e Tiraqueau, *De poenis*, causa 2, n. 1, che ordinariamente negavano la punibilità del *furiosus*, a Deciani, *Tractatus*, V, cap. 37, n. 57, che considerava il *furor* come scusante a Carpvov, *Practica*, VII, qu. 145, che lo proponeva fra le cause di mitigazione della sanzione. «Nam furor et melancholia causam praebent mitigationis poenae? [...] Quarta causa minuendi poenam est furor».

⁹³ Boari, *Qui venit contra iura*, p. 35.

⁹⁴ Claro, *Practica*, qu. 61, n. 7; Tiraqueau, *De poenis*, causa 2; Farinaccio, *Praxis*, qu. 98, n. 77.

⁹⁵ Laingui, Lebigre, *Histoire du droit pénal*, p. 75, ricordano che la maggior parte dei giureconsulti non riteneva che il *furor superveniens* fosse una causa esimente, anche se questo principio si scontrava con motivi di «ordine giuridico e umano», e determinava, nel caso in cui fosse comparso nel corso dell'istruzione, la sospensione del procedimento e il divieto di comminazione di pene corporali; qualora, invece, fosse sopraggiunto nella fase dibattimentale e si fosse provata la colpevolezza dell'accusato, il giudice avrebbe potuto ordinare sanzioni pecuniarie o riparatorie. In quest'ultima ipotesi, poi, la dottrina era concorde per la sospensione delle sanzioni capitali, corporali o afflittive «quia furiosus mortuo aequipatur», come insegnavano Tiraqueau, Farinaccio e Carpvov.

all'interpretazione più favorevole al reo.⁹⁶ Per Matthaeus, più semplicemente, il *furor superveniens* è sempre e comunque causa di non punibilità, dal momento che la follia è già di per sé una punizione sufficiente;⁹⁷ inoltre, sanzionare il furioso contrasta con le finalità fondamentali della pena, la retribuzione e l'emenda del reo, ed il principio non decade neppure in caso di *crimina atrociora* e quand'anche il *furor* sia stato determinato da una qualche colpa del folle.⁹⁸ Al contrario, la *melancholia*, una sorta di tristezza e

⁹⁶ Boari, *Qui venit contra iura*, p. 121, nota 17, ricorda che le residue posizioni di giureconsulti che propendevano per la punibilità dei folli «indu[ssero] Farinaccio ad una affermazione categorica e assai significativa nella quale traspare sia la volontà di difendere una certa autonomia della scienza giuridica sia la consapevolezza delle prospettive di ingerenze estranee che si affacciavano». Farinaccio, *Praxis*, qu. 194, n. 24: «Et ad praemissa adverte, quod licet Clarus [...] testetur, Senatū Mediolani alias iussisse etiam fustigari quemdam, qui furiosus evasit post completum processum. Tu Tamen si iudex fueris non sequaris in hoc tale exemplum quia ultra, quod inhumanum est, et indecens, furiosum corporaliter punire, est etiam contra mentem communem Doctorum. [...] Neque in hoc Princeps debet aliud statuere, quam id, quod iura sic communiter a Doctoribus interpretata sanxerunt». Nello stesso senso Gomez, *Variarum resolutionum*, III, I, n. 72, che crede doveroso seguire la *communis opinio* non solo per l'autorità che le deriva dall'esser tale, ma anche dal fatto incontestabile dell'essere più equa. Sul significato politico della mediazione operata dai giuristi nel quadro socio politico si vedano Cavanna A., *Il Ruolo del giurista nell'età del diritto comune*, in «Studia et documenta historiae et iuris», Romae, XLIV, 1978, pp. 95-138; Padoa Schioppa A., *Sul ruolo dei giuristi nell'età del diritto comune: un problema aperto*, in «Il diritto comune e la tradizione giuridica europea. Atti del Convegno di Studi in onore di G. Ermini», Perugia, Annali della Facoltà di Giurisprudenza, n. s. VI/L, Perugia, 1980; Sbriccoli, *Politique et interprétation juridique*, pp. 99-113. Matthaeus analizza anche la disciplina dei cosiddetti *dilucida intervalla* stabilendo che «anche chi è veramente furioso, se ha degli intervalli di lucidità, deve essere punito per i crimini commessi nel tempo in cui il furore si è placato, come gli imperatori Marco e Commodus rescrissero a Tertulliano Scapula (D. 1.18.14.)» (DC *Prolegomena*, 2.5.), sempre e comunque, però, se lo stato di lucidità permane; nel caso contrario, non si dia luogo all'esecuzione della sanzione. Sui *dilucida intervalla*, Boari, *Qui venit contra iura*, pp. 130 e ss.

⁹⁷ In DC *Prolegomena*, 2.7., Matthaeus respinge anche l'ipotesi di sanzionabilità *extra ordinem* del folle (proposta tra i tanti da Carpov, *Practica*, VII, qu. 145, sulla base della *Carolina*), applicando «disposizioni di legge e principi razionali». In D. 48.8.12., infatti, è scritto che l'infelicità della sorte esime il furioso dal reato; tale ragionamento deve valere non solo per chi ha commesso il crimine in stato di follia, ma anche per chi vi è caduto dopo la consumazione del crimine. Nello stesso senso Claro, *Practica*, qu. 60, n. 4. Le teorie espresse da Matthaeus in tema di *furiosus* faranno breccia nel pensiero di von Pufendorf, *Gesammelte Werke*, p. 236, nota 17.

⁹⁸ Matthaeus D.1.18.14. afferma senza mezzi termini che il furore sia di per sé una punizione; quindi, dal momento che uno dei fini principali della pena è l'emenda del delinquente, che attraverso un patimento purga la propria coscienza, ciò non può certo accadere se una sanzione è inflitta a chi non è in grado di intendere. D. 48.19.5., D. 42.1.47., D. 48.17.1. e C. 7.43.3.4-5., inoltre, stabiliscono che nessuno possa condannare un assente o un indifeso e, dal momento che D. 29.7.2.3. e D. 50.17.124.1. equiparano il furioso all'assente, nessun giudice o arbitro potrà pronunciare contro un folle una sentenza di condanna (D. 42.1.9.). Analogamente, Deciani, *Tractatus*, 24, n. 10: «[...] quae opinio non placet, neque in practica observatur, nam poena imponitur, ut ea delinquens affligatur: sed furiosus aequiparatur mortui, ergo non sentiet poenam. Item aliae penae, quae vitam non adimunt, infliguntur, ut emendetur delinquens, quae ratio non potest cadere in furioso, ergo». Neppure nel caso di reati gravissimi, come il parricidio e la lesa maestà, Matthaeus si pronuncia per la punibilità del furioso e riporta un episodio di cui fu protagonista l'imperatore Adriano: secondo quanto narra Elio Spartiano nella biografia dell'imperatore, quando nei pressi di Terragona l'Augusto venne aggredito da un servo pazzo del suo ospite che lo aveva minacciato con una spada, rivolgendosi a quelli che erano accorsi per fermarlo, con straordinaria calma disse: «Quando uno è pazzo deve essere affidato alle cure dei medici» (DC *Prolegomena*, 1.8.). Sull'episodio anche Farinaccio, *Praxis*, qu. 94, n. 39 e Claro, *Sententiae*, qu. 60, n. 4. La soluzione non cambia neppure in caso di furore procurato. DC *Prolegomena*, 1.9.: «Lo stesso furore, anche se è procurato, è di per sé sufficiente punizione e costituisce certamente, fatta eccezione per la morte, la più grave». Tutt'al più l'autore ritiene che si debbano sanzionare, seppure per colpa, coloro che, essendo responsabili del furioso, non abbiano su di lui vigilato con la dovuta diligenza (D. 1.18.14., ove si cita Platone, *De Legibus*, XI:

depressione che rende gli uomini talmente «miseri» da sconvolgere il loro animo ed è quasi sempre determinata da una qualche colpa, non priva in maniera tale di lucidità da poter escludere la volontarietà dell'atto e, quindi, la *malitia* del comportamento che merita, dunque, una qualche sanzione, seppur mite.⁹⁹

Anche la vecchiaia, considerata da numerosi giuristi una sorta di «ritorno all'infanzia»,¹⁰⁰ consentiva generalmente l'attenuazione della sanzione ad arbitrio del giudicante, soprattutto nei confronti degli imputati più anziani. Gli *interpretes*, tuttavia, non avevano fissato alcun principio generale, consentendo alle corti di valutare caso per caso la capacità di discernimento dell'imputato e, quindi, il suo grado di responsabilità. Come per gli impuberi ed i prossimi alla pubertà, se l'anziano era in possesso di tutte le facoltà, non aveva alcun diritto per la sola scusante dell'età anagrafica (e a prescindere da quale essa fosse) ad un trattamento di favore. Il principio non si estendeva alla modalità sanzionatoria: in considerazione delle condizioni psico-fisiche del condannato, era preferibile evitare sanzioni corporali afflittive.¹⁰¹ Sposando l'adagio che vedeva l'eccessiva anzianità al pari dell'eccessiva giovinezza come elemento scriminante o attenuante,¹⁰² Matthaeus auspica che la valutazione in ogni caso sia lasciata al giudice, dal momento che l'educazione, l'inclinazione, la predisposizione naturale e le esperienze di vita possono incidere diversamente sulla maturazione di un individuo.

L'*infirmetas* o *imbecillitas* che colpiva il sesso femminile in età greca e romana, era lungi dall'essere guarita ancora in Antico Regime se Tiraqueau, tra i giuristi cinquecenteschi il più severo nei confronti delle donne, scriveva:

Si deve punire le donne meno severamente degli uomini, perché questi ultimi hanno maggior discernimento per riconoscere il male e più fermezza per resistergli, ma non bisogna loro accordare la stessa impunità prevista per gli animali, dal momento che, comunque, non sono completamente prive di ragione.¹⁰³

Se generalmente i *doctores* e gli *usus fori*, in applicazione di numerosi precetti di diritto romano,¹⁰⁴ ammettevano una mitigazione della sanzione *propter reverentia sexus*, poteva,

«Nessun furioso deve circolare liberamente per la città; egli deve essere tenuto in casa e comunque custodito dai famigliari. Coloro che non ottemperano a tale norma, siano multati».

⁹⁹ DC *Prolegomena*, 2.5. Conformi Carpzov, *Practica*, qu. 145 e Broesicke M.A., *De dementia et melancholia*, 1672, in S. Styrk, *Dissertationum judicarum [...] volumina*, 1837, vol. II, citati da Boari, *Qui venit contra iura*, pp. 150-152 e p. 152, nota 87. Si veda anche l'influenza del pensiero del nostro autore su Böhmer, *Elementa iurisprudentiae criminalis*, parte I, cap. 2, par. 23.

¹⁰⁰ Carbasse, *Introduction*, p. 190, riporta Tiraqueau, *De poenis*, causa 8 nn. 3-6, che richiama un passo di Erasmo («de chevelure redevient blanche en même temps que clairsemée, deux caractères habituels chez les enfants; ensuite le parler devient inarticulé, comme dans la première enfance»), le parole di Accursio in C. 8.54.16., che assimila le facoltà dei vecchi a quella degli infanti, e quelle di Odofredo e Baldo che parlano di *a sensu diminutione*. Cfr. Laingui, *Le De poenis*, p. 74.

¹⁰¹ Carbasse, *Introduction*, p. 190, che richiama Tiraqueau, *De poenis*, causa 8 n. 1; cfr. Laingui, *Le De poenis*, p. 73.

¹⁰² DC 48.18.4.20. Matthaeus paragona l'eccessiva giovinezza all'eccessiva anzianità: «Cum [...] aliis brevior, aliis longior adolescentia sit; et contra alii citius alii tardius senescant [...] atque deficient».

¹⁰³ Tiraqueau, *De poenis*, causa 9 n. 6, citato da Laingui, *Le De poenis*, p. 78, e da Carbasse, *Introduction*, p. 191.

¹⁰⁴ Tra i tanti *loci* D. 48.13.7(6). pr.; D. 48.5.39(38)4. e 7.

tuttavia, accadere che in taluni casi la donna fosse sanzionata con più rigore rispetto all'uomo. I giureconsulti, raramente ispirati da sentimenti di generosità e cavalleria verso la fragilità del 'gentil sesso',¹⁰⁵ ragionavano in termini di debolezza psicologica, «quia in foemina minus est rationis».¹⁰⁶ E così, se era vero che le donne non venivano mai condannate alla ruota, alla decapitazione, alle galere o al bando perpetuo dal regno, ma solamente alla reclusione in una casa di forza,¹⁰⁷ poteva accadere che uno stesso crimine le vedesse sanzionate assai più gravemente degli uomini, come accadeva nel caso di adulterio, in applicazione di una sorta di criterio retributivo che vedeva nella donna, in questo particolare delitto, una maggior responsabilità morale rispetto all'uomo. Matthaeus non si discosta dalla *vulgata*: la parziale *infirmitas* che colpisce le donne, che per la loro debole natura possono essere facilmente indotte in errore e che non risparmia neppure le case regnanti,¹⁰⁸ è uno dei motivi che il giudice può prendere in considerazione per accordare una mitigazione della sanzione,¹⁰⁹ ad eccezione del caso di adulterio.¹¹⁰

Il problema dell'ubriachezza era così preoccupante nel XVI secolo sia nell'Impero che in Francia o in Inghilterra da spingere i sovrani a condannare il delinquente che avesse agito in stato di ebbrezza con la pena ordinaria, spesso anche aggravata: si trattava di una politica criminale, che noi oggi definiremmo di difesa sociale, che contava sulla virtù dell'esempio per spingere l'individuo all'astinenza.¹¹¹ Ciò nonostante, come ricorda Damhouder, Carlo V, nell'anno 1531, osservando che i tribunali dell'Impero erano letteralmente intasati da procedimenti per omicidio perpetrato 'sotto i fumi dell'alcol', si vide costretto a concedere remissione o perdono in numerosi casi.¹¹²

¹⁰⁵ Farinaccio, *Praxis*, qu. 91, n. 1.

¹⁰⁶ Farinaccio, *Praxis*, qu. 98, n. 3.

¹⁰⁷ Carbasse, *Introduction*, p. 191.

¹⁰⁸ In DC *Prolegomena*, 2.8., il nostro autore ricorda un episodio di *crimen lesae* che vide protagonista la Regina di Castiglia che condannò un folle reo di aver ferito il marito Ferdinando. L'occasione è spunto per sferzanti parole di biasimo contro le donne: «A foemina autem punitum esse hominem furiosum, non minor. Est enim sexus ille vindictae supra modum cupidus, et si licentia adsit, saevus, ambitiosus, potestatis avidus [...]».

¹⁰⁹ DC 48.18.4.21.

¹¹⁰ DC 48.3.4.1., ripreso da Renazzi, *Elementa*, lib. IV, pars. II, cap. III, V, nota 1: «Rationem hujus constituti juris si quis requirat, ut scribit doctissimus Anton. Matthaeus ad Lib. 48 Dig. tit. 3, cap. 4, n. 1. "ex disparitate injuria, quae fit marito ab uxore adultera, quam quae fit uxori ab adultero marito. Ad haec sexus iste admodum querulus est, quemadmodum omne infirmum. Itaque ne omnis dies accusantem mulierem, reum maritum audiret, fraenum impatientiae muliebri fuit injiciendum"».

¹¹¹ Laingui, Lebigre, *Histoire du droit pénal*, I, p. 77. L'Editto di Francesco I dell'agosto del 1536, a tutela dell'ordine pubblico, sanzionava la stessa ubriachezza con pene molto severe: «Chiunque sarà trovato ubriaco sia immantinenti costituito e tenuto in prigione a pane secco ed acqua per la prima volta; se v'incorrerà di nuovo sia soggetto allo stesso castigo, e battuto con verghe o frusta in segreto; la terza volta sia pubblicamente frustato; e se sarà incorreggibile sia punito con l'amputazione dell'orecchio, con l'infamia e col bando; e ciò sotto la sorveglianza dei giudici competenti per territorio e distretto». Anche Matthaeus, in un paragrafo assai curioso, dichiara che il vizio dell'alcol accomunava tutte le nazioni, senza tuttavia perdere la speranza che si potesse vincere, dal momento che se ai tempi di Platone francesi e spagnoli indulgevano assai in cotal vizio, ai suoi tempi sembravano quasi privi di quella macchia («et hodie eam notam prorsus eluerunt»). (Cfr. Pereda, *Covarrubias*, p. 170). Il nostro autore sarà ripreso anche dal 'solito' Pagano, *Principi*, p. 17: è necessario «distinguere gli ebbri dagli ebbriosi. I primi per un caso non preveduto; i secondi per abito e volontariamente immergono nel vino la loro ragione: e quindi, i primi o scusati o assoluti; i secondi, vengono più gravemente puniti».

¹¹² Damhouder, *Practica*, causa 84, n. 14. Si veda anche la già citata *Ordonnance* dell'agosto 1536 voluta da Francesco I per i territori della Bretagna, capitolo III, articolo 1: «[...] s'il advient par ébriété, ou

Dal punto di vista dottrinale, la questione non avrebbe dovuto sollevare particolari problemi, dal momento che sia il diritto romano che il diritto canonico prevedevano che il crimine commesso in stato di ebbrezza fosse scusabile.¹¹³ In realtà, i giuristi avevano mostrato preoccupazione per gli effetti dell'*ebrietas* già a partire dal XIV secolo. Bartolo scriveva «danti operam rei illicitae imputatur omnia quae sequuntur contra voluntatem suam»¹¹⁴ e Baldo sentenziava «ebrius punitur non propter delictum, se propter ebrietatem»,¹¹⁵ con Farinaccio che gli faceva eco due secoli più tardi.¹¹⁶

Sia civilisti che canonisti, tuttavia, iniziarono a chiedersi se fosse corretto comminare in ogni caso la sanzione ordinaria a chi commetteva un crimine in stato di ebbrezza o se non fosse «principio di logica ed equità» distinguere fra ubriachezza volontaria, *procurata*, e ubriachezza involontaria, *impreveduta*, in un sistema che stabiliva che la prova dell'ebbrezza fosse sempre a carico dell'imputato.¹¹⁷

Se ancora a XVII secolo inoltrato era *opinio communis* che l'ubriachezza procurata, in taluni casi valutata come vera e propria premeditazione, non potesse essere scusata,¹¹⁸ Matthaeus «nella sua magnifica opera» fu il primo fra i criminalisti a distinguere

chaleur de vin que les ivrognes commettent aucun mauvais cas, ne leur sera pour cette occasion pardonné, mais seront punis del la peine due adit délit et davantage pur ladite ébriété, à l'arbitrage du juge». Già Aristotele, *Ethica Nicomachea*, I, c. 34 e Quintiliano, *Instit. orat.*, 7, c.r., ritenevano l'ebbrezza un aggravante del reato, tale da prevedere due sanzioni, una per il crimine e l'altra per l'ubriachezza.

¹¹³ I giureconsulti solitamente richiamavano il noto frammento di Marciano (D. 48.19.11.2.) – «delinquitur autem [...]. Impetum autem qui per ebrietatem ad manus aut ad furtum venisset» – e ricomprendevano i crimini commessi in stato di ebbrezza fra i casi di *impetus*, di conseguenza, scusabili; il principio era ribadito in un rescritto di Adriano (D. 49.16.6.7.) che risparmiò la vita ad un soldato ubriaco che aveva commesso un crimine. Anche il diritto canonico mostra una costruzione coerente al principio di non punibilità per gli ebbri: le Sacre Scritture offrono ai teologi ed ai canonisti un episodio che è spunto di numerose riflessioni, quello di Loth che, in stato di ubriachezza, ebbe relazioni carnali con le figlie. Graziano, *Decretum*, c. 15, qu. 1, 9, ritiene che Loth non sia colpevole di incesto, ma di crimine commesso in stato di ebbrezza, richiamandosi a Sant'Agostino (Laingui, Lebigre, *Histoire du droit pénal*, I, p. 77).

¹¹⁴ Bartolo da Sassoferrato, *Commentaria in secundam Digesti Novi partem*, Lugduni, 1547, in D. 48.5.39.(38.), *ad leg. 38 Dig; ad leg. Jul. de adult.*

¹¹⁵ Baldo degli Ubaldi, *Commentaria in VII, VIII, IX, X, XI, Codicis libros*, in C. 9.1.6., *de his qui accus. non possunt*.

¹¹⁶ Farinaccio, *Praxis*, qu. 93, n. 4: «Amplia propositam regulam, ut poena qua afficitur ebrius, non ipsi imponitur ob delictum in ebrietatem commissum, in quo nec dolum nec culpa habeat. [...] Sed tantum pro culpa ac laevitate quam commisit se inebriando». Sul punto anche Claro, *Liber V*, qu. 90, n. 6.

¹¹⁷ Farinaccio, *Praxis*, qu. 93, n. 23. Il criminalista romano distingue anche fra ubriachezza completa e leggera, ammettendo che la prima possa giustificare l'agente, mentre la seconda, non eliminando le facoltà del reo ma riducendone semplicemente le inibizioni, possa tutt'al più determinare una diminuzione della sanzione, soprattutto quando è occasionale (Farinaccio, *Praxis*, qu. 93, n. 18).

¹¹⁸ Farinaccio, *Praxis*, qu. 93, n. 21: «Ebrietatem procuratam ac affectatam ad effectum ut ebrius delinqueret et delinquendo se cum ea excusaret». Nello stesso senso Covarrubias: «Afirma claramente Covarrubias, que el embriago, como carente de voluntad en el momento de cometer delito, queda libre de responsabilidad pero no de pena, por la culpa que tuvo al embriagarse. [...] Con todos tambien afirma la impunidad absoluta del que se embriagó sin culpa suya, sea por dolo de otro por otras causas, como tambien la plena responsabilidad del que lo hizo con intención de matar o cometer otro delito. Todo lo estudia alrededor de dos textos de las Decretales y de nuevo, sin citarlo, vuelve sobre el versari in re illicita afirmando que la culpa del embriagarse no tiende ni per se ni per accidens al homicidio o al delito que se comete y por tanto no es responsable de él, pero sí de la embriaguez voluntaria, agravada por este resultado criminal» (così, Pereda S.J., *Cobarrubias penalista*, Barcelona, 1959, pp. 169-170).

fra ubriachi ed alcolizzati, prevedendo la punibilità dei primi *mitius extra ordinem* e la sottoponibilità dei secondi alla pena ordinaria «ut audacius ire[n]t in scelus». ¹¹⁹

I sordi e i muti, al contrario, potevano ritenersi *doli capaces*, valutate le circostanze e, soprattutto, l'educazione ricevuta e l'esperienza maturata. ¹²⁰ L'unica *exceptio* al principio era destinata a coloro che erano nati sordomuti o anche soltanto muti ai quali, a causa della difficoltà di maturare capacità di discernimento, si doveva risparmiare l'onta delle sanzioni più gravi. ¹²¹

Anche la punibilità degli atti commessi da sonnambuli o semplicemente nel sonno era *quaestio* assai dibattuta, in considerazione dell'impossibilità di osservare il misterioso lavoro della psiche durante il sonno. Accogliendo il generalissimo principio *dormiens furioso aequiparatur*, la quasi totalità dei giureconsulti propendeva per la non responsabilità del sonnambulo, introducendo una sorta di presunzione di innocenza che escludeva la punibilità, ma non in tutti i casi. ¹²²

I *doctores* stabilivano due *exceptiones*: quella del sonnambulo – che, conoscendo la propria malattia avrebbe dovuto utilizzare le precauzioni suggerite dalla prudenza e che ordinariamente si vedeva attribuire il crimine seppur a titolo di colpa («culpam est quod a diligente provideri poteri, non esse provisum») – ¹²³ e quella della ratifica dell'atto compiuto dal sonnambulo al risveglio. E se nel primo caso l'azione negligente o imprudente era sanzionata *mitius* ad arbitrio della corte, nel secondo la *ratihabitio* era valutata come presunzione assoluta di premeditazione del crimine commesso nel corso del sonno. ¹²⁴

¹¹⁹ Così, Pereda, *Covarrubias*, p. 170, che richiama DC *Prolegomena*, 2.14. Sul punto si veda anche Böhmer, *Elementa iurisprudentiae criminalis*, parte II, cap. 1, par. 22. In realtà, Matthaeus non fa altro, anche in questo frangente, che riprendere argomentazioni già espresse in maniera ancor più radicale dal prediletto Aristotele, *Ethica Nicomachea*, III, 5: «Per gli ubriachi le pene sono doppie, giacchè il principio dell'azione è in colui stesso che la compie: infatti è padrone di non ubriacarsi, ma l'ubriachezza poi è causa della sua ignoranza». Cfr., *supra*, par. 3.

¹²⁰ DC *Prolegomena*, 2.12.: «[...] cum maleficia omnia ex re nascantur, id est ex ipso facto (Inst. 4.1pr.), facere autem dolose aliquid possint surdi et muti». L'assunto è confermato anche dal disposto del Senatoconsulto Sillaniano, che prevedeva la punibilità del servo muto che non avesse prestato soccorso al padrone, pur potendo aiutarlo anche senza gridare, o di quello sordo che non lo avesse difeso, pur vedendolo subire una qualche violenza (D. 29.5.3.8.-10.).

¹²¹ DC *Prolegomena*, 2.12. Laingui, Lebigre, *Historie du droit pénal*, I, p. 78, sottolineano lo scarso interesse della criminalistica di diritto comune sull'argomento del sordomutismo che, solitamente, veniva equiparato all'infermità mentale sulla base dell'adagio «mutus et surdus infanti et furioso aequiparatur», lasciando tuttavia al giudice, che poteva farsi assistere da un esperto qualora l'imputato non fosse in grado di farsi intendere, un ampio margine di discrezionalità. La stessa legislazione regia adottava questa soluzione: l'*Ordonnance criminelle* del 1670, ad esempio, nel suo titolo XVIII, autorizzava l'assistenza di un curatore che comprendesse il linguaggio dei segni, qualora l'accusato non fosse in grado di esprimersi. Sul punto si veda anche Farinaccio, *Praxis*, qu. 98, n. 159, che, oltre ad applicare la massima («Quum non habeat sensum et intellectus, et propterea infanti et furioso aequiparetur»), considerava il sordomutismo una causa di attenuazione della sanzione («Decimaseptima causa mitigandi poenas est quando reus fuerit surdus et mutus»), sempre qualora tale minorazione avesse influito sulle facoltà psichiche del soggetto, perturbandole e minorandole.

¹²² Tiraqueau, *De poenis*, caus. 5; Farinaccio, *Praxis*, qu. 98, n. 13. Covarrubias ricorda che già la Legge delle Sette Parti considerava colposo un omicidio, qualora «acaeciesse que algun ome oviesse acostumbrado de se levantar durmiendo e tomar cuchillo o armas para ferir e sabiendo su costumbre mala, non aperciesse della aquellos que durmiesen en un lugar, que se guardassen e matare alguno dellos» (Così, Pereda, *Covarrubias*, p. 172).

¹²³ Farinaccio, *Praxis*, qu. 98, n. 70.

¹²⁴ Trattando del *crimen homicidi*, Matthaeus analizza il caso eccezionale dell'omicidio del nemico capitale commesso nel corso del sonno e sanzionabile per il nostro autore – «quia principium actionis in

Matthaeus si allinea alla *ratio philosophorum* e alle parole di Tiraqueau, che delle teorie dei primi si era fatto latore: «I sapienti [...] equiparano il sonno alla morte e ritengono che ciascuno di noi viva la metà del tempo a nostra disposizione proprio perché il sonno, come un esoso publicano, gliene porta via la metà». ¹²⁵ Il criminalista assiano, infatti, ritiene che il principio generale che esime da pena il dormiente non vada applicato qualora nel commettere il crimine «*culpa aliqua somno iuncta sit*», ¹²⁶ come accade nel caso della donna che, pur vinta dalla stanchezza, si sia addormentata abbracciata al figlio e lo abbia soffocato: «Essa non è priva di colpa perché, nell'avvicinarsi l'infante, sapeva o avrebbe dovuto sapere che, per l'intenso sopore, poteva accadere quello che poi è accaduto». ¹²⁷

L'autore non utilizza la tradizionale distinzione *opus illicitum* / *casus* per stabilire o meno la responsabilità per azioni caratterizzate dall'involontarietà, ¹²⁸ ma unicamente i criteri di conoscibilità o prevedibilità dell'evento e in un'identica prospettiva, sempre e comunque mutuata dall'etica aristotelica. ¹²⁹ Parallelamente in tema di errore, dove si riscontra un netto distacco dalla dottrina di diritto comune.

4.2.3. L'errore

Le vicende della rilevanza penale di *error* e *ignorantia* in età medievale sono indissolubilmente legate alla valutazione della volontà come presupposto per la riferibilità dell'atto

agentibus est» – dal momento che fatto non è nient'altro che l'esecuzione dei sentimenti malevoli dell'uccisore nei confronti dell'ucciso. Cfr. *infra*, par. 1, nota 52.

¹²⁵ DC *Prolegomena*, 2.13.; conforme Tiraqueau, *De poenis*, caus. 5.

¹²⁶ DC *Prolegomena*, 2.13. Si segnalano, proprio in argomento di sonnambulismo, alcuni provvedimenti della Corte Suprema del Sud Africa che allegano fra le *old authorities* *Prolegomena*, 2.13. (*The South African Legal Journal*, voll. 72, 1955 e 73, 1956).

¹²⁷ DC *Prolegomena*, 2.13. In argomento, si veda l'influenza esercitata sul pensiero di Renazzi, *Synopsis*, cap. V, XXXIII, che cita direttamente DC *Prolegomena*, 2.13.

¹²⁸ Su questo aspetto di veda Laingui, *La responsabilità*, pp. 75 e ss., che riporta Farinaccio, *Praxis*, qu. 126, n. 61: «regula fit quod dans operam rei illicitae, tenetur de omni eo quod sequitur praeter illius intentionem et voluntatem». Il giureconsulto romano precisa che la *culpa praecedens* rende il suo autore responsabile anche del caso fortuito: «culpa ubi praecedit casum, in culpa existens tenetur de omni eo quod sequitur etiam casu» (Farinaccio, *Praxis*, qu. 126, n. 64). E ancora: «[...] si illicita opera, seu culpa in qua quis existit tendit, ita quod verisimiliter quis non potuerat cogitare illud inde eventurum, quia tunc ex eodem subsequuto delicto praeter propositum et cogitatum, quis non ordinaria sed extraordinaria poena puniri debet». Farinaccio, *Praxis*, qu. 126, n. 78, pone, altresì, l'onere della prova a carico dell'accusa, qu. 126, n. 89: «[...] is qui dicit, ex culpa aut illicita opera alicujus, fuisse causatum delictum, debet non solum probare culpam praedictam, et illicitam operam, sed etiam quod ex illa opera et culpa delictum fuit causatum, et quod aliter non potuisset contingere, nisi culpa et illicita illa opera praecessisset». Il giurista romano prevedeva la sanzione *extra ordinem*, soprattutto quando l'omicidio o lesioni gravissime erano conseguenza diretta dell'illecito. Laingui, *La responsabilità*, pp. 76 e ss. suggerisce che le locuzioni utilizzate dal criminalista romano siano state riprese da Francesco Bacone che riteneva fosse necessario non tenere in considerazione le «cause too remote» e tener conto di quelle più prossime, «proximate cause», in relazione diretta e immediata con l'evento.

¹²⁹ Aristotele, *Ethica*, II.3 e X.5. Nello stesso senso, anche se unicamente ragionando di omicidio, Damhouder, *Practica*, 85, n. 13; Claro, *Liber V*, par. *Homicidium*, n. 2; Farinaccio, *Praxis*, qu. 126, n. 5 e 56. In argomento si veda l'influenza di Matthaeus sul pensiero di Böhmer, *Elementa iurisprudentiae criminalis*, parte I, cap. 2, par. 23.

illecito:¹³⁰ al cospetto di un diritto romano che ‘si dibatte’ tra l’*animus nocendi*, inestricabilmente connesso all’accertamento del dolo, e il principio dell’inescusabilità dell’ignoranza del diritto,¹³¹ due sono le prospettive di indagine degli *interpretes*: quella civilistica, che rielabora le soluzioni prospettate dal legislatore giustiniano nel complesso quadro del sistema di diritto comune,¹³² e quella della scienza canonistica e mo-

¹³⁰ Sulle vicende legate al problema dell’ignoranza dei precetti penali nel corso dell’esperienza giuridica che dalla Glossa giunge all’età moderna, e senza alcuna pretesa di completezza, si segnalano: Guidi G., *Ignoranza della legge penale*, in «Il Digesto italiano. Enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza», vol. 13, I, Torino, 1927, pp. 1 e ss.; Piacenza S., sub voce *Ignoranza della legge penale*, in «Novissimo Digesto Italiano», vol. VIII, 1957, p. 146; Cortese E., *Errore (dir. interm.)*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XV, Milano, 1966, p. 242/1; Cortese E., sub voce *Ignoranza (diritto intermedio)*, in «Enciclopedia del diritto», XX, 1970, p. 11/1-2; Engelmann W., *Die Schuldlehre*, pp. 41 e ss.; Engelmann W., *Irrtum und Schuld nach der italienischen Lehre und Praxis des Mittelalters*, Berlin, 1922 (rist. anast. Aalen, 1975), pp. 250 e ss.; Engelmann W., *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre*, Leipzig, 1938, pp. 356 e ss.; Stuckenberg C.F., *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007, Bonn; Isotton R., *Tra autorità e libertà. Saggi di storia delle codificazioni penali*, Torino, 2012, pp. 90 e ss., con particolare riferimento ai giuristi italiani che chiusero l’esperienza del diritto penale di Antico Regime e aprirono l’età della codificazione.

¹³¹ In proposito è stato scritto: «[...] già nella giurisprudenza romana era ben chiaro e radicato il principio per cui l’ignoranza e l’errore di diritto avevano rilevanza essenziale ogni qual volta una nozione giuridica, o comunque elementi normativi, rientrassero fra gli estremi di fatto di una singola configurazione delittuosa. In tali casi l’errore scusava, non per forza propria, ma in quanto travolto nell’orbita del fatto ed in quanto, con riferimento all’elemento psicologico dell’*animus*, veniva a mancare una delle note costitutive del delitto addebitato al soggetto» (così Piacenza, voce *Ignoranza*, p. 146). Senza pretese di esaustività ed in estrema sintesi, la distinzione fra *error iuris* e *error facti* viene fatta risalire alla massima paolina «regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere» (Polo, in D. 22.6.9.pr.) che, rigidamente interpretata, stabiliva la scusabilità dell’errore di fatto e l’inescusabilità di quello di diritto. Era lo stesso *Digesto* ad indicare le motivazioni della differente considerazione delle due tipologie di errore: «In omni parte error in iure non eodem loco, quo facti ignorantia haberi debet, cum ius finitum possit esse, debeat: facti interpretatio plerumque etiam prudentissimus fallat» (D. 22.6.2.). La parabola dell’*error iuris* – in una società, come quella tardo imperiale, che vedeva l’aumento esponenziale del numero e della complessità delle sue leggi – determinò l’introduzione di eccezioni, in relazione alla limitata capacità di certi soggetti e alla natura della norma ignorata, arrivando così a scusare l’*ignorantia legis* ai minori di venticinque anni, alle donne *propter sexus infirmitatem*, ai militari e ai villici, a distinguere fra precetti di diritto naturale e di diritto civile, a prescrivere che mai, qualunque fosse la norma ignorata, l’*ignorantia supina* potesse essere invocata come scusa da chi aveva commesso l’errore: «Et recte Labeo definit scientiam neque curiosissimi, neque neglegentissimi hominis accipiendum: verum eius, qui eam rem diligenter inquirendo, notam habere possit. Sed iuris ignorantiam non prodesse Labeo ita accipiendum existimat, si iuriconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit: ut cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia quod raro accipiendum est» (D. 22.6.9.). Sulle eccezioni, le fonti di maggior rilievo sono D. 22.6.9. – «Regula est iuris quidem ignorantia cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere. Videamus igitur in quibus speciebus locum habere possit, eo ante praemisso, quod minoribus vigintiquinque annis ius ignorare permissum est: quod in foeminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur. Et ideo sicubi non est delictum, sed iuris ignorantia: non laeduntur. Hac ratione, si minor vigintiquinque annis filiofamilias crediderit: subvenitur ei, ut non videatur filiofamilias credidisse» –, D. 29.5.3.22. e D. 2.5.2. Sulla dottrina dell’errore nell’esperienza giuridica romana si vedano Voci P., *L’errore nel diritto romano*, Milano, 1973; Flume W., *Irrtum und Rechtsgeschäft im römischen Recht*, in «Fs. F. Schulz», II, Weimar, 1951; Ziletti U., *La dottrina dell’errore nella storia del diritto romano*, Milano, 1960; Wolf J.G., *«Error» im römischen Vertragsrecht*, Köln-Graz, 1961; Betti F., sub voce *Errore (dir. rom.)*, in «Novissimo Digesto Italiano», VI, Torino, 1964, pp. 660 e ss.; Voci P., sub voce *Errore (dir. rom.)*, in «Enciclopedia del diritto», Milano, 1966, pp. 229 e ss.; Wacke A., «Errantis voluntas nulla est». *Grenzer der Konkludenz stillschweigender Willenserklärungen*, in «Index», 22, 1994, pp. 267 e ss.

¹³² In estrema sintesi, si può ricordare che i Glossatori approfondirono le conseguenze civilistiche dell’errore, che spesso veniva accostato all’*ignorantia*, nonostante già Piacentino e Azzone avessero individuato una linea di demarcazione fra i due, considerando il primo una errata percezione delle

ral teologica, che pone l'accento sull'atteggiamento psicologico del soggetto in errore,

circostanze ed il secondo un difetto di conoscenza. Azzone, *Summa Codicis*, sub tit. *de iuris et facti ignorantia*, I, 18, ed. Papiæ, 1506, rist., Torino, 1966, *Corpus Glossatorium Juris Civilis*, II, p. 11, a proposito scrive: «Sed in primis notandum est quod aliud est ignorantia. Aliud error, aliud vero titubatio. Ignorantia est cum de facto vel de jure nichil scio, nec inde aliquid suspicor et proprie est ignorare, id est nescire, quod sciri debet. Inde est quod “Qui ignorat, ignorabitur”, ut enim dicitur ignarus, id est sapiens et ignarus, id est ignorans, id est insipiens. Ita et dicitur insipientia, scilicet quando aliquis nescit ea que debet scire. Nescire latius patet quam ignorare, quippe omnia qui ignorat nescit, sed non convertitur. [...] Error vero est cum aliud est quam credam. Quo autem alium sit errare quam ignorare probatur ex eo quod dicitur si possessio potest ignorantia acquiri, ergo erranti [...]» (cfr. Piacentino, *Summa Codicis*, sub tit. *de iuris et facti ignorantia*). Già Irnerio distingue l'oggetto dell'errore a seconda che si tratti di un fatto o di un diritto, ragionando in questo secondo caso delle possibili diverse forme di *ignorantia iuris*. E mentre l'errore di fatto è ritenuto *probabilis* qualora riguardi la rappresentazione di un accadimento attribuibile a terzi e che non dipenda da una negligenza del soggetto in errore, l'errore di diritto non trova alcuna giustificazione che in talune ipotesi di ignoranza dello *ius civile* (si leggano, ad esempio, la Gl. *Error* ad D. 22.6.8. e Besta, *L'opera di Irnerio*, II, Torino, 1896, p. 232: «Cum ignorantiam pretendas primo advertam quod ignoraveris, ignorans quid fecis, te faciente quid optingitur: deinde queram quid jus eo nomine postules actionis an defensionis, si factum ignorasti distinguitur probabilis error an nimia securitas. In iuris errore non eodem loco est naturale jus et civile», la *distinctio* proposta da Bulgaro, *Summula de iuris et facti ignorantia*, par. 6, ed. Kantorowicz, p. 245: «In iuris errore distinguitur naturale et civile ius, quia plus est culpe naturale ius ignorare quam civile» o la sintesi di Odofredo, *Lectura super Digesto novo*, Lugduni, 1552, ad D. 22.6.2., In omni, n. 1, fol. 170 ra: «Unde dico ita distinguendum: ignorantia alia facti, alia iuris; ignorantia facti alia probabilis, alia improbabilis. Item iuris ignorantia alia naturalis, alia quasi, alia iuris civilis vel pretorii»). Nella costruzione teorica dei Glossatori, infatti, l'*ignorantia iuris civilis* poteva essere invocata solo per impedire il verificarsi di un danno, mentre non aveva rilievo alcuno *in lucro captando*. Sul problema si veda Cortese E., *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Milano, 1964, II, p. 107, n. 15. Uno spostamento di baricentro verso il criminale lo si può osservare solo a partire da post accursiani e commentatori, che iniziano ad indagare i rapporti fra errore, dolo, colpa, e a disapplicare i precetti giustiniane che consentivano ai soldati e ai villici di invocare l'*ignorantia iuris*, in considerazione di una realtà sociale profondamente mutata, che poneva anche un'altra interessante questione dovuta al proliferare di normative comunali o cittadine: la possibilità per il *civis novum* di allegare una giusta causa per l'ignoranza dello *ius statutarium*. Si vedano Baldo degli Ubaldi, *In Secundam Digesti novi partem Commentaria*, Venetiis, 1577, ad D. 50.9.6.: «aut est ius naturæ et non permittitur ignorantia [...] aut est ius civile generate et idem [...] aut est ius municipale alicuius loci et tunc refert, aut loquimur circa habitantes idem et non permittitur ignorantia postquam statutum est publice notum [...] aut loquimur circa eos, ad quos verisimiliter statuti notitia non potuit pervenire, et tunc excusabilis est error vel ignorantia»; Bartolo da Sassoferrato, *In Primam Digesti Novi partem Commentaria*, ad D. 42.2.2., n. 6, de confessis l. non faterur, Lugduni, 1538, che ragiona in termini di *culpa lata*: «[...] ubi est error, qui cadit in latam culpam, non excusatur; sed error iuris est latam culpam»; Baldo, *Commentaria in VII, VIII, IX, X, XI, Codicis Libros*, in C. 1.14.9., *Leges sacratissimæ*, che evidenzia la necessità della pubblicazione delle *leges novæ*: «Quæro an licet leges ignorare? Respondeo: si sunt inclusæ in corpore iuris non possunt ignorari; item nec lex nova ignorari debet postquam est publicata per duos menses». Già Alberto da Gandino aveva anticipato problematiche di fondo sottese al problema di errore e ignoranza e, partendo dal presupposto della necessità di considerare preventivamente noto il diritto da parte di coloro che erano obbligati a osservarlo, riteneva necessario far conoscere il precetto a chi era tenuto a rispettarlo, in maniera tale da mettere le persone in condizione di poterlo fare. Sul punto, Piacenza, *Errore e ignoranza di diritto in materia penale*, p. 79. Sulle vicende della teoria dell'errore nella 'Scuola della Glossa', Cortese, *Errore*, p. 238 e Roumy F., *L'ignorance du droit dans la doctrine civiliste des XII-XIII siècles*, in «Cahiers de recherches médiévales et humanistes», Droit et pouvoirs, 7, 2000. Rispetto ai gravi problemi dei rapporti tra il mondo del diritto e quello dell'etica ai tempi della Glossa e sulla coesistenza di un unico sistema concentrico del diritto di natura e di quello civile, Cortese, *La norma giuridica*, I, pp. 1-96. Sulla *Summula de iuris et facti ignorantia* di Bulgaro, Lo Schiavo L., *Summa Codicis Berolinensis*, Frankfurt am Main, 1996 e von Savigny C.F., *System des heutigen römischen Rechts*, III, Berolini, 1840, p. 111. Sulla distinzione proposta dai Glossatori tra errore di fatto e di diritto Engelmann, *Die Schuldlehre*, cit., in particolare pp. 133, 160 e ss., 312, 340. Sul pensiero dei Commentatori si rinvia a Cortese, *Errore*, cit., pp. 242 e ss. e bibliografia ivi citata e Laingui, *La responsabilità*, pp. 84 e ss.

evidenziando il parallelismo che intercorre tra il concetto giuridico di colpa e quello teologico di peccato.¹³³

Illustra con chiarezza la problematica Caron:

C'est à dire, de même que, juridiquement considérée, l'ignorance excuse, en tant qu'elle fait manquer une des présuppositions essentielles du caractère obligatoire de la loi canonique – savoir, la connaissance de la loi même – ainsi, du point de vue théologique, l'ignorance excuse la péché en tant qu'elle fait manquer les présuppositions essentielles du péché même: savoir, la conscience et la volonté de transgresser la loi divine.¹³⁴

¹³³ Le fonti del diritto canonico classico recepiscono la massima paolina «ignorantia facti non iuris excusat» (Reg. 13, in VI), ammettendo le eccezioni derivate dalla natura della legge violata o dallo stato di incapacità del soggetto che ignora, analogamente a quanto stabilito dai precetti romani: già Graziano, dopo aver fatto notare che non ogni ignoranza è scusabile, distingue fra l'ignoranza di diritto e quella di fatto, fra l'ignoranza dello *ius civile* e quella dello *ius naturale*, fra l'ignoranza dell'adulto e quella del minore (C. 12, C. I, q. 4), introducendo una novità: il riferimento espresso alla colpevolezza del soggetto in errore. «1. Notandum quoque est, quod non omnis ignorantia aliquem excusat», è scritto nel *Decretum*, «Est enim ignorantia alia facti alia iuris. Facti alia, quod non oportuit eum scire, alia, quod oportuit eum scire. Quod non oportuit eum scire, sicut Apostolus: "Si quis infidelium vocaverit vos ad cenam, quicquid vobis appositum fuerit comedite, nichil interrogantes. Si quis vobis dixerit, hoc ydolis immolatum est, nolite comedire". Ecce quod vocatum ad cenam non oportebat scire, carnes sibi appositae ydolis fuisse immolatas. Quod oportuit eum scire, sicut ignorantia Iudeorum et reliquorum infidelium, qui ea, quae a prophetis de Christo fuerant prenuntiata, adhuc ignorant esse completa, unde a Iudeis adhuc expectatur venturus. Hec neminem excusat. 2. Item ignorantia iuris alia naturalis alia civilis. Naturalis omnibus adultis dampnabilis est; ius vero civile aliis permittitur ignorare, alii non. Iuris civilis ignorantia nemini obest in dampno vitando, si negotium inde contigerit, ut si minor, pecuniam dederit filiofamilias, repetit; in maiore vero quasi delictum est. 3. Item si successionem tibi etiam maiori delatam cum alio sine iudice divides, putans testamentum iure subnixum, cum non esset, solidam successionem obtinebis; vel si id, quod nullo iure debuisti, aut iure naturali non debuisti, sed civili, tamquam ex cyrographo solvas aut promittas, repetis; non ita, si delictum. Nam si putat rem suam sibi per legem licere rapere, incidit in constitutionem: si quis in tantam». «Non omnis ignorans est immunis a pena» – si legge ancora nel *Decretum*, che riporta un passo di Agostino – «Ille enim ignorans potest excusari a pena, qui quod disceret non invenit. Illis autem hoc ignosci non poterit, qui, habentes a quo discerent, operam non dederunt» (C. 16, D. XXXVII). Riferimenti alla scienza canonistica dedicata al tema in oggetto in Caron, *L'ignorantia en Droit Canonique*; Schiappoli, *Diritto penale canonico*, pp. 698 e ss.; Kuttner S., *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX*, Città del Vaticano, 1935, p. 163; Jasonni M., *Contributo allo studio della 'ignorantia iuris' nel diritto penale canonico*, Milano, 1983.

¹³⁴ Così Caron, *L'ignorantia en Droit Canonique*, p. 45. San Tommaso ritiene imprescindibile perché un comportamento umano sia moralmente attribuibile al soggetto che agisce, la sua volontarietà: «nihil [sit] volitum quin praecognitum», scrive l'Aquinate, e, quindi, se l'ignoranza inficia la volontà, allora l'atto compiuto nell'ignoranza escluderà la responsabilità di chi ha agito (Tommaso d'Aquino, *Summa Theologica*, 1-2, q. 76 a. 4). Questo detto, non ogni tipo di ignoranza esclude la responsabilità morale. L'autore, infatti, distingue aristotelicamente fra ignoranza volontaria e involontaria; la prima, a sua volta, può essere direttamente volontaria (*affectata*) o indirettamente volontaria (negligente) o *per accidens*. L'*ignorantia affectata* non solo non scusa dal peccato, ma lo aggrava: «Contingit autem quandoque quod talis ignorantia directe et per se est voluntaria», scrive il teologo, «sicut cum aliquis sua sponte nescit aliquid, ut liberius peccet. Et talis ignorantia videtur augere voluntarium et peccatum: ex intentione enim voluntatis ad peccandum provenit quod aliquis vult subire ignorantiae damnum, propter libertatem peccandi» (Tommaso d'Aquino, *Summa Theologica*, 1-2, q. 76 a. 4). Neppure l'*ignorantia per accidens* scusa, se si tratta di cose che il soggetto deve conoscere o può conoscere; è possibile, tuttavia, che essa possa determinare una diminuzione della volontarietà (nel senso di consapevolezza nell'agire) e, conseguentemente, rendere meno grave il peccato: «Quandoque vero ignorantia quae est causa peccati, non est directe voluntaria, sed indirecte vel per accidens: puta cum aliquis non vult laborare in studio, ex quo sequitur eum esse ignorantem; vel cum aliquis vult bibere vinum immoderate, ex quo sequitur eum inebriare et discretionem carere. Et talis ignorantia

Nel secolo XVI le due prospettive si perpetuano, senza troppe inferenze reciproche, se non nell'opera di alcuni *interpretes* che, come Cujas, semplicemente danno conto delle ricostruzioni dei teologi.¹³⁵ Da una parte, la seconda scolastica spagnola che, riprendendo il principio aristotelico-tomistico *nihil [sit] volitum quin praecognitum*,¹³⁶ si esprime in termini di *ignorantia vincibilis* e *ignorantia invincibilis*: nel delicato dualismo *forus fori-forus poli*, solo la prima scusa dal peccato (ed eventualmente dal delitto), dal momento che quando non vi è deliberazione nel peccare, non vi è peccato (ed eventualmente delitto).¹³⁷ Dall'altra, i criminalisti che, riproponendo soluzioni ormai

diminuit voluntarium, et per consequens peccatum. Cum enim aliquid non cognoscitur esse peccatum, non potest dici quod voluntas directe et per se feratur in peccatum, sed per accidens: unde est ibi minor contemptus, et per consequens minus peccatum» (Tommaso d'Aquino, *Summa Theologica*, 1-2, q. 76 a. 4). Solo l'*ignorantia voluntaria* non esclude la responsabilità morale dell'agente: «Manifestum est autem quod ignorantia quae totaliter a peccato excusat, quia totaliter voluntarium tollit, peccatum non minuit, sed omnino aufert» (Tommaso d'Aquino, *Summa Theologica*, 1-2, q. 76 a. 4). Sul pensiero di San Tommaso in argomento si vedano in particolare Stuckenbergh, *Vorstudien*, p. 541; Caron, *L'«ignorantia» en Droit Canonique*, pp. 46 e ss. e Cortese, *Ignoranza*, p. 79.

¹³⁵ Cujas J., *Commentarii I lib XLIV Pauli ad edictum*, ad D. 22.6.1., in *Opera omnia*, Neapoli, 1772, V 617 B: «Hanc juris scientiam quam consulendo prudentes adsequi potest, si aspernatus fuerit, plane ignorantia juris ei nocebat, quia ignorando fuit vincibilis, ut Theologi loquuntur, non male, minus latine tamen. Quia vincibilis est, quae facile vincitur, ut in Phormione, causa vincibilis illi ignorantiam vincibilem vocant, quae facile vinci potest, consultis peritioribus». Il riferimento alle categorie scolastiche è presente anche nel commento a D. 22.6.9.3.

¹³⁶ Cfr. *supra*, nota 134.

¹³⁷ Così Caron, *L'«ignorantia» en Droit Canonique*, pp. 59 e ss. De Castro A., *De potestate legis poenalis*, L. II, C. XIII, ammette l'applicabilità della *regula ignorantia facti (invincibile), non iuris excusat* unicamente al foro esterno. In argomento anche Pereda, *Covarruvias*, pp. 141-142, che riporta le parole di Sanchez (che richiama Alfonso de Castro), Pedro de Lorca e Antonio Molina. Per Sanchez «[I]a ignorancia invencible antecedente, sea del derecho o del hecho, excusa absolutamente de culpa y se cierto, [...], no sólo en la ignorancia del derecho positivo humano, sino también en la del derecho natural o el divino, principalmente quando se trata, non de cosas claras y manifestas, sino de cuestiones obscuras, que unicamente por los doctos pueden ser entendidas». Troviamo identiche affermazioni in de Lorca: «[...] la ignorancia invencible de la culpa, sea del derecho o del hecho, excusa de toda pena, ya esté establecida per el derecho divino, ya per el humano; porque la pena es efecto de la culpa y se justifica per razón del reato que sigue a la culpa; cesando la cual, la pena seria injusta. Siendo, pues, la ignorancia invencible causa excusante de la culpa, destruye el reato y por conseguiente excusa de la pena». Così anche Molina: «[...] en el fuero externo no se presume la ignorancia del derecho, y por conseguiente, de no probarse suficientemente la ingorancia invencible, lo que es muy difícil, los trasgresores de la ley no se libran de la pena prescrita. Pero si alguna vez se demostrara la ignorancia invencible del derecho en el mismo fuero externo, excusaría de toda pena al transgresor de la ley [...]. Lo contrario sería manifestamente inicu y opuesto al derecho natural, contra el cual el derecho humano no tiene fuerza alguna». Anche Covarruvias muove dalla classificazione tomista e distingue fra errori invincibili che cadono sulla *quidditas* della condotta – «id a quo peccati at actus malitia pendet» – ed errori invincibili che si rivolgono sulle qualità del delitto o sulle circostanze che possono aggravare il delitto. Nei primi l'assenza di volontarietà costituisce una scusa del peccato e di mitigazione o esclusione della pena, mentre nei secondi non scusa del tutto né peccato né delitto: «[...] sed tantum ab ea malitia, et ab ea peccati specie, que deducitur, ac constituitur ab illa circumstantia ignorata» (Covarruvias D., *Opera Omnia*, T. I, Venetis, 1581, *In Bonifacii VIII constitutionem quae incipit Alma Mater, sub titulo de sententia excommunicationis*, lib. VI *Commentaria*, 10, n. 13). Sulla natura delle due categorie di *ignorantia* si veda ancora Covarruvias, *Opera omnia*, I, *Relect. c. Alma Mater*, & c. in 6 par. X, 13: «Decimo tertio, ab his quae jam latè probavimus colligitur, ignorantiam invincibilem quae justa, & probabilis est, etiam excusare a peccato & illius poena cum qui operam daret rei illicitae. [...] ignorantia invincibilis & juxta excusat omnino à peccato illo involuntario, quod oritur ex re ignorantia: hic siquidem est proprius effectus ignorantiae invincibilis ut ratione involuntarii excuset à peccato: hic vèro effectus pari ratione datur, & obtinet in eo qui dat operam rei illicitae, ut in eo qui dat operam licitam actioni quod satis eleganter S. Thom. docet» e 14: «[...] non

consolidate,¹³⁸ all'interno di una società che vede via via aumentare la complessità e il numero delle questioni da risolvere e delle fonti potenzialmente utilizzabili, sposano le tradizionali *distinctiones* errore di fatto-errore di diritto, ignoranza del diritto naturale-ignoranza del diritto civile:

Sic etiam, & ignorantia juris, licet de se possit dici crassa et supina ignorantia – scrive Farinaccio nel 'vademecum' delle Practicae criminales – excusat à dolo regulariter (qui loquitur in ignorantia juris simpliciter); sed si ignorantia juris sit circa ea, quae sunt de jure naturali, gentium aut divino, & tunc tanquam crassa & supina, ac etiam affectata, non excusat à dolo [...]. Idem si circa ea, quae sunt de jure civili, aut statutorio, notorio & indubitato [...], qui isto casu ignorantiam vocat, nedum crassam & supinam, sed etiam affectatam. Et hanc quidem affectatam ignorantiam, non mitius sed gravior, aut saltem aequè puniendam.¹³⁹

Se agli occhi dei giureconsulti non tutti gli errori scriminano, per *communis opinio* si ammette che l'errore o l'ignoranza di diritto possano portare alla mitigazione della sanzione,¹⁴⁰ ad eccezione dei casi nei quali sia ravvisabile un'ignoranza determinata da una grave negligenza del soggetto incorso in errore. I *doctores* ricorrono alle figure della *culpa crassa*, *supina*, *accersita* o *affectata*, una *culpa praecedens* specifica che ha luogo quando è inverosimile l'ignoranza di una norma generalmente nota o di una circostanza accertabile o conoscibile con la normale diligenza.¹⁴¹

Gli *interpretes* ragionano in termini di presunzione *iuris* o *iuris et de iure* e quando l'accusato eccepisce la propria ignoranza, ovviamente pongono la prova a suo carico.¹⁴²

effugeret canonis excommunicationem, si ex ignorantia facit nullam excusationem habet, quia non est ab illo per accidens, sed per se volitum».

¹³⁸ Cfr. *supra*, nota 137.

¹³⁹ Così Farinaccio, *Praxis*, qu. 90, n. 100. Si vedano anche qu. 90 nn. 98 e 98, n. 21 e Mascardi, *Conclusiones*, concl. 532, n. 115, che invoca il frammento di Paolo in D. 50.16.223. pr.: «Latea culpa finis est, non intelligere quod omnes intelligunt». È sintomatico che i criminalisti cinque-secenteschi accomunassero quanto ad elemento psicologico – dolo presunto – le violazioni del diritto naturale e quelle di diritto notorio (così Farinaccio, *Praxis*, qu. 90, n. 103: «[...] si ignorantia sit juris notorii et indubitati, sive communis juris, sive statutorii, sive etiam proclamatum et bannimentorum»). Bartolo, invece, distingueva i casi nei quali il diritto comune era *certum* o *dubium*: nel primo caso solamente l'ignoranza avrebbe integrato ipotesi di colpa grave. Così Laingui, *La responsabilité*, p. 86, che invita a consultare su questo punto la curiosa opera *Distinctionum Bartoli de Saxoferrato, juris interpretum coryphaei* [...] *Tabulae*. In argomento anche Feenstra R., *Bartole dans les Pays-Bas*, in *Bartolo da Sassoferrato*, Tomo I, pp. 271 e ss. *A fortiori* l'eccezione non è reputata ammissibile qualora lo *ius commune* non abbia fatto altro che recepire o richiamare lo *ius naturale* (Si veda Merlin, *éd. de Répertoire*, p. 723).

¹⁴⁰ È stato scritto che la *regula iuris* che portava numerosi giuristi a ragionare in termini di *causa injusta* o *causa levis*, pare una «trasposizione di D. 40.12.12.3., *justis rationibus ductus, vel non justis*», con una ricostruzione dell'*animus* assai generica, che consentiva di considerare quali ipotesi di *causa levis* la percezione sviata produttiva di un errore *de credulitate* o il consiglio errato di una persona degna di fede e quale ipotesi di *causa iniusta* l'ignoranza di un'obbligazione *ex lege*. Così Laingui, *La responsabilité*, p. 83, che allega Tiraqueau, *De poenis*, causa 43, n. 1 e Farinaccio, *Praxis*, qu. 90, che argomenta proprio dalla causa 43 di Tiraqueau: «Causa quaelibet, et quaelibet credulitas, etiam levis et injusta, an et quando excuset a dolo, et ab ejus poena et an excuset etiam a temerarietate; et an et quando temeritas sit punienda [...]». *Regulam constituo, quod causam quaelibet, et quaelibet credulitas, etiam levis et injusta excusat a dolo*».

¹⁴¹ Così Farinaccio, *Praxis*, qu. 90, n. 98 e 98, n. 21.

¹⁴² Così Tiraqueau, *De poenis*, causa 43, n. 8: «Sed illum notandum est [...] quod cum quis ad sua excusationem et doli exclusionem, allegat hujusmodi causam injustam, certe non praesumitur talis injusta causa movisse delinquentem, sed dolus potius, et animus delinquendi, nisi per probabiles vehementesque

Per temperare il rigore della *regula*, in un sistema reso assai vischioso dal pluralismo giuridico, alcuni autori, sposando *solutiones* già prospettate da post accursiani e commentatori,¹⁴³ richiedono che la legge pretesa notoria sia pubblicata «ou tellement exposées à la connaissance de tout le monde, que personne ne puis impunément y contravenir, sous prétexte de les ignorer».¹⁴⁴

Quasi tutti, però, concordano su di un fatto: quando la legge ignorata non è né una legge naturale, né una regola di diritto comune, né uno statuto notorio, il giudice, ritenendo ammissibile l'*exceptio*, deve *ex arbitrio suo* comminare una pena straordinaria; l'ignoranza del diritto, qualunque diritto, è comunque un fatto grave,¹⁴⁵ tale da essere assimilato quanto meno alla *culpa*: «Latae culpa finis est», scrive Mascardi, «non intelligere quod omnes intelligunt».¹⁴⁶ E sulle tradizionali eccezioni determinate dalla limitata capacità attribuita ad alcuni soggetti – come i minori di venticinque anni, le donne *propter sexus infirmitatem*, i militari ed i villici – le soluzioni non sono per nulla univoche,¹⁴⁷ anche se generalmente viene ammessa l'*exceptio* nei

conjecturas ad ipsum probaverit» e causa 13, n. 22: «Sed quod dictum est in principio, ignorantiam excusare, intelligendum est sane procedere in ignorantia iusta et probabili; non autem in affectata, crassa et supina, quia ista aequiparatur scientiae»; Farinaccio, *Praxis*, qu. 90, n. 80 e qu. 90, n. 203: «Tunc enim non excuset [ignorantia] a dolo, quia esset ignorantia supina et affectata [...]» e Brunnemann, *Commentarius*, lib. XXII, in *Tit. De iuris & facti ignorantia*, tit. VI, ad L. *In omni*, 2 e 3: «Ignorantia iuris non excusat, sed facti, cum jus finitum sit. Ignorantia iuris non praesumitur in eo, qui jus debeat & poterat scire». Conforme Mascardi, *Conclusiones*, concl. 1157, n. 22.

¹⁴³ Cfr. *supra*, nota 132.

¹⁴⁴ Così Domat, *Lois civiles*, lib. prel., tit. I, sez. I, n. 9 ancora in pieno XVII secolo.

¹⁴⁵ «Est hoc discrimen inter ignorantiam iuris et facti, quod omnis ignorantia iuris supina est», scrive Cujas J., *IG. Tolosatis Opera ad Parisiensem Fabrotianam Editionem*, Pratii, 1838, in Tit. VI de iur. & facti ignor., Lib. XXII, Dig. ad L. III. Analogamente Doneau, *Commentarius de iure civili*, Lib. I, cap. 23: «[...] Iuris autem ignorantia nec iusta nec iure ullam excusationem habet: iubentur enim omnes scire legem et constitutiones».

¹⁴⁶ Così Mascardi, *Conclusiones*, concl. 532, n. 115, che invoca il frammento di Paolo in D. 50.16.223. pr. Analogamente Menochio, *De praesumptionibus*, cit., lib. VI, praes. 23, n. 11: «Iuris dispositionem ignorare, quam omnes scire debent per se, vel per alios consulere possunt, est culpa lata». Stuckenberg, *Vorstudien*, p. 544 richiama in argomento la Glossa in C. 9.20.14., «quaelibet ignorantia etiam iuris excusat a dolo» e in D. 3.2.11.4., «ignorare ius etiam lata culpa non dolum», Alberto da Gandino, *Tractatus*, rubr. *de homicidiariis*, «quia in iure errans non est in dolo [...] et dic errorem iustis vel non iustis rationibus motum», Tiraqueau, *De poenis*, causa 11, n. 3, «iuris ignorantia excusat a dolo [...] sive iusta sive iniusta», Doneau, *Commentarii de iure civili*, lib. I, cap. 22, «[a]t qui in iure errant, etsi in culpa esse possunt, dolo tamen caret», per chiudere con Farinaccio, *Praxis*, qu. 90, n. 1: «Regulam Constitutio, quod causa quaelibet, & credulitas, etiam levis & iniusta excusat a dolo»; qu. 90, nn. 3, 19: «[...] ut a dolo excuset nedum quaelibet causa et quaelibet credulitas, si sit levis et iniusta, vt supra, sed etiam si sit quoquomodo colorata, irrationabilis, fatua, temeraria, seu bestialis: sic enim is utuntur Doctores hanc materiam tractantes»; qu. 90, nn. 52, 56: «Eadem regulam ut quamvis causa iniusta excuset a dolo, non tamen excuset a culpa lata [...] nec a poena extraordinaria»; qu. 90, n. 91: «Regulam Constitutio, quod iuris ignorantia excusat a dolo»; qu. 90, n. 95: «[...] ut licet iuris ignorantia excuset a dolo, non tamen excuset a culpa lata, quia ignorare iura, culpa lata est [...] non excusat a dolo praesumpto, nec a culpa lata, levi vel levissima».

¹⁴⁷ In applicazione dei precetti di diritto romano, i *doctores* ammettevano che l'ignoranza del diritto potesse determinare l'attenuazione della responsabilità per alcune categorie di persone, come le donne, i villici o gli stranieri. Sull'ignoranza delle donne *propter sexus infirmitatem* si vedano Farinaccio, *Praxis*, II, 1, qu. XCVIII, n. 1: «Regula enim est, mulieres non sic graviter puniendas quam mares, ac in poenis infligendis sexus rationem habenda [...] quia in foemina minus est rationis quam in viro, et pluribus probat Tiraquellus» e Tiraqueau, *De legibus connubialibus et iure maritali*, Lugduni, 1554: «[...] minoribus viginti quinque annis ius ignorare permissum est, quod et in feminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur: et ideo sicubi non est in delictum sed iuris ignorantia non laeduntur» (in D. 22.6.9.

casi stabiliti dalla legge: «Juris ignorantia rusticus, mulier & miles non excusantur» – osserva il ‘solito’ Farinaccio – «nisi in casibus a jure expressis».¹⁴⁸

E se è comunque considerata grave la violazione del diritto romano comune o del diritto statutario notori, l’ignoranza del diritto naturale (e delle genti)¹⁴⁹ o delle norme – si pensi al Decalogo –¹⁵⁰ che lo presuppongono, è addirittura inaccettabile e va a integrare ipotesi di presunzione di dolo, con opinione pressoché unanime.¹⁵¹ In pieno XVII

pr). I rustici, a causa dell’analfabetismo generalizzato, sovente potevano invocare e provare l’impossibilità di conoscere il diritto ‘arbitrario’, ma non lo *ius divinum* o il diritto comune generalmente conosciuto o notorio. L’ignoranza del ‘diritto positivo’ poteva essere allegata in considerazione del fatto che alcuni individui per il loro stato di analfabetismo e di assoluta privazione culturale non erano assolutamente in condizione di conoscere le leggi, anche qualora fossero pubblicate (Farinaccio, *Praxis*, qu. 98, n. 21). In tali casi, l’attenuazione della responsabilità determinata dalla *rusticitas* avrebbe consentito la comminazione di una pena straordinaria ad arbitrio del giudice, il quale avrebbe potuto valutare liberamente il grado di intelligenza o di istruzione del sedicente ignorante (Tiraqueau, *De poenis*, causa 11, n. 12; Farinaccio, *Praxis*, qu. 98, n. 19 e n. 61). Se il rustico nell’interrogatorio fosse parso avveduto, la scusa di *rusticitas* sarebbe stata respinta: «rusticus sagax non excusatur» (Tiraqueau, *De poenis*, causa 17; Farinaccio, *Praxis*, qu. 98, n. 56), in un adagio che poneva il dubbio su quando un rustico dovesse considerarsi o meno avveduto (Farinaccio, *Praxis*, qu. 98, nn. 57-58). Farinaccio, *Praxis*, qu. 98, n. 59, esita e, malgrado i progressi dell’istruzione fra XVI e XVII secolo, propende per la presunzione di *simplicitas*. Tiraqueau, *De poenis*, causa 11, n. 14 e nn. 46-47, presume il dolo contro il *rusticus* che abbia agito *clam* (nn. 46-47) o che abbia reso dichiarazioni costruite e prive di spontaneità. L’opinione, tuttavia, è controversa e la soluzione è lasciata alla prudenza del giudice. Anche l’*ignorantia iuris* dei *peregrini* rappresentava nell’età del diritto comune un problema di non poco conto e di non pronta soluzione, soprattutto a causa della polverizzazione politico-giuridica che caratterizzava numerosi territori, come quelli italiani e tedeschi. Il problema, chiaramente, non si prospettava per la violazione del diritto naturale e delle genti, che poneva una presunzione invincibile di conoscenza da parte di chiunque, cittadino, straniero o rustico che fosse; il principio non valeva ordinariamente per l’ignoranza dello *ius proprium* che, se recepiva o richiamava principi di diritto comune, doveva essere conosciuto e si presumeva tale, mentre, al contrario, poteva essere invocato come causa di esclusione della punibilità o di attenuazione della pena, con riferimento, tuttavia, al momento di ingresso nella nuova comunità: sarebbe stato compito del giudice apprezzare la gravità della colpa sulla base anche di presunzioni o indizi a favore della conoscenza o dell’ignoranza (cfr. Laingui, *La responsabilità*, p. 89). Sull’*error iuris* dei rustici Tiraqueau, *De poenis*, causa 11; Farinaccio, *Praxis*, qu. 98, nn. 19-61. Il diritto romano prende in considerazione l’ignoranza che un individuo deve in particolare alla sua mancanza di istruzione, condizione qualificata come *rusticitas* in numerosi frammenti (si vedano, tra i tanti D. 2.1.4.; D. 2.5.2.1.; D. 2.13.1.5.; D. 25.4.1.15.; D. 29.5.3.22.; D. 49.14.2.7.; C. 2.2.2.; C. 6.9.8.; C. 6.23.31.). Il diritto comune è meno clemente ed esclude l’*exceptio* fondata sulla *rusticitas* in caso di crimini considerati irredimibili, come quelli determinati da violazione del diritto naturale-divino o delle genti o notorio (Tiraqueau, *De poenis*, causa 11, n. 7, che cita Baldo, Ad C. 8.4.7. [Unde vi] e causa 11, n. 9: «[...] in eo qui errare in jure civili notorio et indubitato»). Farinaccio, *Praxis*, qu. 98, nn. 49 e 50, riporta di numerosi episodi di condanna a morte di rustici per omicidio, furto *et similibus*).

¹⁴⁸ Farinaccio P., *Fragmentorum variarum quaestionem*, pars II, Norimbergae, 1690, litera 1, n. 263.

¹⁴⁹ Sull’equiparazione nel sentir comune della *iuris ignorantia in iure naturali et in iure gentium* si leggano le parole di Bossi, *Tractatus varii*, tit. *de decreto Mediolani*, n. 20: «Nam iuris ignorantia in iure naturali vel gentium non toleratur, nec in iure civili fundato super ratione naturali».

¹⁵⁰ Già Bartolo, *Infortiatum*, ad Sc. Sillan., l. si quis par. aperire n. 3: «[...] aut quaeritur de delicto naturali, et tunc ignorantia iuris non excusat, ut tibi non furtum facias». Analogamente Da Gandino, *Tractatus de maleficiis*, ed. Kantorowicz, rubr. *de homicidiariis et eorum poena*, par. 19; Farinaccio, *Praxis*, qu. 90, nn. 48 e ss., 91 e ss., 101 e ss. e Tiraqueau, *De poenis*, causa 11., nn. 7 e ss.; causa 43, n. 13. Sul punto, Engelmann, *Die Schuldlehre*, pp. 44 e ss.

¹⁵¹ Stuckenberg, *Vorstudien*, pp. 544-545, cita fra gli autori che ragionano in termini di presunzione di dolo Alciano A., *De praesumptionibus*, reg. III, praes. 30 e Bossi, *Tractatus varii*, tit. *de defensione reorum*, n. 32. Il dolo inteso come coscienza dell’antigiuridicità era presunto, ad esempio, nei casi di furto, omicidio e incesto. Sul punto Engelmann, *Die Schuldlehre*, pp. 143 e ss. e 319 e ss. Il diritto romano distingueva tra crimini che violavano il diritto naturale e crimini che contravvenivano unicamente al diritto positivo (Ulpiano, D. 50.16.42.). Il diritto comune, invece, sovrapponeva il diritto naturale a quello divino

secolo pratici e giusnaturalisti ragionano allo stesso modo sulla valenza delle norme di diritto naturale – come scrisse Domat «vérités immutables, dont la connaissance est essentielle à la raison» e come avrebbe ripetuto Merlin, mutuando le celebri parole di San Paolo, conosciute perché scolpite nel cuore di ogni uomo –¹⁵² rispetto alle norme di diritto posto dagli uomini e, quindi, in certa misura arbitrarie e conoscibili soltanto a prezzo di uno sforzo di apprendimento non garantito nei suoi risultati.

Meno complessa, invece, è la valutazione dell'errore di fatto che, già nella concezione dei giuristi romani, è individuato nell'ignoranza o nell'errore su di una circostanza essenziale dell'infrazione: «Nulla [...] voluntas errantis est», «non videntur qui errant consentire», recitano Pomponio e Ulpiano,¹⁵³ proponendo due *regulae* che verranno accettate sia *in civilibus* che *in criminalibus* dalla dottrina di diritto comune, che in via generale ammette la scusa ogni qual volta l'*error facti* possa dirsi escludente la coscienza di compiere l'atto illecito,¹⁵⁴ con la coerente eccezione di errori originati da una qualche

e delle genti, sulla base della visione agostiniana della *lex naturalis* come legge rivelata, che non consentiva a nessun uomo di ignorare la legge naturale né le verità necessarie alla salvezza. Graziano lo scrive nella pagina di apertura del Decreto: «Jus naturae est quod in Lege et Evangelio continetur» (Dict. a.c. 1, D. 1.). L'ignoranza, anche involontaria, della legge di Dio, che si tratti di dottrina o di morale, non scusa nessuno (così Laingui, *La responsabilité*, p. 84). I grandi nomi della dottrina criminalistica cinquecentesca concordano sulla sanzionabilità con pena ordinaria dei crimini perpetrati contro il diritto divino o naturale o delle genti (Tiraqueau, *De poenis*, causa 43, n. 13: «Hoc quoque tertio limitare poteris, ut non procedat ubi hujusmodi caussa esset reprobata a jure naturali»; Farinaccio, *Praxis*, qu. 90, n. 48: «[...] non procedat in iis quae sunt prohibita a jure naturali, in quibus injusta caussa, seu credulitas [...] non excuset [...]»; quando quis facit illicitum jure naturae, tunc nunquam excusatur», n. 49: «Et multo magis caussam et credulitatem non excusare in iis quae sunt prohibita a jure divino» o ancora qu. 90, n. 100: «Ignorantia juris, licet possit dici crassa et supina, excusat a dolo regulariter. Sed si sit circa ea quae sunt de iure naturali gentium aut divino, tunc non excusat a dolo» e n. 101). La *solutio*, quasi pacifica, appare già chiaramente esplicitata in Bartolo, Ad. D. 48.19.11., in *Opera Omnia*, tomo IV, p. 537, citato da Laingui, *La responsabilité*, p. 86.

¹⁵² Merlin P.H., *éd. de Répertoire de jurisprudence de Guyot*, V éd., Bruxelles, 1827-1828, V, tomo VII, pp. 723 e Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Liv. prél., tit. 1, sez. 1, par. 9, sulla base del carattere innato di conoscenza delle leggi naturali «on ne peut dire q'on les ait ignorées comme on ne peut dire qu'on ait manqué de la raison qui les fait connaître». Così anche Grozio, *De jure belli ac pacis libri tres*, II, cap. XX, par. 43, II: «Sicut ergo circa leges civiles eos excusamus qui legum notitiam aut intellectum non habuerunt, ita & circa naturae leges par est eor excusari quibus aut ratiocinationis imbecillitas aut privata educatio obstant». Con identiche argomentazioni anche criminalisti più attenti alle esigenze della prassi come Böhmer, *Observationes*, obs. IV, ad qu. CXLIX, n. 67 e Von Kress, *Commentatio*, ad art. 177, 1, n. 5, nota 360, ove l'autore riporta di analoghe considerazioni espresse anche nel *Codex Juris Barvaricus criminalis*, I, cap. I, parr. 31, 604. Su Domat si vedano in particolare Voeltzel F., *Jean Domat (1625-1696)*, Nancy, 1936; Matteucci N., *Jean Domat, un magistrato giansenista*, Bologna, 1959; Gorla G., *Atteggiamenti di Domat verso la giurisprudenza e la dottrina*, in «Quaderni del Foro Italiano», Supplemento a *Il Foro Italiano*, 1968; Guizzi V., *Il diritto comune in Francia nel XVII secolo. I giuristi alla ricerca di un sistema unitario*, in «Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis», Haarlem, XXXVII, 1969, pp. 44 e ss.; Tarello G., *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, pp. 157 e ss.; Cannata C.A., *Storia della giurisprudenza europea*, II, Torino, 1989, p. 121; Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, pp. 355 e ss.

¹⁵³ Pomponio in D. 39.3.20.; Ulpiano in D. 50.17.116.2.

¹⁵⁴ L'autorità allegata dagli interpreti era Ulpiano in D. 50.17.116.2.: «non vindetur qui errant consentire». I criminalisti fra XVI e XVII secolo la utilizzarono nella costruzione di numerose fattispecie nelle quali l'errore eliminava ogni intenzione colpevole. A sentir Damhouder, *Practica*, qu. 95, n. 9, folio 113, il rapitore di una fanciulla di onesti costumi incontrata al bordello e abbigliata come una meretrice era scusabile, così come era scusabile l'adulterio di una donna che avesse trovato un uomo nel suo letto credendo che fosse suo marito (Damhouder, *Practica*, qu. 59, n. 8, 58 e qu. 89, n. 36, 113, «perché essa ha commesso adulterio di fatto, ma senza volontà e cognizione»). Nello stesso senso Farinaccio, *Praxis*,

negligenza o conseguenza di *opus illicitum*.¹⁵⁵ nel primo caso, i giureconsulti optano per l'attribuzione del crimine a titolo di infrazione non intenzionale,¹⁵⁶ mentre nel secondo a titolo di infrazione intenzionale, con una gradazione della sanzione che può oscillare dalla pena prevista per il crimine doloso alla sanzione *extraordinaria pro modo culpae*.

L'ampia casistica fa emergere un vasto ventaglio di ipotesi che comprendono anche le figure che oggi conosciamo come *aberratio ictus* o *error personae*, nella terminologia dell'epoca *figurae* a *dolus indeterminatus* o a *voluntas indirecta*.

L'*error personae*, analizzato nell'alveo del *crimen homicidii*, porta i criminalisti ad optare per la pena ordinaria prevista per l'omicidio volontario,¹⁵⁷ mentre l'omicidio *voluntate indirecta* porta a distinguere fra eventi non previsti, ma comunque compiuti nel corso di un illecito, ed eventi scaturiti da azioni perfettamente lecite. Le formule maggiormente utilizzate sono due: «*dolus indeterminatus determinatur eventu*» e «*versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*», nonostante il diritto romano, in conosciutissimi brocardi, dica l'esatto contrario.¹⁵⁸

qu. 141, n. 96 e Claro, *Liber V*, par. *adulterium*, n. 100, che, tuttavia, escludevano gli errori troppo grossolani. Per identico motivo, il crimine di incesto era parzialmente scusabile per l'ignoranza delle linee di parentela o affinità tra gli accusati (Claro, *Liber V*, par. *incestus*, n. 88; Farinaccio, *Praxis*, qu. 149, n. 164-168): l'errore, tuttavia, non era presunto, dal momento che ciascuno è obbligato a conoscere i propri parenti, almeno prossimi (Farinaccio, *Praxis*, qu. 149, n. 200).

¹⁵⁵ Sul concetto di *culpa praecedens*, Santarelli U., *Commodo utentis datum*, Milano, 1972, pp. 242 e ss.

¹⁵⁶ Sulla figura dell'*opus illicitum*, Laingui, *La responsabilité*, pp. 98 e ss., che riporta di una *querelle* fra la posizione più rigida di Claro, *Liber V*, par. *Homicidium*, n. 6, che optava per la sanzione ordinaria, conformemente all'*opinio Bartoli*, e quella più morbida di Damhouder, *Praxis*, 85, n. 7, folio 95; cfr. Menochio, *De arbitrariis iudicium quaestionibus*, ca. 324, n. 1, Mascardi, *Conclusiones*, concl. 865, nn. 6-8, che si pronunciavano per una pena straordinaria e Cujas, *Ig. Tolosatis*, ad l. IV eod. *falso adscriptam lib.* 50, p. 1218.

¹⁵⁷ Claro, *Liber V*, par. *Homicidium*, n. 6; Farinaccio, *Praxis*, qu. 125, nn. 156-159; Perez, *Praelectiones in duodecim libros Codicis*, tomo II, p. 181; Mascardi, *Conclusiones*, concl. 865, n. 6. La fonte maggiormente richiamata era D. 47.10.4. («Si cum servo meo pugnum ducere vellem, in proximo te stantem invito perculserim, injuriarum non teneor»). Fondamentale il contributo di Carpov per la concettualizzazione del primo: «Primo notum est quod dans operam rei illicitae, teneatur de omni eo quod sequitur praeter illius intentionem et voluntatem, si nimirum causa sit ordinata et tendat ad subsequutum delictum, ita quod delicti author verisimiliter aut cogitavit, vel cogitare potuit, aut saltem cogitare debeat de eo quod inde facile successurum erat». Così Carpov, *Practica*, parte I, qu. 1, n. 29, che estende la soluzione prospettata da D. 48.19.38.5. alle ipotesi di incendio volontario in parte I, qu. 1, n. 29: «Unde Dd. inferunt ad eum qui proposuit mittere incendium in una domo, et immisit, si ex dicto incendio aliae fuerint combustae domus, tenetur immittens de omnibus quia verisimiliter incendium tendebat ad comburendas vicinas aedes». Si veda anche la qu. 5, *De homicidio ex errore commisso*, nn. 6 e ss., dove ragiona in termini generali di *opus illicitum*: «Qui Titium occidere volens Cajum occidit, poena ordinaria tenetur [...] sive Titium cognoscere non potuerit, nocte aut ira commotus, sive cognoverit eum, & casu quodam Cajum occiderit [...]. Sive dolose egerit rem illicitam, & E. gr. ante fores Titii grassetur gladio, pugnat fenestram vel globulo trajecto anquem [?] in domo occiderit». Cfr. Farinaccio, *Praxis*, qu. 87, n. 8: «[...] qui omnino habuit animum non delinquendi, tunc enim non tenetur de omni eventu et exitu, quia contra ejus voluntatem contigit, et isto casu non veritas actus, sed agentis intentio inspicitur; secus autem in eo qui habuit animum delinquendi, sed non tantum, quantum postea sequutum fuit, quia tunc tenetur de omni exitu et eventu, et sic non voluntas sed veritas attenditur», così anche in qu. 126, nn. 62 e ss., e Tiraqueau, *De poenis*, causa 14, n. 3: «punendus delinquens secundum rei eventum non animum».

¹⁵⁸ La dottrina tedesca ha sottolineato come le fonti romane, accanto al concetto di dolo intenzionale, ne abbiano assunto involontariamente un altro contrapposto e che sarà utilizzato dai giuristi italiani per fornire del manto di *auctoritas* le teorie del *dolus generalis*, indiretto ed eventuale. Oltre all'inflazionato D. 48.8.14. («Divus Hadrianus in haec verba rescripsit: "in maleficiis voluntas spectatur non exitus"»), si possono ricordare D. 48.8.1.3. («Divus Hadrianus rescripsit eum, qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse, et qui hominem non occidit, sed vulneravit, ut occidat, pro homicida

In argomento, Löffler rileva come i giuristi italiani utilizzino alcuni passaggi di non particolare rilievo per il diritto romano per ammantare di *auctoritas* la *doctrina Bartoli*, le teorie del *dolus generalis*, del *dolus indirectus* e del carpozoviano dolo eventuale.¹⁵⁹ A sentir Schaffstein, poi, in questi passi, nei quali anzi l'estraneità del dolo è espressamente dichiarata, vengono sanzionati in via eccezionale (*quia mali exempli res est*) fatti per eventi non previsti, ma la cui realizzazione è da ritenersi probabile:¹⁶⁰ alla sua nascita la teoria del *versari in re illicita* rappresenterebbe, quindi, una sorta di mediazione tra le esigenze dei tempi – poco inclini ad esonerare da responsabilità chi abbia cagionato, anche solo casualmente, ma a seguito di una condotta illecita, un fatto grave come la morte di un uomo – il diritto romano e la morale cristiana, che, al contrario, focalizzano l'attenzione sull'atteggiamento psicologico del reo.¹⁶¹

La dilatazione del concetto romanistico di dolo, infatti, spiegabile per la dottrina tedesca solo partendo dai concetti canonistici di colpa e peccato,¹⁶² avrebbe condotto ad un ampliamento di quello di colpevolezza. Va comunque ricordato che, in relazione alla sfera applicativa della teoria, già canonisti come Covarruvias e civilisti come Cipolla o De Marsilii ritenevano che essa non fosse mai assunta a principio di rango generale, quale criterio di imputazione nel diritto penale canonico, ma che trovasse applicazione solo nei casi di omicidio.¹⁶³ E tutto ciò a dimostrare, se ve ne fosse bisogno, che, a pre-

damnandum: et ex re constituendum hoc: nam si gladium strinxerit et in eo percusserit, indubitate occidendi animo id eum admisisse: sed si clavi percussit aut cucuma in rixa, quamvis ferro percusserit, tamen non occidendi animo, leniendam poenam eius, qui in rixa casu magis quam voluntate homicidium admisit», D. 44.4.1.2. («An dolo quid factum sit, ex facto intellegitur») e C. 2.2.60. («Dolum ex incidiis perspicuis probari convenit»). Sul punto Hruschka J., *Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes*, in Gössel-Kaufmann (hrsg.), *Strafverfahren im Rechtsstaat. Festschrift für Theodor Kleinknecht*, München, 1985, pp. 195-196. Demuro, *Alle origini del concetto di dolo*, p. 29 e p. 63, nota 221 e Sperandio, *Dolus pro facto*, pp. 106 e ss., a suffragio della teoria, riportano anche due rescritti della *Mosaicarum et romanarum legum collatio*: 1.6.1. («Distinctionem casus et voluntatis in homicidio servari rescripto Hadriani confirmatur. Verba rescripti: "Et qui hominem occidit absolvi solet, sed si non occidendi animo id admisit: et qui non occidit, sed voluit occidere, pro homicida damnatur"») e 1.7.1. («Qui hominem occidit, aliquando absolvitur et qui non occidit ut homicida damnatur: consilium enim uniuscuiusque, non factum puniendum est. Ideoque si cum vellet occidere, casu aliquo perpetrare non potuit, ut homicida puniatur: et is, qui casu iactu teli hominem imprudenter ferierit, absolvitur»).

¹⁵⁹ Löffler, *Schuldformen*, p. 87, fa riferimento a D. 48.8.3.2.: «Adiectio autem ista 'veneni mali' ostendit esse quaedam et non mala venena. Ergo nomen medium est, et tam id, quod ad sanandum, quam id, quod ad occidendum paratum est, continet, sed et id, quod amatorium appellatur. Sed hoc solum notatur in ea lege, quod hominis necandi causa habet. Sed ex Senatusconsulto relegari iussa est et, quae non quidem malo animo, sed malo exemplo medicamentum ad conceptionem dedit, ex quo ea, quae acceperit, decesserit»; D. 48.19.38.5.: «Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur; quodsi mulier, aut homo ferierit, somno supplicio adficiuntur» e D. 48.6.10.1.: «Hac lege tenetur et qui convocatis hominibus vim fecerit, quo quis verberetur et pulsetur, neque homo occisus sit».

¹⁶⁰ Schaffstein, *Die Allgemeinen Lehre*, p. 207.

¹⁶¹ Löffler, *Schuldformen*, p. 139. Sul ruolo della filosofia morale cristiana nello sviluppo del concetto di volontà come principio dell'azione, cfr., *supra*, cap. 4, par. 1, in particolare nota 15. Sul *versari in re illicita*, cfr., *supra*, cap. 4, par. 1.

¹⁶² Märkel, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 78-79.

¹⁶³ Così Löffler, *Schuldformen*, p. 142; Kolmann, *Die Lehre vom versari*, pp. 35 e 46 e ss. Cfr. Demuro, *Alle origini del concetto di dolo*, pp. 38-39. Bartolomeo Cipolla (citato da Engelmann, *Die Schuldlehre*, pp. 85-86), riprendendo la *doctrina Bartoli*, ricava un principio generale in ordine all'accertabilità del dolo nei casi di *aberratio delicti*: «Ubi committens delictum minus voluit delinquere et plus delinquit: si verisimiliter potuit cogitare, quod ex minori delicto quod intendebat, verisimiliter poterat sequi majus, tenetur de majori delicto, quod est secutum, et non de minori, quod ipse intendebat». In argomento anche

scindere dall'eredità canonistica, l'assegnazione di una sfera più o meno ampia di operatività alla responsabilità oggettiva, è determinata dalle esigenze di politica criminale di ciascuna istituzione: è chiaro, infatti, che la consapevolezza di chi si accinge a delinquere che la legge potrebbe addossargli ogni conseguenza materialmente connessa all'illecito, è sicuro fattore deterrente.¹⁶⁴

Questo detto, per risolvere l'*empasse* i *doctores* generalmente distinguono le ipotesi di omicidio risultante da colpi e ferite volontarie che hanno cagionato la morte, pur senza l'intenzione di provocarla (*animus vulnerandi*), da quelle determinate con vero e proprio intento di uccidere e che, tuttavia, non portano alla morte dell'offeso.¹⁶⁵ Il primo caso, fattispecie comunque dolosa quand'anche la *voluntas* del reo non sia quella di provocare la morte, viene considerato omicidio involontario e, come tale, sanzionato *extra ordinem*. La soluzione è unanimemente ammessa:¹⁶⁶ in questi casi, il giudice deve innanzitutto valutare se l'accusato abbia agito nel desiderio di uccidere, deducendo l'*animus occidendi* dalle circostanze della causa, dal *genus armorum*, dalla *qualitas percussiois*, dall'essere derivato l'evento da un comportamento lecito o

Lucchesi, *Si quis occidit*, p. 152, che ricorda come, poi, ragionando di mandato ad uccidere «questo giudizio di oggettiva prevedibilità, spinse Cipolla a sostenere che il mandante dovesse rispondere *de homicidio* ed essere punito con la pena di morte *non alia poena mitioris*». Anche Covarruvias cita questi frammenti come precedenti storici della sua dottrina della *voluntas indirecta*, su cui ampiamente *supra*, cap. 4, par. 1, sostenendo che chi fornisce una pozione amatoria o abortiva, provocando la morte di chi ne fa uso, deve essere condannato alla pena di morte «quod ille actus ex propria vi ac natura maxime tendat in periculum mortis aut gravissime laesionis» (il passo è citato da Engelmann, *Die Schuldlehre*, p. 109).

¹⁶⁴ Per l'inquadramento in prospettiva storica del problema, si segnalano, senza pretese di esaustività, Oehler D., *Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 69, 1957, pp. 504 e ss.; Schubart, *Das Problem der erfolgsqualifizierten Delikt*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 85, 1973, pp. 757 e ss. La citata dottrina tedesca ricollega, poi, il problema della dilatazione delle ipotesi a responsabilità oggettiva anche alla semplificazione probatoria relativa ai delitti qualificati dall'evento.

¹⁶⁵ Sul punto si veda la dettagliata ricostruzione di Lucchesi, *Si quis occidit*, in particolare pp. 143-172, che si concentra sulla prassi consigliare e sulla dottrina fra Quattrocento e Cinquecento.

¹⁶⁶ Claro, *Liber V*, par. *homicidium*, n. 5, scrive: «[...] dicitur etiam culposum homicidium, quando quis citra animum occidendi, alium percussit, ex qua tamen percussione ille mortuus est» e in par. fin., qu. 60, n. 28, conferma: «Item quando delictum est commissum extra propositum, et intentionem ipsius delinquentis; nam eo casu potest iudex poenam minuire», mentre Loisel, *Institutes coutumières*, Lib. VI, tit. I, massima 4, formula un principio che più che risolvere pone il problema del dolo preterintenzionale: «Tel cuide fêrir chute dont il serait mort». Stuckenbergh, *Vorstudien*, p. 538, fa risalire le costruzioni dei criminalisti cinquecenteschi alla *doctrina Bartoli* e richiama le parole del giurista umbro (Bartolo, *Comm. in sec. Digesti novi partem*, cit., ad *Legem Corn. de sicar.*, l. *Divus D.* 48.8.14 nn. 1, 2, 7.): «Si delinquit in plus incidendo in aliam speciem delicti, hoc adverte: si quidem delicto quod principaliter facere proposuerat, tendit ad illum finem, qui secutus est, et tunc inspicimus eventum. Si vero ad hoc non tendebat delictum, quod principaliter facere proposuerat, tunc non teneatur») e di Baldo, *Comm. in VII, VIII, IX, X, XI, Codicis libros*, cit., VI C. *de furtis et servo corrupto*, l. *si quis servo*, n. 2; I C. *de episc. et cl. l. si quis non dicam*; IV mandati l. mandati: «sicut si per se ipsum vulneravisset non animo occidendi [...] nam perinde teneret ac si habuisset animum occidendi quia in instrumentum cum quo percussit erat aptum ad inferendum mortem». Sul punto anche Löffler, *Schuldformen*, p. 149; Engelmann, *Die Schuldlehre*, p. 79-104; Klee, *Der dolus indirectus*, pp. 11 e ss.; Schaffstein, *Die allgemeine Lehre*, pp. 109 e ss.; Lucchesi, *Si quis occidit*, pp. 134 e nota 21; Laingui, *La responsabilité*, pp. 100-106; Laingui-Lebigre, *Histoire, I, Le droit pénal*, pp. 42-49, e pp. 149-150. Si vedano anche Delitala G., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Milano, 1976, pp. 434-441; Dolcini E., *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XXII, Milano, 1979, in particolare pp. 761-770. Per la ricostruzione del punto di vista di un altro grande criminalista del Cinquecento, si veda di Renzo Villata, *Egidio Bossi*, pp. 526-527.

illecito (*si daret operam rei licitae, vel illicitae*).¹⁶⁷ Il secondo caso, al contrario, ricade nell'orbita del tentativo: «De consuetudine tamen [...] licet dicatur quis occidendi animo percussisse», osserva già lo *Speculator* con riguardo alle conseguenze processuali dell'applicazione della *Lex Cornelia de sicariis*, «non tamen de morte punitur».¹⁶⁸

Nel corso del Seicento i piani di indagine civilistico e teologico si intersecano nell'opera di numerosi giuristi nord europei – pratici come Struve e Brunnemann, che pur utilizzano ancora la terminologia bartolista, e giusnaturalisti come Grozio e Pufendorf, che scolasticamente si esprimono in termini di *ignorantia vincibilis aut inevitabilis* –¹⁶⁹ con prevedibili ricadute anche nei secoli successivi.¹⁷⁰ E lo stesso accade con maggiori

¹⁶⁷ Così Claro, *Liber V*, par. *homicidium*, n. 5 e Carpov, *Practica nova*, pars I, qu. 1, nn. 15-30: «Poena homicidii dolosi simplicis est gladius [...] Sed quid si gladio, ligno vel alio instrumento, quis percussit, vulnerandi, non occidendi animo? Morte insecuta, extraordinariè puniri volunt quidam: quia dolus & animus occidendi absit. Sed verius: ordinaria poena afficiendum, qui non animo occidendi percussit, & quia percussus dedit operam rei illicitae; & in genere dolosè egit» e qu. 3, nn. 19-28: «Homicidium baculo parvo commissum pro doloso non habetur, si animus occidendi desit, nisi percussio baculo graviore in capite & quidem iteratis vicibus facta fuerit, quo casu poena gladii dictata fuit, licet animum occidendi non habuerit percussio; qu, II, nn. 40-49: «Nam si E. gr. percussus pugno occiderit, capite forte in lapidem illiso, fustigatio cum perpetua relegatione dictatur»; qu III, nn. 50-51: «Ictu lapidis commissum homicidium pro doloso habendum non est: cum ex proiectione lapidis, praesertim non grandis raro eveniat hominem occidi». La prassi è conforme a questa *opinio*. Claro riporta una Sentenza del Consiglio di Napoli e Mascardi opta per la comminazione della sanzione di sette anni di *deportatio* ad una donna che per gelosia aveva ucciso la sua domestica: «quae percussit baculo super capite ancillam quam credebat esse ex viro suo praegnantem, ex qua percussione illa decessit» (Claro, *Liber V*, par. *homicidium*, n. 5; Mascardi, *De probationibus*, concl. 865, ricorda il provvedimento come un esempio paradigmatico della libertà del giudice nell'apprezzamento degli indizi. Conforme Farinaccio, *Praxis*, qu. 122, n. 151). Se queste erano le soluzioni previste in caso di ferite volontarie che avevano determinato la morte della vittima contro l'intenzione dell'autore dei colpi, è possibile affermare che a dispetto delle massime generali enunciate dai *doctores*, il «dolo preterintenzionale» non era represso come tale che nell'ipotesi romana dello spoglio violento di beni altrui e in quello di incendio volontario: negli altri casi, il diritto comune considerava l'intenzione e non le conseguenze che l'atto aveva provocato. Farinaccio, *Praxis*, qu. 126, n. 61, e soprattutto qu. 87, n. 8 esita visibilmente ad affermare che il «dolo preterintenzionale» fosse un principio generale della responsabilità penale e pare, in definitiva, aderire all'opinione inversa in qu. 126, n. 68. Sull'argomento nel suo complesso si veda Lucchesi, *L'animus occidendi*, pp. 306 e ss.

¹⁶⁸ Guglielmo Durante, *Speculum iudiciale*, Basel, 1574, rist. an. Aalen, 1975, I, part. II, De acc., 7, f. 191, citato da Lucchesi, la quale sottolinea come «[l']osservazione, per quanto fugace, non cadde nell'oblio. Cino, qualche tempo dopo, la riprese nell'ambito di una più ampia riflessione nella quale il giurista prendeva nota di come la soluzione del *pariter puniri*, stabilita dalle fonti romane, fosse disattesa da una prassi fortunatamente radicata nella quale il giudice cittadino soleva adeguare la pena al grado di realizzazione del disegno criminoso» (Lucchesi, *Si quis occidit*, p. 89, che in nota 21 richiama Cino da Pistoia, *Comm. in codicem*, ad C. 9.16.6 *ad Legem Corneliam de sicariis et veneficis*, l. *Is qui cum telo*). Sul punto cfr. Ullmann W., *Der Versuch nach der mittelalterlichen italienischen Lehre*, in «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», 17, 1941, p. 62; Cavanna A., *Il problema del tentativo nella storia del diritto penale italiano*, estr. da Università di Genova, Annali della Facoltà di Giurisprudenza, fasc. 1, IX (1970), Milano, 1970, p. 35, n. 62.

¹⁶⁹ Brunnemann J., *Commentarius in quinquaginta libros Pandectarum*, lib. XXII, Wittembergae & Berolini, 1701, in *Tit. De juris & facti ignorantia*, tit. VI, 1-4, ad *L. ignorantia*: «Ignorantia alia est facti, alia juris; [...] Deinde alia ignorantia pura seu purae negationis, alia cum errore coniuncta. Alia porro vincibilis, alia invincibilis. Alia facti ignorantia supina, alia probabilis. Illa vel affectata vel crassa tantum. Ignorantia facti autem versatur vel circa factum ipsum, vel circa facti circumstantiam, [...] ubi non in totum, sed tantum excusatur». Analogamente, Grozio, *De jure belli ac pacis*, cit., lib. II, cap. XX, par. XLIII: «Nam ignorantia legis sicut inevitabilis si sit tollit peccatum: ita etiam culpa aliqua negligentia conjuncta delictum minuit» e Pufendorf, *De jure naturae*, lib. I, cap. III, par. 12.

¹⁷⁰ Sul punto si leggano le interessantissime notazioni di Isotton, *Tra autorità e libertà*, pp. 90 e ss., che sottolinea la distanza in tema di ignoranza dei precetti penali fra l'esperienza di diritto comune e il diritto penale codificato. L'autore riporta alcuni passi del giurista «che può essere definito il più emblematico

accenti filosofici sulla ‘sponda’ canonistica, ove viene accolta nella sua interezza la connessione tomistica fra la scusabilità dell’*ignorantia iuris* e la involontarietà-diligenza del soggetto che ignora: «Ratio est, quia cum lex sit praeceptum rationale», ricorda Pihring, «nemo potest aut tenetur illi parere si ipsi sine culpa non sit cognita: nam ignorantia tollit voluntarium: ubi autem voluntarium non est, nulla culpa est, et consequenter neque poena locus esse potest cum culpa et poena sint correlativa».¹⁷¹

E se questo è lo stato dell’arte ai tempi di Matthaeus, ci si aspetterebbe di trovare nella sua opera almeno l’eco delle due prospettive, soprattutto di quella di chi come lui aveva posato la penna sull’*Etica a Nicomaco*. In realtà, la sintesi prospettata nei *Prolegomeni* e condotta unicamente sulla base delle categorie aristoteliche, pur andando a disegnare per la prima volta nel quadro dei *generalia* una teoria dell’errore in *criminalibus*, mostra un pensiero a tratti di difficile ricostruzione.

Il Nume tedesco-olandese muove la propria analisi da due passaggi dell’*Etica* ai quali poco aggiunge,¹⁷² discutendo di volontarietà e involontarietà dell’atto compiuto per *ignorantia* e di quello compiuto *ignorando*. Per sciogliere i dubbi che potrebbe determinare un’interpretazione affrettata ed in chiave contemporanea delle parole del giurista assiano, occorre svolgere alcune necessarie premesse sull’uso nella tradizione aristotelica dei termini «involontario» e «non volontario» e delle locuzioni per *ignorantia agere* e *ignorando agere*.

I due termini «involontario» e «non volontario», per noi sinonimi, nel vocabolario aristotelico hanno due significati ben distinti: è involontario l’atto non voluto e seguito da pentimento; è non volontario l’atto non voluto, ma a cui non segue pentimento:

Ciò che si compie per ignoranza è tutto non volontario, ma è involontario quando provoca dispiacere e rincrescimento – osserva lo Stagirita – infatti, l’uomo che ha fatto una cosa qualsiasi per ignoranza, senza provare alcun disagio per la sua azione, non ha agito volontariamente, in quanto, almeno, non sapeva quello che faceva, ma neppure involontariamente, in quanto, almeno, non prova dispiacere. Dunque, di coloro che agiscono per ignoranza, quello che non prova rincrescimento può essere chiamato, poiché è diverso, agente non volontario;

artefice del passaggio dal diritto penale di antico regime [...] all’età della codificazione», Giovanni Carmignani, *Elementi di diritto criminale*, par. 195: «Siccome non si vuole quello che non si conosce, e siccome il principale fondamento dell’imputazione consiste nella volontà: così l’errore o la ignoranza di fatto invincibile ed efficace, esime da ogni civile imputazione coloro, che per tale errore od ignoranza avessero commesso qualche delitto. Ma non è così ove trattasi di errore o di ignoranza intorno alla legge, perocché l’errore e ignoranza di diritto si reputano quasi sempre vincibili. Ma, essendo basata questa regola sopra il principio politico, che le leggi sociali pubblicate [sic.] si presumano da tutti conosciute, ne segue doversi dalla medesima recedere ogni volta che una causa giusta e sufficientemente probabile convincesse che l’animo dell’agente fosse realmente preoccupato da errore od ignoranza della legge, come nel caso che la legge sociale non dedotta dal diritto naturale, o non universalmente riconosciuta venisse violata da rozze persone, da donne, da minori, da uno straniero o passeggero da poco tempo presso di noi commorante» e par. 193: «[...] L’ignoranza dicesi vincibile quando non venne usata la dovuta attenzione e diligenza per evitarla; invincibile quando si è ignorantemente agito, in onta di ogni diligenza adoperata, compatibilmente collo stato ordinario della vita, per non commettere quel che la legge proibisce».

¹⁷¹ Pihring E., *Ius Canonicum in V libros Decretalium (1674-1678)*, qui consultato nell’edizione di Dilingae, 1722, L. I, tit. II.

¹⁷² DC *Prolegomena*, 1.3., ove si richiama in narrativa Aristotele, *Ethica Nicomachea*, III, 2 e V, 10.

infatti, poiché il secondo differisce dal primo, è meglio che abbia un suo nome proprio.¹⁷³

Delle due categorie Matthaeus utilizza solo quella dell'*involuntarium*, forse sovrapponendo il piano etico a quello giuridico, nonostante dalle pagine del *De Criminibus* mai emergano riferimenti al pentimento di chi delinque, sia esso in errore o meno.

Questo detto, tornando alla distinzione fra atti compiuti *per ignorantiam* e atti compiuti *ignorando*, i primi sono considerati non volontari, in quanto il soggetto non sa quello che effettivamente fa e cagiona un esito diverso dalle sue intenzioni, mentre i secondi trovano la loro collocazione nelle azioni di natura volontaria, «quia principium actionis in agente est».¹⁷⁴ Compiuto per ignoranza è l'atto nel quale il soggetto ignora le condizioni particolari in cui esso si manifesta: tali condizioni sono chi agisce, come agisce, l'oggetto e l'ambito in cui agisce e talvolta anche il mezzo, il risultato e le modalità dell'azione.¹⁷⁵ Ora, quando l'ignoranza verte su queste condizioni, soprattutto su quelle che i nostri due autori ritengono fondamentali per definire la volontarietà, quelle cioè nelle quali e a causa delle quali l'atto si compie, l'atto stesso è sicuramente involontario e, in alcuni casi, non sarà qualificabile come riprovevole, ma susciterà perdono (e, quindi, sarà scusabile) e, in alcuni casi, anche compassione.¹⁷⁶ Ma la non volontarietà sarà comunque esclusa nel caso in cui l'*ignorantia* sia *accersita vel affectata*: in que-

¹⁷³ Aristotele, *Ethica Nicomachea*, III, 1.

¹⁷⁴ Sulla *distinctio* Kaufmann A., *Die Parallelwertung in der Laiensphäre. Ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemeinen Verbrechenstheorie*, München, 1982, pp. 4-5, ove l'autore sottolinea che affermare che Aristotele avrebbe anticipato il principio «error iuris nocet, error facti non nocet» è inesatto. Kaufmann ritiene, infatti, che con la locuzione *nicht zurechenbar* (ἀκούσιον) Aristotele indichi sia le ipotesi di errore di fatto, nelle quali l'agente agisce ignorando le circostanze concrete, sia le ipotesi di errore di diritto. Cfr. Welzel H., *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1962, pp. 35 e ss. e Schroth U., *Vorsatz und Irrtum*, München, 1998, p. 14.

¹⁷⁵ Aristotele, *Ethica Nicomachea*, III, 2. L'altro passo dell'Etica a cui Matthaeus fa riferimento chiarisce il punto: «E intendo per volontario, come si è detto anche prima, quell'atto, tra gli atti che dipendono da lui, che uno compie in piena avvertenza, cioè non ignorando né la persona, né il mezzo, né il fine: ad esempio, chi percuote o con che cosa o a quale fine; e ciascuno di questi aspetti dell'azione non è né accidentale né forzato» (Aristotele, *Ethica Nicomachea*, V, 10). Sul punto, Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, pp. 35 e ss. e Schroth, *Vorsatz und Irrtum*, p. 14. La rilettura dell'Etica aristotelica proposta da Matthaeus in argomento di ignoranza sarà ripresa da uno dei suoi maggiori estimatori, Renazzi Ph.M., *Synopsis elementorum juris criminalis*, Roma, 1805, I.V.XXII., *Quenam Doli divisiones*: «Principium si quidem actionis in agente tunc adest, nec is penitus ignorat actionis suae circumstantias; vel si ignorat, ignorantia adfectata ut plurimum, aut aliunde adcersita dignoscitur; unde consilium quodammodo is habet delinquendi, ac proinde dolo agit». Conformemente anche Pagano, *Principi*, I, capo VI, che colloca fra i delitti colposi, perché volontari, quelli provocati dall'ignoranza determinata da una mancanza di attenzione e di riflessione: «Non qualsiasi ignoranza e qualsiasi errore assolve dal delitto; perciocché se l'uomo aguzzando l'acume della sua mente, ed adoperando la debita attenzione ed il tempo convenevole, possa intendere appieno le conseguenze, ed il rapporto dell'azione colla legge, e pur nol faccia, il delitto se gli deve per certo imputare. Quindi, l'ignoranza di diritto o di fatto, potendosi allegare, questa iscusca, quando sia necessaria; quella non mai, quando scolpita nel cuore di ognuno è sentimento prima, che ragione [...]. Ma l'ignoranza di fatto può talora essere volontaria, come benanche l'errore; cioè quando l'una e l'altro si possa superare, adoperando attenzione e riflessione; ed allora propriamente esiste il delitto colposo. Le leggi romane chiamano la colpa gran negligenza: *Magna negligentia culpa est*. E la definiscono, per la mancanza della previdenza di ciò che si poteva prevedere. *Culpam esse cum quod diligenter praevederi potuerit, praevisum non fuerit*».

¹⁷⁶ Aristotele, *Ethica Nicomachea*, III, 2.

sti casi, infatti, *principium est in agente*, dal momento che l'ignoranza trova la propria fonte nel comportamento negligente di colui che agisce.¹⁷⁷

Compiuto, invece, nell'ignoranza è quell'atto nel quale il soggetto ignora le regole di condotta che ad esso possono riferirsi e siffatta ignoranza, quando si tratta di regole la cui conoscenza è generalmente supposta, non può considerarsi causa dell'involontarietà dell'atto.¹⁷⁸ L'ignoranza della regola inficia l'intenzione, ma non la decisione (scelta) di prendere una certa iniziativa.¹⁷⁹ Il criminalista batavo, come Aristotele, non ritiene che l'ignoranza delle regole di condotta sia una scusante: il reo può essere, infatti, punito per ciò che fa in condizione di ignoranza, se egli stesso ne è responsabile. «[È giusto punire coloro] che ignorano qualcosa prescritto nelle leggi, che si debba e non sia difficile sapere», sottolinea lo Stagirita nel passo dell'Etica richiamato dal nostro autore, «[p]arimenti anche negli altri casi, quando è evidente che l'ignoranza deriva da negligenza, in quanto è facoltà dei colpevoli il non essere ignoranti: essi infatti sono padroni di prendersene cura».¹⁸⁰ Il fatto di ignorare che un comportamento non è consentito, non fa venir meno la volontarietà dell'atto, né il suo disvalore. Ed è proprio il carattere ancora volontario dell'atto a rendere plausibile la sua rilevanza penale e la sua punibilità.

Matthaeus non distingue fra diritto naturale e diritto civile e neppure utilizza la categoria del diritto notorio: nei *Prolegomeni* egli fa riferimento unicamente all'ignoranza del diritto giustiniano e, richiamando passi dell'Etica che considerano evitabile l'errore che cade sulla conoscenza di una norma generalmente supposta, sintetizza un'idea di *error iuris* assai ricorrente ed esplicitata sia da pratici che da neoterici. «Iuris dispositionem ignorare, quam omnes scire debent per se, vel per alios consulere possunt, est culpa lata»,¹⁸¹ scrive Menochio, riproponendo una concezione già ben radicata nella società romana e ripresa dalla Glossa e dal Commento,¹⁸² che imponeva al buon *pater familias* di agire con la *diligentia communis* per non incorrere in errori evitabili e, quindi, ripro-

¹⁷⁷ Matthaeus, come Aristotele, comprende fra gli atti di ignoranza colpevole, ossia quelli causati dal comportamento dello stesso agente, gli atti compiuti dagli adirati e dagli ubriachi. «Chi è ubriaco o adirato», scrive lo Stagirita, *Ethica Nicomachea*, III, 1, «non si ritiene che agisca per ignoranza, ma per ubriachezza o per ira, senza tuttavia sapere ciò che fa, ma ignorandolo». Identiche argomentazioni in DC *Prolegomena*, 1.3. Sul punto, cfr. *supra*, par. 2.2.

¹⁷⁸ Sul concetto di *ignorantia legis* in Aristotele, *Ethica Nicomachea*, V, 10, citato in DC *Prolegomena*, 1.3., si vedano Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, pp. 35 e ss. e Schroth, *Vorsatz und Irrtum*, p. 14.

¹⁷⁹ Sulla ricostruzione in chiave protestante del *voluntarium* aristotelico, cfr. *supra*, cap. 4, par. 1, nota 46.

¹⁸⁰ Aristotele, *Ethica Nicomachea*, V, 10, citato in DC *Prolegomena*, 1.3.

¹⁸¹ Menochio, *De arbitrariis iudicium, De praesumptionibus*, lib. VI, pres. 23, n. 11. Analogamente Cujas, *IG. Tolosatis Opera*, tit. VI, *De iur. & facti ignor.*, Lib. 22 Dig, ad L. I: «Dicit aliquis igitur omnes debent habere scientiam iuris? Minime. Una est scientia iuris quae pertinet ad IC. altera est diligentia patrisfamilias. quam comparare sibi facile potest. [...] Hanc postremam scientiam exigimus in omnibus id est, communem intelligentiam».

¹⁸² Sull'*error iuris* nell'età classica, Flume, *Irrtum und Rechtsgeschäft* Wolf E., «Error» im römischen Vertragsrecht. Quanto all'esperienza dei Glossatori, si faccia riferimento alla Glossa *omnes debent scire leges* (Inst. 1.26.6); per la 'Scuola del Commento' si veda per tutti Bartolo, *In secundam Digesti veteris partem*, Lugduni, 1530, ad D. 16.3.32. (*l. quod Nerva*), n. 19: «Non obstat, quod omnes non sint eiusdem professionis quia omnes homines sunt iuristae: quia scientia, quae est in iurisperitis, videtur esse in quolibet vulgari, quia peritos possunt consultare, et istud faciunt communiter omnes». Sul pensiero di Glossatori e Commentatori cfr. *supra*, nota 132.

vevoli. E questi errori nell'ottica del nostro autore vanno ad integrare ipotesi quantomeno colpose. Sia il giudice ad arbitrare la pena adeguandola alla fattispecie prospettata.¹⁸³

E se nulla vien detto con riferimento all'ignoranza del diritto naturale o delle genti, da altri luoghi dell'opera è facile desumere quale fosse l'idea di Matthaeus a proposito della valenza di tali norme,¹⁸⁴ che, come già abbiamo avuto modo di osservare,¹⁸⁵ in perfetto accordo con lo spirito dei tempi, andavano addirittura a sopravanzare lo *ius divinum*, in una prospettiva che vedeva l'affermazione del diritto naturale – primevo, obiettivo ed imm modificabile anche da parte di Dio – basato sulla capacità della *ratio* umana di valutare le cose senza farsi trascinare dalle passioni.¹⁸⁶

Lo «scavo di indagine»¹⁸⁷ intorno alla categoria dell'*error facti*, porta Matthaeus ad analizzare le figure di *aberratio ictus* e *delicti* nel commento alla *lex Cornelia de sicariis et veneficis* condotto con argomentazioni che ispireranno Renazzi:¹⁸⁸ l'errore di stima nel valutare la portata dei colpi inferti o degli strumenti utilizzati, non può valere come causa a *declinando crimine homicidii*,¹⁸⁹ quantunque difetti l'intenzione di uccidere; lo stesso dicasi dell'*error in corpore*, rilevando, nel caso in ispecie, l'*animus occidendi in genere*,

¹⁸³ DC *Prolegomena*, 1.2., che allega D. 48.10.15.: «E che nemmeno si dia perdono a coloro che pretendono di aver ignorato la severità dell'Editto» e D. 48.13.10., che prevede un temperamento eccezionale alla severità del principio voluto dall'imperatore nel caso di allegazione di strumenti probatori non producibili: «[...] secondo la misura eccezionale di ciascun delitto si deve procedere contro coloro che hanno prodotto innanzi ai giudici strumenti che non si possono ammettere [...] e se ne faccia rapporto per valutare fino a quale punto debbano essere castigati. Ma l'imperatore Marco [...] per sua benignità vi pose un temperamento; in modo che se, come spesso accade, per errore si producono istrumenti di tal natura, si perdoni a coloro che produssero una cotal cosa».

¹⁸⁴ Abbiamo già avuto modo di osservare come anche Matthaeus (cfr. *supra*, cap. 3, par. 2.2.), appigliandosi al pensiero del prediletto Cujas, *Commentaria in libros quaestionum Aemilii Papiniani*, vada a strutturare una sovrapposizione tra *ius naturale* e *ius gentium*, che vede contrapposti alle *leges* delle singole *civitates*, e tale contrapposizione, in prospettiva di analisi storico-comparativa, per Rizzelli, *Adulterium*, p. 11 (che richiama l'edizione del *De Criminibus* di Anversa del 1761, alla p. 50) consente addirittura al nostro autore di superare «il dubbio pirroniano sull'esistenza del bene e del male e l'obiezione per cui molti popoli non condannano determinati illeciti, come gli egizi e gli spartani i furti, i germani il brigantaggio, gli antichi greci la pirateria».

¹⁸⁵ Cfr. *supra*, cap. 2, par. 3, pp. 47-49.

¹⁸⁶ Così Grozio, *De iure belli ac pacis*, *Prolegomena*. Sul ruolo in particolare di Matthaeus e Hüber in questa transizione, si veda Raat, *Divine Law, Natural Law and Reason*, p. 28, cfr., *supra*, cap. 2, par. 3.

¹⁸⁷ La felice espressione è ricavata da Di Renzo Villata, *Egidio Bossi*, p. 526.

¹⁸⁸ Renazzi F.M., *Elementa Iuris Criminalis*, Siena, 1794, lib. IV, pars IV, cap. I, par. XIII, 1, p. 271: «Si quis autem dixerit, indicaveritque vulnerandi dumtaxat animum se abuisse non occidendi; et tamen vel illico, vel postea ex accepto vulnere caesus obierit; huiusmodi excusatione nequaquam juvabitur a declinando crimine homicidii. Nemo enim non intelligit nihil facilius posse evenire, quam ut succumbat ille qui vulneratur. Nequeunt siquidem sic ictus metiri, ut omnino vulneretur solum, non etiam transfundatur aggressus» (Matth. ad lib. 48. tit. 5. dig. cap. 3. n. 16 e lib. IV, pars. IV, cap. I, par. XIV, 1, p. 274). «Postremo non est ambigendum, quin de crimine homicidii ille teneatur, qui cum Cajum occidere vellet, Titium per errorem interfecit. [...] Sic quoque, in caede, inepta prorsus atque injusta ejus excusatio esse videtur, ut scite observat Matthaeus, qui praeter mentem atque expectationem Titium occidisse dicat, cum vellet Cajum interficere». Sull'entusiasmo di Renazzi per il *De Criminibus* – sottolineato anche dalla rivista letteraria a cura di de Cavinis A.A. e M., *Il giovane istruito nella cognizione dei libri*, Venezia, 1824, vol. IX: «[...] il Mattei è il primo e l'unico fino a' nostri di, dice Renazzi, giudice in questa materia senza eccezione, il primo e l'unico che abbia toccato con mani pure e trattato distintamente e con dignità la parte criminale della romana giurisprudenza, illustrata superficialmente dai primi dotti interpreti e lordamente corrotta dal volgo de' criminalisti» – Böhmer G.W., *Handbuch der Literatur des Criminalrechts in seinem allgemeinen Beziehungen, mit besonderer Rücksicht auf Criminalpolitik nebst wissenschaftlichen Bemerkungen*, Amsterdam, 1970, p. 131 e Cordero, *Criminalia*, p. 503.

¹⁸⁹ DC 48.5.3.16.

seppur l'oggetto delle attenzioni sia diverso dal quello prospettato.¹⁹⁰ Quanto, poi, alla dibattuta *distinctio* fra *vulnera lethalia et non lethalia*, il nostro autore, ancora una volta musa dell'Illuminista italiano,¹⁹¹ indica quale termine di discriminare il quarantesimo giorno dal compimento del fatto:

Sed ne disputatio circa vulnerum qualitatem perpetua esset – rileva il giurista romano – non immerito Fori usu invaluit, quemadmodum post Matthaeum plures observarunt scriptores (Creman. de Jur. Crim. lib. I, p. 3. cap. 5. art. 5 par. 244) ut dierum XL praescriptione ea penitus perimatur. Quando igitur vulneratus quadregesimum diem jam attigerit, si postea occuberit, non ex vulnere, sed ex fato, aliaque ex causa obijisse existimatur.¹⁹²

4.2.4. La legittima difesa, la provocazione e lo stato di necessità

La legittima difesa, riconosciuta dal diritto romano come un principio di diritto naturale (o delle genti),¹⁹³ veniva intesa in periodo medievale in un'accezione assai ampia –

¹⁹⁰ DC 48.5.3.12-13.

¹⁹¹ DC 47.5.3.17-18.

¹⁹² Renazzi, *Elementa*, Lib. IV, pars. IV, Cap. I, par. XII, 2.

¹⁹³ Il diritto romano riconosceva la legittima difesa come un principio di carattere generale che torreggiava dalla prima pagina del *Digesto* (D. 1.1.3 *Ut vim*): il diritto che ciascuno possiede di difendersi dagli altri è un principio di diritto naturale e primevo, un istinto dell'uomo, anteriore a qualsiasi *lex scripta*, scriveva Cicerone in un notissimo passaggio della *Pro Milone* (4,10,11), utilizzato prima da Gaio ed Ulpiano e poi da tutta la dottrina medievale e di Antico Regime. Questa idea di pulsione necessaria che spinge l'uomo a difendersi è ribadita anche nel *De officiis*, 1.1 («A natura cuique tributum, ut se et corpus suum tucatur declinetque ea quae nocitura sunt») e sarà ripresa dai giureconsulti fra il XVI ed il XVII secolo, che consideravano la legittima difesa talvolta come espressione della *lex naturalis*, talvolta come un principio fondamentale dello *ius gentium* o dello *ius divinum* a cui nessuna legge civile e umana può derogare (cfr. *supra* nota 215). Lo stesso diritto romano, in argomento, non prospetta soluzioni univoche: accanto ai citati passi che paiono riferirsi al diritto naturale, altri, come D. 9.2.4 pr, e lo stesso Cicerone, *Topica*, 23.90, sembrano ragionare in termini di *ius gentium*. Questo detto, il diritto romano consentiva l'uccisione dell'aggressore solo quando era in gioco la vita, l'integrità fisica e il pudore proprio o dei propri congiunti (D. 48.8.1.4.); non già se si trattava di beni, a meno che, in considerazione dei tempi e dei luoghi dell'aggressione, non si stimasse in pericolo l'incolumità fisica dell'offeso (D. 48.8.9.), come quando un ladro aggredisce la vittima con percosse (D. 43.16.3.9.). Anche il *Decretum* di Graziano riporta un passaggio delle *Ethimologie* di Isidoro di Siviglia conforme alle norme del *Digesto* che, per il suo tramite, verranno riprese nei provvedimenti delle gerarchie ecclesiastiche e confluiranno, ampiamente sviluppate, nelle opere dei grandi giusnaturalisti moderni, a partire da Ugo Grozio, *De iure belli ac pacis*, II, cap. 1, par. 3, che considera la legittima difesa una sorta di guerra privata. Il capitolo di apertura del libro II, intitolato alle cause della guerra e principalmente della difesa di sé stessi e dei propri beni, è dedicata in maniera quasi esclusiva alla legittima difesa. Laingui, Lebigre, *Histoire du droit pénal*, I, p. 96, ritengono che sia difficile comprendere l'influenza delle teorie dei giusnaturalisti sulla criminalistica del XVII e del XVIII secolo. In Francia, Serpillon, Jousse e de Voulans sembrano ignorarle, nonostante l'opera di Grozio fosse assai conosciuta negli ambienti intellettuali (con sorpresa per Laingui e Lebigre pare essere sconosciuta unicamente dai giuristi). Forse – ipotizzano – il loro silenzio era dovuto ad un'unitarietà di vedute circa la teoria della legittima difesa. Anche Grozio per *par condicio* ignora Tiraqueau, Claro o Farinaccio e argomenta sulla base di fonti romane, giuridiche ed extragiuridiche, teologiche e, fra i giuristi di epoca non romana, di Bartolo e Baldo. Sulle teorie giusnaturalistiche in tema di legittima difesa si veda anche Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, libro 2, cap. 5. Tornando a Graziano, il *Decretum* individua tre condizioni per l'esercizio incolpato della difesa: in primo luogo, è necessario che l'aggressione sia ingiusta, onde se l'aggressore fa valere un diritto non è concesso difendersi; di conseguenza, i sudditi non possono opporre la scriminante contro l'autorità pubblica, né i figli contro i genitori o gli allievi contro i

comprensiva della difesa della vita, dell'onore e della proprietà –¹⁹⁴ che non la separava in maniera ancora sufficientemente precisa dalla scusa della provocazione e dallo stato di necessità.¹⁹⁵ La metodica di analisi casisticamente orientata portava, infatti, gli autori a trattare i tre istituti ragionando dei crimini perpetrati in stato d'ira o di grande dolore: questa era la scelta di sistema di Covarruvias, Tiraqueau e Farinaccio,¹⁹⁶ ripresa ancora quasi due secoli dopo da Jousse,¹⁹⁷ con identiche argomentazioni di fondo: perché la difesa possa qualificarsi legittima, scriminando così una condotta di per sé illegittima, deve possedere determinati requisiti in relazione all'aggressore, all'oggetto dell'aggressione e alle modalità della difesa.¹⁹⁸

maestri. In secondo luogo, è necessario che il pericolo sia incombente. Per finire, il *modus defensionis* deve essere proporzionato all'offesa, considerando anche il fatto che l'agredito non è tenuto a conoscere le condizioni soggettive dell'aggressore, talché anche l'uccisione di un soggetto incapace può dirsi consentita. Affinché la punibilità dell'azione sia esclusa, occorre che il soggetto non abbia superato i limiti del *moderamen inculpatæ tutelæ*, secondo una formula che, espunta dal diritto romano (C. 8.4.1.), avrebbe strutturato la disciplina della difesa legittima nella dottrina civilistica e canonistica del medioevo, nonché della scienza criminalistica e della legislazione sovrana dal XVI agli inizi del XIX secolo, come meglio *infra*. Sull'istituto della legittima difesa nel diritto canonico e senza alcuna pretesa di esaustività, si segnalano Schopf B., *Quomodo legitimari possit cruenta repulsio iniusti aggressoris*, Vienna, 1938; Palazzini P., *Difesa Legittima*, in «Enciclopedia del diritto canonico», IV, pp. 1581-1585; Schiappoli D., *Cause scriminanti secondo il Diritto canonico: necessaria difesa*, in «Enciclopedia del diritto penale», a cura di Pessina, vol. I, Milano, 1905, p. 736; Aiazzi A., *De defensione legitima in iure poenali canonico*, Romæ, 1951 e Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre*, pp. 339 e ss.

¹⁹⁴ I passi della compilazione giustinianea maggiormente utilizzati dalla dottrina medievale per dettare la disciplina dell'uso legittimo della forza sono C. 8.4.1.: «Recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatæ tutelæ moderatione illatam vim propulsare licet» e D. 9.2.45.4.: «Qui cum aliter tueri se non possunt, damni culpam dederint, innoxii sunt. Vim enim vi defendere omnes leges, omniaque iura permittunt». Proprio sul frammento del Codice la dottrina medievale plasmò il concetto di *moderamen inculpatæ tutelæ*, destinato a diventare il cardine della disciplina della difesa legittima sia in ambito civilistico che canonistico, come meglio *infra*.

¹⁹⁵ Sul punto, Laingui, *La responsabilité*, pp. 257 e ss. Tiraqueau, *De poenis*, causa 1, come la dottrina a lui precedente, non riesce a distinguere chiaramente la legittima difesa dalla scusa di provocazione (cfr. Laingui, le *De poenis*, p. 39), ritiene che il giudice debba usare clemenza nel comminare la sanzione nei confronti di chi è spinto a commettere un crimine mosso dalla collera o dal dolore (D. 48.19.16.2., C. 9.42.2.; D. 24.2.3.) e che vi debba essere proporzione fra offesa e difesa o reazione (cfr. Tiraqueau, *De poenis*, causa 1, 9). Claro tratteggia la legittima difesa nel 'contenitore' del *crimen homicidii* come una particolare configurazione dello stato di necessità, sulla base del generale principio *vim vi repellere*, principio che non verrebbe meno «neppure quando l'omicidio perpetrato al fine della difesa della propria persona, dei congiunti e finanche degli estranei, colpisca un chierico, o addirittura il Papa o l'Imperatore, secondo un principio che è “constitutissimum inter utriusque classis literatos”, a dire dello spagnolo Pedro y Plaza y Moraza. Ma questa opinione è, secondo Claro, da intendersi “cum grano salis”, cioè accettabile quando, di fronte all'offesa arrecata da una delle due supreme potestà, in alcun altro modo sia possibile difendersi» (così Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, p. 150).

¹⁹⁶ Tiraqueau, *De poenis*, causa 1; Farinaccio, *Praxis*, qu. 91 e 93.

¹⁹⁷ Jousse, *Traité de la justice criminelle*, cause 3 e 5.

¹⁹⁸ Quanto all'aggressore, si era affermata l'*opinio communis* che la difesa della vita, principio di diritto naturale, potesse considerarsi legittima contro qualunque individuo, «fosse esso un uomo normale, un infante, un folle, un sonnambulo, un individuo di elevate condizioni sociali, un chierico, un prelado, un principe» (Jousse, *Traité de la justice criminelle*, III, p. 504, similmente a Claro sul quale *supra*, nota 195). Quanto alla prova della necessità della difesa, la dottrina osservava come fosse sufficiente dimostrare che si uccidesse «ad sui defensam», e non dimostrare che realmente esistesse la necessità di tale tipo di difesa [...]. Esempificando: a provare che si è in pericolo di vita è sufficiente che l'aggressore dimostri che l'avversario procedeva verso di lui armato» (così Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, p. 151). Sulle modalità gli *interpretes* si attestavano sul romanistico «moderamen inculpatæ tutelæ» (C. 8.4.1.) (sul quale si veda Ferrini C., *Esposizione storica del diritto penale romano*, in *Raccolta di monografie* a cura di E. Pessina, I, Milano, 1905, pp. 85 e ss.) che si fondava sul binomio proporzionalità e

L'aspetto soggettivo, almeno in linea teorica, non evidenziava disparità di vedute, diversamente da quello oggettivo che si prestava ad orientamenti assai diversi sotto entrambi gli angoli prospettici. Se era certo, infatti, che, oltre alla difesa della vita, fosse consentita la difesa dell'incolumità fisica propria, dei congiunti e, talvolta, anche dei terzi, era sicuramente più complicato riuscire ad argomentare la legittimità della difesa dell'onore o del patrimonio. Nel primo caso, nonostante alcuni giureconsulti ammettessero la legittimità della difesa mortifera dell'onore sulla base degli adagio «fama vitae aequiparatur» e «periculum famae aequiparatur periculo vitae», in generale i *doctores* ponevano limiti ben precisi, in considerazione alla natura dell'oltraggio; ciò nonostante, in ipotesi nelle quali la riparazione giudiziaria non potesse dirsi affatto compensativa dell'onta subita – come accadeva nei casi di stupro consumato o di stupro tentato – numerosi *interpretes* consentivano, se non addirittura caldeggiavano, l'uccisione dell'aggressore da parte della vittima.¹⁹⁹

Le oscillazioni di più larga banda, tuttavia, si avvertivano quando sui piatti della bilancia erano posti la vita del ladro e la difesa del patrimonio. Nell'«Età di mezzo», mentre i «civiliisti» propendevano senza troppe eccezioni per la legittimità della difesa del diritto di proprietà, soprattutto nel caso di violazione di domicilio, i canonisti, forse sospinti dalle considerazioni espresse dalla dottrina moral-teologica,²⁰⁰ iniziarono a

contestualità di offesa e difesa. In argomento si osservi il «trinomio» tratteggiato da Claro: «Scias tamen, quod talis defensio, propter quam quis iuxta praedicta, excusatur ab homicidio, debet esse facta cum moderamine inculpatae tutelae, quod quidem moderamen circa tria consistit, scilicet modum, tempus et causam», sul quale Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, p. 152.

¹⁹⁹ Sulla difesa dell'onore, si leggano le parole di Damhouder, *Praxis*, qu. 76, n. 9: «Conservatio personae et famae aequiparatur, et honor cuiuslibet pecuniario commodum praefendus est» e di Styrk S., *Dissertationum Juridicarum Francofurtensium*, vol. X, disp. IV, cap. III, 11: «Quamvis autem reg. neminem pro honoris ac existimationis defensionem aliquem occidere posse [...] non ordinaria homicidii poena, quae gladii est, sed extraordinaria». Analogamente Carpoz, *Practica nova*, qu. 30, n. 68 e Dietrich, *Collegium criminale*, Th. 4, disp. fin. Jousse riteneva che la donna che uccidesse il suo aggressore «per preservare la propria pudicizia [fosse] degna di ricompensa». Laingui, Lebigre, *Histoire du droit pénal*, I, p. 98, riportano un *arrêt* del *Parlement* di Tolosa – annotato da La Roche-Flavin – che viene allegato da quasi tutti i criminalisti francesi fra XVII e XVIII secolo: «Sur l'appel d'une sentence qui condannait à mort une femme pour avoir tué un des quatre hommes qui la voulaient violer, les autres s'étaient enfuis, l'arrêt ordonne qu'elle aurait lettres de grâce; les ayant présentées le même jour, elles furent entérinées et la femme mise hors de cour et de procès». Generalmente, gli *interpretes* inquadravano la reazione violenta per offesa all'onore nell'alveo della scusa per provocazione nelle ipotesi di ratto, adulterio ed attentato in genere al pudore, consentendo la ritorsione, oltre che alla donna (evidentemente, ad eccezione dell'adultera), al padre ed al marito. Il caso di adulterio, poi, consentiva anche l'uccisione dell'adultera. Si vedano, per una panoramica completa Farinaccio, *Praxis*, qu. 121, n. 44 e Claro, *Liber V*, par. *Homicidium*, rubr. 49.

²⁰⁰ La filosofia morale cristiana, nella prospettiva di immortalità dell'anima, che porta ragionevolmente a sperare che la proprietà e la sicurezza terrene non siano valori infiniti, fa sì che l'idea che in nessuna circostanza si debba privare della vita un altro essere umano, diventi molto più persuasiva che in precedenza. Sul punto Williams B., *Pagan Justice and Christian Love*, in Irwin T. and M.C. Nussbaum (eds.), *Virtue, Love & Form*, in «Apeiron», XXVI, 1993, pp. 204-205. Sant'Ambrogio, *De officiis*, III, 27 esprime in maniera chiara questa nuova sensibilità, quando afferma che un cristiano giusto e sapiente mai deve salvare la propria vita a prezzo di quella degli altri, nemmeno per difendersi: il rischio è quello di sacrificare la pietà alla propria incolumità fisica. Con posizioni meno radicali Sant'Agostino, *Epistolae*, 47.5, che riconosce diversi casi di uccisione legittima, consente la difesa della collettività ai soldati o ad altri soggetti che prestano un pubblico servizio e precisa che la non resistenza dei cristiani al male non è da attribuire ad una scarsa propensione a punire chi trasgredisce le regole, ma piuttosto al timore che il piacere della vendetta ed il gusto per le sofferenze altrui prendano il sopravvento. Una posizione ancora più distante da quella di Ambrogio è espressa nel *De Libero Arbitrio*, I, V, 11-13, dove si riconosce che

porre limiti – anche se con soluzioni non certo univoche, almeno sino a quando Alessandro III vietò la difesa violenta dei beni patrimoniali –²⁰¹ e a prevedere sanzioni per i chierici che avessero ucciso qualcuno nel tentativo di difendere i propri beni, pronunciandosi tutt'al più per la concessione di impunità ai laici.²⁰²

nessuna legge condanna chi uccide per difendersi da una aggressione, anche se si ammette che tale impostazione possa dar luogo ad abusi anche di una notevole gravità. Agostino pare, quindi, sostenere che l'autodifesa, pur sottoposta a limiti, non sia del tutto inaccettabile. È stata rilevata in questo passo un'ombra di contraddizione, con il teologo che sembra tentar di conciliare la proibizione assoluta dell'omicidio con il rifiuto di affermare l'ingiustizia delle leggi che riconoscono l'omicidio giustificato. Questa considerazione è avallata dall'ultima parte del passo (*De Libero Arbitrio*, I, V, 13.41) in cui Agostino discute l'autodifesa e, ammettendo che le leggi che la riconoscono sono probabilmente imperfette, ritiene che le si debba criticare in quanto tali. Più complessa la ricostruzione del problema da parte di San Tommaso (*Summa Theologica*, II-II, qu. 64, a. 7, ad 5), che considera illecita una difesa che sia espressione dell'odio, *quae est cum livore vindictae*. Secondo la dottrina tradizionale, sulla base della quale l'Aquinate elabora il proprio pensiero, l'*appetitus vindictae* è un impulso naturale che, in quanto tale, non può considerarsi di per sé malvagio (*Summa Theologica*, II, TI, q. 108): esso, infatti, può potenzialmente tramutarsi in odio o purificarsi, convertendosi in amore per la giustizia. Il quadro di un'azione compiuta per legittima difesa evidenzia sempre una violazione della legge da parte dell'aggressore e l'impulso che determina la decisione di difendere la vita propria o quella altrui – e questo è caso paradigmatico – si può motivare nel sentimento che ciascuno di noi nutre di evitare il male, in questo caso di evitare la violazione della giustizia. E se il difensore non possiede alcuna prerogativa sulla vita altrui, ha tuttavia il dovere di porle fine se è l'unico modo possibile di impedire concretamente che si realizzi l'ingiustizia. E circa l'annoso problema se la rinuncia a difendersi sia preferibile alla difesa, Tommaso, ragionando dell'esortazione di Giovanni Crisostomo a sopportare sull'esempio di Cristo le ingiurie, osserva che indubbiamente i buoni debbono sopportare pazientemente le ingiurie dei malvagi in quanto le riguardino personalmente, ma non sopportare le ingiurie contro Dio e il prossimo (San Tommaso, *Summa Theologica*, II-II, q. 108, a. 1, ad 2). L'Aquinate applica il principio del «duplice effetto». L'atto di colui che si difende uccidendo l'aggressore è da guardarsi sotto un duplice profilo: in quanto diretto alla conservazione della propria vita; in quanto produttivo dell'uccisione dell'aggressore (San Tommaso, *Summa Theologica*, II-II, qu. 64, a. 7). Sulla dottrina cristiana in argomento di difesa legittima, oltre al già citato Williams, *Pagan Justice and Christian Love*, si vedano Jonsen A.R., S. Toulmin, *The Abuse of Casuistry*, Berkeley, 1988, pp. 216-227 e Ricciardi M., *L'autodifesa in Tommaso d'Aquino*, in «Divus Thomas», XXIX, 2001, pp. 78 e ss.

²⁰¹ «Pro conservandis vilibus rebus et transitoriis», Alessandro III, cap. 20, *Extrav. de hom.vol. vel cas.* In argomento Schiappoli, *Cause scriminanti secondo il Diritto canonico*, p. 738, ricorda come la dottrina sul punto non fosse unanime: se una parte non considerava legittima la difesa mortifera dei beni, perché le fonti espressamente la vietavano o più genericamente ragionavano in termini di offesa alla persona, l'altra, più tarda, e che non trova alcun appoggio nelle fonti, arrivò a distinguere tra beni di scarso e di ingente valore e tra beni facilmente o difficilmente recuperabili attraverso un'azione legale, ammettendo, così, la liceità dell'uccisione di un ladro che si fosse impossessato di beni di ingente valore e di difficile reintegrabilità.

²⁰² C. 3.X.5.12. Il diritto canonico adattò la disciplina romanistica della legittima difesa limitandone l'estensione, in considerazione della missione precipua che era chiamata a svolgere, quella di far prevalere tra gli uomini i precetti divini della carità e del perdono. Con una prospettiva di analisi che si concentrava essenzialmente sulla violazione del dovere morale, più che su quella del diritto, era evidente che anche nella concreta amministrazione della giustizia, l'attenzione si spostasse sull'aspetto soggettivo, sui moventi che avevano indirizzato l'autore. In materia di legittima difesa, poi, i canonisti non ritennero ingiuste nella sostanza le norme che l'avevano consacrata (sul punto, interessante il tentativo di conciliazione operato da Sant'Agostino e su cui *supra*, nota 200), ma, osservando che l'assalitore poteva essere facilmente mosso da sentimenti malevoli, insistettero sulla necessità della penitenza, per espiare la mancanza di carità cristiana (sul punto, *supra*, nota 199). La finalità principale della scienza canonistica, sin dagli esordi, fu quindi quella di restringere i margini di operatività della legittima difesa romanistica, affinché non si infliggesse all'offensore un male maggiore di quello necessario per far cessare l'offesa ed assicurare la sicurezza del *defensor*, indagando anche sullo stato d'animo di chi si difendeva, per accertare se fosse stato mosso da altre intenzioni. Coerentemente ai principi ispirati dall'etica cristiana, la dottrina canonistica impose anche la difesa altrui (dal punto di vista teologico, *ut supra*, nota 199, ancor più giustificabile), dal momento che la mancanza di interesse personale purgava l'uccisione o il ferimento da

La scienza criminalistica del XVI secolo non recepi *aplos et simpliciter* queste *solutiones*, ammettendo la legittima difesa anche dei beni, tuttavia, con numerose restrizioni: così come era illecito uccidere il ladro che recedesse dai propri propositi o quello che rubasse oggetti di poco valore, non era giustificata l'uccisione del *fur*, sia diurno che notturno,²⁰³ qualora questi non avesse opposto alcuna resistenza e si fosse lasciato catturare dalla propria vittima.²⁰⁴ I dottori, consci del pericolo di abuso, si accontentarono di esigere che la difesa dei beni *manu armata* fosse moderata, ossia misurata nella risposta, in ossequio al principio generale del *moderamen inculpatae tutelae*,²⁰⁵ che fosse necessaria,²⁰⁶ ossia conseguenza di un pericolo attuale e proporzionata alla violenza di una aggressione ingiustificata.

Il concetto di *moderamen inculpatae tutelae*, elaborato dalla dottrina medievale sulla base di un noto passo del Codice di Giustiniano,²⁰⁷ divenne uno dei nodi cruciali

ogni macchia di peccato. Sul punto, De Vincentis P., voce *Difesa Legittima, stato di necessità, disposizione della legge e ordine dell'autorità*, in «Digesto italiano», IX, 2, Torino, 1898-1901, p. 365. È da notare, tuttavia, che le fonti in argomento non sono univoche. Agostino, ad esempio, (C. XXIII, qu. 5) non dichiara scusabile l'omicidio commesso per difendere un terzo ingiustamente aggredito e Ambrogio (c. 5 e 7, C. XXIII, qu. 3) sottolinea come l'aiuto apportato al terzo mai possa consistere in un'azione delittuosa, quand'anche perpetrata per un fine lecito, come quello di respingere una aggressione ingiusta.

²⁰³ Il diritto di rispondere con la forza ai ladri notturni trova la propria fonte nei più antichi corpi normativi – Esodo (XXII, 2-3), legge delle XII Tavole (VIII, 2, *si nox furtum faxsit, si im occisit, jure caesus esto*) – in un'accezione che verrà conservata anche dal diritto successivo, con importanti eccezioni a partire dal Basso Impero, quando l'aspetto oggettivo della regola sarà affiancato da un apprezzamento soggettivo delle circostanze dell'atto. Non sarà più solo la condotta del furto ad essere presa in considerazione, ma l'attitudine psicologica di chi aveva ucciso. Pressoché tutti gli autori di diritto comune alleggeriranno la legge mosaica e la legge delle XII tavole per giustificare l'uccisione del ladro notturno.

²⁰⁴ Le posizioni dei giuristi laici, tuttavia, non sono univoche e, ancora a XVIII secolo inoltrato, c'è chi adotta le *solutiones* prospettate dai canonisti. In generale, gli *interpretes* cinque-secenteschi ammettono che la difesa dei beni sia legittima. Si vedano, al riguardo Farinaccio, *Praxis*, qu. 125, n. 168: «Regula sit affirmativa, quod defensione licita est non solum pro defensione sui corporis, sed etiam pro defensione rerum suarum» e Claro, *Liber V*, par. *Homicidium*, rubr. 25: «Haec habet, non solum pro defensione vitae et corporis, sed etiam pro defensione rerum suarum». Sul punto, Laingui, *La responsabilité*, riporta le *opiniones* conformi di Claro, *Liber V*, par. *Homicidium*, n. 47 e Farinaccio, *Praxis*, qu. 125, nn. 159, 203: «Fur nocturnus occidi non potest, quando nullo modo se defendat sed sinit se capi» e 257: «Furem occidere non licet, quando is potest capi, et ad iudicem duci». Gli autori limiteranno l'estensione del diritto, escludendo l'uccisione del ladro che receda dai propri propositi e che si lasci catturare. Laingui, Lebigre, *Histoire du droit pénal*, I, p. 98, riportano l'*opinio* 'canonistica' di Muyrat de Vouglans, *Lois criminelles*, p. 32: «La prima condizione perché si possa considerare la difesa come legittima» – dice l'autore – «è che essa abbia per oggetto la conservazione del proprio corpo, della propria vita o del proprio onore, (ma) non quella dei propri beni, dal momento che non c'è alcuna proporzione tra i beni e la vita di chi si è ucciso per conservarli». Analogamente in terre di *Usus modernus*, Styrk, *Dissertationum Juridicarum francofurtensium*, V, disp. IV, cap. III, 1-3: «Necessaria defensionem autem ad vitam nostram conservandam exerceri posse [...]. Resp. doctores quidem communiter statuunt, interfectionem ob rerum defensionem tum demum licitam esse, si ista cum vitae corporisque periculo coniuncta sit». In linea di massima, decretisti e teologi riconobbero che tutte le difese erano legittime qualora si fosse risposto con moderazione all'aggressore; ciò nonostante alcuni giusnaturalisti, pur accettando in linea di principio l'uccisione di «chi si prepara a donarci la morte», ritenevano «più lodevole chi preferi[va] ricevere la morte che donarla» (così, Grozio, *De iure belli ac pacis*, II, cap. 1).

²⁰⁵ Farinaccio, *Praxis*, qu. 91, comunica ai suoi lettori del carattere «ameno, dilettevole e facile» della questione, argomento sul quale la scienza 'civiltistica' e canonistica non ha lesinato sforzi creativi anche a causa della grande rilevanza per la prassi giudiziaria.

²⁰⁶ D. 43.16.3.9. contempla espressamente questa condizione: «Eum igitur qui cum armis venit possumus armis repellere, sed hoc confestim, non ex intervallo».

²⁰⁷ C. 8.4.1., su cui *supra*, note 193 e 194: «Recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet».

della disciplina della difesa legittima sia in ambito civilistico che canonistico. Già la Glossa accursiana chiariva i limiti della difesa *cum moderamine*:

Moderamen circa tria attenditur. Primum ut si armis inferatur violente et armis repellatur. Si sine armis, simili modo repellatur ut ff. I. III, par. eum igitur (D. 43.16.3.3.). Sunt autem arma: ut ff. eo I III in principio (D. 43.16.3.1.) secundum ut incontinenti flagrante adhuc maleficio violente invasor repellatur: ut ff. eodem I. III par. eum igitur. Tertium, ut ad defensionem, non ad ultionem vel vindictam: ut hic, et ad legem Aquiliam l. scientiam par. qui cum aliter (D. 9.2.45.4.) quod semper praesumitur s. fieri ad defensionem: si incontinenti fiat secundum Iac. Sene. ut ff. ad legem Aquiliam l. si ex plagis par. tabernarius (D. 2.52.1.). Sed Io. contra ex eodem par. et ex qualitate facti et personarum praesumitur ad vindictam vel ultionem.²⁰⁸

La dottrina canonistica si esprimeva in termini analoghi, richiedendo che la difesa venisse effettuata *in continenti* e *cum moderamine* e questo è uno degli aspetti del diritto criminale sostanziale nel quale è maggiormente evidente l'influenza reciproca fra le due facce dell'*utrumque ius*.²⁰⁹

²⁰⁸ Glossa *Moderatione* in C. 8.4.1.

²⁰⁹ Già nel Decreto di Graziano troviamo indicazioni circa il *moderamen* (cfr. *supra*, nota 193). Nella *Summa decretorum* Rufino dichiara che la difesa deve essere contestuale all'offesa: «Aliud est continuata rixa se defendere, aliud postmodum renovato pugnandi studio praeteritam iniuriam sine iudice vindicare, primum hic permittitur, secundum ibi prohibetur» (*Summa decretorum des Magister Rufinus*, c. 7, D. 1). Analogamente, e a pochi anni di distanza, anche Pillio e Stefano Tornacense sottolineano la necessità della contestualità della difesa e dell'offesa. Il giurista emiliano avverte che la *vis* tesa alla difesa può essere indotta *iuste vel iniuste*, a seconda che avvenga *incontinenti* o *ex intervallo*: «prima conceditur», conclude l'autore, «secunda prohibetur» (Pillio da Medicina, *Libellus Pylei disputatorius*, I, Hamburg, 1958, 53). Pillio muove da C. 3.27.2. «quando liceat sine iudice», ove il principio «ni mirum qui se defendat non peccat licet delinquit qui impugnatur», inizia ad essere fondato su quei *loci*, già richiamati – ci si riferisce a C. 8.4.1. (*unde vi*, l. I) e D. 1.1.3. (*ut vim*) – che diverranno patrimonio comune della scienza giuridica successiva. Il canonista Stefano Tornacense, *Die Summa über das Decretum Gratiani*, ed. Sculte, 1821, 10. c. 7, D. 1, ribadisce «vim enim vi repellere omnes leges omnia iura permittunt, cum moderamine tamen inculpatae tutelae», e tale esercizio incolpato della difesa doveva essere *in continenti*: «[...] repulsionem hic dicit, si fiat incontinenti, flagrante adhuc maleficio» (Stefano Tornacense, *Die Summa*, c. 8, D. 1, 11). La figura viene ripresa anche nella Glossa Palatina, c. 9, C. XXIII, q. 1, Vat. Pal. 658, fol. 66 ra. («Quare quilibet potest propulsare: incontinenti [...] cum moderatione inculpatae tutelae [...] ad defensionem non ad ultionem») e nella Glossa Ordinaria al *Decretum*, ed. Basilea, 1493, (gl. *Propulsandum* in c. 1, *requiritur ergo*), C. XXIII, q. 1, f. 329 vb: «[...] requiritur ergo, quod difendendo repercutiat, non ulciscendo [...] et cum moderamine se defendat». Sulla teoria canonistica circa l'uso legittimo della forza si veda Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre*, pp. 339 e ss. La dottrina criminalistica cinque-secentesca non attribuiva alla formula un significato sempre univoco. In generale e con un'impostazione ancora assai casistica, gli autori non ammettevano la giustificazione fondata sulla legittima difesa allorché la persona offesa avesse risposto con armi ben superiori a quelle utilizzate dall'aggressore. Si considerava giustificata, inoltre, l'aggressione ordinata dalla legge e effettuata dall'autorità legittima; si pensi al boia che esegue una condanna a morte. È evidente che la resistenza del condannato o quella di chi tentava di sottrarlo alla mannaia non avrebbe integrato gli estremi della difesa legittima. Si leggano le parole di Tiraqueau, *De poenis*, qu. 1, n. 6: «Si tamen quis se defendendo legitimum moderamen supergressus, aggressorem intemerit, licet ob id puniri debeat: tamen non tenetur lege Cornelia de sicariis, sed excusatur, ut non omnino puniatur tanquam dolosus, sed mitius tanquam culpabilis»; Farinaccio, *Praxis*, qu. 125, n. 354: «Ut moderamen inculpatae tutelae dicatur excedi etiam in armis et in armorum genere et in aequalitate; ubi enim quis aliquem aggreditur, vel alterius possessionem invadit sine armis, non licet adversus illum se defendere et resistentiam facere cum armis; et si cum armis fiat, non dicitur servatum moderamen inculpatae tutelae» e Claro, *Liber V*, par. *Homicidium*, n. 34: «Scias

Anche il diritto consuetudinario, la legislazione statutaria, territoriale e sovrana recepirono il principio.²¹⁰ Le disposizioni della *Constitutio Criminalis Carolina* che disciplinano la difesa legittima ragionano di *moderamen* quando utilizzano le espressioni

[...] der mag sein Leib und Leben ohne Straff durch eine rechte Gegenwehr rутten (art. 140), [...] aut einer rechte entschuldigten Notwehr [...] Himlich ist hierin zu mercken, so einer der ersten Benoethigung halber redliche Ursache zu Notwehr gehabt und doch in der Tat nicht alle Umstaende, die zu einer gantzen entschuldigten Notwehr gehören, gehalten, haetten etc. (art. 142).²¹¹

In argomento, desta notevole interesse una *Disputatio* intitolata proprio all'esercizio incolpato della difesa – discussa sul finire del XVII secolo da Hieroninus Brückner – che, muovendo dal commento alla *Carolina* e con riferimenti al padrone incondizionato

tamen, quod talis defensio propter quam quis [...] excusatur ab homicidio, debet esse facta cum moderamine inculpatæ tutelæ, quod quidem moderamen circa tria consistit, scilicet modum, tempus et causam [...]. Alias autem si aggressu excedat modum in se defendendum utique erit puniendo. Bene verum est quod hoc casu non debet puniri poena ordinaria homicidii, sed solum de excessu poena extraordinaria, et mitiore arbitrio iudicis» e *addictio* marginale al loco: «[...] illud enim solum qui vim inferit, ferire conceditur, et hoc si tuendi dumtaxat, non etiam ulciscendi causa factum sit».

²¹⁰ Si leggano le interessanti notazioni di Hüber U., *De iure civitatis libri tres*, qui consultato nell'edizione di Fraenke, 1698, lib. III, II, cap. I, 3 sull'esercizio incolpato della difesa: «Hinc enim inculpatæ tutelæ moderamen omnibus gentium legibus, ad advertendum vitæ periculum videamus sancitum». Sul versante del diritto consuetudinario, come certifica la ricerca di Carbasse, *Introduction*, pp. 191-192, numerose *coutumes* a partire dal XIII secolo scriminavano completamente l'omicidio da legittima difesa o l'*injuria verbo vel facto*, qualora la difesa fosse stata proporzionata all'offesa e subitanea. Trattando della difesa dei beni, il diritto consuetudinario prendeva in considerazione in particolare la violazione notturna di domicilio. Molte raccolte scusavano completamente l'uccisione di un effratore sorpreso di notte, solamente quando non fosse stato possibile catturarlo vivo, mentre altri testi subordinavano l'esenzione da pena al fatto di aver gridato 'al ladro', per chiamare i vicini in soccorso. La prassi forense, quindi, non considerava le violenze private *sic et simpliciter* legittime, richiedendo, al contrario, il rispetto della proporzione e delle altre circostanze di legittimità. Nel caso di furto diurno, poi, l'uccisione del ladro era generalmente considerata come una risposta eccessiva e quindi non scusabile: il proprietario avrebbe potuto tentare di far fuggire il ladro, ma non ucciderlo o ferirlo gravemente, tanto meno qualora egli non avesse opposto resistenza. Sull'utilizzo del *moderamen inculpatæ tutelæ* nel diritto Statutario si veda Calisse, *Svolgimento storico*, p. 113, che, in nota 20, riporta gli esempi degli Statuti di Padova (*ante* 1236) e Torino (1360), che si esprimevano in questi termini: «Si quis vulneraverit se defendendo cum moderamine inculpatæ tutelæ, absolvatur»; «Si aliquis committeret prædicta se defendendo, nulla poena solvatur, si fiat defensio cum moderamine inculpatæ tutelæ». In terre di Germania il *Sachsenspiegel* (1230) e il *Mainzer Landfrieden* (1235) trattano della legittima difesa «sondern nur die Notwehe als erlaubter Fall der Tötung des Angreifers zur Verteidigung von Leib und Leben gesehen»; così Reis K., «Sozialethische» Begründungen für Einschränkungen der Notwehr, in *Rechtsphilosophisches Seminar im Sommersemester 1999 zum Thema "Die Bedeutung der Philosophie für die strafrechtliche Grundlagenprobleme"*, Tübingen, 1999, p. 3. Sul punto, più dettagliatamente, Krey V., *Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachgütern*, in «Juristen Zeitung», 34 Jahrg., n. 21, 1979, p. 702 (704). Sull'esercizio incolpato della difesa nel diritto sassone, si veda la dettagliata ricostruzione di Carpzov, *Practica nova*, I, qu. 28, che, analizzando l'art. 145 della *Carolina* – «Item so eyner inn eyner rechten bewisen notweer seinen willen eynen entschuldigen mit stichen, streyche, würffen, oder schiessen, so er der nöttiger meynt, treff und entleibt het, der ist auch von peinlicher straff entschuldigt» – fonda l'impunità sull'impossibilità di evitare altrimenti il pericolo («maxime si mortis periculum evadere non poterit»).

²¹¹ Sull'esercizio incolpato della difesa nella *Carolina* e nelle normazioni territoriali nei principati e nelle città tedesche nell'età dell'Antico Regime, si vedano Krey, *Zur Einschränkung*, pp. 702-715 e Himmerlich K., *Notwehr und unbewusste Fahrlässigkeit*, Berlin, 1971, XXIV, pp. 18 e ss.

della prassi dell'epoca, Benedikt Carpzov, andava a disegnare il quadro della dottrina pratica del maturo *Usus modernus*:

Modus inculpatae tutelae consistit tum in defendendi necessitate: ut scil. periculum imminens, fuga & occultatione sui non possit evitari, tum in propulsatione ad affirmationem, seu periculum mortis imminens proportionate: indicat hoc verbo CCC (art. 140), cof. Carpzov, p. I, qu. 28, n. 13. Non enim quaelibet offensio sufficit ad moderamen inculp. tut. sed solummodo ea ex qua periculum mortis aut ei equivalens imminet: quodque aliter quam adversarium occidendo insultatus evadere non potuit L. si quis aggressorem, 2. vers., in dubio vitae discrimine constitutus, c. ad L. Corn. de Sic. Etenim non solum illate, sed etiam imminens vis recte propulsatur, & insidiantem ad nos venientem ferre nos petentem, inferendae caedis animo procedentes sine iniuria occidere possumus [...] et sufficit terror armorum, ut vis facta dicatur, etiamsi armis minime uti sint, qui armari venerant [...] etenim melius est in tempore occurrere, quam iniuria accepta in injuriam perquirere [...]. Caeterum cum tam offensionis, quam defensionis magna inveniat varietas, boni viri & iudicis est ex circumstantiis [...] judicare, num offensioni legitima opposita sit defensio.²¹²

Dall'ultimo passo dell'opera, emerge l'attenzione ai risvolti processuali dell'esercizio incolpato della difesa, che andava a coinvolgere, ancora una volta, la possibilità del giudice di 'arbitrare la pena'. Nel caso in cui la vittima avesse ecceduto nel difendersi o la difesa difettasse di taluno dei requisiti previsti, infatti, il procedimento si sarebbe chiuso con una sentenza *pro modo culpae ex arbitrio iudicis* e mai, in ogni caso, con la comminazione di sanzioni corporali: in tali ipotesi, infatti, le pene più frequentemente inferte erano l'ammenda, l'esilio o il bando temporaneo, oltre al risarcimento dei danni comprensivo di interessi e, spesso, di obblighi accessori di carattere religioso, quali l'oblazione finalizzata al compimento di riti per l'anima del defunto.

Nell'età della Riforma e della Controriforma, tuttavia, sorgeva il problema di conciliare la legittima difesa, suffragata da numerosi passi dell'Antico Testamento, con la Legge Evangelica che raccomandava di amare i propri nemici e di porgere l'altra guancia. Alcuni autori, con l'evidente intento di non scardinare le fondamenta stesse del diritto alla difesa, sceglievano di considerare la massima evangelica alla stregua di un consiglio piuttosto che di un precetto imperativo;²¹³ altri prospettavano una *solutio* più

²¹² Brücker W.H., *Disputatio juridica de moderamine inculpatae tutelae*, Helmstadii, 1694, art. 140 CCC, IV, che fa riferimento a Carpzov, *Practica nova*, qu. 28, n. 13 che, al n. 23 fornisce, come suo costume, una definizione concisa e lineare dell'istituto: «Modus inculpatae tutelae consistit in propulsatione ad offensionem seu periculum mortis imminens proportionate».

²¹³ Precorritore di tali posizioni Duns Scoto che, pur in altra chiave, elabora una *solutio* molto chiara al problema. L'autore, infatti, ritiene che il divieto di uccidere contenuto nel Decalogo non possa essere considerato una legge naturale in «senso primario» (Così Ricciardi, *L'autodifesa in Tommaso d'Aquino*, p. 82, che fa riferimento a Giovanni Duns Scoto, *Summula*, IV, II, 3, in *Scelta di scritti coordinati in dottrina*, Firenze, 2009). Per Scoto sono leggi naturali primarie solo quei «principia necessaria nota ex terminis» o quelle «conclusiones necessario sequentes ex tabulis principis», che Dio non potrebbe dispensare pena l'autocontraddizione. Gli *exempla* addotti dal filosofo sono tratti dalla prima parte del Decalogo, ossia principi autoevidenti, che non possono essere messi in discussione e che nemmeno Dio potrebbe far diventare falsi. «Sono il signore Dio tuo» e «non avrai altro Dio all'infuori di me» sono precetti obbligatori in virtù del solo significato del termine Dio. Al contrario, «non rubare», «non

conforme al Vangelo, consentendo unicamente la difesa passiva, che avesse quale unico scopo fermare l'aggressore senza arrivare a ucciderlo, evitando, così, la commissione di un peccato capitale.²¹⁴

Notevoli spunti in argomento si possono trarre dalla polemistica luterana di metà Cinquecento, sorta in seguito allo scoppio della guerra di Smalcalda (1546-1547) e all'entrata in vigore dell'*Interim* di Augusta (30 giugno 1548), che avrebbe dovuto regolamentare provvisoriamente i rapporti tra le singole confessioni del Sacro Romano Impero.²¹⁵ Nel tentativo di giustificare il diritto di resistenza dei principi e delle città che sostenevano Lutero alle pretese di Carlo V e di Maurizio di Sassonia, i polemisti protestanti svilupparono ampiamente, anche se in maniera incidentale, una serie di argomenti relativi alla *Notwehr*.²¹⁶

Tutti questi scritti ritenevano la legittima difesa un principio di diritto naturale che Dio ha impresso nell'anima dell'uomo sin dalla creazione.

«[L]a naturale autodifesa», scrive Melantone, «è un'opera giusta che Dio ha infuso nella natura. [...] Se per strada o a casa tua un assassino prova ad assalire te e tua moglie o i tuoi figli, in tal caso è opera giusta e grata a Dio proteggerli e difendersi, anche se l'assassino rimane ucciso. Infatti, il Vangelo, che viene predicato dalla giustizia eterna, non intende sopprimere la legge naturale e il governo ordinario in questa vita terrena. Come infatti conserva il matrimonio, il

uccidere», «non commettere adulterio» nella prospettiva dell'autore sono leggi naturali solo in senso secondario, perché non sono autoevidenti, ma debbono essere dedotte logicamente da quelle enunciate nella prima parte del Decalogo. Scoto fa riferimento a numerose fonti Bibliche a sostegno della propria tesi: Dio stesso ha dispensato Abramo dalla proibizione dell'omicidio (*Genesi*, XXII), gli Ebrei dalla proibizione del furto contro gli egiziani (*Esodo*, II, 12) ed il profeta Osea dal divieto di fornicazione. Per queste motivazioni, il filosofo sostiene che la legge naturale in senso primario sia stata instillata nell'animo dell'uomo sin dal momento della creazione, mentre quella in senso secondario lo sia stata solo dopo la promulgazione da parte di Dio del Decalogo (Scoto, *Summula*, IV, II, 3). Ricciardi, *L'autodifesa in Tommaso d'Aquino*, p. 83, sottolinea la grande importanza dell'idea di Dio come sovrano legislatore nella nostra cultura. Quest'idea, già presente nella tradizione ebraica, per l'autore trova in Scoto «una formulazione particolarmente rigorosa che stabilisce un paradigma per la filosofia seguente. Si pensi, per fare solo un esempio, all'uso che viene fatto, nel passo [...] menzionato, della distinzione tra uno stato di innocenza e uno stato seguente alla promulgazione delle leggi da parte del Dio sovrano, che è alla base delle teorie moderne della nascita della società politica e dell'obbligo di obbedire alla legge come quella di Hobbes. Per Duns [Scoto D., *Summula*, IV, II, 3] la legge naturale in senso secondario non comanda in vista di un bene necessario per il conseguimento del fine ultimo; e le azioni che essa proibisce non solo tali da impedire la realizzazione del fine ultimo».

²¹⁴ In argomento spunti in Laingui, Lebigre, *Histoire du droit pénal*, I, p. 97.

²¹⁵ Sul punto si vedano Issleib S., «Interim», in «Realencyclopädie für protestantische Theologie und Kirche», herausg. Hauck A., Leipzig, 1901, 9, pp. 210-213; Hirsch E., «Melancthon und das Interim», in *Archiv für Reformationsgeschichte*, XVII, 1920, pp. 62-66; Lau F., «Interim», in Galling K. (herausg.), *Die Religion in Geschichte und Gegenwart. Handwörterbuch für Theologie und Religionswissenschaft*, Tübingen, in «Theologische Realenzyklopädie», Berlin, 1984, 16, pp. 230-237.

²¹⁶ Sul concetto medievale e giuridico di *Gegenwehr* e di *Notwehr*, Böttcher D., *Ungehorsam oder Widerstand? Zum Fortleben des mittelalterlichen Widerstandsrechtes in der Reformationszeit (1529-1530)*, Berlin, 1991, pp. 31-39; Haug-Moritz G., «Widerstand als 'Gegenwehr'. Die smalkaldische Kozeption der 'Gegenwehr' und der 'gegenwehrliche Krieg' des Jahre 1542», in von Friedburg R. (herausg.), *Widerstandsrecht in der frühen Neuzeit. Erträge und Perspektiven der Forschung im deutsch-britischen Vergleich*, Berlin, 2001, II, pp. 144-152.

padre e la madre in quanto siano stati giusti e graditi a Dio, così vuole mantenere la protezione ordinaria come un'opera assai gradita a Dio».²¹⁷

Questa prospettiva venne sviluppata ulteriormente, e in chiave maggiormente giuridica, in un'opera che il *praeceptor Germaniae* pubblicò sotto il nome di Justus Menius e nella quale si ribadisce numerose volte l'idea che il diritto naturale sia un'opera divina, pertanto dotata di proprio e autonomo valore e mai abolita dalla Rivelazione.²¹⁸ Così Menius:

E tutti gli uomini [...] godono di un diritto naturale, che è un diritto divino, cioè un raggio di luce, che Dio stesso ha impresso nella ragione umana, ovvero, in caso di pericolo, quando qualcuno subisce una crudeltà evidente, un'ingiuria atroce, e l'autorità non gli viene in aiuto, allora gli è concesso da Dio di salvarsi con le proprie mani. Anzi ci sono molti casi nei quali la difesa non solo è permessa, bensì anche comandata, come quando un marito difende la moglie [e] il padre i figli.²¹⁹

²¹⁷ Così Scattola M., *Diritto naturale e diritto di resistenza nella polemica luterana di metà Cinquecento*, in *VIII Giornata Luigi Firpo. Rivolte, rivoluzioni, ragion di Stato e ordine politico tra Cinque e Seicento*, diretto da Baldini A.E., Torino, 16-17 ottobre 2001, pp. 4 e 5, che traduce Melancthon Ph., «Vorrede Philippi Melanthon», in Martin Luther, *Warnunge D. Martini Luther, as seine lieben Deutschen / vor etlichen Jahren auff diesen fall / do die feinde Christlicher Wahrheit diese Kirchen und Land / darinne reine Lere des Euangelij geprediget wird / mit Krieg uberziehen und zerstören wolten. Mit einer Vorrede Philippi Melanthon*, Witteberg, 1564, v. n. 5, fo. cl. r-v. Su questa prospettiva e sull'influenza di Melancton sul pensiero di Matthaeus, cfr. *supra*, cap. 2, par. 2.

²¹⁸ Menius J., *Von der Notwehr unterrichtet / Nützlich zu lesen*, Wittemberg, 1547, *Was der Bapst zu Rom*, v. n. 7, fo. F3v-4r: «Und bleibt in Summa die Regel wahrhaftig [...] gewis und bestendig / das das Euangelium natürliche Recht und Politicas ordinationes natürlichen Rechten gemess nicht tilget oder verbeut / sondern wil viel mehr / das wir in solchen wercken glauben / und gehorsam gegen Gott / und gerechtigkeit gegen Obern / gleichen und Unterthan uben». Sul punto, Scattola, *Diritto naturale e diritto di resistenza*, p. 6.

²¹⁹ Menius, *Von der Notwehr unterrichtet, Was der Bapst zu Rom*, v. n. 7, fo. F2v-3r, nella traduzione di Scattola, *Diritto naturale e diritto di resistenza*, p. 6. Analogamente nella *Prefazione alla Dichiarazione del dottor Martin Lutero relativa alla questione della legittima difesa*, dove Melancton ribadisce che l'intelletto umano è in grado di trarre l'idea dell'autodifesa direttamente dal diritto naturale e senza necessità di altro ausilio: dal momento che il diritto naturale è una creazione di Dio, allora questo vige immediatamente e non può essere in alcun modo abrogato o sospeso dall'annuncio del Vangelo (Melancton, «Vorrede Philippi Melanthonis», v. n. 6, fo. *3c: «Solche Exempel zeigen an / das menschliche vernunft aus natürlichem liecht / das Gottes geschefft ist / richtet / das die Notwehre ein recht ordenlich werk sey [...] Darumb ist nicht zweifel / die Notwehr / nach eins jeden stand / ist ein recht werck / und in den Gleubigen / Gottfellig. Denn das Euangelium gibet zu / in diesem bürgerlichem leben / natürlich recht und ander gesetz / die dem natürlichen rechten gemess sind zu brauchen / Wie d. Paulus spricht / das Gesetz ist gut / dem der recht brauchet»). E se Melancton considerava la difesa legittima un diritto universale appartenente alle norme del diritto naturale, in pieno Cinquecento la sua collocazione, se nel diritto naturale, in quello delle genti o, ancora, e più filosoficamente, alla legge di natura, divenne uno dei tratti essenziali delle speculazioni dei neoterici, accanto a quello dei rapporti fra *ius naturale* e *ius gentium*. E se alcuni giureconsulti, come Connan, considerando l'autodifesa un'inclinazione naturale, lo assegnavano al diritto naturale (Connan F., *Commentariorum iuris civilis libri X*, Basileae, 1567, I, 4, 9; Da Gouvea A., *Lectio variarum iuris civilis libri duo*, 1552, in Da Gouvea, *Opera Omnia*, Lugduni, 1561, I, 20. Questi autori, muovendo dalla constatazione che ogni essere vivente o addirittura ogni essere in generale, ricerca la propria conservazione e che, di conseguenza, ogni animale è mosso da un istinto alla sopravvivenza, concludevano che l'autodifesa degli uomini è una conseguenza di tale istinto naturale), altri lo attribuivano allo *ius gentium*, in considerazione del fatto che un mero istinto non è di per sé un diritto, «perché il concetto di quest'ultimo richiede sempre e necessariamente l'intervento di un riconoscimento razionale» (Così Scattola, *Diritto naturale e diritto di resistenza*, p. 10.). E tale riconoscimento «di cui il diritto necessita può aver luogo solo fra gli uomini e solo per intercessione della

In questo quadro complesso, dove diritto civile e canonico si intrecciano con la dottrina teologica, la polemistica luterana e il pensiero dei precorritori del razionalismo, Matthaeus pare *ricomprendere* le azioni determinate dalla legittima difesa, dallo stato di necessità e dalla provocazione fra le azioni prodotte dall'*impetus* e, quindi, fra le *mixtae, partim voluntariae partim involuntariae*,²²⁰ delle quali alcune si avvicinano maggiormente alle volontarie, in quanto la volontà di compierle sussiste, anche se è coartata da particolari circostanze, altre alle involontarie, in quanto l'atto non è riferibile alla volontà, neppure *coacta* dell'agente.²²¹

Tra le prime Matthaeus annovera le azioni compiute nell'intento di sfuggire a un maggiore male o nella speranza di un maggior bene,²²² come quei casi nei quali si è

ragione, ma questo è l'ambito che il diritto romano assegna allo *ius gentium*, al quale deve dunque essere attribuita anche la legittima difesa». Scattola, *Diritto naturale e diritto di resistenza*, p. 10, annovera fra gli autori che sostennero questa posizione De Coras J., *De iuris arte liber* [...], in de Coras J. e J. Hopper, *Tractatus de iuris arte duorum clarissimorum iurisconsultorum, Ioannis Corasii et Ioachimi Hopperi* [...], Coloniae Agripinae, 1582, II, 8 e Cramer J., *De iustitia et iure*, resp. Eucharius Faber, in Cramer, *Disceptationes hasce XXVI. iuxta ordinem IV. librorum Institutionum imperialium dispositas* [...], Ienae, 1611, par. 10-12. Accanto a queste due *solutiones* giuristi del calibro di Doneau e Besold ne proposero una terza, di mediazione, sostenendo che l'autodifesa appartiene in quanto istinto allo *ius naturale* e in quanto diritto allo *ius gentium*. Scattola sottolinea come la tradizione filosofica, accanto al concetto di diritto di natura, conoscesse anche quello di legge di natura, oltre alla connessa problematica del mondo umano ordinato secondo giustizia (Doneau H., *Commentariorum de iure civilis tomus primus* [...], in Doneau, *Opera omnia*, Lucae, 1762, I, 7; Besold Ch., *Ad titulum 1.3.4.5. et 6. libri I. Pandectarum commentarii succincti* [...], Francofurti, 1620, lib. 1, tit. 1, lex 3. Sul punto e con riferimento a numerosi altri autori del XVI secolo, Scattola M., *Das Naturrecht von dem Naturrecht. Zur Geschichte des ius naturae in 16. Jahrhundert*, Tübingen, 1999, pp. 161-178). «In tal senso la Scolastica medievale poteva concepire il diritto naturale come una determinazione fondamentale implicata dall'essenza stessa dell'anima umana. Tommaso d'Aquino e i commentatori della Seconda Scolastica classificarono perciò i principi che governano la nostra vita in una scala gerarchica in considerazione del fatto che ciascuno di noi è non solo uomo, ma essere vivente ed ente in generale. In quanto enti noi tendiamo infatti a conservare noi stessi, in quanto animali siamo spinti a riprodurci e in quanto uomini aspiriamo a esercitare la nostra ragione» (Tommaso d'Aquino, *Summa Theologica*, in Tommaso d'Aquino, *Opera omnia*, a cura di Busa R., Stuttgart, 1980, Ia IIae, qu. 94: De lege naturali, art. 2: Utrum lex naturalis continenat plura praecepta, vel unum tantum, to. 2, p. 472 b-c, citato da Scattola, *Diritto naturale e diritto di resistenza*, p. 11, nota 26, che richiama anche De Soto D., *De iustitia et iure libri decem*, in De Soto D., *De iustitia et iure libri decem. De la justicia y del derecho en diez libros*, Madrid, 1967-1968, I, 4, 2, p. 31. Sul tema cfr. Scattola M., «*Naturrecht als Rechts-theorie: Die Systematisierung der res scolastica in der Naturrechtslehre des Domingo de Soto*», in Seelmann K. e F. Grunert [herausg.], *Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur Spanischen Spätscholastik*, Tübingen, 2001, pp. 21-47). «Il diritto naturale, che in tal senso comprende queste tre determinazioni, può dunque essere definito come il principio e la norma dell'essenza umana, i cui precetti devono essere naturalmente presenti nell'anima dell'uomo sin dall'inizio, cioè sin dal primo istante della sua creazione, e devono dunque essere innati». (Cosi Scattola, M., *Diritto naturale e diritto di resistenza*, p. 11. Sull'argomento e più dettagliatamente, Scattola M., «Models in History of Natural Law», in «Ius commune. Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte», XXVIII, 2001, pp. 91-159).

²²⁰ DC *Prolegomena*, 1.3.: «Quae impetu fiunt, an fiant dolo?». Già Platone, *Leggi*, IX, collocava la legittima difesa tra gli omicidi commessi sotto l'impulso dell'ira e, in quanto tale, non la considerava giusta, ma in un certo senso scusabile. Sull'argomento, Woolley A.D., *Plato on Killing in Anger*, in «Philosophical Quarterly», XXII, 1972, pp. 303-317.

²²¹ DC *Prolegomena*, 1.3.

²²² DC *Prolegomena*, 1.3. Cfr., Aristotele, *Ethica Nicomachea*, III, 1: «Le azioni che si compiono per paura di mali più grandi oppure per qualcosa di bello [...] è discutibile che siano involontarie o volontarie. [...] Simili azioni sono, dunque, miste ma assomigliano di più a quelle volontarie, giacché sono fatte oggetto di scelta nel momento determinato in cui sono compiute e il fine dell'azione dipende dalle circostanze. Per conseguenza anche il volontario e l'involontario devono essere determinati in riferimento al momento in cui si agisce. In questo caso, si agisce volontariamente, giacché il principio che muove

sospinti a commettere un'azione per evitare quelle violenze «quae vim naturae humanae superant».²²³ Tali azioni, che presuppongono una scelta tra due mali, non sono realmente libere, perché sono condizionate da particolari circostanze, giacché, per dirla con lo Stagirita, «nessuno sceglierebbe alcuna delle azioni di tal genere per se stessa».²²⁴

È l'esistenza stessa della scelta che spiega perché in certi casi vi sia perdono di fronte all'azione cattiva.²²⁵

Le argomentazioni espresse dal nostro autore, che quasi pedissequamente ricalcano quelle elaborate da Aristotele, non fanno emergere, *apertis verbis*, l'istituto della difesa legittima né in queste, né in altre pagine dei *Prolegomena*; anzi, l'esame degli *exempla* addotti²²⁶ evidenzia come tali azioni miste siano riconducibili unicamente al moderno stato di necessità e alla provocazione,²²⁷ anche se il riferimento all'umana natura *potrebbe*, doveroso il condizionale, consentirne una lettura allargata, sposando la scelta della dottrina filosofica che proprio dai citati passi dell'*Etica*, e in particolare dall'espressione «per evitare mali che oltrepassano l'umana natura e che nessuno potrebbe sopportare»,²²⁸ ha tratto indicazioni di ordine generale su quelle che oggi chiamiamo cause scriminanti.²²⁹

In realtà, e coerentemente allo sviluppo della scienza giuridica dei tempi,²³⁰ è assai probabile che nell'ottica del giurista batavo la difesa legittima non potesse essere considerata istituto di carattere generale, perché riferibile unicamente al *crimen homicidii*. Matthaeus, infatti, ragiona in termini di omicidio legittimo. «Qui impune occidi possint», recita l'intitolazione del paragrafo di commento alla *Lex Cornelia de sicariis*, dove l'autore, applicando la *nova methodus*, arriva a categorizzare quattro *figurae* di difesa che possono scriminare l'omicidio o mitigarne la sanzione: la difesa della *Respublica*, la difesa della vita, la difesa della proprietà e la difesa della pudicizia.²³¹

come strumenti le parti del corpo in simili azioni è nell'uomo stesso: e le cose in cui ha in se stesso il principio, dipende da lui farle o non farle. Tali azioni, dunque, sono volontarie, anche se in assoluto forse sono involontarie, giacché nessuno sceglierebbe alcuna delle azioni di tal genere per se stessa».

²²³ DC *Prolegomena*, 1.3.

²²⁴ Aristotele, *Ethica Nicomachea*, III, 1.

²²⁵ DC *Prolegomena*, 1.3. Cfr. Aristotele, *Ethica Nicomachea*, III, 1.

²²⁶ DC *Prolegomena*, 1.3. L'autore riporta, quali esempi di azioni compiute per evitare quelle violenze che superano, in quanto intollerabili, la natura umana, il caso di colui che, torturato dai nemici, soccomba e riveli segreti, o quello di colui che, vinto dalla fame, si nutra di cibo «non humanum».

²²⁷ Lo stesso Aristotele, *Ethica Nicomachea*, III, 1, indica, quale fattispecie tipica di azione mista, un'azione riconducibile inequivocabilmente allo stato di necessità: «[...] quando si gettano fuori bordo i propri averi durante le tempeste, dal momento che, in generale, nessuno butta via volontariamente, [se non] per salvare se stesso e tutti gli altri».

²²⁸ Aristotele, *Ethica Nicomachea*, III, 1. Cfr. DC *Prolegomena*, 1.3.: «[...] quae vim naturae humanae superant».

²²⁹ In argomento, e senza alcuna pretesa di esaustività, si segnalano Hardie W.F.R., *Aristotle's Ethical Theory*, Oxford, 1968, pp. 136-137 e Bostock D., *Aristotle's Ethics*, Oxford, 2000, pp. 42-44.

²³⁰ Moriaud P., *De la justification du délit par l'Etat de nécessité*, Thèse de doctorat, Genève, 1889, p. 113, vede già nel XVI secolo una voce precocemente 'fuori dal coro', quella di Tiraqueau che «fait faire un grand pas à la question. Il parle non plus seulement de l'homicide mais de tous les délits, non plus seulement de la crainte causée par les menaces d'un supérieur, mais de la crainte en général, et s'insurgeant contre l'opinion commune, refuse à l'agent l'impunité complète».

²³¹ DC 48.5.2., «Qui impune occidi possunt».

La difesa dello Stato è un dovere civico che consente di uccidere impunemente coloro che minaccino *concretamente* le istituzioni,²³² altrettanto dicasi per la difesa della vita propria, di un parente, di un congiunto o addirittura di un terzo: la difesa della vita, infatti, qualora possenga i requisiti per definirsi legittima, è esplicitazione di un principio naturale che determina l'esclusione del dolo e dello stesso crimine.

L'esplicito richiamo al passaggio della *Pro Milone*, nel quale Cicerone dichiarava che il diritto che ciascuno possiede di difendersi dagli altri è un principio di diritto naturale e primevo, un istinto dell'uomo, anteriore a qualsiasi *lex scripta*,²³³ consente una digressione di ordine generale sull'essenza dei concetti di diritto di natura, di legge di natura e sui rapporti fra *ius naturale* e *ius gentium* nel pensiero del Nume tedesco-olandese.

Matthaeus, conformemente all'ideale melantoniano, considera il diritto naturale come espressione della *Lex Dei* con la quale Dio imprime direttamente nel cuore dell'uomo, al momento della creazione, tutti i principi innati del bene e del male.²³⁴

In una visione di natura che crea uno sfondo comune a tutto il regno animale («natura omnia animalia docuit»),²³⁵ Matthaeus accoglie, con l'idea della priorità della legge di natura, l'ascendenza dello scolastico «Nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu» che, enunciato in linee generali da San Tommaso,²³⁶ venne sviluppato e chiarito dai commentatori spagnoli della Seconda Scolastica cinquecentesca e rielaborato in chiave protestante dal *praeceptor Germaniae*.²³⁷ Questo detto, il nostro autore, nel precisare il pensiero del prediletto Cujas,²³⁸ fornisce una lettura del concetto di *ius gentium* prodotto della *naturalis ratio* «& ipsum jus naturale vocatur», assai distante da quella di Ermogeniano (in D. 1.1.5.) e speculare alle costruzioni di Aristotele e Cicerone, andando così a strutturare una contrapposizione fra lo stesso e le *leges* delle singole *civitates*.²³⁹

²³² Tertulliano, richiamato in DC 48.5.2.1, dichiarava «[i]n reos majestatis [...] omnis homo miles est». Matthaeus, parlando di «eos qui ad patriam delendam hostili animo veniunt», esclude dall'elenco i banniti, gli esuli, i proscritti e i deportati, qualora non siano un reale pericolo per le istituzioni, e nega la possibilità di spossessamento violento dei beni dei banniti, contro l'*auctoritas* di Farinaccio, *Praxis*, II, qu. 103, nn. 4 e 5. DC 48.5.2.2.: «Est enim gravius hoc, & ex iniquo aliquid habet, permittere singulis ultionem publicam, licet utilitate rependatur: ideoque toto animo à Farinacio dissentio». Sul bando si veda Ghisalberti C., *La condanna al bando nel diritto comune*, in «Archivio Giuridico Filippo Serafini», 27, 158, 1960.

²³³ DC 48.5.2.12., ove si richiama Cicerone, *Pro Milone*, 4.10.11. Nello stesso senso Farinaccio, *Praxis*, qu. 125; Claro, *Liber V*, par. 27; Gomez, *Variarum resolutionum*, III, resol. 3, n. 21. Sul punto si veda l'influenza del pensiero di Matthaeus su Böhmer J.S.F., *Meditationes in Constitutionem criminalem Carolinam*, Halle-Magdeburg, 1770, art. 137, parr. 2, 3, 10, 20. Più in particolare, l'individuazione, da parte del giurista tedesco, del concetto di legittima difesa quale causa di non punibilità nel reato di omicidio è una felice sintesi tra il pensiero di Matthaeus e quello di Carpzov.

²³⁴ Cfr. *supra*, cap. 2, par. 3, p. 48, nota 110.

²³⁵ Il riferimento esplicito è a D. 1.1.1.3.

²³⁶ San Tommaso, *Summa Theologica*, Ia IIa, qu. 94: De lege naturali, art. 6: Utrum lex naturalis possit a corde hominis aboleri, to. 2, p. 480b-c, ove l'Aquinate, indagando delle proprietà della legge di natura, ammette l'esistenza di idee innate o quasi innate. Sul punto Scattola M., *Notitia naturalis de Deo et de morum gubernatione: die Naturrechtslehre Philipp Melanchthons und ihre Wirkung im 16. Jahrhundert*, in Bauer B. (hrsg.), *Melanchthon und die Marburger Professoren (1527-1627)*, Marburg, 1999, pp. 865-882.

²³⁷ Cfr. *supra*, cap. 2, par. 3.

²³⁸ Cujas G., *Commentaria in libros quaestionum Aemilii Papiniani*, in *Opera omnia*, IV, Napoli, 1760, c. 280.

²³⁹ Sul punto si veda Rizzelli, *Adulterium*, p. 10 che richiama Cicerone, *Off.*, 3.5.23 e Aristotele, *Rhet.*, 1, 1373, b, 1-17. Cfr. *supra*, cap. 4, par. 2.3.

In questa prospettiva ormai relativistica, il nostro autore riesce così a spiegare il perché numerosi popoli non condannassero determinati illeciti, come gli egizi e gli spartani i furti, i germani il brigantaggio, gli antichi greci la pirateria: «id enim reclamante rationi naturali à corruptae naturae privatae profectum est».²⁴⁰

Più complesse le giustificazioni della difesa della proprietà e dell'onore, quando a contrappeso non stanno più gli interessi della *Respublica* o il naturale diritto all'esistenza. L'analisi di Matthaeus è assai più logica e lineare rispetto a quella dei predecessori, che pur riprende nelle soluzioni, e sarà menzionata da uno dei suoi estimatori d'eccezione, Samuel von Pufendorf:²⁴¹ sia sempre ammessa l'uccisione del ladro sia diurno che notturno,²⁴² dell'assassino,²⁴³ del *raptor* o dello *stuprator*,²⁴⁴ qualora l'agente tema per la propria vita o per quella dei propri congiunti. La difesa, qualunque difesa, è sempre legittima ed esclude il crimine qualora sia necessario baluardo dell'esistenza. E tale necessità sarà esclusa in tutti i casi nei quali non sia ravvisabile proporzione tra difesa e offesa o, in altri termini, in caso di eccesso di difesa. L'eccesso di difesa, infatti, non va esente da pena e il nostro autore, rispolverando il «moderamen inculptae tutelae»,²⁴⁵ si pronuncia per la mitigazione della sanzione. L'aristotelico Matthaeus, infatti, equiparando l'eccesso di difesa al crimine perpetrato *impetu*,²⁴⁶ lascia al giudice ampio potere nell'arbitrare la sanzione.

Sull'annosa *quaestio* della scelta fra possibilità di fuga e uccisione dell'aggressore,²⁴⁷ il giurista, criticando grandi nomi che dichiaravano la fuga sempre

²⁴⁰ Rizzelli, *Adulterium*, p. 11, che cita la p. 50 dell'edizione del *De Criminibus* di Anversa del 1761.

²⁴¹ Dettagliatamente nelle note che seguono.

²⁴² DC 45.5.2.8. In questo frangente, l'autore critica la legge delle XII tavole che consentiva in ogni caso l'uccisione del *fur nocturnus* e, inverso, anche lo *ius divinum*, Exodus XXII, che non mostra perplessità sulla liceità dell'uccisione del ladro notturno. Conformi Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, II, V, par. 32: «Non v'è meraviglia che la necessità di difendere la vita e le membra del corpo abbia tanti privilegi, perché sono queste cose irrimediabili. Ma quando trattasi soltanto dei beni che si posseggono, che sono tali da potersi risarcire, e di cui alcuni non sembrano assolutamente necessari alla vita, a ragione si dubita se possa spingersi il diritto alla difesa sino a uccidere colui che vuole privarcene».

²⁴³ DC 45.5.2.9. Matthaeus critica l'errata interpretazione da parte dei 'civilisti' di una decretale di Innocenzo IV (c. 1 *de homicidiis* in 6): le parole del pontefice che sancisce la diffida perpetua degli assassini, non sta a significare che questi possano essere impunemente ed immotivatamente privati della propria vita, dal momento che diffidare «non significa altro che *bellum indicere*, ossia dichiarare nemici», come è evidente anche dalla lettura delle *Constitutiones* di Federico II (*De Statut. & consuet.* par. *Gazaros*: «Omnes hereticos utriusque sexus diffidamus atque bannimus»). L'uccisione degli assassini, dunque, sarà consentita solo qualora vi sia pericolo per la vita di alcuno o per la collettività.

²⁴⁴ DC 48.5.2.11. Matthaeus ritiene scriminate le uccisioni di *raptor* e *stuprator* sia da parte della donna che subisce l'onta che da parte di congiunti. Conformi Claro, *Liber V*, tit. 23 *ad leg. Corn. de sicco*, par. 3; Grozio, *De iure belli ac pacis*, II, 1, par. 7 e Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, II, 5, par. 12.

²⁴⁵ Farinaccio, *Praxis*, qu. 125, n. 881.

²⁴⁶ DC 48.5.3.4.: «Si iustus dolor impetum concitaverit, mitius puniuntur. [...] Etenim adversus periculum omnes leges, omniaque iura permittunt se defendere; adeo ut ipsa quoque rerum natura quodam nos impetu concitet ad propulsandam iniuriam, quem quoniam retinere difficilimum est, caussaue concitationis ab iniurante proficiscitur idcirco non minus atque in praecedentibus speciebus mitiganda poena est». Farinaccio, *Praxis*, qu. 125, n. 397 e Claro, *Liber V*, par. *Homicidium*, equiparavano l'eccesso di difesa al reato commesso per imprudenza e, quindi, con colpa: «Quando quis licitae defensionis modum excedit, dicitur ex culpa et non in dolo».

²⁴⁷ DC 48.5.3.7.: «Quare totum hoc circumstantibus aestimabitur, ut qui fugere facile potuit, puniatur extra ordinem, si maluit occidere; at qui sine periculo fugere non potuit, is ab omni poena immunis sit».

ignominiosa,²⁴⁸ e poggiandosi agli articoli 141 e 142 della *Carolina*,²⁴⁹ sottopone alla disciplina del *moderamen* colui che, potendo fuggire e non avendo l'obbligo di difendersi,²⁵⁰ abbia dato morte all'aggressore.²⁵¹ La scelta di campo è obbligata: in un autore nel quale *forum fori* e *forum poli* tendono a sovrapporsi e per il quale la deliberazione e la scelta distinguono le azioni volontarie da quelle involontarie, l'uomo deve evitare per quanto possibile di versare sangue umano.²⁵²

In relazione alla problematica connessa dell'omicidio legittimo, Matthaeus, contestando l'auctoritas del diritto romano,²⁵³ ritiene che sia consentito ai privati compiere delle azioni nel pubblico interesse ogni qualvolta il ritardo dell'autorità possa mettere concretamente in pericolo la *Respublica* e, quindi, contro banditi, disertori, traditori che «possono essere uccisi nell'interesse pubblico, perché è meglio prevenire che non vendicare successivamente l'evento dannoso che essi procureranno».²⁵⁴

La provocazione, che la dottrina di diritto comune sovrapponeva alla legittima difesa e allo stato di necessità, generalmente scusava l'omicidio, le ferite e le percosse che erano la conseguenza di atti di violenza contro la persona, di un grave oltraggio al pudore o di

²⁴⁸ DC 48.5.3.7. Conformi Claro, *Liber V*, par. *Homicidium*, n. 32; Farinaccio, *Praxis*, qu. 125, nn. 124 e 125: «[...] ut multo minus teneatur fugere insultatus, quando ipse esset homo carnosus, vel debolis, vel alias non aptus ad currendum, ita quod facile aggressor inseguendo poterat ipsum percutere et vulnerare» e Damhouder, *Praxis*, qu. 76, n. 7: «An is quem alius aggreditur, cedere cogatur et fugere? Quod autem non teneatur fugere vide Bald [...] hac ratione scilicet motus, quod invadens, ac fugans alium, seu terrenis, illicitum committit: unde tenetur, actione injuriarum [...]. Ergo alter non fugiendo facit licitum. Verum haec ipsius Baldi opinio parum tuta est christiana. Quo circa praefata venia, ego ita potius statuendum puto, ut is qui comode aufugere potest, teneatur fugere, ita ut si non aufugiat, homicidium punibile committat». In argomento, Laingui, *La responsabilité pénale*, pp. 288-290.

²⁴⁹ Si veda come Carpov, *Practica*, qu. 28, nn. 1-20, costruisce nel commento agli stessi articoli della *Carolina*, e pur con una *methodus* differente, una disciplina del *moderamen* analoga a quella disegnata dal nostro autore: «In homicidio necessario, ob vitae, corporis, honorum & facultatem defensionem commissio, poena ordinaria merito cessat ordin. *Crim. Car. V. art. 139.*», scrive il 'Bartolo tedesco', «& vel nulla poena obinet, si scilicet servatum fuerit moderamen inculpatae tutelae vid. *ord. Crim. art. 139.140.142.* Vel extraordinaria saltem & mitior, si insultatus moderamen defensionis tantum servaverit».

²⁵⁰ DC 48.5.3.7. Matthaeus ritiene che i militari non possano sottrarsi all'obbligo di combattere e, quindi, di difendersi. *Contra* Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, II, V, par. 13: «La fuga non ha nulla di vergognoso anche per un uomo di guerra: poiché non è consigliata da viltà o dimenticanza dei propri doveri, ma dal debito di ubbidienza alla ragione [...]».

²⁵¹ DC 48.5.3.7. Nello stesso senso Damhouder, *Practica*, cap. 76, n. 7, sulla scia di Baldo degli Ubaldi, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Venetiis, 1577, in D. 1.1.1.3., *Ad leg. 3. Dig. de justit. et iure.*

²⁵² Nello stesso senso Grozio, *De iure belli ac pacis*, II, 5, par. 5 e Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, II, V, par. 13. Sul rapporto fra *forum fori* e *forum poli* nella costruzione del concetto di *crimen* da parte del nostro giurista, cfr. *supra*, cap. 3, par. 1.

²⁵³ DC *Prolegomena*, 3.6. In questo contesto, Matthaeus non si limita ad analizzare l'istituto dell'omicidio legittimo, ma prende in considerazione la più generale possibilità da parte del privato di sostituire l'autorità pubblica contro i criminali, ammettendola nei casi indicati in narrativa e negandola nelle ipotesi pur contemplate dal diritto romano (D 48.5.26.(25) che consentiva al marito, nell'esercizio di un potere privato, di arrestare l'amante della moglie e D. 42.8.10.16, che ammetteva la cattura del debitore fuggitivo e l'estorsione con la forza del dovuto), nelle quali, tuttavia, non vi era alcun rischio che il reo potesse sottrarsi all'autorità pubblica o che il ritardo potesse recare danno allo Stato.

²⁵⁴ DC *Prolegomena*, 3.6. Il Capitolo III dei *Prolegomena* è interamente dedicato ai soggetti passivi del reato: un'assoluta novità per l'epoca che divenne un *must* nel secolo dei lumi. Sono proprio due fra i maggiori esponenti della giurisprudenza settecentesca italiana ad attestare questo primato di Matthaeus, Renazzi, *Elementa Iuris criminalis*, lib. I, cap. 10 e, soprattutto, Cremani, *De iure criminali*, lib. I, pars I, cap. VIII, I, nota 1.

atti compiuti nel corso di un'effrazione diurna o di una rissa.²⁵⁵ «Qui calore iracundiae in rixa, cujus autor fuit, homicidium commisit», scrive Carpzov, a corredo del par. 137 della *Carolina*, «gladio puniendus est [...] nisi justa causa iracundiam praecesserit, ut in provocato & offenso».²⁵⁶

Matthaeus distingue la provocazione dalla legittima difesa, trattandole separatamente, e, pur senza fornirne una definizione generale, ritiene che i 'crimini provocati' meritino una sanzione più mite «quasi excesserit moderamen».²⁵⁷

L'esclusione del dolo è evidente: i 'reati provocati' sono assimilabili ai crimini di impeto e, quindi, di natura mista «in parte volontari, in parte involontari». Si lasci al giudice il potere di commisurare la pena alla fattispecie prospettata, soprattutto quando la provocazione sia di una gravità tale da togliere l'uso della ragione.²⁵⁸ E sulla controverta *quaestio* dell'uccisione degli adulteri, il giurista si attiene perfettamente al dettato della *lex Julia de adulteriis*: sia concesso al padre di uccidere la figlia e l'amante (e si guardi bene, non solo l'amante) colti in flagrante adulterio, sia nella propria casa che in quella del genero; mentre sia negata a quest'ultimo la facoltà di vendicarsi nella casa del suocero.²⁵⁹ La scusa dello stato di necessità, che trova pochi riscontri nel diritto romano,²⁶⁰ ha le proprie radici nelle speculazioni dei canonisti del XII secolo che, parten-

²⁵⁵ Si vedano sul punto Farinaccio, *Praxis*, qu. 121, n. 23 e 125, nn. 44, 70, 83, 98, 112, 162, 195, 289, 342 387 e Damhouder, *Practica*, qu. 74, n. 75 e 80, n. 1.

²⁵⁶ Carpzov, *Practica*, qu. 6, nn. 7-16.

²⁵⁷ Conformi Tiraqueau, *De poenis*, causa 1, n. 1: «Qui ira aut dolore deliquit levius est puniendus»; Claro, *Liber V*, par. fin, qu. 60, n. 18: «Nunc quaero numquid justus dolor in delictis excuset [...] Exemplum poni potest in marito occidente uxorem deprehensem in adulterio»; Farinaccio, *Praxis*, qu. 91, n. 6: «multum excusetur ob justam iram et justum dolorem»; Damhouder, *Practica*, qu. 76, nn. 12-13.

²⁵⁸ DC 48.5.3.8. DC *Prolegomena*, 1.3 e 48.4.9. Nello stesso senso Grozio, *De jure belli ac pacis*, lib. III, cap. 11, par. 10; Pufendorf, *De jure naturae*, lib. I, cap. 5, par. 10; Böhmer J.S.F., *Observationes selectae ad Benedicti Carpozovii Practicam novam rerum criminalium*, Frankfurt am Main, 1785, qu. 6, obs. 1 e qu. 147, obs. 2 e Cremani, *De jure criminali*, lib. I, pars. I, cap. II, VI che, in nota 1, loda Matthaeus per i numerosi *loci* normativi e non addotti.

²⁵⁹ DC 48.3.2.13. Si segnala a riguardo una sentenza della *Higt Court of Lesotho* che si fonda su due precedenti inglesi – *Rex v. Greening* (1913) e *Rex v. Lesbini* (1914) – e sulle argomentazioni espresse da Matthaeus (South African Law Journal, 1939, n. 56).

²⁶⁰ Viganò, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, pp. 36 e ss., rileva che numerosi frammenti della compilazione giustiniana possono essere ricondotte al paradigma dello stato di necessità, senza che sia, tuttavia, possibile evincerne una *ratio* unitaria. L'autore allega numerosi *loci* (D. 9.2.49.1., D. 43.24.7.4.; Ulp. 71 ad ed., D. 47.9.3.7., Ulp. 56 ad ed.) dove ricorre la fattispecie di abbattimento di una costruzione in fiamme da parte del proprietario dell'edificio vicino che teme che l'incendio possa propagarsi al fabbricato di sua proprietà, chiedendo in proposito la non esperibilità dell'azione aquiliana a causa o della mancanza di *dolus malus* o del riconoscimento della forza cogente del *iustus metus* determinato dalla situazione di pericolo. E ancora, la possibilità di tagliare le funi dell'ancora delle navi altrui impigliatesi con quelle della propria, la possibilità di vendere i propri figli, in deroga alle costituzioni imperiali, se si versa in condizioni di estrema povertà. Viganò, che rinviene il fondamento di tali esenzioni nell'influenza sulla volontà dell'agente della sensazione di un pericolo imminente, riconosce, tuttavia, che in altri frammenti il fondamento dell'esenzione debba essere ricercato nella ripartizione contrattuale dei danni subiti in situazioni eccezionali, come nell'ipotesi di getto delle merci in mare per evitare l'affondamento della nave. Sullo stato di necessità nel diritto romano, si segnalano Ormanni A., *Necessità (stato di) (Diritto intermedio)*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XXVII, Milano, 1977, pp. 822 e ss.; Ormanni A., *Lo stato di necessità in diritto romano*, Roma, 1977; Brasiello T., *Lo stato di necessità in diritto romano e nel sistema legislativo vigente*, Napoli, 1903. Sullo stato di necessità nell'età del diritto comune, oltre al già citato Ormanni, si segnalano Civoli C., *Intorno alla legittima difesa e allo stato di necessità*, in «Rivista

do da un passaggio del Vangelo di Matteo incluso nel *Decretum* di Graziano e da una disposizione del *Penitenziale* detto di Teodoro,²⁶¹ ritenevano che lo stato di necessità, risultante da un conflitto di doveri fra i quali l'uomo è obbligato a scegliere, potesse essere invocato solo nei casi espressamente stabiliti.²⁶² Sulla scorta di queste teorie, i 'civiliisti' arrivarono ad ammettere lo stato di necessità, dapprima unicamente come scusa in caso di furto di cose di modico valore da parte di chi versava in stato di estrema povertà, e successivamente come scriminante o attenuante per ogni tipo di reato.²⁶³

Le formule utilizzate, assai generiche, riecheggiavano le fonti ecclesiastiche: *Quod non est licitum in lege, necessitas licitum facit*,²⁶⁴ *necessitas excusat*,²⁶⁵ *necessitas legem non habet*.²⁶⁶ È proprio ragionando di furto, tuttavia, che gli interpreti dettarono i principi generali da applicarsi alla scusa della necessità, la cui valutazione era lasciata all'arbitrio della corte che era vincolata alla considerazione di alcune circostanze: era, infatti, richiesto che l'oggetto del furto fosse di modico valore e che l'accusato fosse stato

penale», 1899, XXXVIII, pp. 21 e ss. e Schwarzenberg C., sub voce *Necessità (stato di)* (*Diritto intermedio*), in «Enciclopedia del diritto», vol. XXVII, Milano, 1977, p. 847.

²⁶¹ Il passo del *Decretum* al quale si fa riferimento è c. 1, q. 1 dictum post capitulum 39: «Quis enim necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem». Il passo del *Penitenziale* al quale si fa riferimento, e che prevede una penitenza di tre settimane per colui che abbia rubato *pro necessitate* viveri e vestiti, è Pen. Th., I, 7, par. 6: «[...] quoniam aliud est legitimum, aliud quod necessitas cogit». Moriaud, *De la justification*, p. 92, ritiene che il passo sia interpolato, dal momento che non tutti i manoscritti lo riportano e richiama c. 3. X. (*de furtis*), 5.18, il quale, tuttavia si riferisce espressamente a esso: «Ex poenit. Theodori, si quis propter necessitatem famis furatus fuerit cibaria, vestem vel pecus, poeniteat hebdomadas tres et si reddiderit, non cogatur jejungere». In argomento si veda anche Couvreur G., *Les pauvres ont-ils des droits? Recherches sur le vol en cas de nécessité depuis la Concorde de Gratien (1140) jusqu'à Guillaume d'Auxerre (+ 1231)*, in «Analecta Gregoriana», III, Roma-Parigi, 1961 che, a p. 291, riporta un assai significativo brano della *Summa Decretorum* di Uguccione: «Iure naturali omnia sunt communia, id est tempore necessitatis indigentibus communicanda». Il passo di Matteo a cui si fa riferimento è 12,1-8 (cfr. Laingui, Lebigre, *Histoire du droit pénal*, I, p. 108). Viganò, *Stato di necessità*, p. 38, evidenzia, tra i passi determinanti del Vecchio e del Nuovo Testamento, quelli del Deuteronomio nei quali si consente al viandante di mangiare uva senza farne provvista e di cogliere le spighe senza usare la falce, e quelli dei Vangeli in cui si narra che il Maestro e i discepoli, passando un sabato tra le messi, avendo fame, ne colsero, suscitando grande scandalo non per aver commesso furto, ma perché, così facendo, avevano violato l'obbligo del riposo settimanale.

²⁶² Una lunga serie di decretisti, Uguccione in testa, affermava addirittura che nessuna intenzione benevola autorizzasse a peccare; come diceva San Paolo, rom. 3.8, «non sunt facienda mala ut eveniant bona».

²⁶³ Si vedano Claro, *Liber V*, par. *Furtum*, nn. 23, 24, 25: «Furtum de re modici valoris an sit puniendum. [...] an modicae rei furtum sit? utique sed tamen mitigari potest», che propende per una mitigazione della sanzione, «si sit levis dolus, iudex debet poenam minuire» e Farinaccio, *Praxis*, qu. 165, n. 18, qu. 167, n. 45 e qu. 174, n. 70.

²⁶⁴ Tra le maggiori, ricordiamo lo Pseudo Isidoro: «Nisi pro summa necessitate contingat, quoniam necessitas legem non habet», Burcardo da Worms e Ivo di Chartres, per il cui tramite il principio fu recepito nella legislazione cittadina delle maggiori città dei Paesi Bassi, in particolare nei vescovadi (cfr. *supra*, cap. 3, premessa, nota 15). Il principio viene ripreso anche dal *Decretum* di Graziano, c. 1, q. 1 dictum post capitulum 39: «Quis enim necessitas non habet legem, set ipsa sibi facit legem», da Bernardo da Pavia, *Regulae iuris*, I, 5.37.12. (X.5.41.4.): «Quod non est licitum [in] lege, necessitas facit licitum», da Uguccione, C. 1, q. 1, d.p.c. 39, s.v. *necessitas non habet legem*: «Id est in necessitate positus non subest legi, nam dicitur esse transgressor idest reus transgressionis, licet aliter faciat quam principiat lex, ut de con. d. i. Sicut non alii» (Lons Le Saunier, *Archives departementales du Jura*, 16, fol. 126r.)

²⁶⁵ Laingui, Lebigre, *Histoire du droit pénal*, I, p. 109.

²⁶⁶ Sull'origine e la diffusione dell'adagio si veda Roumy F., *L'origine et la diffusion de l'adage canonique Necessitas non habet legem* (VIII-XIII sec.), in *Medieval Church Law and the origins of the western legal tradition. A tribute to Kenneth Pennington*, Washington D.C., 2006, pp. 301 e ss. e bibliografia ivi citata, e Moriaud, *De la justification*, pp. 88 e ss.

pressato da freddo o fame tali da non poter resistere dal rubare cibo o vestiario.²⁶⁷ E se sulle circostanze prescritte perché la scusa potesse essere applicata i *doctores* erano concordi, non lo erano in relazione alla valutazione della scusa, se vera e propria scriminante o motivo di attenuazione della pena. Claro, Grimaudet, Farinaccio, Damhouder, Godefroy si pronunciavano per la piena assoluzione del ladro,²⁶⁸ mentre Tiraqueau e Carpzov optavano per l'*arbitrium iudicis* che avrebbe dovuto pronunciare la propria sentenza sulla base di valutazioni che tenessero conto della persona dell'accusato, delle circostanze dell'atto e del valore del bene rubato: per i due autori, infatti, la *necessitas* lasciava comunque sussistere l'intenzione fraudolenta e l'atto criminoso che, tuttavia, avrebbe dovuto essere sanzionato *modice* e mai con una pena corporale.²⁶⁹

Il passaggio a uno studio 'a dimensione unitaria' dello stato di necessità dovrà attendere i decenni a cavaliere fra la fine del XVI e gli inizi del XVII secolo, quando le esigenze della società mercantile di fornire garanzia al diritto di proprietà, portò all'affermazione che non era la necessità a porsi al di fuori dalle legge, ma era la legge stessa a ricondurla nel proprio alveo, trattando con benevolenza coloro che in situazioni eccezionali e giustificate si ponevano contro l'ordinamento. «Quod licitum non est in lege, necessitas facit licitum. Non habet legem necessitas sed ipsa legem facit. Necessitas facit probabile quod erat alias improbabile», «Iusta et inevitabilis necessitas facit licitum», salmodiava Alberico Gentili,²⁷⁰ con Grozio a fargli eco qualche lustro più tardi, postulando il giusnaturalistico diritto di servirsi delle cose altrui «in gravissima necessitate».²⁷¹

²⁶⁷ Damhouder, *Praxis*, qu. 110, n. 15, parla di «cibaria, vestem vel pecus». Jousse immagina ancora l'ipotesi di un *malheureux* che, pressato dal freddo rigoroso, abbia derubato qualche tocco di legna per far fuoco e scaldarsi (Laingui, Lebigre, *Histoire du droit pénal*, I, p. 108). Anche la legislazione principesca si attesta su queste posizioni: la *Carolina* stabilisce la non procedibilità per il furto commesso dall'indigente se non quando sia di considerevole entità e noto alla collettività.

²⁶⁸ Laingui, *La responsabilité*, pp. 334-335.

²⁶⁹ Tiraqueau, *De poenis*, caus. 33, n. 1: «Obtentu pauperitatis non licet delinquere. Is tamen levius peccat, qui ob paupertatem, urgente videlicet fame, ac necessitate, quicquam admittit; ideoque et semper levius est puniendus, quam si ultro nulla re impellente id fecerit»; Carpzov, *Practica*, qu. 83, nn. 40-52: «Licet necessitas famis reum a poena (ordinaria) suspendi liberet is tamen propterea ab omni poena nequaquam immunis est, sed mitiori quodam supplicio pro arbitrio iudicis affici potest». Conforme Berlich, *Conclusiones*, V, c. 44, nn. 40-47. Analizzando l'art 166 della *Carolina* – «Stelen in rechter hungersnott item so jemandt durch recht hungersnott, die er, sein weib oder kind leiden etwas von essenden dingen zu stelen geursacht würde, wo dann derselb diebstall tapfen gross und kündlich wer sellen abermalsrichter und urteyler als obsteht radts pflegen. Ob aber der selbigen dieb einer unsträfflich erlassen würd, soll jm doch der klegler umb die klag desshalb gethan nichts schuldig sein» – i due giureconsulti tedeschi ne elaborano una interpretazione estensiva, intendendo il termine *Hungersnot* (necessità determinata dalla fame) come ogni necessità che metta concretamente in pericolo la vita (la necessità determinata dal freddo pressante, in particolare) e il termine *Esswaaren* (alimenti) come riferibile a ogni categoria di beni. Moriaud, *De la justification*, p. 123, ritiene che l'influenza della teoria elaborata da Carpzov (e Berlich) sia rimasta «incontestabile» sino all'avvento di Grozio, Matthaeus e Pufendorf.

²⁷⁰ Gentili A., *De iure belli libri tres*, consultato in Gentili A., *Opera omnia*, Neapoli, 1770, lib. II, cap. VI e lib. III, cap. XII. Sul punto, Badiali G., *Il diritto di pace di Alberico Gentili*, Milano, 2010, pp. 235 e ss.

²⁷¹ Grozio, *De iure belli ac pacis*, I, II, c. II, par VI, l. Laingui, Lebigre, *Histoire du droit pénal*, I, p. 109, ricordano come le teorie di Grozio, *De iure belli ac pacis*, 2.2.6. (ed, invero, anche di Burlamaqui) si fondassero su un altro filone di diritto canonico che affermava che, in caso di estrema necessità, gli uomini ritornavano al «comunismo originario»: a lor dire, infatti, la necessità, creava una eccezione tacita alla legge che protegge la proprietà individuale. A questa teoria, nata sulla fine del XII secolo, i canonisti fornirono il manto di *auctoritas* della *lex Rhodia de jactu*, che obbligava ciascuno a mettere i propri viveri

Ai tempi di Matthaeus la *querelle* circa la natura dello stato di necessità non era ancora sopita, con la dottrina che oscillava dalla scusa all'attenuazione della sanzione, trovando, comunque, la propria ispirazione nello stesso alveo canonistico e teologico. Il nostro autore, al contrario, discostandosi dalla tradizione, elabora una prima teorica generale dello stato di necessità basandosi sulla semplice rilettura dell'*Ethica Nicomachea*. Lo stato di necessità è causa di esclusione del dolo e, qualora ne ricorrano le circostanze, anche del *crimen*, sentenzia il criminalista batavo, dal momento che la *coactio* non è *propositum* ma debolezza e, di conseguenza, l'azione «non mere voluntaria sed mixta, id est, partim voluntaria, partim involuntaria». E la non completa volontarietà dell'atto potrà essere valutata dal giudice come causa scriminante o causa di attenuazione della pena: qualora un individuo venga indotto a commettere un crimine per un timore o una paura alla quale egli non può resistere,²⁷² è corretto che la pena venga *almeno* mitigata.²⁷³

in comune allorquando su di una imbarcazione vi fosse impossibilità di reperire alimenti (si veda, in proposito, la *Glossa ordinaria* al *Decretum*, Gl. ad De cons. Dist. 5 c. 26: «Et ea ratio quia in necessitate omnia debent esse communia [...] et maxime cibaria ut ff. ad lex Rhod. de iac. 1.2. – D. 14.2.2.»; analogamente c. 308: «[...] Et fit hoc sine laesione alterius, quia necessitas facit commune quod erat proprium, ut iuste occupanti concedatur»). Un curioso brocardo stigmatizzava questa opinio: «dure naturali omnia sunt communia, id est tempore necessitatis indigentibus communicanda». Laingui, a proposito, narra di un episodio storico accaduto in tempi di grande carestia, quando il conte Thibaut di Blois (1090-1152) ordinò ai suoi nobili di nutrire un certo numero di poveri; in caso contrario, avrebbe disposto lui stesso dei loro averi. Questa prerogativa eccezionale, tuttavia, non apparteneva che al principe e contro la ricostruzione di Grozio, *De iure*, 2.2.6., si schierarono compatti i giuristi della corona che non potevano ammettere l'applicazione di una teoria potenzialmente nefasta per il già precario ordine pubblico; per costoro, infatti, si sarebbe dovuto sottoporre a «simil-sanzione» anche il ladro mosso da buone intenzioni e che pure avesse utilizzato il maltolto per qualche utilità pubblica. Una critica alla ricostruzione di Grozio venne anche dalla sponda Giusnaturalista: Pufendorf, *De iure naturae*, 2.6.6., pur ammettendo l'impunità del furto per necessità, trova altrove la ragione della giustificazione: nell'istinto irresistibile di conservazione. Il filosofo tedesco si chiede, infatti, perché, se lo stato di necessità opera effettivamente un ritorno al comunismo d'origine, Grozio esiga la restituzione dell'oggetto del furto allorquando la necessità sia venuta meno (Sul punto, Moriaud, *De la justification*, pp. 135 e ss. e Laingui, Lebigre, *Histoire du droit pénal*, I, p. 110).

²⁷² DC 48.18.4.14.: «[v]eluti, si fame stimulante, aut siti fauces premente, esculenta, aut potulenta abstulerit, est enim haec tanta necessitas, ut superet humanae abstinentiae modum».

²⁷³ DC 48.18.4.14.: «Si quis alia necessitate cogente, cui difficulter resisti potest, crimen admisit, aut leniendam, aut remittendam ei poenam». Coerentemente allo spirito sistematico dell'opera, Matthaeus applica il *generalia* al *crimen furti* (DC 47.1.1.1.-7.) e, contestando la *communis opinio*, che non ravvisava nel 'furto necessitato' una «fraudolenta contrectatio» – poiché l'obbligazione di soccorrere l'individuo in pericolo costringe il proprietario alla scusa – e non vi riscontrava l'«animus lucrificiendi» – perché la necessità determinata dallo spirito di conservazione non è spirito lucrativo, ribatte: «Fatemur publica utilitate urgente, quod quisque frugum domi flagellat, id eum ad annonae subsidia proferre debere, sed negamus singuli indulgendum, ut suo arbitratu auferant quod sibi desit», si chiede: «Quis persuaserit homini intelligenti lucrificiendi animum non habere eum qui deficiente annona cibum alteri subtrahit, quum manifestum sit, ipsum cibum ab eo lucriferi?» (DC 47.1.1.7.). E, distinguendo tra *quidditas* della condotta e regime sanzionatorio, opta quantomeno per la mitigazione della sanzione: «[...] quin potius inter crimen et poenam distinguendum arbitror ut crimen committi, etiam urgente penuria fateamur: poenam tamen, propter necessitas vim, delinquenti aut remittamus, aut certe mitigemus» (DC 47.1.1.7.). Sul punto Moriaud, *De la justification*, p. 142, critica le argomentazioni espresse da Matthaeus circa l'«animus lucrificiendi»: «per attribuer une intention de lucre à l'affamé qui s'empare d'un pain dans le but d'explorer stomachum latrantem, il faut considérer le mot *lucrum* comme synonyme d'avantage, utilité – interprétation tres constable dans la locution *lucriferare* et alors l'exigence de l'animus lucrificiendi perd toute signification, l'exigence d'une intention de soustraire la rendant superflue».

Matthaeus riesce ad accordare ai crimini commessi in stato di necessità l'impunità anche assoluta grazie all'ausilio di un nuovo fattore, quello della «faiblesse humaine», già messo in luce da Grozio.²⁷⁴ Il ragionamento del nume tedesco-olandese ha il proprio fulcro nello sforzo

d'établir que la nécessité n'enlève pas à l'acte son caractère délictueux. [...] C'est ce que devraient faire tous ceux qui n'en veulent baser l'impunité que sur des arguments de nature subjective, cette démonstration pouvant seule donner une raison d'être à la théorie de la contrainte: à quoi bon rechercher l'influence de la contrainte sur la culpabilité, si l'acte n'est pas en lui-même coupable?²⁷⁵

Ecco come si esprime il nostro autore, analizzando lo *selus jubere*, per la dottrina dei secoli a lui precedenti ipotesi tipica di costrizione morale:

Quum enim viro bono non potest ulla tanta necessitas imponi, facinoris alicuius labe se maculet, adparet eum, qui iubenti paruit, criminis reum esse. Idque ex philosophorum fontibus eleganter demonstrantur. Ii enim de contentione malorum ita sentiunt: Propositis duobus malis, veluti turpi et turpi, tristi et turpi, tristi et tristi, turpium quidem nullam esse electionem; ex tristibus id quod minus triste est; ex turpi et tristi, triste potius eligendum esse, tanquam sit honestius: Atqui palam est, cum iis, qui iubendi potestatem habet, delictum imperat, proposita duo esse: peccatum et poenam: quorum illud turpe est, hoc non turpe sed triste. Vir ergo bonus potius poenam iniustam sufferat, quam ut doloris, aut cruciatus metu sciens scelere se contamine.²⁷⁶

Nella *scelta* fra due mali, l'uno consistente nel soffrire, l'altro nel peccare, l'uomo retto non potrà che scegliere il primo: e proprio in questa *scelta*, l'aristotelico Matthaeus individuerà la volontarietà di un'azione mista, pur se *coacta*.²⁷⁷ Moriaud, che pur segnala la difficoltà che il criminalista incontra nell'argomentare la propria *sententia*²⁷⁸ ritiene che egli sia stato il primo a tentare di mettere a punto 'scientificamente' la teorica penalistica dello stato di necessità,²⁷⁹ con una riflessione che – si vuole aggiungere –²⁸⁰ fornirà

²⁷⁴ Così Moriaud, *De la justification*, pp. 141-142.

²⁷⁵ Così Moriaud, *De la justification*, p. 142.

²⁷⁶ DC *Prolegomena*, I.13. Analogamente in DC 47.1.1.7. Cfr. Moriaud, *De la justification*, p. 142.

²⁷⁷ Si noti che ancora Binding, *Handbuch des Strafrechts*, I, 1885, pp. 758-759; Binding, *Normen*, 1828, pp. 292-296 e Binding, *Grundriss*, III A., 1884, par 81, ragiona in termini di conflitto di doveri. Su questo aspetto, più dettagliatamente *infra*, cap. V, par. 2.5.

²⁷⁸ Moriaud, *De la justification*, p. 141: «Matthäus s'enferme dans un cercle vicieux: il s'agit précisément de savoir si c'est un péché que de détourner sur autrui le mal don't on est soi-même menacé, non si l'on doit tout souffrir plutôt que de pécher. Les prémisses de Matthäus, c'est qu'infliger un dommage est toujours immoral et qu'il ne l'est jamais de se soumettre à un mal injuste; il ne démontre pas».

²⁷⁹ Così Moriaud, *De la justification*, p. 142: «[...] e, se non v'è riuscito, il faut avouer qu'on n'a pas fait mieux depuis».

²⁸⁰ Per una diversa valutazione, si legga Manzini, *Trattato*, p. 277, che rinviene la prima compiuta analisi in argomento in un'opera monografica di Styrk, *De jure necessitatis*, 1717, che definì lo stato di necessità come una *vis compulsiva et cogens*, che spinge a fare ciò che altrimenti non si farebbe, rendendo lecito ciò che per legge è illecito. Come non scorgere nelle parole del giurista brandeburghense l'eco di quelle vergate dal nostro autore? Moriaud P., *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*, Genève, Paris, 1889, p. 132 e Moriaud, *De la justification*, pp. 141 e ss., pp. 157 e ss., sostiene che sia proprio nella rilettura

una solida base per le costruzioni di Pufendorf, che incentrerà la propria dottrina sul concetto aristotelico di azione volontaria, collocando le azioni ‘necessitate’ fra quelle miste, in parte volontarie, perché il soggetto sceglie di commettere un male per evitarne un altro, in parte involontarie, perché l’agente avrebbe sicuramente scelto un altro modo di sottrarsi al male se avesse potuto.²⁸¹

4.2.5. La prova del dolo

La scienza criminalistica del diritto comune maturo fondava il sistema probatorio su di una concezione che prediligeva nettamente la prova indiretta, in particolare la prova testimoniale, che considerava gli *indicia* quali presupposto per l’*eculeus* piuttosto che della sentenza e che equiparava, sia dal punto di vista terminologico che di tecnica del giudizio, ogni tipologia di «prova inartificiale»:

i termini [...] indizio, presunzione, congettura, segno e *suspicio*, assai diversi tra loro, venivano usati indifferentemente e considerati tutti quali indizi a tortura. E poiché anche gli indizi indubitati, che talvolta la dottrina precedente aveva indicato quali presupposti a condanna, erano annoverati fra i presupposti a tortura, si poneva al giurista il problema di distinguere tra il tipo di certezza richiesto per la prova a tortura e quello necessario per la condanna definitiva.²⁸²

La risposta al problema, nella quasi totalità dei casi, veniva ricercata in un sistema rigorosamente ancorato ai principi di prova legale, nel quale la gerarchia probatoria era normativamente preordinata,²⁸³ la «certezza giudiziaria era concepita come determinata

dell’*Etica a Nicomaco* proposta da Matthaeus che si debbano ricercare le radici della teorica delle azioni miste elaborata a partire dalla dottrina penalistica europea a partire da Filangieri.

²⁸¹ Analogamente vago il regime di imputazione, potendosi talvolta evitare la sanzione, talaltra ammettersi il biasimo o, ancora, tollerarsi la condotta. Sul punto, cfr. Viganò, *Stato di necessità*, p. 43, che sottolinea come la dottrina di (Matthaeus e di) Pufendorf sia stata recepita nelle consolidazioni e nei codici settecenteschi di area germanica, come il *Codex Iuris Bavarici Criminalis*, la Teresiana, la Giuseppina e l’*Allgemeines Landrecht*. L’impronta pufendoriana (*matthaeusiana*) è evidente anche in Böhmer, *Elementa*, I, II, & 28; Renazzi, *Elementa juris criminalis*, 1794, I, p. 54; Cremani, *De iure criminali*, I, I, cap. IV, par. 1 e Filangieri, *La scienza*, VII, IV, 2, 13. Cfr. Moriaud, *De la justification*, pp. 149 e ss. Sullo stato di necessità nell’età della codificazione si veda Mezzetti, “*Necessitas non habet legem*”? Sui confini tra ‘impossibile’ ed ‘inesigibile’ nella struttura dello stato di necessità, Torino, 2000, e con attenzione ai codici preunitari la tesi di dottorato di Fantinato L., *Necessità, emergenza e pubblici poteri: profili penalistici*, Università degli Studi di Padova, Dottorato di ricerca in diritto penale comparato, ciclo XXI, pp. 11 e ss.

²⁸² Alessi, *Prova legale e pena*, p. 125.

²⁸³ Sul punto Rosoni, «Quae singula non prosunt [...]», p. 6, in particolare nota 16, ove si sottolinea che la gerarchia delle prove era nata dall’esigenza di «fornire migliori garanzie alla giustizia» e che in strutture sociali nelle quali la scrittura non era sufficientemente diffusa prevalesse necessariamente la prova testimoniale, secondo i diffusi brocardi «tre duorum vel trium stat omne verbum, contra scriptum testimonium, testimonium non scriptum non fertur» (riportati in Ricci F., *Delle prove*, Torino, 1891, par. 160, p. 267), ma ove, comunque, il dato era temperato dalla possibilità concessa al giudice di scegliere: «In exercendis litibus eandem vim obtinet tam fides instrumentorum quam depositiones testium». La Rosoni sottolinea, altresì, che in strutture sociali connotate da una forte componente gerarchica l’ammissibilità alla testimonianza e la credibilità dei testimoni fosse pesantemente condizionata dalla classe sociale di appartenenza.

e regolamentata a priori attraverso delle norme obbliganti [...] prestabilite e necessarie»²⁸⁴ e la prova indiziaria relegata ai margini.

La maggioranza delle produzioni della dottrina del XVI e di quella di buona parte del XVII secolo si spesero nella capillare elaborazione di cataloghi di prove, in una «pedante elencazione degli indizi»,²⁸⁵ in *distinctiones*, comparazioni, «sommatorie, gradi e gerarchie»²⁸⁶ che determinarono una frantumazione casistica del diritto probatorio.

L'applicazione delle metodiche neo-aristoteliche alla materia giuridica portò a una esasperazione dell'architettura del *iudicium* e, fatalmente, si ripercosse sulla legislazione principesca: i gradi e le «colorazioni» dell'*iudicium* nella *Constitutio Criminalis Carolina* portano il segno di questa nuova prospettiva.²⁸⁷

Uno degli strumenti maggiormente utilizzati dagli *interpretes* per aggirare lo scoglio della dialettica fra due principi contrastanti – «ne crimina maneant impunita»; «in universum vero pronior ad absolvendum, quam ad condemnandum esse debet; satius enim vel nocentem absolvi, quam innocentem condemnari» –²⁸⁸ fu il concetto di dolo presunto, seppur in un'ottica ancora processualistica della prova del solo *crimen homicidii*.²⁸⁹ Farinaccio scrive: «Dolus autem praesumptus est ille, qui apparet ex indiciis non manifestis et non omnino concludentibus sed tantum probabilibus [...] dolus praesumptus dici illum qui non ex necessaria, sed probabili conjectura colligitur».²⁹⁰ E, fortunatamente, questa colpevolezza solamente probabile avrebbe portato a una sanzione meno severa rispetto all'ipotesi di *plena probatio*.²⁹¹ In questo sistema, dove il valore di ciascuna prova e la loro somma erano minuziosamente regolate, si era arrivati a confondere una colpevolezza non completamente provata con una colpevolezza attenuata.

²⁸⁴ Rosoni, «Quae singula non prosunt [...]», p. 8. Sul punto anche Marchetti, *Testis contra se*, pp. 35 e ss. e bibliografia ivi citata.

²⁸⁵ Rosoni, «Quae singula non prosunt [...]», p. 14.

²⁸⁶ Rosoni, «Quae singula non prosunt [...]», p. 15.

²⁸⁷ *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V, Constitutio Criminalis Carolina*, a cura di Kohler J. e W. Scheel, Halle, 1900, Rist. an., Aelen, 1986. L'art. 19 della PGO individuava tutte le possibili gradazioni dell'indizio, dal segno, alla congettura, alla presunzione e l'art. 22 proibiva al magistrato di fondare la propria decisione sulla semplice base degli indizi.

²⁸⁸ DC 48.17.2.2., ove si argomenta ex D. 48.19.5. e si cita a margine Aristotele, *sect. 29*, prob. 13.

²⁸⁹ Su questi aspetti, più dettagliatamente *supra*, par. 1 e par. 2.3.

²⁹⁰ Farinaccio, *Praxis*, qu. 88, n. 12.

²⁹¹ Farinaccio, *Praxis*, qu. 87 nn. 3 e 4: «Cum quis condemnatur non ex evidentibus probationibus, sed ex vehementi praesumptione [...] levius certe est puniendus [...]. Dubitandum non est mitius semper dolum praesumptum puniri debere, quam verum [...]. Ubi praesertim loquitur, quando doli praesumptio excluditur per alias contrarias conjecturas»; analogamente, D'Argentré, *Commentarii*, ad art. 41, n. 10, da col. 151 a col. 162, in sommario: «est in indiciis indubitatis, minor poena infligenda»; Tiraqueau, *De poenis*, causa 15, n. 2: «Propterea [...] quod ubi quis punitur ex dolo praesumpto, si tamen ipse doli praesumptio habeat multa adversantia, quae eam praesumptionem, sive probationem, quae extat de praesumptione doli, attenuent, est justa causa mitigandi poenam, quae ex ipso dolo praesumpto infligitur». Laingui, *Le De poenis*, pp. 148-149, riporta un passaggio di Jousse M., *Traité de la justice criminelle*, 1771, II, par. 193, nel quale è evidente, nonostante numerosi giureconsulti, tra i quali Matthaeus, si fossero opposti a questa pratica, che la questione era ancora lungi dall'essere risolta: «Lorsque le juge ne peut avoir une preuve entière contre l'accusé et qu'il a contre lui une preuve considérable, il peut infliger une peine contre cet accusé, mais moindre que celle qui lui serait infligée, s'il y avait contre lui une preuve complète; ce qu'on appelle alors punir *pro modo probationum*».

La preoccupazione di non lasciare un crimine impunito, unitamente al formale rispetto della legalità, determinò vere e proprie assoluzioni incomplete o la comminazione di pene *extraordinariae*, che per una involontaria ironia erano anche definite «gracieuses».²⁹² In altri termini, era lo stesso giudice a valutare e sommare le prove e gli indizi dai quali dedurre il tipo di dolo attribuibile all'accusato: «dolus in dubio non praesumitur», scriveva Farinaccio,²⁹³ e questa regola espunta dal diritto civile, sarebbe stata applicata *a fortiori* al diritto criminale da quasi tutti i giureconsulti a partire dal XVI secolo.²⁹⁴ Il processo di diritto comune disponeva di un autentico arsenale di assoluzioni imperfette alle quali il giudice ricorreva nel caso in cui permanessero dubbi circa la colpevolezza dell'accusato che, nonostante il superamento dei rigori dell'*eculeus*, poteva vedersi comminare una sanzione *extra ordinem* o, nei casi più felici, sentire pronunciare una sentenza di assoluzione *ab instantia*.

La Rivoluzione Scientifica e l'Empirismo secentesco, che avevano determinato il superamento della tradizione aristotelica in quasi ogni settore del sapere, non seppero produrre una decisa virata anche nel modo d'indagare la verità giudiziaria: lo studio e la comparazione degli eventi in necessario in rapporto causa (efficiente)-effetto, l'induzione tipica del metodo sperimentale e l'utilizzo dell'*experimentum/experientia*, come modo per arrivare a conoscere la verità, non scardinarono il sistema di prova legale né agevolavano la rivalutazione della prova indiziaria o determinarono un decisivo sbilanciamento, nel dualismo *iuxta alligata/secundum conscientiam*, a vantaggio del secondo.²⁹⁵

La *Philosophie nouvelle*, infatti, non riuscì completamente a far breccia nelle roccaforti del 'gius-aristotelismo': sul continente la «logica de' probabili» non seppe, se non con rare eccezioni,²⁹⁶ superare la rilettura ramistica del metodo dialettico o tutt'al più, come è evidente nell'*Ordre, formalité et instruction iudicaires* di Pierre Ayrault, ricondurre il diritto «entro un sistema fondato su principi logici [...] entro gli schemi di una geometria fondata sulla ragione»:²⁹⁷ non stupisce, quindi, dover constatare nelle

²⁹² Papon J., *Recueil d'arrêts notables des Cours souveraines de France*, IV éd., Lyon, 1562, lib. 24, tit. 8, sent. n. 1, p. 625: «Toutefois, les juges n'ayant en main pour la preuve du maléfice autre chose qu'indices et présomptions, ores qu'ils soient indubitables et véhéments, si ne doivent-ils juger à la vraie et ordinaire peine, et tout ainsi que s'il y avait témoins déposant l'avoir vu; mais doivent incliner à quelque gracieuse condamnation».

²⁹³ Farinaccio, *Praxis*, qu. 89, n. 2.

²⁹⁴ Farinaccio, *Praxis*, qu. 89, n. 3; Mascardi, *Conclusiones*, concl. 532, nn. 1 e 2: «[...] nam quilibet praesumitur bonus, non autem dolosus [...] et quod non praesumetur, posteriores nostri juriconsulti censere tum profitendo quam consulendo».

²⁹⁵ Sul rapporto fra Empirismo e scienza giuridica Orestano R., *Introduzione allo studio storico del Diritto Romano*, Torino, 1963 e Ajello R., *Continuità e trasformazione dei valori giuridici. Dal probabilismo al problematismo*, in «Storia e Diritto», I, 1986, pp. 357-404.

²⁹⁶ Ricordo, in particolare, il padre della Scuola pratica sassone, Benedikt Carpzov, e l'olandese Simon van Leewen (sulla cui opera Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine*, p. 61) che, con differente fortuna, applicarono la metodologia empirica allo studio del diritto. Sulla *Praxis* anche Fiorelli, *La tortura*, pp. 167 e ss.; Sbriccoli, *Crimen lesae maiestatis*, p. 190; Cordero, *Criminalia*, pp. 359-403; Alessi, *Prova legale e pena*, p. 124; Dezza, *Accusa*, pp. 58-63 e Rosoni, «Quae singola non prosunt [...]», p. 15, nota 43; Dezza, *Lezioni*, pp. 61-62. Sulla figura di Farinaccio del Re N., *Farinacci giureconsulto romano (1544-1618)*, in «Archivio della Società romana di storia patria», Roma, 1975. Sull'influenza dell'Empirismo nello studio del diritto secentesco d'oltre Manica, Rosoni, «Quae singola non prosunt [...]», pp. 17 e ss., in particolare alle pagine 20-23 e 29 sul pensiero di Francis Bacon e alle pp. 24-25 e 25 sul pensiero di David Hume.

²⁹⁷ Rosoni, «Quae singola non prosunt [...]», p. 19, nota 52. L'autrice nella stessa nota ricorda che anche Grozio nel *De iure belli ac pacis libri tres* «tent[ò] di ricondurre il diritto entro un sistema fondato su

regioni dell'Europa continentale il perdurare della prova diretta, in particolare di quella testimoniale, di osservare che l'intera disciplina probatoria fosse considerata più presupposto *ad torturam* piuttosto che *ad poenam*, di riconoscere, certo a malincuore, che l'impianto più di successo erano le *Praxis et Theoricae criminales* di Farinaccio, una sorta di *summa* del diritto criminale comune che in materia di prova aveva generato un «sistema legalista, scolastico e razionalista»,²⁹⁸ un sistema che, nato nell'esigenza di tutelare l'accusato dall'arbitrio del magistrato e di predeterminare la certezza del giudizio tramite l'imposizione di regole prestabilite, degenerò nell'utilizzo di strumenti costrittivi per ottenere con la confessione una prova piena, rituale e decisiva,²⁹⁹ riducendo l'*indicium* a prova secondaria, ordinariamente affiancata, nella dottrina e nella prassi, alla disciplina della tortura.³⁰⁰

I primi contributi al superamento del sistema di prova legale ed alle sue storture furono portati dalla critica cinquecentesca che, ribaltando la prospettiva d'analisi, cominciò a considerare l'indizio quale strumento di prova autonomo ed analizzato separatamente dalla disciplina dei tormenti. Le opere di Alciato,³⁰¹ Menochio,³⁰² Mascardi,³⁰³ Gomez,³⁰⁴ Damhouder,³⁰⁵ mostrano come la dottrina dell'indizio avesse finalmente iniziato ad avere un ruolo centrale nell'economia del processo, anche se sino a XVII secolo inoltrato la *vis probatoria* delle *coniecturae* era ancora assolutamente secondaria e, di fatto, considerata unicamente in relazione all'eventuale irrogazione di una sanzione straordinaria.³⁰⁶ Fu proprio a partire dalla critica umanistica, che si iniziò «quel lungo, non uniforme e talvolta contraddittorio cammino che condu[ss]e

principi logici [...] articolato entro gli schemi di una geometria fondata sulla ragione». Sull'assimilazione della *inventio* classica alla dialettica di Ramo si vedano Kneale W.C., M. Kneale, *Storia della logica*, a cura di Conte A.G., Torino, 1972, in particolare, pp. 346 e ss.; Rosoni, «Quae singula non prosunt [...]», p. 6, nota 9; Giuliani A., *Prova (filosofia)*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XXX-VII, Milano, 1988, pp. 546 e ss.; Giuliani A., *Le rôle du fait dans la controverse (à propos du binôme "rhétorique-procédure judiciaire)*, in «Arch. Philosoph. droit», 1995, 39, pp. 229 e ss.

²⁹⁸ Rosoni, *Quae singula non prosunt* [...], p. 39.

²⁹⁹ Sull'aspetto dello sviluppo del sistema probatorio di diritto comune e sulla sua crisi e critica si rinvia a Alessi, *Prova legale e pena*. Nello stesso senso Rosoni, «Quae singula non prosunt [...]», in particolare pp. 41 e 42, che in nota 123 a pagina 42, in tema di origine del sistema di prova legale, insiste, più che sull'esigenza di limitazione dell'arbitrio – contro la ricostruzione di Tarello G., *Il «problema penale» nel secolo XVIII*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», V, 1975, p. 23 – soprattutto sulla natura dottrinale della tradizione di tale sistema, determinato soprattutto «da un rapporto non particolarmente sofisticato con l'eredità aristotelica».

³⁰⁰ Rosoni, «Quae singula non prosunt [...]», p. 12, ricorda i trattati di Bruni F., *Tractatus de indiciis et tortura*, (1493-1495), in *Tractatus universi iuris*, vol. XI, t. 1, Venetiis, 1584, di Bianchi M.A., *Tractatus de indiciis homicidii ex proposito commissi et de aliis indiciis homicidii et furti* [...], in *Tractatus universi iuris*, vol. XI, t. 1, Venetiis, 1584; Grillandi P., *De quaestionibus et tortura*, (1523-1534), in *Tractatus universi iuris*, vol. XI, t. 1, Venetiis, 1584 e Casoni F., *De indiciis et tormentis*, (1557), in *Tractatus universi iuris*, vol. XI, t. 1, Venetiis, 1584.

³⁰¹ Alciato A., *Tractatus de praesumptionibus*, (1538), Venetiis, 1564.

³⁰² Menochio J., *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis*, Venetiis, 1617.

³⁰³ Mascardi G., *Conclusiones probationum omnium quibusvis in utroque foro versantibus practicabiles, utiles, necessariae, in quatuor volumina distinctae*, (1584), Francofurti ad Moenum, 1684.

³⁰⁴ Gomez A., *Commentariorum variarumque resolutionum* [...], *tomi tres*, Venetiis, 1575.

³⁰⁵ Damhouder, *Praxis*.

³⁰⁶ Rosoni, «Quae singula non prosunt [...]», pp. 13-15.

all'affermarsi, pur tra dubbi e ripensamenti, del principio processuale del libero convincimento del giudice».³⁰⁷

Nello stesso contesto culturale, l'opposizione culta al sistema inquisitorio, grazie all'esumazione del modello accusatorio romano classico e al recupero delle fonti romane extra giuridiche,³⁰⁸ contribuì alla razionalizzazione del diritto processuale, alla ridefinizione del concetto stesso di prova, al ribaltamento della gerarchia probatoria dell'inquisitorio maturo e al rifiuto del ricorso all'assoluzione *ab instantia* e delle sanzioni *extraordinariae*.

L'opera di Anton Matthaeus rappresenta il crocevia di questo momento di passaggio: il *De Criminibus*, infatti, oltre a segnare il punto di approdo nel processo di recupero del modulo accusatorio, sarà riconosciuto come il migliore sistema di diritto criminale dei suoi tempi, un sistema che, mettendo allo scoperto le contraddizioni della dottrina tradizionale e utilizzando con rigore critico-logico le fonti romanistiche, espliciterà l'esigenza di un rinnovamento radicale delle dottrine e dell'*ordo iudiciarius*, precorrendo le tendenze di politica criminale giusrazionaliste e illuministe.³⁰⁹

Matthaeus contesta la *divisio dolus verus-dolus praesumptus* nei *Prolegomeni* e nelle pagine processuali con argomentazioni che saranno accolte dalla dottrina tedesca già all'indomani della pubblicazione dell'opera: nella prospettiva del nostro autore esiste un solo tipo di *dolus*, quello provato: «Mihi ea distinctio parum probatur [...]. Itaque sic existimo, dolum unius generis esse, qui si probetur, crimen quoque probatum videri; sin minus, proximum esse, ut culpa, aut casu admissum censeatur»;³¹⁰ quindi, si provi il

³⁰⁷ Dezza, Tommaso Nani, p. 56. Sull'affermazione del principio del libero convincimento, si vedano Radin M., *The Conscience of the Court*, in «The Law Quarterly Review», 48, 1932, pp. 506-520; Dosi E., *Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo penale*, Milano, 1957, pp. 6-7, 35-36, 59 e ss.; Delenglade J., *Le juge, serviteur de la loi ou gardien de la justice selon la tradition théologique*, in «Revue de droit canonique», 10, 1960, pp. 141-164 e 11, 1961, pp. 3-31; Nörr K.W., *Zur Stellung der Richter im gelehrten Prozess der Frühzeit*: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat, München, 1967; Maffei D., *Il giudice testimone e una «quaestio» di Jacques de Révigny* (Ms Bon. Coll. Hisp. 82), in «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», 35, 1967, pp. 54-75, ora in Maffei D., *Studi di storia delle Università e della letteratura giuridica*, Goldbach, 1995, pp. 65-88 e 527 e ss.; Abbagnano N., *Coscienza, Dizionario di filosofia*, Torino, 1971, pp. 184-193; Nobili M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974 (in particolare pp. 5-266); Alessi, *Prova legale e pena*, in particolare pp. 202-208; Alessi, *Processo penale (diritto intermedio)*, pp. 360-401; Fraher R., *Conviction according to Conscience*, in «Law and history Review», 7, 1989, pp. 232-288; Birocchi I., *Considerazioni sulla legislazione e la dottrina criminale in Sardegna nel periodo precedente all'introduzione del Codice Feliciano; il trattato «dei delitti e delle pene» di Domenico Fois*, in *La Leopoldina*, 10, *Illuminismo e dottrine penali*, pp. 350-371; Padoa Schioppa, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, pp. 251-292. Sull'affermazione del principio in Italia e Francia Padoa Schioppa A., «Unus testis nullus testis». *Note sulla scomparsa di una regola processuale*, in «Studia Ghisleriana. Serie speciale per il IV centenario del Collegio Ghislieri in Pavia. 1567-1967», vol. «Studi Giuridici», Pavia, 1967, pp. 334-357; Cavanna A., *La coscienza del giudice nello Stylus iudicandi del Senato di Milano*, in «Studi di storia del diritto», 2, 1999, pp. 581-626; Cogrossi C., *La criminalistica italiana del XVIII secolo sulla «certezza morale» antesignana del libero convincimento del giudice: note*, in «Rivista di Storia del Diritto Italiano», 73, 2000, pp. 121-236.

³⁰⁸ Su questi aspetti si veda Dezza, *Lezioni*, pp. 73 e ss.

³⁰⁹ Sul punto Dezza, *Accusa e inquisizione*, pp. 106-116; Dezza, Tommaso Nani, pp. 65-66.

³¹⁰ DC 48.18.4.11. La *distinctio* tra *dolus verus* e *dolus praesumptus* trae le proprie origini dall'*opinio Bartoli* che faceva corrispondere alla *culpa latissima* il dolo manifesto e a quella *latior* il dolo presunto (Bartolo, *In Secundam Digesti Veteris partem Commentaria*, Venetiis, 1590, in D. 16.3.32., *I. quod Nerva, depositi vel contra*, n. 8, f. 99vb); «la *divisio* venne sfruttata all'inizio per i suoi riflessi nel campo delle prove. Mentre, infatti, nel primo caso l'*animus delinquendi* risultava in modo evidente da indizi manifesti

dolo e sarà provato anche il crimine: in assenza di prova del dolo, non si avrà dolo presunto, ma responsabilità a titolo di colpa o *casus* e, del resto, la *divisio* fra *dolus verus* e *dolus praesumptus* è una creazione dottrinale che non trova le proprie radici in nessuna fonte del diritto romano, e Matthaeus non può che opporvisi, anche se l'intento degli *interpretes* che la sostennero era lodevole.³¹¹ Individuare due differenti tipologie di dolo significava, infatti, offrire ai giudici «gli strumenti in grado di valutare e bilanciare la *voluntas nocendi* del reo ai fini di un'equa e proporzionata irrogazione della pena in concreto».³¹² Al contrario, nel sistema elaborato dal giurista olandese, nel quale la *potestas moderandi poenas* è ammessa non solo nei giudizi straordinari ma anche in quelli pubblici e nel quale la valutazione dell'*animus* è lasciata alla prudenza del giudice, è evidente che il 'monolitico' *dolus malus* romanistico assolve meglio la propria funzione rispetto alle differenti colorazioni che della *voluntas sceleris* aveva offerto la dottrina di diritto comune. In questo sistema, si diceva,

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 fra dolo, colpa e caso, piuttosto che da sottili e artificiose specificazioni.³¹³

In quest'ottica dolo vero-dolo provato, si colloca anche il rifiuto dell'assoluzione *ab instantia* radicata nel processo inquisitorio,³¹⁴ che Matthaeus vede come una specie di assoluzione *ad interim* che, incidendo solamente sui vincoli di causa, determina una sospensione indefinita sulle sorti della procedura e dell'accusato.³¹⁵ Il nostro autore giudica inaccettabile il ricorso alla formula di assoluzione non definitiva anche a causa della

concezione in essa implicita, che il reo d[ebba] fornire prova positiva della propria innocenza per ottenere un'assoluzione [...]. Ove [fossero rimasti] dubbi sulla colpevolezza, il giudice [avrebbe potuto] al massimo ricorrere ad una sorta di supplemento d'istruttoria, esaurita la quale non vi [sarebbe stata] altra scelta che assolvere o condannare in via definitiva.³¹⁶

e *ex qualitate facti*, nel secondo il compimento del fatto materiale poteva anche prescindere dall'elemento intenzionale» (Pifferi, *Generalia*, p. 251). Sul dolo, più dettagliatamente *supra*, par. 1.

³¹¹ Ammettere la *distinctio communis*, che avrebbe portato ad una differente qualificazione delle stesse figure giuridiche, avrebbe ineluttabilmente determinato un sorta di duplicazione per ciascuna di esse, «al punto che “vera servitus, vera nuptiae, tutela, dominium, possessio, quae necessariis argumentis probantur; praesumpta, quae contingentibus”» (così, Alessi, *Prova legale e pena*, p. 169-170).

³¹² Pifferi, *Generalia*, p. 254.

³¹³ Pifferi, *Generalia*, pp. 255-256. Sul caso fortuito come scriminante si vedano Pecorella, *Cause di giustificazione*, pp. 70-72; di Renzo Villata, *Egidio Bossi*, in particolare pp. 522-528 e Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, pp. 153-154.

³¹⁴ Matthaeus testimonia dell'uso invalso dell'assoluzione *ab instantia* (DC 48.17.2.3.), così come Farinaccio, *Praxis*, qu. 4, n. 27.

³¹⁵ Alessi, *Prova legale*, p. 171.

³¹⁶ Alessi, *Prova legale*, p. 171.

Purtroppo, l'autore

si rende [...] conto con rammarico che la *doctrina communis*, teoricamente dubbia ed assai distante dalle regole del diritto romano, si adatta [...] bene ai tempi: "*hodiernis temporibus non male quadrare*". Di qui un profondo senso di impotenza: il giurista culto resta [...] fuori da questa perfetta saldatura fra *doctrina* e *prassi*³¹⁷

che aveva consentito lo strutturarsi di una sorta di assoluzione in sospensiva che scontentava gli innocenti, mai pienamente scagionati, e accontentava i colpevoli, che ritornavano liberi nella propria persona e titolari dei propri averi e che, se ammetteva il ricorso all'*amplius cognoscendum*, lo faceva ricorrendo a una logica repressiva.³¹⁸

Certo è, il recupero del *non liquet* fece breccia nella scienza giuridica successiva già a quattro anni dalla pubblicazione del *De Criminibus*, da Brunneman a Claproth,³¹⁹ da Renazzi a Filangeri,³²⁰ finanche alla Corte di Luigi XV, in note di critica al sistema vergate dal Cancelliere d'Aguessau:

³¹⁷ Alessi, *Prova legale*, p. 171-172. Analogamente Alessi, *Tra rito e norma*, p. 74, ove si richiama DC 48.16.4.18.: «Le lucide posizioni di Matthes rivelano però anche i limiti di un tentativo di correzione degli abusi della giurisprudenza attraverso l'utilizzo critico, per quanto raffinato, del modello classico. Il giurista sembra esserne consapevole e l'amarezza traspare da qualche significativo, rassegnato passaggio. Rispetto ad una più rigorosa concezione dell'onere della prova, deve infatti ammettere: "eo jure nos uti, ut qui iudicio oblati fuerit, non aliter a crimine absolvatur, nisi innocentia demonstraverit", confessando così l'impossibilità di sciogliere l'alleanza fatale tra dottrina tardo scolastica e prassi giudiziaria».

³¹⁸ Cordero V., *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, p. 370.

³¹⁹ In terre di Germania si veda l'influenza su Brunnemann J., *De inquisitionis processu* (qui consultato nell'ed. VIII, Leipzig-Frankfurt, 1704) un'opera che, pubblicata quattro anni dopo il *De Criminibus*, godette di un successo tale da contendere, fino all'avvento di Böhmer, il primato alla *Practica nova* di Carpov nella letteratura criminalistica tedesca (sul punto, Stintzing, *Geschichte*, II, pp. 102-112). Pur nella costruzione di un processo schiettamente inquisitorio, Brunneman nega l'ammissibilità della sanzione di una condanna *extra ordinem* sulla base di una prova indiziaria e lo fa utilizzando le parole del nostro autore: «Aut crimen probatum est [...], aut probatum non est. Si probatum est, nulla causa est, cur ordinaria poena infligi non debeat. Si probatum non est, nullus puniendi locus relinquitur, sed aut in reum amplius inquirendum, aut sententia iudicis absolvendus est» (Brunnemann, *De inquisitionis processu*, cap. VIII, 2.2. Sul punto, anche Schmidt, *Einführung*, p. 168). La *Beweistheorie matthaeusiana* trovò casa anche in Claproth J., *Ohnmassgeblicher Entwurf eines Gesetzbuches*, I Fortsetzung, *welche das Criminalrecht behandelt*, Frankfurt/M., 1774, p. 150.

³²⁰ Su questo aspetto il criminalista italiano scrive: «Ceterum haud ulla Judiciorum necessitate requirunt ut a crimine is absolvatur, qui damnari nequit, ut Matthaeus scitissime animadvertit. Iudex siquidem poterit vel id facere, quod moribus hodie aliquando observatur, id est absolvere ab instantia, non a crimine; vel quod veteres Romani, solebant, cum causa ad damnationem idonea non adesset, id est ampliare causam, seu pronuntiare = Non liquet = Sic enim fiet, ut nec innocens crucietur, nec nocens effugiat poenam, cum ab instantia absolutus repertis novis probationibus quandocumque repeti possit, et ampliata causa reus saepius accusari defendi possit» (Renazzi, *Elementa*, lib. III, cap. XV, par. VII, pp. 230-231). Con analoghi spunti G. Filangeri, *La Scienza della Legislazione con giunta degli opuscoli scelti*, qui consultata nell'edizione di Milano, 1882, pp. 12-14: «Determinate queste prove, il legislatore dovrebbe stabilire, che i giudici destinati ad esaminare la verità dell'accusa avessero tre risposte da dare: l'accusa è vera; l'accusa è falsa; l'accusa è incerta [...] queste erano le sole tre risposte che i giudici del fatto potevano dare in Roma: *Absolvo*, *Condemno*. *Non liquet*. [...] La sola sospensione del giudizio, la quale lasciando sempre *sub iudice* l'accusato, non dovrebbe privarlo della sua personale libertà». Cfr. Cremani, *De iure criminali*, 3, 30, par. 8 e Carmignani, *De iuris criminalis elementa*, capo VI, tit. I, par. 670, che riprenderà la *sententia matthaei*, citando direttamente il nostro autore in nota 4 al loco: «Quando invece il reo non dimostra la sua innocenza, e le prove dall'accusatore prodotte son bensì insufficienti a dar luogo a una sentenza condannatoria, ma lascian tuttavia qualche sospetto di reità dell'imputato si decreta soltanto

Cet usage est un abus qu'on ne peut tolérer, et que j'aurai soin de réprimer. Ou la preuve d'un crime est complète, ou elle ne l'est pas: dans le premier cas, il n'est pas douteux qu'on doit prononcer la peine portée par les ordonnances; mais dans le dernier cas, il est aussi certain qu'on ne doit prononcer aucune peine, et qu'on ne peut ordonner que la question ou on plus amplement informé, suivant la nature des crimes et le genre des preuves.³²¹

un'*assoluzione dall'istanza*. E allora il reo rimarrebbe esposto a subire un nuovo giudizio in caso di scoperta di nuovi indizi contro di lui». Sullo 'stato dell'arte' nella dottrina italiana nell'Età dei Lumi, si veda Solimano, *Paolo Risi*, pp. 494-495, in particolare note 271 e 273.

³²¹ D'Aguessau H.F., *Œuvres*, Paris, 1774, vol. VIII, lettera del 4 gennaio 1739, p. 96, e lettera del 18 aprile 1739, p. 103, citato da Carbasse, *Histoire*, pp. 172-173 e da Laingui, *La responsabilité*, p. 43.

Capitolo 5

Le modalità di perpetrazione dell'atto criminoso: «*assumptum et inchoatum scelus – crimen perfectus, conatus e cooperatio ad scelus*»

Premesse ordinatorie

A partire dal XVI secolo l'indagine relativa all'*animus* diviene uno degli argomenti centrali nelle speculazioni dei criminalisti: dalle *Practicae* ai trattati, le riflessioni sull'aspetto psicologico del reato tentano di dare una forma comprensibile, coerente e applicabile dalla prassi forense a quel materiale abbondante ma confuso elaborato per secoli da teologi, filosofi e giuristi.

Con una concezione della colpevolezza che tende a sovrapporre il peccato, l'infrazione morale ed il crimine propriamente detto,¹ anche giureconsulti avvezzi a speculazioni filosofiche come Damhouder e Tiraqueau non dedicano sviluppi propri alle differenti modalità dell'atteggiamento criminale, non più di pratici quali Claro e Farinaccio. Uniche eccezioni «Grimaudet, Menochio, sulla cui opera lavorerà alacremente Leibniz, Lebrun de la Rochette»² e Matthaeus.

Proprio il *De Criminibus* si segnala come l'opera che è riuscita felicemente a sintetizzare nell'alveo della teoria generale del reato i vari 'gradi' di *voluntas – nuda cogitatio, assumptum et inchoatum scelus / crimen perfectus, conatus, consilium aliis dedisse, instigare ad scelus, opem ferre, scelus mandare, scelus jubere, ratihabitio sceleris, prohibere posse nec prohibuisse* –³ che, come scelta di sistema, vengono analizzati in tutti e tre i settori dell'opera: concettualmente nei *Prolegomena*, sotto il profilo pratico-applicativo nel commento alle differenti fattispecie criminose e dal punto di vista sanzionatorio nelle pagine processuali.⁴

¹ Sul punto, cfr. *supra*, cap. 3, par. 1.

² Così Laingui, Lebigre, *Histoire du droit pénal*, I, p. 26. Sulla *cooperatio ad scelus* si vedano anche Deciani, che «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 fusione dei diversi gradi dell'*animus*» (così Pifferi, *Generalia*, p. 425) e Dietrich, *Judicium criminale*, Aph. XXVII, nn. 8-14, che delle varie categorie di compartecipazione sistematizza seppur solo il *mandatum* nei *Prolegomeni* a conferma del carattere generale ormai assunto dall'istituto.

³ Così Schlüter, conformemente all'intitolazione dei paragrafi dei *Prolegomeni*.

⁴ Le categorie di *cooperatio ad scelus* individuate da Matthaeus sono riprese in uno dei commentari di diritto criminale carolino di 'seconda generazione': gli *Elementa iuris criminalis Germanici-Carolini* di Johannes Rudolph Engau, editi nel 1738 e che in questa sede vengono analizzati nella loro quarta edizione (Engau J.R., *Elementa iuris criminalis Germanici-Carolini*, Jena, 1753). Più in particolare, il giurista tedesco cita il *De Criminibus* in tema di *mandatum, consilium, auxilium* e *ratihabitio*, come più dettagliatamente *infra*.

5.1. «Nuda cogitatio crimen non est, nec quisquam poenam eius patitur».

La disciplina del tentativo

Il primo ‘grado’ di *voluntas* preso in considerazione dal nostro autore è la nuda *cogitatio*: la questione è stata oggetto di dibattito teologico-filosofico per secoli e in pieno XVI il confine fra foro interno e foro esterno e tra giurisdizione civile e giurisdizione canonica non è ancora chiaro,⁵ anche se la maggior parte dei giureconsulti, sia civilisti che canonisti, si pronuncia per l’irrelevanza del semplice pensiero, con le uniche eccezioni della lesa maestà e dell’eresia.⁶

Le esigenze di controllo dei nascenti Stati assoluti, infatti, nel delicato quadro dell’età della Riforma e della Controriforma, suggeriscono la «programmatica dilatazione della repressione penalistica» di ogni forma di dissenso,⁷ anche se i *doctores* generalmente richiedono il compimento di un qualche *actus externus* per l’attribuibilità del *crimen maiestatis*,⁸ circoscrivendo la punibilità della *mera cogitatio* al *crimen haeresis*, tipico crimine di coscienza nel quale «la manifestazione del solo pensiero non tanto costituisce un’ipotesi di tentativo quanto integra un vero e proprio reato consumato».⁹

Deciani è il primo a dogmatizzare nell’ambito dei *generalia* il principio dell’irrelevanza penale della volontà interna non «tradotta in alcun atto esterno»: si lasci la *sinceritas cogitationis* alla speculazione teologico-filosofica; il *factum* al giudizio del foro (esterno).¹⁰ Sulla stessa ‘lunghezza d’onda’ Matthaeus, che enuncia, lapidario, il

Ugualmente le *categoriae* sono riprese da Meister der Ältere C.F.C., *Principia iuris criminalis Germaniae communis*, I ed., Göttingen, 1760, parte II, 1, parr. 8, 9, 10 e Koch J.C., *Institutiones iuris criminalis*, Jena, 1775, I, parr. 35-40. Si veda, in parallelo, la definizione che di compartecipazione criminosa fornisce Claro, *Sententiae receptae*, qu. 87: «Saepissime nam 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 illud postea ratum habuerit».

⁵ Sul punto, cfr. *supra*, cap. 3, par. 1.

⁶ Causa di queste incertezze sono scarsità e contraddittorietà delle fonti romanistiche di cui danno conto Carrara F., *Studi sul delitto perfetto*, Lucca, 1879, p. 139; Brugi B., *La teoria del conato e l’influsso dei romanisti*, in «Archivio Giuridico Serafini», Bologna, 1880, p. 439 e ss.; Binding K., *Grundriss zur Vorlesung über gemeines deutsches Strafrecht*, 1879, II Aufl., p. 120, che dichiara come la letteratura romanistica relativa all’istituto del tentativo manchi del proprio oggetto, o ancor più criticamente Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, p. 581, nota 6, dove si legge che il concetto di tentativo sia assolutamente estraneo al diritto romano. Per un’analisi completa del problema, si rimanda al già citato Isotton, *Crimen in itinere*, ove maggiori ed esaurienti ragguagli bibliografici e a Sperandio M.U., *Dolus pro facto. Alle radici del problema giuridico del tentativo*, Napoli, 1998.

⁷ Sbriccoli, *Crimen lesae*, p. 38.

⁸ Claro, *Liber V*, par. fin., qu. 91, n. 2: «[...] ex sola cogitatione quis non punitur, neque etiam in crimine lesae maiestatis, nisi ad aliquem actum exteriorem processum fuerit». Nello stesso senso Menochio, *De arbitrariis iudicium*, caus. 360, n. 26 e Covarruvias, *In Clem.*, *Si furiosus*, lib. V, tit. IV, cap. 1, n. 7, (citati da Isotton, *Crimen in itinere*, p. 40) e Deciani, *Tractatus*, IX, XXXV, n. 4: «[...] nisi ad aliquem actum devenit [...]». Su Deciani anche Pifferi, *Generalia*, p. 237.

⁹ Così Isotton, *Crimen in itinere*, p. 46. Ciò nonostante, alcuni interpreti, tra i quali l’autore menziona Arnaldo Albertini e Ludovico Carerio, nel tentativo di non far «cadere» il principio generale, consideravano la confessione dell’eretico come *voluntas externa* o *voluntas deliberata* a giustificazione dell’irrogazione della sanzione. Sul punto Isotton, *Crimen in itinere*, p. 48 e Pifferi, *Generalia*, pp. 238-240. Si leggano anche le parole di Claro, *Liber V*, par. *Haeresis*, n. 24 sull’effetto dell’abiura da parte dell’eretico: «Caeterum si hereticus poeniteat et paratus sit redire ad fidem ecclesiae et abiurare suam heresim, evitat poenas de jure haereticis impositas, est tamen ad perpetuus carceres condemnandus».

¹⁰ Pifferi, *Generalia*, p. 232, richiama Deciani, *Tractatus criminalis*, IX, XXVIII, n. 3. Cfr. Menochio, *De arbitrariis iudicium*, cas. 360, n. 5, citato da Isotton, *Crimen in itinere*, p. 32, nota 27: «Ius Civile aut

principio *nuda cogitatio crimen non est, nec quisquam poenam eius patitur* nel capitolo di apertura dei *Prolegomena*, sposando la logica del maestro udinese, senza tuttavia citarlo direttamente.¹¹

Distinguendo fra semplice pensiero e tentativo, il nostro autore si esprime *apertis verbis* circa l'equiparabilità del *conatus* al *crimen perfectus*: l'impostazione è coerente ad una visione di *voluntas* intesa come scelta nel deliberare;¹² e se poi tale impostazione è avallata dal diritto romano, che «poneva [...] sullo stesso piano chi avesse consapevolmente posto in essere atti diretti ad uccidere senza raggiungere l'obiettivo e chi avesse consumato l'omicidio»,¹³ meglio ancora.

Quando l'agire è stato determinato da un principio razionale e non è ravvisabile alcuna coercizione interna o esterna, allora la condotta è completamente ascrivibile all'agente. E dal momento che il *crimen* è il prodotto di una deliberazione, sarà tale non solo quello consumato, ma anche quello iniziato e non condotto a termine,¹⁴ purché all'*animus* si accompagni *de crimine assumto aliquum actum inchoatum*. E così, si chiede il criminalista assiano, se qualcuno ha cospirato per la morte del Principe o dei suoi senatori, se ha preparato un veleno, se porta una spada allo scopo di uccidere un

Pontificium est pro hominum actionibus conditum, ac de his quae extrinsecus ab eis gerentur, ita nec punire, quae intrinsecus apud eos sine alterius laesione non sunt: nam [...] aliter leges, aliter Philosophi tollunt astutias: leges, quatenus manu tenere res possunt, Philosophi quatenus ratione et intelligentia». Sul principio *cogitationis poenam nemo patitur* si vedano in particolare Isotton, *Crimen in itinere*, pp. 9 e ss., ove maggiori ragguagli bibliografici; Mereu, *Storia del diritto penale*, pp. 98 e ss.; Cavanna A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, Milano, 1970, pp. 17 e ss., 24 e nota 47, 29 e nota 54, e ss. e bibliografia ivi citata.

¹¹ DC *Prolegomena*, 1.5. Partendo dalla constatazione che il crimine può essere perpetrato solo con dolo, Matthaeus conclude: «Nuda cogitatio crimen non est, nec quisquam poenam eius patitur (D. 48.19.18.- Cogitationis poenam nemo patitur)»: il legislatore non si interessi della *prava cogitatio*, che è oggetto di speculazione più dei filosofi e dei poeti, ma dei fatti (DC *Prolegomena*, 1.6.). A suffragio dell'assioma, l'autore richiama alcuni *loci* giuridici e non. Trifonino: «Sebbene qualcuno possa essere chiamato ladro, bandito o adultero per aver reso nota l'intenzione di commettere questi reati, tuttavia, per la sussistenza del reato *oportet crimina assumto actu intelligi*»; D. 50.16.225.: «[...] chi non si è appropriato della cosa altrui contro il volere del padrone, chi non ha disonorato la donna di un altro, non è adultero o ladro, anche se quello era stato il suo proponimento e, se si fosse verificata l'occasione, avrebbe commesso quei reati»; Cicerone, *De officiis*, lib. III: «Aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias: Leges, quatenus manu tenere possumus: philosophi, quatenus ratione et intelligentia». E per 'fugare ogni dubbio' prende in considerazione anche i *loci* che venivano utilizzati dai sostenitori della tesi contraria – Adriano (D. 48.8.14.): «In maleficiis voluntas spectatur, non exitus»; Arcadio e Onorio (C. 9.8.5.): «[...] eadem enim severitate voluntatem sceleris qua effectum puniri iura voluerunt»; Paolo (*Pauli sententiarum*, 5.23.1.): «Consilium uniuscuiusque, non factum puniendum est»; Cicerone, *Pro Milone*: «Nisi forte, quia perfecta res non est, non fuit punienda. Perinde, si exitus rerum, non hominum consilia legibus vindicentur»; Valerio Massimo, *Acta et facta memorabilia*, lib. VI, Cap. I: «Non enim factum tunc, sed animus in quaestionem deductus plusque voluisse peccare nocuit, quam non peccasse profuit»; Donato, *In Andria*: «Non perficere, sed conari aliquid velle ad scelus perfectio est»; Giovenale: «Nam scelus intra se tacitum qui cogitant ullum, facti crimen habet» (DC *Prolegomena*, 1.6.) – per concludere: «[p]laeraque haec loca non de cogitatione nuda loquuntur, sed de crimine assumto aliquo actu inchoato».

¹² Cfr. *supra*, cap. 4, par. 1.

¹³ Di Renzo Villata, *Egidio Bossi*, p. 509. L'autrice fa riferimento a C. 9.16.6(7.): «Is qui cum telo ambulaverit hominis necandi causa, sicut is, qui hominem occiderit vel cuius dolo malo factum erit commissum, legis Corneliae de sicariis poena coercerunt». Isotton, *Crimen in itinere*, p. 10, sulla scia di Glöckner F., *Cogitationis poenam nemo patitur. Zu den Anfängen einer Versuchslehre in der Jurisprudenz der Glossatoren*, Frankfurt/Main, 1989, p. 258, riporta un elenco dei principali passi della compilazione giustinianea oggetto del lavoro interpretativo dei Glossatori.

¹⁴ DC *Prolegomena*, 1.6.

uomo, se ha turbato una cerimonia nuziale, se ha gettato in terra una vergine per stuprarla, chi potrà dire che tutto questo non sia configurabile come un reato, anche se l'agente non ha potuto portare a compimento i propri propositi?¹⁵

Matthaeus è «carente di informazioni per quel che riguarda il problema forse più significativo della disciplina del delitto tentato, quello della definizione dei criteri distintivi delle varie fasi dell'*iter criminis*»,¹⁶ e sembra distinguere fra *acti interni* e *acti externi*, giudicando solo i secondi, perché tipicamente e direttamente concorrenti a formare l'azione criminosa, punibili con la sanzione stabilita per il crimine perfezionato, proponendo una costruzione nella quale la storiografia tedesca della prima metà del Novecento vide un notevole progresso verso il moderno *Versuchsbegriff*.¹⁷

A ben guardare, non si riesce ad intravedere la sintesi concettuale prospettata da Schlüter ed è difficile non constatare che in quegli stessi anni pare ragionare meglio Carpzov che, pur non ancora nella cornice dei *generalia*, riesce ad incastonare fra le ampie maglie della *Carolina* una *definitio* che «con grande lucidità riassume la produzione giuridica precedente (in particolare il pensiero di Claro) *more geometrico*».¹⁸

Il padre della Scuola pratica sassone, partendo dal presupposto che non si possa parlare di tentativo punibile se non quando l'agente *non steterit in nudis terminis cogitationis*, riesce ad inquadrare il concetto di *actus proximus*: «non [...] sufficit,

¹⁵ DC *Prolegomena*, 1.6. Nelle pagine processuali dell'opera (titolo XVIII del Libro XLVIII), Matthaeus ribadisce, meglio esplicitandola, l'*opinio* espressa nei *Prolegomena*; argomentando ex D. 48.5.13(12). – «Lex Julia nominatim de facto adulterio stuprove, non etiam cogitatio loquuta sit» (DC 48.18.4.13.) – distingue fra *acti interni* e *acti externi* e giudicando solo i secondi punibili con la sanzione stabilita per il crimine perfezionato. Principio confermato in DC 48.2.2.4. dove, commentando la *lex Julia Maiestatis*, – «conatus criminis eadem poena puniendus, qua consummatum scelus» – il nostro autore rilegge gli «iura, qua eadem severitatem voluntatem sceleris, qua effectum puniri voluerunt» e conclude che se «per voluntatem et cogitationem, non nudam cogitationem intelligere debemus, huius enim poenam nemo patitur (D. 48.19.18.) sed quam sequuta est ipsius sceleris inchoatio aliqua, veluti si venenum paraverit, tametsi nondum porrexit Principi [...]» (D. 48.4.3., D. 48.4.18., 50.16.225.). Interessante lo scavo d'indagine attorno al *crimen perduellionis*, ove Matthaeus contesta l'*opinio Bartoli* che ammetteva la punizione dei correi sulla base della *sola scientia*, con una *sententia* che, a sentir Baldo, avrebbe potuto far precipitare negli inferi l'anima del maestro umbro: il nostro autore richiede per l'ammissibilità della sanzione della *sola scientia* validi indizi di colpevolezza del tradimento, ammettendo tutt'al più la tortura nel caso in cui in cui il Principe o la *Respublica* versino in stato di grave pericolo (DC 48.2.3.23.). Sul punto, si veda Renazzi, *Elementa*, lib. IV, pars III, cap. II, VII, nota 1, che dà conto della ricostruzione del criminalista batavo in DC 48.2.3.23.: «Scriptores fere omnes rerum criminalium heic meminisse solent, contentionis, quae intercessit duos inter notissimos Juris Romani Interpretes, Bartholum, atque Baldum, circa consocios in crimine perduellionis. Bartolus enim scripsit solam scientiam sufficere ad poenam huius delicti: Baldus vero animam Bartoli ob hanc doctrinam in Inferno excruciaci dixit. Utriusque rationes narrat, et doctissime suo more expedit Matthaeus loc. supr. cit. quem unusquisque consulere poterit».

¹⁶ Isotton, *Crimen in itinere*, p. 143, nota 29.

¹⁷ Così Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 34.

¹⁸ Isotton, *Crimen in itinere*, p. 139. In terre di Germania la situazione era resa più complicata dalla solita formulazione 'aperta' del dettato della *Carolina* che nell'art. 178 si «limita[va] a ribadire la necessità che il comportamento antidoveroso si [fosse] manifestato mediante atti esterni "ad effectum seu complectionem maleficiis conducentibus"» (così Isotton, *Crimen in itinere*, p. 135, che riporta la lettera della norma: «Si quis maleficiis apparentibus factis ad effectum seu complectionem maleficiis conducentibus molitur seu conatur, ac quo minus tale facinus perficiat, aliis mediis contra suam voluntatem impeditur: ea voluntas, ex qua facinora aliqua (ut praeponitur) emergunt, criminaliter et poenaliter corripienda puniendi est. Sed in alio casu severius quam alio, ex respectu et qualitate causarum. Idcirco iudices poenam propter (ut sequitur) consulunt, scilicet quomodo ea corpori aut vitae sit imponenda»).

quod actus sit simpliciter propinquus delicto, sed proximus esse debet ispi consummationi et perfectioni delicti, ita ut sit ultimus actus, qui a delinquente agendus est ad criminis perfectionem». ¹⁹ E sul fronte sanzionatorio, al cospetto ad una dottrina discorde e ad una prassi che non produce una giurisprudenza costante, il 'Bartolo tedesco' rilegge l'*opinio Clari*, ammettendo la comminazione della pena prevista ordinariamente per il delitto consumato solo nei casi espressamente stabiliti dalla legge e qualora sia accertabile il compimento di un *actus proximus*, lasciando le restanti ipotesi all'*arbitrium iudicis*. ²⁰

È proprio l'imbarazzo degli *interpretes* al cospetto della rigidità del dettato romanistico – che spesso viene addirittura dichiarato abrogato a favore del più elastico diritto consuetudinario – ²¹ la causa prima di una prassi forense che, invitata ad *inclinare semper in mitiorem partem*, «perpetua un uso dell'*arbitrium* sregolato e contraddittorio, non rapportabile ad alcun criterio di certezza». ²² In terre d'Italia si passa da assoluzioni piene, ²³ a sanzioni *extra ordinem*, ²⁴ a sanzioni ordinarie che, in alcuni casi, prevedono addirittura la comminazione di pene esemplari. ²⁵ E nei territori dell'Impero non è molto diverso, anche se forse un aspetto accomuna le corti d'Europa dei secoli XVI e XVII: la severità di fondo nei confronti del crimine su commissione, pur se solo tentato.

Anche Matthaeus si allontana dal dettato romanistico e, constatando l'evidente scollatura fra legge (*rectius*, diritto romano) e dottrina, ammette che l'*opinio Clari* – attestata da Covarruvias come *communis* – ²⁶ trova consenso in tutto il continente. ²⁷ Questo detto, il criminalista batavo contesta sia coloro che propongono la sanzione ordinaria per il cri-

¹⁹ Carpov, *Practica*, qu. 19, n. 58, citato da Isotton, *Crimen in itinere*, p. 141 e nota 19.

²⁰ In argomento, Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, p. 160, che riporta le parole del giurista alessandrino: «Aut vel statutum in huiusmodi atrocissimis expresse punit solum conatum, et servanda est. Aut non punit expresse conatum, et standum est generali consuetudini, ut conatus non puniatur, nisi sequatur effectus».

²¹ Sul punto, Laingui, Lebigre, *Histoire du droit pénal*, pp. 52-53.

²² Così Cavanna, *La codificazione penale in Italia*, p. 205. Le parole sono riferibili, in realtà, a Giulio Claro che riconobbe come l'invito ai giudici ad «inclinare semper in mitiorem partem» avesse contribuito a strutturare proprio questa modalità di gestione incerta e sregolata dell'*arbitrium*. In argomento, si vedano anche Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, p. 161, Schnapper, *Les peines arbitraires*, I, pp. 268-270 e II, pp. 86 e ss. e, con particolare riferimento alle fonti consiliari, Lucchesi, *Si quis occidit*, pp. 83 e ss., che a p. 84 scrive: «È noto, difatti, come l'attenzione dei giuristi dotti nei confronti della figura del tentativo di omicidio, scaturisse soprattutto dal fatto che essi si resero precocemente conto dell'esistenza di una *generalis consuetudo* e di una normativa statutaria tendenzialmente orientate a seguire un indirizzo, sul piano punitivo, del tutto diverso da quello prospettato dalle antiche *leges*».

²³ Laingui, Lebigre, *Histoire du droit pénal*, p. 53, citano un provvedimento del 3 giugno 1547, allegato da Claro, con il quale il Senato di Milano arrivò ad assolvere un tale «Petrus Vicarietus qui puellae nubilus lectum ascenderat, et pectus tetigerat, neque ultra progressus fuerat».

²⁴ Laingui, Lebigre, *Histoire du droit pénal*, p. 53, riportano una Sentenza del Consiglio di Napoli, allegata da Claro, che sanzionava *extra ordinem* un attentato al pudore con 'scalata notturna'.

²⁵ Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, p. 160, fa riferimento a numerosi provvedimenti che dimostrano come la «prassi secentesca in particolare dimostrerà quale uso il Senato milanese facesse del potere arbitrario: in quattro casi furono condannati alla forca coloro che avevano assunto, senza condurlo a termine, un mandato *ad occidendum* ed in un caso, occorre sottolineare, neppure si addivenne *ad actum proximum*».

²⁶ Covarruvias a Leyva D., *In clem. Si furiosus de homicidio commentarii* [c. un., Clm., 5, 4], *Secundae partis Relaectionis*, n. 11, citato da Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, p. 160 e nota 495.

²⁷ DC 48.18.4.13., ove a margine si citano Menochio, *De arbitrariis iudicium*, caus. 360, n. 2 e Tiraqueau, *De poenis*, caus. 25 e 38.

mine perfezionato e quella straordinaria per quello tentato,²⁸ sia coloro che, distinguendo *ex qualitate criminis* sulla scia del giurista alessandrino, optano per la comminazione della sanzione ordinaria ai *crimina atrocissima* e della sanzione straordinaria alle ipotesi residue.²⁹ A parere del nostro autore, i primi sbagliano perché *crimen perfectus* e *conatus*, entrambi prodotto di volontaria deliberazione, sono ontologicamente equiparabili; i secondi perché la *distinctio* fra *crimina gravia et levia* e ancor più fra *crimina gravissima et graviora* è relativa, in quanto espressione di una società in continua evoluzione: agli occhi di un giurista che già ragiona con afflato relativistico, infatti, i crimini considerati turpi nell'antica Roma non lo sono o lo sono meno nell'Europa del Seicento, mentre crimini reputati gravissimi nel Secolo di ferro potevano essere risibili agli occhi degli antichi romani.

Nella prospettiva del nume tedesco-olandese gli unici 'crimini sempiterni' sono l'omicidio (e, dunque, il suicidio per cattiva coscienza),³⁰ il parricidio, il *raptus* e il *crimen lesae* – turpi per natura – equiparabili, quindi, al *crimen perfectus* anche dal punto di vista sanzionatorio,³¹ mentre le restanti ipotesi sono lasciate alla *prudencia*

²⁸ DC 48.18.4.13. Conformi Claro, *Liber V*, par. fin. qu. 92 e Favre A., *Opera Omnia*, in C. de poen. (C. 9.47.), def. 20. Matthaeus presenta i *loci pro et contra*: i primi, C. 9.8.5., nel quale vediamo come la *lex Julia Maiestatis* sanzionasse con la medesima pena il tentativo e il reato perfetto, D. 48.8.1.-7. e C. 9.16.6., dai quali si può dedurre che sulla base della *lex Cornelia* veniva condannato al gladio non solo chi avesse ucciso un uomo, ma anche chi fosse stato trovato in possesso di un'arma allo scopo di uccidere qualcuno, D. 48.9.1., dal quale si evince che la *lex Pompeia* sanzionava colui che aveva acquistato veleno per somministrarlo al padre, quand'anche non fosse riuscito nel proprio intento, D. 48.8.14., nel quale è dettato il principio generale «*in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*», C. 9.46.7. e C. 9.46.10., dove si legge che il calunniatore veniva punito con la pena del taglione anche se la calunnia proferita non avesse ottenuto il risultato sperato, cioè far condannare un innocente per un falso crimine. Tra i *loci pro* il criminalista olandese annovera anche lo *ius divinum* che sanziona con la pena capitale il tentativo di idolatria (Deuteronomio 13, versetti 5 e ss.) e la falsa testimonianza resa al solo fine del raggiro del fratello, quand'anche lo scopo non sia stato raggiunto (Deuteronomio 19, versetti 16 e ss.: «*Licet improbum consilium destituerit eventus*»). I *loci contra* elencati dall'autore sono, invece, D. 47.11.1pr. e D. 47.11.2., nei quali osserviamo il *sollicitator alienarum nuptiarum* essere sanzionato *mitius* rispetto all'adultero, D. 48.10.6.22.4., che concede la remissione della pena a colui che abbia tentato di farsi assegnare fraudolentemente un legato, «*si res effectum non habet*», D. 3.2.3. che «non segna col marchio d'infamia qui locavit operas suas, ut in arenam prodiret, si non prodiderit», D. 47.2.21.7. e D. 47.2.7., che «non puniscono con la pena ordinaria il ladro che entra in casa altrui per commettere un furto, fino a quando non si approprii di niente», Exodus 21,2,12,18,19, numero 35 versetto 16 e Deuteronomio 19, che «sembra[no] non voler sanzionare con la pena capitale il *conatus solus*».

²⁹ Tiraqueau, *De poenis*, causa 40: «*De jure communi conatus proximus delicto, aequè puniatur, in atrocioribus, ac si delictum fuisset consumatum*»; analogamente Farinaccio, *Praxis*, par. *De homicidio*, qu. 124, n. 9. A sentir Matthaeus, fonte prima della controversia dottrinale era D. 3.2.3. che, distinguendo tra *gravia et levia maleficia*, aveva spinto i giureconsulti a rispondere che la *locatio operarum*, con la quale si reclutavano uomini liberi per i *ludi gladiatorii*, non fosse una fattispecie sufficientemente turpe da dover sanzionare il *consilium solum*. Il nostro autore ritiene che, se si ragionasse in questi termini, la *communis sententia*, in applicazione delle leggi romane, dovrebbe essere corretta in maniera tale da punire il tentativo come il crimine perfetto «non solum in gravissimis, sed in gravioribus»; infatti, anche se l'omicidio è annoverato non fra i crimini gravissimi ma fra i *graviora*, ciò nonostante la *lex Cornelia de sicariis* equipara quanto a sanzione colui che si aggira con un'arma per uccidere qualcuno al sicario che commette omicidio. La scala dei valori della società dell'antica Roma, tuttavia, era assai diversa rispetto a quella dell'Europa del Seicento e se la sodomia, «*etsi sacris paginis imbutis*», era un crimine gravissimo, tuttavia esso veniva considerato dagli antichi romani più lieve rispetto all'adulterio.

³⁰ Cfr. *supra*, cap. III, par. 2.6.

³¹ Cfr. *supra*, cap. III, par. 2.2.

judicis che, valutate tutte le circostanze del caso, sarà in grado di determinare una sanzione equa e proporzionata.³²

In questo frangente, l'*opinio* del Rettore di Utrecht ben si accorda con quella *communis*, che sposa il generale principio attenuativo con l'eccezione delle ipotesi che per espressa previsione normativa prevedono la comminazione della sanzione ordinaria e «[t]ale circostanza pare essere adombrata dallo stesso Matthaeus allorquando, [commentando la *Lex Cornelia de sicariis* afferma] che alla *poena extraordinaria* irrogata *ex arbitrio judicis*, si [debba far] luogo “*omnibus casibus, lege non expressis*”». ³³

La *sententia Matthaei* rimane nell'ombra nella terra d'elezione,³⁴ ma riesce a far breccia sia nella dottrina che nella prassi patrie;³⁵ in argomento, destano un notevole interesse due opere del tardo *Usus modernus*: la *Electa iurisprudentia* di Johannes Heinrich Berger – che discute una serie di provvedimenti dei tribunali di Sassonia e Württemberg che assicurano la punizione del tentativo e dei *conscii* proprio riprendendo le soluzioni proposte dal nostro autore –³⁶ e le celebri *Meditationes ad Pandectas* di Augustin Leyser che richiamano due sentenze del Consiglio di Facoltà di Helstädter del marzo 1717, che sanzionano *conatus* e *cooperatio ad scelus* riferendosi a Matthaeus come «*bewärtem Rechtslehrer*». ³⁷

5.2. La *cooperatio ad scelus*.

I *topoi* del penale egemonico nell'Età dell'Assolutismo e della Riforma.³⁸ Premesse

Alcuni dei cambiamenti che caratterizzano con modalità sempre crescenti il passaggio dagli ultimi scorci del Medioevo all'età moderna, portano con sé, in particolare nei conglomerati urbani, l'infittirsi e il complicarsi dei rapporti sociali, un modo di porsi degli individui nei confronti della realtà più libero da soggezioni, più 'spavaldo' persino nel ricorrere alla prepotenza sulle cose e sugli altri per procurarsi strumenti di af-

³² Si vedano, ad esempio, le argomentazioni addotte dall'autore in DC 48.5.5.3. in tema di tentativo di incendio che, pur reato considerato gravissimo da molti, a suo dire non sempre meritasse la sanzione capitale; il criminalista, infatti, distingue l'incendio dolosamente appiccato per uccidere il nemico capitale, da quello determinato da colpa: «*Verum cum non omnia incendia aequae gravia sint, idcirco nec conatus omnis aequae gravis videri potest; totum hoc relinquendum censeo iudicis prudentiae, ut is pensatis circumstantiis, vel capitale, vel levior poenam reo irroget*».

³³ Così Isotton, *Crimen in itinere*, p. 144, nota 35, che richiama a DC 48.5.11.

³⁴ Così Isotton, *Crimen in itinere*, p. 145, in particolare nota 46.

³⁵ Si veda l'influenza esercitata dal pensiero di Matthaeus su Ziegler C., *Die Poenis*, Wittenberg, 1764, par. 36, che cita direttamente DC 48.19.5.3. e Meister der Ältere C.G., *Principia iuris criminalis Germaniae communis*, Göttingen, 1760, parte II, parr. 8.9.10. I *Principia*, apparsi a Göttingen nel 1755, come si può dedurre già dall'intitolazione un'opera tutt'altro che di frontiera, bipartivano un diritto criminale ancora sostanzialmente legato alla tradizione di diritto comune in parte sostanziale e processuale. Le teorie di Matthaeus 'attecchiscono' solo con riferimento al tentativo ed al concorso di persone, cui nulla aggiungono, restando così allo stadio di lavori preparatori. Al contrario – e pare assurdo, vista la datazione dell'opera – il settore che meno recepisce le idee del nume tedesco-olandese è quello dedicato al processo.

³⁶ Berger J.H., *Electa iurisprudentia criminalis*, Leipzig, 1706, cap. III, 1.16, 2.3.1, 2.3.4.

³⁷ Leyser A., *Meditationes ad Pandectas*, Halle, 1772, IX, pp. 691 e 727-729.

³⁸ La felice espressione è ripresa da Pifferi M., *Il mandatum nella criminalistica del Cinquecento. Funzioni argomentative e logiche punitive*, in «*Historia et ius, Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*», n. 1/8, 2012.

fermazione personale adeguati a modelli di vita suggeriti da una società in frenetica evoluzione.³⁹ Questo processo di trasformazione, che coinvolge gli individui a vari livelli e che procede parallelamente al lento travaglio di costruzione delle nuove strutture statuali, determina una alterazione dei valori che, sospinta da continue dispute ideologico-religiose, porta a modificare profondamente, nel bene e nel male, il modo di vivere di interi continenti.⁴⁰ È, quindi, abbastanza naturale che in siffatti contesti, anche la trasgressione alle leggi e la concezione stessa di criminalità, si pongano con elementi di novità. Allo stesso modo, appare naturale che il nuovo tipo di potere politico che va consolidandosi, cerchi di mettere freno e ordine in situazioni così conflittuali, tendendo, così, a dilatare, in maniera spesso confusa, la sfera dei comportamenti considerati criminali o pericolosi per la collettività e a giustificare l'affermazione di manovre di stampo repressivo.

È impressionante che il Cinquecento registri un intensificarsi di episodi di diffusa prepotenza nei rapporti interpersonali: la rissa, spesso con esiti mortiferi, data l'estrema facilità in queste epoche di conseguenze mortali delle ferite pur di poco conto, la prevaricazione violenta di chi pretende dagli altri qualcosa (assai diffusa quella a sfondo sessuale), l'omicidio su commissione, la criminalità professionale, appaiono come fatti endemici per le strade di città grandi o piccole, ma soprattutto nelle campagne, del Vecchio continente. Accanto ai reati per così dire tradizionali, in quest'epoca di apertura dell'età moderna altri comportamenti acquisiscono più esteso rilievo in ambito criminale, comportamenti che l'*establishment*, confusamente e spesso sproporzionatamente, tende a reprimere per il bene della collettività e per la sua stessa esistenza.

Il crimine su commissione, in particolare, è un *topos* sul quale si è concentrata già la dottrina medievale per due ordini di considerazioni, morale l'una e politica l'altra. In un'età nella quale i concetti di crimine e peccato tendono a sovrapporsi in una configurazione di responsabilità penale dai manifesti risvolti etici,⁴¹ l'attribuzione a titolo di responsabilità (morale e) giuridica a «colui che induce, favorisce o istiga l'altrui *animus delinquendi*» è improrogabile esigenza della giustizia divina e di quella umana.⁴²

Si tratta di capire se, ed eventualmente in quale misura, sia imputabile al *dans* il *consilium*, o il *mandatum*, o l'*auxilium*, l'atto compiuto dall'*accipiens*, si tratta di

³⁹ Così Scarabello S., *Pauperismo, criminalità e istituzioni repressive*, in «La Storia», VIII, Novara, 2007, pp. 399-400. Sul processo di trasformazione socio-economica e sulle problematiche ad esso sottese si vedano Tenenti A., *La formazione del mondo moderno. XIV-XVII secolo*, Bologna, 1980; Kamen H., *Il secolo di ferro: 1550-1660*, Roma-Bari, 1982; Kamen H., *L'Europa dal 1500 al 1700*, Roma-Bari, 1998; Ritter G., *La formazione dell'Europa moderna*, Roma-Bari, 2001; P. Bairoch, *Storia economica e sociale del mondo*, vol. II, Torino, 1999; Hinrichs E., *Alle origini dell'età moderna*, Roma-Bari, 2002.

⁴⁰ Sull'affermazione dello Stato assoluto e del suo apparato repressivo si vedano Sbriccoli M., *Storia del diritto penale e della giustizia: scritti editi e inediti*, a cura di Fioravanti M., *Lo Stato in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2003; Birocchi I., *La giustizia di tipo egemonico: qualche spunto di riflessione*, in *Penale, giustizia, potere: metodi, ricerche, storiografie; per ricordare Mario Sbriccoli*, Macerata, 2007, pp. 179-211; Alessi G., *La giustizia pubblica come "risorsa": un tentativo di riflessione storiografica*, in *Penale, giustizia, potere: metodi, ricerche, storiografie; per ricordare Mario Sbriccoli*, in particolare pp. 213-234, e sui profili storico-sociali di tale aspetto si rinvia al già citato Scarabello, *Pauperismo*, pp. 399 e ss. Sull'imposizione per via processuale di una giustizia autoritativa, pubblica e 'statale' si veda la bibliografia in nota 57 al par. 1 del cap. 3.

⁴¹ Cfr. *supra*, cap. III, par. 1.

⁴² Pifferi M., *Il mandatum nella criminalistica del Cinquecento*, p. 5.

capire se, ed eventualmente in quale misura, il contributo all'ideazione o alla realizzazione del reato – fornito da un soggetto diverso dall'autore, materiale esecutore – possa ritenersi causa (*causa efficiente*) della commissione del reato stesso.⁴³

I giuristi dell'età di mezzo pongono l'accento sul «nesso che lega giuridicamente la responsabilità dell'ideatore e dell'esecutore», ragionando di *unum et idem delictum* e considerando il «mandante imputabile e punibile alla stessa stregua del sicario»,⁴⁴ con una chiave di lettura che si perpetua nei secoli perché perfettamente confacente al penale egemonico e alle costruzioni teoriche di quegli *interpretes* che ne garantiscono l'operatività pratica.⁴⁵

E proprio nel XVI secolo la disciplina della complicità in omicidio assume, se possibile, rilievo ancora maggiore, investendo sia aspetti sostanziali – in quanto 'contenitore' privilegiato per l'analisi del tentativo, dell'omissione, della preterintenzione e dell'*aberratio delicti* – che processuali, incidendo sulla modalità di persecuzione dei *consci* e sul diritto del giudice di 'arbitrare' la pena, graduando la stessa sulla base del ruolo che ciascun correo ha avuto nella costruzione del reato. Questione cruciale questa «*in cuius intellectu pauci navigaverunt sine periculum*»⁴⁶ e che

costringe i giuristi [...] ad un faticoso lavoro di sintesi concettuale per fornire agli operatori del diritto un modello di partecipazione che riduca entro linee generali unitarie la multiforme casistica, le difformi previsioni statutarie sulla punibilità dei complici, le controverse *opiniones* in tema di responsabilità penale dolosa, le tesi canonistiche che accentuano l'*animus* più dell'*exitus*.⁴⁷

⁴³ Così Speciale, *Alteri ad delictum praebeuit occasionem*, pp. 2-3.

⁴⁴ Pifferi, *Il mandatum nella criminalistica del Cinquecento*, p. 5.

⁴⁵ Generalmente la dottrina sposava l'*opinio Bartoli* (Bartolo da Sassoferrato, *In secundam Digesti Novi Partem*, Venetiis, 1590, ad D. 47.2.34., *De furtis*, l. *Is qui opem*, n. 5: «[...] ego dico quod regula est quod praestans opem punitur eadem poena qua principalis punitur» e ad D. 47.2.50.1., *De furtis*, l. *In furti*, par. *Ope*, n. 2: «Et iste punitur eadem poena qua principalis delinquens habita tamen distincione qualitatiss») anche se alcuni autori ritenevano preferibile che la decisione fosse lasciata al giudice, che avrebbe potuto meglio 'arbitrare la sanzione' in relazione all'effettivo contributo del correo alla costruzione del reato. Per una breve disamina del pensiero di Bartolo, si veda Marongiu A., voce *Concorso di persone nel reato (diritto intermedio)*, in «Enciclopedia del diritto», vol. VIII, Milano, 1961, pp. 564-565. Per atteggiamenti differenti nell'età delle *Practicae* si vedano Bianchi, *Practica criminalis*, par. *postquam vidimus*, n. 5 e Claro, *Receptae Sententiae*, par. *finali*, qu. 90: «[...] Aut vero non praecessit aliquis tractatus vel deliberatio, et tunc placet opinio contraria, quod si quidem auxiliator praebeuit causam delicto, puniatur eadem poena [...]. Si vero non praebeuit causam, tunc puniatur mitiori poena, quam ipse principalis delinquens, praestertim si praestitit auxilium post commissum delictum, non dicitur vere auxiliator [...]. Et ideo regulariter non est puniendus ea poena, qua principalis, sed mitiori». Sul punto, Danusso C., *La compartecipazione criminosa nel pensiero di Jacopo Menochio*, in *Amicitiae Pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, a cura di Padoa Schioppa A., G. di Renzo Villata, G.P. Massetto, I, Milano, 2003, pp. 662-663. Speciale, *Alteri ad delictum praebeuit occasionem*, p. 8, sottolinea come le riflessioni di Rogerio, Azzone, Bartolo, Baldo, Cipolla, Claro, Farinaccio, Deciani, Menochio siano testimonianza di «una continuità d'interesse per le forme di compartecipazione criminosa che scandisce i secoli dell'esperienza giuridica bassomedievale e dell'età moderna».

⁴⁶ Sono parole di à Plaça à Moraça, *Epitomes delictorum*, lib. I, cap. XII pr., citato da Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, p. 165 e da Lucchesi, *Si quis occidit*, p. 175, nota n. 4.

⁴⁷ Pifferi, *Il mandatum nella criminalistica del Cinquecento*, p. 1. Sul tema della copartecipazione si vedano Pertile, *Storia*, V, p. 579; Calisse, *Svolgimento*, pp. 101-165; Laingui A., *La théorie de la complicité dans l'ancien droit pénal*, in «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», 45, 1977, pp. 27-49;

Il criterio maggiormente utilizzato per discriminare le differenti *categoriae*, essenzialmente cronologico, distingue fra atti commessi prima, contemporaneamente o successivamente alla realizzazione dell'evento,⁴⁸ con l'individuazione di differenti figure di compartecipazione mutuate, comunque, dalla casistica giustiniana:⁴⁹ l'ordine o co-

Laingui, Lebigre, *Historie du droit pénal*, pp. 58-63; Masucci L., sub voce *partecipazione*, in *Il Digesto Italiano*, vol. XVIII, parte prima, Torino, 1906-1910, par. 28, p. 458; Brasiello U., voce *Concorso di persone nel reato (diritto romano)*, in «Enciclopedia del diritto», vol. VIII, Milano, 1961, pp. 561-564; Marongiu, voce *Concorso di persone nel reato (diritto intermedio)*, pp. 564-568; Ravà A., voce *Concorso di persone nel reato (diritto canonico)*, in «Enciclopedia del diritto», vol. VIII, Milano, 1961, pp. 606-607; Speciale, *Alteri ad delictum praebuit occasionem*, che, nel «labirinto ipertestuale della *scientia iuris*», ripercorre le riflessioni in tema di compartecipazione espresse dall'allievo di Samuel Styrk, Johannes Andreas Birmer Brega Silesius. Sui rapporti fra diritto comune e statuario nel regime sanzionatorio della complicità, Danusso, *La compartecipazione criminosa*, pp. 691-696. Sul *mandatum* in particolare, Pifferi, *Il mandatum nella criminalistica del Cinquecento*, e Pifferi, *Generalia*, pp. 424-451. Cenni sulla disciplina statutaria in argomento di mandato in Napodano G., *La dottrina del concorso dei delinquenti nella Storia del diritto penale*, in A. Cheuveau e F. Hélie, *Teorica del Codice penale*, vol. I, Parte Prima, Napoli, 1895, Appendice I, pp. 373-374.

⁴⁸ «La tripartizione era stata scolpita con la consueta chiarezza da Bartolo da Sassoferrato, il quale tuttavia, reputava preferibile escludere dalla categoria le forme di collaborazione intervenute dopo il delitto: “quandoque quis praestat auxilium ante maleficium, ut si praestat ferramenta, vel scalam, causa faciendi furtum, vel pecuniam causa inveniendi assassinum, vel domum, ubi stet ad talia faciendum, et similia [...]”. Quandoque praestatur auxilium, post maleficium, ut puta quidam praestitit auxilium homicidae ad evadendum: vidi iam aliquos assessores illos punire, tanquam praestantes opem homicidio [...]. Sed mihi non placet [...]». Così Danusso, *La compartecipazione criminosa*, pp. 661-662, che richiama Bartolo, *In secundam Digesti Novi Partem*, Venetiis, 1590, ad D. 47.2.50.1., *De furtis*, par. *Ope*, nn. 2 e 4. Sulla tripartizione anche Claro, *Receptae Sententiae*, par. *finali*, qu. 90: «Ego tamen [...], praesuppono quod tripliciter potest praestari auxilium delinquenti, Primo ante delictum, Secundo in ipso delicto, Tertio post delictum consummatum [...]». Sul punto si veda anche Di Renzo Villata, *Egidio Bossi*, p. 534.

⁴⁹ Il diritto romano offriva una *sylva* dalla quale pareva emergere un principio generale che, con alcune eccezioni, considerava *reus, participes vel socius* chiunque avesse *ope et consilio* assistito il reo principale. I *loci* di maggior interesse per gli *interpretes* sono D. 47.2.36 pr.: «Qui servo persuasit, ut fugeret, fur non est: nec enim qui alicui malum consilium dedit, furtum facit, non magis quam si ei persuasit, ut se praecipitet aut manus sibi inferret: haec enim furti non admittunt actionem. Sed si alius ei fugam persuaserit, ut ab alio subripiat, furti tenebitur is qui persuasit, quasi ope consilio eius furtum factum sit. Plus Pomponius scripsit eum, qui persuasit, quamvis interim furti non teneretur, tunc tamen incipere teneri, cum quis fugitivi fur esse coeperit, quasi videatur ope consilium eius furtum factum»; D. 48.8.15.: «Nihil interest, occidat quis an causam mortis praebeat»; D. 47.2.50.1.: «Ope consilio furtum factum Celsus ait non solum, si idcirco fuerit factum, ut socii furarentur, sed et si non, ut socii frarentur, inimicitiarum tamen causa fecerit»; D. 47.2.50.2.: «Recte Pedius ait, sicut nemo furtum facit sine dolo malo, ita nec consilium vel opem ferre sine dolo malo posse»; D. 47.2.50.3.: «Consilium autem dare videtur, qui persuadet et impellit atque instruit consilium ad furtum faciendum: opem fert, qui ministerium atque auditorium ad subripiendas res praebet»; D. 48.9.7.: «Utrum qui occiderunt parentes an etiam conscii poena parricidii adficiatur, quaeri potest. Et ait Marcianus etiam conscios eadem poena adficiendos, non solum parricidas. Proinde conscii etiam extranei eadem poena adficiendi sunt»; C. 9.12.9.: «Crimen non dissimile est rapere et ei qui rapuerit rapta delictum servare». Il rigore di fondo della normativa giustiniana non veniva esteso a chi, spettatore del reato, non lo avesse impedito, a chi avesse prestato al ladro i «ferri del mestiere» senza conoscere l'uso che ne sarebbe stato fatto, a chi avesse agevolato la fuga del criminale senza dargli asilo. Si vedano a proposito D. 9.2.11.4.: «Qui consilium furti dedit, non tenetur, nisi consilium effectum habuit»; D. 47.2.55(54): «Qui ferramenta sciens commodaverit ad effringendum ostium vel armarium, vel scalam sciens commodaverit ad ascendendum: licet nullum eius consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit, tamen furti actione tenetur». Sulla compartecipazione nel diritto romano Calisse, *Svolgimento storico*, pp. 102-103 e Brasiello, sub voce *concorso*, pp. 561-564, i quali ricordano che non si possa rintracciare nel diritto romano una teoria generale della complicità, dal momento che la quantità e la complessità dei frammenti della compilazione che trattavano della *cooperatio ad scelus* andavano a strutturare una disciplina di tipo casistico che lasciava ampio spazio all'opera di magistrati e giureconsulti.

mando, il mandato, il consiglio o esortazione, il mancato impedimento o rivelazione, l'aiuto o assistenza nella preparazione, la compartecipazione vera e propria, gli atti successivi al crimine e l'approvazione dello stesso.

Nonostante gli sforzi creativi, tuttavia, forse a causa dell'eccessivo numero e della contraddittorietà delle fonti romanistiche, forse a causa della prospettiva processualistica e della metodica di analisi casistica con cui veniva studiata la materia, ancora in pieno Seicento nessun autore, neppure i primi grandi sistematori dei *generalia*, ragiona della complicità in termini di istituto a carattere generale.⁵⁰

Il primo a farlo, pur senza che sia ancora visibile una sintesi completa e comprensiva, è Matthaeus ed è proprio questo aspetto dei *Prolegomena* – accanto all'analisi dei soggetti passivi del crimine ed alla prova del dolo – che maggiormente impressionerà la scienza criminalistica a lui successiva,⁵¹ tanto da meritare le lodi di Böhmer e Renazzi e da essere utilizzata nella prassi dei grandi tribunali tedeschi e scozzesi, finanche nelle pronunce delle *Spruchausschüssen*.⁵²

5.2.1. Il *consilium sceleris*

La prima modalità di compartecipazione presa in considerazione nei *Prolegomeni* è il *consilium sceleris*, ossia l'esortazione a commettere un crimine.⁵³ Il diritto romano presenta testi contraddittori,⁵⁴ che gli *interpretes* conciliano, prevedendo in via generale la responsabilità del consigliere la cui esortazione sia stata costitutiva del crimine, in altre parole ne sia stata causa principale o diretta: «Aut ille cui consulitur, sine consilio non erat patraturus delictum, et tunc consulens pari poena punitur, aut absque consilio

⁵⁰ Pifferi, *Generalia*, p. 235: «Deciani, consapevole della novità del suo approccio al tema, programma una trattazione specifica di ogni *gradus*, 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». Fra i maggiori criminalisti che si occuparono di *cooperatio ad scelus* possiamo annoverare, accanto a Deciani, Claro, Bossi, de Marsilii, Bianchi, Tiraqueau. Su Marsilii si vedano Fiorelli, *La tortura*, vol. I, pp. 149-151; Cordero, *Criminalia*, pp. 291-292 e Garlati Giugni, *Inseguendo la verità*, p. 10, nota 6.

⁵¹ In dettaglio nelle note che seguono.

⁵² Böhmer, *Elementa*, I, cap. II, par. 37 e II, cap. I, par. 26. Più in particolare, le già menzionate *Electa iurisprudentiae criminalis* di Berger e *Meditationes ad Pandectas* di Leyser riportano alcuni provvedimenti dei Tribunali di Sassonia e Württemberg e della *Spruchausschüsse* di Helstädter che assicuravano la punizione della complicità riferendosi alle *sententiae* del nostro autore. Sulle *Spruchfacultäten* Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, pp. 266-268 e bibliografia ivi citata; Mitteis H., H. Lieberich, *Deutsche Rechtsgeschichte*, München, 1974, p. 234 e bibliografia ivi citata. Analogamente nella raccolta *Arguments and Decision, in Remarkable Cases Before the High Court of Judiciary, and other Supreme Courts, in Scotland*, collected by Mr. Maclaurin, Edimbourg, 1774.

⁵³ Sulla natura del *consilium* e sulla sua differenza rispetto all'ordine e al mandato si veda Farinaccio, *Praxis*, qu. 129, n. 8, che riprende D. 47.2.50.: «Consilium dare videtur qui persuadet, impellit atque instruit»; da qui la distinzione rispetto a ordine e mandato; i primi due mostrano primario interesse per chi ordina o incarica, mentre il terzo apparentemente non riposerebbe che nell'interesse del consiliato: «Consilium respicit gratiam et utilitatem delinquentis», afferma il giurista romano, «mandatum mandantis».

⁵⁴ Sulla contraddittorietà delle fonti giustiniane già Matthaeus, richiamato da Carmignani G., *Juris criminalis elementa*, Romae, 1829, art. II, n. 3, nota 3. Cfr. nota 50 *supra*.

erat patraturus et tunc mitius puniatur»,⁵⁵ scrive Taegio, con una *opinio* attestata *communis* da Claro e Farinaccio,⁵⁶ e che soffre le uniche eccezioni dei *crimina atrocissima e atrociora*.⁵⁷

Anche Matthaeus, che definisce il *consilium* «monitio, exhortatio, instructio, perfectio viae sceleris»,⁵⁸ non nutre dubbi circa la sua rilevanza penale – «an consilium aliis dedisse crimen sit [...], id adfirmandum non timide» –⁵⁹ e, richiamando Farinaccio,

⁵⁵ Taegio, *Tractati varii*, c. 11, n. 7.

⁵⁶ Claro, *Liber V*, qu. 88, n. 1: «Aut ille cui consilium non erat alias, delictum ipsum commissurus, et tunc consulens pari poena cum delinquente punitur: aut vero ille nihilominus erat patratus delictum, et eo casu consulens non est pari poena puniendus, sed mitiori». Cfr. Farinaccio, *Praxis*, qu. 129, n. 1, che evidenzia chiaramente la differenza in termini di responsabilità del *consulens* che abbia dato il *consilium ad delinquendum* ad un soggetto che già comunque si era determinato a commettere il reato, rispetto al consiliatore che abbia corrotto chi altrimenti non avrebbe commesso il crimine. Differente grado di responsabilità, differente modalità sanzionatoria: nel primo caso il ‘consiliato’ sarà sanzionato con la *poena extraordinaria*, nel secondo con la stessa pena prevista per il *consulens*. Analogamente Damhouder J., *Pratique judiciaire es causes criminelles*, Anvers, 1951, I, 172, XV: «Mais par conseil quelq’un devient coupable du crime d’autrui, quand le conseil serait injuste, déraisonnable, cauteleux et dommageable; et tel quel le malfaiteur n’eût eu et cru tel conseil». Sul punto anche Speciale, *Alteri ad delictum praeubuit occasionem*, p. 16.

⁵⁷ Farinaccio, *Praxis*, qu. 129, n. 115: «Limita propositam tertiae partis regulam non procedere in delictis atrocissimis, in quibus non habet locum illis distinctio de delinquente alias facturo vel non, quia indistincte consulens punitur eadem poena secundum communem (opinionem)»; analogamente Taegio, *Tractati varii*, c. 11, n. 7: «[...] In atrocioribus autem delictis consulens indistincte pari poena punitur».

⁵⁸ DC *Prolegomena*, 1.8. Per il nostro autore incorre nella fattispecie del *consilium sceleris* non soltanto colui che ammonisce od esorta, ma anche colui che ti insegna e ti mostra il modo per condurre a termine un’azione criminosa, come colui che indica al ladro l’accesso più comodo della casa che vuole derubare, con quali strumenti aprire le porte dei magazzini o chi informa l’adultero dei tempi e dei luoghi nei quali consumare il proprio incontro amoroso, o, infine, chi offre al calunniatore le prove, gli indica i capi d’accusa: «quis dubitet hunc criminis reum esse», conclude l’autore, «cum tantum non architetur totius flagitii dici possit?». La definizione, ‘presa a prestito’ da D. 47.2.50. – «Consilium dare videtur qui persuadet, impellit, atque instruit» – sarà ripresa da von Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, lib. I, cap. 4 e da Renazzi, *Synopsis*, cap. VII, XLI. Similmente a Matthaeus, già Cipolla B., *Consilia criminalia*, Venetiis, 1555, cons. 27, nn. 2-4: «Consilium dare videtur qui persuadet et impellit atque instruit consilio ad maleficium faciendum».

⁵⁹ DC *Prolegomena*, 1.7. A sostegno della rilevanza penale del *consilium sceleris*, Matthaeus richiama numerosissimi *loci* che, partendo dall’*Ecclesiaste* e da Plauto, arrivano al *Corpus Iuris*. Le argomentazioni del giurista muovono da fonti extra giuridiche, *in primis*, lo *ius divinum*: «Consilium vere res sacra est: estque mortalitatis Deus quodammodo, qui alteri consilium dat»; come Dio, infatti, benevolmente e senza interesse, presta il suo divino soccorso, così si comporta anche colui che offre salutari consigli ad un altro. Quindi, se qualcuno utilizza una cosa sacra non nel modo in cui si conviene, allora è giusto che sia considerato colpevole, «cum divina quoque providentia plerumque fiat, ut malum consilium consultori sit pessimum» (*Ecclesiaste*, 27). Il secondo loco extra giuridico addotto è un passo dalla *Curcularia* di Paolo: «Qui monet adjuvat». Passando alle ‘fonti legali’, Matthaeus allega D. 48.19.16.1.: «L’aver contribuito con la persuasione alla commissione di un reato, equivale ad averlo commesso: *nec minus consilia, atque facta puniuntur*»; D. 50.17.47.: se dal consiglio fraudolento non nasce un’obbligazione, allora, da quello fraudolento sorge un’obbligazione; D. 50.16.53.2. e D. 47.2.3.6.: è responsabile di furto colui che con il suo consiglio ha contribuito al perfezionamento del crimine; Inst. 4.4.11.: è responsabile di ingiuria colui che, tramite il suo consiglio, ha consentito che l’ingiuria venisse perpetrata; D. 48.5.13.(12). e D. 48.8.1. pr.: risponde di adulterio *ex lege Cornelia de sicariis* colui che con doloso proposito abbia determinato la condanna alla pena capitale di un innocente o l’annegamento di un naufrago; D. 48.9.6.: è responsabile di parricidio chi abbia consigliato di commettere suddetto crimine; D. 48.12.2.1.: è sanzionato in base alla *lex Iulia de annonae* colui che grazie al suo doloso consiglio fa trattenere nel porto la nave o l’equipaggio più del dovuto; D. 48.13.1.: è responsabile di peculato chi con il suo consiglio induce un altro a sottrarre denaro pubblico; D. 48.15.6.2. e C. 9.20.2.: è punito *ex lege Fabia* chi ha consigliato e persuaso un servo a fuggire dal suo padrone.

distingue tra ruolo determinante o non del *consiliator* nell'*iter criminis*, prevedendo la sanzione ordinaria nel primo caso e quella straordinaria nel secondo.⁶⁰

La prospettiva etico-giuridica in cui si muove il nostro giurista, coerentemente al concetto di *voluntarium* (*cuis est in agente*) disegnato nell'opera,⁶¹ lo porta, poi, a non fare differenze fra *consilium* portato a chi aveva già propositi criminosi e a chi no: «[...] quid interest», si chiede l'autore, «utrum quis suapte sponte peccatum consilium dederit, an ei, qui peccaturus non erat, nisi aliter mali consulisset?». Forse l'unica differenza di rilievo sta nel fatto che nel primo caso il consiliatore appare *aliquanto improbius*, perchè grazie alla sua condotta è stato spinto a delinquere chi non era solito farlo; ciò nonostante, anche chi ha corrotto un 'criminale incallito' è senza dubbio alcuno responsabile del crimine commesso.⁶²

Il *consilium* determinante, *omnimodo facturum*, deve essere sanzionato con la pena ordinaria,⁶³ comminata a tutti i *socii*, che in via generale rispondono *in solidum*.⁶⁴ Evidente, in questa lettura, l'accoglimento della *doctrina* dell'*unum delictum* che prevede la nascita di una identica *obligatio* in capo ai complici, «stigmatizza[ndo] il disegno criminoso sottostante a tutto il percorso delinquenziale».⁶⁵

5.2.2. L'*istigatio ad scelus*

La rilevanza penale dell'*istigatio ad scelus*, intesa in senso stretto come semplice esortazione o richiamo di attenzione del criminale senza un concreto indirizzo alla consumazione del reato, è *quaestio dubia* per la maggior parte dei *doctores*.⁶⁶

⁶⁰ Analogamente Claro, *Sententiae Receptae*, qu. 88.

⁶¹ Cfr. *supra*, cap. 4, par. 1.

⁶² DC *Prolegomena*, 1.8.: «[...] ille vero, tametsi non corrumpit hominem frugi, tamen eo ipso quo viam monstrat, causam delicto praebet». Si veda, in argomento, Claro, *Liber V*, par. *finali*, qu. 88, che dà conto della differenza in termini sanzionatori fra *consilio* determinante o meno. Nel primo dei casi, la sanzione sarà uguale a quella prevista per il *principalis delinquens* e ciò, attesta il giurista alessandrino, conformemente alla *communis opinio*; nel secondo, sarà mitigata ad arbitrio del giudicante. Analogamente già da Gandino, *Tractatus, De poenis reorum*, n. 12: «Item pone, quod ego tibi dedi consilium, quod tu homicidium, furtum vel aliud committeres maleficium, quod quidem tu fecisti. Queritur, numquid ego puniar ex hoc? Distingue breviter secundum dominum Dynum, quia aut non eras alias facturus idem maleficium, aut sic. Primo casu, quando non eras alias facturus teneor [...] (D. 47.10.11.3., 4., 6.)». Sul punto anche Danusso, *La compartecipazione*, pp. 681-682 e Bock D., *Die erste Europäisierung der Strafrechtswissenschaft: Das gemeine Strafrecht auf römisch-rechtlicher Grundlage*, in «Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik», 1, (2006), p. 11 e ss.

⁶³ DC 48.18.4.17-18. Matthaeus si oppone alla vulgata che voleva sanzionato più mitemente *extra ordinem* il consiliatore. In argomento, si veda l'influenza esercitata su Böhrer, *Elementa iurisprudentiae criminalis*, Parte II, cap. I, par. 26: «Consilium speciale dantem, quatenus reus principalis, absque eo peccaturus non fuisset»; Engau, *Elementa iuris criminalis Germanici-Carolini*, I, 2.25., che fa riferimento a DC *Prolegomena*, 1.7.-8. e Berger J.H., *Electa iurisprudentia criminalis*, Leipzig, 1706, I, 4.1., che recepisce la visione di Matthaeus in tema di rilevanza penale del *consilium*, per poi allontanarsene in argomento di sanzione. Berger, sulla scia di Carpzov, distingue, infatti, fra *nudum consilium* e *consilium quod fit instructione* e ritiene che nessuna delle due fattispecie debba essere sanzionata con pena ordinaria.

⁶⁴ DC 48.18.4.10.

⁶⁵ Pifferi, *Il mandatum nella criminalistica del Cinquecento*, p. 9.

⁶⁶ Farinaccio, *Praxis*, qu. 129, n. 3; Claro, *Liber V*, parr. fin.; Menochio, *De arbitrariis iudicium*, II, caus. 357, n. 17, dubitavano che la semplice esortazione fosse sufficiente per sottoporre a sanzione.

A dir di Matthaeus, l'origine dell'incertezza è l'esistenza di numerosi *loci pro et contra* difficilmente conciliabili e che possono facilmente indurre gli *interpretes* a propendere per la tesi più benevola.⁶⁷ In realtà, in un secolo nel quale il mantenimento della pace sociale è obiettivo primario, indulgere in una eccessiva *lenitas* potrebbe spingere gli individui malvagi ad indurre altri a seguirli, in massimo spregio del principio «*Expedit reip. timere poenam criminis, nec esse maleficia impunita*» (D. 2.14.27; D. 9. 2.51.),⁶⁸ principio che il criminalista protestante non può che avallare: se è vero che si devono «aumentare le lodi per la clemenza», questo, però, non deve essere a scapito «della gloria della severità».⁶⁹ E, contro la *vulgata*, che propende per

⁶⁷ I *loci pro* erano D. 48.16.1.13., dove Marciano si pronuncia per l'applicazione della pena prevista dal Senatoconsulto Turpillano «et qui accusatorem submittit, aut istigat, aut qui mandat alicui, et instruit eum, ad accusationem capitale, dando probationes, allegando accusationes» (i sostenitori della tesi affermativa intendevano la locuzione in senso disgiuntivo); D. 48.5.3.13(12), ove Ulpiano, richiamandosi alla *lex Julia de adulteriis*, ritiene che le parole di Augusto – «ne quis posthac stuprum, adulterio facito sciens dolo malo» – siano indirizzate non solo a chi aveva commesso la violenza o l'adulterio ma anche a chi aveva indotto alla commissione di questi reati; D. 11.3.1.4., dove lo stesso giurista severiano, partendo dal principio «non oportet laudando augeri malitiam», si esprime per la condanna di chi abbia spinto a delinquere sia il servo di buona condotta che quello di mala; D. 47.2.36 pr., dove ancora Ulpiano risponde che se qualcuno ha determinato il servo a fuggire dal suo legittimo padrone, è responsabile del furto commesso «quasi ope consilio eius furtum factum sit» e, per maggior precisione, richiama le parole di Pomponio: «colui che ha persuaso un servo a fuggire, se non risponde nel frattempo, è tuttavia responsabile dal momento in cui qualcuno si impossessa del fuggitivo»; D. 47.10.11.6., dove nuovamente il giurista imperiale riporta il responso di Atilicino che riteneva potesse essere chiamato a rispondere penalmente colui che aveva indotto qualcuno a commettere un'ingiuria che altrimenti non avrebbe commesso. Quelli *contra* D. 47.2.50.30., ove Ulpiano interpreta il vocabolo *consilium* in senso restrittivo, ossia come persuasione ed induzione concreta alla consumazione del crimine e D. 47.2.50.3.: «*Consilium dare videtur, qui persuadet, et impellit, atque instruit consilio, ad furtum faciendum*» (per i sostenitori della tesi negativa l'espressione doveva essere interpretata in senso congiuntivo: quindi, non è sufficiente la semplice persuasione se il consiliatore non indirizza in maniera puntuale il consiliato alla realizzazione del crimine); Inst. 4.1.11(12), con il quale Giustiniano sottrae alla sanzione comminata per il furto colui che, senza prestare alcuna opera, ha semplicemente dato il proprio consiglio, esortando a compiere il reato; Inst. 4.1.11(12): «*Certe, qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit, atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti*»; D. 3.2.20., dove Papiniano, interpretando le parole tratte da una sentenza di un Governatore provinciale «con inganno e astuzia tu sei stato l'istigatore dell'accusa», ritiene che esse fossero da assimilare più ad un rimprovero all'onestà violata che non all'irrogazione dell'ignominia: «non enim qui exhortatur, mandatoris opera fungitur». Dell'attenta ricostruzione in *Prolegomena* 1.8. dà conto anche Renazzi, *Elementa*, Cap. IX, VI: «Non aliter poterunt discrepantes inter se loci juris romani, quos prolixè refert. Matt [...] conciliari, quam si dicamus ambiguitatem nominis consilii, quod habetur in veteri illa formula ope consilio ansam praebeuisse jurisconsultis quaerendi utrum ex solo praebito furandi, puta consilio, quod nulla sequuta est praestita furto opus, consiliarius commissi furti complex fixerent. Sabinus novae sectae in jurisprudentia fundator sententiam amplexus est adfirmantem. At Labeo, qui jampridem principatum supra jurisconsultos adfectaverat, quamquam pronus in novas opiniones constans tamen fuit tuenda veteri regula juris civilis, juxta quam ex superscripta formula ope consilio hoc impunitum abitat, nisi illa insuper accessisset».

⁶⁸ DC *Prolegomena*, 1.9. Sul principio più dettagliatamente in un prossimo contributo dedicato alle pagine processuali dell'opera.

⁶⁹ DC *Prolegomena*, 1.9. Terminato l'elenco dei *loci pro et contra* e pronunziata la propria *sententia*, Matthaeus, come di consueto per la *ratio ordinis* del *De Criminibus*, si occupa della confutazione degli *argumenta contra*, e se l'*opinio Ulpiani* (D. 47.2.50.30.) e l'*auctoritas Justiniani* Inst. (4.1.11 [12]) non creano particolari problemi al culto d'Olanda, al contrario conciliare i responsi di Papiniano per la tesi negativa in D. 3.2.20. («Queste parole tratte da una sentenza del Preside della provincia, con astuzia e finzione sembra che tu sia stato l'istigatore dell'accusa, sembra debbano intendersi più nel senso di biasimo che non di irrogazione della sanzione di ignominia. Perché chi esorta, non si serve dell'opera di un mandante») con quello di Marciano per la tesi affermativa in D. 48.16.1.13. («Incorre in questo Senatoconsulto [Turpillano] anche colui che di nascosto fornisce prove e allega accuse per un reato

sanzionare *mitius extra ordinem* l'istigatore,⁷⁰ Matthaeus ritiene necessario applicare la sanzione ordinaria, tutte le volte in cui all'*istigatio* segua la consumazione del crimine: dal punto di vista della politica criminale, sarebbe molto pericoloso valutare con minor severità chi spinge altri a commettere un crimine; giustificerebbe i malfattori a non realizzare personalmente i propri propositi criminosi, servendosi di altri per incorrere in una sanzione sicuramente più mite.

capitale all'accusatore o istiga lo stesso o fornisce ad altri mandato e [questo] con ragione; [...] Benvero Papiniano rispose che, colui il quale si valse dell'altrui ministero per dar mandato all'accusa, viene punito», è un'impresa ardua, cui viene dedicato un intero e complesso paragrafo dei *Prolegomena* (1.10.). Già i Glossatori, ricorda l'autore, avevano tentato in vari modi di conciliare i passi discordanti e, fra i tanti argomenti addotti, ve n'è uno che egli *potissimum probat*: «Papinianum nimirum de verbis, vel Edicti, vel Senatusconsulti loqui: Marcianum de sententia» (DC *Prolegomena*, 1.10.); quindi, Papiniano avrebbe interpretato letteralmente le parole dell'Editto e del Senatoconsulto, Marciano ne avrebbe colto la *ratio*. «Infatti», sottolinea il giurista, «se si considera il senso letterale delle parole, non si può certo considerare calunniatore colui che istiga soltanto, a maggior ragione se istiga per conto di altri» (DC *Prolegomena*, 1.10.); al contrario, se si considera la *ratio* della norma, anche se colui che istiga non è sicuramente un mandante, tuttavia, «dal momento che con la sua azione accresce la malvagità, non può restare certo impunito». Analiticamente, il criminalista olandese crede che il responso di Papiniano in D. 48.16.1.13. (dove Marciano si pronuncia per l'applicazione della pena prevista dal Senatoconsulto Turpillano «et qui accusatorem submittit, aut istigat, aut qui mandat alicui, et instruit eum, ad accusationem capitalem, dando probationes, allegando accusationes») non si debba riferire a qualsiasi istigatore, ma solo a colui che ha istigato a commettere il crimine per mezzo di un altro individuo: l'astuzia e l'inganno di cui parla la norma, infatti, non sarebbero riferibili ad altri se non a colui che si preoccupa di non incorrere nella sanzione comminata per la calunnia, agendo per tramite d'altri. In più, anche in tal caso, considerando il semplice tenore letterale del testo, colui che istiga per mezzo di altri non potrebbe essere considerato responsabile; solo appigliandosi ad una interpretazione logica sarà possibile considerarlo sanzionabile. In questo contesto, il *Primarius Juris* di Utrecht sta con la *Communis Schola* e critica l'*emendatio Fabri* (Favre A., *Coniecturae iuris civilis*, Lugduni, 1605, 6.) che aveva sostituito *damnatoris* al *mandatoris* della *vulgata*: la ricostruzione del francese, infatti, oltre a non trovare alcuna giustificazione nel contesto letterale della norma, contrasta con la *Littera Florentina*. Il tedesco d'Olanda ritiene, poi, che neppure in questo caso si debba distinguere se l'intervento dell'istigatore sia stato o meno determinante e il responso sul quale poggia la propria *sententia* è quello di Ulpiano in D. 47.2.52.19., richiamato fra i *loci* che ammettevano la rilevanza penale dell'*istigatio*: le parole *alias nolenti* (che altrimenti non avrebbe commesso) vanno interpretate con *Accursio* nel senso che *maxime alias nolenti* (soprattutto qualora egli altrimenti non avrebbe commesso). Ciò premesso, la *conclusio* è segnata: sia ritenuto responsabile di ingiuria chiunque abbia istigato alla commissione del crimine, soprattutto colui che, con la sua istigazione, ha determinato la consumazione di un reato che altrimenti non sarebbe stato commesso. Il principio «generaliter in maleficiis voluntas spectatur, non exitus» non viene disatteso: fanno eccezioni solo le fattispecie di cui a C. 6.2.20., C. 9.8.5., che ammettono in ogni caso l'*actio furti* e l'*actio servi corrupti*, quand'anche il furto non sia stato perfezionato e il servo non sia stato corrotto e di cui a C. 9.7.1., che sottopone ai rigori della *lex Julia maiestatis* anche colui che abbia solo parlato contro la maestà del Principe (DC *Prolegomena*, 1.10.).

⁷⁰ Claro, *Liber V*, qu. 88, distingue tra *consilium* (qu. 88, n. 1) e *exortatio* (qu. 88, n. 2), basandosi su valutazioni psicologiche relative alla forza persuasiva dell'invito a delinquere, sicuramente più pressanti nell'esortazione, e di cui il giudice dovrà tener conto nell'irrogazione della sanzione. Ciò nonostante, l'autore alessandrino ritiene che anche l'esortazione più persuasiva e più efficace non possa essere equiparata al mandato, soprattutto in termini sanzionatori e riporta *ad adiuvandum* una sentenza del Senato di Milano, datata 30 gennaio 1548, con la quale una tale Ambrosina Monina, che aveva persuaso il proprio amante ad uccidere il coniuge, fu semplicemente condannata alla fustigazione. Sull'episodio, Laingui, Lebigue, *Historie du droit pénal*, p. 59.

5.2.3. L'opem ferre

Matthaeus abbraccia nella categoria dell'*opem ferre*, compartecipazione in senso lato, le condotte di tutti coloro che a vario titolo prestano la loro opera nella perpetrazione del crimine.⁷¹ L'elenco di coadiutori presentato dal giurista contempla un ampio ventaglio di azioni a collaborazione fattiva che incidono sulla preparazione del crimine e sulla sua materiale commissione, includendo anche quei comportamenti successivi che sottraggono l'autore principale al maglio della legge e che integrano la fattispecie moderna del favoreggiamento: chi prepara armi e veleni, consapevole del loro utilizzo futuro, chi tiene ferma la vittima, ma anche chi facilita la fuga del reo o lo nasconde è penalmente responsabile per il crimine commesso dall'autore principale.⁷²

Pur nell'alveo di un 'contenitore generale', l'autore continua a ritenere necessario che, in termini sanzionatori, il giudice consideri differentemente i coadiutori *ex ante* e quelli *ex post*, ipotesi entrambe per le quali la *Lex Julia de vi privata* e la *Lex Julia majestatis* dettano previsioni di carattere speciale.⁷³ I *doctores* distinguono per lo più fra *auxilium proximum* e *auxilium remotum* e il nostro autore ritiene che anche nelle *Leges* sia riscontrabile questa *divisio*. Indubbiamente, sarebbe scorretto trattare alla stessa stregua chi è stato compartecipe nella realizzazione del crimine e chi si è limitato semplicemente alla cooperazione nella preparazione.⁷⁴

⁷¹ DC *Prolegomena*, 1.11. Generalmente, la dottrina sposava l'*opinio Bartoli* (Bartolo da Sassoferrato, ad D. 47.2.34., *De furtis*, l. *Is qui opem*, n. 5: «[...] ego dico quod regula est quod praestans opem punitur eadem poena qua principalis punitur» e ad D. 47.2.50.1., *De furtis*, l. *In furtis*, par. *Ope*, n. 2: «Et iste punitur eadem poena qua principalis delinquens habita tamen distincione qualitatis») anche se alcuni autori ritenevano preferibile che si lasciasse al magistrato la possibilità di 'arbitrare' la sanzione in relazione all'effettivo contributo del correo. Si vedano, ad esempio, Bianchi, *Practica criminalis*, Par. *postquam vidimus*, n. 5 e Claro, *Receptae Sententiae*, par. *finali*, qu. 90: «[...] Aut vero non praecessit aliquis tractatus vel deliberatio, et tunc placet opinio contraria, quod si quidem auxiliator praebuit causam delicto, puniatur eadem poena [...]». Si vero non praebuit causam, tunc puniatur mitiori poena, quam ipse principalis delinquens, praesertim si praestitit auxilium post commissum delictum, non dicitur vere auxiliator [...]. Et ideo regulariter non est puniendus ea poena, qua principalis, sed mitiori». Sul punto, Danusso, *La compartecipazione*, pp. 662-663.

⁷² DC *Prolegomena*, 1.11., ove si richiamano D. 47.2.55(54).4.; D. 48.9.7.; C. 9.13.un., D. 48.8.1.1.; D. 47.16.1.; D. 47.16.2.: «Opem tulisse intelligitur non solum is, qui in ipso crimine auxiliaris adfuit, exempli causa, caesum attinuit, quo minus fugeret, aut iniuriam propulsaret; sed et is, qui cum crimini patratore non interfuisse, ferramenta tamen, tela, venena commodavit, sciens rei causa commodare: idem qui post commissum crimen fugam rei iuverint, instruxerint, quive latitantem receperit, celaverint». La sentenza numero 76 del marzo 1767 della *High Court* di Scozia, *His Majesty's Advocate against Taylor*, in *Arguments*, p. 668, si rifà proprio alla classificazione in DC *Prolegomena* 1.11.: «Persons who conceal the criminal. Or assist him in making his escape, are numbered by the doctors among those qui opem ferunt; Matthaeus, c. 1, par. 11». Si veda in argomento l'influenza del nostro autore sul pensiero di Engau, *Elementa iuris criminalis Germanici-Carolini*, I, 2.26 che fa riferimento a DC *Prolegomena*, 1.11.

⁷³ Sugli atti successivi gli *interpretes*, pur mostrando di conoscere D. 47.2.62. («Furtum non committi qui fugitivo iter monstravit») – non dubitavano di dover sanzionare con identica pena l'esecutore materiale e colui che sottraeva il malfattore alla giustizia e ricettava i beni rubati a seguito di un accordo antecedente al furto. Al contrario, l'accordo successivo era punito *mitius extra ordinem*. Sul punto si vedano Farinaccio, *Praxis*, qu. 132, nn. 78 e ss. e Claro, *Receptae sententiae*, qu. 90, n. 2.

⁷⁴ Quanto agli atti preparatori, gli autori (Farinaccio, *Praxis*, qu. 130, n. 8 e Claro, *Liber V*, qu. 90, n. 9) distinguevano coloro il cui aiuto fosse stato *causa proxima* da coloro la cui assistenza fosse stata *causa remota*, prevedendo per i primi identica sanzione rispetto al reo principale e per i secondi una sanzione attenuata. Quanto agli effetti sanzionatori, la *distinctio* fra *auxilium proximum* et *auxilium remotum* è ben illustrata da Baldo degli Ubaldi, *In VII, VIII, IX, X et XI Codicis Libros Commentaria*, Venetiis, 1559, ad C. 9.28.1., *De crimine peculatus*, l. *Iudices*: «[...] allegatur per Doctores quod opem ferens punitur eadem

In generale, Matthaeus crede corretto che la *proxima et praesens opus* sia sanzionata con la *poena ordinaria*; al contrario, chi procura solo veleno, armi e altro ma non è colto, successivamente, in *flagranti crimine* potrà essere punito unicamente *extra ordinem*.⁷⁵ Questa è la regola, anche se, nel dettaglio si può discutere circa l'individuazione delle fattispecie di concorso più prossimo o più remoto, 'dettaglio' lasciato ancora una volta alla valutazione del giudice. Passando agli atti di esecuzione, generalmente la dottrina considera coautori, *participes vel socii*, tutti gli individui che hanno cooperato all'esecuzione del crimine con un atto immediato e diretto,⁷⁶ con l'eccezione di coloro la cui condotta abbia evidenziato un grado minore di criminalità e di audacia, come il 'palo', come chi conserva gli effetti degli autori durante il crimine o chi vi assiste senza prendervi parte:⁷⁷ per costoro non vale la regola generale, ma è prevista l'applicazione di una sanzione più mite, commisurata alla modalità di partecipazione alla condotta criminosa.⁷⁸ Anche Matthaeus, pur non concordando circa la minor pravità di talune categorie di compartecipazione, ritiene che l'individuazione della sanzione, valutato l'*iter* e le *circumstantiae criminis*, debba essere lasciata all'*arbitrium iudicis*, che per regola generale non può lasciare impunito anche chi, pur senza muovere un dito, assiste armato al crimine al solo scopo intimidatorio.⁷⁹

5.2.4. Lo scelus mandare

L'omicidio su commissione, *topos* privilegiato per lo studio di numerosi istituti sia sostanziali che processuali, è sicuramente una delle *figurae* per le quali la dottrina ha profuso il maggior sforzo creativo.

poena qua delinquens, quod est verum, si fert opem per actum proximum facto, puta quia assistit facienti. Si autem infert opem per actum remotum, tunc mitius punitur [...]; Baldo, *Consilia*, Venetiis, 1575, I, cons. 492, n. 1: «[...] in ope praestanda reperiuntur tres gradus: nam quidam praestant parvam opem, et multum remotam ab actu, ut in eo, qui commodat scalas: quidam praestant mediam opem, ut in eo, qui stat armatus, tamen ipse non vult homicidam sequi. Et isti non puniuntur tamquam interfectores, sed media poena, hoc est poena remissionis, et non poena ultimi supplicij [...]. Quidem vero sunt, qui praestant substantialem opem, ut sunt percussores, qui letaliter vulnerant, et causam consubstantialem morti praestant: et hi puniuntur tanquam interfectores].» Così Danusso, *La compartecipazione*, p. 663 e nt. 25, p. 663.

⁷⁵ La *distinctio* sarà ripresa da Carmignani, *Juris criminalis elementa*, art. II, n. 1, nota 1: «Hinc complicitatis distinctio inter remotam et proximam Matth ad lib. 48. Dig. tit. 18, cap. 4, n. 19».

⁷⁶ Sul punto, nuovamente, ci si richiama a Bartolo, in D. 47.2.50.1., *De furtis*, l. *In furti*, par. *Ope*, n. 3, che sanzionava con la medesima pena prevista per l'autore principale la cooperazione prestata in *ipso actu delinquendi*. Conformi Bianchi, *Practica*, par. *postquam vidimus*, n. 2 e Menochio, *De arbitrariis*, II, casus 349, n. 7. Sul punto, Danusso, *La compartecipazione*, p. 665.

⁷⁷ Farinaccio, *Praxis*, qu. 130, nn. 61, 39 e 40.

⁷⁸ In argomento, si veda la dottrina risalente a Baldo che, «allineandosi con Innocenzo IV, attribuiva comunque (a colui che avesse contribuito ad incutere una forma di *metus* nella vittima) una qualche responsabilità ove si riscontrasse un reale effetto intimidatorio, e ciò per la "teorica" secondo cui "Omnis qui offendentem reddit audaciorem, et offensum timidiorem, dicitur impendere auxilium et favorem"» (così Danusso, *La compartecipazione*, p. 668, che richiama Baldo degli Ubaldi, ad C. 9.2.5., *De accusationibus et inscriptionibus*, l. *Non ideo minus*, n. 3 e Sinibaldo de Fieschi, *Apparatus in V Libros Decretalium*, Frankfurt, 1570, rist. an. Nachdruch, 1968, ad X.5.25.4., *De clerico percussore*, c. *Continentiam*).

⁷⁹ DC *Prolegomena*, l.11.: «Is quoque, qui excubitoris opera functus est, impune id ferre non debet».

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 parti, all'azione del mandatario, alle qualità personali del mandante e dell'agente.⁸⁰

L'inquadramento teorico del *mandatum sceleris*, tratto dalla disciplina civilistica, presuppone, differentemente dal comando, due individui perfettamente liberi che spontaneamente si accordano per la commissione di un crimine: uno la mente e l'altro il braccio, che sulla base di una *fictio iuris*, vengono «unitariamente considerati come parti integranti e simbiotiche di uno stesso reato»⁸¹ e che, per la quasi generalità degli autori, devono essere assoggettati ad identica pena,⁸² qualora alle istruzioni e alla

⁸⁰ Così Pifferi, *Generalia*, pp. 424-425. La criminalistica classica distingueva fra *mandatum intercedente pecunia* o *assassinium* e *simplex mandatum sine pecunia*. L'*assassinium*, figura sconosciuta al diritto romano, era disciplinata – seppur non definita – dal *Liber Sextus* (VII. 5.4.1, *de homicidio*), che originariamente si riferiva all'ipotesi di uccisione di un cristiano da parte di un sicario 'prezzolato' saraceno e che fu soggetta ad una 'interpretazione estensiva' tale da riferirsi ad ogni ipotesi di incarico ad uccidere a pagamento un individuo, cristiano o infedele che fosse, anche se la maggior parte dei giuristi ancora a XVI secolo inoltrato richiedeva la *qualitas* di cristiano della vittima. Pifferi, *Generalia*, p. 426, nota 142, dà conto dell'evoluzione della figura criminosa e dell'utilizzo del vocabolo *assassinium* da parte degli interpreti. «Il vocabolo *assassinium* [...], [era] considerato a tal punto volgare che Damhouder, *Practica*, LXXXIII *De assassinis*, n. 13, p. 271, ove chiede scusa al lettore se le sue *doctas aures* sono offese da tale linguaggio, [che] è tuttavia di uso comune sia tra i *doctores* che tra i *practici*. Deciani, Dietrich e Carpoz ripropongono l'*excursus* sull'origine etimologica e storica del termine, che deriva *ab Assassinis*, 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». L'autore, *Generalia*, pp. 428-430, sottolinea come le esigenze repressive degli apparati pubblici nel corso del secolo XVI e lo sforzo della *scientia iuris*, abbiano condotto a considerare l'*assassinium* – da *casus homicidii in quo aggravatur poena* – ad autonoma ipotesi criminosa. La ricostruzione etimologica del vocabolo *assassinium* e la qualificazione della figura di reato quale mandato ad uccidere dietro mercede, sono accolte anche da Matthaeus in DC. 48.5.1.3., ove vengono precisate le considerazioni espresse in argomento di mandato ad uccidere nei *Prolegomeni*: «Illud solum adiciemus, separandos secundum interpretes a mandante et mandatario, eos qui mercede operas suas locant, quique ad hominem occidendum aliorum operas conducunt, quos Assassinos vocant, ab Assassinis Phoeniciae gente. Hi e Perside profecti, et Mahumedis persuasione imbuti, nihil antiquis habebant, quam hostes religionis suae quoquo modo interimere. Ideque per fallaciam faciebant, simulantes se quoque ex Christianis esse, adeo ut difficulter caveri possent. His similes fuere, qui apud Mauros in regno Granatae *Monsies* dicebantur, homines ad caedes auctorati».

⁸¹ La *doctrina communis*, in applicazione di D. 48.8.15., prevedeva *pari poena* per mandante e mandatario, dal momento che, una volta eseguito l'incarico, il reato di mandante e mandatario «po[tevano] considerarsi unum delictum la cui *causa prima* do[veva] individuarsi nel mandante» (così Speciale, Alteri ad delictum praebuit occasionem, p. 25, che richiama le parole di Farinaccio, *Consilia sive responsa*, Lugduni, 1619, cons. 85, n. 76. Conforme Deciani, *Tractatus*, II, lib. IX, cap. 39. Sul punto si veda anche Pifferi, *Generalia*, p. 445).

⁸² La criminalistica di diritto comune equiparava il mandante all'omicida grazie ad una *fictio iuris* che superava lo scoglio della mancanza di relazione diretta causa-effetto tra chi conferiva l'incarico e l'evento, con cavillosi e macchinosi distinguo nell'individuazione della sanzione da comminare. Danusso, *La compartecipazione*, p. 684, ricorda la posizione di Egidio Bossi a sentir il quale il mandante era da considerare autore principale del delitto *per interpretationem*, dal momento che, con la sua condotta riprovevole, corrompeva gli altrui animi spingendoli sulla via del crimine, impostazione contestata da Menochio che la reputava eccessivamente rigorosa, dal momento che «plus est agere quam mandare» e che «mandare causa est remota delicti». Si veda la più lineare ricostruzione di Carpoz, *Practica nova*, qu. 4, nn. 1-26, che prevede in via generale identica sanzione per mandante e mandatario: «Qui ad mandatum alterius & quidem sine mercedem accepta occidit alium: poena gladii tenetur. Eademque

promessa di ricompensa segua l'evento previsto senza alcun problema di esecuzione.⁸³ E il problema di esecuzione che maggiormente fa discutere è l'eccesso dei limiti di mandato da parte del mandatario.⁸⁴ Claro, che sottolinea la *magna controversia inter scribentes*, dà conto di una *opinio communis*, attestata già da Alberto da Gandino:

Successive quaero, numquid mandans fieri delictum debeat puniri eadem poena, qua punitur ille, qui maleficium propriis manibus committit. Resp. [...] nam aliqui dixerunt, quod aut mandatarius erat alias facturus delictum et eo casu mandans non tenetur; aut vero non era alias facturus et tenetur. Sed certe haec distinctio communiter reprobatur. [...] Et ideo Bartolus in (D. 47.10.11.3.-5). Tenuti indistincte, quod mandans puniatur eadem poena, qua puniendus est mandatarius ipse, qui delictum commisit.⁸⁵

poena etiam mandanti irrogatur, delicto secuto». In argomento, si leggano anche le notazioni di Renzo Villata, *Egidio Bossi*, p. 535, sul criminalista milanese «quasi dimenticato»: «Già all'avvio della trattazione provvedeva (Bossi) subito a mettere in luce l'estrema gravità della condotta criminosa, più grave a suo avviso di quella dello stesso omicida poiché il mandante – rilevava – non solo delinquiva personalmente ma trascinava altri sulla via del crimine corrompendoli: Bossi perciò configurava il 'corruttore' come autore principale del delitto "per interpretationem". Pur essendo consapevole di una diversa realtà normativa, volta per lo più a rilevare l'accessorietà del mandante rispetto al 'sanguinem fundens', al punto tale da richiedere come necessario presupposto per dare avvio al giudizio *contra* il mandante l'individuazione, sorretta da prove, del mandatario, sosteneva con convinzione le sue idee, certo com'era che nel suo ambiente potessero essere accettate».

⁸³ Laingui, Lebigre, *Histoire du droit pénal*, p. 60, ricordano che alcuni *interpretes* sostenevano dovesse applicarsi al mandato il principio generale previsto per il *consilium* e che fosse necessario distinguere a seconda che il mandato fosse stato o meno determinante il crimine. L'*opinio magis communis*, in realtà, prevedeva identica responsabilità e sanzione per mandante ed esecutore. Claro ne attesta l'operatività – «tenenda est tanquam verior et magis communis» – anche nella prassi e riporta un provvedimento del Senato di Milano che il 3 aprile 1558 condannò alla decapitazione un tale Augusto Marentino che aveva incaricato suo figlio di uccidere la moglie. Questo orientamento, a dir del giurista alessandrino (Claro, *Liber V*, qu. 89, n. 3), aveva innegabili risvolti processuali, rendendo sufficiente sia nell'*accusatio* che nell'*inquisitio* unicamente l'indicazione di *locus* e *tempus commissi delicti*; sul punto Laingui, *La théorie de la complicité*, pp. 40-41 e Pifferi, *Generalia*, pp. 434-435.

⁸⁴ Nel caso in cui, tuttavia, la proposta del mandante non fosse stata accettata, i dottori generalmente ritenevano che essa potesse valere come un atto preparatorio al *crimen* penalmente rilevante e sanzionabile. In argomento, si veda Farinaccio, *Praxis*, qu. 135, n. 74; *contra* Menochio, *De arbitrariis iudicium*, causa 300, n. 44. La *solutio* non era così lineare neppure per il giureconsulto romano nelle ipotesi di revoca di un mandato a delinquere originariamente accettato, per le quali era necessario considerare se l'esecuzione del crimine fosse stata iniziata o meno; nel primo caso, occorreva un ulteriore distinguo nel valutare se il mandatario avesse o meno conoscenza della revoca: qualora ne fosse a conoscenza, il vincolo di mandato poteva dirsi sciolto, ed egli sarebbe rimasto l'unico responsabile del crimine, sanzionato *mitius ex arbitrio iudicis* (Menochio, *De arbitrariis iudicium*, causa 300; Farinaccio, *Praxis*, qu. 132, n. 6); nel caso contrario, il mandante sarebbe rimasto comunque responsabile del crimine, essendogli imputabile la mancata conoscenza della revoca in capo al mandatario (Farinaccio, *Praxis*, qu. 135, nn. 183 e 185). Sulla revoca del mandato (e, invero, anche del *consilium*) si veda Speciale, *Alteri ad delictum praeiudicium occasionem*, pp. 28-30, che riporta le considerazioni di Birner: «Per il solo fatto di proporre il *mandatum* [...] il *mandans* [...] disegna e apre una nuova possibilità di comportamento e instilla nella mente del *mandatarius* [...] una opzione di comportamento che prima non era da questi presa in considerazione. La revoca del mandato [...] non può restaurare lo *status quo ante*. Sia pure non esplicitando queste riflessioni, Birner ne sembra ben consapevole quando precisa che nei confronti del mandante che abbia revocato il mandato comunque potrà applicarsi la pena *extraordinaria* – almeno nel caso di reato *atrocius* – perché "alteri ad delictum praeiudicium occasionem"».

⁸⁵ Claro, *Liber V*, par. *Homicidium*, qu. 89, letteralmente ripreso da Carpzov, *Practica*, I, qu. 4, n. 6: «Uterque igitur poena homicidii tenetur. Quod quidem in persona mandatarii vix dubium habet, ut qui ob

Analogamente, gli altri *interpretes* cinque-secenteschi, che distinguono le ipotesi nelle quali il mandate avrebbe potuto prevedere gli eccessi del mandatario quali conseguenze probabili e quelle nelle quali tali eccessi non erano in alcun modo prevedibili: nel primo caso, mandante ed esecutore, entrambi considerati coautori, si vedono comminare la pena prevista per il crimine commesso in eccesso dal mandatario; nel secondo caso, al mandante, per nulla responsabile di eccessi non prevedibili, viene comminata la pena stabilita per il crimine commissionato, mentre al mandatario quella per il crimine commesso.⁸⁶

Matthaeus ritiene che nella configurazione di un reato su commissione non vi sia dubbio su chi sia la mente e su chi sia un semplice strumento; ma quando lo strumento non è passivo, ma, come dicono i *dialectici*, *cooperativus* «quia in producendo effectu, insita quadam vi simul movetur»,⁸⁷ anch'esso è direttamente responsabile del crimine e per questo deve soggiacere, al pari della mente, alla sanzione ordinaria.⁸⁸

mandatum non excusatur, Bartolus in (D. 47.10.11.5.-5.); n. 9: «Quoad personam vero mandantis certo statuendum est, quod is non minus, ac mandatarius, ultimo supplicio affici debeat [...], Julius Clarus, Quaestio 89» e n. 10: «Tum, quia nihil interest, utrum occidat ipse, an vero causam mortis dolo malo praebeat». Sul punto si veda anche Bock, *Die erste Europäisierung der Strafrechtswissenschaft*, pp. 13-14.

⁸⁶ Si vedano in argomento Carpzov, *Practica nova*, pars I, qu. 4, nn. 26-27: «Si saltem mandatum de vulnerando dederit: vel ut archibus in aliquem emitteretur: & mandatarius occiderit dolose enim causam mortis praebeat: cum scire debuerit, vulnera ad mensuram infligi non posse» e Farinaccio, *Praxis*, qu. 235, n. 168. Già Claro, *Liber V*, qu. 89, n. 5, sosteneva che le ferite non si potessero infliggere *ad mensuram* e distingueva a seconda che l'incarico prevedesse semplici schiaffi e colpi che normalmente non provocavano la morte dell'offeso o ferite di tal gravità da determinarne, al contrario, la morte «come ci insegna l'esperienza quotidiana». Solo nel secondo caso si poteva considerare il mandante responsabile della morte e quindi sanzionabile con la pena ordinaria, mentre negli altri casi sarebbe stato punito *extra ordinem*. Nello stesso senso Bossi, che «concludeva per una maggiore responsabilità solo nell'ipotesi di mandato a ferire “ita ut non occidatur”. Poiché non era possibile calibrare, con certezza di risultati, un'azione di tal fatta da ferire [...] doveva ritenersi compresa nella sfera di prevedibilità dell'evento anche la morte, mentre ciò non valeva, secondo l'*opinio communis*, per un mandato a bastonare o schiaffeggiare [...]». La casistica dell'eccesso prevedibile di mandato riguardava principalmente reati affini, quali l'omicidio a seguito di ferite mortifere, quando il mandato prevedeva solo percosse o ferite; la casistica dell'eccesso non prevedibile era, al contrario, molto più varia quando si riferiva a reati dissimili: si pensi a chi, incaricato di rapire una donna, la stuprò o a chi, incaricato di rapire una persona, la uccise.

⁸⁷ DC *Prolegomena*, 1.12.: «[...] cum quis alicui mandat scelus, mandantem quidem caput esse, mandatarium vero manum et instrumentum mandantis». Sul punto anche Carpzov, *Practica*, qu. 4, n. 13: «Mandans tenetur ex ipso delicto propter mandatum, non tamen principaliter ex mandato».

⁸⁸ DC *Prolegomena*, 1.12.: «Qui mandat scelus, quique mandatum exsequuntur, utique rei sunt, et ordinariae quidem poenae subiungendi: idque cum nostrorum testimoniis, tum rationibus, atque argumentis copiose probatur: ab interpretibus communis receptum est». La ferma considerazione che apre il paragrafo 11 del primo capitolo dei *Prolegomena* non lascia dubbi circa l'opinione di Matthaeus in tema di responsabilità penale del mandante. Riprendendo dottrina ormai consolidata (Douaren F., *Opera Omnia*, ad tit. Dig. de accusatione [D. 48.2, Lucae], 1768, cap. 2; Menochio, *De arbitrariis iudicium*, caus. 352-353; Claro, *Receptae sententiae*, V, par. ult., quaest. 89, citati a margine del loco), il criminalista equipara mandante e mandatario, proponendo per entrambi la sanzione ordinaria e indica *nominatim* gli innumerevoli *loci* giuridici e non a sostegno della propria *sententia* con due sole voci 'fuori dal coro': il prediletto Platone, *De Legibus*, libro IX, che riteneva si dovesse perseguire in modo più mite il mandante del sicario, e Giavoleno (D. 9.2.37 pr.) che sosteneva che se un uomo è libero, e, quindi, non gli può essere imposto di agire in modo difforme rispetto a quanto egli voglia, la responsabilità per un atto compiuto su incarico di un altro ricadrà sulla sua testa e non su quella di chi questo incarico lo ha semplicemente conferito. Sul responso di Giavoleno ha già posato la penna Accursio che aveva elaborato una *interpretatio suppletiva*: «non solum cum eo, qui damnum dedit, sed et cum mandante agi posse». E a soccorrere il maestro italiano, Matthaeus chiama lo *ius Divinum* (Samuele 9.12.2; 13.28.2 e Re 22.19.1), il diritto romano (D. 48.8.3.4.; D. 48.8.15.; C. 6.35.6.; C. 9.2.5.; C. 9.6.5.; C. 9.46.8.; D. 47.10.11.3.; D. 43.16.1.12.; D. 43.24.5.14.; D. 2.7.5.; D. 2.10.1.1.) e la letteratura latina (V. Maximus, *Facta et dicta memorabilia*, Lib. IX, cap. XI.: «Interficiendum tradidit, an ipsa iugulavit? Quanto enim levius est scelus,

Quemadmodum igitur in armis, et militum virtus, centuriones, praefecti, fortuna denique ipsa plurimum sibi vindican et laus tamen belli feliciter confecti ad Imperatorem pertinet – precisa il nostro autore – ita in criminibus patrandis, tametsi conducta sicariorum manus sit, sceleris tamen infamia ad utroque pertinet.⁸⁹

Matthaeus fa riferimento al pensiero del prediletto Aristotele e di chi come lui, primo fra tutti Accursio, considerava più grave la condotta del mandante rispetto a quella del mandatario, perché, oltre a delinquere lui stesso, determina altri a delinquere:⁹⁰ con una concezione di *jurisdictio* ormai completamente pubblicizzata,⁹¹ l'esigenza di tutela e repressione in un'età nella quale i fenomeni delinquenziali sono esasperati dall'utilizzo delle armi da fuoco, la rigidità di fondo del giurista assiano manifesta la primaria ne-

cui tantummodo manus abest?)), per concludere che è responsabile del crimine «non solum eum, qui fecerit, sed et qui dolo malo curaverit, ut quid fieret; nihil interesse, ipse quid facias, an per alium fieri cures, caussamve crimini praebeas». Sul pensiero di Accursio che, poggiandosi ad Aristotele, considerava doppiamente grave la condotta del mandante che, oltre a delinquere lui stesso, spingeva altri a compiere un reato (Accursio, in *Glossa* «eum qui in servitute», in D. 3.2.4.3., *l. Athletas, de iis qui notatur infamia*, par. Pomponio), si veda Pifferi, *Generalia*, nota 167, pp. 435-436. Nello stesso senso anche da Gandino, *Tractatus, De poenis reorum*, n. 12, che richiama l'*auctoritas* di Odofredo: «Dominus Odofredus notat, quod mandans maleficium fieri videatur illud propria manu fecisse per [...] (D. 48.10.15.3.; D. 48.18.15.; D. 43.16.1.12.). Unde uterque puniendus est, tum mandans quam maleficium committens, ut (D. 29.5.17.; D. 29.5.6.; C. 9.2.5.; D. 43.24.6.). Sed quis eorum magis peccat? Dic.: mandans, quia auctor est peccati, quia peccat in se et alium peccare facit, unde acerbius puniri debet, quam si propriis manibus occidisset, ut [...] (D. 43.24.6.; D. 11.3.10.)». La posizione espressa nei *Prolegomeni* è ribadita in DC 48.18.4.15., in relazione al regime sanzionatorio delle varie forme di compartecipazione: «Non eadem ratio mandati est», scrive l'autore, «quae iussu; cum enim invitus nemo mandatum suscipere cogatur, uterque ordinaria poena adficiendus erit, et qui mandavit, et qui mandatum crimen sequutus est».

⁸⁹ DC *Prolegomena*, 1.12. In argomento si veda l'influenza esercitata su Böhrer, *Elementa iurisprudentiae criminalis*, Parte II, cap. I, par. 26, (sulla ricostruzione del pensiero del giurista tedesco in argomento di concorso di persone nel reato, così come elaborato muovendo dall'analisi dell'art. 117 della *Carolina* nelle *Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam*, Tavilla E., *Il concorso di persone nella Constitutiocriminalis di Carlo V e nella dottrina di Samuel Böhrer*, in *Concorso di persone nel reato e prachediscorsive dei giuristi. Diritto cultura e società. Storia e problemi della gistizia criminale*, a cura di Sorice R., Bologna, 2013, vol. 5, pp. 89-106). L'espedito retorico dell'*instrumentum cooperativum* piacerà molto a Renazzi che lo riproporrà nei suoi *Elementa Iuris Criminalis*, II, cap. IX, II, ove si fa riferimento a DC *Prolegomena* 2.12. e si riprende alla lettera la *sententia Mattaei*: «[...] Mandator quidem sceleris caput est, mandatarius manus atque instrumentum mandantis, non ejus generis, quod mere passive se habet, ut securis in manu lictoris, malleus in manu artificis, sed quod cooperativum in scholis vocatur, quia in producendo effectu insita quadam vi simul movetur, [...] ut milites imperatoris jussu pugnam capessentes». (Pifferi, *Il mandatum nella criminalistica del Cinquecento*, p. 3, richiama, invece, queste parole di Renazzi F.M., *Elementa Iuris Criminalis*, Venetiis, 1776, lib. I, cap. IX, pp. 153-154: «Qui igitur dolo culpave caussa, moralis nempe, fuerunt alienorum criminorum, delicta contrahunt aequae, ac illi, qui ea executi sunt, scilicet ipsorum physica caussa extiterunt»). Si veda l'eco della ricostruzione di Matthaeus in Carmignani G., *De juris criminalis elementa*, Romae, 1829, vol. I, art. II, n. 2, nota 4: «[...] Quae Matthaeus exornat, ut statuatur, mandatarium mandatis manum esse, rethorem potius, quam politicum decent».

⁹⁰ Cfr. *supra*, nota 70. Conformi da Gandino, *Tractatus de maleficiis*, tit. de poenis reorum, n. 12, f. 87va; Cino, *Lectura super Codice*, in C. 9.2.5., *l. non ideo minus, de accusationibus et inscriptionibus*, n. 8, f. 537ra; Duareno, *Opera Omnia, ad tit. Dig. de accusatione* (D. 48.2), Lucae, 1768, cap. 2; Menochio, *De arbitrariis iudicium*, caus. 253, n. 4: «Plus delinquere dicitur mandans quam ipsemet mandatarius, cum ipse delinquat et etiam alium ad delinquendum impellat» – gli ultimi due richiamati anche dal nostro autore – e Farinaccio, *Praxis*, qu. 129, n. 6: «Mandans plus delinquit quam mandatarius, nam primo delinquit in se, secundo in mandatarium, tertio in occisum; mandatarium vero non delinqui nisi in se et interfectum» e n. 97: «Regula sit, quod mandans delictum non vere et proprie, sed fecte et per interpretationem facere dicitur».

⁹¹ Cfr. retro, cap. III, par. I.

cessità di conservazione dell'ordine pubblico, con considerazioni analoghe a quelle già espresse in argomento di *istigatio ad scelus*.⁹²

E sull'eccesso di mandato, vagliato in relazione al *crimen homicidii*, Matthaeus afferma che colui che commissiona di ferire un individuo debba sempre tenere conto della possibilità concreta che tale azione possa condurre alla morte della persona offesa.⁹³ Di conseguenza, è ragionevole che in questi casi entrambi, mandante ed esecutore, si vedano comminare la pena stabilita per il crimine più grave, analogamente a quanto previsto per le ipotesi di *aberratio*.⁹⁴

5.2.5. Lo *scelus juber*

Dottrina e legislazione cinquecentesche sono sufficientemente concordi nel prevedere identica responsabilità e, quindi, identica pena per colui che impartisce l'ordine e per colui che lo esegue:⁹⁵ lo *jubentes*, infatti, è considerato dai *doctores* autore principale, dal momento che, secondo l'espressione utilizzata comunemente,

⁹² La dottrina tedesca (Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 36) mette in evidenza l'innovativa posizione del giurista assiano in relazione al regime sanzionatorio del mandato nei reati carnali, rispetto a quella prospettata da alcuni giureconsulti, che dichiaravano inapplicabile a tali fattispecie il principio dell'*eadem poena*, preferendo che al mandatario venisse comminata una punizione più mite. La ragione dell'*exceptio* risiedeva nel fatto che, per gli *interpretes*, queste tipologie di crimine erano perpetrate *libidinis explendae causa*, e, di conseguenza, non era corretto che il mandatario pagasse per aver appagato la *libido* del mandante. Per il nostro autore questa *exceptio* deve essere assolutamente rigettata, dal momento che, come già aveva rilevato Covarruvias, *In Clem. si fur.*, part. 2, par. 1, n. 5, citato a margine in DC 48.18.4.15., è sempre individuabile una diretta corrispondenza tra l'azione dell'incaricato e la volontà delittuosa del mandante. Il fine del mandante, infatti, non è un appagamento 'per procura' della propria *libido*, ma causare sofferenza e vergogna alla persona offesa. «Utrum enim gravius, internuncium esse, an auctorem, ministrium, an architectum?».

⁹³ Conformi Claro, *Sententiae receptae*, par. *fin.*, qu. 89: «[...] si mandatum fuit ad vulnerandum, tunc ego dico, quod si ille occidat, ipse tenetur de homicidio, quia nulla fere est pars corporis praeter faciem, in qua vulnera non possit esse lethalia, ut experientia quotidie docet»; Bossi, *Tractatus varii*, tit. *de Mandato ad homicidium*, n. 10 (su questo aspetto, di Renzo Villata, *Egidio Bossi*, p. 536); Voet, *Commentarius ad Pandectas*, in D. 48.8.8. e Cremani, *De Iure criminali*, II, 5, 4. Si veda il richiamo espresso a DC 48.5.3.16. effettuato da Carmignani, *Juris criminalis elementa*, art. II, n. 2, nota 2. Sul mandato a ferire, la cui disciplina era stata vagliata con molta chiarezza già da Baldo degli Ubaldi, *Comm. ad C. 9.2.5., De accusationibus et inscriptionibus*, l. *Non ideo minus*, n. 29, l'opinione dei giureconsulti è concorde: «Item quaero, an mandans teneatur, si mandatarius excessit formam mandati [...] distingue, quod aut servare fines mandati non erat in potestate mandatarii, et in totum tenetur mandans, ut mando tibi, quod gladio aliquem vulneres, et non occidas. Hoc non potes facere, quia modicum vulnus est mortale: unde mortale, et non mortale non est in potestate facientis. Dico, quod mandator isto casu tenetur de homicidio, ac si mandasset homicidium fieri [...]. Aut servare fines mandati, erat in potestate mandatarii: ut si mando tibi, quod percutias aliquem extra plateam, tu percutis in platea, certe non teneor».

⁹⁴ DC 48.6.5.16.: «È una cosa malvagia e pericolosa, sia dare l'ordine di offendere qualcuno, che offenderlo»; e, se è vero che il mandatario dovrebbe commisurare l'azione compiuta all'incarico ricevuto, «perché ricade comunque nella sfera di volontà dell'agente, una volta che la spada è sguainata, colpire con modalità tali da causare una ferita che determini le conseguenze prestabilite», è pur vero che si deve sempre tenere conto della possibilità che tale azione conduca alla morte della persona offesa. Sull'*aberratio* più dettagliatamente *supra*, cap. 3, par. 3. Sull'eccesso di mandato si veda Speciale, *Alteri ad delictum praeibit occasionem*, pp. 30 e ss.

⁹⁵ Claro, *Liber V*, qu. 83 e Farinaccio, *Praxis*, qu. 135, n. 1.

egli è la *causa proxima* del *crimen*.⁹⁶ Uniche eccezioni, previste già dal diritto romano, riguardano l'ipotesi di ordine impartito da chi non possiede alcuna autorità sull'esecutore materiale –⁹⁷ e che può essere tutt'al più equiparato al *consiliator* o al mandante – ed i crimini commessi da fanciulli o schiavi *imperio patris vel domini*,⁹⁸ nei quali gli esecutori materiali, considerati semplici strumenti che agiscono per timore o obbedienza, sono o scusati o sanzionati *extra ordinem*.

Matthaeus equipara lo *scelus jubere* al mandato.⁹⁹ Prendendo in considerazione le ipotesi di ordine del padre al figlio e del padrone al servo, egli ritiene le due fattispecie assimilabili dal punto di vista della *quidditas* ma non delle conseguenze sanzionatorie.¹⁰⁰ In un'ottica di criminalizzazione del peccato,¹⁰¹ infatti, la *scelta* fra i binomi cosa turpe o cosa dolorosa, peccato o pena è ovvia: «Vir ergo bonus potius poenam iniustam sufferat, quam ut doloris, aut cruciatus metu sciens scelere se contaminet».¹⁰²

Il giurista protestante è, da questo punto di vista, lapidario (né con la sua concezione di atto volontario avrebbe potuto essere altrimenti).¹⁰³ Se si mettono, infatti, a confronto differenti binomi di azioni malvagie, ad esempio due turpi, una dolorosa e una turpe o due turpi, non si scelga nessuna delle turpi e fra le dolorose, quella che lo è di meno: «ex turpi et tristi, triste potius eligendum esse, tamquam sit honestium».¹⁰⁴

⁹⁶ Per *causa proxima* i *doctores* intendevano quella senza la quale il crimine non sarebbe stato commesso; per causa remota quella che esercitava un'influenza secondaria sulla consumazione dello stesso. Sul punto, Claro, *Liber V*, qu. 90, nn. 1 e 2 e Farinaccio, *Praxis*, qu. 130, nn. 54 e 55.

⁹⁷ In tal caso, veniva sanzionato solo l'esecutore materiale, in applicazione della *lex Aquilia*: «Actio legis Aquiliae cum eo est qui si iussit, si jus imperandi habuit; quod si non habuit, cum eo agendum est qui facit».

⁹⁸ D. 50.17.157.

⁹⁹ DC *Prolegomena*, 1.13. In argomento, si veda l'influenza esercitata nell'opera di Böhmer, *Elementa iurisprudentiae criminalis*, parte II, cap. I, par. 26.

¹⁰⁰ DC *Prolegomena*, 1.13. L'autore prende in considerazione le ipotesi di ordine del padre al figlio e del padrone al servo, adducendo *loci* sia giuridici che letterari. I primi, D. 47.10.11.4.-5. (Ulpiano: «Dice correttamente Proculo che, qualora io ti avessi indotto a compiere violenza, si potrebbe agire contro entrambi. E dice, altresì, che la stessa norma sarebbe applicabile se io ordinassi a mio figlio di farti violenza»), D. 47.7.4. (Ulpiano: «Si è sempre responsabile per il taglio furtivo di alberi, sia che lo si faccia personalmente che lo si ordini ad un altro, libero o servo»), D. 50.17.157 pr. (Ulpiano: «In quei crimini che non sono particolarmente atroci o sanguinosi, si è soliti perdonare i servi che hanno agito per ordine del padrone o di chi ne fa le veci, come il tutore o il curatore»), D. 44.7.20. (Alfeno: «Non sempre il servo è esente da responsabilità per aver eseguito l'ordine del padrone, soprattutto se questi gli ha ordinato di uccidere un uomo o di commettere qualche furto. Quindi, anche se il servo ha praticato la pirateria su comando del padrone, è opportuno che, dopo che abbia ottenuto la propria libertà, si agisca nei suoi confronti. È opportuno che su di lui incomba sempre una pena per qualunque atto egli abbia perpetrato con violenza, violenza che è sempre insita nei delitti»); i secondi, le *Noctes Atticae* di Gellio e l'*Ethica* di Aristotele; nelle *Noctes* leggiamo che un padre ha il potere di ordinare differenti cose: quelle oneste, quelle turpi e quelle indifferenti; all'ordine di far cose oneste ed indifferenti, si dovrà sempre ubbidire, mentre a quello di far cose turpi mai (Gellio, *Noctes Atticae*, libro II, cap. VII). Di conseguenza, se il figlio per ordine del padre, tradisce la propria patria o uccide la matrigna, non può essere in alcun modo giustificato (DC *Prolegomena*, 1.13.). Gellio ribadisce il concetto espresso dallo Stagirita che, riportando un passo di Euripide, commentava le giustificazioni addotte da Alcmene che aveva punito i delitti della madre per ordine del padre. La posizione espressa nei *Prolegomeni* è ribadita in DC 48.18.4.17., in relazione al regime sanzionatorio dello *scelus jubere*. Sul *mandatum superioris*, Cavina M., *Crimini imposti? Il mandatum superioris nel diritto comune*, in *Concorso di persone nel reato*, pp. 55-66.

¹⁰¹ Cfr., *supra*, cap. 3, par. 1.

¹⁰² DC *Prolegomena*, 1.13. Sul punto si veda il recentissimo contributo di Cavina, *Crimini imposti?*

¹⁰³ Cfr., *supra*, cap. 4, par. 1.

¹⁰⁴ DC *Prolegomena*, 1.13.

L'autore, a tal proposito, dichiara le *regulae iuris* «[n]on videtur dolo malo facere, qui parere necesse habet»,¹⁰⁵ «[e]ius culpa nulla, cui parere necesse est»¹⁰⁶ inapplicabili per principio generale, essendo necessario distinguere fra crimini atroci e crimini lievi; nei primi, si dovrà applicare ai *coacti* la sanzione, quantunque mite,¹⁰⁷ mentre i secondi potranno essere perdonati.¹⁰⁸

Anche nelle ipotesi nelle quali non sia ravvisabile una *vis cogendi*, perchè l'ordinante non è titolare né di un *publicum* né di un *privatum imperium*, bensì esercita solamente una sorta di *vis* o di *metus* nei confronti dell'ordinato, sia considerato per principio responsabile solo chi ha impartito l'ordine.¹⁰⁹ In questi casi, tuttavia, neppure colui che per timore o paura ubbidisce potrà essere considerato esente da colpa: infatti, se costui è un *vir bonus*, capace di scegliere tra il commettere un reato ingiustificato o il soggiacere alla malevola volontà altrui, dovrà effettuare la scelta più corretta. E quindi, anche in questo frangente, i citati principi di diritto romano non dovranno essere presi alla lettera, ma si dovrà distinguere fra *modica et atrociora delicta*. Nei primi, il *coactus* sarà giustificabile e andrà esente da pena; nei secondi no, e potrà essere sanzionato anche se *mitius, propter iuventis vim*.¹¹⁰

¹⁰⁵ D. 50.17.167.1.

¹⁰⁶ D. 50.17.169.

¹⁰⁷ DC *Prolegomena*, 1.13. ex C. 9.12.8., C. 9.19.2. e D. 49.16.4.11. Matthaeus riporta due episodi narrati da Appiano, *De bello Mithrid.*, e Tacito, *Annales*, libro IX. Il primo ricorda il supplizio di Attilio che aveva attentato alla vita di Mitridate, mandando sicari i propri servi che, tuttavia, ebbero salva la vita perché costretti ad obbedire all'ordine del padrone; il secondo scrive della condotta di Tiberio che non punì Pisone il Giovane perché questi non avrebbe potuto disubbidire agli ordini del Padre. Nello stesso senso Menochio, *De arbitrariis*, II, casus 354, n. 41, che prevede la punizione del figlio solo in caso di crimine atroce e casus 354, nn. 29-33, dove si legge che «il servo che obbedendo ad un “dominus saevus, et truculentus”, commette un delitto atroce, non potrà andare esente da pena, anche se incorrerà in un castigo più mite di quello ordinariamente previsto per il delitto medesimo. Viceversa, il servo sarà del tutto scusato sia quando il delitto è “leve” [...]» (Cosi Danusso, *La compartecipazione*, p. 702). Sulla responsabilità del padre per i *maleficia* commessi dai figli si veda Bellomo M., *Problemi di diritto familiare nell'età dei comuni. Beni paterni e 'pars filii'*, Milano, 1968, pp. 105 e ss.

¹⁰⁸ D. 3.2.1.; D. 9.2.37.; C. 9.23.6.

¹⁰⁹ DC 48.18.4.14. Identiche valutazioni in Menochio, *De arbitrariis*, II, casus 354, nn. 22-24 e 25-27. Il giureconsulto pavese ritiene che, qualora il mandante sia dotato di pubblica autorità, si debba sottoporre il mandatario a sanzione straordinaria in *atrocioribus*, mentre in caso di *crimina leviora* esso debba andare esente da pena. Sul punto, Danusso, *La compartecipazione*, p. 700, che richiama le opinioni conformi di Tiraqueau e Grammatico.

¹¹⁰ Si veda in argomento l'influsso delle teorie del nostro autore sul pensiero di von Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, lib. I, cap. V, 14: «Pari fere culpa habetur, qui mandat, aut patrandum facinus conducit». Analoghe argomentazioni sono esplicitate anche dal già menzionato allievo di Samuel Styck, Johannes Andreas Birner Brega Silesius, in una *disputatio* del 1690, inserita dal maestro tra le celebri *Dissertationes juridicae Francofurtenses* di cui dà conto Speciale, Alteri ad delictum praebuit occasionem, pp. 23-24: «Vi sono casi particolari in cui il mandatario, per il vincolo di particolare soggezione che lo lega al mandante, non si può esimere dall'accettare e dall'eseguire il mandato. Birner si riferisce ai casi in cui sia stato impartito un comando dal *dominus*, dal *pater*, dal *magistratus*, a causa dell'*imperium herile, paternum e civile* quel comando ha una qual certa forza cogente alla quale il mandatario non può sottrarsi. In questi casi, il mandatario è stato, in qualche modo, costretto ad agire, in forza di un *imperium publicum* o *privatum*, pertanto la pena del mandatario deve essere mitigata rispetto a quella comminata al mandante. Addirittura, per i reati più lievi, ci si può spingere fino al perdono del mandatario».

5.2.6. La *ratihabitio sceleris*

I criminalisti cinque-secenteschi, proponendo *solutiones* ormai consolidate,¹¹¹ prevedono fra le modalità di compartecipazione al disegno criminoso anche il mancato impedimento o la mancata rivelazione di un crimine che sta per essere commesso, un argomento con risvolti filosofico-teologici, che si inserisce nel delicato dualismo *forum fori-forum poli*.¹¹² Se per principio i *doctores* ritengono che, nella libertà garantita al foro interno, nessuno sia obbligato a rivelare o prevenire un reato,¹¹³ tuttavia ammettono eccezioni per i crimini di lesa maestà e per quelli commessi nei confronti del padre, del coniuge o del figlio e, in casi sporadici, dell'amico.¹¹⁴

Identici risvolti nell'ipotesi di approvazione del crimine, con un problema ulteriore rappresentato dal principio «in malefico *ratihabitio* mandato comparatur»,¹¹⁵ che pone come regola generale l'equiparabilità del *ratihabitor* al mandante,¹¹⁶ evidenziando un rigore di fondo che numerosi autori superano, limitando l'applicazione della norma ai reati commessi per ordine o mandato del *ratihabitor*.¹¹⁷

¹¹¹ Dettagliatamente nelle note che seguono.

¹¹² Cfr. *supra*, cap. 3, par. 1.

¹¹³ Farinaccio, *Praxis*, qu. 51, n. 7; Claro, *Liber V*, qu. 87, n. 1; Menochio, *De arbitrariis iudicium*, caus. 355, n. 7.

¹¹⁴ Farinaccio, *Praxis*, qu. 51, n. 40 e 134 n. 91.

¹¹⁵ Gli *interpretes* che sostenevano l'equiparabilità di ratifica e mandato, argomentavano da C. 5.16.25., D. 50.17.60., che, nei contratti, assimilano la ratifica al mandato con efficacia *ex tunc*, e D. 50.17.152.2., dove Ulpiano opina che negli illeciti la ratifica produca gli stessi effetti giuridici del mandato. Anche altri *loci* venivano addotti: D. 43.16.1.14., che sembra equiparare colui che ratifica l'azione illecita al mandante, e la *lex Cornelia de sicariis*, che pare ammettere l'imputabilità di chi abbia dato l'approvazione successiva per un crimine commesso a proprio nome. In proposito, Matthaeus scrive in DC *Prolegomena* 1.14.: «Homicidium quoque meo nomine perpetratum si ratum habuero, adstringi me legi Corneliae, non desunt qui scribant. Verum rigidior est, meo quidem iudicio, haec sententia; nec in foro, sed in templis et pro concione laudanda».

¹¹⁶ Ebert U., *Zum Bedeutungswandel der Billigung begangener Straftaten*, in *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am Juli 1992*, hrsg. von M. Seeboode, Berlin-New York, 1992 a p. 125, attesta *communis opinio* Bartoli, Bartolo, *Comm. in Digestum Novum*, de vi armata, l. 1 par., sed et si cui quis, n. 1: «[...] quia ad hoc ut quis teneatur de maleficio propter *ratihabitionem*, duo requiruntur. primum quod sit gestum nomine meo. secundum, quod habuerim ratum tanquam nomine meo gestum. etsi aliquot istorum deficit, ex *ratihabitione* non teneor» e dà conto della critica di Baldo, *Comm. in Digestum vetus*, De offic. proconsul. l. Observare par. posthaec, n. 16: «[...] quaeritur, num quid de ratificatione quis possit criminaliter puniri? et videtur, quod non [...], quia delictum dat causam ratificationi, non autem ratificatio delicto; ergo ratificans non punitur. [...] item qui ratificat, non est princeps delicti, sed sequax. item ex suo raificare vel non, non augetur nec minuitur effectus rei. ergo non tenetur, quia non est causa delicti ipse. [...] item istud est potius delictum mentale quam attuale, et si qua poena deberet imponi, deberet esse lenior et extraordinaria, non autem ordinaria. et illa est ipsa veritas, licet communis opinio sit in contrarium». La ricostruzione di Baldo sarà ripresa da Bartolomeo da Saliceto, *In VII, VIII et IX Codicis Libros Commentaria*, pars quarta, Venetiis, 1586, in IX. C. de accusat., l. 5, nr. 33: «[...] quandam iniquitatem, quae videtur insurgere, si ratum habens puniatur, ac si mandasset, cum mandans sit autor et promotor huius maleficii, ideo merito debet puniri, sed ratum habens non est promotor, ideo non saltem sit puniendus, cum poenae debeant commensurari delicto [...] cogitabam dicere, quod in maleficiis, in quibus agitur rei persecutionem vel interesse ratum habens obligetur ad interesse, sed non in poenis».

¹¹⁷ Farinaccio, *Praxis*, qu. 135, n. 43; Claro, *Liber V*, qu. 87, n. 5 e Deciani, *Tractatus criminalis*, IX, 38. Sul punto anche Dietrich, *Collegium criminale*, Jenae, 1628, Disp. I, Th. 28: «Et tum demum quem (scil.: *ratihadentem*) teneri assero, si suo ipsius nomine, non secus ac si mandasset delictum fuerit commissum [...] iniquum foret, eum qui non delinquit operando, puniri pari poena cum delinquente et operante» e Dietrich, *Judicium criminale practicum* (*Collegium criminale*), Keip, 1671, cap. I, Aphor. 28, n. 1: «[...]»

Anche Matthaeus contesta una *opinio* che a suo dire dovrebbe trovare spazio non nei tribunali ma nelle chiese.¹¹⁸ In più, se è un principio imprescindibile che nell'applicazione della sanzione non si possa prescindere dal *tempus commissi delicti*,¹¹⁹ l'autore si chiede come potrebbe irrogarsi la sanzione a chi, al momento della commissione, non era in alcun modo implicato o collegabile al crimine.¹²⁰ Questo detto, il giurista assiano non ammette che il principio di diritto civile che assimila la ratifica di un'azione illecita al mandato, legittimi ad esperire un procedimento penale contro il *rathabitor*, ma che consenta unicamente un'azione civile.¹²¹ E sulla sanzionabilità del *rathabitor* – contro parte della *doctrina communis* che la contemplava, seppur *mitius*

quod maleficium gestium sit nomine rathificans, deinde ut ille, in cuius gratiam delictum commissum fuit, postea ratificet tanquam suo nomine per se».

¹¹⁸ DC *Prolegomena*, 1.14.: «Verum rigidior est, meo quidem iudicio, haec sententia; nec in foro, sed in templis, et pro concione laudanda».

¹¹⁹ D. 48.19.1pr.

¹²⁰ DC *Prolegomena*, 1.14. Si veda l'interessante richiamo a DC *Prolegomena* 1.14 che opera la sentenza n. 76 del marzo 1767 della *High Court* di Scozia, *His Majesty's Advocate against Taylor*, in *Arguments*, p. 671. Si veda in argomento anche l'influenza sul pensiero di Engau, *Elementa iuris criminalis Germanici-Carolini*, I, 2.29 che fa riferimento a DC *Prolegomena*, 1.14. e conclude: «Denique in delinquentium sociis non erunt qui delicta ab aliis commissi habent rata. Excipias tamen velim eos [...] qui rathabitione sua delinquentes magis magisque ad delinquendum invitarunt». Analogamente Coccej nella *Dissertatio inauguralis de socio criminis*, qui consultata nell'edizione di Francoforte del 1701, Sect. I, Thes. XXIV, ove, alla *quaestio* se il *rathabitor* possa essere considerato *socius*, viene risposto: «Resp. neg., quia consummatum sceleris nihil addit, vel detrahi ratificans; et licet alias rathabitionem etiam in maleficio mandato comparetur [...] quia tamen ad delictum non concurrat ullum, sed deinde demum accedit ratificans factum, [...] talem effectum hic non producit». E ancora in Sect. II, Thes. XXXVIII: «Nec ille qui delictum jam perpetratum postmodum ratum habet, poena aliqua corporis afflictum puniri potest, eum per solam rathabitionem delicti non fiat particeps ac socius, quia non est causa damni antea dati». Si vedano anche Böhmer, *Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam*, art. 177, par. IX: «Praeter quotquot consummatum sceleris accedunt; a concursu [...] proprie alieni et ex indole facti proprii, non criminis ab altero commissi, sunt puniendi, [...]. Multo minorem speciem veri habent, quae vulgo de ratificantibus allegantur [...]. Num vero ideo in foro criminali causa delicti alterius videntur? [...] cum delicto commissio nil commune habet» e Berger, *Electa jurisprudentia criminalis*, cap. I, V, n. 3: «Quoties agitur ad persecutionem interesse pecuniarii, toties rathabens habetur pro mandante: quoties autem agitur de poena criminali, sive ad persecutionem interesse publici, toties rathabens pro mandante non habetur».

¹²¹ Interessante la nota 6 al loco, dove Nani sposa la *sententia Matthaei*, ribadendo che, relativamente alla norma citata, lo stesso Ulpiano trattava di azioni pecuniarie e non criminali. Analogamente, l'annotazione n. 92 ai *Prolegomena* dell'*editio* neapolitana: «Questa regola di diritto è vera nel senso indicato dall'autore. Infatti, Ulpiano quando dice che nell'illecito la ratifica è assimilata al mandato, intende riferirsi all'illecito privato e in particolare all'interdetto *unde vi* che è oggetto della sua trattazione nel LXIX libro di commento all'Editto, da cui è tratta la citata legge D. 50.17.152.2. Nello stesso senso vanno interpretati gli altri passi tratti dallo stesso commento e anche quello che Ulpiano dice in D. 43.16.1.4. che così recita: "Ed in generale questo interdetto si riferisce a tutti coloro che sono espulsi da una cosa attaccata al suolo; perché, qualunque sia stato mai il luogo, donde uno fu con violenza scacciato, vi sarà luogo all'interdetto". L'autore contesta anche l'applicabilità in argomento del canone *de homicidio del Liber Sextus*: «[...] a prescindere dal fatto che in questo contesto non ci chiediamo cosa prescrive il diritto pontificio, tale canone sembra dettato unicamente per coloro che *receptant, defendant et occultant Assassinos perpetrata caede*». La citazione del nostro autore è imprecisa. In realtà, il *de homicidio* è un titolo del libro V del Sesto ed il capitolo, da restituire per congettura, è quasi certamente il primo: lo scioglimento in termini odierni è quindi – VI. 5.4.1. In argomento, si veda anche l'espresso richiamo effettuato da Carmignani, *Juris criminalis elementa*, art. II, n. 3, nota 2: «Fictiones jus civile recipit: jus vero criminale facti veritatem tantum respicit, ex quo fit, ut etiamsi in negotiis civilibus rathabitione retrahatur ad diem rei gestae, id in criminalibus fallit. Disc. Dig. lib. 48, tit. 16, l. I, par. sed etsi aliaeque a Matthaeo congestae, quas Cl. Nani ad sola civilia negotia pertinere recte coniecit Proleg. c. I, not. 6».

extra ordinem – il nostro autore si pronuncia per la non punibilità:¹²² colui che approva successivamente un crimine non ne è responsabile, non avendo egli commesso direttamente l'illecito e non essendone stato neppure causa.¹²³ In queste ipotesi, infatti, «*principium actionis in agente non est*».

5.2.7. Il *prohibere posse nec prohibuisse*

Matthaeus, con argomentazioni che piaceranno molto a Voet,¹²⁴ è assolutamente contrario alla tesi dell'imputabilità di chi, potendolo, non ha impedito il crimine:¹²⁵

¹²² DC *Prolegomena* 1.14., ove a margine il nostro autore richiama Saliceto B., *In VI, VII et IX Codicis Libros Commentaria*, in L. 6 *De Accusatione*, Venetiis, sub insigne Aquilae renouantis, 1586, in C. 9.2.6. e de Covarruvias y Leiva D., *Opera omnia*, Antuerpiae, 1683, nella *Relectio* alla Costituzione di Clemente V *Si Furiosus, de Homicidio et Irregularitate*, parte 2, par. 1, n. 5.

¹²³ DC *Prolegomena*, 1.14. I *loci* a suffragio non sono numerosissimi, seppur rigorosamente coerenti: D. 3.2.13., dove, a commento dell'Editto, i «giureconsulti romani non consideravano infame chi avesse approvato le nozze contratte contro il divieto imposto dall'Editto medesimo»; Tacito, *Annales*, III, 2., che riporta le parole con le quali l'imperatore Tiberio rimise la causa di Pisone al Senato: «Se, infatti, il legato oltrepassò i limiti della sua carica, e non conservò verso il suo generale il dovuto ossequio e si rallegrò per la morte di lui e per un mio lutto, diverrà oggetto della mia avversione, sarà bandito dalla mia casa e punito come nemico personale, senza bisogno che io ricorra al mio potere di Principe; se poi si scopre un delitto da punirsi con la morte, qualunque sia la persona uccisa, toccherà a voi dar giusto conforto ai figli di Germanico e a noi suoi parenti»; Cicerone, *Philippicae*, II, che rispose alle accuse mossegli da Antonio di essere stato a conoscenza della congiura contro Cesare: «Tu omnium stultissime non intelligis, si id quod me arguis, voluisses interfici Caesarem, crimen sit; etiam laetatum esse morte Caesaris crimen esse: Quid enim interest inter suosorem facti, et probatorem? aut quia refert, utrum voluerim fieri, an gaudeam factum? aequis est igitur, te excepto, qui illum regnare gaudebat? qui illud aut fieri noluerit, aut factum improbaverit? omnes enim in culpa». La ricostruzione di Matthaeus in DC *Prolegomena* 1.14. è espressamente richiamata da Voet, *Commentarius*, Tit. VIII, V, *Ad legem Corneliam de sicariis et veneficis*.

¹²⁴ Voet, *Commentarius*, lib. XLVIII, VIII, XI, che argomenta sulla base dell'art. 150 della *Carolina* e di DC 48.5.2.11.-12. «Nam ut egregie Antonius Matthaeus, natura rerum inter omnes homines cogitationem instituit, cujus [...] denique si quis cum prohibere crimen posset, non prohibuit, propè ipse id admisisset videtur, utique à poena immunis esse debet, qui prohibuit [...]».

¹²⁵ DC *Prolegomena*, 1.15.: «Regulariter non esse criminis reum, qui id, cum potuisset, non indicavit, impeditive». Matthaeus ricomprende nel *prohibere posse nec prohibuisse* la condotta di coloro che presenti nel corso della commissione del crimine restano inoperosi, di coloro che, potendo, non prestano il loro soccorso e di coloro che, essendo informati del crimine che sta per essere commesso, non avvertono la vittima o non la mettono in guardia del pericolo imminente: «Non prohibuisse dicimus, non modo eum qui, cum praesto esset, quievit, aut cum posset, non succurrit, sed et qui, cum conscius esset, non praemonuit, vel indicavit, ut instans periculum caveretur». L'autore riporta numerosi *loci* «partim ex iure divino, partim ex civili, partim ex sapientum dictis» utilizzati dagli *interpretes* che propendono per la rilevanza penale del mancato impedimento di un crimine: Esodo, 21.29, che stabilisce venga ucciso il padrone di un bue che non abbia impedito al proprio animale di incornare un uomo ed ucciderlo («in cosa differisce tale ipotesi, per quanto attiene alla pena, da quella in cui colui che non ha posto rimedio ad un male, pur avendone la possibilità?»); Esodo, 23.5, che impone di soccorrere il bue o l'asino del vicino, crollati a terra a causa del peso della soma («forse che una legge dettata per un animale non abbia valore per un uomo?»); Deuteronomio, 13.8, che impone di denunciare al giudice anche i parenti più stretti che abbiano tentato di spingerci all'idolatria, allontanandoci dal culto del vero Dio; D. 50.17.50. («Qui prohibere potest, culpa non caret»). Conformi D. 50.17.109.; D. 9.2.45.; D. 9.4.2.; C. 3.41.4.; D. 47.6.1.1.: «È responsabile il padrone che, pur essendone a conoscenza, non impedisce al servo di uccidere o, comunque, di delinquere»; D. 48.10.9.1.: «La *lex Cornelia de sicariis* punisce chi, pur potendo impedire un falso nummario, non lo impedisce»; D. 48.9.2.: «Chi non svela che il fratello sta preparando il parricidio, è punito con la relegazione; ma anche gli estranei che, consapevoli, non denunciano il progettato crimine, soggiacciono alla pena prevista per il parricidio». C. 9.13.un.: la pena prevista per

«Crimen dolo contrahitur» e, quindi, chi per timore, per paura o perché non ritiene di esservi obbligato, non presta aiuto, non commette alcuna azione dolosa. «Amor incipit a se ipso: ergo crimini vertatur, si quis quiescere, quam periculo obiiicere se maluit?».¹²⁶ E se questa è regola generale, l'autore indica due serie di eccezioni, l'una oggettiva l'altra soggettiva. Il *prohibere posse* assume rilievo penale in caso di *crimina atrociora*: chi, potendo, non ha impedito fattispecie di *maiestas*, parricidio, *raptus*, turpi per loro stessa natura, sarà, senza dubbio alcuno, considerato responsabile, così come chi *iure potestatis* o per regole di disciplina o rapporti di gerarchia, è tenuto ad intervenire in difesa della vittima del reato o ha l'obbligo di farlo;¹²⁷ quindi, Matthaeus – con una *sententia* che sarà fatta propria da Pufendorf,¹²⁸ ritiene penalmente responsabili i genitori nei confronti dei figli, i servi nei confronti del padrone, i figli non emancipati

coloro che compiono un rapimento colpisce anche coloro che ne erano informati. C. 9.8.5.: la *lex Julia maiestatis* prevede una sanzione anche per coloro che non hanno denunciato un *crimen lesae*. D. 29.5.1.18.: il Senatoconsulto Sillaniano punisce tutti i servi che, pur potendo, non hanno prestato soccorso al loro padrone. D. 49.16.6.8.: la legge militare punisce il soldato che, pur potendo, non ha protetto il suo comandante. Cicerone, *De officiis*, 1.7: «Vi sono due tipi di ingiustizia: quella di chi perpetra l'ingiuria e quella di chi, pur potendo, non la allontana da chi la subisce. Invero, colui che, mosso dall'ira o da qualche altro *impetus* assale ingiustamente qualcuno, compie identica azione di chi alza le mani contro un suo compagno; ma, chi, pur potendo, non respinge e non contrasta l'ingiuria, non è meno colpevole di chi abbandona senza difesa i suoi genitori, gli amici, la patria»; Cicerone, *De divinatione*: «Io addebito a Verre anche quei delitti che tu hai commesso senza la sua complicità perché egli, pur avendo la più alta potestà, non ti ha impedito di compierli».

¹²⁶ DC *Prolegomena*, 1.15. Matthaeus argomenta ex D. 29.5. («se il Senatoconsulto Sillaniano sanziona i servi che non hanno aiutato il padrone, di conseguenza i servi che non soccorrono una persona diversa dal padrone non potranno essere puniti»), D. 47.2. («se chi non ha impedito un omicidio o un furto fosse responsabile di questi crimini, perché i titoli del Digesto, che pur contemplano una casistica assai ampia, non li sanzionano?»), D. 47.2.63(62). («Perché è previsto espressamente che non commette furto chi indica la strada al servo fuggitivo?»), D. 47.2.92(91). («Perché il padrone che poteva impedire un furto e non lo ha fatto, può agire comunque con l'*actio furti*?»), D. 47.2.48.1. («Perché chi conosce un ladro e non lo denuncia non è considerato egli stesso un ladro?»), D. 1.18.13. («Non è compito tipico del magistrato prevenire i *crimina privata*»). La posizione espressa nei *Prolegomeni* è ribadita in DC 48.18.4.16., in relazione al regime sanzionatorio del *prohibere posse*: «Alia sane causa est eius, qui non mandavit crimen, sed cum posse prohibere non prohibuit; item eius, qui crimen ab alio perpetratum ratum habuit; quorum ille non ordinaria poena, sed extra ordinem mitius puniendus est; hic vix poenam meretur, cum per rerum naturam fieri vix possit, ut alienum crimen ratihabitione facias tuum». Analogamente Pothier R.J., *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*, Parisiis, ed. quarta, 1818, V, MCCLXXXIII, 1273: «Nullum crimen patitur is qui non prohibet, quum prohibere non potest. Culpa caret qui scit sed prohibere non potest».

¹²⁷ DC *Prolegomena*, 1.15. Si veda in argomento l'influenza esercitata sul pensiero di Engau, *Elementa iuris criminalis Germanici-Carolini*, I, 2.28 che richiama DC *Prolegomena*, 1.15. Già Bartolo da Sassoferrato, ad D. 48.9.6., *Ad legem Pompeiam de parricidiis*, l. *Utrum*, n. 3 – pur riconoscendo il principio generale «de scientia sola quis non debet puniri», e meritandosi gli strali di Baldo – riteneva fosse opportuno infliggere la sanzione capitale a chi non rivelasse la preparazione di un «maleficium» contro una persona da cui fosse legato da vincolo di fedeltà o confidenza e alla cui autorità fosse sottoposto, come il servo nei confronti del padrone, il figlio nei confronti del padre, il vassallo nei confronti del signore ed, in genere, «qui fuit sciens de turbatione civitatis suae, vel de alio crimine commissio in civitatem suam, vel in Principem» (sul *mandatum superioris*, il già citato Cavina, *Crimini imposti*, pp. 55-66). Si vedano le analoghe argomentazioni espresse da Claro, *Sententiae Receptae*, qu. 87, in tema di complotti «contra personam principis, vel contra eius statum». Le altre ipotesi di complotto, variamente ricomprese nell'ampio contenitore del *crimen lesae*, meritano, a sentir il giurista alessandrino, sanzioni *extra ordinem ex auctoritate ipsius Principis*. Sul punto, Danusso, *La compartecipazione*, p. 707.

¹²⁸ Von Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, lib. I, cap. V, 4. I due giuristi fanno espresso riferimento a coloro che per regole di disciplina o rapporti di gerarchia, sono tenuti ad intervenire in difesa della vittima di un reato, come i magistrati, i genitori, i servi e i figli non emancipati.

nei confronti dei genitori, la *Respublica*, intesa latamente come ente territorialmente sovrano, per i crimini dei cittadini, i cittadini che non soccorrono il magistrato o il giudice che sia stato aggredito da qualcuno e i padroni per i crimini dei *famuli*.¹²⁹

E in tutte le ipotesi nelle quali sia ravvisabile una obbligazione di soccorso, il nostro autore, conformemente alla miglior dottrina, propende per la sanzione straordinaria *ex arbitrio iudicis*, salvi i casi nei quali alla conoscenza del disegno criminoso si accompagni una qualche forma di partecipazione.¹³⁰

5.2.8. I Collegia illicita

Il XVI secolo vede l'affermazione di un male ormai endemico, quello della criminalità organizzata e del banditismo, prodotto di «una realtà conflittuale e violenta, di disordine economico e sociale»: ¹³¹ torme di banniti, che vivono

¹²⁹ DC *Prolegomena*, 1.15. ove a margine si citano conformi Covarruvias, *Opera Omnia*, in *d. Clem.*, III, par. 1, n. 5; Gomez, *Resolutiones*, III, 2, n. 8; Claro, *Receptae Sententiae*, cit., par. fin., quest. 87, n. 8; Menochio, *De arbitrariorum iudicium*, II, cas. 435 n. 2, 329 n. 2 e 355; Farinaccio, *Praxis*, qu. 51, qu. 24 n. 91 e Moeller, *18 Semestres*. Indagando della responsabilità dei padroni per i crimini commessi dai servi, Matthaeus ritiene che non sia necessario che i primi siano a conoscenza dei crimini dei secondi, ma che sia sufficiente che sappiano che i loro sottoposti sono abitualmente disonesti. In questo contesto, il giurista analizza la *digna quaestio* dell'imputabilità del marito che non abbia impedito alla moglie di commettere un crimine (DC *Prolegomena*, 1.16.). Abbiamo già detto della parziale *infirmitas sexus* della donna nell'impianto concettuale dell'opera, *infirmitas* confermata ad apertura di paragrafo: «Regulariter quidem coniux ex coniugis delicto non tenetur (c. 4.12.2.). Sed tamen si maritus non obstitit uxori, teneri videtur: culpa ergo est, non coercere cum possis». Aristotele, *Politica*, 8.1. parla di potere *politicon*, ossia civile, del marito nei confronti della moglie, un potere, tuttavia, minore di quello del padre sui propri figli, al quale spetterebbe, in tale frangente, una sorta di *imperium*, di potere pubblico (Aristotele, *Ethica*, 12.8.). Oltre alle parole di Aristotele, Matthaeus ritiene opportuno ricordare anche quelle di Valerio Messalino – «Frustra nostram ignaviam ad alia vocabula transferri: nam viri in eo culpam, si femina modum excedat» – di Marco Porcio Catone, in favore della Legge Oppia – «Virorum culpa victam ab impotente sexu domesticam libertatem, quod in sua quisque matrefamilias ius et maiestatem viri retinere non instituisset, cum tamen maiores licentiam muliebrem multis iuribus adligavissent, voluissentque in manu parentum, fratrum, virorum esse» – e di Plinio, *Panegirico*, che, parlando della modestia e della dignità della moglie di Traiano, tesseva le lodi del marito che l'aveva bene istruita, «nam uxori sufficit obsequii gloria». Lo stesso Stagirita ritiene che non sia scusabile il marito che non esercita la propria *potestas* sulla consorte, soprattutto su quella che, forte di una ricca dote ed esercitando quella che lui definisce 'Oligarchia domestica', spogli il marito della propria *potestas*. Non mancano, tuttavia, *loci contra* (D. 32.41pr. e D. 33.1.19.1.) dai quali è possibile dedurre che il marito non possa imporre la propria autorità a colei che chiama *Domina*. E l'analisi di queste fonti è occasione per l'autore di citare D'Argentré, che criticò lo Statuto della Britannia, che addossava al marito la responsabilità per i crimini commessi dalla moglie: «Coei che il marito suole chiamare signora non può essere soggetta a coercizione, se non si vuole che la casa e la famiglia risuonino di tuoni e fulmini. Non è pertanto colpa dei mariti se non fanno ciò che né il ferro né il fuoco e neppure Giove sarebbero capaci di fare» (DC *Prolegomena*, 1.16.). Esaminati i *loci pro et contra*, il criminalista olandese non esprime la propria *opinio*, ma si limita a constatare che, seppure la maggior parte dei mariti sono indolenti, «donec Legislator aliquis nominatim caverit, ut et crimen sit, marito non paruisse, et flagitium, vim imperii contra uxorem non defendisse». *Lex delictum facit*, insomma. E, se questa è la regola generale, vi è un solo caso, stabilito in deroga da speciale senatoconsulto, nel quale la legge stabilisce la responsabilità dei mariti per i crimini commessi dalle mogli, D. 1.16.4.2., che prevede la responsabilità del Proconsole, che porti nella regione affidatagli la moglie qualora questa commetta un qualche crimine.

¹³⁰ Si vedano, in argomento, le notazioni di Danusso, *La compartecipazione*, pp. 709-710.

¹³¹ Lacchè L., Latrocinium. *Giustizia, scienza penale e repressione del banditismo in Antico Regime*, Milano, 1988, p. 10, ove maggiori ragguagli bibliografici. Sul punto si veda anche Sbriccoli M., *Brigantaggio*

clandestini in patria o si aggirano sradicati dalla propria *civitas* ai confini degli Stati o dei *Länder*, soldati di professione costretti a vivere di espedienti e imprese irregolari, spesso criminali,¹³² sono sospinti, in cambio di protezione, a farsi materiale umano di quei *Collegia illicita*, talvolta al servizio di baronati o oligarchie cittadine, che, specie nel Seicento, sono resi temibilissimi dall'utilizzo delle armi da fuoco e che vivono di feroce grassazione nelle campagne e nelle strade di gran transito, nelle quali è pericolosissimo avventurarsi disarmati e senza scorta.

Matthaeus definisce l'associazione a delinquere come «[...] Collegium plurium personarum ejusdem potestatis, et muneris, rerumque ad id pertinentium societas»,¹³³ ricomprendendo nella classificazione le più varie forme di *collegia* – «[...] si universitas, si provincia tota, si cuneus aut numeri militares» – e sottoponendo per principio ciascun correo alla sanzione ordinaria, fosse anche quella capitale.¹³⁴ «Opus, quod a pluribus pro indiviso fit, singulos in solidum obligat. Consequenter crimen quoque a pluribus pro indiviso admissum, singulos in solidum obligat». Principio rigido, questo, che egli sostiene debba applicarsi sia ai crimini pubblici che a quelli straordinari. E, qualora il *collegium* si sia reso colpevole di *crimina graviora*, non si abbia remore nell'agire *durius atque inclementius*.

Unica eccezione di rilievo ammessa dal nume tedesco-olandese riguarda i crimini commessi da un numero così elevato di persone tale che applicare a tutti i correi la pena ordinaria potrebbe sembrare pericoloso o eccessivamente crudele.¹³⁵ In queste ipotesi, il nostro autore, mostrando un certo spirito utilitaristico, opta per la punizione dei soli capi, «ut poena ad paucos, metus ad omnes perveniat»;¹³⁶ lo stabilivano le antiche consuetudini germaniche e con una certa logica, dal momento che «le masse sono per natura calme, prima di essere sollevate dall'attività di demagoghi»;¹³⁷ lo consentiva, con analogo spirito, anche la disciplina militare dell'Antica Roma che, praticando la *decimatio* o *fortitio*, garantiva la funzione intimidatoria, pur risparmiando la maggior parte dell'esercito.¹³⁸

Quando, poi, il crimine è commesso da una *civitas*, composta da «multi infantes, minores, decrepiti, multae mulieres, consiliorum publicorum expertes, quos omnes deleri crudelissimum foret», si applichi la pena edittale (anche capitale) agli istigatori, mentre si sottragga la moltitudine al gladio e la si sanziona con l'esilio.¹³⁹

e ribellismi nella criminalistica dei secoli XVI-XVIII, in *Bande armate, banditi, banditismo e repressione di giustizia negli stati d'antico regime*, Venezia, 1984, T. I, pp. 297-320.

¹³² Lacchè, *Latrocinium*, p. 15: «Gli eventi della guerra lasciano tracce consistenti sotto i più diversi aspetti. La guerra, come scrive un giurista olandese del XVI sec., fa dono agli uomini di *homicidia, latrocinia, assassinationes, rapinae*; il confine fra bandito e soldato è alquanto sfumato e la professione militare può talvolta presentarsi come motivo diretto dell'aumento del banditismo». L'autore fa riferimento a Damhouder, *Praxis*, qu. 82, n. 140.

¹³³ DC 47.15.1.2. La *definitio* sarà ripresa da Voet, *Commentarius*, libro II, tit. XXII, par. 1 e da Renazzi, *Elementa*, Libro IV, pars. III, Cap. III, pp. 215 e ss.

¹³⁴ DC 48.18.4.X.30.

¹³⁵ DC 48.18.4.X.30.

¹³⁶ DC 48.18.4.X.30 ad l. *Julia Repet. C.* 9.27.1.

¹³⁷ DC 48.18.4.X.30.

¹³⁸ DC 48.18.4.X.30. Cfr. Menochio, *De arbitrariis iudicium*, caus. 598, n. 22; Farinaccio, *Praxis*, qu. 24, n. 120; Tiraqueau, *De poenis*, caus. 47, citati a margine dal nostro autore. Con spunti analoghi anche Jousse, *Traité*, causa 8.

¹³⁹ DC 48.18.4.X.30.

Note conclusive

Nelle premesse al presente studio, ci si era proposti di individuare gli elementi di discontinuità, rottura o vera e propria modernità nel pensiero di Matthaeus e di dimostrare il suo ruolo di ‘anello di congiunzione’ fra la cultura umanistica, la progettualità illuministica e lo storicismo ottocentesco.

In un primo momento, la nostra attenzione si era focalizzata sulle pagine processuali, che parevano di maggiore interesse per lo storico del diritto, ma un’attenta rilettura dei *Prolegomena* ci ha condotti a quel ‘Matthaeus poliedrico’ – giurista, storico e filosofo – che contribuì, al pari di Grozio, Voet, Noodt, Schulting, Hüber, Van de Sande, a fare del XVII secolo il vero e proprio *Golden Age* della giurisprudenza olandese. Le pagine dei *Prolegomeni*, in particolare quelle consacrate all’inquadramento della volontà criminale, mostrano, infatti, un profilo assai complesso e sotto certi aspetti profondamente differente da quello che ci consegna il Commento al Libro XLVII del Digesto: se nella ‘parte generale’ l’analisi condotta quasi esclusivamente attraverso le categorie aristoteliche ne fa emergere posizioni anticipatorie rispetto a quelle dei grandi autori – in particolare tedeschi – dei secoli XVIII e XIX, tesi a costruire i principi di diritto penale filosofico, nella ‘parte speciale’ la terminologia aristotelica scompare per cedere il passo a quella tradizionale, più consona alla risoluzione di problemi pratico-applicativi.

Lasciando il Commento del Libro XLVIII a un prossimo contributo dedicato alla critica del modulo inquisitorio e al recupero dell’accusatorio classico, da questa prima parte del lavoro emerge la figura di un intellettuale a tutto tondo, protagonista della vita politica e culturale nella patria d’elezione,¹ che alla metodica culta aggiunge la profonda comprensione del patrimonio giuridico e della società nella quale si muove.

L’influenza di maestri come il padre, Matthaeus il Vecchio, e Vultejus – celebri professori della ‘Scuola di Marburg’ che, oltre a una razionale rilettura del ramismo, aveva prodotto sin dal tardo Cinquecento riforme pedagogiche e modelli d’insegnamento – segna indelebilmente la *methodus matthaeusiana* e, di conseguenza, la tendenza del nostro autore a disporre la materia in un ordine razionale e scientifico e a elaborare un impianto teoretico fruibile sia per gli studenti che per i *practici*.²

L’*ars bene disserendi* proposta dal «Nume tedesco-olandese»³ va a sostituire, a un approccio frammentario, una visione d’insieme chiara, ‘scientizzata’, nella sua globalità e sistematicità, conformemente agli ideali melantoniani. È lo stesso autore a dichiararsi consapevole del fatto che l’uomo di legge dei suoi tempi è costretto a procedere su «un terreno infido, cosparso di argomentazioni e di conclusioni contraddittorie»,⁴ ed è questo il motivo per il quale, a suo dire, il giureconsulto deve ricorrere alle virtù argomentative del sillogismo aristotelico e a tutti quegli strumenti logici che possano servire alla

¹ Si veda il ruolo da primattore giocato dal nostro autore nel corso della *Querelle d’Utrecht*, che portò alla condanna della *Philosophie nouvelle*. Cfr. *supra*, cap. 1, par. 3.

² Sul Ramismo e il suo influsso in terre di Germania, in particolare nella metodica del *Pedagogium* di Marburg. Cfr. *supra*, cap. 2, par. 1.

³ La felice espressione è di Solimano, *Paolo Risi e il processo penale*, p. 485.

⁴ DC *Dedicatio*. Cfr. *supra*, cap. 2, par. 1.

semplificazione e alla razionalizzazione della materia, per costruire un ordinamento sistematico e pedagogico della disciplina.

La *nova methodus* porta il criminalista a un utilizzo delle fonti teso all'individuazione di concetti fissi e soluzioni certe: «il progresso rispetto all'arbitrio e alle spericolate conclusioni analogiche dei secoli precedenti è più che evidente e approderà a linee di tendenza che troveranno sviluppo nelle correnti del Razionalismo e dell'Illuminismo settecentesco». ⁵ In questa nuova prospettiva, infatti, la considerazione per la filosofia e per le riflessioni personali travolgono definitivamente il metodo tradizionale del richiamo agli scritti giuridici veri e propri, in forme così evidenti che nel *De Criminibus* sembra alitare il primo soffio delle correnti razionaliste settecentesche: «Laudent qui volent – chiosa il nostro autore – mihi non recte temeritati obiectum videtur, quod ratione dirimendum eret». ⁶

Il nuovo approccio metodologico di indagine favorisce anche la distribuzione razionale della materia e l'individuazione dei *Rechtsfundamenta in criminalibus* in maniera così evidente che il *De Criminibus* può considerarsi l'opera nella quale il processo di *divisio* fra diritto sostanziale e diritto processuale e fra *generalia* e *specialia delictorum* è pressoché compiuto e nella quale la priorità logica dei *generalia* rispetto alle altre parti dell'opera è evidente e strumentale alla costruzione di un modello strutturale pronto da essere consegnato ai grandi sistematori dei secoli a venire.

Il *De Criminibus*, formalmente un Commentario ai *Libri terribiles*, all'interno dei singoli titoli riordina il materiale in capitoli che talora poco hanno a che fare con il testo giustiniano, adottando una struttura sistemica tripartita: ⁷ i *Prolegomena*, una trattazione teorica e sistematica che, muovendo dall'analisi del concetto, dei presupposti, dei caratteri e dei soggetti attivi e passivi del *crimen*, e passando per lo studio delle varie categorie di condotta, arriva alla classificazione dei crimini medesimi; il commento al Libro XLVII che analizza i singoli reati dal punto di vista concettuale e sanzionatorio nella cornice sia del diritto romano-comune che in quello statuario; il commento al Libro XLVIII, votato al recupero dell'accusatorio classico, che prevede una interessante appendice dedicata all'*interpretatio* integrativa degli *usus fori ultrajectini*, tipicamente inquisitori.

I *Prolegomena*, per dirla con Cordero,

scandiscono una teoria quadripartita: reato, reo, offeso, tassonomia criminale. Primo capo: dolo e colpa, condotta, tentativo, concorso nel reato, azione ed omissione. Secondo, aspetti della cosiddetta imputabilità; come vada risolto il dubbio

⁵ Così Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 24. Cfr. Matthaei, *Prolegomena*, pp. IX e X. Si veda l'influenza esercitata su uno dei nomi più noti della Scuola di Marburg, Goffredo Guglielmo Leibniz, che già elogiava la *methodus* del padre del nostro autore, i cui *Collegia* sono citati numerose volte nell'alluvionale produzione giuridica del giusrazionalista tedesco (Leibniz, Zimmermann, Busche, *Frühe Schriften*, p. 415, nota 43). Sull'argomento, cfr. *supra*, cap. 1, par. 1. Sull'influenza metodologica in particolare nella dottrina tedesca ed in quella scozzese, cfr. *supra*, cap. 1, par. 1.

⁶ DC *Prolegomena*, 2.2. Cfr. *supra*, cap. 3, par. 1.

⁷ Cfr. *supra*, cap. 2, par. 2.

sull'infermità mentale. Terzo, dalle questioni relative all'offeso affiora una teoria dell'illiceità penale.⁸

In questa 'parte generale' *ante-litteram* non trovano spazio la teoria generale della pena e l'estinzione del reato – che, con un *Verbrechenbegriff* ancora 'processualmente orientato', sono collocate nelle pagine processuali – e il concorso di norme, tratteggiato nel *Continens praetermissa* a chiusura del commento alla prassi forense della città di Utrecht: l'esclusione dai *generalia* è più che giustificabile a causa della difficoltà nell'inquadrare dogmaticamente l'istituto in un sistema giuridico misto nel quale si sovrappongono nella cornice delle normazioni 'statuali', territoriali o locali e senza una chiara prevalenza di fondo, il diritto romano comune nella sua consistenza dottrinale e le *costumen* cittadine, a loro volta ampiamente influenzate dall'*utrumque ius*.⁹

Matthaeus è dichiaratamente consapevole che il libro introduttivo del Commentario tratta dello studio in generale del reato e che aspetti che la criminalistica tradizionale prendeva in considerazione in ottica sanzionatoria, hanno maggior significato se valutati in relazione all'analisi dei fatti e delle norme ad essi applicabili.¹⁰ L'autore tratta, infatti, di *generalia* quali *dolus*, *culpa*, *nuda cogitatio*, *conatus* o *cooperatio ad scelus* quali istituti riferibili ad ogni tipologia di reato. Si può, dunque, considerare il *De Criminibus* l'esito ultimo dell'intento non solo sistematico ma anche dogmatizzante intrapreso da grandi criminalisti cinquecenteschi: un sistema e che fungerà da modello in terre di Germania, in Italia e finanche in Scozia, dove sarà ripreso da Mackenzie 'il Sanguinario' nelle *Laws and Customs of Scotland, in Matters Criminal*.¹¹

Proprio i *Prolegomeni*, tuttavia, evidenziano la peggior 'pecca dogmatica' del sistema *matthaeusiano*: il *crimen*, pur completamente 'criminalizzato' (per alcuni addirittura secolarizzato),¹² non riesce ad emanciparsi dalle categorie processualistiche,¹³ andando a strutturare una generalissima distinzione classificatoria fra *crimen extraordinarium* «non legitimum quia nec legem, nec formulam, nec poenam certam habet»,¹⁴ sanzionato *ex arbitrium iudicis* e *crimen publicum*, la cui disciplina risiede completamente nelle disposizioni normative. Questa impostazione porta il nostro autore a ricomprendere all'interno di una sorta di contenitore generale, il *peccatum*, non solo l'illecito civile e penale, ma anche forme di natura consuetudinaria e infrazioni dall'indole di così scarsa importanza da non dover neppure essere

⁸ Cordero, *Criminalia*, pp. 504-505.

⁹ Cfr. *supra*, cap. 2, par. 3. Sulla penetrazione del diritto romano nei territori dei Paesi Bassi cfr. *supra*, cap. 3, premessa, nota 15.

¹⁰ DC *Prolegomena*, 1.10. Cfr. *supra*, cap. 3, premessa.

¹¹ In terre di Germania la sistematica del *De Criminibus* fu adottata dall'allievo prediletto di Matthaeus, Adam Struve, nelle *Dissertationes criminales*, nel *Commentarius in constitutiones criminales Caroli V* (1685) di Daniel Clansen e negli *Elementa iurisprudentia criminalis* di Böhmer, un'opera che aprì una nuova fase, quella razionalistica, della storia del diritto criminale in Germania, età nella quale, se vogliamo prestare ascolto alle stesse parole di Böhmer, Matthaeus «farà la parte del leone». In Italia si veda l'aderenza sistematica nell'opera di un altro grande estimatore del nostro autore, Filippo Maria Renazzi, in particolare negli *Elementa iuris criminalis*. Sul punto, più dettagliatamente *supra*, cap. 2, par. 2.

¹² Così Schlüter, *Antonius Matthaeus II*, p. 25.

¹³ DC *Prolegomena*, 1.1. Cfr. *supra*, cap. 3, par. 1.

¹⁴ DC *Prolegomena*, 4.7.

perseguite come illeciti e per le quali la legge o prevede una semplice sanzione intimidatoria o non prevede pena alcuna.¹⁵

La storiografia italiana e tedesca evidenzia la difficoltà dell'autore ad individuare un *Verbrechensbegriff* più moderno, più simile a quello delineato da Deciani, Dietrich o Böhmer che affermavano l'imprescindibilità di una *lex prohibitiva* quale presupposto logico necessario per l'esistenza di un crimine. In realtà, vi è un passo dei *Prolegomeni*, ripreso da Cremani,¹⁶ che parrebbe richiamarsi all'adagio *lex delictum facit*: discutendo della responsabilità del marito per i reati commessi dalla moglie, il giureconsulto, pur constatando che l'indolenza della maggior parte dei mariti è causa dei cattivi costumi delle consorti, tuttavia, «donec Legislator aliquis nominatim caverit, ut et criminen sit, marito non paruisse, et flagitium, vim imperii contra uxorem non defendisse».¹⁷ E quando Matthaeus parla di *Legislator*, non si riferisce al legislatore di Antico Regime, ma a quello giustiniano: le fonti positive di età moderna non vengono mai utilizzate per il loro valore intrinseco, ma come sostegno autoritativo all'*opinio Matthaei*. Una funzione di sussidio che lascia spazio (in realtà, limitato) unicamente alla *Carolina*, alle Istruzioni criminali della Provincia d'Olanda, al *Placaatboek* e niente più: mancano all'appello le *Criminalordnungen* di Filippo II, nonostante la loro vigenza nelle terre dei Paesi Bassi sia attestata sino al 1797 e nonostante il loro impianto presenti una notevole razionalizzazione e mitigazione del modello strutturatosi nella prassi.¹⁸ Non stupisce la scelta di Matthaeus che, come già dicemmo,¹⁹ esprime una concezione di sovranità che, contrapponendosi all'esasperato assolutismo filippino e alle pretese dei canonisti asserviti al potere del Pontefice, avalla l'*imperium* e la *potestas* di ogni istituzione, piccola o grande, possa dirsi *legibus soluta*.²⁰

Coerentemente al 'ripudio antiassolutistico' delle ordinanze dell'odiato Duca d'Alba, il giurista batavo non fa mai riferimento ai provvedimenti delle 'principesche' *Hooge Raad van Holland* e *Hooge raad van Mechlin* in un'età nella quale i grandi giuristi, non solo olandesi, fondano i propri ragionamenti anche sulle sentenze dei Grandi Tribunali – addirittura sui provvedimenti delle più prestigiose corti cittadine – cui attribuiscono ormai *vis legis*.²¹

La dimensione processualistica nella quale è ancora collocato il concetto di *crimen*, porta l'autore ad ammettere la *distinctio* fra reati in senso stretto o ordinari, perpetrati con dolo e, quindi, sanzionati con la pena prevista dalla legge e reati straordinari (i giustiniani *quasi delicta*), commessi con colpa e, quindi, puniti *mitius extra ordinem*. In pieno XVII secolo l'esigenza del dolo è ancora così sentita agli occhi dei criminalisti che essi relegano al di fuori della sfera propriamente criminale tutte quelle infrazioni involontarie dovute a negligenza o imprudenza. Ed è proprio nella 'messa a fuoco' della *Schuldlehre* che il contributo dell'*hoogleraar* (giurista) di Utrecht si mostra assai

¹⁵ Cfr. *supra*, cap. 3, par. 1.

¹⁶ Cremani, *De Iure criminali*, I.II.XVI, nota 5.

¹⁷ DC *Prolegomena*, 1.16. Cfr. *supra*, cap. 3, par. 1.

¹⁸ Sul quadro normativo dei Paesi Bassi nel secolo XVII, cfr. *supra*, cap. 2, par. 3.

¹⁹ Cfr. *supra*, Introduzione, par. 2.

²⁰ Cfr. *supra*, cap. 2, par. 3.

²¹ Cfr. *supra*, cap. 2, par. 3.

prezioso: la rilettura dell'*Ethica Nicomachea* proposta dal nostro autore si colloca perfettamente nel solco della filosofia moral-teologica di area protestante che

già all'indomani della Riforma aveva chiarito che la dottrina luterana della Predestinazione e della Grazia non implicava affatto la irresponsabilità per gli atti compiuti dall'uomo. Rispetto ad ogni questione etico-giuridica, nonché rispetto alla fondamentale questione della responsabilità dei peccatori innanzi a Dio, la teoria aristotelica del *voluntarium* sarebbe stata in grado di fornire tutte le coordinate per una risposta coerente. Se un atto è compiuto in assenza di coazione ed è deliberato, esso è riferibile a chi lo ha compiuto ed è, quindi, espressione del libero arbitrio. E questa soluzione aveva un importante sottinteso: se l'atto volontario viene generato per mezzo della deliberazione e la deliberazione dipende dalle disposizioni interne dell'agente, è evidente che l'uomo agirà in modo migliore o peggiore a seconda delle sue disposizioni interiori. La causalità dell'agire diventa, dunque, compatibile con la necessità, se con questo termine intendiamo il decreto infallibile del Creatore: in questo modo, l'atto volontario diventa *libero a coactione*, ma avendo premesse psichiche ben precise e conformi al decreto divino, non è libero *a necessitate*.²²

In questa prospettiva, Matthaeus, ponendo l'accento sui moventi dell'agire umano, individua nella scelta e nella deliberazione gli elementi costitutivi della virtù etica e il momento di discriminare fra azione volontaria e involontaria,²³ con un'impostazione che talvolta lo porta a spingersi anche oltre i binari della ragionevolezza, come quando arriva a sostenere che non possa andare esente da pena colui che nel corso del sonno e animato da una tremenda inimicizia uccida il proprio nemico. La motivazione: «quia principium actionis in agente est», dal momento che il crimine non è altro che l'esecuzione dei sentimenti malevoli nutriti nella veglia.²⁴

Matthaeus non elabora una concetto generale di responsabilità penale, ma dalla lettura di numerosi passaggi sia dei *Prolegomeni* che del commento ai libri XLVII e XLVIII del Digesto, emerge la consapevolezza dell'esistenza di un nesso imprescindibile fra volontà colpevole e sanzione. La volontarietà, infatti, è definita da due condizioni: dall'essere il soggetto il principio dell'atto e dalla conoscenza delle circostanze in cui l'azione si inserisce. Traducendo in termini attuali, la *voluntas sceleris matthaeusiana* comprenderebbe la coscienza e la volontà della condotta e l'elemento intellettuale del dolo, ossia la rappresentazione degli elementi che integrano la fattispecie oggettiva.

La questione della responsabilità penale dell'agente non è vista come qualcosa di interno o esterno ma come qualcosa di intrinseco all'atto; in altre parole, la volontà da cui nasce la colpevolezza è un elemento costitutivo del crimine e, di conseguenza, qualora essa difetti, viene meno lo stesso. E difettano di volontà colpevole coloro che, perché incapaci di dolo, non possono considerarsi capaci di delinquere e, quindi, dal punto di vista processuale non sono imputabili.

²² Così Piro, *Spontaneità e ragion sufficiente*, pp. 150-151.

²³ Cfr. *supra*, cap. 4, par. 1.

²⁴ Cfr. *supra*, cap. 3, par. 1.

L'autore, nella cornice dei *generalia*, prospetta un elenco di *doli non capaces* che comprende i fanciulli e gli impuberi, i mentecatti, i dormienti,²⁵ mentre quella sorta di *infirmetas* che colpisce donne e anziani viene analizzata fra le cause che consentono una mitigazione della sanzione nelle pagine processuali dell'opera.²⁶ In questo contesto, al cospetto di una dottrina e di una prassi discordi, egli fa spesso ricorso alla libera valutazione del giudice che, dall'esame dei comportamenti tenuti dall'imputato, dalla sua complessiva condotta di vita, dal suo modo di ragionare e da ogni altra parola o fatto che lo riguardano,²⁷ potrà meglio 'arbitrare la sanzione', come accade sovente anche per le altre cause di esclusione del dolo – colpa, errore, stato di necessità e provocazione (le ultime due, finalmente individuate come istituti autonomi e distinti rispetto alla legittima difesa) – anch'esse collocate nell'alveo della teoria generale del crimine.

La disciplina dell'errore, in particolare, evidenzia un netto distacco rispetto all'analisi proposta dalla *Schola italiana*:²⁸ Matthaeus, argomentando esclusivamente dal pensiero di Aristotele, e senza alcun riferimento, se non terminologico, né alla tradizione giuridica né agli autori che prima di lui avevano posato la penna sull'*Ethica Nicomachea*, distingue fra atti compiuti *per ignorantia* e atti compiuti *ignorando*:²⁹ i primi, che vertono sulle condizioni dell'azione, vanno ad integrare ipotesi di errore di fatto e, quando non sono il prodotto di *ignorantia accersita vel affectata*, sono considerati non volontari, in quanto il soggetto non sa quello che effettivamente fa e cagiona un esito diverso dalle sue intenzioni; i secondi, al contrario, sono quegli atti nei quali il soggetto ignora le regole di condotta che ad esso possono riferirsi e siffatta ignoranza, quando si tratta di regole la cui conoscenza è generalmente supposta, non può considerarsi causa dell'involontarietà dell'atto. Il fatto di ignorare che un comportamento non è consentito, non fa venir meno la volontarietà dell'atto e, quindi, il suo disvalore. Ed è proprio il carattere volontario dell'atto a rendere plausibile la sua rilevanza penale e, quindi, la sua punibilità.

Matthaeus non distingue fra ignoranza del diritto naturale e ignoranza del diritto civile e neppure utilizza la categoria del diritto notorio: nei Prolegomeni egli fa riferimento unicamente all'ignoranza del diritto giustiniano e, richiamando passi dell'*Etica* che considerano evitabile l'errore che cade sulla conoscenza di una norma generalmente supposta, sintetizza un'idea di *error iuris* assai ricorrente ed esplicitata sia da pratici che da neoterici e che va a integrare ipotesi di illecito quantomeno colposo.³⁰

Anche la scusa della provocazione è presa in considerazione come causa di esclusione del dolo: i reati «provocati» sono assimilabili ai crimini di impeto e, quindi, di natura mista «in parte volontari, in parte involontari». Si lasci al giudice il potere di

²⁵ Si segnalano, in argomento di crimine commesso dal dormiente, alcuni provvedimenti della Corte Suprema del Sud Africa che allegano proprio DC *Prolegomena*, 2.3. («The South African Legal Journal», voll. 72 (1955), e 73 (1956).

²⁶ Cfr. *supra*, cap. 4, par. 2.3.

²⁷ Cfr. *supra*, cap. 4, par. 2.

²⁸ Cfr. *supra*, cap. 4, par. 2.3.

²⁹ Cfr. *supra*, cap. 4, par. 2.3., ove chiarimenti relativi al significato nella tradizione aristotelica dei concetti *per ignorantia agere* e *ignorando agere*.

³⁰ Cfr. *supra*, cap. 4, par. 2.3.

commisurare la pena alla fattispecie prospettata, soprattutto quando la provocazione sia di una gravità tale da togliere l'uso della ragione.³¹

Più difficoltosa è la ricostruzione dello stato di necessità, con una dottrina discorde che propende o per la scusa o per l'attenuazione della sanzione mai, tuttavia, ragionando apertamente di *generalia*, neppure Tiraqueau, che pur dedica all'argomento un'intera causa, la 33 del *De poenis*, alla quale Matthaeus fa riferimento per costruire la propria proposta, ancora una volta condotta sulla base di una rilettura dell'*Etica a Nicomaco*, che sarà ripresa 'senza colpo ferire' da Pufendorf:³² lo stato di necessità è causa di esclusione del dolo e, qualora ne ricorrano le circostanze, anche del *crimen*, dal momento che la *coactio* non è *propositum* ma debolezza e, di conseguenza, l'azione «non mere voluntaria sed mixta, id est, partim voluntaria, partim involuntaria». E la non completa volontarietà dell'atto potrà essere valutata dal giudice come scriminante o causa di attenuazione della pena: qualora un individuo venga indotto a commettere un crimine per un timore o una paura alla quale egli non può resistere – afferma il nostro autore – è corretto che la pena venga *almeno* mitigata.³³

È proprio dallo scavo di indagine intorno alle aristoteliche azioni miste compiute nell'intento di «evitare mali che oltrepassano l'umana natura e che nessuno potrebbe sopportare»,³⁴ che la dottrina filosofica ha tratto indicazioni di ordine generale sulle moderne cause scriminanti, ricomprendendo, in un quadro d'insieme generalizzante, oltre allo stato di necessità e alla scusa della provocazione, anche la legittima difesa. E solo ragionando in questi termini, si potrebbe affermare che anche il nostro autore tratteggi la legittima difesa nei *Prolegomena*.

In realtà, Matthaeus non parla mai *apertis verbis* di difesa legittima nella parte introduttiva del Commentario, ma, e coerentemente allo stadio di sviluppo della dottrina dell'epoca, unicamente nelle pagine dedicate al regime sanzionatorio della *Lex Cornelia de sicariis*, quasi che l'esercizio incolpato della difesa non fosse istituto di carattere generale, ma causa scriminante o attenuante del solo *crimen homicidi*.

Questo detto, il nostro autore individua quattro *figurae* di difesa che potrebbero scriminare l'omicidio o mitigarne la sanzione: la difesa della *Respublica*, la difesa della vita, la difesa della proprietà e la difesa della pudicizia.³⁵ La difesa dello Stato, a sentire il giurista assiano, è un dovere civico, che consente di uccidere impunemente coloro che minaccino in maniera concreta le istituzioni, così come è altrettanto innegabile il diritto alla difesa della vita propria, di un parente, di un congiunto o addirittura di un terzo: tale diritto, qualora venga esercitato nei limiti del *moderamen inculpatae tutelae*, è esplicitazione di un principio naturale che determina l'esclusione del dolo e dello stesso crimine.³⁶

³¹ DC *Prolegomena*, 1.3 e DC 48.4.9. Cfr. *supra*, cap. 4, par. 2.5. Si segnala, a proposito di provocazione in caso di uccisione dell'adultera, una sentenza della *High Court of Lesotho*, che allega le argomentazioni espresse da Matthaeus in DC 48.3.2.13. («South African Law Journal», 1939); cfr. *supra*, cap. 4, par. 2.4.

³² Cfr. *supra*, cap. 4, par. 2.4.

³³ Cfr. *supra*, cap. 4, par. 2.5.

³⁴ Aristotele, *Ethica Nicomachea*, III, 1.

³⁵ Cfr. *supra*, cap. 4, par. 2.4.

³⁶ Sul punto, si veda l'influenza del pensiero di Matthaeus su Böhmer, *Meditationes in Constitutionem criminalem Carolinam*, art. 137, parr. 2, 3, 10, 20. Cfr. *supra*, cap. 4, par. 2.4.

Al contrario, la difesa della proprietà e dell'onore, quando a contrappeso non stanno più gli interessi della *Respublica* o il naturale diritto all'esistenza, portano il nume tedesco-olandese a soluzioni più complesse e che saranno riprese dal 'solito' Pufendorf: sia sempre ammessa l'uccisione del ladro sia diurno che notturno,³⁷ dell'assassino,³⁸ del *raptor* o dello *stuprator*,³⁹ qualora l'agente tema per la propria vita o per quella dei propri cari. La difesa, qualunque difesa, è sempre legittima ed esclude il crimine quando è necessario baluardo dell'esistenza. E tale necessarietà sarà esclusa in tutti i casi nei quali non sia ravvisabile proporzione tra difesa e offesa o, in altri termini, in caso di eccesso di difesa. L'eccesso di difesa, infatti, non va esente da pena e il nostro autore si pronuncia per la mitigazione della sanzione. L'aristotelico Matthaeus, infatti, equiparando l'eccesso di difesa al crimine perpetrato *impetu* e richiamandosi al tradizionale *moderamen*, lascia al giudice ampio potere nell'arbitrare la sanzione.

L'analisi del *crimen* è completato dalla prima e compiuta sintetizzazione, in ambito generale, delle differenti tipologie di condotta criminosa: il criminalista batavo accanto al *crimen perfectus*, colloca la *nuda cogitatio*, il *conatus* e varie *categoriae* di *cooperatio ad scelus* – *consilium aliis dedisse*, *instigare ad scelus*, *opem ferre*, *scelus mandare*, *scelus jubere*, *ratihabitio sceleris*, *prohibere posse nec prohibuisse* –⁴⁰ di cui solo il tentativo e alcune tipologie di concorso assumono rilievo in ambito penale.

Pur senza che sia evidente una sintesi generale, sono proprio le pagine dei *Prolegomeni* dedicate alla complicità – unitamente all'analisi dei soggetti passivi del crimine e della prova del dolo – che maggiormente hanno impressionato, tanto da meritare le lodi di Böhmer e Renazzi e da essere utilizzate nella prassi dei grandi tribunali tedeschi e scozzesi,⁴¹ finanche nelle pronunce delle *Spruchausschüssen*.⁴²

E proprio dalle pagine di una sentenza della *High Court of Justiciary of Scotland* emerge a chiare lettere il ruolo che il nostro autore aveva assunto nel quadro della scienza criminalistica del secolo XVIII:

[...] Matthaeus has also been quoted, as affording an authority in behalf of the prosecutor. This writer is a commentator on the Civil law, his book *De Criminibus* being a professed commentary on the 47th and 48th books of Pandects. What has before been said, therefore, with respect to the texts of the Civil law itself, applies

³⁷ Cfr. *supra*, cap. 4, par. 2.4.

³⁸ Cfr. *supra*, cap. 4, par. 2.4.

³⁹ Si vedano, in argomento, le analoghe considerazioni espresse da Grozio, *De iure belli ac pacis*, II, 1, par. 7 e Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, II, 5, par. 12. Cfr. *supra*, cap. 4, par. 2.4.

⁴⁰ Così Schlüter, dall'intitolazione indicata nei *Prolegomeni*.

⁴¹ Faccio riferimento alla sentenza n. 97 del luglio 1747, *His Majesty's Advocate, against Fithie & C.*, in *Arguments and Decisions*, che, a p. 668, fa riferimento a DC *Prolegomena*, 1.11. – «Persons who conceal the criminal, or assist him in making his escape, are numbered by the doctors among those *qui opem ferunt*; Matthaeus, c. 1 par. 11» e a p. 671 a DC *Prolegomena*, 1.14. «The approving of a crime after it has been committed, and the concealing the person guilty of it, is not criminal or punishable. Some doctors think it is culpable to ratify a crime that has been committed in the name of the ratifier: but that opinion is not applicable to this case; nor is it generally received; Matthaeus, c. 1 par. 14».

⁴² Cfr. *supra*, cap. 4, par. 1 e par. 2.

with greater force to the authority of Matthaeus, who is no more than a second-hand retailer of these texts.⁴³

Notevole il rilievo, se si pensa che il caso è stato deciso sessanta anni dopo la perdita dell'autonomia politica della Scozia, in una tornata di anni nella quale il diritto penale scozzese avrebbe dovuto vivere quella svolta che lo avrebbe portato a un allontanamento dal diritto romano comune.⁴⁴

Tornando alla *cooperatio ad scelus*, se l'aspetto definitorio e la collocazione nei *generalia* ne evidenziano una netta cesura rispetto alla criminalistica tradizionale, le *solutiones* dal punto di vista sanzionatorio non si mostrano per nulla innovative, se non in rare ed a volte discutibili eccezioni, tutte ineluttabile prodotto di un concetto di *voluntarium* inteso quale scelta e deliberazione. Così, Matthaeus non distingue fra *consilium* portato a chi avesse propositi criminosi e chi no e opta per la responsabilità di colui che ha commesso un crimine per aver obbedito a un ordine, con argomentazioni riproposte una volta ancora da Pufendorf e fatte proprie da alcune sentenze della *High Court of Lesotho*, che allegano fra le *old authorities* a partire dalla fine degli Anni Quaranta dello scorso secolo le pagine del *De Criminibus*:⁴⁵

Voet [4.2.1] states it as a general principle that whereas fear of death induced by one person is no complete excuse for injuring another, it operates in mitigation of punishment. While holding that a good man must be prepared to be crucified rather than agree to commit a crime [Proleg. 1.13], Matthaeus states it as a general principle applicable also to give offences that a person who commits a crime

⁴³ Queste parole di lode sono spese in una sentenza – *His Majesty's Advocate, against Joseph Taylor*, n. 76 del marzo 1767, in *Arguments and Decisions*, p. 342 – che decide di un caso di extraterritorialità facendo ricorso alla *opinio* espressa in DC 48.13.5.4. («Sortitur autem forum reus, non solum ubi delinquit in sed et ubi domicilium habet, et ubicunque reperitur»), citato a p. 312, e DC 48.13.5.8. («Sed quoniam divisus territoriis perniciosior opinio invaluit, non immerito quaeritur, cujus est animadversio, si exempli gratia, alibi tormentum excussum, alibi transfixus homi fit; alibi falsum instrumentum scriptum, alibi productum; fit si alibi raptam, alibi stupraveris; alibi vinctum, alibi spoliaveris: et recte responsum judico, ab interpretibus in omnibus hisce exemplis, utriusque territorii judicem animadvertere posse»), citato a pagina 317, dove il nostro autore, preoccupandosi delle conseguenze della polverizzazione politico-giuridica dei suoi tempi, confuta Accursio e propone regole in materia di giurisdizione riprese ancora ai giorni nostri da due pronunce, una della Suprema Corte del Sud Africa – *State vs Ebrahim* (1991) – e l'altra dell'Alta Corte del Lesotho – *Rex versus Shao Ming Sheng* (1997) – che, in questo contesto ci si accontenta di richiamare, rinviando ad un prossimo contributo dedicato alle pagine processuali del Commentario.

⁴⁴ Un recente studio ha dimostrato che il Commentario di Matthaeus fu una delle «opere più importanti usate nella pratica criminale scozzese» anche nella seconda metà del XVIII secolo, un'opera che, soprattutto nella sua edizione del 1679, poteva trovarsi con una certa frequenza in tutte le librerie della regione (Cairns, *Legal study in Utrecht in the late 1740s: the education of Sir David Dalrymple, Lord Hailes*, pp. 33-34). Questa sopravvivenza è provata senz'ombra di dubbio dall'influenza che essa esercitò su uno dei maggiori esponenti della prassi criminalistica scozzese: David Dalrymple – Lord Hailes – che possedeva due edizioni del Commentario – la seconda e la quarta – e che nello studio del *crime of hamesucken* ne parla come «approved work» (Cairns J.W., *Hamesucken and the major premiss in the libel, 1672-1770: Criminal law in the Age of Enlightenment*, in Hunter (ed.), *Justice and Crime: Essays in honour of the Right Honourable the Lord Emslie*, 1993, pp. 138 e 156-215). Nei cataloghi della biblioteca familiare di Dalrymple la seconda edizione è catalogata come Nha.K.168, la quarta come Nha.K.177. Sul punto, Cairns, *Legal study in Utrecht in the late 1740s*, p. 34, nota 29.

⁴⁵ Sull'*istigatio ad scelus*, cfr. retro cap. 5, par. 4. Sullo *scelus jubere* cfr. retro, Cap. 5, par. 7.

under duress is not liable to the normal penalty for that crime since he did not do so with unqualified intent but *partim voluntaria, partim involuntaria*.⁴⁶

Un altro aspetto per il quale l'opera di Matthaeus rappresenta un fecondo crocevia, tocca il delicato problema della prova del dolo e il contestato dualismo *dolus verus-dolus praesumptus*: nella prospettiva del nostro autore esiste un solo tipo di *dolus*, quello provato; quindi, si provi il dolo e sarà provato anche il crimine: in assenza di prova del dolo, non si avrà dolo presunto, ma responsabilità a titolo di colpa o *casus*.⁴⁷

Nel sistema elaborato dal giurista olandese, nel quale la *potestas moderandi poenas* è ammessa non solo nei giudizi straordinari ma anche in quelli pubblici e nel quale la valutazione dell'*animus* è lasciata al convincimento del giudice, è evidente che il monolitico *dolus malus* romanistico assolve meglio la propria funzione rispetto alle differenti colorazioni che della *voluntas sceleris* aveva offerto la dottrina di diritto comune.

In quest'ottica dolo vero-dolo provato, si colloca anche il rifiuto dell'assoluzione *ab instantia* radicata nel processo inquisitorio, che Matthaeus vede come una specie di assoluzione *ad interim* che, incidendo solamente sui vincoli di causa, determina una sospensione indefinita sulle sorti della procedura e dell'accusato. Il nostro autore, con soluzioni che faranno breccia nella scienza giuridica già a quattro anni dalla pubblicazione dell'opera,⁴⁸ giudica inaccettabile il ricorso alla formula di assoluzione non definitiva anche a causa della concezione in essa implicita che l'inquisito debba fornire prova della propria innocenza per ottenere un'assoluzione piena. Ove permangano dubbi sulla colpevolezza, egli ritiene, infatti, che il giudice possa al massimo ricorrere ad una sorta di supplemento d'istruttoria, esaurita la quale restano due sole possibilità: assolvere o condannare in via definitiva. Consapevole, tuttavia, che il *non liquet* mal si adatta ai suoi tempi, il criminalista batavo non può far altro che rammaricarsi dell'utilizzo invalso dell'assoluzione *ab instantia* che, pur assai distante dal diritto romano, accontenta dottrina e prassi.

La convergenza delle finalità tipiche dell'*Usus modernus* tedesco con gli intenti eruditi della giurisprudenza elegante, consolida in Matthaeus anche una 'convinzione storicistica' che produce ricerche antiquarie non solo di diritto romano, ma anche di storia e di diritto patrio: le *Paroemiae Belgarum*, i *Veteris Aevi anelected* – che sono considerate dalla storiografia tedesca modelli al pari delle opere di Conring e Pistorius – e lo stesso *De Criminibus*, nel quale con pregevoli spunti filologico-storicistici vengono ricercate le origini di numerosi istituti dell'*accusatio* classica e del procedimento scabinale, mostrano un giurista che può considerarsi, al pari di Heineccius e Thomasius, precorritore della 'Scuola Storica tedesca'.⁴⁹

Il tema del legame ineluttabile fra storia e diritto conduce il criminalista assiano a ragionare anche in termini relativistici e a considerare il diritto mutevole perché costruito dall'uomo e in necessaria correlazione con le istituzioni socio-politiche che lo determinano. Proprio nelle pagine del commentario ai *Libri terribiles* questa

⁴⁶ *Rex v. Tumelo Sinsing & Others*, 27 agosto 1981, pubblicata sulle pagine web dello *Southern African Legal Information Institute*, che allega *Rex v. Steane*, 1947, alla quale il virgolettato si riferisce.

⁴⁷ Cfr. *supra*, cap. 4, par. 3.

⁴⁸ Si veda l'influenza sul pensiero di Brunemann, Claproth, Renazzi, Filangieri e finanche su quello del Cancelliere Daguessau. Cfr. *supra*, cap. 4, par. 3.

⁴⁹ Cfr. *supra*, Introduzione e cap. 1, par. 2.

concezione lo porta ad ammettere in alcuni casi che la *doctrina communis*, pur distante dal diritto romano e dalla sua *opinio*, si adatti meglio alla realtà dei tempi,⁵⁰ che si possa derogare in casi eccezionali addirittura alla ‘Legge Mosaica’ se la società cui si fa riferimento lo richiede o lo consente,⁵¹ a respingere la *distinctio* fra *crimina gravia et levia* e ancor più fra *crimina gravissima et graviora*, perché la *qualitas criminis* è relativa, in quanto espressione di una società in continua evoluzione: agli occhi di un autore che già ragiona con ‘afflato relativistico’, crimini considerati turpi nell’antica Roma non lo sono o lo sono meno nell’Europa del Seicento, mentre crimini reputati gravissimi nel Secolo di ferro possono essere risibili agli occhi degli antichi romani; così, se la sodomia, *etsi sacris paginis imbutis*, ai tempi del giureconsulto assiano è un crimine gravissimo, tuttavia esso viene considerato dal diritto romano più lieve rispetto all’adulterio,⁵² un crimine che il nostro giurista ricomprende fra i *graviora*, perché contrario allo *ius naturale*.

L’analisi del *crimen adulterii* è occasione per una digressione sul concetto di *ius gentium*, che Matthaeus, conformemente al prediletto Cujas, considera prodotto della *naturalis ratio* «& ipsum jus naturale vocatur», in una prospettiva assai distante da quella di Ermogeniano e speculare a quella di Aristotele e Cicerone e che va a strutturare una contrapposizione fra lo *ius gentium-naturale* e le *leges* delle singole *civitates*.⁵³

Vultejus influenza Matthaeus non solo nelle scelte metodologiche e di approccio pedagogico allo studio della materia, ma anche nei concetti fondanti di Stato e di diritto.⁵⁴ E se il maestro sulla base dei principi di diritto romano tenta di fondare una disciplina ed una élite di potere che legittimino gli Stati territoriali, l’allievo prediletto rilegge il concetto di *majestas* in una prospettiva autonomista di chiara matrice bodiniana – la sovranità, prescindendo dalle dimensioni territoriali dell’istituzione, non è nient’altro che l’esercizio effettivo del potere all’interno della *civitas* –⁵⁵ e tale rilettura ben si accorda con il Manifesto dell’Aja, documento con il quale i territori della sua patria d’elezione, riecheggiando i contenuti contrattualistici e giurisdizionalistici prospettati nei *Sei Libri della Repubblica*, si erano costituiti in Federazione indipendente sotto la guida di Guglielmo d’Orange.⁵⁶

Non è un caso la concentrazione nell’Olanda del XVII secolo di tanti di precorritori – si pensi a Grozio, Hüber, Althusius, Lipsius e allo stesso Matthaeus –⁵⁷ del pensiero illuminista: del resto, proprio i rappresentanti delle Province Unite, nell’atto di abiura di Filippo II del 1581, furono i primi a fornire una interpretazione politica del diritto di resistenza, sino ad allora concepito unicamente in chiave religiosa, ponendo assai fertili basi per le prime teorie che condussero alla secolarizzazione dello Stato e del diritto.⁵⁸

⁵⁰ Cfr. *supra*, cap. 4, par. 3.

⁵¹ Cfr. *supra*, cap. 2, par. 3.

⁵² Cfr. *supra*, cap. 5, par. 1.

⁵³ Sul punto si veda Rizzelli, *Adulterium*, p. 10 che richiama Cicerone, *Off.*, 3.5.23 e Aristotele, *Rhet.*, 1, 1373, b, 1-17.

⁵⁴ Cfr. *supra*, Introduzione, par. 2 e cap. 2, par. 1.

⁵⁵ Cfr. *supra*, Introduzione, par. 2.

⁵⁶ Cfr. *supra*, Introduzione, par. 2.

⁵⁷ Sul quadro socio-politico dei Paesi Bassi nel corso del XVII secolo, cfr. *supra*, introduzione, par. 3.

⁵⁸ Cfr. *supra*, cap. 2, par. 2, *in finis*.

La stessa tradizione anticurialista – nella colorazione protestante datane dagli intellettuali francesi del secolo XVI – sarà ripresa dai giuristi-filosofi dei Paesi Bassi, con una visione che voleva il conferimento allo Stato di tutto il sistema disciplinare interno alla Chiesa, anche se, in realtà, la Chiesa Riformata non divenne Chiesa di Stato ed il suo rapporto con lo o gli *Statolder* oscillò nei decenni da convergenza a rifiuto.⁵⁹

L'anticurialismo è ben presente e radicato anche nel pensiero di Matthaeus che non si fa attendere ogniqualevolta si tratti di 'impugnare la penna' contro il Pontefice e il suo «gregge di tonsurati», sempre contestati e pesantemente criticati anche in materie dove la tradizione riconosce la preminenza del diritto canonico, come in tema di *privilegium fori* e *delicta mixta fori*; notevole il rilievo, se si pensa che nelle Facoltà di diritto dell'Olanda calvinista l'importanza del diritto canonico rimane assai forte nella vita pubblica, decadendo soltanto nella seconda metà del Settecento.⁶⁰

Del resto, il lemma caro ai protestanti «ius canonicum seu Pontificium divinum non est nec omnia, quae in iure canonico habentur, iuri divinum conveniunt neque etiam Ius istud immediate auctoritatem habet a Deo, ut Codex Biblicus, qui propria et unica Ius Divinum appellatur», in una rilettura ormai razionalista, conduce alla inevitabile cesura diritto naturale-divino e diritto umano, positivo tanto nella gerarchia ecclesiastica che in quella civile.⁶¹

La strada è ormai segnata: non si sarebbe più ragionato in termini di concorrenza fra ordinamento civile e canonico, ma ormai la frontiera sarebbe passata tra il diritto positivo – nel quale la Chiesa era in posizione di inferiorità rispetto al potere dei nuovi e potenti Stati territoriali – e la sfera della coscienza o, per dirla con Prodi, tra il peccato come trasgressione della legge divina ed il delitto-reato come trasgressione della legge umana.⁶²

⁵⁹ Cfr. *supra*, introduzione, par. 2.

⁶⁰ Cfr. *supra*, cap. 3, par. 6.

⁶¹ Relativamente a questo processo di razionalizzazione ed al contributo di Matthaeus e di Hüber al passaggio ad una giurisprudenza e una politica illuministica più velocemente rispetto agli altri territori riformati, cfr. *supra*, cap. 2, par. 3.

⁶² Prodi, *La sacralità del potere*, p. 22.

Indice dei nomi di persona e di luogo

I numeri rinviano alla pagina. I nomi dei *luoghi* sono in corsivo, rimangono in tondo i nomi di persona.

- A Wesel A., 42
Abbagnano N., 92, 93, 146
Accursio, 46, 57, 102, 165, 170, 171
Æmilius A., 10, 11, 12, 14, 16, 20, 31
Aiazzi A., 123
Ajello R., 145
Alba duca, de Toledo F.A., XXI, 43, 44
Albertini A., 152
Alberto Magno, 92
Alciato A., 47, 113, 146
Alessandro Farnese, XXI
Alessandro III, 126
Alessi G., IX, X, XVI, 26, 27, 28, 29, 32, 36,
39, 42, 43, 44, 51, 68, 74, 82, 84, 85, 143,
145, 146, 147, 148, 157, 158
Althusius J., XIV, 1, 2, 34, 35
Ames W. (vedi Amesius)
Amesius (Ames) W., 47
Amsterdam, XIX, 5, 6, 18, 30
Antoni C., VII
Apel J., 34
Archi G.G., 81
Aretino A. (Gambiglioni), 57
Argentreus B. (vedi d'Argentré)
Aristotele, XV, 25, 33, 34, 36, 39, 47, 49, 70,
77, 89, 90, 91, 97, 104, 105, 106, 119, 120,
121, 133, 134, 135, 144, 171, 173, 178, 179
Arles, 72
Ascheri M., 83
Ashmann M.J.A.M., X
Ayrault P., 27, 28, 29, 52, 145
Azzone, 46, 107, 159
Bacone F., 11, 106, 145
Badiali G., 140
Bairoch P., 159
Baldo, 34, 46, 54, 63, 65, 80, 102, 104, 108,
113, 117, 123, 136, 137, 153, 166, 167, 172,
175 178
Baldovino F., 34
Barbeyrac J., X
Barbieri G., 26
Baro E., 6
Bartolo, 34, 37, 43 46, 47, 68, 90, 108, 111,
113, 114, 123, 147, 159, 160, 166, 167, 170,
175, 178
Batelier J., 17
Bayle P., XIX, XXII
Beccaria C., 32, 44
Beck H., XI, 7
Bedouille G., XXIII
Beerback C.F., 130
Bekringer D., 20, 31
Bellomo M., XVI, 33, 81, 82, 83, 174
Bellonio M.A., X
Bentham J., 49
Berckringer D., 11, 16, 31
Beretta C., 78
Berger J.H., 157, 161, 163, 174
Berlich M., 25, 139, 140
Bernardo da Chiaravalle, 92
Bernardo da Pavia, 139
Berner A.F., X, XII
Besold Ch., XV, 132
Bianchi M.A., 39, 57, 146, 159, 161, 166
Biener F.A., 33
Binding K., 82, 88, 142, 150, 152
Birner Brega Silesius J.A., 69, 160, 169, 174
Birocchi I., VII, VIII, IX, X, XI, 145, 146, 158
Boari M., 97, 99, 100, 101, 102
Bocer H., 56
Bock D., 163, 170
Bodin J., XIII, XIV, XV, XVII
Boehm E., 59
Boerius (Bohier) D.N., 65, 66, 67
Bohier D. (vedi Boerius)
Böhmer G.W., 29, 122
Böhmer J.S.F., 40, 59, 75, 97, 98, 99, 102, 104,
106, 114, 122, 134, 137, 142, 161, 163, 171,
173
Bossi E., 39, 89, 94, 113, 161, 168, 169, 170,
172
Bostock D., 134
Böttcher D., 131
Boyle R., 4, 9

- Brasiello U., 57, 138, 160
 Braudel F., IX
 Bréhier E., 93
 Brejon de Lavergnée J., 27
 Broesicke M.A., 102
 Brücker W.H., 129, 130
 Brugi B., XVI, 152
 Bruneau A., 68
 Bruni F., 146
 Brunnemann J., 25, 111, 118, 148, 149
 Bucardo da Worms, 53, 139
 Buccellati A., 52
 Buchelius (van Buchel), 12
 Büchinger W., 40
 Budé G., 47
 Bulgaro, 108
 Burgundius, X
 Burman A., 1, 4, 7
 Cadoppi A., 37, 38
 Cairns J., 37
 Calasso F., XVI, 81, 83
 Calisse A., XV, XVII, 63, 81, 82, 85, 129, 159, 160
 Calvino, 47
 Cancelli F., 81
 Candee Jacob M., 8, 9
 Cannata A.A., 114
 Carbasse J.M., 73, 74, 82, 97, 98, 99, 102, 103, 128, 149
 Carerio L., 152
 Carlo V d'Asburgo, XI, XX, XXI, 23, 42, 103, 131
 Carmignani G., 52, 118, 149, 161, 167, 171, 172, 176
 Caron C., 109, 110
 Carpintero F., 25, 34
 Carpzov B., XVII, XVIII, 25, 27, 29, 38, 40, 49, 54, 56, 57, 58, 59, 60, 73, 79, 80, 86, 88, 91, 94, 100, 101, 102, 115, 117, 125, 129, 130, 135, 136, 137, 139, 140, 145, 154, 155, 168, 169, 170
 Carrara F., 152
 Casej J., XXI
 Casoni F., 146
 Cassi A.A., 26, 28
 Cavanna A., VIII, XIII, 43, 64, 101, 114, 118, 146, 153, 154
 Cheuveau A., 160
 Chiodi G., 33, 83
 Chisolm H., XV
 Cicerone, 24, 25, 34, 36, 47, 70, 92, 93, 123, 134, 135, 153, 177
 Cino da Pistoia, 71, 84, 118, 169
 Cipolla B., 116, 159, 162
 Civoli C., 138
 Claproth J., 149
 Clark D. M., 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 46
 Claro G., 24, 25, 26, 27, 33, 37, 39, 43, 47, 55, 58, 62, 64, 65, 66, 67, 68, 71, 78, 90, 94, 95, 97, 98, 100, 101, 104, 106, 114, 115, 117, 118, 123, 124, 125, 127, 128, 134, 136, 137, 139, 151, 152, 155, 156, 157, 159, 161, 162, 165, 168, 170, 172, 177, 178
 Coccej S., 176
 Cogrossi C., 146
 Coing H., VII, VIII, 44
 Comparato V.I., XIV
 Connan F., 132
 Conring H., IX, XI, 5, 7
 Cordero F., X, XVIII, XXI, XXIII, 30, 40, 53, 56, 59, 73, 75, 82, 84, 87, 122, 161
 Cordero V., 148
 Cortese E., XVI, 58, 74, 83, 106, 108, 109
 Costa P., XVI
 Couvreur G., 138
 Covarruvias D., 25, 47, 52, 83, 85, 86, 87, 88, 93, 104, 105, 110, 116, 124, 152, 154, 172, 176, 177, 178
 Cramer J., 132
 Cremani L., 32, 59, 64, 122, 137, 138, 142, 149, 172
 Crescenzi V., 83
 Crippa R., 9
 Cujas J., 47, 55, 70, 110, 112, 115, 121, 135
 D'Aguessau H.F., 149
 D'Argentré B., 45, 94, 144, 179
 Da Budrio A., 63
 Da Gandino A., 43, 58, 84, 108, 112, 113, 163, 169, 171
 Da Goeva A., 132
 Da Rosate A., 57
 Da Saliceto B., 175, 176
 Dahm G., 57, 81, 82, 84
 Daneau L., 27, 47
 Danusso C., 159, 160, 163, 166, 167, 168, 174, 178, 179
 David R., XVI
 De Castro A., 25, 86, 110

Indice dei nomi di persona e di luogo

- De Cavinis A.A. e M., 32, 122
De Coras J., 132
De Damhouder J., 24, 25, 45, 47, 64, 67, 74, 77, 79, 99, 103, 106, 114, 115, 125, 136, 137, 139, 146, 151, 162, 168, 179
De Fieschi S., 167
De la Marchés O., XI
De la Ramée P., vedi Ramus
De la Roy H. (vedi Regius)
De Lorca P., 110
De Maets C. (vedi Dematius)
De Mayerne L.T., XIV
De Marsilii I., 28, 39, 51, 58, 94, 161
De Mendoza S., 28
De Montesquieu Ch. S., XVII
De Seyssel C., 23
De Simoni C.A., 32, 76
De Soto D., 133
De Vincentis P., 126
De Vitalinis B., 78
Deciani T., XVII, 25, 26, 27, 29, 52, 54, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 70, 86, 100, 101, 151, 152, 159, 161, 168, 175
Deichmann C., 2, 3
Del Giudice P., 81
Del Maino G., 65
Del Noce A., 9
Del Re N., 145
Delenglade J., 146
Delitala G., 117
Dematius (De Maets) C., 11, 16, 18, 20
Demuro G.P., 81, 84, 86, 92, 115, 116
Derrer S., 34
Descartes R., XIV, XXII, 8, 9, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20
Dezza E., VIII, X, XI, XII, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 39, 44, 45, 74, 87, 88, 89, 94, 145, 146
Di Noto Marella S., XI
Di Renzo Villata G., XI, 39, 84, 85, 89, 94, 95, 117, 122, 148, 153, 160, 169, 170
Dietrich P. (vedi Theodoricus)
Dimoulis D., XVII
Dolcini E., 117
Domat J., 112, 114
Doneau H., 28, 29, 47, 55, 112, 132
Dosi A., 146
Dracone, 47, 49
Duaren F., 28, 29, 36, 47, 48, 55, 170, 171
Dujon F. (vedi Junius)
Durante G., 118
Ebert U., 27, 52, 54, 60, 175
Emden, XIV
Engau J.R., 151, 163, 166, 176
Engelmann W., 81, 82, 84, 86, 107, 113, 116, 117
Erasmo da Rotterdam, 23, 28, 35, 102
Ercole F., XVI
Errera A., 33
Esmein A.X., 44
Fantinato L., 142
Farinaccio P., XVII, 37, 45, 47, 57, 58, 63, 64, 65, 66, 67, 71, 76, 78, 86, 94, 95, 98, 100, 101, 104, 105, 106, 111, 112, 113, 114, 115, 118, 124, 127, 134, 136, 137, 148, 151, 156, 159, 161, 162, 163, 166, 167, 168, 169, 171, 172, 175, 178, 180
Fassò G., 93
Favre A., 47, 156, 165
Federico II di Svevia, 136
Feenstra R., IX, 47, 53, 111
Ferrini C., 124
Feuerbach A., 59
Filangieri G., 32, 142, 149
Filippo di Borgogna, XI
Filippo il Buono, 42
Filippo II di Spagna, IX, XIV, XX, XXI, 29, 43, 44, 60, 78
Fiorelli P., X, 57, 58, 145, 161
Flume W., 107, 121
Fockma S.J., IX
Fowler C.F., 9
Fraher R., 146
Franeker, VIII, 3, 10
Frank R., 88
Fregius J.T., 34,
Friedrich C.J., XV
Fruin R., IX
Fulgoni C., 57
Gaeta F., 23
Galilei G., 8, 9, 11, 13
Garlati Giugni L., 57, 161
Gellio A., 25, 39, 47, 179
Gentili A., 140
Gerson J., 47
Ghisalberti C., 134
Gierke O., XVI
Giessen, 30
Gilissen J., 42

- Gioffredi C., 81
 Giuffrè V., 60, 61
 Giuliani A., 145
 Glöckner A., 153
 Gnolfi F., 81, 82
 Goddaeus J., 1, 2, 3
 Godefroy J., 47, 139
 Gomez A., 25, 47, 52, 58, 70, 75, 86, 99, 146, 178
 Gorla G., 124
 Gorla V., XVIII
 Graziano, 58, 99, 104, 108, 113, 123, 128, 138, 139
 Grillandi P., 146
 Grimaudet F., 58, 94, 95, 139, 151
Groeningen, XII, 2, 3, 4, 10, 21
 Grossi P., 83
 Grozio U., VIII, IX, XI, XII, XVII, 43, 49, 118, 122, 127, 137, 140, 141, 145
 Guidi C., 106
 Guizzi V., V, 114
 Guyot J.N., 58, 94
 Haenel G., 54
 Hallebeck J., X, XII, 2, 4, 5, 7
 Hälschner H., 35
 Halthöfer E., 78
 Haitsma Mulier E.O.G., XX, XXI, XXII, XXIII
 Hardie W.F.R., 134
 Harrprecht J., 25, 29
 Härter K., 39
 Hartung G., 1
 Haug-Moritz G., 131
 Hazard P., 8
Heerborn, XII, XIV, 1, 2, 4
 Heerebord A., 93
Heidelberg, VII, 1, 35
 Hélie F., 160
 Heineccius, J., X
 Hermsdorf B.H.D., VIII, 53, 54
 Hewett M., X, XII, 2, 4, 5, 7, 31, 36
 Himmerlich K., 128
 Hinrichs H., 158
 Hirsch E., 131
 His R., 74
 Hobbes Th., 49, 93, 130
 Hoeflich M.H., IX
 Hoops J., XI, 7
 Hopper J., 132
 Hornebeeck J., 11
 Hotman F., 2, 28, 47, 54
 Hruschka J., 115
 Hüber U., VIII, X, XI, 43, 49, 122, 128
 Huizinga J., XV, XX
 Hume D., 145
 Imbert J., 6, 72, 74
 Isabella di Castiglia, 103
 Isidoro di Siviglia, 53, 123
 Isotton R., 64, 107, 118, 152, 153, 154, 157
 Issleib S., 131
 Ivo di Chartres, 53, 118, 139
 Jakobs G., 88
 Jasonni M., 109
 Jeanuot V., 27
 Jensen A.R., 126
 Jescheck H., 88
 Jessen M., 29
 Jesseph D.M., 91
 Jousse M., 123, 124, 133, 144, 180
 Junius (Dujon) F., 47
 Kamen H., 158
 Kantorowicz E.H., IX, 58
 Kaufmann A., 120
 Kelk C., 40
 Kelly J., XIII
 Kierchner H., XV
 Kleineyer G., 42
 Kling M., 34
 Kloth K., 40
 Kneale M., 145
 Kneale W.C., 145
 Koch J.C., 151
 Köhler J., 42
 Kolmann H., 116
 Koschacker P., VII
 Köstlin Ch.R., 25
 Krey V., 129
 Kuttner S., 57, 109, 128
 Lacchè L., 179
 Lagus C., 34
 Laingui A., 27, 58, 64, 65, 66, 68, 74, 82, 86, 94, 95, 97, 99, 100, 102, 103, 104, 105, 106, 108, 111, 113, 114, 117, 123, 124, 125, 127, 131, 136, 138, 139, 140, 144, 149, 151, 154, 159, 165, 169
 Landau P., 42
 Landsberg, VIII, 40, 56
 Landtsheer J., XV
 Lang H.W., 40

Indice dei nomi di persona e di luogo

- Langbein J.H., 24, 42, 74, 87
 Lau F., 131
 Le Comte A., XVI, 47, 48
 Lebigre A., 100, 103, 104, 105, 117, 123, 125,
 127, 131, 139, 140, 151, 154, 160, 165, 169
 Leibniz G.W., 2, 93, 151
Leida, VIII, XV, XIX, 4, 5, 7, 10, 21
 Leyser A., 29, 157, 161
 Lieberich H., 161
 Lipenius M., VIII
 Lipsius J., XV
 Lireaeu J., 10, 14, 16, 17, 21
 Lo Schiavo L., 108
 Lobe A., 91
 Locke J., XXII, 49
 Löffler A., 81, 82, 83, 84, 89, 91, 116
 Loisel A., 117
 Lombardi G., VIII, XV, XVIII
 Lomonaco F., VIII
 Lucchesi M., 58, 82, 95, 116, 117, 118, 154, 159
 Lutero M., 24, 131
 Luzac E., 43, 44
 Machiavelli N., XV, XIX, XXI, 23, 29
 Mackenzie G., 37, 40
 MacQueen H., 37
 Maes L.Th., 42, 43, 44, 87
 Maffei D., 146
Malines, 42, 43
 Manfredini A., 79, 80
 Manzini V., 62, 141
 Maravall J.A., XIV
Marburg, 1, 3, 4, 34, 35
 Marchetti P., 64, 143
 Margherita di Parma, XXI
 Marongiu A., 9, 68, 82, 95, 159, 160
 Martinage R., 26, 27, 28, 39, 45
 Mascardi G., 47, 111, 112, 115, 118, 144, 146
 Masiello T., 81
 Massetto G.P., XVII, 26, 27, 33, 39, 43, 46, 52,
 54, 55, 57, 63, 64, 68, 70, 72, 75, 84, 86, 94,
 95, 124, 148, 154, 159
 Masucci L., 160
 Matteucci N., 114
 Matthaeus I A., 1, 7, 46
 Matthaeus III A., 4, 7
 Matthaeus K., 1, 3
 Matthisius A., 7
 Mazzacane A., XVI, 27, 34, 35
 Mazzucchelli G., 57
 Mc Call Smith A., 37, 38
 Mc Gahagan Th.A., 10
 Meccarelli M., 74
 Meinecke G., VII, IX, XV
 Meister der Ältere C.F.G., 72, 151, 157
 Melantone, 1, 34, 47, 48, 131, 132
 Menius J. (Melantone), 131
 Menk G., 1
 Menochio J., 47, 74, 78, 112, 115, 121, 146,
 151, 152, 154, 155, 159, 163, 165, 167, 169,
 170, 171, 174, 175, 178, 180
 Mereu I., 26, 39, 57, 64, 153
 Merlin Ph.A., 111, 114
 Mezzetti E., 142
 Möhler J.A., XXIII
 Mitteis A., 161
 Mitterdorfer K., 40
 Moeller D. (vedi Mollerus)
 Moeller E., 27
 Molina A., 110
 Molitor K., VII
 Mollerus D. (Moeller), 97, 98, 178
 Mommsen Th., 57, 65, 81
 Morelse H., 7, 11
 Moriaud P., 134, 138, 139, 141, 142
 Mornac A. (vedi Mornacius)
 Mornacius (Mornac) A., 6, 97
 Moro T., 23, 33, 47
 Mozzarelli A., VIII
 Mozzarelli C., 32
 Muller R., XI, 7
 Murray M.J., 91
 Musculus W., 47
 Muyrat de Vouglans P.F., 93, 99, 123, 127
 Nagler J., 52, 85
 Nani T., XI, 31, 52, 72, 174
 Napodano G., 160
 Nauwelaers J., 43
 Nicolini U., 62
 Nyedfal L., 31
 Nobili M., 146
 Nörr K.W., 146
 Nypels J.S., 27, 29
 Occam, 92, 93
 Odofredo, 76, 102, 108, 171
 Oehler H., 26, 38, 117
 Oldekop J., 27, 29, 64
 Orestano R., 27, 145
 Ormanni A., 138

- Otto J., 27
 Padoa Schioppa A., VIII, IX, XI, XIII, 62, 74, 83, 103, 146
 Padovani A., 35, 93
 Padovani T., 83
 Pagano F.M., XIX, 32, 95, 99, 103, 120
 Palazzini P., 123
 Paliero A.E., 39
 Palmerino C.R., 10
 Papa G., 97
 Papon J., 144
 Pecorella C., 100, 148
 Pereda S.J., 52, 86, 93, 103, 104, 105, 110
 Perini L., XIII
 Pernder A., 56
 Pertile A., 54, 82, 159
 Peruzzi P., X, 30
 Petronio U., 78
 Piacentino, 107, 108
 Piacenza S., 107
 Piano Mortari V., IX, 26, 33, 83, 84
 Piffèri M., 26, 28, 33, 35, 36, 39, 40, 49, 51, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 61, 62, 70, 71, 74, 75, 76, 77, 82, 84, 85, 86, 87, 90, 94, 95, 97, 147, 148, 151, 152, 157, 160, 161, 163, 168, 171
 Pihnel A. (vedi Pinelus)
 Pihring E., 119
 Pillio da Medicina, 128
 Pinelus (Pihnel) A., 6
 Piro F., 91
 Piscator J., 47
 Pistorius T., XI, 7
 Platone, 25, 36, 47, 49, 69, 74, 91, 101, 133, 170
 Plaza y Moraza P., 86, 124, 159
 Primrose J., 13
 Prodi P., 39, 47, 55
 Puppe I., 88
 Quaglioni D., XIII, XVII
 Raat A.W.G., VIII, XII, 38, 45, 49, 122
 Radbruch G., 42
 Radin M., 146
 Ramirez de Prado L., 29
 Ramus (De la Ramée) P., 25, 33, 34, 36, 45
 Raphael D.D., XVII
 Ravà A., 160
 Ravensberger J., 11, 16
 Rebuffo P., 6, 97
 Regius (de la Roy) H., 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21
 Rein W., X
 Reiner H. (vedi Reneri)
 Reys K., 129
 Renazzi Ph.M., XIII, XIX, 32, 69, 90, 103, 106, 107, 120, 122, 137, 142, 149, 154, 161, 162, 164, 171, 180
 Reneri (Reiner) H., 11, 12, 15, 16
 Reon W., IV
 Ricci F., 143
 Ricciardi M., 126, 130
 Richeri M., 76
 Rivet A., 47
 Rizzelli G., 69, 70, 122, 135
 Rodebruch Ch., 31
 Rosoni I., 63, 74, 85, 143, 145, 146
 Roumy F., 108, 139
 Rousseaux X., 39
 Rovenius Ph., XII, 8
 Rufino, 128
 Rupert A., 29
 Rushdoony J.R., 49
 Rütten W., 31
 Sant'Agostino, XVII, 47, 49, 53, 56, 66, 86, 92, 93, 104, 109, 125, 126
 Sant'Ambrogio, 125, 126
 Santalucia B., 60, 61, 77
 Santarelli U., 114
 Sbriccoli M., IX, XIII, XV, XVI, XVII, 27, 28, 39, 42, 52, 54, 58, 62, 74, 76, 82, 84, 101, 145, 152, 158
 Scattola M., 48, 131, 132, 133, 135
 Schaffstein F., VII, X, 24, 25, 26, 27, 28, 40, 45, 46, 52, 54, 56, 59, 61, 75, 83, 84, 85, 86, 88, 89, 116, 117
 Schaibart-Fickentscher G., X
 Schaller J., 29
 Scheel W., 24, 42
 Schiappoli D., 109, 123, 126
 Schlosser H., 25, 26
 Schlüter A., X, XI, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 30, 31, 32, 33, 36, 38, 40, 41, 55, 56, 58, 59, 90, 151, 154, 171
 Schmidt E., VII, X, 24, 40, 73, 87, 88, 89, 149
 Schnabel-Schüle H., 55
 Schnaper B., 74, 154
 Schneider P., XVIII, 59
 Schoock M., 10, 11, 13, 15, 16, 17, 19, 20, 21

Indice dei nomi di persona e di luogo

- Schopf B., 124
 Scotanus (van Schouten) B., 5, 10, 11, 16, 20
 Schrage A., X
 Schröder J., 34, 35, 36
 Schröder F.C., 42
 Schubart, 117
 Schuill F., 12
 Schwarzenberg C., 138
 Schwarzenberger J.F., 24
 Scribano M., 93
 Scrot U., 120, 121
 Selden J., XVIII
 Seneca, 47, 49, 92, 93
 Senguerd A. (vedi Sengurdus)
 Sengurdus (Senguerd) A., 10, 16, 17, 20
 Sigonio C., 54
 Solimano S., XI, 149
 Solmi A., 58
 Spartiano E., 101
 Speciale G., 69, 159, 168, 169, 172, 174
 Sperandio M.U., 115, 152
 Spinoza B., XIX, XXII
 Stintzing R., VIII, XI, X, 25, 26, 27, 34, 35, 40, 52, 56, 148
 Stobbe O., VIII
 Stolleis M., X, 30, 40
 Stoop B.C., 31
 Straet A., 10, 17
 Stratenus (van Straaten) W., 10, 11, 16, 17, 20
 Strick W., 19
 Struve G.A., VIII, 6, 40, 118
 Stuckenberg C.F., 107, 109, 112, 113, 117
 Styrk S., 69, 102, 125, 127, 142, 160, 174
 Suartius (Swartius, Swrts) E., 31
 Swartius E. (vedi Suartius)
 Swrts E. (vedi Suartius)
 Tacito, XV, 39, 47, 173
 Taegio B., 57, 97, 162
 Tarello G., 114, 145
 Tessitore A., X
 Theodoricus (Dietrich) P., XVII, 25, 27, 36, 52, 54, 56, 58, 59, 60, 61, 75, 97, 125, 151, 168, 175
 Thomasius C., XVIII, 29
 Tiraqueau A., 25, 27, 28, 47, 52, 61, 64, 65, 66, 74, 75, 94, 95, 97, 98, 99, 100, 102, 105, 106, 107, 111, 112, 113, 115, 124, 128, 134, 137, 139, 151, 154, 155, 156, 174, 180
 Tommaso d'Aquino, 25, 56, 65, 85, 86, 92, 109, 125, 126, 132
 Tornacense S., 128
 Toulmin S., 126
 Troeltsch E., 55
 Troje A.E., 34, 35, 37
 Trusen W., 42
 Turquet de Mayerne T., XIV
 Uguccione, 139
 Ullmann W., 118
Utrecht, XIV, 7, 10, 17, 18, 30, 41
 Vaccari P., XVI
 Valck W., 29
 Vallerani M., 62
 Valsecchi C., 78
 Van Are D., 53
 Van Baardt R.D., 18
 van Buchel (vedi Buchelius)
 Van Bynkershoek C., VIII, XVI; XVII
 Van Caenegem R.C., 74
 Van de Sande J., XI
 Van de Vrugt M., X, XII, 4, 31
 Van den Berg C.J.J.J., IV, 2, 34
 Van der Leewen S., VIII, IX, XIV, 42, 43, 44
 Van Heysenberg P., 53, 54
 Van Oldenbarneveldt J., XXII, XXII
 Van Oven J.C., VIII
 Van Ruler H., 11
 Van Schouten (vedi Scotanus)
 Van Straaten W. (vedi Stratenus)
 Valiente T.F., 86
 Vassalli G., 62
 Viganò, 138, 141
 Vigel N. (vedi Vigelius)
 Vigelius (Vigel) N., 1, 3, 24, 25, 29, 34, 35
 Villey M., IX, XIII, 97
 Vitalini B., 57, 78
 Voci P., 107
 Voeltzel F., 114
 Voet G., XIV, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 1, 18, 19, 20, 21
 Voet J., X, X, 43, 78, 172, 176
 Voet P., 11, 12, 13, 16, 19
 Voltz V., 25
 Von Bar A.L., X, 36
 Von Frank R., 88
 Von Fröhlichsburg F., 46, 49, 56
 Von Kress J.P., 36, 114

- Von Pufendorf S., XVII, 77, 101, 118, 123, 135,
136, 137, 140, 162, 174, 178
Von Savigny C.F., 108
Von Spee F., 29
Von Wächter C.G., X
Von Weber M., 38
Von Wesembeck M., XV, 24, 27, 55
Voorda B., 44
Vultejus H., XV, 1, 2, 3, 4, 34, 35, 36
Wacke A., 78, 107
Waddington Ch., 25
Wedenkind W., 44
Wellschmied B., IX, XII
Wesel, 42
Welten R., X, 5, 29
Wessels J.W., IX, X, 10, 42
Wieacker F., VII, IX, X, 24, 25, 87, 161
Wilhelmus P., 29
Williams B., 125, 126
Wilson C.H., XX
Windelband W., 52
Wissembach J., 2
Wolff C.G., 24, 107, 121
Wolff E., IX, 34
Woozley A.D., 133
Württemberg T., 38
Zanger J., 29
Zasio U., 28, 33
Ziegler C., 157
Zoepfl H., 42
Zorzi A., 62
Zuichem V., 6

Fonti normative

Costumen, usantien, pollitien ende stijl van procederen der stadt ende vrijheyte van Utrecht gheapprobeert ende ghedecreteert by de K. M. Onsen alre ghenadischste heeren als erf heere der stadt. Steden ende lande van Utrecht, cum gratia et privilegio, Utrecht, 1550.

Fonti d'archivio

Kernkamp. Acta et decreta senatus. Vroedschapresolutiën en andere bescheiden betreffende de Utrechtse Academie, Utrecht, 1936-1940

Fonti dottrinali

Accursio, Glossa «eum qui in servitute», in D. 3.2.4.3., l. *Athletas, de iis qui notatur infamia*, par. *Pomponius*, in *Corpus iuris civilis*, glossato, Venetiis, 1592.

Æmilius A., *Oratio in obitum [...] Henrici Renerii [...] Habita in templo maximo postridie exequiarum XV April 1639. Eccedit ejusdem Carmen Funebre*, Utrecht, 1639.

Alciato A., *Tractatus de praesumptionibus*, Venetiis, 1564.

Aretino A., (Gambiglioni), *De maleficiis tractatus*, Venetiis, 1578.

Ayrault P., *L'ordre, formalité et instruction judiciaire, dont les anciens Grecs et Romains usé es accusations publiques [...] conféré au stil et usage de notre France*, Paris, 1604.

Azzone, *Summa Codicis*, ed. Papiæ, 1506, ristampa, Torino, 1966.

Baldo degli Ubaldi B., *Commentaria in VII, VIII, IX, X, XI, Codicis Libros*, Venetiis, 1607.

Baldo degli Ubaldi, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Venetiis, 1577.

Baldo degli Ubaldi, *In Secundam Digesti novi partem Commentaria*, Venetiis, 1577.

Bartolo da Sassoferrato, *In Primam Digesti Novi partem Commentaria*, Lugduni, 1538.

Bartolo da Sassoferrato, *In secundam Digesti Novi partem Commentaria*, Lugduni, 1547.

Beccaria C., *Dei delitti e delle pene. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*, a cura di Venturi F., Torino, 1965.

Berger J.H., *Electa iurisprudentia criminalis*, Leipzig, 1706.

Besold Ch., *Ad titulum 1.3.4.5. et 6. libri I. Pandectarum commentarii succincti [...]*, Francofurti, 1620.

Bianchi M.A., *Practica criminalis*, Venetiis, 1567.

Birner Brega Silesius J.A., *Disputatio decima sexta de mandato delinquendi, pro licentia [ad D. Iunii, anno MDCXC horis ante et pomeridi]. Sect. I Generalis, de obligatione mandati ad delinquendum*, in Styrk S., *Dissertationum juridicarum Francofurtensium ex jure publico, privato, feudali et statuario materia exhibens VI*, Florentia, 1839.

Bodin J., *I sei Libri della Repubblica*, a cura di Isnardi Parente M., vol. I, Torino, 1964.

Boerius (Bohier) D.N., *Decisiones aureae Parlamenti Burdegalensis*, Lyon, 1620.

- Böhmer J.S.F., *Elementa iurisprudentiae criminalis*, Halle, 1749.
- Böhmer J.S.F., *Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam*, Halle-Magdeburg, 1770.
- Bossius (Bossi) E., *Tractatus rariorum criminalium*, Lugduni, 1562.
- Brücker W.H., *Disputatio juridica de moderamine inculpatae tutelae*, Helmstadii, 1694.
- Bruneau A., *Observation et maximes sur les matières criminelles*, Paris, 1715.
- Brunnemann J., *Commentarius in quinquaginta libros Pandectarum*, lib. XXII, Wittembergae & Berolini, 1701.
- Brunnemann J., *De inquisitionis processu*, Leipzig-Frankfurt, 1704.
- Buccellati A., *Sommi principi del diritto penale esposti dal dottor Antonio Buccellati*, Milano, 1865.
- Carerio L., *Practica causarum criminalium*, Lugduni, 1569.
- Carmignani G., *De iuris criminalis elementa*, Romae, 1829.
- Carmignani G., *Dissertazione critica sullo studio delle discipline criminali*, Firenze, 1882.
- Carpzov B., *Practica nova imperialis Saxonia rerum criminalium*, Lipsiae, 1739.
- Cartesio R., *Opere*, a cura di Garin E., vol. II, *Introduzione alle opere di Cartesio*, Bari, 1965.
- Cavallo P., *Resolutionum criminalium*, Florentiae, 1646.
- Cino Sighibuldi da Pistoia, *Lectura super Codice*, Francoforti ad Moenum, 1587, rist. an. Roma, 1998.
- Claproth J., *Ohnmassgeblicher Entwurf eines Gesetzbuches*, I Fort., *Welche das Criminalrecht behandelt*, Frankfurt/M., 1774.
- Claro G., *Liber V Receptarum Sententiarum integer*, in Claro G., *Opera, quae quidem hactenus edita sunt, omnia*, Augustae Taurinorum, 1586.
- Claro G., *Sententiarum receptarum Liber Quintus*, Venetiis, 1589.
- Coccej S., *Dissertatio inauguralis de socio criminis*, Francoforti ad Moenum, 1701.
- Connan F., *Commentariotum iuris civilis libri X*, Basileae, 1567.
- Corpus iuris canonici*, ed. Friedberg, vol. I, Graz, 1955.
- Covarruvias D., *Opera Omnia*, T. I, Venetiis, 1581.
- Covarruvias D., *Opera omnia*, Antuerpiae, 1638.
- Covarruvias D., *Selectarum interpretationum libri octo*, Romae, 1571.

- Cramer J., *De iustitia et iure*, resp. Eucharius Faber, in Cramer J., *Disceptationes hasce XXVI. iuxta ordinem IV. librorum Institutionum imperialium dispositas [...]*, Ienae, 1611.
- Cremani L., *De Iure criminali Libri tres*, Florentiae, 1848.
- Cuias J., *Observationes et emendationes Libri XXVIII*, Parigi, 1556.
- Cujas J., *Commentarii I lib XLIV Pauli ad edictum*, in *Opera omnia*, Neapoli, 1772.
- Cujas J., *IG. Tolosatis Opera ad Parisiensem Fabriotianam Editionem*, Pratii, 1838.
- D'Aguessau H.F., *Œuvres*, Paris, 1774.
- D'Argentré B., *Commentarii in patrias Britonum leges seu consuetudines antiquissimi ducatus Britanniae in lucem editi cura et studio V. C. Caroli d'Argentré*, Parisiis, 1640.
- Da Budrio A., *Tractatus de notorio*, nei *Tractatus universi iuris*, Vol. IV, Venetiis, 1584.
- Da Gandino A., *Tractatus de maleficiis*, ed. Kantorowicz H., *Albertus Gandinus und das Strafrechts der Scholastik*, II Band: *Die Theorie*, Berlin und Leipzig, 1926.
- Da Gouvea A., *Lectionum variarum iuris civilis libri duo*, 1552, in Da Gouvea A., *Opera Omnia*, Lugduni, 1561.
- Da Saliceto B., *In VI, VII et IX Codicis Libros Commentaria*, in l. 6 *De Accusatione*, Venetiis, 1586.
- De Beaumenoir Ph., *Coutumes de Beauvaisis*, Paris, 1899-1900, rist. an. Picard, Paris, 1970.
- De Coras J. e J. Hopper, *Tractatus de iuris arte duorum clarissimorum iuriconsultorum, Ioannis Corasii et Ioachimi Hopperi [...]*, Coloniae Agripinae, 1582.
- De Damhouder J., *Practica rerum criminalium*, Lugduni, 1558.
- De Damhouder J., *Pratique judiciaire es causes criminelles*, Anvers, 1556.
- De Damhouder J., *Pratique judiciaire en causes criminelles*, Anvers, 1951.
- De Fieschi S., *Apparatus in V Libros Decretalium*, Frankfurt, 1570, rist. an. Nachdruch, 1968.
- De Marsilii I., *Averolda. Criminalium causarum Practica*, in *Index Hippolyti De Marsiliis Bononiensis*, Lugduni, 1538.
- De Mendoza S., *Selectarum interpretationum libri octo*, Roma, 1571.
- De Montesquieu Ch.S., *Esprit des Lois*, in De Montesquieu Ch.S., *Oeuvres complètes*, 2, Paris, 1951.
- De Simoni C.A., *Dei delitti considerati nel solo effetto*, in «Biblioteca scelta del diritto criminale italiano», Milano, 1854.
- De Soto D., *De iustitia et iure libri decem*, in De Soto D., *De iustitia et iure libri decem. De la justicia y del derecho en diez libros*, Madrid, 1967-1968.

- Deciani T., *Tractatus criminalis*, Venetiis, 1614.
- Descartes R. & M. Schoock, *La Querelle d'Utrecht, Les Impressions Nouvelle*, Parigi, 1988.
- Descartes R., *Lettre Apologétique aux magistrat d'Utrecht*, 1639.
- Doneau H., *Commentariorum de iure civilis tomus primus [...]*, in Doneau H., *Opera omnia*, Lucae, 1762.
- Doneau H., *Commentariorum in quosdam titulos Digestorum*, Parigi, 1620.
- Du Moulin Ch., *Molinaei opera*, vol. I-II, Parisiis, 1544.
- Duaren F., *Ad Andream Guillartum, de ratione docendi, discendique iuris epistola*, in Duaren F., *Opera Omnia*, 1768.
- Duaren F., *Commentarii in varios Digestorum libros et titulos*, Francoforte, 1558.
- Engau J.R., *Elementa iuris criminalis Germanici-Carolini*, Jena, 1753.
- Favre A., *Coniecturae iuris civilis*, Lugduni, 1605.
- Farinaccio P., *Fragmentorum variarum quaestionem*, pars II, Norimbergae, 1690.
- Farinaccio P., *Praxis et Theoricae Criminalis libri duo*, Lugduni, 1616.
- Filangieri G., *La Scienza della Legislazione con giunta degli opuscoli scelti*, Milano, 1822.
- Fulgoni C., *Summa criminalis*, Venetiis, 1568.
- Gomez A., *Variarum Resolutionum Iuris Civilis, Communis et Regii Commentaria*, vol. III, *De delictis*, Neapoli, 1718.
- Grimaudet F., *Œuvres*, Vol. I, Amiens, 1669.
- Grotius (Grozio) U., *De jure belli ac pacis libri tres* (1625), Lugduni Batavorum, 1919.
- Groot (Grozio) U., *The Jurisprudence of Holland (Inleiding)*, transl. by Lee R.W., 1926, vol. I, 1953, vol. II.
- Guazzini S., *Tractato de pace, tregua, verbo dato alicui principi, vel aliter personae nobili, et de cautione de non offendendo*, Maceratae, 1669.
- Guyot J.N., *Répertoire universelle et raisonnée du jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiaire*, Paris, 1784.
- Heineccius J.G., *Elementa juris naturae et gentium*, Haleae, 1738.
- Hobbes Th., *Leviathan*, trad., intr. e note a cura di Giammanco R., Roma-Bari, 1995.
- Hüber U., *De jure civitatis libri tres*, Fraenque, 1698.

- Hüber U., *Heedensdaegse Rechtsgeleertheyt soo elders als in Friesland gebruielyk (1686-1786)*, *The Jurisprudence of my time*, transl. from the V ed. by Gail P., Cape Town, 1939.
- Imbertus (Imbert) J., *La pratique judiciaire, tant civile que criminelle reçue et observée par tout le royaume de France, composée par M. Jean Imbert, lieutenant criminel au siège royal de Fontenay-le-Comte, illustrée et enrichie de plusieurs doctes comentaires [...] par M. Pierre Guenois*, 1625.
- J. Böhmer J.S.F., *Observationes selectae ad Benedicti Carpzovii Practicam novam rerum criminalium*, Frankfurt am Main, 1785.
- Jousse M., *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, 1771.
- Koch J.C., *Institutiones iuris criminalis*, Jena, 1775.
- Le Comte A., *Digestorum liber XXXXVIII. Ad legem Iuliam maiestatis. tit. III*, in Le Comte A., *Opera Omnia*, Parisiis, 1616.
- Leibniz G.W., *Essai de Théodicée*, III, Amsterdam, 1734.
- Leibniz G.W., H. Zimmermann, H. Busche, *Frühe Schriften zum Naturrecht*, Meinard Verlag, 2005.
- Leyser A., *Meditationes ad Pandectas*, Francofurti ad Moenum, 1778.
- Leyser A., *Meditationes ad Pandectas*, Leipzig, 1717-1748.
- Loisel A., *Institutes coutumières*, Paris, 1935.
- Luzac E., *De modo extra ordinem procedendi in causis criminalibus*, Lugduni Batavorum, 1759.
- Mackenzie A., *Works, The Laws and Customs of Scotland*, in *Matters Criminal*, London, 1716-1722.
- Mascardus (Mascardi) G., *Conclusiones probationum omnium quibusvis in utroque foro versantibus practicabiles, utiles, necessariae, in quattuor volumina distinctae*, (1584), Francofurti ad Moenum, 1684.
- Matthaeus II A., *Prolegomena al commento ai libri XLVII e XLVIII – De Criminibus – del Digesto*, traduzione a cura di Mari P., prefazione di P. Peruzzi, Urbino, 1995.
- Matthaeus II A., *De auctionibus libri duo, quorum prior venditiones, posterior locationes, quae sub hasta fiunt, exequitur*, Utrecht, 1653.
- Matthaeus II A., *De Criminibus. Adjecta est brevi set succincta iuris municipalis interpretatio. Editio prima ticinensis, in duos tomos distribuita et adnotationibus Thomae Nani*, Ticini, 1803.
- Matthaeus II A., *De iudiciis disputationes septendecim: in Illustri Academia Trajecti ad Rhenum, publicae prepositae. Editio secunda auctior & emendatior*, Utrecht, 1645.
- Matthaeus II A., *Paroemiae Belgarum jurisconsultis usitatissimae, editio altera, cui accesserunt additiones post quamlibet paroemiam, continens jus et praxim, tam in bonis allodialibus quam feudalibus, circa easdem, non tentum in foederato Belgio, sed & in Hispania, Gallia,*

Saxonia, Bavaria, Hannonia, Flandria, Brabantia, aliisque provinciis observatum, una cum indice rerum et verborum locupletissimo, Brussels, 1694.

Matthaeus II A., *Veteris Aevi anelecta seu vetera aliquot monumenta quae hactenus nondum visa, quibus continentur scriptores varii*, Leida, 1698.

Meister der Ältere, C.F.G., *Principia iuris criminalis Germaniae communis*, Göttingen, 1760.

Melanchthon Ph., *Vorrede Philippi Melancthon*, in Martin Luther, *Warnunge D. Martini Luther, as seine lieben Deutschen / vor etlichen Jahren auff diesen fall / do die feinde Christlicher Wahreit diese Kirchen und Land / darinne reine Lere des Euangelij geprediget wird / mit Krieg überziehen und zerstören wolten. Mit einer Vorrede Philippi Melancthon*, Wittenberg, 1564.

Menius J., *Von der Notwehr unterrichtet / Nützlich zu lesen*, Wittenberg, 1547.

Menochius (Menochio) J., *De arbitrariis iudicium, quaestionibus et causis*, Venetiis, 1569.

Menochius (Menochio) J., *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis*, Venetiis, 1617.

Merlin Ph.A., *éd. du Répertoire de jurisprudence de Guyot*, Bruxelles, 1827-1828.

Molleri (Moeller) D., *Semestrium libri quinque quorum primi quattuor decisiones continent quaestionum aliquot non inutilium, & inter has, ad Ordinationes & Consitutiones Provinciales Electoris Saxonia Augusti & praxis pertinentia alia non pauca*, Lipsia, 1631.

Mornacius (Mornac) A., *Observationes in L. Libros Digesti T. I. et II*, Parigi, 1654-1660.

Muyrat de Vouglans P.F., *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, Paris, 1780.

Odofredo, *Lectura super Digesto novo*, Lugduni, 1552.

Pagano F.M., *Principi del codice penale e Logica de' probabili per servire di teoria alle prove nei giudizi criminali, opera postuma con alcune note*, Napoli, 1828.

Papon J., *Recueil d'arrêts notables des Cours souveraines de France*, Lyon, 1562.

Pihring E., *Ius Canonicum in V libros Decretalium (1674-1678)*, Dilingae, 1722.

Pillio da Medicina, *Libellus Pylei disputatorius*, I, Hamburg, 1958.

Plaza y Moraza P., *Epitome delictorum causarumque criminalium*, Lugduni, 1560.

Primrose J., *Animadversiones adversus Theses, qua pro circulatione sanguinis in Academia Ultrajectina Regius disputandas proposuerat*, Leida, 1640.

Ramus (de La Ramée) P., *Dialectica*, Parigi, 1566.

Ramus (de La Ramée) P., *Quod sit unica instituendae methodus ex Aristotelis interpretes et praecipue Galeno é IX. Animadversionem P. Rami ad Carolum Latharigem*, Parigi, 1557.

- Regius (de la Roy) H., *Disputatio medico-physiologica pro sanguinis circulatione [...] sub praeside D. Henrici De Roy [...] Exercitii gratia, Publice defendere conabitur Iohannes Haymannus [...] ad diem 10. Iunii*, Utrecht, 1640.
- Regius (de la Roy) H., *Physiologia, sive Cognitio sanitatis. Tribus disputationibus in Academia Ultrajectina publice porposita*, Utrecht, 1641.
- Renazzi Ph.M., *Elementa juris criminalis*, Editio quarta italica, Senis, 1764.
- Renazzi Ph.M., *Synopsis elementorum juris criminalis in usum auditorum*, Roma, 1805.
- Ricci F., *Delle prove*, Torino, 1891.
- Sabelli M.A., *Summa diversorum tractatumum*, Venetiis, 1692.
- Sant'Agostino, *De libero arbitrio*, Palermo, 1990.
- Sant'Agostino, *Epistolae*, Vindobonae, 1981.
- Sant'Ambrogio, *De officiis ministrorum*, Siena, 1936.
- Selden J., *Uxor Ebraica*, Francofurti ad Oderam, 1673.
- Shickard J., *Jus regium Hebraeorum*, Tubing, 1674.
- Stefano Tornacense, *Die Summa über das Decretum Gratiani*, ed Sculte, 1821.
- Struve G.A., *Dissertationes criminales*, Leipzig, 1671.
- Theodoricus (Dietrich) P., *Judicium Criminale Practicum*, Jenae, 1671, ristampa an. Goldbach, 1996.
- Thomasius Ch., *Dissertatio inauguralis juridica, De Jure Aggratiandi Principis Evangelici in causis homicidii*, Haleae, 1714.
- Tiraqueau A., *De legibus connubialibus et iure maritali*, Lugduni, 1554.
- Tiraqueau A., *De poenis legum ac consueudinum statutorumque temperandis aut etiam remittendis et id quotque ex causis*, in Tiraqueau A., *Opera omnia*, Francoforte, 1579.
- Tommaso d'Aquino, *Summa Theologica*, in Tommaso d'Aquino, *Opera omnia*, cur. Busa R., Stuttgart, 1980.
- Van Bynkershoek C., *Quaestiones of Public Law (1737)*, Lonang Library, 2003.
- Van der Leewen S., *Commentaries on Roman-dutch Law*, translated from the original dutch by Kotzé G., London, 1921.
- Van der Leewen S., *Manier van procederen in civile en criminale saaken. Begrepen in de aantekenigen op het Edict, ende Ordonnantie van konig Philips op de criminele justitie, ende manier van procederen in criminele saaken van den jare 1570*, Leida, 1666.
- Vitalini B., *Super maleficiis*, Venetiis, 1518.

- Voet J., *Commentarius ad Pandectas. In quo praeter Romani Juris Principia ac controversias Illustriores, Jus etiam Hodiernum & Praecipue fori Quaestiones Excuciuntur. Juxta Exemplarum Hugae Comitum*, La Haye, 1735.
- Voet G., *Disputatio de Ateismo*, 1639.
- Voet P., *Aengevangen proceduren tot Utrecht*, Utrecht, 1644.
- Von Kress J.P., *Commentatio succincta in Constitutionem Criminalem Caroli V*, Hannover, 1721.
- Von Pufendorf S., *De iure naturae et gentium Libri octo cum adnotatis Johannis Nicolai Hertii*, Francoforte sul Meno, 1716.
- Von Pufendorf S., *Gesammelte Werke*, a cura di Schmidt-Biggemann W., G. Hartung, 1996.
- Voorda A., *De Crimineele Ordonnantiën van Konig Philips van Spanien*, Lieda, 1792.
- Wolff A.G., *Selecta opuscula iuris criminalis*, Leipzig, 1731.

Bibliografia

- Abbagnano N. (1971), ad vocem *Coscienza*, *Dizionario di filosofia*, Torino.
- Abbagnano N. (1993), ad vocem *Volontà*, in *Storia della filosofia*, vol. I, Torino.
- Aiazzi A. (1951), *De defensione legitima in iure poenali canonico*, Roma.
- Ajello R. (1976), *Arcana Juris. Diritto e politica nel settecento italiano*, Napoli.
- Aiello R. (1986), *Continuità e trasformazione dei valori giuridici. Dal probabilismo al problematicismo*, «Storia e Diritto», I, pp. 884-831.
- Alessi G. (1973), *Furto e pena: aspetti del dibattito nel tardo diritto comune*, «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico», 2, pp. 535-605.
- Alessi G. (1981), *Recensione critica a Elio Palombi, Mario Pagano alle origini della scienza penalistica del secolo XIX*, Napoli, Giannini, «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 10, pp. 275-280.
- Alessi G. (1987), ad vocem *Processo penale (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, Milano.
- Alessi G. (2001), *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari.
- Alessi G. (2007), *Tra rito e norma. La legalità prima della legge*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 36, 1, pp. 43-79.
- Alessi G. (2007), *La giustizia pubblica come "risorsa": un tentativo di riflessione storiografica*, in *Penale, giustizia, potere: metodi, ricerche, storiografie per ricordare Mario Sbriccoli*, a cura di L. Lacchè, Macerata, pp. 213-234.
- Allard A. (1865), *Histoire de la justice criminelle au XVIe siècle*, Parigi.
- Antoni C. (1942), *La lotta contro la ragione*, Firenze.
- Ascheri M. (2000), *Il diritto del Medioevo italiano. Secoli XI-XV*, Roma.
- Ashmann M.J.A.M. (1993), *Bibliografie van hoogleraren in de rechten aan de Utrechtse Universiteit tot 1811*, Amsterdam.
- Badiali G. (2010), *Il diritto di pace di Alberico Gentili*, Fagnano Alto.

- Bairoch P. (1999), *Storia economica e sociale del mondo: vittorie e insuccessi dal XVI secolo ad oggi*, vol. II, Torino.
- Barbieri G. (1939), *Spunti di naturalismo economico in un giurista italiano del Cinquecento: Tiberio Deciani*, «Studi economico-giuridici pubblicati per cura della Facoltà di Giurisprudenza della Regia Università di Cagliari», pp. 371-391.
- Bartier J. (1955), *Légistes et gens de Finance au XVe siècle: les conseillers des Ducs de Bourgogne Philippe le Bon et Charles le Téméraire*, «Académie Royale de Belgique, classe des Lettres, Mémoires», 50, 2.
- Bedouille G. (1993), *La storia della Chiesa*, Milano.
- Bellomo M. (1964), ad vocem *Dolo (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Milano.
- Bellomo M. (1968), *Problemi di diritto familiare nell'età dei comuni. Beni paterni e 'pars fili'*, Milano.
- Bellomo M. (1978), *Le istituzioni particolari e i problemi del potere. Dibattiti scolastici dei secoli XIII-XIV*, in *Studi in memoria di Giuliana D'Amelio*, I, Milano, pp. 1-40.
- Bellomo M. (1997), *Il testo per interpretare il testo*, in *Medioevo edito e inedito*, vol. II, Roma.
- Bellomo M. (1999), *Società e istituzioni dal Medioevo agli inizi dell'Età moderna*, Roma.
- Beretta C. (1977), *Jacopo Menochio e la controversia giurisdizionale milanese degli anni 1596-1600*, «Archivio storico lombardo», s. X, III, pp. 47-128.
- Beretta C. (1991), *Jacopo Menochio giurista e politico*, «Bollettino della società pavese di storia patria», 90, pp. 245-277.
- Berner A.F. (1895), *Lehrbuch des deutschen Strafrechtes*, Leipzig.
- Betti F. (1964), ad vocem *Errore (diritto romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VI, Torino.
- Biener F.A. (1827), *Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozess und der Geschwornen-Gerichte*, Leipzig.
- Binding K. (1879), *Grundriss zu Vorlesungen über Gemeines deutsches Strafrecht*, Leipzig.
- Binding K. (1918), *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, vol. III, Leipzig.
- Birocchi I. (1989), *Considerazioni sulla legislazione e la dottrina criminale in Sardegna nel periodo precedente all'introduzione del Codice Feliciano: il trattato "Dei delitti e delle pene" di Domenico Fois*, in *La Leopoldina nel diritto e nella giustizia di Toscana*, a cura di Berlinguer L., F. Colao, Milano, pp. 39-174.
- Birocchi I. (2002), *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino.

Bibliografia

- Birocchi I. (2007), *La giustizia di tipo egemonico: qualche spunto di riflessione*, in *Penale, giustizia, potere: metodi, ricerche, storiografie per ricordare Mario Sbriccoli*, a cura di Lacchè L., Macerata, pp. 179-212.
- Boari M. (1983), *Qui venit contra iura. Il furiosus nella criminalistica dei secoli XV e XVI*, Milano.
- Bock D. (2006), *Die erste Europäisierung der Strafrechtswissenschaft: Das gemeine Strafrecht auf römischrechtlicher Grundlage*, «Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik», 1, pp. 7-16.
- Boehm E. (1940), *Der Schöppenstuhl zu Leipzig und der sächsische Inquisitionsprozess in Barockzeitalter. Wichtige rechtskundliche Quellen in der Leipziger Universitäts-Bibliothek*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 59, pp. 371-410.
- Böhmer G.W. (1970), *Handbuch der Litteratur des Criminalrechts in seinen allgemeinen Beziehungen, mit besonderer Rücksicht auf Criminalpolitick nebst wissenschaftlichen Bemerkungen*, Amsterdam.
- Bos H., C. R. Palmerino, C. Vermuelen (a cura di) (2003), *Quaestiones Infinitae. The Correspondence of René Descartes 1643*, vol. XLV, Utrecht.
- Bosch J.W. (1953), *Korte aantekeningen over de uitwendige geschiedenis der Hollandse Hervormingsplannen van het Strafproces in de XVIIIde eeuw*, «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», 31.
- Bosch J.W. (1956), *Aantekingen over de inhoud der Hollandse Hervormingsplannen van de Crimineele Ordinantiën van 1570 in de 18de eeuw*, in «Tijdschrift voor Strafrecht», 65.
- Bostock D. (2000), *Aristotle's Ethics*, Oxford.
- Böttcher D. (1991), *Ungehorsam oder Widerstand? Zum Fortleben des mittelalterlichen Widerstandsrechtes in der Reformationszeit (1529-1530)*, Berlin.
- Brandi K. (1967), *Carlo V*, Torino.
- Brasiello T. (1903), *Lo stato di necessità in diritto romano e nel sistema legislativo vigente*, Napoli.
- Brasiello U. (1960), ad vocem *Crimina*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, Torino.
- Brasiello U. (1964), ad vocem *Delitti (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano.
- Bréhier E. (1980), *La filosofia del Medioevo*, Torino.
- Brejon de Lavergnée J. (1956), ad vocem *Tiraqueau (André)*, in *Dictionnaire de Droit Canonique*, vol. VII, Paris.
- Brugi B. (1880), *La teoria del conato e l'influsso dei romanisti*, «Archivio Giuridico Serafini», Bologna, vol. XXV, pp. 439 e ss.

- Buchinger W., H.W. Lang, K. Mittendorfer, K. Kloth (1994-1995), *Handbuch der historischen Buchbestände in Österreich*, Vienna.
- Burman C. (1738), *Trajectum eruditum*, Utrecht.
- Cadoppi A., A. McCall Smith (1995), *Introduzione allo studio del diritto penale scozzese, Casi, fonti e studi per il diritto penale raccolti da Sergio Vinciguerra*, Serie III, Padova.
- Cairns J. (1988), *John Millar's lectures on Scots Criminal Law*, «Oxford Journal of Legal Studies», 8 (3), pp. 364-400.
- Calasso F. (1930), *Origini italiane della formula 'rex in regno suo est imperator'*, «Rivista di storia del diritto italiano», Roma, 3, pp. 213-259.
- Calasso F. (1954), *Medio evo del diritto*, vol. I, *Le fonti*, Milano.
- Calasso F. (1962), *Prefazione a Paul Koschacker, L'Europa e il diritto romano*, Milano.
- Calasso F. (1965), 'Iurisdictio' nel diritto comune classico, «Annali di Storia del diritto», 9, pp. 89-110.
- Calisse A. (1906), ad vocem *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII*, in *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*, a cura di Pessina E., vol. II, Milano.
- Cannata A.A., A. Gambaro (1989), *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, II, Torino.
- Carbasse J.M. (1990), *Introduction historique au droit pénal*, Parigi.
- Carpintero F. (1977), «Mos italicus» e «Mos gallicus» y el Humanesimo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica, «Ius Commune», 6, pp. 108-171.
- Cassi A.A. (2004), *Testis pallidus. Indicazioni per un 'giusto processo' nel Tractatus di Deciani*, in *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero moderno* (Atti del Convegno internazionale di studi storici e giuridici, Udine, 12-13 aprile 2002) a cura di Cavina M., Udine, pp. 141-156.
- Cattaneo M.A. (1970), *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*.
- Cavanna A. (1970), *Il problema del tentativo nella storia del diritto penale italiano*, «Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova», fasc. 1, 9, pp. 1-142.
- Cavanna A. (1970), *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, Milano.
- Cavanna A. (1978), *Il Ruolo del giurista nell'età del diritto comune*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, Romae, XLIV, pp. 95-138.
- Cavanna A. (1982), *Storia del diritto moderno in Europa*, Milano.
- Cavanna A. (1999), *La "coscienza del giudice" nello Stylus iudicandi del Senato di Milano*, in *Studi di storia del diritto*, 2, pp. 581-626.

Bibliografia

- Cairns J.W. (1990), "Hamesucken and the major premiss in the libel, 1672-1770: Criminal Law in the Age of Enlightenment", in *Justice and Crime: Essays in honour of the Right Honourable the Lord Emslie* F. Robert, T. Hunter, T. Clark (eds.), pp. 138-179.
- Chiodi G. (2002), *L'interpretazione del testamento nel pensiero giuridico dei glossatori*, Milano.
- Chisolm H. (1911), ad vocem *Justus Lipsius*, in *Encyclopedia Britannica. A Dictionary of Arts, Sciences and General Information*, 16, Cambridge.
- Civoli C. (1899), *Intorno alla legittima difesa e allo stato di necessità*, in *Rivista penale*, supplemento vol. III, pp. 21 e ss.
- Clark D.M. (2006), *Descartes: A Biography*, Cambridge.
- Cogrossi C. (2000), *La criminalistica italiana del XVIII secolo sulla «certezza morale» antesignana del libero convincimento del giudice: note*, «Rivista di Storia del Diritto Italiano», 73, pp. 121-235.
- Coing H. (1964), *Römischen Recht in Deutschland*, «Ius Romani Medii Aevi», V, 6, Milano, pp. 1-212.
- Coing H. (1967), *Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet: Probleme und Aufbau*, «Ius Commune», 1, pp. 1-3.
- Comparato V.I. (2007), *Il pensiero politico dall'assolutismo alla divisione dei poteri*, in *La storia*, vol. VIII, Novara.
- Conrad H. (1962), *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, *Frühzeit und Mittelalter*, Karlsruhe.
- Cordero F. (1986), *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Bari.
- Cordero F. (2005), *Fiabe d'entropia. L'Uomo, Dio, il diavolo*, Milano.
- Cordero F. (1986), *Guida alla procedura penale*, Torino.
- Cortese E. (1962-1964), *La norma giuridica. Spunti teorici del diritto comune classico*, Milano.
- Cortese E. (1966), ad vocem *Errore (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, Milano.
- Cortese E. (1970), ad vocem *Ignoranza (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano.
- Cortese E. (1982), *Legisti, Canonisti e Feudisti: la formazione di un ceto medievale*, in *Università e società nei secoli XII-XVI. Centrolitaliano di studi di storia ed arte di Pistoia* (Atti del IX Convegno internazionale, Pistoia - Montecatini Terme, 20-25 settembre 1979), Pistoia, pp. 195-281.
- Cortese E. (1982), *Scienza di giudici e scienza di professori tra XII e XIII secolo*, in *Legge, giudice e giuristi* (Atti del Convegno di Cagliari, 18-21 maggio 1981), Milano, pp. 93-148.

- Cortese E. (1992), *Tra Glossa, Commento e Umanesimo*, «Studi senesi», 104, pp. 458-503; rist. in *Miscellanea Domenico Maffei dicta: Historia-Ius-Studium*, a cura di P. Weimar, A. Garcia y Garcia, vol. III, Goldbach, 1995, pp. 29-74.
- Cortese E. (1966), *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medievale*, Roma.
- Couvreur G. (1961), *Les pauvres ont-ils des droits? Recherches sur le vol en cas de nécessité depuis la Concorde de Gratien (1140) jusqu'à Guillaume d'Auxerre (+ 1231)*, «Analecta Gregoriana», III, Roma-Parigi.
- Crescenzi V. (1992), *Linguaggio scientifico e terminologia giuridica nei glossatori bolognesi: "interpretari", "interpretatio"*, in *Vocabulaire des écoles et des méthodes d'enseignement au moyen âge* (Actes du Colloque de Rome 21-22 octobre 1989), a cura di Weijers O., Turnhout, pp. 111-129.
- Crescenzi V. (1992), *Problemi dell'interpretatio nel sistema del diritto comune o classico*, «Bollettino dell'Istituto Storico Italiano per il Medio Evo e Archivio Muratoriano», 98, pp. 271-322.
- Dahm G. (1931), *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, Berlin-Leipzig.
- Danusso C. (2003), *La compartecipazione criminosa nel pensiero di Jacopo Menocchio*, in *Amicitiae Pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, a cura di Padoa Schioppa A., G. Di Renzo Villata, G. P. Massetto, I, Milano, pp. 655-712.
- David R. (1962), *Le contenu de l'hégémonie impériale dans la doctrine de Bartole*, in *Bartolo da Sassoferrato*, «Studi e documenti per il VI centenario» (Convegno commemorativo, Perugia 1-5 aprile 1959), II, Milano, pp. 199-216.
- De Vries K. (1955), *Bijdrage tot de kennis van het strafprocesrecht in der nederlanden steden benoorden Maas en Schelde vóór de Vestingin van het Bourgondisch gezag*, Groningen.
- Del Giudice P. (1905), ad vocem *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, in *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*, a cura di Pessina E., vol. I, Milano.
- Del Noce A. (1965), *Cartesio*, in Del Noce A., *Riforma Cattolica e filosofia moderna*, vol. I, Bologna.
- Del Re N. (1975), *Farinacci giureconsulto romano (1544-1618)*, «Archivio della Società romana di storia patria», Roma, pp. 135-220.
- Delenglade J. (1960-1961), *Le juge, serviteur de la loi ou gardien de la justice selon la tradition théologique*, «Revue de droit canonique», 10, pp. 141-160; 11, pp. 3-31.
- Delitala G. (1976), *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Milano.
- Demuro G.P. (2006), *Alle origini del concetto di dolo: dall'etica di Aristotele al diritto penale romano*, «Diritto @ Storia», 5.
- Demuro G.P. (2009), *Il dolo nel diritto comune. Dal versari in re illicita al dolus indirectus*, «Diritto @ Storia», 8.

Bibliografia

- Dezza E. (1989), *Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni*, Milano.
- Dezza E. (1992), *Tommaso Nani e la dottrina dell'indizio nell'Età dei Lumi*, Milano.
- Dezza E. (2002), "Pour pouvoir au bien de notre Justice". *Legislazioni statali, processo penale e modulo inquisitorio nell'Europa del XVI secolo*, «Diritto penale XXI secolo», 1, pp. 159-202.
- Dezza E. (2004), *Sistematica processuale e recupero del principio accusatorio nel Tractatus Criminalis di Tiberio Deciani*, in M. Cavina (a cura di) *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero moderno* (Atti del Convegno internazionale di studi storici e giuridici, Udine, 12-13 aprile 2002), Udine, pp. 157-175.
- Dezza E. (2009), *Breve storia del processo penale inglese*, in *Il diritto nella storia*, Torino.
- Dezza E. (2013), *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia.
- Di Noto Marella S. (1989), *Le letture dei giuristi. Aspetti del dibattito sulla tortura nel Consiglio di Giustizia di Mantova (1772)*, in *La Leopoldina nel diritto e nella giustizia di Toscana*, in a cura di Berlinguer L., F. Colao, Milano, pp. 39-174.
- Di Renzo Villata G. (1996), *Egidio Bossi. Un grande criminalista milanese quasi dimenticato*, «Ius Mediolani. Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara», Milano, pp. 659-760.
- Di Renzo Villata G. (2004), *Formare il giurista: esperienze nell'area lombarda tra sette e ottocento*, Milano.
- Dimoulis D. (1996), *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive. Rechtsphilosophische, verfassungs- und strafrechtliche Probleme*, Berlin.
- Dolcini E. (1979), *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 22, pp. 775-830.
- Dosi A. (1957), *Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo penale*, Milano.
- Ebert U. (1992), *Zum Bedeutungswandel der Billigung begangener Straftaten*, M. Seebode (hrsg.), *Festschrift für Günter Spendel Zum 70. Geburtstag am Juli 1992*, Berlin-New York.
- Ebert U. (2000), *Carpzov und Theodoricus: Zeitgenossen und wissenschaftliche Antipoden*, in *Benedict Carpzov. Neue Prospektiven zu einem umstrittenen sächsischen Juristen*, Jerouschek G., W. Schild, W. Gropp (hrsg.), Tübingen, pp. 73-80.
- Engelmann W. (1975), *Literarische Anzeigen (Rechtsgeschichte)*, in Engelmann W., *Der Gerichtssaal*.
- Engelmann W. (1927), *Irrtum und Schuld nach der italienischen Lehre und Praxis des Mittelalters*; rist. an. in Engelmann W. (1975), Aalen.
- Engelmann W. (1938), *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre*, Leipzig.
- Ercole F. (1932), *Da Bartolo all'Althusio*, Firenze.

- Errera A. (2003), *Il concetto di scientia iuris dal XII al XIV secolo: il ruolo della logica platonica e aristotelica nelle scuole giuridiche medievali*, «Quaderni di Studi senesi», 97, Milano, VIII [X]-176 .
- Esmein A. (1868), *Histoire de la justice criminelle au XVI^{me} siècle*; rist. an. in Esmein A. (1970), Neudruck Aelen.
- Fassò G. (1966), *Storia della filosofia del diritto*, vol. I, *Antichità e Medioevo*, Bologna.
- Feenstra R. (1922), *Canon Law at Dutch University from 1575 to 1811*, in *Canon Law in Protestant Lands*, a cura di Helmholz R.H., Berlin.
- Feenstra R. (1954), *Zur Rezeption in der Niederlande*, in *Europa e Diritto romano, Studi in memoria di Paul Koschaker*, Milano, pp. 243-268.
- Feenstra R. (1967), *Een handschrift van de Inleidinge van Hugo de Groot met de onuitgegeven Prolegomena juri hollandico praemittenda*, «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», 35, pp. 444-484.
- Ferrini C. (1905), *Esposizione storica del diritto penale romano*, in *Raccolta di monografie*, a cura di Pessina E., vol. I, Milano.
- Fiorelli P. (1953), *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, vol I, Milano.
- Fiorelli P. (1959), ad vocem *Avvocato*(*diritto romano e intermedio*), in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano.
- Flume W. (1951), *Irrtum und Rechtsgeschäft im römischen Recht*, in *Festschrift für Fritz Schulz*, II, Weimar, pp. 209-252.
- Fowler C.F. (1999), *Descartes on the Human Soul. Philosophy and the Demands of Christian Doctrine*, Dordrecht, London, Boston.
- Fraher R. (1989), *Conviction according to Conscience*, «Law and history Review», 7, pp. 22-88.
- Friedrich C.J. (1932), *Introduction to the Politica methodice digesta of Althusius*, Cambridge.
- Fruin R. (1985), *Geschiedenis der Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleertheyd, met aantekeningen van Fockema S. J.*, vol. I, Arnhem.
- Garlati Giugni L. (1999), *Inseguendo la verità. Processo penale e giustizia nel Ristretto della pratica criminale per lo Stato di Milano*, Milano.
- Gerbenzon P. (1956), *Excerpta legum*, Groniongen.
- Ghisalberti C. (1960), *La condanna al bando nel diritto comune*, «Archivio Giuridico Filippo Serafini», 158, pp. 3-75.
- Gierke O. (1881), *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, in Gierke O., *Die Staats- und Korporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, Berlin.

Bibliografia

- Giuliani A. (1988), ad vocem *Prova (filosofia)*, in *Enciclopedia del diritto*, voll. XXX-XVIII, Milano.
- Giuliani A. (1992-1993), *La filosofia del processo in Vico ed il suo influsso in Germania*, «Bollettino del Centro di Studi Vichiani», pp. 345-367.
- Giuliani A. (1995), *Le rôle du fait dans la controverse (à propos du binôme «rhétorique-procédure judiciaire»)*, «Archive Philosophie du droit», pp. 229-237
- Glöckner A. (1989), «Cogitationis poenam nemo patitur » (D. 48.19.18). *Zu den Anfängen einer Versuchslehre in der Jurisprudenz der Glossatoren*, Frankfurt/Main.
- Gorissen P. (1959), *De Raadkamer van de hertog van Bourgondië te Maastricht 1473-1477*, Lovanio-Paris.
- Gorla G. (1968), *Atteggiamenti di Domat verso la giurisprudenza e la dottrina*, «Quaderni del Foro Italiano», Supplemento a *Il Foro Italiano*, pp. 615-628.
- Gorla V. (1982), «Iura naturalia sunt immutabilia». *I Limiti al potere del «principe» nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII*, «Diritto e potere nella storia» (Atti del Quarto Congresso internazionale della Società italiana di Storia del diritto), 2, Firenze, pp. 629-684.
- Grossi P. (1968), *Le situazioni reali nella situazione giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, Padova.
- Grossi P. (1995), *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari.
- Guidi G. (1927), ad vocem *Ignoranza della legge penale*, in *Il Digesto italiano. Enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, vol. XIII, 1, Torino.
- Guizzi V. (1969), *Il diritto comune in Francia nel XVII secolo. I giuristi alla ricerca di un sistema unitario*, «Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis», 37 (1969), Haarlem, pp. 1-46.
- Hardie W.F.R. (1968), *Aristotle's Ethical Theory*, Oxford.
- Härter K. (2002), *Von der «Entstehung des öffentlichen Strafrechts» zur «Fabrication des Verbrechens». Neuere Forschungen zur Entwicklung von Kriminalität und Strafrecht im frühneuzeitlichen Europa*, «Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck Instituts für europäische Rechtsgeschichte», pp. 159-196.
- Haug-Moritz G. (2001), «Widerstand als 'Gegenwehr'. Die smalkaldische Kozeption der 'Gegenwehr' und der 'gegenwehrliche Krieg' des Jahre 1542», in *Widerstandsrecht in der frühen Neuzeit. Erträge und Perspektiven der Forschung im deutsch-britischen Vergleich*, hrsg. von Friedburg R., Berlin, pp. 141-161.
- Hermisdorf B.H.D. (1968), *Das römischen Recht in Niederland*, «Ius Romani Medii Aevi», V, 5 a.
- Hewett M., J. Hallebeck (1998), *The Prelate, the Praetor and the Professor: Antonius Matthaeus II and the Crimen Laesae Majestatis. Utrecht 1639–1640*, «The Legal History Review», 66, pp. 115-150.

- Himmerlich K. (1971), *Notwehr und unbewusste Fahrlässigkeit*, Berlin.
- Hinrichs H. (2002), *Alle origini dell'età moderna*, Roma-Bari.
- Hirsch E. (1920), «Melancthon und das Interim», in *Archiv für Reformationsgeschichte*, 17, pp. 62-66
- Hoops J., H. Beck, R. Müller (2003), *Reallexikon der germanischen Altertumskunde*, Berlin.
- Hruschka J. (1985), *Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes*, in Gössel-Kaufmann (hrsg.), *Strafverfahren im Rechtsstaat. Festschrift für Theodor Kleinkecht*, München, pp. 191-205.
- Huizinga J. (1979), *La civiltà olandese del Seicento*, Torino.
- Huizinga J. (2006), *Justus Lipsius (1547-1605). Een geleerde europese netwerk*, in Landtsheer J., D. Sacré en C. Coppens (a cura di), *Supplementa Humanistica Lovaniensia*, 30, Leuven, pp. 109-111.
- Isotton R. (2006), *Crimen in itinere. Profili della disciplina del tentativo dal diritto comune alle codificazioni penali*, Milano.
- Isotton R. (2012), *Tra autorità e libertà. Saggi di storia delle codificazioni penali*, Torino.
- Issleib S. (1901), «Interim», in Hauck A. (hrsg.), *Realencyclopädie für protestantische Theologie und Kirche*, 9 (1901), Leipzig, pp. 210-213.
- Jakobs G. (2002), *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*, «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 114, pp. 584-598.
- Jasonni M. (1983), *Contributo allo studio della 'ignorantia juris' nel diritto penale canonico*, Milano.
- Jescheck H.H. (1996), T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin.
- Jesseph D.M., G.W. Leibniz (2001), *Hobbes and Bramhall on Free Will and Divine Justice*, in *Nihil sine ratione* (VII Internationaler Leibniz-Kongress), ed. H. Poser, E. Knobloch, II (1962), Berlin, pp. 565-572.
- Jonkees A.G. (1924), *Staat en Kerk in Holland en Zeeland onder de Boergondische hertogen*, Groningen.
- Jonsen A.R., S. Toulmin (1988), *The Abuse of Casuistry*, Berkeley.
- Kamen H. (1982), *Il secolo di ferro: 1550-1660*, Roma-Bari.
- Kamen H. (1998), *L'Europa dal 1500 al 1700*, Roma-Bari.
- Kantorowicz E.H. (1966), *Kingship under the Impact of Scientific Jurisprudence*, in *Twelfth-Century Europe and the Foundations of the Modern Society*, Clagett, M., G. Post, R. Reynolds (eds.), Madison-Milwaukee-London, pp. 89-111.

Bibliografia

- Kaufmann A. (1982), *Die Parallelwertung in der Laiensphäre. Ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemeinen Verbrechenslehre*, München.
- Kelk A. (2005), *Studiëboeck materieel strafrecht*, Kluwer-Deventer.
- Kelly J. (1996), *Storia del pensiero giuridico occidentale*, Bologna.
- Kleinheyer G. (1984), *Tradition und Reform in der Constitutio Criminalis Carolina*, in J. Kohler ., W. Scheel, F.Ch. Schroeder, J.H. Langbein, W. Trusen, *Strafprozess und Rezeption. Zu den Entwicklungen in Spätmittelalter und den Grundlagen der Carolina*, in *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption. Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina*, hrsg. von P. von Landau und F.Ch. Schroeder, Frankfurt am Main, Juristische Abhandlungen, 23, pp. 7-28.
- Kolmann H. (1914), *Die Lehre vom versari in re illicita im Rahmen des corpus juris canonici*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 35, pp. 46 e ss.
- Koschacker P. (1962), *L'Europa e il diritto romano*, Firenze.
- Köstlin Ch.R. (1859), *Geschichte des deutschen Strafrechts*, Tübingen.
- Krey V. (1979), *Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachgutern*, «Juristen Zeitung», 34Jahrig., 21, pp. 702-715.
- Kuttner S. (1935), *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX. Systematisch auf Grund der handschriftlichen Quellen dargestellt*, Città del Vaticano.
- Lacchè L. (1988), *Latrocinium. Giustizia, scienza penale e repressione del banditismo in Antico Regime*, Milano.
- Laingui A. (1970), *La responsabilité pénale dans l'ancien droit. XVI-XVIII siècle*, Paris.
- Laingui A. (1977), *La theorie de la complicité*, «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», 45, pp. 27-65.
- Laingui A. (1980), *Le premier grand traité de responsabilité penale: le «De poenis temperandis» d'André Tiraqueau (1559)*, in *Mélanges en l'Honneur du doyen Pierre Bouzat*, Paris, pp. 179-203.
- Laingui A. (1986), *Le "De poenis temperandis" de Tiraqueau (1559)*, Paris.
- Laingui A. (1987), *Le droit pénal canonique, source du droit pénal laïc, Eglises' et pouvoir politique*, in *Actes des journées internationales d'histoire du droit d'Angers, 30 maj-1 juin 1985*, Angers, pp. 213-232.
- Laingui A., A. Lebigre (1979), *Histoire du droit pénal*, Paris.
- Langbein J.H. (1974), *Prosecuting crime in the Renaissance. England, Germany, France*, Cambridge, Massachussets.
- Langbein J.H. (1977), *Torture and Law of Proof. Europe and England in the Ancient Régime*, Chicago-London.

- Lau F. (1984), «Interim», in Galling K. (hrsg.), *Die Religion in Geschichte und Gegenwart. Handwörterbuch für Theologie und Religionswissenschaft*, in *Theologische Realenzyklopädie*, Berlin, pp. 230-237.
- Lea H.C. (1888), *A History of the Inquisition of the Middle Age*, vol. I, New York.
- Lo Schiavo L. (1996), *Summa Codicis Berolinensis*, Frankfurt am Main.
- Lobe A. (1894), *Die allgemeinen strafrechtlichen Begriffe nach Carpzov*, Leipzig.
- Lombardi G. (1962), *Note sul controllo degli atti del sovrano negli stati sabaudi ad opera delle supreme magistrature nel periodo dell'assolutismo*, «Annali della scuola speciale per Archivisti e Bibliotecari dell'Università di Roma», anno II, 1, Milano, pp. 1-140.
- Lombardi L. (1975), *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano.
- Lomonaco F. (1990), *Lex regia. Diritto, filologia e fides historica nella cultura politico-filosofica dell'Olanda di fine Seicento*, Napoli.
- Lucchesi M. (1999), *Si quis occidit occidetur. L'omicidio doloso nelle fonti consiliari (secoli XIV-XVI)*, Padova.
- MacQueen H. (1986), *Scottish Legal History Group (Mackenzie Tercentenary)*, «Journal of Legal History», pp. 84-89.
- Maes L.Th. (1977), *Die drei grossen europäischen Strafgesetzbücher der 16. Jahrhunderts. Eine vergleichende Studie*, «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte», Germanistische Abteilung, 94, pp. 207-217.
- Maffei D. (1995), *Il giudice testimone e una «quaestio» di Jacques de Révigny (Ms Bon. Coll. Hisp. 82)*, in Maffei D., *Studi di storia delle Università e della letteratura giuridica*, Goldbach.
- Manfredini A. (2008), *Il Suicidio. Studi di diritto romano*, Torino.
- Manzini V. (1934), *Trattato di diritto penale secondo il Codice del 1930*, vol III, Torino.
- Maravall J.A. (1960), *Carlos V y el pensamiento político del Renacimiento*, Madrid.
- Maravall J.A. (1971), *Le prime forme dello Stato moderno*, Bologna.
- Marongiu A. (1934), *Tiberio Deciani (1509-1582). Lettore di diritto, consulente, criminalista*, «Rivista di storia del diritto italiano», 7, pp. 135-202; 312-387.
- Marongiu A. (1960), ad vocem *Colpa penale (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Milano.
- Marongiu A. (1964), ad vocem *Dolo penale (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Milano.
- Marongiu A. (1975), *Muratori, Beccaria, Pietro Verri e la scienza del diritto*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», pp. 744-766.

Bibliografia

- Marongiu A. (1977), *La scienza di diritto penale nei secoli XVI-XVII*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa* (Atti del III Congresso Internazionale della Società Italiana di storia del diritto), vol. I, Firenze, pp. 407-429.
- Martínage R. (2004), *La dottrina penale in Europa nel XVI secolo*, in Cavina M. (a cura di), *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero moderno*, (Atti del Convegno internazionale di studi storici e giuridici, Udine, 12-13 aprile 2002), Udine, pp. 75-88.
- Massetto G.P. (1985), *Un magistrato e una città nella Lombardia spagnola. Giulio Claro pretore a Cremona*, Milano.
- Massetto G.P. (1989), ad vocem *Sentenza (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLI, Milano.
- Massetto G.P. (1994), *I reati nell'opera di Giulio Claro (1979)*, in Massetto G.P., *Saggi di storia del diritto penale lombardo (secc. XVI-XVIII)*, Milano.
- Massetto G.P. (1994), *Monarchia spagnola, Senato e Governatore: la questione delle grazie nel Ducato di Milano*, in Massetto G.P., *Saggi di storia del diritto penale lombardo (Sec. XVI-XVIII)*, Milano.
- Masucci L. (1928), ad vocem *Partecipazione*, in *Il Digesto Italiano*, vol. XVIII, parte prima, Torino.
- Matteucci N. (1959), *Jean Domat, un magistrato giansenista*, Bologna.
- Mazzacane A. (1968-1969), *Umanesimo e sistematiche giuridiche in Germania alla fine del Cinquecento: 'equità' e 'giurisprudenza' nelle opere di Hermann Vultejus*, «Annali di Storia del Diritto», Milano, 12; 13, pp. 257-319.
- Mazzacane A. (1982), ad vocem *Claro, Giulio*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, vol. XXVI, Roma.
- Mazzacane A. (1995), ad vocem *Farinacci (Farinaccius), Prospero*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, vol. XLV, Roma.
- Mazzacane A. (1995), ad vocem *Farinacci (Farinacius), Prospero*, in M. von Stolleis (hrsg.), *Juristen. Ein biographisches Lexicon Von der Antike-bis zum 20. Jahrhundert*, München; ris. in Mazzacane A. (2003), München.
- Mazzacane A. (1999), *Sistematiche giuridiche e orientamenti politici e religiosi nella giurisprudenza tedesca del secolo XVI*, in *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, a cura di Liotta F., Bologna, pp. 213-252.
- McGahagan Th.A. (1976), *Cartesianism in the Netherlands, 1639-1676; the New Science and the Calvinist Counter-Reformation*, Ph. D. Diss. University of Pennsylvania.
- Meccarelli M. (1998), *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano.
- Meinecke G. (1954), *Le indagini dello storicismo*, Firenze.

- Meinecke G. (1970), *L'idea della ragion di stato nella storia moderna*, Firenze.
- Menk G. (1981), *Die Hohe Schule Herborn in ihrer Frühzeit (1584-1660), ein Beitrag zum Hochschulwesen des deutschen Calvinismus im Zeitalter der Gegenreformation*, Weisbaden.
- Mereu I. (1969), *Colpa=Colpevolezza. Introduzione alla polemica sulla colpevolezza fra i giuristi di diritto comune*, Bologna.
- Mitteis A., H. Lieberich (1974), *Deutsche Rechtsgeschichte*, München.
- Moeller E. (1911), *Julius Clarus aus Alessandria, der Kriminalist des 16. Jahrhunderts, der Rat Philipps II*, «Strafreschentliche Abhandlungen», 136.
- Möhler J.A. (1984), *Simbolica. Esposizione delle antitesi dogmatiche tra cattolici e protestanti secondo i loro scritti confessionali pubblici*, Milano.
- Mommsen Th. (1907), *Le droit pénal romain*, in *Manuel des Antiquités romaines*, Paris.
- Monballyu J. (1990), *Strafbare poging bij Damhouder en Wielant en de 15de- en 16de- eeuwse Vlamse rechtspraktijk*, «Tijdschrift voor Rechtsgeschiednis», 58, pp. 301-317.
- Mozzarelli A. (1972), *Introduzione a Alberto De Simoni*, in *Memorie intorno alla propria vita e scritti*, a cura di Mozzarelli C., Milano.
- Murray M.J. (2001), *Spontaneity and Freedom in Leibniz*, in *Nihil sine ratione* (VII Internationaler Leibniz-Kongress), Ruterford D., J.A. Cover (ed.), Berlin, pp. 869-874
- Nagler J. (1918), *Die Strafe: eine juristisch-empirische Untesuchung*, vol. I, Leipzig; rist. an. in: Nagler J. (1970), Aalen.
- Napodano G. (1895), *La dottrina del concorso dei delinquenti nella Storia del diritto penale*, in A. Cheuveau e F. Hélie (a cura di), *Teorica del Codice penale*, vol. I, Parte Prima, Napoli, pp. 373-374.
- Nicolini U. (1955), *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, Padova.
- Nobili M. (1974), *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano.
- Nörr K.W. (1967), *Zur Stellung der Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, München.
- Nypels J.S. (1864), *Bibliothèque du droit criminel*, Bruxelles.
- Ohler D. (1950), *Wurzel, Wandel und Wert der Strafrechtlichen Legalordnung*, Berlin.
- Oehler D. (1957), *Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt*, «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 69, pp. 503-521.
- Ohler H. (1950), *Münsterische Beiträge zur Rechts und Staatswissenschaft*, vol. I, Berlino.

Bibliografia

- Orestano R. (1963), *Introduzione allo studio storico del Diritto Romano*, Torino.
- Ormanni A. (1977), *Lo stato di necessità in diritto romano*, Roma.
- Ormanni A. (1977), ad vocem *Necessità (stato di) (Diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Milano.
- Otto J. (1995), ad vocem *Tiraqueau (Tiraquellus)*, in *Juristen. Ein biographisches Lexicon Von der Antike-bis zum 20. Jahrhundert*, hrsg. von M. Stolleis, p. 617.
- Padoa Schioppa A. (2003), «Unus testis nullus testis». *Note sulla scomparsa di una regola processuale*, in Padoa Schioppa A., *Italia e Europa nella storia del diritto*, Bologna, pp. 460-484.
- Padoa Schioppa A. (1976), *Delitto e pace privata nel pensiero dei legisti bolognesi*, «*Studia Gratiana*», 20, pp. 269-288.
- Padoa Schioppa A. (1980), *Sul ruolo dei giuristi nell'età del diritto comune: un problema aperto*, in *Il diritto comune e la tradizione giuridica europea* (Atti del Convegno di Studi in onore di Giuseppe Ermini, Perugia), a cura di Segolani D., *Annali della Facoltà di Giurisprudenza*, n. s. VI/L, pp. 155-166.
- Padoa Schioppa A. (2003), *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna.
- Padovani A. (1989), *Scientia juris. Introduzione al pensiero giuridico medievale*, vol. I, Parma.
- Padovani T. (1999), *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, «*Indice penale*», 1999, pp. 527-534.
- Paliero A.E. (2000), *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la «Parte generale» di un Codice penale dell'Unione Europea*, «*Rivista italiana diritto e procedura penale*», 43, pp. 466-571.
- Pecorella C. (1995), *Cause di giustificazione, circostanze attenuanti e aggravanti del reato dalla glossa alla c.d. riforma del diritto penale*, in Pecorella C., *Studi e ricerche di storia del diritto*, Torino.
- Pereda S.J. (1959), *Covarrubias penalista*, Barcelona.
- Perini L. (2007), *Il pensiero politico: il principe e la ragion di Stato*, in *La Storia*, vol. VII, Novara.
- Pertile A. (1982), *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, in Pertile A., *Storia del diritto penale*, vol. V, Torino.
- Piano Mortari V. (1957), *Dialettica e Giurisprudenza. Studi sui trattati di dialettica legale nel secolo XVI*, «*Annali di storia del diritto*», 1 (1957), pp. 293-401.
- Piano Mortari V. (1960), ad vocem *Codice (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Milano.
- Piano Mortari V. (1972), ad vocem *Interpretazione (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII.

- Piano Mortari V. (1973), *Il potere sovrano nella dottrina giuridica del secolo XVI*, Napoli.
- Piano Mortari V. (1976), *Lineamenti della dogmatica giuridica medievale*, in Piano Mortari V., *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Napoli, pp. 3-72.
- Piano Mortari V. (1976), *Considerazione sugli scritti programmatici dei giuristi del secolo XVI*, in Piano Mortari V., *Diritto logico metodo nel secolo XVI*, Napoli, pp. 276-302.
- Piano Mortari V. (1980), *Gli inizi del diritto moderno in Europa*, Napoli.
- Pifferi M. (2004), *Tiberio Deciani e le origini della 'parte generale' nel diritto penale*, in *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero moderno* (Atti del Convegno internazionale di studi storici e giuridici, Udine, 12-13 aprile 2002), a cura di M. Cavina, Udine, pp. 177-205.
- Pifferi M. (2006), *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale*, Milano.
- Pifferi M. (2012), *Il mandatum nella criminalistica del Cinquecento. Funzioni argomentative e logiche punitive*, «Historia et ius», Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna, 1/8.
- Prodi P. (2000), *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna.
- Prodi P. (2004), *La sacralità del potere e la distinzione tra peccato e reato nella tradizione occidentale*, «Daimon», 4.
- Puppe I. (1991), *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 103, pp. 1-42.
- Quagliani D. (2004), *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna.
- Raat A.W.G. (2005), *Divine Law, Natural Law and Reason in Dutch Jurisprudence: the Rise of Moral Relativism in the Jurisprudence of Dutch "Golden Age"*, «Tydskrif vir Christelike Wetenskap», 30[2], pp. 1-29.
- Radbruch G. (1967), *Die peinliche Gerichtsordnung Karls V von 1532*, Stuttgart.
- Radin M. (1932), *The Conscience of the Court*, «The Law Quarterly Review», 48, pp. 506-520.
- Raphael D.D. (2001), *Concepts of Justice*, New York.
- Raphael D.D. (2011), in K. Härter e C. Nubola (a cura di), *Grazia e giustizia. Figure della clemenza fra tardo medioevo ed età contemporanea*, Bologna.
- Reis K. (1999), *"Sozialethische" Begründungen für Einschränkungen der Notwehr*, in *Rechtsphilosophisches Seminar im Sommersemester 1999 zum Thema "Die Bedeutung der Philosophie für die strafrechtliche Grundlagenprobleme"*, Tübingen.
- Ricciardi M. (2001), *L'autodifesa in Tommaso d'Aquino*, «Divus Thomas», 29, pp. 62-82.

Bibliografia

- Ritter A. (2001), *La formazione dell'Europa moderna*, Roma-Bari.
- Rosoni I. (1995), «Quae singula non prosunt collecta iuvant». *La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Milano.
- Roumy F. (2000), *L'ignorance du droit dans la doctrine civiliste des XII-XIII siècles*, «Cahiers de recherches médiévales et humanistes», *Droit et pouvoirs*, 7, pp. 23-43.
- Roumy F. (2006), *L'origine et la diffusion de l'adage canonique Necessitas non habet legem (VIII-XIII sec.)*, in *Medieval Church Law and the origins of the western legal tradition. A tribute to Kenneth Pennington*, Washington D.C., pp. 301-319.
- Rousseaux X. (1999), *Kriminalitätsgeschichte in Belgien, den Niederlanden und Luxemburg (14. bis 18. Jahrhundert)*, in A. Blauert, G. Schmerhoff (hrsg.), *Kriminalitätsgeschichte. Beiträge zur Sozial-und Kulturgeschichte der Vormoderne*, Konstanz, pp. 121-159.
- Rushdoony J.R. (1973), *The Institutes of Biblical Law*, vol II., Nutley.
- Rütten W. (1999), *On a Crimes*, «Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtgeschichte», Romanistische Abteilung, pp. 432-436
- Santlucia B. (1998), *Diritto e processo penale nell'Antica Roma*, vol. II, Milano.
- Sbriccoli M. (1972), *Politique et interprétation juridique dans les villes italiennes du Moyen âge*, «Archives de philosophie du droit», 17, pp. 99-113.
- Sbriccoli M. (1974), *Crimen lesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano.
- Sbriccoli M. (1969), *L'interpretazione dello Statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano.
- Sbriccoli M. (2001), *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessione 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 Medioevo ed età moderna*, a cura di Bellabarba M., G. Schwerhoff, A. Zorzi, Bologna, pp. 345-364.
- Sbriccoli M. (2002), *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, M. a cura di Bellabarba M., G. Schwerhoff, A. Zorzi, Roma-Bari, pp. 163-207.
- Sbriccoli M. (2003), *La benda della giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna*, in *Ordo iuris. Storie e forme dell'esperienza giuridica*, a cura di Cappellini P., G. Cazzetta, P. Costa, S. Mannari, L. Mannani, G. Rossi, M. Sbriccoli, B. Sordi, I. Stolzi, R. Volante, Milano, pp. 41-95.
- Sbriccoli M. (2004), *Lex Delictum facit. Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico*, in *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero moderno* (Atti del Convegno internazionale di studi storici e giuridici., Udine, 12-13 aprile 2002) a cura di Cavina M., Udine, pp. 91-119.

- Scattola M. (1999), «*Notitia naturalis de Deo et de morum gubernatione*: die Naturrechtslehre Philipp Melanchthons und ihre Wirkung im 16. Jahrhundert», in *Melanchthon und die Marburger Professoren (1527-1627)*, hrsg. von Bauer B., Marburg, pp. 161-168.
- Scattola M. (1999), *Das Naturrecht von dem Naturrecht. Zur Geschichte des ius naturae in 16. Jahrhundert*, Tübingen.
- Scattola M. (2001), «Models in History of Natural Law», «*Ius commune. Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte*», 28, pp. 91-159.
- Scattola M. (2001), «Naturrecht als Rechtstheorie: Die Systematisierung der *res scolastica* in der Naturrechtslehre des Domingo de Soto», in *Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur Spanischen Spätscholastik*, hrsg. von Seelmann K., F. Grunert, Tübingen, pp. 21-42.
- Schaffstein F. (1954), *Die Europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus*, Göttingen.
- Schaffstein F. (1986), *Abhandlungen zur Strafrechtsgeschichte und zur Wissenschaftsgeschichte*, Aalen.
- Schaffstein F. (1986), *Abhandlungen zur Strafrechtsgeschichte und zur Wissenschaftsgeschichte*, Aalen.
- Schapp H.P. (1927), *Philips Wielant*, Haarlem.
- Schiappoli D. (1905), ad vocem *Cause scriminanti secondo il Diritto canonico: necessaria difesa*, in *Enciclopedia del diritto penale*, a cura di Pessina E., vol. I, Milano, p. 730.
- Schlosser H. (2004), *Tiberio Deciani e il suo influsso sulla scienza penalistica tedesca*, in *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero moderno* (Atti del Convegno internazionale di studi storici e giuridici, Udine, 12-13 aprile 2002), a cura di Cavina M., Udine, pp. 121-137.
- Schlüter A. (1972), *Antonius Matthaeus II aus Herborn, der Kriminalis des XVII Jahrhunderts, der Rechtslehrer Utrechts*, Breslau.
- Schlüter A. (1977), *Antonius Matthaeus II aus Herborn, der Kriminalis des XVII Jahrhunderts, der Rechtslehrer Utrechts*, Frankfurt am Main.
- Schmidt A. (1966), *Sinn und Bedeutung der Constitutio Criminalis Carolina als Ordnung des materiellen und prozessualen Rechts*, «*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*», Germanistische Abteilung, 83, pp. 239-257.
- Schmidt E. (1927), *Das mittelalterlich deutsche Strafrecht*, in F. von Liszt (hrsg.), *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin-Leipzig, pp. 1-33.
- Schmidt E. (1927), *Die Peinliche Gerichtsordnung Karl V*, in *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, von Liszt F. (hrsg.), Berlin-Leipzig, pp. 39-43.
- Schmidt E. (1965), *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen.
- Schnabel-Schüle H. (1997), *Überwachen und Strafen in Territorialstaat. Bedingungen und Auswirkungen des Systems strafrechtlicher Sanktionen in frühneuzeitlichen Württemberg*, Köln-Weimar-Wien.

Bibliografia

- Schnaper A. (1973-1974), *Les peines arbitraires du XIII au XVIII siècle (doctrines savantes et usages)*, «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», 42, pp. 237-277; 43, pp. 81-112 .
- Schoetensack A. (1804), *Der Strafprozess der Carolina*, Heidelberg.
- Schopf B. (1938), *Quomodo legitimari possit cruenta repulsio iniusti aggressoris*, Vienna.
- Schrage A. (1996), *La scuola elegante olandese*, in Schrage A., *Non quia romanum sed quia in ius*, Goldbach, pp. 315-328.
- Schröder A. (1996), *Die ersten juristischen 'Systematiker'. Ordnungsvorstellungen in der Philosophie und Rechts wiessenschaft im 16. Jahrhundert*, in M. Kriechbaum (hrsg.), *Festschrift für Sten Gagnér zum 3. März 1996*, Ebelsbach, pp. 111-150.
- Schröder A. (2001), *Recht als Wiessenschaft. Geschichte der juristischen Methode von Humanismus bis zur historischen Schule*, München.
- Schroth U. (1998), *Vorsatz und Irrtum*, München.
- Schubart M., (1973) *Das Problem der erfolgsqualifizierten Delikt*, «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 85, pp. 754-781.
- Schwarzenberg C. (1977), *ad vocem Necessità (stato di) (Diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Milano.
- Scribano M. (1988), *Da Descartes a Spinoza. Percorsi della teologia razionale nel Seicento*, Milano.
- Solimano S. (2001), *Paolo Risi e il processo penale (1766)*, Milano.
- Solmi A. (1937), *Alberto da Gandino e il diritto statutario nella giurisprudenza del sec XIII*, in Solmi A., *Contributi alla storia del diritto comune*, Roma.
- Speciale G. (2007), *Alteri ad delictum praebuit occasionem. A proposito di mandatum e consilium: voci dal discorso sulla responsabilità*, Milano.
- Sperandio M.U. (1998), *Dolus pro facto. Alle radici del problema giuridico del tentativo*, Napoli.
- Stintzing R. (1880), *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, München-Leipzig.
- Stobbe O. (1860), *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, vol. I, Leipzig.
- Stolleis M. (1995), *Juristen, Ein biographisches Lexicon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, München.
- Stuckenberg C.F. (2007), *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, Berlin.
- Tarello G. (1975), *Il «problema penale» nel secolo XVIII*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. V, pp. 13-25.
- Tarello G. (1976), *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna.

- Tenenti A. (1980), *La formazione del mondo moderno. XIV-XVII secolo*, Bologna.
- Tessitore A. (1965), *I fondamenti della filosofia politica di Humbolt*, Napoli.
- Thieme K., *Die Zeit späten Naturrecht*, «Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte», Romanistische Abteilung, 56 (1936), pp. 202-273.
- Thieme K. (1937), *Die Zeit späten Naturrecht*, «Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte», Germanistische Abteilung, 57, pp. 355-428.
- Tomas y Valiente F. (1992), *El derecho penal de la Monarquía absoluta (Siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid.
- Troeltsch E. (1977), *L'essenza del mondo moderno*, Napoli.
- Troje A. (1969), *Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts*, «Philosophie und Rechtswissenschaft», Frankfurt, pp. 63-97.
- Troje A.E. (1993), *Humanistische Jurisprudenz. Studien zur europäischen Rechtswissenschaft unter dem Einfluß des Humanismus*, Goldbach.
- Troje A. (2002), *Rezension Schröder*, Druckfassung, «Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte», Romanistische Abteilung, 120, pp. 306-311.
- Ullmann W. (1941), *Der Versuch nach der mittelalterlichen italienischen Lehre*, «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», 17, pp. 28-78.
- Vaccari P. (1962), «Utrum iurisdictio cohaereat territorio». *La dottrina di Bartolo*, in *Bartolo da Sassoferrato*, in *Studi e documenti per il VI centenario* (Convegno Commemorativo, Perugia, 1-5 aprile 1959), II, Milano, pp. 735-753.
- Vallerani M. (2005), *La giustizia pubblica medievale*, Bologna.
- Valsecchi C. (1994), *L'istituto della dote nella vita del diritto del tardo Cinquecento: i «consilia» di Jacopo Menochio*, «Rivista di storia del diritto italiano», 67, pp. 205-282.
- Valsecchi C. (2000), *Jacopo Menochio e il giurisdizionalismo tra Cinque e Seicento*, «Studia Borromaeica», 14, pp. 93-116.
- Van Caenegem R. (1954), *Geschiedenis van het Strafrecht*, Brussels.
- Van Caenegem R. (1965), *The Law of Evidence in the Twelfth Century: European Perspectives and Intellectual Background*, in *Proceedings of the Second International Congress of Medieval Canon Law*, ed. Kuttner S., J.J. Ryan, Città del Vaticano.
- Van de Vrugt M. (1987), *Antonius Matthaeus II 1601-1654, Utrechtse eerste primarius iuris*, in *Rechtsgeleerd Utrecht*, eds. van den Bergh G.C.JJ, J.E. Spruit, M. van de Vrugt, Utrecht, pp. 22-35.
- Van de Vrugt M. (1999), *Antonius Matthaeus, On Crimes, A Commentary on Books XLVII and XLVIII of the Digest*, «The Legal History Review», 67, pp. 158-159.

Bibliografia

- Van de Vrugt M. (2001), *Die holländische elegante Schule*, München.
- Van Dievoet G. (1990), *De involved van de Somme rural van Jehan Boutillier op het Boec van der loopender practijken van Willelm van der Tanerijen*, «Brabant recht. Opstellen aangeboden aan prof.mr. J.P.A. Coopmans ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar Nederlandse rechtsgeschiednis aan de Katolieke Universiteit Brabant» (Brabantse Rechtshistorische Reeks, 5, Assen-Maastricht.
- Van Heysenberg P. (1929), *Verspreide Opstellen*, Amsterdam.
- Van Oven J.C. (1935), *Le droit romain aux Pays-Bas*, in *Atti del Congresso internazionale di Diritto romano*, Bologna, 17-20 aprile 1933, II, Pavia, pp. 25-55.
- Vassalli G. (1939), «Nullum crimen sine lege», «Giurisprudenza italiana», vol. XCI, Torino.
- Vassalli G. (1994), «Nullum crimen, nulla poena sine lege», in *Digesto Discipline Penali*, vol. VIII, Torino, pp. 49 e ss.
- Viganò F. (2000), *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano.
- Villey M. (1985), *Esquisse historique sur le mot responsable*, in Villey M., *La Responsabilité à travers les âges*, Paris.
- Villey M. (1986), *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano.
- Voci P. (1966), ad vocem *Errore (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, pp. 229-235.
- Voci P. (1973), *L'errore nel diritto romano*, Milano.
- Voeltzel F. (1936), *Jean Domat (1625-1696)*, Nancy.
- Von Bar A.L. (1882), *Geschichte des deutschen Strafrechts*, Berlin.
- Von Frank R. (1890), *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 10, pp. 169-228.
- Von Savigny C.F. (1840), *System des heutigen römischen Rechts*, vol. III, Berolini.
- Von Wächter A.G. (1844), *Gemeines Recht Deutschland*, Leipzig
- Von Wächter A.G. (1881), *Beilagen zu Vorlesungen über das deutsche Strafrecht*, Leipzig.
- Wacke A. (1980), *Der Selbstmord im römischen Recht und in der Rechtsentwicklung*, «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte», Romanistische Abteilung, 97, pp. 26-77.
- Wacke A. (1994), «Errantis voluntas nulla est». *Grenzer der Konkludenz stillschweigender Willenserklärungen*, «Index», 22, pp. 267-292.
- Waddington Ch. (1855), *Ramus, sa vie, ses écrits et ses opinions*, Paris.

- Wellschmied B. (1952), *Zur Entstehung und Bedeutung der Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid von Hugo Grotius*, «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte», Germanistische Abteilung, 69, pp. 155-181.
- Welten R. (1987), *Utrechtse hoogleraren in de rechten (1636-1815). Enkele aspecten van de geschiedenis van de rechtenfaculteit te Utrecht*, «Tidsskrift för rettsvidenskap», 55, pp. 67-101.
- Welzel H. (1962), *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen.
- Wessels J.W., M.H. Hoeflich (2005), *History of the Roman-dutch Law*, New Jersey.
- Wieacker F. (1980), *Storia del diritto privato moderno*, Milano.
- Williams B. (1993), *Pagan Justice and Christian Love*, in T. Irwin, M.C. Nussbaum (ed.), *Virtue, Love & Form*, «Apeiron», 26, pp. 195-207.
- Wilson Ch. (1968), *La repubblica olandese*, Milano.
- Windelband W. (1935), *Lehrbuch der Geschichte der Philosophie*, Tübingen.
- Wolf A. (1943), *Idee und Wirklichkeit des Reiches im deutschen Rechtsdenken des 16. und 17. Jahrhunderts*, K. Larenz (hrsg.), *Reich und Recht im deutschen Philosophie*, I, Stuttgart-Berlin.
- Wolf A. (1963), *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen.
- Wolf J.G. (1961), «Error» im römischen Vertragsrecht, Köln-Graz.
- Woozley A.D. (1972), *Plato on Killing in Anger*, «Philosophical Quarterly», 22, pp. 303-317.
- Ziletti U. (1960), *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano.
- Zoepfl H. (1876), *Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V nebst der Bamberger und Brandeburger Halsgerichtsordnung*, Leipzig.
- Zorzi A. (1995), *Politica e giustizia a Firenze al tempo degli ordinamenti antimagnatizi*, in *Ordinamenti di giustizia fiorentini. Studi in occasione del VII centenario*, a cura di Arrighi V., Firenze, pp. 105-147.

Recta ratione ductus. The Prolegomena to Anton Matthaeus' De Criminibus

Sabrina Pollorsi

Abstract

The 16th and 17th centuries represent a period of great importance for the history of law in the countries of continental Europe in which Justinian Roman law – in the jurisprudential acceptance of *ius commune* impressed on it by the schools of Glossators and Commentators – set itself as a textual platform for the construction of the legal heritage of each of them. In the territories of the Protestant-reformed area the spreading of humanistic and voluntarist movements contributed to the rise of a class of lawyers of solid classical training, with a strong bias to daily professional exercise and therefore to the settlement of the issues proposed by the practice. In this climate, marked by a brilliant theological-philosophical culture and by a religious freedom, though contingent, flourished jurists who laid the groundwork for the general theory of law, public law, criminal law and international law. These include Anton Matthaeus II (1601-1654), the greatest exponent of the Criminalistics science of his days, a complete jurist who added a deep knowledge of the judicial practice to a strict cultivated component, highlighting thus the profile of a specialist of the first rank. Intelligently open to fathom traditional legal heritage as well, he resulted particularly qualified into elaborating theoretical systems specifically for use in forensic practice. His *magnum opus*, the Commentary *De Criminibus* to books XLVII and XLVIII of the Digest (1644), will give birth to the first true, methodical and complete system of criminal law and will make of its author a constant point of reference for 18th and 19th century Criminalistics, for German and Scottish courts up to the late 18th century and, even today, for the courts of the Republic of South Africa.

Sabrina Pollorsi has a PhD in Roman Law and European Legal Culture. He has taught at the Università Cattolica del Sacro Cuore in Piacenza and since 2006 collaborates with the Chair of History of Medieval and Modern Law of the University of Pavia.

E-mail: pollorsi.sabrina@gmail.com