

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

52

(2023)

Il diritto come forma dell'esperienza

Per Paolo Grossi

TOMO I

MICHELE PIFFERI

DALLA CASISTICA ALLE REGOLE:
LA NORMATIVIZZAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ PENALE
TRA MEDIOEVO ED ETÀ MODERNA

1. Il ritorno della casistica. — 2. Acme e crisi della casistica penale: un percorso da Raimondo da Peñafort a Filangieri. — 3. La *voluntas delinquendi* frammentata nei casi. — 4. Verso un nuovo ordine del discorso: la responsabilità nel sistema del diritto penale.

1. *Il ritorno della casistica.*

L'interesse per il metodo di ragionamento casistico, oggetto di una rinnovata attenzione storiografica ⁽¹⁾, si è esteso anche ai giuristi ⁽²⁾ e, in particolare e forse inaspettatamente, ha stimolato originali riflessioni tra i penalisti. Proprio nella materia tradizional-

⁽¹⁾ Dopo il lavoro di A.R. JONSEN, S. TOULMIN, *The Abuse of Casuistry*, Berkeley, The University of California Press, 1988 e il volume curato da E. Leites, *Conscience and Casuistry in Early Modern Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, tra i contributi più recenti si segnalano, in particolare, C. GINZBURG, *Nondimanco. Machiavelli, Pascal*, Milano, Adelphi, 2018; ID., *Ein Plädoyer für den Kasus*, in *Fallstudien: Theorie — Geschichte — Methode*, J. Süßmann, S. Scholz, G. Engel (hrsg.), Berlin, Trafo, 2007, pp. 29-48; *A Historical Approach to Casuistry. Norms and Exceptions in a Comparative Perspective*, C. Ginzburg, L. Biasiori (eds.), London, Bloomsbury, 2019; *Penser par cas*, J.-C. Passeron, J. Revel (dir.), Paris, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2020; *Kasuistik und Theorie des Gewissens. Von Pascal bis Kant*, S. Di Giulio, A. Frigo (hrsg.), Berlin/Boston, De Gruyter, 2020; S. TUTINO, *Uncertainty in Post-Reformation Catholicism: A History of Probabilism*, Oxford, Oxford University Press, 2017; E. CORRAN, *Lying and Perjury in Medieval Practical Thought: A Study in the History of Casuistry*, Oxford, Oxford University Press, 2018; *History, Casuistry and Custom in the Legal Thought of Francisco Suárez (1548-1617)*, D. Bauer, R. Lesaffer (eds.), Leiden/Boston, Brill, 2021.

⁽²⁾ F. ROUVIÈRE, *Apologie de la casuistique juridique*, in « Recueil Dalloz », 193 (19 janv. 2017), 3, pp. 118-2; T. GÁBRIŠ, *Systematic versus Casuistic Approach to Law: On the Benefits of Legal Casuistry*, in « Journal of Ethics and Legal Technologies », 1 (2019),

mente più vincolata al principio di legalità e ad una logica inferenziale basata sulla formulazione chiara della norma per ridurre lo spazio discrezionale dell'interprete, le potenzialità di un approccio inverso, che parta cioè dal caso per trovare la regola ad esso applicabile, sono valorizzate sia come possibile correttivo alla crisi della tipicità penale ⁽³⁾, sia come chiave di lettura del diritto penale (anche internazionale) entro un quadro ordinamentale ormai multi-livello e interlegale ⁽⁴⁾. L'invocata centralità del caso e la priorità logica della sua corretta comprensione come condizione di qualificazione giuridica sono viste come caratteristiche tipiche di un sistema pluralista, in cui non è possibile semplicemente sussumere il caso/fatto nella fattispecie tipica perché quello stesso caso/fatto è contemporaneamente regolato da un « *eccesso di diritto* », ovvero da più fonti concorrenti riconducibili a ordinamenti diversi ⁽⁵⁾. Se le assonanze con il sistema pluralistico e con la casistica medievale sono evidenti, altrettanto chiare sono tuttavia le differenze, segnate in modo definitivo dalla ideologia antigiusprudenziale settecentesca e dall'avvento del legislatore illuministico. Nel contemporaneo sistema interlegale « il diritto del caso concreto non è altro che la concretizzazione di un principio normativo »: la regola del caso non è, dunque, l'*inventio* da parte del giurista di diritto comune dell'*aequitas* sottesa ad ogni rapporto giuridico, ma « l'artificio che l'inter-

1, pp. 57-76; B. JOHANSEN, *Casuistry: Between Legal Concepts and Social Praxis*, in « Islamic Law and Society », 2 (1995), 2, pp. 135-156.

⁽³⁾ Cfr. A. DI MARTINO, *Dalla regola per il caso al caso per la regola. Variazioni brevi e stravaganti sul concetto di « caso » (case, Kasus)*, in *Studi in onore di Lucio Monaco*, a cura di A. Bondi *et al.*, Urbino, Urbino University Press, 2020, pp. 357-373.

⁽⁴⁾ In questo senso si vedano M. CUPIDO, *The Casuistry of International Criminal Law: Exploring A New Field of Research*, in « Netherlands Journal of Legal Philosophy », 44 (2015), 2, pp. 116-132; *Id.*, *Facing Facts in International Criminal Law. A Casuistic Model of Judicial Reasoning*, in « Journal of International Criminal Justice », 14 (2016), pp. 1-20; A. DI MARTINO, *The importance of being a case. Collapsing of the law upon the case in interlegal situations*, in « The Italian Law Journal », 7 (2021), 2, pp. 961-984; *Id.*, *Dalla regola per il caso al caso della regola*, in *L'era dell'interlegalità*, a cura di E. Chiti, A. Di Martino, G. Palombella, Bologna, il Mulino, 2022, pp. 73-98.

⁽⁵⁾ Così G. PALOMBELLA, E. SCODITTI, *L'interlegalità e la ragion giuridica del diritto contemporaneo*, in *L'era dell'interlegalità*, cit., p. 45.

prete elabora nell'identificare il principio normativo in grado di regolare tale relazione » tra fonti ugualmente legali ⁽⁶⁾.

Non interessa qui riflettere sulle suggestioni di lungo periodo di tali teorie, quanto piuttosto, muovendo dal 'ritorno' della casistica, proporre qualche considerazione sulla natura del diritto penale bassomedievale, concordemente definito dalla storiografia come appunto *casistico* ⁽⁷⁾, e sulle ragioni teoriche e politiche che hanno portato alla sua trasformazione in un *sistema* di diritto legalitario fondato su regole. Un processo di modernizzazione del penale che cercheremo di osservare in riferimento al tema della responsabilità e la cui comprensione si gioverà di un confronto con alcuni scritti di Paolo Grossi. La storia della giustizia criminale, come noto, non è stata un tema centrale nella produzione scientifica grossiana; tuttavia, nelle sue pagine sulle esperienze giuridiche medievale e moderna, si possono leggere linee interpretative e indicazioni metodologiche utili anche allo studio dei *criminalia*. Mi riferisco, ad esempio, ad alcuni scritti dai quali emerge non solo l'influenza della canonistica sulla cultura giuridico-politica dell'età intermedia — e certamente nel penale tale impronta è stata particolarmente marcata — ma anche l'origine teologica di terminologie e modelli discorsivi che hanno inciso anche in *criminalibus*. Inoltre, l'indagine qui proposta del passaggio da una nozione casistica di *animus delinquendi* ad una sua sistematizzazione normativa può certamente beneficiare delle riflessioni sulla concettualizzazione del contratto tra Cinque e Seicento e sul *dominium in genere* nella Seconda Scolastica. Infine, la codificazione prima auspicata e poi attuata del principio di imputabilità tra fine Settecento ed inizio Ottocento può

⁽⁶⁾ Ivi, p. 54, dove gli Autori richiamano le note pagine grossiane de *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 175-182, sull'*aequitas* e la dimensione fattuale del diritto.

⁽⁷⁾ La definizione è ricorrente; cfr., ad. es., M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2002, ed ora in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 13 e ss.; J.M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, PUF, 1990, pp. 185-186; F. TOMAS Y VALIENTE, *El derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1969, p. 89; E. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1995⁴, p. 148.

essere intesa come manifestazione di quell'«assolutismo giuridico» di cui Grossi ha più volte definito caratteri e limiti.

2. *Acme e crisi della casistica penale: un percorso da Raimondo da Peñafort a Filangieri.*

Giova forse chiarire ora il punto di partenza (le *summae confessorum* duecentesche) e quello di arrivo (*La scienza della legislazione* di Filangieri) del percorso che si cercherà brevemente di tracciare.

Raimondo da Peñafort, nella *Summa de casibus poenitentiae* composta verosimilmente tra il 1222 e il 1228⁽⁸⁾, dopo aver definito l'omicidio come «hominis occisio ab homine facta», lo distingue nelle due specie spirituale e corporale. L'omicidio corporale può essere commesso «lingua et facto», ed in particolare «lingua tribus modis, scilicet praecepto consilio, et defensione», «facto quatuor modis, scilicet justitia, necessitate, casu et voluntate». Nel caso di omicidio commesso per giustizia, ovvero quando un giudice o un suo incaricato uccide il reo giustamente condannato, l'autore può comunque peccare mortalmente «propter intentionem corruptam» se agisce «ex livore vel delectatione fundendi humanum sanguinem» o se il ministro agisce «juris ordine non servato», mentre nessun peccato è commesso se si opera «ex amore justitiae». La necessità, a sua volta, può essere «evitabilis» o «inevitabilis». Nell'ipotesi di reato commesso casualmente, invece, occorre distinguere il caso in cui l'agente «dabat operam illicitae rei», come quando si getta una pietra in un luogo dove le persone sono solite transitare o mentre si ruba un cavallo l'animale colpisce un terzo uccidendolo, che viene dunque imputato, dal caso in cui l'agente stava compiendo un'azione lecita, a sua volta distinta nel caso che l'agente abbia adoperato la diligenza dovuta (scusato) oppure no (imputato). L'omicidio volontario, infine, «semper est mortale pec-

(8) Sulla *Summa* sono ancora utili A. TEETAERT, *La «Summa de poenitentia» de Saint Raymond de Penyafort*, in «Ephemerides Theologicae Lovaniensis», 5 (1928), pp. 49-72; S. KUTTNER, *Zur Entstehungsgeschichte des Summa de casibus poenitentiae des hl. Raymund von Penyafort*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung», 39 (1953), pp. 419-434.

catum et enorme ». Per ogni singolo caso Raimondo indica poi le specifiche pene canoniche (tra cui *irregularitas* e *depositio*), precisando che esse si sommano, senza sostituirsi, sia alla pena spirituale della penitenza sia alle pene legali secolari ⁽⁹⁾. È proprio nella *Summa* del domenicano — scriveva Grossi nel 1966 — « che il *casus*, forma letteraria cara ai glossatori civilisti e canonisti, diviene articolazione naturale di un complesso discorso » ⁽¹⁰⁾. Discorso nel quale morale, teologia e diritto si fondono e « i tratti distintivi tra *forum conscientiae* e foro esterno si sfocano e si confondono », ma che resta pur sempre « un discorso inequivocabilmente giuridico » ⁽¹¹⁾. Ma proprio per riuscire a cogliere il valore morale di ogni fatto o comportamento in relazione alla *salus aeterna animarum*, per comprendere i rapporti sociali « dall'angolo visuale delle coscienze, dell'*interior homo*, operando la composizione miracolosa fra l'intra-subbiiettivo e l'intersubbiiettivo » e cogliere così « le manifestazioni alluvionali del cortice sociale [...] che al tribunale della penitenza sono destinate ad esaltarsi », i sommisti devono ricorrere ad un sofisticato metodo casistico, attraverso il quale « essi portano a compimento un capillare lavoro che ci verrebbe voglia di chiamare istologico » ⁽¹²⁾.

Nelle somme penitenziali, pertanto, si rivela la « provvidenzialità del metodo casistico; articolare il proprio discorso *per casus* significa rifuggire da una definizione conchiusa di quel discorso, rifuggire da ogni costruzione astratta, teoretica che la logica tende a

⁽⁹⁾ RAIMUNDUS DE PENNAFORTE, *Summa de paenitentia*, curantibus Xaverio Ochoa et Aloisio Diez, Roma, Commentarium pro religiosis, 1976, pp. 441-447.

⁽¹⁰⁾ P. GROSSI, *Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune*, in « Annali della Facoltà giuridica di Macerata », I (1966), pp. 95-134, ed ora in ID., *Scritti canonistici*, a cura di C. Fantappiè, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 115-153, da cui la citazione a p. 136. P. NAPOLI, *A proposito di « A Historical Approach to Casuistry », a cura di Carlo Ginzburg e Lucio Biasiori*. II. *Accanto alla legge*, in « Quaderni storici », LIV (2019), 2, p. 490, considera quella di Raimondo « opera per tanti aspetti fondativa » del genere della *Summa*.

⁽¹¹⁾ GROSSI, *Somme penitenziali*, cit., p. 137. Sulla « matrice marcatamente giuridica » impressa alle somme, cfr. anche R. RUSCONI, *Ordinate confiteri. La confessione dei peccati nelle « summae de casibus » e nei manuali per i confessori (metà XII — inizi XIV secolo)*, in *L'aveu. Antiquité et Moyen Âge*, Rome, École Française de Rome, 1986, pp. 303-304.

⁽¹²⁾ GROSSI, *Somme penitenziali*, cit., p. 145.

irrigidire; significa piuttosto relativizzare quel discorso ai dati dell'esperienza, condizionarlo alla concretezza di un operatore e di un'opera, umanizzarlo, per così dire, nella piena disposizione a dare rilevanza alle passioni, intendimenti, volontà che costituiscono, al di là della causa giuridica, i motivi costitutivi dell'atto» (13). Tali considerazioni, che Grossi poi esemplifica in riferimento al contratto di cambio e alle obbligazioni pecuniarie, sono certamente applicabili anche all'analisi raimondina dell'omicidio. L'exasperata scomposizione casistica dell'*hominis occisio* si disinteressa di rigorosi confini tra morale e diritto, peccato e reato, e ricerca invece in ogni azione esterna l'elemento soggettivo dell'autore, il grado dell'intenzione, il fine della volontà: Raimondo invita il giudice/confessore a non accontentarsi del nesso causale tra condotta ed evento, ma a ricostruire attentamente il fatto/caso per scandagliare l'*animus* dell'agente, perché solo da esso dipendono l'imputabilità e il tipo di sanzione (14). Il *pensare per casi* è un metodo di ragionamento che rifiuta categorie generali di responsabilità astrattamente definite *a priori* e conduce, invece, a valutare in ogni circostanza il nesso tra evento e coscienza dell'individuo, tra dimensione esterna ed interna (15). È grazie alla casistica, ad esempio, che il canonista

(13) Ivi, p. 146.

(14) Cfr. J. GUYADER, *Aux origines canoniques de la responsabilité pénale: volonté coupable et pénitence dans les crimes contre les personnes d'après Burchard de Worms*, in *Le droit entre laïcisation et néo-sacralisation*, J.-L. Thireau (dir.), Paris, PUF, 1997, pp. 87-107; D. DE CONCILIO, *Soggettività e qualificazione del fatto. L'indagine del factum intrinsecum tra diritto e teologia nel XII secolo: due casi di studio e spunti per una ricerca*, in « *Historia & Ius* », 2022, 22, paper 9, p. 9, che osserva come nelle « forti commissioni tra approccio teologico e approccio giuridico [che] permangono per tutto il XII secolo, sia possibile cogliere vividamente l'intersezione tra l'esigenza di ricostruire il fatto e il bisogno di qualificarne la natura dal punto di vista soggettivo ».

(15) Secondo G. LE BRAS, *Canon Law*, in *The Legacy of the Middle Ages*, C.G. Crump, E.F. Jacobs (eds.), Oxford, Clarendon Press, 1926, p. 357, « the minute and detailed analysis of the circumstances of the sin, a practice popularized by the Celtic and Frankish penitentials and carried to an extreme by the casuists, provided an excellent model for modern criminal lawyers »; cfr. anche J. GOERING, *The Internal Forum and the Literature of Penance and Confession*, in *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234. From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX*, W. Hartmann, K. Pennington (eds.), Washington DC, Catholic University of America Press, 2008, pp. 379-428, specie 397-398; T.N. TENTLER, *The Summa for Confessors as an*

spagnolo delinea i temi del *versari in re illicita* e della *debita diligentia* che tanto contribuiranno, nella dottrina successiva, a descrivere i contenuti del dolo e della colpa penale.

All'estremo opposto della *Summa* di Raimondo, in pieno illuminismo giuridico, Gaetano Filangieri indica nel definitivo superamento della casistica in tema di responsabilità il rimedio ai difetti della giustizia criminale. Mosso da una « preoccupazione legalitaria »⁽¹⁶⁾ e dal proposito di contenere la discrezionalità giudiziale, il giurista napoletano definisce il « canone generale, col quale la legge indicherà dovrebbe l'esistenza dell'infimo, del medio e del massimo grado di dolo, e ridurre ad una general misura tutte le varie circostanze aggravanti di un delitto »⁽¹⁷⁾ e così pure per la colpa. Tale griglia teorica, in grado di assicurare certezza e proporzionalità della pena, dovrà poi essere recepita dal legislatore nel sistema razionalizzante e semplificatore del codice penale. « Ecco come la metafisica di una scienza qualunque — continua Filangieri — rende facile ciò che sembrerà sempre impossibile al casista, che non ha l'occhio per iscoprir que' primi anelli, da' quali procede l'immensa, e complicata catena »⁽¹⁸⁾: apologia della scienza teorica, 'metafisica', concettualizzante, che superando i limiti conoscitivi della casistica è capace attraverso un ragionamento astratto e sistematizzante di definire principi generali, i 'primi anelli' da cui ricavare deduttivamente tutta la catena delle soluzioni dei casi. Ma Filangieri esplicita anche il significato politico di tale metodo *per principia*, che culmina nella codificazione: « Che il lettore esamini profondamente queste idee; [...] le folte tenebre, che gli nascondevano la strada per la quale si deve giungere alla perfezione del sistema penale, cominceranno a dissiparsi: egli comincerà finalmente a vedere che un codice penale, dove l'arbitrario nome di pena straordinaria sia interamente proscritto, e nel quale la legge non permetta mai a' giudici di far da

Instrument of Social Control, in *The Pursuit of Holiness in Late Medieval and Renaissance Religion*, C. Trinkaus, H.A. Oberman (eds.), Leiden, Brill, 1974, pp. 103-126.

(16) Così M. CAVINA, *Il dolo latente nell'animo. Filippo Maria Renazzi nel dibattito giuridico intorno alla graduazione del dolo fra XVIII e XIX secolo*, in *Filippo Maria Renazzi. Università e cultura a Roma tra Settecento e Ottocento*, M.R. Di Simone, C. Frova, P. Alvazzi del Frate (a cura di), Bologna, il Mulino, 2019, p. 231.

(17) G. FILANGIERI, *Scienza della legislazione*, Parigi, Derriey, 1853, p. 224.

(18) Ivi, p. 225.

legislatori, non è, come si è finora creduto, un impossibile politico »⁽¹⁹⁾. L'impossibilità del ragionamento casistico si traduceva, per l'autore de *La scienza della legislazione*, in una impossibilità politica: senza concetti e categorie generali di responsabilità penale la eliminazione del potere interpretativo dei giudici era impensabile ed era, di conseguenza, irrealizzabile un ordinamento giuridico fondato su regole certe e perciò capace di garantire i diritti degli individui. La « perfezione del sistema penale » realizzata nel codice, a sua volta ispirato da una scienza 'metafisica', è lo scopo teorico-politico del riformismo settecentesco incarnato da Filangieri ed esemplifica quel nesso tra illuminismo e assolutismo giuridico su cui Grossi è più volte ritornato, non mancando di sottolineare come il vero cemento di quell'alleanza fossero il liberalismo economico e l'individualismo proprietario⁽²⁰⁾.

Raimondo da Peñafort e Gaetano Filangieri sono i due estremi scelti per indicare un percorso che segna l'acme e la crisi definitiva della casuistica penale in tema di responsabilità. Occorre ora esaminare qualche tappa di tale itinerario, anticipando in sintesi linee di una ricerca che sarà in seguito approfondita⁽²¹⁾.

3. *La voluntas delinquendi frammentata nei casi.*

La casuistica dei sommist, con la teologia morale del peccato/reato che ne sta a fondamento⁽²²⁾, offre un modello argomentativo per valorizzare l'elemento soggettivo anche nel diritto penale canonico⁽²³⁾, la cui influenza sulla formazione del penale secolare, specie in tema di responsabilità, è da tempo riconosciuta dalla storiogra-

⁽¹⁹⁾ *Ibidem*.

⁽²⁰⁾ Solo a mo' di esempio, rinvio alla sintesi in P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 104-115.

⁽²¹⁾ Questo articolo è un primo contributo al PRIN 2022 "*Casuistry*" and *rule-based approach in criminal law. Historical perspectives, current developments*.

⁽²²⁾ Rinvio sul punto, per ragioni di sintesi, a H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bologna, il Mulino, 1998, pp. 203-229.

⁽²³⁾ Cfr. A. LAINGUI, *Théologie morale, casuistique et droit pénal: le juge criminel dans la Somme théologique de Saint Thomas d'Aquin*, in „Houd voet bij stuk". *Xenia iuris historiae G. van Dievoet oblata*, F. Stevens, D. van den Auweele (eds.), Leuven, KUL Faculteit Rechtsgeleerdheid, 1990, pp. 481-502.

fia (24). L'enfasi dei canonisti sull'intenzione dell'agente, conseguenza dell'«invenzione» dell'individuo come soggetto autonomo, razionale e responsabile delle proprie libere scelte (25), condiziona tutta la scienza giuridica medievale che si occupa di *criminalia*. La valorizzazione della *voluntas delinquendi* da parte dei giuristi non è, tuttavia, impresa semplice e si scontra con varie difficoltà.

In primo luogo, nelle fonti giustinianee ci sono riferimenti all'elemento soggettivo del reato non sempre coerenti (26) e, sebbene sia « possibile osservare nel concetto di dolo una linea di sviluppo nel senso di una sempre maggiore interiorizzazione, che inizia con il rilievo dell'elemento intellettuale, passa per l'affermazione del momento volitivo e si conclude con l'intensità massima rappresentata dal concetto di *animus* » (27), i casi in tema di responsabilità « sono esposti confusamente, senza essere fatti discendere da una teoria generale della 'colpevolezza' » (28). Inoltre, l'eredità del diritto ger-

(24) Cfr., ad es., il classico studio di S. KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors 9. Systematisch auf Grund der handschriftlichen Quellen dargestellt*, Città del Vaticano, Biblioteca apostolica vaticana, 1935 e il più recente L. KÉRY, *Gottesfurcht und irdische Strafe. Der Beitrag des mittelalterlichen Kirchenrechts zur Entstehung des öffentlichen Strafrechts*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2006, specie pp. 97-107, 405-407; Id., *La culpabilité dans le droit canonique classique de Gratien (vers 1140) à Innocent IV (vers 1250)*, in *La culpabilité. Actes des XXèmes Journées d'Histoire du Droit*, J. Hoareau-Dodinay, P. Texier (curr.), Limoges, Pulim, 2001, pp. 429-44; O. DESCAMPS, *L'influence du droit canonique médiéval sur la formation d'un droit de la responsabilité*, in *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, O. Condorelli, F. Roumy, M. Schmöckel (hrsg.), vol. 1, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2009, pp. 137-167.

(25) L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual. The Origins of Western Liberalism*, London, Penguin Books, 2015, p. 215 fa riferimento al processo di « reconstruction of the self » provocato dalla riforma gregoriana e sottolinea come « the concern of canon lawyers to identify and protect the role of intentions is striking » (p. 233).

(26) Si pensi, per esempio, ai noti loci D.47.2.54(53), *l. Qui iniuriae causa, de furtis*: « maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit »; D.48.8.14, *l. Divus Adrianus, Ad legem Corneliam de sicariis et veneficiis*: « in maleficiis voluntas spectatur, non exitus »; C.9.12.6, *l. Quoniam multa facinora, ad l. Iuliam de vi*: « violentia punitur secundum eventum, quia verisimiliter illud delictum tendit ad verbera et homicidia ».

(27) Così G.P. DEMURO, *Il dolo. I. Svolgimento storico del concetto*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 28.

(28) C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, Giappichelli, 1970, p. 76; tale considerazione corrisponde peraltro ad un carattere generale della

manico altomedievale improntata a criteri di responsabilità oggettiva, portava a giustificare la sanzione sul presupposto dell'evento dannoso e della lesione effettiva e materiale, senza troppo indagare il nesso tra volizione dell'agente ed effetto. Segnali di cambiamento, è vero, si hanno già con il diritto longobardo che, se pure in via di principio non si curi dell'*animus* dell'agente, prevede alcune fattispecie delittuose in cui una serie di formule (*asto animo id est voluntarie, dolose, sciens, instigante diabolo, iniquo animo, nolendo, casu faciente, per errorem negligenter*) indicano il superamento della dimensione puramente oggettiva e il rilievo dell'intenzione⁽²⁹⁾, e con la distinzione tra omicidio volontario e involontario in età pre-gregoriana⁽³⁰⁾. Tuttavia, nell'assenza di un criterio generale per distinguere il comportamento doloso da quello colposo, permane un utilizzo confuso ed equivoco sia del concetto di *dolus*, come frode o raggirio di stampo civilistico e come volontà consapevole penalmente punibile, sia di quello di *culpa*, intesa tanto come elemento psicologico generico quanto come negligenza. Vi era, infine, la normativa statutaria, che in molti casi prevedeva semplicemente l'uccisione dell'omicida senza alcuna specificazione sulla forma di colpevolezza del reo⁽³¹⁾. I *doctores iuris* non mancano di criticare i giudici cittadini, « assessores ignorantes », che ritenendo di non dover distinguere tra azione dolosa e colposa, « statur simpliciter verbis statuti, quia non inspicitur animus, sed factum, [...] quod de homi-

disciplina: « i giuristi — sostiene l'A. — conoscono gli istituti che noi oggi chiamiamo introduttivi e di parte generale, ma li trattano casisticamente non costruendovi intorno un sistema » (p. 26).

⁽²⁹⁾ Cfr., ad es., P. DEL GIUDICE, *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di E. Pessina, Milano, Società editrice libraria, I, 1905, pp. 462-470; A. MARONGIU, *Dolo penale (dir. interm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, 1964, pp. 731-732; ID., *Colpa penale (dir. interm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, 1964, pp. 617-619.

⁽³⁰⁾ Cfr. R. SORICE, *La dialettica tra volontario e involontario nella dimensione penale pre-gregoriana: l'omicidio sponte commissum nei Penitenziali e nei Capitularia carolingi*, in « Rivista Internazionale di Diritto Comune », 29 (2018), pp. 45-64.

⁽³¹⁾ Vedi M. LUCCHESI, *Si quis occidit occidetur. L'omicidio doloso nelle fonti consiliari (secoli XIV-XVI)*, Padova, Cedam, 1999; ID., *L'animus occidendi e l'animus deliberatus nei consilia di area lombarda (secoli XIV-XVI)*, in *Studi di storia del diritto*, I, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 263-334.

cidio casuali deberet quis decapitari, quod est contra omnem aequitatem » (32).

La necessità che le disposizioni penali degli statuti non fossero applicate « praecise » ma sempre ridotte « ad aequitatem » (33) induce i giuristi a ricorrere alla casistica come strumento argomentativo per legittimare deroghe rispetto alla norma del *quis occidit occidetur*: l'elenco dei *casus* nei quali il magistrato deve tener conto del dolo serve per giustificare mitigazioni rispetto alla sanzione capitale. Ma nell'analisi della colpevolezza il ragionamento per casi è necessario anche al di là dell'ipotesi regola/eccezione: le condizioni che impongono un approccio casistico al problema sono l'assenza di un sistema normativo chiaro, la concorrente pluralità di fonti eterogenee, la mancanza di una teoria generale della responsabilità dovuta all'incapacità della scienza giuridica di sintetizzare la varietà di regole e *opiniones* riferite a diverse ipotesi o circostanze (34). Certo sia il metodo delle *quaestiones* dei primi trattati penalistici (35) sia la dimensione pratico-processuale che caratterizza lo studio dei *crimi-*

(32) Così P. DI CASTRO, *In Primam Codicis partem Commentaria*, Venetiis, apud Lucam Antonium Iuntam, 1582, f. 137vb, n. 3; ma cfr. anche A. TARTAGNI, *Consiliorum liber secundus*, Venetiis, ex officina Damiani Zenarii, 1578, Cons. CXL, f. 116va, n. 4: « quia etiam statuta simpliciter punientia ultimo supplicio, homicidam, seu alium qui occideret hominem, intelliguntur et interpretantur secundum ius commune id est si dolo malo occiderit »; B. CIPOLLA, *Consilia criminalia*, Venetiis, apud Cominum de Tridino Montisferrati, 1555, Cons. XXXIII, n. 6, f. 80ra, secondo il quale « tamen iudex ubi non est dolus debet temperare sententiam »; la *naturalis ratio* di tale interpretazione è richiamata in BALDO DEGLI UBALDI, *In Sextum Codicis Librum Commentaria*, Venetiis, apud Lucam Antonium Iuntam, 1577, f. 7ra, n. 19: « nam de ratione naturali est, quod non puniatur quis ad mortem, qui noluit delinquere. Item non debet punire aequae dolus, et non dolus ». Sulla opportunità di modificare le pene statutarie in ragione dell'*animus* del reo, cfr. B. SCHNAPPER, *Les peines arbitraires du XIIIe au XVIIIe siècle (doctrines savantes et usages français)*, in « Revue d'Histoire du droit », XLI (1973), pp. 266-267.

(33) A. TIRAQUELLO, *De poenis Legum ac Consuetudinum Statutorumque temperandis, aut etiam remittendis, et id quibus, quotque ex causis*, in Id., *Tractatus varii*, Lugduni, apud Gulielmum Rovillum, 1587, *Praefatio*, n. 23, p. 256.

(34) Su questo cfr. anche J.M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2000, pp. 221-225.

(35) Il riferimento è al *Tractatus de maleficiis* di Gandino — su cui cfr. l'edizione critica di H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, vol. 2: *Die Theorie*, Berlin, De Gruyter, 1926, e D. QUAGLIONI, *Alberto Gandino e le origini della trattatistica penale*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », XXIX (1999),

nalia dalle origini duecentesche fino alle *practicae* cinquecentesche favoriscono un discorso che pone e spiega casi problematici, siano essi reali o inventati. D'altronde, come è stato osservato, in tema di responsabilità « la méthode casuistique laisse peu de place aux développements d'idées générales »⁽³⁶⁾. Tuttavia, il maggiore contributo del ragionamento casistico alla elaborazione di forme di responsabilità — e più in generale alla formazione del diritto penale — non sembra essere né nella sua capacità di generare 'precedenti' cui ricondurre casi nuovi attraverso un processo di generalizzazione⁽³⁷⁾, né nella forza di « stabilisation de l'exceptionnel » descritta da Yan Thomas con riferimento al 'caso' che conduce poi alla costruzione della nozione di *persona ficta*⁽³⁸⁾, comunque sempre riconducibile alla logica dell'eccezione.

In presenza di fonti normative lacunose, perché per esempio nel *Corpus* giustiniano non si trova una chiara distinzione tra dolo e colpa penale, o contraddittorie, con passi che valorizzano l'*animus delinquendi* ed altri in cui l'evento ulteriore non voluto sembra attribuibile all'agente secondo regole oggettive di causalità, il ragionamento casistico sembra l'unico strumento a disposizione dei giuristi del medioevo sapienziale per costruire nuove e sofisticate forme di colpevolezza⁽³⁹⁾. Studi recenti che si sono occupati del

1, pp. 49-63 — e al *Tractatus criminum saeculi XII*, edizione critica curata da G. Minnucci, Bologna, Monduzzi, 1997.

(36) A. LAINGUI, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit (XVIe-XVIIIe siècle)*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970, p. 29.

(37) Sulla elaborazione di *regulae iuris* dai *casus* nei glossatori e nei commentatori, cfr. P. STEIN, *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1966, p. 131 e ss.

(38) Cfr. Y. THOMAS, *L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue*, in *Penser par cas*, cit., pp. 45-73; su « ciò che oppone due concezioni, ma anche e prima di tutto due pratiche della casuistica. La prima riconduce l'incognito al conosciuto. La seconda produce un modo inedito di pensare », cfr. J. REVEL, *A proposito di « A Historical Approach to Casuistry », a cura di Carlo Ginzburg e Lucio Biasiori. I. Casuistica: l'eccezione e la regola*, in « Quaderni storici », LIV (2019), 2, p. 485.

(39) Per un'analisi dell'emersione delle varie forme di *dolus* e *culpa* si vedano i classici testi di W. ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und Ihre Fortentwicklung. Eine historisch-dogmatische Darstellung der kriminellen Schuldlehre der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895; e F.

tema sembrano confermare che proprio il discorso *per casus* sia lo strumento indispensabile di quello sviluppo concettuale. Che si tratti di arrivare ad una più precisa qualificazione soggettiva del *factum* attraverso la distinzione dicotomica tra *exterior/interior* e *extrinsecum/intrinsecum* ⁽⁴⁰⁾, di rielaborare la teoria del *versari in re illicita* da parte di Giovanni d'Andrea ⁽⁴¹⁾, o ancora di fondare la *doctrina Bartoli* sulla responsabilità per l'evento non voluto in ragione del nesso causale tra condotta (voluta) ed evento o di reinterpretarla trasformandone il contenuto originario per esaltare invece il nesso tra intenzione (come prevedibilità, dunque colposa) e risultato della condotta ⁽⁴²⁾, la caratteristica che accomuna tale

SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts. Neudruck der Ausgaben 1930-32 mit Vorwort des Verfassers*, Aalen, Scientia Verlag, 1973, pp. 94-157.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. DE CONCILIO, *Soggettività e qualificazione del fatto*, cit., pp. 14-18.

⁽⁴¹⁾ Secondo R. SORICE, *La teoria del versari in re illicita nel pensiero di Giovanni d'Andrea: dolus generalis?*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung», 105 (2019), p. 146, è scorretto attribuire a Giovanni d'Andrea la teorizzazione della categoria del *dolus generalis*; «Al contrario l'intero approccio del giurista alla dimensione penale sembra piuttosto volto a dare una fisionomia giuridica alla sfera dell'involontarietà che rappresenta per i canonisti la sponda su cui si costruisce la responsabilità dell'uomo medievale, una responsabilità che non si fonda sulla logica dell'imputazione, su una teorizzazione di criteri astratti di imputazione, ma che si modula su ogni situazione, su ogni singolo caso all'interno del quale è possibile individuare le *causae* che possono giustificare l'agire dell'uomo».

⁽⁴²⁾ R. SORICE, *Vittime colpevoli e colpevoli innocenti. Ricerche sulle responsabilità penali nell'età del diritto comune*, Bologna, Bononia University Press, 2018, p. 111 e ss., rilegge la *doctrina Bartoli* come una minuziosa distinzione di casi, distinzioni, limitazioni funzionale ad accentuare il profilo della *voluntas* dell'agente e riconoscerne i diversi gradi di *dolus* e *culpa lata*, penalmente perseguibili dai giudici cittadini ma sanzionabili in modo differente. G. ROSSI, *Ordinatio ad casum. Legal Causation in Italy (14th-17th centuries)*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2023, p. 217 e ss., ritiene invece che la *doctrina Bartoli* applicata ai *maleficia*, influenzata dalla ricostruzione della causalità in ambito civilistico, si fondi sul nesso tra la condotta (intesa come oggettivamente *ordinata* alla causazione del reato più grave di quello voluto) ed evento, senza dare rilievo alcuno all'intenzionalità dell'agente (nemmeno come prevedibilità) rispetto all'esito non voluto; «the growing focus on the (subjective) relationship between intention and conduct to the detriment of the (objective) link between conduct and result» (p. 239) sarebbe invece frutto di letture contrastanti col pensiero di Bartolo (sebbene presentate come adesive) destinate a prevalere già dal Quattrocento grazie alle *opiniones* di Accolti, Decio, Cipolla.

ingente sforzo dottrinale sembra essere quello di un impegno, una tensione verso un sempre più approfondito esame (ed un più marcato rilievo) dell'elemento soggettivo del reato, attuato grazie al (e per mezzo del) ragionamento casistico. È solo dall'attenta ricostruzione del *factum-casum* che può prendere le mosse una differenziazione del profilo soggettivo; è grazie alla scomposizione e ricomposizione degli « elements of the case » che i *doctores iuris* riescono a individuare le varie forme di *voluntas delinquendi* ⁽⁴³⁾. La mancanza di regole generali, certe e gerarchicamente ordinate entro cui sussumere i casi concreti, ed anzi la necessità di disinnescare le ingiustizie dovute all'applicazione delle rigide norme di *ius proprium*, induce ad un'argomentazione che dalla distinzione delle circostanze di fatti e condotte ricava le regole della loro qualificazione soggettiva, per arrivare ad una decisione sul (e dal) caso concreto ⁽⁴⁴⁾. « Ce qui fait la force d'un cas ne renvoie jamais à une source unique » — sostengono Jean-Claude Passeron e Jacques Revel — ed il suo potere argomentativo non deriva né dalla imperatività incondizionata di una norma, né da necessità universali dell'ordine di natura, né dalla validità teorica « des axiomes d'un système logique ou des principes d'une doctrine »: il caso, piuttosto, nasce « d'un conflit entre ces règles et les applications qu'il devrait être possible d'en déduire, ainsi que de la situation — provisoire mais intolérable — d'indécidabilité qui en résulte » ⁽⁴⁵⁾. La casistica ha, per così dire, un potenziale generativo, che nella elaborazione della colpevolezza *in criminalibus* appare evidente. L'attribuibilità al mandante dell'eccesso del mandatario, la responsabilità per l'evento non voluto causato dalla condotta intenzionale, le *praesumptiones* da cui dedurre l'intenzionalità dell'azione (ad esempio in base al tipo di arma od oggetto utilizzati per percuotere, al punto del corpo colpito, alle cause di inimicizia tra autore e vittima), la presunzione di colpa

⁽⁴³⁾ ROSSI, *Ordinatio ad casum*, cit., p. 254, in riferimento alla compatibilità tra prevedibilità e *ordinatio* nell'interpretazione data da Signorolo Omodei del caso dell'uomo che uccide la moglie con un calcio.

⁽⁴⁴⁾ Su questo tipo di argomentazione in età medievale, cfr. R. VOLANTE, *Argomentazione senza principi nel diritto comune*, in *Argomentazione e lessico nella tradizione giuridica*, a cura di C. Latini, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 37-58.

⁽⁴⁵⁾ J.-C. PASSERON, J. REVEL, *Penser par cas. Raisonner à partir de singularités*, in *Penser par cas*, cit., pp. 9-44.

e non di dolo in chi compiendo un atto lecito ha ecceduto nel *modus* — solo per fare qualche esempio — divengono ricorrenti *loci* discorsivi che i giuristi scompongono in casi per arrivare a distinguere il dolo, la premeditazione, la preterintenzione, la colpa grave, lieve o lievissima ⁽⁴⁶⁾. La conseguenza pratica rilevante è l'invenzione della possibilità (o meglio dovere) per il giudice di modulare e proporzionare la sanzione, applicando una più mite *poena extraordinaria* rimessa al suo *arbitrium* ogni volta in cui nel singolo caso la responsabilità del reo non sia piena o debba comunque essere diminuita per una qualche circostanza ⁽⁴⁷⁾.

Tale metodo casistico spiega la concettualizzazione lenta e non sempre coerente delle forme di responsabilità nell'età del diritto comune. L'abitudine a partire dalla descrizione del fatto porta i giuristi a definire ambiguamente il *dolus* come *qualitas* (variante accidentale) del delitto o come « *essentia et substantia delicti* » a seconda del *casum* esaminato ⁽⁴⁸⁾, oppure a distinguere, come fa

⁽⁴⁶⁾ Un esempio paradigmatico di tale approccio si può vedere in I. MARSILI, *Practica criminalis Averolda nuncupata*, Venetiis, [al segno della Fontana,] 1564; ID., *Brassea. Commentaria super titulis ad ff. ad legem Corneliam de sicariis et ad legem Pompeam de parricidiis et ad legem Corneliam de falsis*, Venetiis, per Franciscum Garonum, 1526.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. sul punto M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 228-232.

⁽⁴⁸⁾ C. FULGONI, *Summa criminalis*, Venetiis, apud Ioannem Variseum, 1568, *Secunda particula*, rub. 24 *De privatis delictis*, § *primus*, nn. 6-7, f. 92r: « *dolus est qualitas quae delictum gravat, et tunc delictum dolo commissum maius esset quam si culpa committeretur, quia doli ac culpam nulla est comparatio. ff. solu. mati. l. si mora. (D.24.3.9) [...] Cum vero dolus esset essentia et substantia delicti, quia sine eo committi non potest tunc non est qualitas, quia est essentia et substantia ipsius delicti (ut patet) et per consequens haec delicta dolo non gravantur* ». La confusione terminologica e soprattutto concettuale tra qualità che intaccano la struttura sostanziale della fattispecie e qualità che sono invece solo eventuali e circostanziali, è evidente nell'utilizzo di quello che allo sguardo moderno appare l'ossimoro *circumstantiae de substantia* con cui alcuni giuristi cercano di elevare a dimensione ontologica del *factum* una caratteristica normalmente intesa come accidentale, cfr. per es. PIETRO d'ANCARANO, *Consilia sive iuris responsa*, Venetiis, apud Franciscum de Portonariis, 1574, *Cons. CCLIII*, n. 3, f. 134va: « *quando igitur circumstantiae et qualitates sunt de substantia non sufficit probare factum simpliciter sine tali qualitate* ». Anche BALDO, *In Quartum et Quintum Codicis libros Commentaria*, Venetiis, apud Lucam Antonium Iuntam, 1577, in C. 4.5.4, *l. ea quae per infitiationem, de conditione indebiti*, n. 12, f. 13ra, riconosce come ambiguità

Claro, tra delitti *in quibus dolus est de substantia* (ad es. il falso o lo spergiuro, nei quali ogni *causa iusta* o *iniusta* scusa perché fa venir meno l'*animus delinquendi*) e *in quibus dolus non est de substantia* (nei quali la *causa iniusta* scusa dal dolo ma non dalla colpa) ⁽⁴⁹⁾. La mancanza di categorie generali di colpevolezza trova conferma nell'assenza o irrilevanza analitica di definizioni delle fattispecie, o forse è meglio dire che ne è una concausa. Senza concetti chiari di dolo e colpa non sono neppure possibili definizioni giuridiche dei delitti, che iniziano a diffondersi quando invece, tra Cinque e Seicento, i criminalisti elaborano articolate *definitiones* attorno alle forme di *animus* del reo. Ma la capacità teoretica di sintesi definitive dei delitti basate su categorie di colpevolezza segna, di fatto, il declino della casuistica, mentre accompagna l'affermazione definitiva di un penale pubblico di tipo egemonico ⁽⁵⁰⁾.

semantiche confondono le categorie dogmatiche fino a sovrapporre entità distinte: il dolo, per esempio, è considerato una *substantialis qualitas* nel furto, perché « *furtum per dolum diffinitur* » e rientra negli elementi costitutivi tipizzanti, mentre nell'omicidio « *dolus non est substantialis qualitas, sed accidentalis* » poiché l'uccisione giusta o ingiusta non differenzia la *substantia* del reato ma solo l'*agnitio facti* (nello stesso senso cfr. anche ID., *In VII...XI Codicis libros Commentaria*, Venetiis, apud Lucam Antonium Iuntam, 1577, in C. 9.2.5, *l. non ideo minus, de accusationibus et inscriptionibus*, n. 10, f. 210vb, § *Adverte*). Sul punto mi permetto di rinviare a M. PIFFERI, *Accidentalia delicti e criteri di commisurazione della pena. Una lettura storica delle circostanze alla 'periferia' del codice*, in *Attualità e storia delle circostanze del reato. Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità*, a cura di R. Bartoli, M. Pifferi, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 1-18.

⁽⁴⁹⁾ G. CLARO, *Liber V Receptarum Sententiarum*, in ID., *Opera, quae quidem hactenus edita sunt, omnia*, Augustae Taurinorum, Eredi di Nicolo Bevilacqua, 1586, § *Finalis, Quae. 60, v. Et generaliter*, n. 22, p. 346.

⁽⁵⁰⁾ In questo senso cfr. X. ROUSSEAU, *From Case to Crime. Homicide Regulation in Medieval and Modern Europe*, in *Neue Wege strafrechtsgeschichtlicher Forschung*, H. Schlosser, D. Willoweit (hrsg.), Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 1999, pp. 143-166, che sottolinea come nel periodo tra il 1550 e il 1650 l'omicidio subisca importanti cambiamenti, sia nella realtà sociale che nell'immaginazione collettiva, e cambi la definizione che ne danno i giuristi, poiché « From then on, because of the concept of willful misrepresentation (*dolum*), the intent to harm was presumed, and it was up to the defense to prove self defense or the accidental nature of the violent act » (p. 154). Sull'imporsi del penale pubblico egemonico, cfr. X. ROUSSEAU, *Constructions et stratégies: le crime et la justice entre production politique et ressources communautaires. Quelques réflexions sur l'histoire du crime et de la justice en Europe médiévale et moderne*, in *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medio evo ed età moderna*, a cura di M. Bellabarba, G. Schwerhoff, A. Zorzi,

4. *Verso un nuovo ordine del discorso: la responsabilità nel sistema del diritto penale.*

Se le origini del moderno diritto penale possono essere viste nel dibattito dei secoli XVI e XVII sul preciso rapporto tra volontà e prevedibilità⁽⁵¹⁾, il motivo, a nostro avviso, va cercato nel passaggio dai casi ai principi, formula sintetica che esprime un cambio di paradigma, una trasformazione metodologica nello studio dei *criminalia* con cause ed implicazioni tanto culturali quanto politiche. Antonio Manuel Hespanha, riflettendo sul sistema discorsivo del codice penale, metteva a confronto il « modelo del orden del discurso » dei giuristi medievali e dei penalisti di fine Settecento: gli « antiguos » ricorrevano ad « un modelo legal-casuístico, orientado por la *ordo legalis* — la de la legislación particular de los reinos o la de las fuentes romano-canónica [...] — y que discurre gracias a los mecanismos casuísticos de la *quaestio*, de la *ampliatio* o de la *distinctio* »; i « modernos » invece utilizzano « un modelo axiomático » secondo il quale il discorso ben ordinato deve partire da una definizione « de las grandes categorías o *axiomas* » (come la definizione di delitto e di pena), « articularse mediante *taxonomías* » (classificazioni di delitti e pene, tipi di processo) e « discurrir por *deducción* »⁽⁵²⁾. Questa rivoluzione metodologica, che comporta il rinvio a diverse « *referencias y autoridades textuales* », altri « criterios de validación de las proposiciones » e anche un nuovo « *modelo de organización interna de las materias* », giunge a compimento con la codificazione penale ottocentesca, ed è solo a partire da essa che *per oppositionem* l'ordine della tradizione testuale medievale si converte in disordine e che « el discurso penal del derecho común tiende a hacerse, progresivamente, un texto confuso, desordenado y alejado

Bologna, il Mulino/Berlin, Duncker & Humblot, 2001, pp. 327-343; e, nello stesso volume, M. SBRICCOLI, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, pp. 345-364, ora anche in Id., *Storia del diritto penale*, cit., pp. 1223-1245.

⁽⁵¹⁾ ROSSI, *Ordinatio ad casum*, cit., pp. 277-278.

⁽⁵²⁾ A.M. HESPANHA, *Da "Iustitia" a "Disciplina". Textos poder e política penal no antigo Regime*, in « Anuario de historia del derecho español », 58 (1988), pp. 493-578, ed ora in Id., *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la edad moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 203-273, da cui la citazione a p. 244.

de la (nueva) práctica » (53). Il superamento della casistica penale è, dunque, il portato di trasformazioni profonde che caratterizzano nuove concezioni della giustizia criminale e del rapporto tra penale e potere.

In età medievale, anche — anzi soprattutto — in tema di responsabilità, la difficoltà di applicare principi teorici dipende dalla difficoltà che i poteri pubblici hanno nell'imporre modelli coercitivi di soluzione dei conflitti rispetto a pratiche consuetudinarie e negoziate molto più idonee a trovare, *nel* e *per* ogni singolo caso, una regola di giustizia (54). Mentre, infatti, il giudizio di responsabilità affidato al ragionamento casistico « dépend d'une raison *pratique* et sociale et suppose non pas un juge fonctionnaire, mais un juge homme qui ait constamment présentes l'erreur, l'ignorance, la faillibilité humaines », il criterio di imputazione moderno, che assume a proprio presupposto la volontà dell'individuo come causa morale e libera dell'illecito, è un « jugement imputatif-législatif » che pone sempre la valutazione morale di una condotta in relazione ad una norma, « l'imputation est la conséquence de la violation de la règle » (55). La pensabilità della colpevolezza come principio generale e la sua configurazione in forme tipiche di dolo o colpa si lega, dunque, al sistema penale a base normativa, in cui, cioè, la legge espressione di volontà del sovrano stabilisca confini e contenuti della rilevanza penale. I nessi che uniscono la colpa pensata *per casi* all'ordinamento pluralistico medievale e che collegano, invece, la responsabilità normativizzata a concezioni stataliste e monopoliste della *publica potestas* ci sembrano evidenti, come è naturale che ad un cambio di sistema politico corrisponda un diverso ordine del discorso (anche) sulla colpevolezza.

Restano, tuttavia, da indagare le cause e le fasi, scientifiche e politiche, che — per riprendere i nostri riferimenti — tra il XVI e il

(53) Ivi, pp. 245-248 (corsivi nell'originale).

(54) Cfr. C. GAUVARD, *De la difficulté d'appliquer les principes théoriques du droit pénal en France à la fin du Moyen Age*, in *Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts. Bestandsaufnahme eines europäischen Forschungsproblems*, D. Willoweit (hrsg.), Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 1999, pp. 91-113.

(55) A. GIULIANI, *Imputation et justification*, in « Archives de philosophie du droit », 22 (1977), *La responsabilité*, pp. 85-96 (cit. pp. 87, 96).

XVIII secolo portano ad abbandonare il modello di Raimondo e ad abbracciare quello di Filangieri. Non c'è spazio in questo contributo per un esame approfondito, ma è almeno possibile indicare qualche significativo momento del processo di trasformazione che prende avvio nel corso del Cinquecento. Un primo elemento di novità è rappresentato dall'istituzione di *lecturae criminalium* in molte università europee a partire da inizio secolo⁽⁵⁶⁾. L'autonomia didattica riflette la maturazione scientifica della materia, e manifesta un livello di approfondimento teorico e pratico del penale in grado di ridurlo a sistema per essere meglio insegnato, studiato, applicato. Le nuove cattedre, nondimeno, sono anche espressione delle scelte dei sovrani, che vedono nel sapere penalistico uno strumento culturale necessario a consolidare l'immagine pubblica della giustizia, a trasformare tecnicamente la trasgressione della norma in forma di controllo sociale⁽⁵⁷⁾. Un secondo fattore che molto ha contribuito all'abbandono della casistica è costituito dalla diffusione del metodo sistematico, grazie anche all'influenza dell'umanesimo giuridico. In questo senso, le pagine che Grossi dedica alla costruzione di « una vera e propria teoria generale del contratto » in Mantica e alla distinzione tra *substantia* e *natura* del *contractus in genere*⁽⁵⁸⁾ trovano un perfetto corrispettivo nei *generalia delictorum* deciani. Nel *Tractatus criminalis* del giurista udinese *dolus* e *culpa*, analiticamente definiti nel loro significato penalistico, assurgono ormai a elementi costitutivi di ogni delitto⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁶⁾ La prima a Bologna, nel 1509, affidata a Ippolito Marsili.

⁽⁵⁷⁾ Rinvio sul punto a M. PIFFERI, *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 65-74; una conferma delle *lecturae criminalium* come luogo in cui il docente insegna tanto il legame tra giustizia criminale e potere centrale, quanto la specificità della materia caratterizzata da una combinazione di « universalibus ac particularibus » appresa nelle aule dei tribunali, viene dalla ritrovata prolusione di Tiberio Deciani al corso patavino di criminale nel 1549, su cui si veda M. FAVARO, *Tre discorsi ritrovati del giurista udinese Tiberio Deciani (1509-1582)*, in « Studi Veneziani », LXVI (2012), pp. 204-212 e la trascrizione pp. 224-232.

⁽⁵⁸⁾ P. GROSSI, *Sulla natura del contratto (qualche nota sul 'mestiere' di storico del diritto, a proposito di un recente 'corso' di lezioni)*, in « Quaderni fiorentini », 15 (1986), specie p. 604 e ss.

⁽⁵⁹⁾ Senza ripetere quanto già ho cercato di ricostruire in altra sede, mi permetto su questo di rinviare a PIFFERI, *Generalia delictorum*, cit., *passim*.

Un terzo significativo apporto all'elaborazione di una teoria non casuistica della responsabilità è venuto dalla Seconda Scolastica. Il « discriminare dottrinalmente rigoroso » che separa « l'angolatura casistica » delle *summae* penitenziali dalle opere dei giuristi-teologi salmaticensi, espressione di « un terreno culturale sensibilmente diverso », era stato sottolineato da Grossi nel 1972 in occasione del primo incontro di studio organizzato dal Centro fiorentino da lui fondato ⁽⁶⁰⁾. Il saggio grossiano è dedicato al tema privatistico a lui carissimo della proprietà, ma le considerazioni sulle premesse teoriche e antropologiche della Seconda Scolastica risultano utilissime anche per la comprensione del modo in cui essa reinterpreta la responsabilità penale. Nei maestri spagnoli, scrive Grossi, « l'analisi individualistica e volontaristica della realtà sociale », influenzata dalle sistemazioni francescane e dalle scuole teologiche parigine, « si collocava alla perfezione », traducendosi in « un acuto soggettivismo che investiva in pieno le concezioni del diritto, deformandone la natura da misura obbiettiva del giusto a strumento potestativo della libertà del singolo » ⁽⁶¹⁾. Entro una visione in cui « il mondo si costruisce sul soggetto e si risolve nel soggetto » ⁽⁶²⁾, la premessa di ogni riflessione sulla proprietà negli scritti della Seconda Scolastica è il legame tra libertà e *dominium sui*, dal momento che « il libero arbitrio, costruito in chiave volontaristica per meglio garantire l'autonomia del soggetto, è il presupposto insopprimibile di ogni *dominium*, perché è esso stesso *dominium* » ⁽⁶³⁾. Riletta con riferimento al penale, è naturale che tale esaltazione del momento individualistico-volitivo in termini di libero arbitrio porti i maestri spagnoli a valorizzare l'essenziale elemento soggettivo del reato. Antonio Gomez, ad esempio, pone l'« animus, ut quis intendat delinquere » come uno dei tre caratteri fondamentali dell'illecito penale perseguibile nel foro esterno, assieme al « factum ut sequatur

⁽⁶⁰⁾ P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, in *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno. Incontro di studio, Firenze 16-19 ottobre 1972, Atti*, a cura di Id., Milano, Giuffrè, 1973, p. 119 testo e nt. 3.

⁽⁶¹⁾ Ivi, pp. 123, 124.

⁽⁶²⁾ Ivi, p. 131.

⁽⁶³⁾ Ivi, p. 135.

delictum » e al « delictum, ut per legem sit punibile » (64). Diego de Covarrubias y Leiva, dopo aver definito l'omicidio volontario « non solum cum occidens explicitè tendit ad occisionem, et occidere vult: sed et quoties eius voluntas tendit in eum actum, ex quo per se, ac immediate mors sequitur, non per accidens », avverte il lettore che ritiene necessario « longius repetere » sul tema della *voluntas et propositum* perché ancora molto controverso (65). Nelle pagine successive, il giurista toletano analizza in dettaglio le manifestazioni della volontà come elemento essenziale di ogni reato e di ogni peccato, poiché « malitia enim cuiusque actus pravi a voluntate procedit, quae praecipua est in omni peccato » (66), ed esclude ogni forma di imputabilità per eventi avvenuti *per accidens* a prescindere dal nesso causale con la condotta. Vi è poi un ulteriore elemento fondamentale nella riflessione della Seconda Scolastica che ha un impatto rilevante sulle teorie penalistiche. Il riferimento è al concetto volontaristico di legge come espressione della « volonté positive du législateur »: « Le droit — scrive Villey a proposito del pensiero di Suarez — c'est le texte de la loi » (67). La legge penale diviene, nella seconda metà del Cinquecento, oggetto di particolare attenzione (68) da parte dei giuristi, anche in conseguenza di inter-

(64) A. GOMEZ, *Variarum Resolutionum Iuris Civilis, Communis et Regii Commentaria*, t. III, *de Delictis*, Neapoli, Ex typographia Felicis Mosca, 1718, c. 3 *De Homicidio*, § 30, p. 81.

(65) D. COVARRUBIAS Y LEIVA, *In Clementis Quinti Constitutionem: Si furiosus, rubrica de homicidio, Relectio*, in ID., *Opera omnia*, Genevae, Sumptibus Samuelis de Tourne, 1679, t. I., *De delictis et conatibus*, n. 1, p. 714.

(66) Ivi, n. 2, p. 714: « maleficia, crimina et delicta voluntate distingui in hunc quidem sensum: ut voluntarium constituat delictum: involuntarium autem ab eo excuset, et liberet: cum propter involuntarium malitia cesset: ea vero ex voluntate procedat ». Sul punto cfr. H. MAIHOLD, *Strafe für fremde Schuld? Die Systematisierung des Strafbegriffs in der Spanischen Spätscholastik und Naturrechtslehre*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2005, pp. 211-213.

(67) M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2003, p. 365; cfr. anche ID., *La promotion de la loi et du droit subjectif dans la Seconde Scolastique*, in *La Seconda Scolastica*, cit., pp. 53-71.

(68) Si pensi ad ALFONSO DE CASTRO, *De potestate legis poenalis, Libri duo*, Antuerpiae, In aedibus Viduae et Haeredum Ioan. Stelsii, 1568, e al capitolo deciano (Libro II, c. V) *De Lege, et potentia eius circa delicta*, su cui rinvio a PIFFERI, *Generalia delictorum*, rispettivamente pp. 312-316 e 266-284; cfr. anche M. SBIRICOLI, *Lex delictum*

venti normativi sempre più incisivi e (almeno nelle intenzioni) centralizzatori dei sovrani.

Il 'diritto come legge' e l'autonomia dell'individuo tematizzati dalla Seconda Scolastica intersecano l'emersione di una nuova concezione di responsabilità penale opposta a quella costruita attraverso la casistica medievale, ed ormai molto più vicina a quella illuministica. Il nuovo ordine del discorso si muove lungo due direttrici, quella dogmatica e quella politica. Quanto alla prima, le ipotesi di colpevolezza che in età medievale erano descritte come circostanze o qualità soggettive del reo in riferimento a *casi* particolari, sono ora sintetizzate in *principia* che regolano la capacità a delinquere: regole generali che la dottrina colloca come architrave di un sistema che definisce gli elementi generali sulla natura e l'indole del delitto, anticamera della futura parte generale di diritto penale ⁽⁶⁹⁾. La direttrice politica è segnata, invece, da una visione antropologica individualista che edifica il modello socio-economico sull'autonomia e la libertà del soggetto. A tale visione corrisponde quella che è stata definita la « capacity-based responsibility » ⁽⁷⁰⁾. L'impatto del liberalismo sul diritto penale di fine Settecento e dell'Ottocento favorisce un esame minuzioso delle forme di intenzionalità come manifestazioni della scelta libera e consapevole di violare la legge. In un modello sociale incentrato sulla libertà delle decisioni prese da

facit. Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico, in *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero giuridico moderno*, a cura di M. Cavina, Udine, Forum, 2004, pp. 91-119, ed ora in *Id.*, *Storia del diritto penale*, pp. 225-260.

⁽⁶⁹⁾ Si veda, ad es., la sintesi settecentesca di J.S.F. VON BÖHMER, *Elementa Iurisprudentiae Criminalis*, Editio tertia, Halae et Bernburgi, ex officina Fritschiana, 1743, Sect. I, c. II *De natura et indole delictorum*, § XL, p. 25, che riepiloga ed ordina in modo chiaro il materiale precedente: solo le azioni *spontaneae* sono oggetto delle leggi criminali e la « spontaneitas vero sine dolo vel culpa concipi nequeat ». *L'animum delinquendi* — precisa il giurista tedesco — può essere *directus* o *indirectus*: « quumque dolus propositum *nocendi* in genere denotet, l. 1. § 2 *de dol.* apertissime constat, 1) non tantum illum *vere* delinquere, qui delictum subsecutum antea intendit, verum 2) qui cum a) *animo laedendi b)* tale factum *illicitum* suscepit, ex quo alteri c) *ordinarie* solet laesio, licet voluntate *directa* non suscepta, inferri » (ivi, § XLIII, p. 27).

⁽⁷⁰⁾ N. LACEY, *In Search of Criminal Responsibility. Ideas, Interests, and Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 2016; *Id.*, *Responsibility and Modernity in Criminal Law*, in « The Journal of Political Philosophy », 9 (2001), 3, pp. 249-276.

individui considerati come uguali e razionali, la nozione di responsabilità penale viene ad assumere il significato opposto di una volizione deviante che merita di essere criminalizzata e che giustifica il potere pubblico di punire ⁽⁷¹⁾. Nei codici penali quelle due direttrici si congiungono in modo compiuto, portando alla definitiva normativizzazione delle regole sulla colpevolezza e l'imputabilità.

Con l'età moderna, avviata dalle novità cinquecentesche, per la casistica ormai non c'è più spazio, o almeno così sembra. Certo, come osservava Grossi, vi è una enorme distanza tra le *summe confessorum* medievali e le somme post-tridentine, che « costituiscono ormai soltanto l'incancrenirsi di una letteratura esclusivamente moralistica, rappresentando un modesto momento, non certo felice, nella storia della teologia morale e della pastorale cattoliche » ⁽⁷²⁾. Come la casuistica morale del XVI secolo, ridicolizzata da Pascal nelle sue *Lettere provinciali*, appare quasi una degenerazione di quella diffusasi a partire dal Duecento, così lo stile casistico del tardo bartolismo sembra ormai la stanca riproposizione di un metodo divenuto sterile. Nella crisi che colpisce la casistica, l'improduttività sistematica e concettuale di tale metodo è associata al disvalore politico che genera lasciando ai giudici imponderabili margini di discrezionalità. L'elaborazione di regole generali che possano poi condurre ad una rigorosa applicazione deduttiva da parte dei magistrati rappresenta un momento conflittuale che caratterizza le origini del diritto penale moderno, « segnate da un'intensa rielaborazione concettuale ispirata a principi di natura politica e filosofica alla cui stregua vengono scardinati e sconvolti gli assetti punitivi dell'*ancien régime* » ⁽⁷³⁾.

⁽⁷¹⁾ Cfr. L. FARMER, *Making the Modern Criminal Law. Criminalization and Civil Order*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 163-203; P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico. I. Da Hobbes a Bentham*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 357 e ss.

⁽⁷²⁾ GROSSI, *Somme penitenziali*, cit., p. 117.

⁽⁷³⁾ T. PADOVANI, *Ideologia ed effettività nei principi di diritto penale*, in « *Diritto Romano Attuale* », 10 (2003), p. 61.