

## Mario Sbriccoli

### "*Vidi communiter observari*". *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII* \*

[A stampa in "Quaderni fiorentini", XXVII (1998), pp. 231-268 © dell'autore - Distribuito in formato digitale da "Reti Medievali"]

#### 1. *I prodromi dottrinali del diritto penale pubblico.*

Nelle città comunali del basso medio evo italiano il penale conosce una precoce 'pubblicizzazione'<sup>1</sup> che mostra i suoi primi segni - nella pratica, e non solo nell'elaborazione teorica dei giuristi<sup>2</sup> - verso la metà del secolo XIII. Dicendo 'pubblicizzazione', intendo riferirmi all'ingresso (attivo) del soggetto pubblico nella dinamica sostanzialmente 'privatistica' che caratterizzava in quella fase - e avrebbe continuato a condizionare per molto tempo ancora - le pratiche di giustizia penale all'interno delle città. L'azione penale ed il processo che ne consegue, assunti qui come spie della 'natura' dell'ordinamento punitivo, vedono l'apparizione di un attore ulteriore rispetto ai due

---

\* Questo scritto nasce da qualche riflessione svolta nel corso di un Seminario dedicato ad alcuni profili del rapporto tra diritto comune e poteri politici, tenutosi a Barcellona nel maggio del 1997, per iniziativa di Aquilino Iglesia Ferreirós. Il problema che esso affronta è di grande rilievo per la storia del diritto penale, sull'intera scala europea, ma le fonti sulle quali riposa il mio ragionamento sono ben circoscritte, e principalmente riferibili alla Perugia della seconda metà del duecento, come mostrerò tra breve. In più, sono fonti sulle quali si è già tante volte riflettuto - anche se non abbastanza dal punto di vista che ho scelto io - da parte degli autori che le hanno portate alla luce, pubblicate e collocate nel contesto della scienza giuridica, della legislazione e dell'attività giudiziaria, e non soltanto per quel torno di tempo e in relazione a quell'area. Ciò dicendo voglio indicare i limiti (in tutti i sensi del termine) di questo piccolo contributo: le riflessioni che vi svolgo potrebbero essere utilmente approfondite, ampliate e verificate su altre aree, oltre che ulteriormente comprovate con altra dottrina, altra legislazione, altri esempi processuali. Tutte cose che sto cercando di fare dentro un lavoro di respiro più grande: spero di farne conoscere presto i risultati.

Aggiungo che in esso ho voluto mantenere lo stile discorsivo dell'intervento da cui nasce, per sottolineare le sue intenzioni interlocutorie e per conservare il carattere problematico ed aperto delle indicazioni che contiene.

<sup>1</sup> Precoce rispetto alle omologhe esperienze del resto dell'Europa (penso in particolare alle aree francese e tedesca), dove processi similari prendono piede a partire almeno da un secolo dopo. Un produttivo Convegno dedicato alla *Emergence of Public Criminal Law*, tenuto a Würzburg nella primavera del 1995, per iniziativa dell'Institut für deutsche und bayerische Rechtsgeschichte, e per l'ideazione e l'impulso di Dietmar Willoweit, ha mostrato come l'esperienza cittadina (Italia e Fiandre) ha reso precoce lo sviluppo di un processo ad iniziativa ed a conduzione d'autorità e d'ufficio. Rischioso, ma plausibile, dire 'azione pubblica', sbagliato pensare a momenti di avvio di una qualsiasi *State Law*. Sulla dimensione europea del fenomeno e sulle sue possibili scansioni cronologiche e strutturali, si può vedere la sintesi di X.ROUSSEAU, *Initiative particulière et poursuite d'office: l'action pénale en Europe (XIIe-XVIIIe siècles)*, in *Bulletin de l'International Association for the History of Crime and Criminal Justice*, 18, 1993, pp.58-92. Per l'esperienza delle città fiamminghe, avviata già nel corso del XII secolo, su presupposti risalenti all'organizzazione carolingia (*Placita generalia*, nel corso dei quali un ufficiale procede all'*inquisitio* sui *crimina publica*), va fatto riferimento a R.VAN CAENEGEM, *Geschiedenis van het strafprocesrecht in Vlaanderen van de XIde tot de XIVde eeuw*, Brussel, 1956.

<sup>2</sup> Tra le fonti dottrinali assumo principalmente il *Tractatus de maleficiis* di Alberto da Gandino, scritto, come è noto mentre Alberto era giudice a Perugia tra il 1286 e il 1287, e poi rivisto, corretto e completato a Siena (1299) e di nuovo a Perugia (1300). Il *Tractatus* è stato pubblicato da H.KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, vol. II, *Die Theorie. Kritische Ausgabe des Tractatus de maleficiis nebst textkritischer Einleitung*, Berlin u. Leipzig, 1926 [Avverto che le tre lunghe citazioni che ne farò nel testo non riproducono esattamente la sequenza gandiniana, ma sono il risultato di una più serrata messa in successione delle opinioni da lui distesamente espresse su quei particolari punti]. Quanto alla pratica, farò principale riferimento a due casi giudiziari recentemente portati alla luce: a) quello di Maffucio Benvegnati (1258) pubblicato e discusso da M.VALLERANI, *Il sistema giudiziario del Comune di Perugia. Conflitti, reati e processi nella seconda metà del XIII secolo*, Perugia, 1991, p.89 ss. b) quello di Giacomuccio Dati (1287) pubblicato da O.MARINELLI MARCACCI, *Liber inquisitionum del Capitano del Popolo di Perugia* (a.1287), in «Annali della Facoltà di Lettere e Filosofia dell'Università degli Studi di Perugia», 1975, pp.34-44, e acutamente discusso da S.CAPRIOLI, *Evoluzione storica della funzione d'accusa (ovvero: Il caso Giacomuccio e poche note introduttive)*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Atti del Convegno (Perugia 20-21 aprile 1990), a cura di A.Gaito, Napoli, 1991, pp.33-49.

tradizionali (la vittima, o il suo *entourage*<sup>3</sup> da un lato / l'autore, con il suo, dall'altro), il quale assume una parte che apparirà sempre più rilevante. Una parte, sottolineo, di attore importante ma non unico: un protagonista di peso, ma non sempre preponderante, che deve guadagnarsi il suo ruolo. Aggiungo che questo processo di pubblicizzazione ha solo limitatamente a che fare con quello che possiamo indicare, per convenzione, come *l'avvento (progressivo) dell'inquisitorio*<sup>4</sup>. In ogni caso, si tratta di una componente che trova il modo di rendersi compatibile con la struttura accusatoria dell'azione; ed anche là dove impone la possibilità (o il dovere - *l'officium* - per il giudice) di procedere per un crimine prescindendo dalla volontà o dall'assenso della vittima, non esce, se non potenzialmente, o soltanto in parte, dalla logica dell'*accusatio*.

Del resto, anticipando una classificazione 'possibile', sulla quale tornerò, mi pare di dover dire che quelli che noi percepiamo, o tendiamo a *vedere*, come due modelli processuali distinti - l'accusatorio, l'inquisitorio - non appaiono tuttavia come *modus procedendi* perfettamente sceverati. Si tratta di maniere processuali diversificate sotto tre distinti profili, tali tuttavia da poter essere reintrecciate tra loro nell'effettivo svolgimento del processo.

Il primo di quei tre profili è quello tradizionalmente individuato come primariamente distintivo, e sta nella qualificazione dell'azione: a) *accusatio*, mossa dalla vittima, che darà forma ad un processo accusatorio; b) *cognitio iudicis*, avviata d'ufficio e portata avanti *per inquisitionem*. Si tratta di una distinzione capace di darci criteri e parametri che aiutano a capire, ma da essa nascono inevitabilmente due *Idealtypen* ai quali non è agevole far corrispondere i processi com'erano.

Il secondo riguarda la rispettiva indicazione delle due forme processuali. Da un lato, il procedimento accusatorio 'puro' (quello formalizzato, che lascia interdetto lo storico non familiarizzato con il metodo delle *positiones*), destinato alle violenze minori<sup>5</sup>, sembra ordinato a risolvere (o a differire) conflitti che, avendo ad oggetto un circoscritto interesse, sono adeguati ad un tipo processuale penale modellato su quello stesso *ordo* che era stato pensato per le liti civili<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Per comodità, designerò come *vittima* e come *autore* le due parti in causa, senza tenere conto del fatto che la vittima, nel caso dell'omicidio, non è evidentemente in grado di agire in nessun senso e modo. Il termine si riferirà allora agli aventi causa, ai parenti, agli amici, o ai partigiani del morto: *l'entourage*, come dicevo sopra.

<sup>4</sup> Gli studi di cui disponiamo ci dicono che l'inquisitorio - il quale prima che un tipo processuale, è un modo di raccogliere prove - si insinua nel processo penale a partire grosso modo dal XIII secolo, vi si installa considerevolmente alla fine di quel secolo, e poi guadagna progressivamente terreno fino a determinare una forma processuale autonoma e compiuta che dominerà la scena - senza mai, tuttavia, occuparla in modo esclusivo - dal tardo cinquecento in poi.

<sup>5</sup> Come documentato di recente da M.VALLERANI, *I processi accusatori a Bologna fra due e trecento*, in *Società e storia*, n.78, 1997, spc p.756 ss., con riguardo a Bologna, tra 1280 e 1330, le accuse all'origine di processi svolti col metodo delle *positiones*, vertono costantemente su alcuni limitati comportamenti che sembrano consistere, per intenderci, in aggressioni (*insulta*) con o senza effusione di sangue (queste ultime prive a volte di natura fisica), furti (che abbracciano le possibili fattispecie di illecita appropriazione di cose), e forme disparate (ma anche incerte) di attentato alla proprietà immobiliare, configurabili come usurpazioni, invasioni, turbative violente del possesso, danneggiamenti. Dalla ricostruzione di Vallerani appare inoltre che spesso il profilo penalistico dell'*iniuria* oggetto di accusa viene messo in ombra dalle ragioni ad essa sottostanti, non sempre inerenti all'episodio che viene denunciato. Talora l'apparenza penale è sovrastata da un fine puramente rivendicativo di cose o di diritti, talaltra artificiosamente prodotta dalla logica di risalenti contrasti tra individui o clan familiari. Il senso che emerge dalla puntuale ricerca di Vallerani, mi dice che il procedimento *per accusationem*, prevalentemente orientato su profili di danno, costretto dai suoi lacci 'privatistici' a svolgere una funzione penale secondaria, snervato dalla frequente pretestuosità del suo impiego, appare segnato - al di là dei numeri che ce lo mostrano praticato - da visibili tratti di accessorietà, già nello scorcio del XIII secolo.

<sup>6</sup> L'autorità pubblica si limita a fornire il quadrato, le regole, l'arbitro, e promette l'esecutività del risultato. Peraltro, in un meccanismo processuale che era stato pensato prima di tutto per le vertenze civili, il danno che nasce da reato (dalla *vis*, o dall'*iniquitas*) finisce per fare aggio sul reato stesso: si chiede risarcimento prima che pena. Con ciò, il comportamento lesivo viene assorbito nel formato civilistico, allo stesso modo in cui il procedimento *mere criminalis* tenderà ad assegnare formato penale ad ogni specie di violazione, fosse pure quella improduttiva di danno che consiste nella semplice disobbedienza. Così stando le cose è difficile dire se la giustizia comunale si presenti effettivamente come 'reattiva', quando la forma processuale presa in considerazione è quella dell'*ordo* fondato sulle *solemnitates*, sulle carte, e strutturato per *positiones* (M.VALLERANI, *I processi accusatori*, cit., p.752).

Dall'altro, il procedimento che si vale del giudice promotore, fiancheggiatore o suscitatore, si afferma progressivamente come il processo dell'alto e medio criminale e, insieme, come *instrumentum iurisdictionis*, oltre che come mezzo per dirimere conflitti che abbiano ad oggetto, accanto all'utilità del privato, anche una qualche rilevante forma di *interesse civitatis*.

Il terzo, *totus iuridicus*, se posso esprimermi così, sta nella dialettica tra il modello romanistico, autorevole e stratificato, gelosamente custodito da *notarii* e *curiales* che bene sanno praticarlo, ed il modello costruito passo dopo passo dagli *iudices Potestatum*, che si muovono tra pratica e testi, riuscendo a mettere lo schema processuale romano (in sostanza quello dello *iudicium publicum* classico), contro *regulae*, *rationes* e principi, anch'essi presenti nel *Corpus iuris*, fino ad arrivare ad un *genere terzo* che sa di diritto romano ma altro non è che il processo nuovo, necessario alle città nella cruciale fase di maturazione a cavallo tra XIII e XIV secolo. L'esperienza affida alla scienza la propria edificazione, così che un nuovo schema ordinante, convalidato dall'autorità delle fonti e reso effettivo dalla rispondenza agli scopi, fonda un diverso processo che si affina col tempo, adattando insieme continuità ed innovazione, secondo la logica dell'*interpretatio* medievale<sup>7</sup>.

Già a partire dal dodicesimo secolo la dottrina aveva avviato l'elaborazione delle pre-condizioni teoriche della svolta duecentesca<sup>8</sup>, sviluppando premesse che erano presenti nel diritto romano, ed in particolare nella disciplina dei *pacta de crimine*, che è dato rilevare in C.2.4.18<sup>9</sup>, ed in altri luoghi del Codex<sup>10</sup>. La questione si era incentrata intorno al valore che avrebbe dovuto avere per i terzi, giudice compreso, la transazione intervenuta tra la vittima e l'autore. Si ragionava, cioè, sulla possibilità che un altro offeso potesse pretendere di trattare anche lui con l'offensore dopo che questi aveva ottenuto la *pax* dalla prima vittima. E' in questa dimensione, credo, che va considerato l'ingresso dell'attore pubblico nella dinamica della transazione in materia penale, con le conseguenze che tale ingresso ebbe nella trasformazione progressiva dello strumento penale in direzione della sua pubblicizzazione, e nell'evoluzione della *pax* verso l'identificazione della 'pax publica, seu civitatis' come fine primario, e condizione di legittimità, delle *paces* stipulate dai privati. L'attore pubblico si inserisce in un rito che è ancora privatamente introdotto, perché l'offesa è ancora sostanzialmente avvertita come la fonte di un danno che dà poteri di rivalsa, o diritto di ritorsione, in primo luogo, se non soltanto, a chi lo subisce. In termini processuali, il principio secondo cui "l'impulso spettava a colui cui pure spettava la sanzione"<sup>11</sup>, impone all'attore pubblico di trovare una convincente giustificazione per la sua intromissione in quella dinamica: egli deve individuare un profilo di danno che lo legittimi, ma muovere anche verso una forma rituale che gli consenta di chiudere il processo *con la pena*, cosa che non si adatta al formato giuridico della transazione. Il nodo della questione è tutto in questo tornante che ha, come sappiamo, una motivazione politica molto forte, fatta di preoccupazione per l'efficacia della legge e per la credibilità del potere politico, di interesse per la *concordia civium* e di timori per l'ordine pubblico. Non a caso questa è una di quelle questioni che venne decisa dalla prassi, sulla spinta di

---

<sup>7</sup> Uso categorie concettuali e parole che si possono leggere in P.GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995, spc p. 151 ss.

<sup>8</sup> Alcuni degli elementi salienti di quella riflessione dottrinale sono stati rilevati e analizzati da A.PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata nel pensiero dei legisti bolognesi*, in «Studia Gratiana», XX, 1976, [*Mélanges Fransen*], II, pp.269-288; lo stesso autore, con lo scritto *Delitto e pace privata nel diritto lombardo: prime note*, in «Diritto comune e diritti locali nella storia d'Europa», Atti del Convegno di Varenna (12-15 giugno 1979), Milano, 1980, pp.557-578, ha poi riaffrontato la stessa questione nella legislazione statutaria di area lombarda tra XIII e XIV secolo, spingendo la sua verifica fino alle Nuove Costituzioni del 1541. Una letteratura più ampia viene ricordata nella sintesi che di queste vicende dottrinali ha realizzato E.DEZZA, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, I., Milano, 1989, p. 3 ss.

<sup>9</sup> "Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est. In aliis autem publicis criminibus, quae sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem"

<sup>10</sup> Appunti in A.PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata nel pensiero dei legisti*, cit., pp.275-76.

<sup>11</sup> S.CAPRIOLI, *Evoluzione storica della funzione d'accusa*, cit., p.41, in relazione allo Statuto perugino del 1279. Ma il principio può essere considerato generale, in quella fase.

esigenze pratiche e di necessità politiche, e soltanto in seguito fu, per così dire, razionalizzata dalla dottrina.

Si può infatti dire che la discussione che i giuristi condussero nel corso del XII ed all'inizio del XIII secolo, ricostruita con precisione da Padoa Schioppa<sup>12</sup>, valutata nel suo insieme, non offre una chiave interpretativa certa in ordine alla direzione dell'evoluzione dottrinale. Guglielmo da Cabriano e Pillio da Medicina, Azzone e poi Accursio, Alberto Galeotti, Odofredo, Guido da Suzzara, si attestano sull'una o sull'altra posizione (affermando o negando che la transazione chiuda la questione rispetto ai terzi o inibisca il ruolo del giudice) in forza di ragionamenti che si ispirano di volta in volta a principi equitativi, a profili di ragionevolezza, oppure alla logica o alla finalizzazione dell'istituto. Non sembra che la questione principale - quella che avrebbe condotto alla pubblicizzazione del penale attraverso una sostanziale fungibilità dell'azione privata con quella pubblica, accompagnata da una progressiva riduzione della transazione penale all'ambito del risarcimento del danno - sia adeguatamente presente nella loro discussione. E' forse nelle impostazioni di Jacopo d'Arena e della scuola di Orléans<sup>13</sup> che si possono cogliere impliciti che lasciano pensare ad una coscienza iniziale del problema di fondo. Anche se bisogna dire che in Jacques de Revigny ed in Pierre de Belleperche la prospettiva di una corretta interpretazione romanistica dei testi, pur svolta alla luce di un qualche privilegiamento della *ratio iuris publici*, fa aggio su altre possibili sollecitazioni: in particolare, non c'è da aspettarsi da essi preoccupazioni dettate dalla realtà politica delle città, quale si stava manifestando in Italia in quella seconda metà del XIII secolo.

Tra i primi che sembrano indicare in un criterio di interesse pubblico la necessità di dare al giudice penale lo spazio necessario all'imposizione della pena, al di là dell'accordo intervenuto tra colpevole e vittima, troviamo Martino Sillimani ("Quia publica utilitas hoc requirit") e Dino del Mugello ("publice utile est ne maleficia remaneant impunita")<sup>14</sup>. L'argomento tratto da D.9.2.51.2<sup>15</sup>, o da C.9.47.14<sup>16</sup>, risuonerà molto spesso nel ragionamento dei giuristi, segnando uno dei criteri politici preminenti<sup>17</sup> del processo di pubblicizzazione del penale.

## 2. Le ragioni tecniche e politiche delle nuove 'consuetudines'.

La frammentaria e per certi versi timida progressione dottrinale verrà sopravanzata, ed in qualche modo vanificata, dalle necessità della pratica. Il sistema a 'giustizia comunitaria' esige una forma processuale più penetrante, e mezzi che consentano di esprimere a pieno l'insopprimibile dialettica tra poteri pubblici e interessi (e poteri) privati. E' così che, di fatto, e con progressione che nella seconda metà del XIII secolo copre tutta l'area dell'esperienza comunale, i governi podestarili instaurano prassi innovative, contrarie allo *ius civile*, ma immediatamente legittimate *per interpretationem* e convalidate dall'effettività.

La testimonianza è offerta da Alberto da Gandino, in quello che è probabilmente il passo più famoso e citato di tutta la storia del processo penale di diritto comune, a dimostrazione del grandissimo interesse che suscita negli storici del diritto ogni allusione che il giurista fa alla sua esperienza, a ciò che avveniva intorno a lui, ai fatti com'erano: interesse degli storici, verrebbe da

<sup>12</sup> A.PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata nel pensiero dei legisti*, cit., p.277 ss.

<sup>13</sup> A.PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata nel pensiero dei legisti*, cit., p.284 ss. In una relazione tenuta nel Colloquium di Würzburg ricordato sopra, A.GOURON, *The Emergence of Public Criminal Law as a Science in Twelfth-Century France*, ha documentato le tracce dottrinali che precedono in area francese le opere di Revigny e Belleperche: con la nota maestria ha dato conto di testi e di ipotesi attributive, tenendo però in ombra la loro contestualizzazione politica.

<sup>14</sup> Cfr. G. D'AMELIO, *Indagini sulla transazione nella dottrina intermedia, con un'appendice sulla scuola di Napoli*, Milano, 1972, pp.100-101.

<sup>15</sup> "...cum neque impunita maleficia esse oporteat"

<sup>16</sup> "...ne ad maleficia temere quisquam prosiliat"

<sup>17</sup> Sul valore della *publica utilitas* come primario argomento pragmatico chi volesse potrebbe vedere M.SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, 1969, p.445 ss., ed anche ID., *Legislation, Justice and Political Power in Italian Cities, 1200-1400*, in A.PADOA SCHIOPPA (ed.), *Legislation and Justice*, Oxford, 1997, pp.44-46.

dire, per chiunque li aiuti a guardare nella storia. Scrive dunque Alberto, probabilmente nella sua fase perugina (1286-87), che

hodie de iure civili iudices Potestatum de quolibet maleficio cognoscunt per inquisitionem ex officio suo [...] Et ita servant iudices de consuetudine, ut notat Dominus Guido, et ut vidi communiter observari, quamvis sit contra ius civile<sup>18</sup>.

*Ut vidi communiter observari*, dunque, e secondo la riflessione che su questa stessa affermata *consuetudo* aveva già fatto Guido da Suzzara<sup>19</sup>. La figura dell'accusatore *ex officio*<sup>20</sup>, che ha poi anche il potere di *inquirere generaliter aut specialiter*<sup>21</sup>, si distende su *quodlibet maleficium* e finisce per imporsi stabilmente. Questa pratica (che costituisce in buona sostanza, prima ancora che una compiuta forma processuale, un'efficace maniera di acquisire le prove attraverso il penetrante uso di poteri pubblici) si affermava nei fatti, *de consuetudine*, procurandosi spazi in un *ordo iustitiae* che essa stessa rimaneggiava, motivandosi *per argumenta*: non in ottemperanza allo *ius* ed ai suoi dettati, ma appoggiandosi in funzione puramente giustificativa a principi e valori desumibili da massime qua e là presenti tra Digesto e Codice.

Una pratica nata dalla forza delle cose, convalidata *per stilum*, dilatata dalla logica del precedente, legittimata *rethorice*, e spesso fatta slittare tra le regole statutarie che le conferiscono un conclusivo formato normativo.

I due più verosimili punti di avvio dell'affiorante nuova *communis observantia* sembrano stare, da un lato, nella torsione a cui la forza delle cose sottopone l'istituto dell'accusa privata; dall'altro, nella maturazione istituzionale del conflitto politico in atto nelle città, e nelle necessità strategiche che finivano per orientarlo.

L'accusa privata sembra mostrare un andamento dal quale può dedursi che essa costituisse talora un mezzo per costringere il colpevole ad accettare una transazione<sup>22</sup>. E' probabilmente questo il

---

<sup>18</sup> ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *Quomodo de maleficiis cognoscatur per inquisitionem*, ed. H.KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, p.39. Del *Tractatus* di Alberto da Gandino ripeto quel che molte volte si è detto, e che sta scritto nel Proemio dell'opera: avviato all'origine come un *Libellus* (opera indirizzata alla prassi forense), si presenta in sostanza come la riproposizione di una serie di *quaestiones* discusse principalmente da Odofredo e da Guido da Suzzara, che era stato suo maestro, integrate da brani tratti dall'opera di Guglielmo Durante, Jacopo d'Arena o Dino del Mugello e inframmezzate di numerose altre questioni provenienti da giuristi impregnati di "usus cottidianus", divisi tra cattedra e foro, come Lambertino Ramponi o Riccardo Malombra, Tommaso di Piperata, Francesco d'Accursio, Federico delle Scale. Un'opera pensata per la pratica, che dà conto della pratica, risultando perciò particolarmente rivelatrice. Ne forniscono, allo stato delle conoscenze, le coordinate testuali e storiografiche, E.DEZZA, *Accusa e inquisizione*, cit., p.11 ss. e D.QUAGLIONI, voce *Gandino Alberto*, di imminente pubblicazione nel *Dizionario Biografico degli Italiani*, che grazie alla cortesia del suo autore ho qui dattiloscritto.

<sup>19</sup> Se il rinvio concerne effettivamente Guido da Suzzara, e non l'assai meno probabile Guglielmo Durante, l'allusione è, secondo Kantorowicz, alle *Supleciones* a C.4.2, pr. e C.9.42.2 (sulle *Supleciones* di Guido, che furono in sostanza corsi tenuti in forma di *Quaestiones*, si veda F.MARTINO, *Ricerche sull'opera di Guido da Suzzara. Le 'Supleciones'*, Catania, 1981).

<sup>20</sup> L'accusa *ex officio*, distinta da quella *privata*, dà luogo ad un tipo di azione che appare più ampia di quella che individuiamo come *azione pubblica*. Quest'ultima sembra doversi riferire a forme di potere strutturate, *quae sapiunt reipublicae*, mentre l'azione di ufficio può competere anche a poteri che non sono a rigore pubblici, come quelli corporativi, signoriali o ecclesiastici (cfr. X.ROUSSEAU, *Initiative particulière et poursuite d'office*, cit., p. 59).

<sup>21</sup> Potere descritto nei suoi contenuti e nei suoi limiti da Alberto da Gandino nel luogo citato qui sopra del *Tractatus de maleficiis*.

<sup>22</sup> Questa ipotesi è stata formulata da tempo, anche da chi scrive, per la sua forte verosimiglianza, poi variamente documentata, infine pacificamente dimostrata. E' quanto insegna da ultimo il caso del processo per l'uccisione di Maffuccio Benvegnati (Perugia, 1258), documentato in M.VALLERANI, *Il sistema giudiziario del Comune di Perugia*, cit., p. 89 ss. Probabilmente è anche in questa prospettiva che bisogna valutare la presenza delle infinite *solemnitates*, garanzie, fideiussioni, depositi cautelari, *iurairanda de calumnia*, testi e termini, che punteggiavano l'ordinario rito processuale, forse messi anche a scongiurare un uso strumentale, o francamente ostile, dello strumento giudiziario: che non divenisse, per così dire, la prosecuzione delle *colluctationes civium* con altri mezzi. Sulla dialettica tra composizione e vendetta, e sulla loro integrazione nel sistema di giustizia comunale, ha fatto opportune osservazioni A.ZORZI, «*Ius era in armis*». *Faide e conflitti tra pratiche sociali e pratiche di governo*, in: *Origini dello Stato*.

motivo di tanti processi che iniziano con un'*accusatio* per poi perdersi, restando sospesi nelle carte, senza che se ne possa conoscere l'esito. Quando poi l'autore fosse sconosciuto, come dirò ancora più avanti, non c'è da aspettarsi accusa di sorta, perché in quel contesto processuale, e nella logica (romanistica) dell'*accusatio*, un'azione contro ignoti appare del tutto inconsequente. Se poi capita che qualcuno denunci un fatto criminoso di cui è stato vittima, dicendo di non avere sospetti - ma in realtà tacendo quel che sa - la ragione andrà probabilmente cercata nell'intenzione di dare un avvertimento, senza sopportare spese e correre rischi. Questo perché la via penale, per il privato, è oltretutto costosa (bisogna anticipare spese, pagare avvocati e mallevadori, persuadere testimoni, ottenere fideiussioni<sup>23</sup>) e sembra non poter essere (utilmente) praticata che tra soggetti di rango paritario, o prossimo: non contro *inopes* dai quali non si può sperare di recuperare nulla, ma nemmeno contro *potentiores*, dei quali sarebbe difficile venire a capo, perché la partita è lunga, rischiosa e costosa, ed in essa sembrano contare molto di più le risorse che non le ragioni: risorse economiche ma anche sociali, gente a disposizione, *entourages* numerosi e solleciti, un alto grado di integrazione nella comunità cittadina. Perché è certo che il penale ad azione privata<sup>24</sup> finisce inevitabilmente per essere padroneggiato dal criterio 'economico' (la logica delle convenienze, non solo materiali, ovviamente) che fa dell'azione il risultato di un calcolo. E il calcolo mette al primo posto - nel conto del dare e dell'avere, del negoziare o dell'arrischiarsi - la taglia dell'avversario,

---

*Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*, a cura di G.Chittolini, A.Molho, P.Schiera, Bologna, 1994, spec. p. 614 ss.

<sup>23</sup> Conferme in M.VALLERANI, *I processi accusatori*, cit., *passim*, ma spec. pp. 765 ss., 769 ss., che coglie bene il senso di legittimazione comunitaria del soggetto processuale che quegli obblighi comportavano. Da tutto il saggio di V. emerge con evidenza, ed assai opportunamente, questa dimensione di 'penale legato alle logiche di comunità' sul quale sarà bene riflettere meglio e di più, in futuro, da parte degli storici del diritto e degli altri storici che lavorano sulla giustizia tra medio evo ed età moderna. Credo che scavare bene nella duplice logica del 'penale protetto' destinato ai membri delle comunità, e di quello spicciativo e non trattabile riservato ai *sans aveu*, servirà a capire meglio quella giustizia ed a reinterpretare vicende, anche dottrinali, oggi fraintese o, se mi spiego, 'illeggibili'. Quelle *solemnitates* intendevano anche scongiurare un uso strumentale, o francamente ostile, dello strumento giudiziario: che non divenisse, per così dire, la prosecuzione dei *bella civium* con altri mezzi.

<sup>24</sup> Quando dico penale ad azione privata, intendo riferirmi ovviamente al processo che chiamiamo accusatorio, fortemente correato di formalità e riti, adatto a chi nella città aveva relazioni, credito e qualche influenza, svolto per *positiones* e poco produttivo dal punto di vista della politica giudiziaria del comune. Era un processo, quello, che veniva direttamente dalle fonti romane, dalle scuole, dalla logica notarile. Non si era formato nell'esperienza cittadina, e non si era costruito sui fatti e sulle necessità, misurandosi sulla figura costituzionale, in costante evoluzione, del comune. Tanto che l'aspetto di esso che più colpisce per la sua rilevanza sociale e politica, e che si rivela capace di ricondurci alla dinamica reale della vita cittadina vera, non attiene ad esso in quanto tale, ma all'uso strumentale che talora, o spesso, se ne faceva. Il fatto poi di essere, strutturalmente, lo stesso processo che si praticava per le liti civili, ha contribuito a tenere in ombra la funzione giustizia (penale) propria della *governance* cittadina, più a lungo di quanto forse sarebbe stato bene. E' così che gli *iudices potestatum*, e cioè il potere podestarile, valorizzano l'*altra* forma processuale, quella che dà (o permette) l'iniziativa al giudice e consente efficaci mezzi di indagine per l'acquisizione delle prove. Quello sì, è uno strumento di gestione della giustizia penale e, nella stessa misura, di governo della città, specie se combinato - come sempre più spesso accadeva nei regimi podestarili - con l'attribuzione di *arbitria* di ogni genere, che autorizzavano i giudici ad *inquirere* ben oltre le regole e le prassi. Non meraviglia, quindi, che deliberazioni di consigli bolognesi, suscitate dagli avversari dei diversi Podestà, tentassero di impedire, interrompere, vanificare, le *inquisitiones* di quei giudici (M.VALLERANI, *I processi accusatori*, cit., p. 787). Da quelle deliberazioni (primi decenni del Trecento) pare a me di vedere che i Podestà andavano indebolendosi, ma che il loro ruolo giudiziario era rilevante, forse addirittura sovradimensionato rispetto alle loro stesse forze. E infatti, i Podestà passeranno, insieme al loro comune, mentre il processo che avevano contribuito a costruire coi loro giudici e i loro giuristi, resterà e si rafforzerà nelle mani di quelli che li sostituiranno nel governo delle città, o di ciò che le città diventeranno tra XIV e XV secolo. E non farei troppo conto sulle quantità d'archivio per mettere in dubbio una realtà che è, se non altro, dimostrata dal suo inesorabile approdo. Senza, con questo, invocare la qualità politica dei fenomeni per opporla ai numeri dei registri, cosa che pure sarebbe possibile, e facile. Il fatto è che quando Alberto da Gandino, uno che c'era e capiva, mi dice che i giudici dei Podestà inquisivano su tutto, e che lui l'ha visto fare come cosa ordinaria in giro per tutta l'Italia, mi torna il dubbio che le quantità d'archivio, talora, si limitino a darci il conto, ahimè, di ciò che ci resta.

perché da essa si può prevedere se ci sarà alla fine qualche conveniente contropartita alle spese ed ai pentimenti<sup>25</sup>.

Quanto al conflitto politico che interessava le città, avviate in quella fase verso forme di governo sempre più caratterizzate da poteri personali inclini a metodi dispotici, si può certamente collocarlo, *entre autres choses*, all'origine del fenomeno<sup>26</sup>, ma non si deve pensare che esso ne esaurisca le ragioni. Il procedimento accusatorio classico, infatti, lasciato alla sola determinazione dell'offeso, senza possibilità per il potere pubblico di sollecitare efficacemente l'azione privata o di agire in sua sostituzione all'occorrenza, era capace di creare inconvenienti che andavano ben al di là dell'interesse che le nascenti signorie 'tiranniche' potevano avere per un processo penale indubbiamente più governabile e penetrante. In aggiunta a ciò che poco sopra si è detto, basterà pensare al caso di un crimine in cui la vittima non fosse oggettivamente in grado di accusare qualcuno, per mancanza di ogni possibile sospetto, o all'ipotesi - certo non rara - di una vittima intimidita, oppure *sans aveu*<sup>27</sup>, priva cioè di quell'*entourage* che avrebbe dovuto prendere le sue parti nel procedimento di accusa. Od a qualcuno che è stato vittima proprio dei suoi, e che non ha perciò chi agisca per lui per avere giustizia<sup>28</sup>. Si pensi alle difficoltà che il privato accusatore, in una società che sempre di più si complicava, avrebbe potuto incontrare nella raccolta delle prove, se non aiutato da 'fasi inquisitorie' condotte dal giudice, per mezzo di poteri pubblici provvisti di *vis*, rivolte a verificare le sue accuse. Si pensi infine al corteo di conseguenze, in termini di *pax publica*, di giustizia vulnerata, di *ludibrium legum*, che sempre più avrebbe recato con sé un sistema processuale posto alla mercé dei rapporti di forza tra i cittadini e destinato quindi a farsi strumento di prevaricazione, ovvero a perdere progressivamente valore od utilità.

Il sistema istituzionale cittadino e le oligarchie egemoni sopportano sempre di meno la presenza di questi inconvenienti, e non solo perché essi producono una criticabile giustizia. Non sfuggono le loro ripercussioni negative sull'ordine pubblico interno, né viene sottovalutato l'effetto di disseminazione dei poteri che quel tipo processuale porta con sé. Perché la mobilitazione di tante energie tecniche, economiche e notabili, intorno ad ogni singola accusa penale, va nel senso di mantenere ed incrementare poteri disparati e dispersi, di tenere in subordine la funzione giurisdizionale pubblica e di mantenere incistati forti poteri sociali nel sistema di potere politico sempre più integrato che si andava costruendo.

Che il nodo fosse nella titolarità dell'azione e che solo agendo sul processo si sarebbero potuti evitare quegli inconvenienti, aprendo allo stesso tempo opportunità di tipo politico, è dimostrato dal fatto che per conseguire un effetto di pubblicizzazione del penale non si aziona la leva del diritto sostanziale ma si sceglie la via del processo: non più solo *crimina publica* (per i quali *cuilibet competit accusatio*) ma azione intrapresa dal giudice *ex officio suo*<sup>29</sup>, o meglio - come

---

<sup>25</sup> Un convincente modello sulle condizioni di litigiosità nei regimi antichi, utilmente applicabile anche all'esperienza cittadina basso medievale, mille volte ripercorso dalla storiografia della giustizia criminale, anche se non sempre richiamato, è stato messo a punto venticinque anni fa da Y.CASTAN, *Honnêteté et relations sociales en Languedoc*, Paris, 1974.

<sup>26</sup> E.CORTESE, *Il diritto nella storia medievale II., Il basso medio evo*, Roma, 1995, pp. 276-77.

<sup>27</sup> Sembra questo il caso, per esempio, di una donna di nome Cecilia uccisa da Giacomuccio Dati nel 1287 a Passignano, vicino Perugia, di cui tornerò a parlare più avanti.

<sup>28</sup> Per questo, e per altri casi, considerati speciali in ragione di un'opportunità che appare di volta in volta politica o di mera ragionevolezza, "officio iudicis per inquisitionem proceditur" (ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *Quid sit accusatio et quando accusator sit necessarius*, ed. H.KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, p. 3 ss.).

<sup>29</sup> Salva sempre, quando il giudice *intraprende* l'azione *sine accusatione alicuius*, la presenza di una qualche *notitia criminis*, di una *diffamatio* (nel senso in cui la designa Alberto nel *Tractatus de maleficiis*, rubr. *Quomodo de maleficiis cognoscatur per inquisitionem*, ed. H.KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, p. 38), o almeno di *suspiciones* provenienti da *aliquot indicia*. «Advertendum autem est - scriverà ben più tardi ANGELO GAMBIGNONI, *De maleficiis*, Lugduni, 1532, rubr. *Quod fama publica*, n. 4 - quod oportet quod diffamatio sive indicia praecedant, sine indiciis autem et sine suspicionibus praecedentibus et diffamatione, in criminali non potest ad aliquem actum iudex procedere, vel capturae, vel arrestationis personae, vel tormentorum, vel inquisitionis formationem». Dottrina di origine canonistica risalente e comune, già dichiarata prima che da Alberto da Gandino, almeno dall'Ostiense, e dopo di lui ripetuta, tra gli altri, da Giovanni d'Andrea e da Antonio da Budrio.

dicevo sopra - una possibilità di ingresso per il potere pubblico in un processo che pur conserva molti tratti della sua fisionomia originaria: ogni volta che vengono individuate buone ragioni 'pubbliche' da salvaguardare, il giudice potrà dire la sua, entrare nella partita, sostituirsi alla parte debole, inerte o assente, uscire se necessario per rientrare all'occorrenza; oppure cominciare lui prima di ogni altro, o avocare a sé l'intera funzione (accusa e inchiesta) se l'utile pubblico glielo suggerisce, conservando sempre e comunque il diritto di infliggere la pena.

### 3. Istituzioni proattive e metamorfosi dell'accusa.

L'escogitazione teorica, o se si vuole la via tecnica, o la base logica, per cui si arriva alla piena legittimazione del nuovo *dovere* per il giudice ("est officium iudicis", "iudex ex officio suo"<sup>30</sup>), sta nella scissione dell'interesse ad agire in due distinti versanti: uno che resta nella sfera della vittima, l'altro che si installa nella sfera del *commune civitatis*. Con la affermazione di un presupposto di mera creazione politica, sul quale tornerò anche più avanti, secondo il quale "omnis delinquens offendit rem publicam civitatis, ubi maleficium committitur, et illum quem ledit"<sup>31</sup>.

Questa dimensione pubblica del penale coesiste - prima conflittualmente, poi pacificamente, prima da posizioni minori, poi su base nettamente egemone - con procedure di giustizia 'a conduzione privata', impiegate sulla transazione e sulle paci, rese in un certo modo, a loro volta, pubbliche, dal fatto di essere (almeno in prima fase) incoraggiate dalle autorità politiche e - se si può dire - 'costituzionalizzate' (perché riconosciute e disciplinate) dagli statuti<sup>32</sup>.

L'evoluzione che ne deriva ha effetti anche sul versante *sostanziale* dell'apparato penale. Il sistema dell'incriminazione viene progressivamente investito dalla pubblicizzazione dell'interesse a reagire ad un numero crescente di reati che a loro volta - in riferimento alla classica distinzione romanistica tra *crimina* e *delicta* - sempre più si pubblicizzano.

La *pena*, intesa quale segno per eccellenza della pubblicizzazione del sistema - pegno del *bonum commune* - cresce progressivamente di peso, importanza e frequenza, lungo tutto il XIII secolo (bandi<sup>33</sup> e confische, sopra tutto), connettendosi a due ulteriori fenomeni, anch'essi riconducibili all'emergenza politica che caratterizza le città in crisi di legalità e di autorità:

a) il primo è rappresentato dalla *proattività* degli apparati di giustizia, che sempre meno si limitano a *reagire* a ciò che succede e sempre più *agiscono* per garantire ordine pubblico e *pax civitatis*. Che il potere pubblico *prenda l'iniziativa* nelle questioni che riguardano la legge e l'ordine appare sempre più naturale, perché sempre più la cosa sembra necessaria, e sempre più sarà ritenuta doverosa. Si realizza nella mentalità comune quella coincidenza tra l'interesse della città ed il dovere dei suoi governanti che costituirà uno dei fondamenti 'contrattuali' del potere signorile e la condizione legittimante della progressiva *absolutio* di quel potere<sup>34</sup>: chi assicura beni supremi come la giustizia e l'ordine deve essere meno che si può condizionato, invischiato,

---

<sup>30</sup> *Mero officio, arbitrio, autoritate, potestate, atque bailia*, è la sequenza terminologica con la quale Angelo Gambiglioni ci mostra l'approdo di questa dottrina che si avvia con Alberto da Gandino. Anzi, Angelo - riferendosi alle prassi arbitrarie del suo primo Quattrocento - aggiunge che quelle parole (sono *verba importantia arbitrium*: vedine il valore in M.MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, 1998, p. 78 ss.), come anche le espressioni *de necessitate, et utilitate, et cum ministerio* « sunt multum utilia apponi in inquisitione: nam per talia verba apposita in inquisitione non est necesse quod praecedat diffamatio » (ANGELO GAMBIGLIONI, *De maleficiis*, cit., rubr. *Mero officio*, n. 1).

<sup>31</sup> ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *De transactione et pace in maleficiis faciendis*, ed. H.KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, p. 194.

<sup>32</sup> Per tutti, A.PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata nel diritto lombardo*, cit., e M.VALLERANI, *Il sistema giudiziario del Comune di Perugia*, cit., spc p.99 ss.

<sup>33</sup> "Eiectio a bono publico" avrebbe definito la *bannitio* Franciscus a Lignamine, padovano, sulla scorta di Nicola Materelli "...quia per bannitionem separatur bannitus a bono publico [...] ita ut gaudere non debeat auxilio et honoribus reipublicae" (*Consilium* 45, nn. 7-10, in *Consiliorum seu responsorum in causis criminalibus* [...] tomus secundus, ed. G.B.Zilletti, Venetiis, 1571).

<sup>34</sup> Il riferimento va all'ordine di idee stabilito nelle ormai classiche riflessioni di G.CHITTOLINI, *La crisi delle libertà comunali e le origini dello Stato territoriale*, in «Rivista Storica Italiana», LXXXII, 1970, pp.99-120, ripubblicato in ID., *La formazione dello Stato regionale e le istituzioni del contado*, Torino, 1979, pp.3-35.

sindacato. Ed è in questa crescente inclinazione verso un'attitudine proattiva della giustizia penale che va probabilmente collocata la funzione espansiva assegnata alla *fama*<sup>35</sup>, come occasione di dare impulso all'azione repressiva.

b) il secondo sta nella commistione di pratiche riconducibili all'*accusatio* ed all'*inquisitio* nell'attività *ex officio* delle magistrature penali, che pur si lascia fiancheggiare dal 'sistema della transazione'. Ne nasce un processo di fatto, progressivamente modificato da *consuetudines* che paiono piuttosto *usus curiae*, condizionate dagli statuti, ma a loro volta capaci di condizionare gli statuti, perché producono sentenze che spesso scivolano nel *corpus* delle norme cittadine, trasformando in regole stabili alcune cruciali decisioni giudiziarie. *Accusatio* ed *inquisitio* non sono infatti due maniere alternative di impostare il processo, tali da connotare separatamente due forme processuali opposte (l'accusatorio e l'inquisitorio, secondo una fraseologia spicciativa, e ormai fuorviante), ma sembrano corrispondere a stati del procedimento, o a sue fasi<sup>36</sup>, che diversamente si combinano in adesione alla dinamica propria di ciascun caso processuale.

La procedura che ne consegue ci si presenta mista: qualificata in modo crescente dall'espansione della funzione inquirente<sup>37</sup>, ma tuttavia condizionata dal comportamento anche extraprocessuale delle parti implicate. La commistione viene dai fatti. In dottrina, Guido da Suzzara, Guglielmo Durante, Martino da Fano, Alberto da Gandino o Dino del Mugello<sup>38</sup> insistono, come era giusto ed inevitabile, a considerare l'*accusatio* come la forma regolare per impiantare un normale processo (penale) *de iure civili*; e considerano l'eventualità di *cognoscere per inquisitionem* come uno *speciale*, soggetto a condizioni, eventuale, e circoscritto ad ipotesi tassative. Di lì si entrerà nella logica dell'*arbitrium* che potrà essere concesso al giudice in deroga all'*ordo iuris*<sup>39</sup>. Mentre è nell'effettività delle pratiche, quelle *de facto* e quelle che nascono dall'emersione (interpretativa) di nuovi versanti dell'*accusatio*, che si fa strada in concreto il processo 'misto'.

La pratica vuol dire il giudice, che vuol dire l'autorità politica. E' quindi la figura del giudice (proattivo, ma condizionato nell'azione; che tende a rendersi protagonista primario, ma fa fatica a sciogliersi da prassi che vengono da un'altra tradizione) a presentarsi, negli ultimi decenni del secolo, come figura cruciale della pubblicizzazione del penale.

Molto passa per la trasformazione dell'*accusatio*. Da atto tipico dell'offeso che muove l'azione giudiziaria, l'*accusatio* tende a farsi l'equivalente di un atto processuale qualificato, realizzabile da soggetti diversi, che si può inquadrare nel metodo della *positio*<sup>40</sup>: è *accusatio* quella della vittima che chiede giustizia per sé, così come corrisponde al formato dell'*accusatio* il passo del giudice che muove a fare giustizia in nome della *civitas* offesa dall'atto criminale, quando la vittima non lo fa, o quando non è previsto<sup>41</sup>, o non è necessario<sup>42</sup>, che lo faccia; vi equivale la *denunciatio*<sup>43</sup>, e vi

<sup>35</sup> "denunciante fama, potete leggere nel canone 8 del Quarto Concilio Lateranense - scrive S.CAPRIOLI, *Evoluzione storica della funzione d'accusa*, cit., p.48 - , che è pure la decretale X. 5, 1, 24 ...". Sulla nozione di *fama* in questo torno di tempo ha scritto F.MIGLIORINO, *Fama e infamia. Problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli XII e XIII*, Catania, 1985, pp.58-65, il quale però, nell'esaminare lo *Speculum* di Guglielmo Durante ed il *Tractatus de maleficiis* di Alberto da Gandino, si sofferma sul valore della *fama* come 'attributo' e sul suo peso in ambito probatorio, sfiorando appena il suo possibile ruolo di *origo inquisitionis*.

<sup>36</sup> Così, a partire dai capitoli 463, 298, 327 dello Statuto di Perugia del 1279, S.CAPRIOLI, *Evoluzione storica della funzione d'accusa*, cit., pp.41-42.

<sup>37</sup> O, se vogliamo, dal correlativo arretramento del modello accusatorio 'puro', come attestato nella pratica: cfr. P.FIORELLI, *Accusa e sistema accusatorio*, in «Enciclopedia del diritto», Milano, 1958, I, p.333.

<sup>38</sup> I nomi mi vengono dal *Tractatus de maleficiis* di Alberto da Gandino: o perché ricordati in adesione o per rinvio da Alberto che scrive, o perché la *quaestio* relativa porta la sigla di uno di loro.

<sup>39</sup> Su questo aspetto si vedano le pertinenti osservazioni di M.MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., spc p. 280 ss.

<sup>40</sup> «Positiones succedunt in locum probationum» dicevano comunemente i giuristi che se ne occuparono tra XII e XIV secolo (se ne veda un lungo elenco in U.NICOLINI, *Martino da Fano e i trattati «De positionibus» a lui attribuiti* (1935), ora con questo titolo in *Scritti di storia del diritto italiano*, Milano, 1983, pp.54-56). Come è noto, la loro logica stava nell'affermazione (in forma di *positio*) di un fatto, di una *qualitas*, di una *ratio* o di un motivo, alla quale affermazione l'altra parte avrebbe replicato, considerandosi contestate le *positiones* condotte in negativa; confessate, e con ciò acquisite, quelle ammesse o passate sotto silenzio. La sequenza e l'intreccio di *intentiones*, *interrogationes*, *questiones* e *depositiones testium*, trasportate in *criminalibus*, risponde a questo nucleo fondamentale del processo formalizzato.

<sup>41</sup> E sono i casi in cui si procede senz'altro *per inquisitionem*. Vedili più avanti.

equivale ogni genere di *notitia criminis* 'vestita', per così dire, con una richiesta di sanzione o risarcimento; come anche la risposta (*contra positio*) dell'accusato che adduca, in termini, provocazioni o scusanti, alla quale si può paragonare l'*exceptio*, che pure dà vita ad un procedimento *sui generis*<sup>44</sup>; vi corrispondono quelle azioni di allertamento della giustizia pubblica che il penale più maturo avrebbe distinto in querele, denunce, delazioni, indicazioni o referti<sup>45</sup>; e dal momento che potrebbe costituire legittimo argomento per surrogare *publice* un avente diritto inerte, anche la *fama*, corredata di precisazioni e cautele<sup>46</sup>, è assunta come una forma di implicita o corale *accusatio*, capace di mettere in moto il giudice. Tutte queste forme che l'accusa può assumere legittimano un processo mosso dal giudice ed avviato con un'*inquisitio generalis*, per un numero crescente di reati; ferma restando la classica possibilità che l'*accusatio* mantenga la sua figura tradizionale, sia mossa *regulariter et cum libello inscriptionis*<sup>47</sup> da un privato, conducendo così all'apertura di un processo *secundum ius civile*, che però potrebbe anch'esso conoscere, nel prosieguo, fasi di inchiesta decise o guidate dal potere pubblico.

Ben si vede come il giudice muti il suo ruolo in ragione dello slittamento di senso e di funzione che investe l'*accusatio*. Dall'ufficio di arbitro, terzo e passivo, che gli toccava nel vecchio *actus trium personarum*, egli passa a quello di *parte*, conservando però le prerogative del giudice, che ha con sé *ab origine* i due non piccoli poteri di condurre e di decidere: può così aggiungere ai suoi compiti quello di 'concorrere' con le parti nell'apertura del processo, nella sua prosecuzione, nella sua chiusura.

Sono i primi passi di un non breve cammino. Sul lungo periodo, la metamorfosi dell'*accusatio* ed il giudice che si fa anche parte, innescheranno un processo del tutto diverso dall'originario,

---

<sup>42</sup> Ed è il caso del *crimen notorium*, per il quale - se alcune condizioni concorrono - "nec requiritur actor vel denunciator, nec datur libellus, nec lis contestatur, nec iuratur de calumnia vel de veritate dicenda, nec requiruntur testes nec aliqua probatio: immo tunc ordinem iudiciorum non servare est secundum ordinem iuris procedere". Il diritto prima di tutto, e con il diritto le sue *rationes*, la logica delle cose, la ragionevolezza: criteri che ispirano la pratica e che le danno il potere di procedere *extra ordinem* oppure, aderendo all'*observantia*, come si è visto, di battere strade *quamvis contra ius civile*: ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *Quomodo de maleficio cognoscitur, quando crimen est notorium*, ed. H.KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, p. 100 ss. Il brano citato è a p. 103.

<sup>43</sup> Nel caso della *denunciatio* si può anche determinare una separazione tra chi si pone all'origine dell'azione e chi poi sostiene l'accusa in corso di giudizio. Di regola, ad una *denunciatio* fa seguito un'*inquisitio* (GUILLAUME DURAND, *Speculum iudiciale*, Lugduni, 1539, *De inquisitione*, proemio), onde la possibilità che il processo vada avanti senza che chi l'ha fatto partire venga «sottoposto ai vincoli ed agli oneri previsti nel modello della *accusatio*» (M.MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., p. 284).

<sup>44</sup> ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *Quomodo de maleficiis cognoscatur per exceptionem*, ed. H.KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, pp.48-51. Il procedimento *per exceptionem* parte da forme di *reaccusatio* nei confronti dell'accusatore, ricsuzione o confutazione di testi, contestazione di prove false o sospette e serve principalmente a rintuzzare accuse o mezzi di accusa, al fine di evitare la pena.

<sup>45</sup> La dottrina più tarda converrà, grosso modo, sul fatto che *querelante* è l'offeso che accusa per ottenere riparazione; *denunziante* è il privato mosso da desiderio di giustizia, che però non starà in giudizio come accusatore; *delatore* è chi denuncia per conseguire il vantaggio promesso dall'autorità pubblica; *indice* è il complice che rivela in capo ai correi per ottenere impunità; *referente* è chi porta al giudice notizie di reato perché investito, in qualità di *officialis*, di compiti e doveri di sorveglianza.

<sup>46</sup> «Iure canonico - precisa Alberto - de quolibet maleficio inquiritur et cognoscitur si iam interveniant omnia, que sequuntur, et non aliter regulariter. In primis enim est necessarium, quod ille, contra quem inquiritur, sit infamatus de illo crimine, id est sit publica vox et fama, quod sit culpabilis. Secundo, quod ille sit subditus, de quo est illa talis infamia. Tertio, quod ad aures iudicis pervenerit illa talis infamia. Quarto, quod non semel tantum, sed pluries. Quinto, quod non pervenerit a malevolis, sed a providis et discretis. Sexto, quod non causa malitie, sed zelo iustitiae talis infamia de aliquo predicetur» (ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *Quomodo de maleficiis cognoscatur per inquisitionem*, ed. H.KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, p.38).

<sup>47</sup> Secondo il dominio dei formulari, che traducono in forme stereotipate fattispecie e circostanze. Esempi bolognesi dell'influenza dei formulari e della logica delle registrazioni nella documentazione processuale in M.VALLERANI, *I processi accusatori*, cit., p. 752 ss.

conducendo ad effetti di trasfigurazione che, guardati con occhio attento, appariranno francamente paradossali<sup>48</sup>.

#### 4. La *'Compulsio ad accusandum'* e le ragioni della pena pubblica.

Le opportunità offerte alla pubblicizzazione del penale dall'evoluzione dell'*accusatio*, avviata su base interpretativa e sostenuta con argomenti politici, pragmatici, ma anche tecnici, si incorporano ad uno zoccolo normativo che prevedeva già una serie di casi in cui il giudice avrebbe dovuto procedere *de iure, ex officio*, e quel che più conta *per inquisitionem*. Nella esposizione di Alberto da Gandino, si tratta dei casi, ai quali ho già avuto modo di accennare, elencati in modo che sembra tassativo, al punto 3 della rubrica *Quid sit accusatio et quando accusator sit necessarius*, e poi ripetuti al punto 3 della rubrica *Quomodo de maleficiis cognoscatur per inquisitionem*<sup>49</sup>. Ciò che si è detto, scrive il giurista di Crema<sup>50</sup>, a proposito del fatto che non si può condannare qualcuno se nessuno lo accusa, e che in assenza di un'accusa non si può procedere alla *criminis cognitio*, non vale in qualche caso speciale. Sono i casi in cui bisogna agire *officio iudicis, per inquisitionem*<sup>51</sup>.

Tuttavia, anche al di fuori di quei casi, aggiunge Alberto, può succedere che il giudice si veda necessitato ad aggirare in qualche maniera la sua impossibilità di agire *ex iure*, al fine di compensare l'inerzia non ammissibile dell'*entourage* della vittima. Pur non disponendo di reali poteri di sostituzione, egli può infatti realizzare una diversa e materiale sintesi tra il procedimento *ex accusatione* e quello che nascerebbe dalla sua propria iniziativa d'ufficio: un nuovo livello di quella che abbiamo indicato, più sopra, come una commistione di pratiche riconducibili all'*accusatio* ed all'*inquisitio* nell'attività *ex officio* delle magistrature penali. Si tratta di "compellere ad accusandum".

Scrivono dunque Alberto:

---

<sup>48</sup> Come ho già avuto modo di scrivere ad altro proposito (M.SBRICCOLI, *Tormentum idest torquere mentem. Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell'Italia comunale*, in: *La parola all'accusato*, a cura di J.-C.Maire-Vigueur e C.Paravicini Bagliani, Palermo, 1991, p.23), la frattura del monopolio privato dell'accusa che in quella fase si realizza, ridurrà progressivamente le 'tre persone' del rito originario a due soltanto: il giudice (che assumerà anche la parte dell'accusatore) e l'accusato. Il peso della vittima, prima determinante ai fini dell'azione e della conduzione del processo, diminuisce progressivamente a vantaggio di quello dell'accusa, che agisce teoricamente (anche) in suo nome, ma che muovendo da un interesse collettivo astratto e di pura produzione politica, finirà per riferirsi sempre più a se stessa. L'accusa, come sappiamo, dilaterà enormemente il suo ruolo. Assumerà crescenti poteri di indagine privilegiati ed armati, disegnerà un gioco processuale fatto su misura per sé, dilaterà fino al possibile l'asimmetria del processo e, al momento della decisione, smetterà i panni della 'parte' per vestire quelli del giudice. Tutto questo non bastando, la garanzia del risultato verrà cercata incrementando l'uso della tortura come mezzo di 'invenzione' della prova. La pratica della tortura, possiamo aggiungere, ridurrà ad una sola le tre persone che erano già state ridotte a due. Costretto violentemente, l'imputato si farà accusatore di se stesso, finendo per assumere il punto di vista dell'inquirente, che sarà anche il suo giudice. Il remoto *actus trium personarum*, interamente tramutato, si convertirà in quel caso nell'azione unitaria di una forza sola. Quel che resterà dell'accusato che accusa se stesso, scrivevo, è soltanto il *reus*: un oggetto (*reus* da *res*), o una *figura ficta*, praticamente senza voce, che nel combattimento processuale ha contro tutti e tre i protagonisti, compreso l'altro se stesso che agisce, come gli altri due, per farlo soccombere e perderlo.

<sup>49</sup> ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, ed. H.KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, pp.3-5 e p.36.

<sup>50</sup> Albertus de Gandino de Crema, si designa il nostro nel proemio del *Tractatus de maleficiis*. È singolare che J.-M.CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, 1990, pp.107, 143, 163, lo muti di patria, indicandolo come Albert de Gand.

<sup>51</sup> *Ament meminisse periti*. Sono testi noti, più volte citati e discussi. Io richiamo qui l'elenco di questi casi speciali, così come viene ripetuto due volte, in due luoghi diversi, da Alberto da Gandino, e come è stato di recente ricompilato da E.DEZZA, *Accusa e inquisizione*, cit., p.18: "quando dominus a familia sit occisus / quando accusator corruptus petit abolitionem / quando generaliter inquiritur contra malos homines / in crimine lenocinii / in crimine suspecti tutoris / in crimine sacrilegii / in falso teste / pro carta falsa / in calumnie crimine / quando aliqua sunt subtracta de hereditate adita cum beneficio inventarii / pro rebus naufragio amissis / quando malefactor confitetur de sociis, et tunc inquiritur contra eos / in crimine lese maiestatis / in notorio crimine / in crimine apostatarum / in crimine hereseos / in bonis damnatorum indagandis / in omni falso / quando infamatus deficit in probatione (a tali casi vanno aggiunti quelli accennati in D., 26, 3, 5, in D., 27, 9, 5, in D., 50, 70, 2, 1, e in Nov., 17, 8)".

Sed pone quod Titius interfecit aliquem; heredes illius mortui timebant hunc Titium accusare propter eius potentiam.

Modo queritur numquid Potestas possit compellere illos heredes, quod accusent istum Titium, cum hoc sit, quod Potestas de illo maleficio non possit inquirere ex eo, quod hic casus non est de casibus in quibus possit inquirere.

Videtur quod possit:

Quia expedit rei publicae ne maleficia remaneant sine pena;

Item quia iudex debet curare ut provincia quam regit malis hominibus sit purgata;

Item propter tumultum et scandalum evitandum, alias conceditur quod alias non concederetur;

Item quia si istud homicidium non puniretur, esset res mali exempli;

Solutio: dic quod iudex bene faciet, si predictos heredes accusare compellat, quamvis hoc non sit bene lege expressum; et si timeatur de potentia dicti Titii, faciet Potestas eum dare bonam securitatem de non offendendo illum accusatorem<sup>52</sup>.

"Quamvis hoc non sit bene lege expressum". Sta qui, soprattutto, la ragione tecnica della opposizione che all'idea di *compellere ad accusandum* fanno avvocati e giuristi, anche di fama, che si rendono conto del carattere dirompente di una simile facoltà concessa al giudice. Nella casistica portata alla luce da Vallerani<sup>53</sup> troviamo un *consilium* di Bonagrazia Pascipovero e Antolino de' Mazzolini, giuristi non mediocri, che negano che il giudice possa procedere *invito, vel non instante accusatore* (si tratta di un profilo che risolleverò più avanti), né *compellere accusatorem in accusatione procedere*, "cum nemo invitus agere vel accusare cogatur". Come si vede, il richiamo è al diritto romano classico, ed al principio in forza del quale non si dà procedimento *nemine accusationem promovente*, ragion per cui il processo non può andare avanti, né orientarsi verso nuove direzioni o persone, se l'accusa originaria non viene coltivata o se essa non viene rinnovata quanto alle risultanze emergenti. I due *sapientes* negano anche la legittimazione del giudice, aggiungendo "non obstante arbitrio, si quidem habet dominus potestas, vel dictus iudex in dicto negotio". La contestazione del potere *ex arbitrio* assume la valenza di un disconoscimento di *iurisdictio*, posto che l'*arbitrium procedendi* in ipotesi concesso (delegato) al giudice, viene trasferito "ad inferiores magistratus et iudices", provenendo da coloro che "habent iurisdictionem et administrationem iure proprio", in quanto "superiorem non recognoscentes"<sup>54</sup>. Il *consilium* trae argomento "tam de iure communi quam ex forma statutorum et ordinamentorum comunis Bononie", ma si pone in evidente controtendenza rispetto alla dottrina che sta facendosi dominante.

Come ho già avuto modo di dire, l'operazione di progressiva pubblicizzazione del penale si svolge per vie interpretative, e procede per successive approssimazioni della pratica, corroborate talora dalla recezione negli statuti delle città di principi affermati nelle sentenze, risultanti magari da *declarationes* di leggi che "non si esprimono bene". E' significativo, peraltro, che Alberto da Gandino, nel passo ricordato qui sopra, raccolga alcuni dei suoi *argumenta* dalla lettera o dallo spirito di quei *casus speciales* per i quali il giudice deve procedere *per inquisitionem*: una volta di più si vede come l'emersione del penale pubblico si realizzi sul terreno processuale, rafforzando il potere di iniziativa del giudice, dilatando il senso e la casistica stessa dell'*accusatio*, o escogitando inediti istituti del genere "compulsio ad accusandum", che consentono di rimanere dentro *l'ordo iudiciarius* consueto, salvano lo schema accusatorio, ma sono il puro risultato della proattività politica del giudice.

<sup>52</sup> ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *Quid sit accusatio et quando accusator sit necessarius*, ed. H.KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, p.5.

<sup>53</sup> M.VALLERANI, *I processi accusatori*, cit., pp.775-76, nt.74.

<sup>54</sup> Cfr. M.MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., p. 302 ss.

I motivi dichiarati, infatti, hanno forma giuridica, trovano tutti un solido ancoraggio nelle fonti romane, ma il loro valore è puramente politico, come è politica l'origine della loro forza argomentativa. Così è per la necessità che chi governa liberi la città dai malfattori, per l'importanza accordata all'esigenza di evitare tumulti e scandali<sup>55</sup>, per l'oggettiva istigazione a mettersi sulla via dell'illegalità che verrebbe data ai male intenzionati. Quanto poi all'interesse del *commune civitatis* a che i crimini non restino impuniti - sul quale si insiste invariabilmente da quasi un secolo - credo si possa dire che siamo in presenza del principale vettore argomentativo della *egemonia della pena* nel campo della gestione dei conflitti che mettono a rischio l'ordine pubblico o la *concordia civium*. La pena (pubblica) deve infatti farsi strada in un sistema di 'giustizia' per così dire diffusa e articolata, che non passa se non occasionalmente per il Palazzo e che fin dall'origine del Comune è stata sostanzialmente praticata al di fuori delle logiche e delle procedure pubbliche. In un quadro caratterizzato dallo scontro tra interessi di privati e famiglie, o tra utile 'generale' ed 'altri' utili, la giustizia è stata parimenti realizzata dalla *vendetta* o dalla *rappresaglia*, dalla *transazione* o dalla *pace*, e solo in ultima istanza, o in mancanza d'altro, dalla *pena*. Anzi, nella logica tipica di una *face to face society*, quale certamente era la società cittadina di cui ci stiamo occupando, quelle soluzioni sono state variamente strumentalizzate all'interno delle strategie di soddisfazione di vittime e autori, giocate in sequenza, usate come componenti di disegni più vasti. Capita spesso che le vittime conoscano gli autori, che tutti sappiano come stanno le cose e come i fatti sono andati, e che siano i rapporti di potere a stabilire il segno e l'esito della giustizia che si realizza. E' così che la *soddisfazione*, fatidico punto nodale dell'intera storia della giustizia penale, va ad occupare il centro della scena: può essere morale, economica, virtuale; può venire da una vendetta o da un risarcimento, da una rappresaglia o da una umiliazione del colpevole, da una mediazione altrui o, paradossalmente, dalla coscienza di una assoluta impotenza, inflitta da una irresistibile intimidazione.

Come ho già avuto modo di ricordare, il ricorso alla giustizia pubblica può essere, in questa dinamica, una forma di pressione per conseguire condizioni migliori nelle trattative, un passaggio temporaneo dentro un negoziato più ampio (perché nella procedura pubblica si può entrare, starci per un po', e poi uscire), una specie di avvertimento per avere *altrimenti* soddisfazione, o l'estrema ratio per chi non ha possibilità di battere altre strade. E' da questa realtà che la pena pubblica deve risalire: prima per guadagnarsi uno spazio in mezzo agli altri mezzi di soddisfazione, poi per prevalere su di essi, infine per farli scomparire restando la sola padrona del campo. E' la storia del penale. La lunga e tormentata storia, lungi ancora dall'essersi conclusa, della fuoruscita dalla vendetta e dell'affrancamento dalla *soddisfazione*, sulla via delle regole, della garanzia, della giustizia efficace e imparziale.

##### 5. *Inquisitio, transazioni e pena: i poteri del giudice diventano doveri.*

Quando Alberto da Gandino scrive il suo *Tractatus*, tra il 1286 ed il 1287, era giudice a Perugia. Gli statuti che applicava obbligavano già da tempo il Podestà, e quindi il suo *iudex*, ad *inquirere*, pur in assenza di accuse o denunce, per delitti che *de iure civili* sarebbero stati riservati all'iniziativa dei legittimati ad accusare. Così è infatti, nello statuto del 1279, che dà facoltà a Podestà e Capitano di "facere inquisitionem secretam de omnibus maleficiis unde sanguis exiret"<sup>56</sup>, e così è per altre funzioni collegate al mantenimento dell'ordine pubblico ed al *bonum statum* della città. Allo stesso modo, una serie di obblighi di denuncia che riguardano alcuni di coloro che svolgono pubbliche funzioni, ed anche i privati titolari di speciali licenze<sup>57</sup>, finiscono per configurare ulteriori occasioni di avvio di procedimenti *cum inquisitione*, su terreni tradizionalmente confidati alla decisione delle parti lese.

---

<sup>55</sup> *Scandalum*, in questo contesto, altro non è che l'indignazione per l'impunità dell'omicida, lo sdegno morale davanti ad un caso di evidente ingiustizia, con il temuto seguito di *Iudibrium legis* da parte dei malfattori e di sfiducia degli onesti nell'autorità, nella giustizia e nelle leggi.

<sup>56</sup> *Statuto del Comune di Perugia del 1279*, edito da S.Caprioli, Perugia, 1996, Cap. 283, *Item dicimus*, p. 284.

<sup>57</sup> S.CAPRIOLI, *Evoluzione storica della funzione d'accusa*, cit., p. 43.

Come si vede, la *consuetudo* che Alberto scriveva di aver visto osservare, in forza della quale gli *iudices Potestatum* svolgevano indagini *de quolibet maleficio ex officio suo*, era partita così da lontano ed era stata così pacificamente praticata, da avere già avuto modo di consolidarsi, passando seppure *pro parte* negli Statuti perugini, entrati in vigore alquanti anni prima del suo arrivo in città.

Ma la commistione di accusa e inquisizione *dentro lo stesso giudizio*, aveva avuto a Perugia almeno un'altra ed ancora più risalente occasione di manifestarsi, a dimostrazione del rilievo che la figura del giudice aveva assunto già alla metà del secolo, nel quadro di quella valorizzazione politica della funzione giustizia che avrebbe consentito l'emersione di un sistema penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII.

Nella notte 10 gennaio 1258 cinque persone avevano aggredito, davanti a casa sua, Maffucio Benvegnati<sup>58</sup>. Il ferito denuncia immediatamente i suoi aggressori, facendone i nomi, e descrivendo i fatti, e *chiede al giudice di fare un'inquisizione*. Si tratta di un ferimento, di quelli che a Bologna, ancora anni dopo sarebbero stati designati come *insulta cum effusione sanguinis* e confidati, a quanto pare, alla burocratica, lenta ed inconcludente procedura dell'accusatorio: libello, *intentiones*, termini, fideiussioni, testimoni da produrre e garantire, allegazioni, difese, *positiones*: esito dispendioso e tuttavia lontano ed incerto.

Già nel 1258, invece, a Perugia<sup>59</sup>, si consente al giudice, su esplicita richiesta della parte offesa (ma nel prosieguo del giudizio egli farà a meno di richieste o autorizzazioni), di agire con poteri suoi e di prendere in mano il processo, senza limitarsi ad arbitrare soltanto.

Il giudice fa ricerche, interroga gli accusati, sente testimoni, mette insieme informazioni che Maffucio non possedeva. Mentre il giudice indaga, però, tra i parenti di Maffucio e l'*entourage* degli accusati, a giudicare dal comportamento degli interessati, *sembra sia nata una trattativa*. Sale dunque da questo caso, come si intuisce, un ulteriore problema teorico, di quelli che Alberto da Gandino solleverà nel suo *Tractatus* quando si tratterà di comporre in punto di teoria e di argomentazione giuridica, l'interesse dei privati con l'interesse pubblico. Vedremo più avanti la sua risposta, ma fin d'ora ci accorgiamo, nel concreto di un caso reale, che una doppia partita si ingaggia dentro lo stesso perimetro dell'*actio iustitiae* (e non bisogna dimenticare che anche la transazione, o la tacitazione della vittima, sono maniere riconosciute di giustizia accettata). Da una parte, dunque, il giudice indaga, attento a quello che fanno gli interessati e pronto ad assecondare la parte lesa con provvedimenti che la facilitino, compreso quello di sospendere i suoi atti perché essa possa conseguire la sua soddisfazione; dall'altra, due gruppi familiari entrano in trattativa, ma devono fare i conti con la variabile giudiziaria pubblica che complica le cose e condiziona il loro comportamento, avendo l'aria, bisogna dire, di parteggiare per gli offesi: il che, se posso dire, mostra come quei giudici usassero tutta la tastiera di quella giustizia assai articolata, per arrivare comunque al risultato sperato, che era quello che gli offesi ottenessero la riparazione che cercavano. Poco dopo quegli anni avrebbero preteso, anche e senz'altro, la pena pubblica per gli offensori.

Il 13 gennaio Maffucio muore. Suo padre rinnova l'accusa (stavolta per omicidio) solo per tre dei cinque aggressori, lasciandoci pensare che gli altri due lo abbiano in qualche modo compensato o, perché no, che lui li considerasse incolpevoli (verranno assolti). I tre accusati (Burgolo Donadei,

---

<sup>58</sup> Il caso di Maffucio Benvegnati, come ho già ricordato, è stato pubblicato e discusso, con l'aggiunta di schemi riassuntivi, da M.VALLERANI, *Il sistema giudiziario del Comune di Perugia*, cit., pp. 89 ss, 127 ss.

<sup>59</sup> Dalle ricerche perugine di Vallerani apprendiamo (p. 116) che in quella città vanno *ad inquisitionem* fattispecie di furto, casi di *insultum sine sanguine*, ed anche non specificate *inadempienze* che sarebbe forse difficile ricomprendere tra gli ordinari *maleficia*. Il processo iniziava dunque da un'accusa o magari da una denuncia (per Perugia: S.CAPRIOLI, *Evoluzione storica della funzione d'accusa*, cit., p. 42), per poi conoscere fasi governate dal giudice che indagava di suo, guidava, faceva avanzare o arrestava il procedimento, irrogava pene. Il fatto che il processo a prassi integrate fosse già così praticato nella Perugia del medio e tardo duecento, suggerisce l'opportunità di una riconsiderazione del valore e del peso dell'accusatorio classico nel sistema giustizia complessivo, in quella fase, ed a scala italiana. Specie poi in situazioni come quella bolognese per la quale l'indagine è stata spinta fin dentro il XIV.

Filipucio Uguccioni, Bencivegna Bonagiunta) sono rapidamente interrogati e lasciati andare sotto cauzione fideiussoria.

Nelle more, quel giudice fa, per così dire, politica. Diffida i fratelli di Maffucio dal compiere atti di ritorsione sugli accusati, per evitare disordini, e mostrando di ritenere che mentre una trattativa può affiancare un'*inquisitio*, la vendetta non ha nessuno spazio per convivere con la giustizia pubblica. Infligge una pena pecuniaria agli accusati che non si sono presentati a palazzo per rispondere del ferimento, mostrando di aver compreso il senso profondo dell'*inquisitio*, che sta nel fatto che il giudice assume le redini processuali togliendole alle parti. E' così che il processo sposta il suo *focus* e che il sistema di giustizia si pubblicizza.

Nel frattempo vanno verosimilmente avanti le trattative, che conoscono probabilmente fasi di rottura, e quindi di scontro. Il 21 gennaio i fideiussori dei tre vengono accusati di aver insidiato di notte Benvegnate, il padre di Maffucio, ed un certo Ufreduccio: negano, ed in pratica controaccusano alludendo al fatto che Ufreduccio si appresterebbe a rendere (falsa) testimonianza contro di essi. Gli imputati vengono di nuovo citati, poi intimati di presentarsi entro un tempo certo. Burgolo e Bencivegna si rendono contumaci (si sono nascosti in città, o forse hanno lasciato Perugia) e vengono di nuovo condannati a pagare una somma considerevole.

Noi che conosciamo l'esito finale della vicenda, possiamo leggere i fatti alla luce del loro approdo. E' del tutto verosimile che aggressioni notturne e contumacia, falsi testi fatti balenare e multe irrogate dal giudice, siano elementi di trattativa drammatizzati dalla presenza di un'*inquisitio* aperta. Quello che vediamo è un processo che è nei fatti complesso e allargato, con un proscenio ed un dietro le quinte, con atti palesi che potremmo anche interpretare come la risposta dissimulata a mosse che non ci sono note, e con atti occulti che probabilmente rispondono ai palesi o tentano di prefigurarli e prevenirli.

Filipucio, uno dei tre, dissocia il suo destino da quello degli altri due. Si presenta in giudizio, non ammette alcuna sua responsabilità, si rimette al giudizio quale che sarà e si impegna col Podestà a stare in casa senza uscirne. La sua posizione resta incerta. Si direbbe che abbia trovato un accordo con i Benvegnati e che il giudice lo tenga in sospeso: non lo punisce perché (ipotizzo) ha pagato, ma non lo lascia andare finché non ha risolto l'intero caso (la posizione di Burgolo e Bencivegna), dal momento che dimettendo Filipucio, che era stato visto commettere il delitto da testi attendibili, si rischierebbe di compromettere l'esito dell'*inquisitio* in capo agli altri due.

La pressione continua. Il 12 febbraio vengono condannati al pagamento della fideiussione i garanti dei contumaci Burgolo e Bencivegna e finalmente Benvegnate, il padre di Maffucio, decide di passare al quarto e supremo livello probatorio del processo penale perugino<sup>60</sup>, chiamando Filipucio (l'unico accusato sotto mano) a *sostenere con lui la 'pugna'*, il duello giudiziario previsto dagli statuti di Perugia per risolvere i casi che non sembrano altrimenti risolvibili. La mossa sembra conseguire lo scopo. Un paio di mesi dopo, il 5 aprile del 1258, Benvegnate si presenta nel Pallacium Communis e dichiara al giudice che Filipucio non ha colpe, che la *pugna* non si farà, che *rinuncia ad ogni pretesa*. Il processo torna per un momento alla sua dinamica 'accusatoria' ed il giudice, visto che l'accusa rinuncia, lo *chiude definitivamente*.

Gli insegnamenti che vengono da questo caso esemplare per rilievo del crimine, comportamento (e rango) delle parti, condotta del giudice e questioni tecniche sollevate, sono molti e significativi. Avendolo già commentato man mano che ne riassumevo l'andamento, posso isolare due questioni. Una, a mio giudizio risolta, è quella dell'esercizio di un processo 'nuovo', che parte con un'*accusatio*, ma non è accusatorio, prosegue con *inquisitiones*, ma a fatica si direbbe

---

<sup>60</sup> Il primo è la confessione, il secondo la *convictio per testes*, il terzo è il giuramento dell'accusato (ma l'avversario lo può vanificare dicendo 'quod sit periurus'), il quarto è la *pugna*. Prevista al cap. 283 degli Statuti perugini (quindi c'era ancora vent'anni dopo, nel 1279, e sarebbe restata per molto tempo ancora), la *pugna* è concepita (anche) come mezzo di estrema difesa per l'accusato che neghi, che non sia travolto dalle testimonianze, che abbia giurato la sua innocenza. La decidono Podestà e Capitano, per mezzo del loro giudice, e non si dà ricorso al Consiglio per deliberazioni speciali. Si svolge 'per pugilem', ed il suo esito è la sentenza («Si vero constabit aliquem per suam confessionem, vel per testes aut per pugnam, fecisse homicidium, substineat penam [...] de maleficio homicidii»)

'inquisitorio', tiene conto di quanto avviene 'là fuori', senza perdere la sua presa sul fatto e sui protagonisti, si chiude - diremmo oggi - con un'archiviazione, che però nasconde una (adeguata?) soddisfazione per la vittima del delitto ed una 'penalità', probabilmente pecuniaria, per i colpevoli di esso. Una sentenza impropria, si direbbe, affidata a rapporti di forza che il giudizio pubblico ha contribuito a far gravitare a vantaggio di chi chiedeva giustizia.

L'altra questione resta aperta, ed è quella che sta nelle seguenti domande: ma se le parti si accordano, il giudice deve prenderne atto fino al punto di chiudere ed archiviare? La soddisfazione della vittima, comunque raggiunta, è veramente il solo scopo di un sistema di giustizia ormai assunto interamente dal *commune civitatis*? Un clamoroso caso di omicidio, dentro una realtà di conflitti cittadini che mettono a continuo rischio la *pax* dell'intera città, è veramente e soltanto affare dei privati che l'hanno commesso e subito?

##### 5. *Offendit rem publicam civitatis. Il formato penale dell'accusa.*

Torniamo dunque ad Alberto da Gandino. Nei trent'anni che lo separano, mentre scrive, dal caso di Maffucio Benvegnati, le cose si sono notevolmente evolute, e non solo a Perugia. Sono stati anni di scontri politici assai aspri in molte realtà cittadine italiane: anni in cui l'ordine penale è venuto assumendo una sua necessaria centralità, come inevitabilmente accade ogni volta che il conflitto investe le istituzioni e le regole vengono di conseguenza riformate, o sottoposte a torsioni, e, nel vivo dei contrasti, piegate a misura di quelle. E' così - se posso generalizzare - che le città hanno preso più viva coscienza del rilievo della giustizia e dei loro compiti nell'assicurarla (o delle loro possibilità di metterla a frutto), i giudici hanno adottato pratiche ed imposto 'consuetudines', i giuristi hanno affinato argomenti.

Sed pone homicidam habuisse ab heredibus pacem occisi. Numquid per Potestatem poterit puniri, non obstante pace predicta?

Et videtur quod sic:

Quia ius acquisitum, communi pactione privatorum nec tolli nec mutari potest;

Item quia maleficia non debent impunita manere;

[...] secundum opiniones communiter aliorum [contra opinionem Guidonis de Suzaria] dic quod sive super illo crimine possit transigi sive non, quod illa transactio sive pax non impediatur condemnationem super eo faciendam per potestatem, sive sit statutum sive non, et ita de consuetudine observatur, et hoc illa ratione quia omnis delinquens offendit rem publicam civitatis, ubi maleficium committitur, et illum quem ledit [l. locatio, § quod illicite, ff. de publicanis et vectigalibus et commissis<sup>61</sup>].

Unde remittendo quis iniuriam suam non propterea remittitur iniuria communis et publica.

Et ita sentit dominus Dynus [de Muxello] et determinavit Bononie [metà del secolo XIII].

Dic quod iniuria non tollitur quantum ad ius, quod est acquisitum communi, ut patet ex iuribus supra proxime notatis. Hoc est quando pro iniuria agitur criminaliter, quod fieri potest. Nam eo casu pena, quae debet imponi, applicanda est fisco.

Si autem civiliter agitur, tunc dissimulatione iniuria tollitur, nisi statim dixisset illam iniuriam ad animum revocasse. Nam eo casu non tollitur nuda voluntate, sed verbis expressis vel pacto<sup>62</sup>.

Il testo di Alberto è il punto di approdo di un lungo processo articolato che realizza una sintesi tra: i principi del diritto romano, le attività giudiziarie di Podestà e Capitani che governano le città, le norme statutarie, spesso formate - specie nel penale casistico - dallo slittamento nello statuto di dispositivi e motivazioni di sentenze pronunciate per casi esemplari o tecnicamente cruciali.

<sup>61</sup> Trascritto con errori da H.Kantorowicz.

<sup>62</sup> ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *De transactione et pace in maleficiis faciendis*, ed. H.KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, pp.193-95.

Un valore primario nelle strategie politiche della città resta quello della concordia, tanto più quanto più il potere fa riferimento alle famiglie egemoni. Il bene politico corrispondente è l'ordine pubblico, che riposa sulla pace tra le famiglie, le fazioni, i singoli cittadini. Ma accanto al bene del 'transigere', strumento della *pax*, sta il bene della giustizia, strumento del buon ordine cittadino: i crimini non restino impuniti, e non si impedisca al giudice di compiere l'opera sua.

Il ragionamento di Alberto, che valorizza la *pax* sotto il profilo della sua valenza risarcitoria (è bene che ci siano le paci, non solo per la città, ma anche perché alle vittime venga ristorato il danno subito), si snoda lungo un percorso che passa innanzitutto per alcuni principi riferibili alla logica del diritto civile. Si tratta dell'autonomia delle parti, e dei diritti di ciascuna di esse.

La premessa maggiore che mi pare di cogliere è quella di presumere senz'altro che la città sia parte in causa *in omni delicto*, perché anch'essa offesa dal *delinquens*, e che l'offesa subita crei in capo ad essa uno *ius acquisitum*, che non può esserle tolto, né può essere diminuito dalla *communis pactio* di altre parti implicate nello stesso negozio. L'autonomia di quelle parti va rispettata (*paciscant pro bono civitatis*), ma anche quella del *res publica civitatis* è un'autonomia da salvaguardare. Poi (e qui sta la premessa minore ma, se posso aggiungere, la massima finezza inventiva), una volta assicurato alla città il diritto di conseguire una *sua* soddisfazione, con un repentino spostamento di piano Alberto mette la *respublica civitatis* nella condizione di esigere una riparazione che essa stessa imporrà, affidandola ai suoi giudici, per mezzo del suo *iudicium*, dentro il suo sistema penale e con le sue leggi, attraverso la *condemnatio*: perché la *satisfactio* pretesa dalla città consiste nella irrogazione della pena. Quella stessa *civitas* che rivendica diritti secondo i principi dello *ius privatorum*, poi ne esige una sorta di *self enforcement* in termini di *ius publicum*.

Il giudice, dunque, non si arresterà in presenza di un accordo intervenuto tra l'uccisore e gli eredi del morto<sup>63</sup>. La loro *pax* rileva soltanto tra di essi. Una parte (privata) è stata soddisfatta, in quanto la riconciliazione ha probabilmente dato origine ad un risarcimento o a qualche altra forma di soddisfazione per l'*entourage* della vittima: questa è una buona cosa, in termini di giustizia e di pacifico stato della *civitas*<sup>64</sup>

Si pone però, in presenza di *transactio sive pax*, l'esigenza di far proseguire il giudizio, e la *ratio* di tale prosecuzione, dice Alberto, sta nel fatto che esiste un'altra parte lesa (pubblica) che aspetta di essere soddisfatta. Se il crimine di cui si tratta è di quelli 'intransigibili', la questione si fa piana: il giudice potrà senza ostacoli arrivare a pronunciare la *condemnatio*. Se invece quel crimine sopporta la *transactio*, e questa è intervenuta, e se di seguito a ciò "homicida habuit ab heredibus pacem occisi", allora statuto o non statuto, *de consuetudine observatur* che il giudice arrivi lo stesso ad emettere la sua condanna: vuoi per un principio generale, che è insieme morale, giuridico e politico, il quale vieta di lasciare impuniti i delitti; vuoi per la ragione che anche la *civitas* ha il diritto di conseguire la sua peculiare soddisfazione, essendo anch'essa parte lesa: e ciò perché tutti coloro che commettono un reato, oltre che le loro dirette vittime, offendono anche la *respublica civitatis* della città in cui delinquono.

A ben guardare, dunque, la pubblicizzazione del sistema penale, passata per l'azione *ex officio*, valorizzata dal potenziamento della funzione di acquisizione delle prove (*de omni crimine*) da parte degli *iudices Potestatum*, ha il suo fondante punto di appoggio nella 'personificazione', per così dire, della *respublica civitatis* e nella sua identificazione come parte offesa in occasione di un delitto.

La considerazione della *civitas* come soggetto giuridico, e quindi come titolare di diritti, provvista persino di una sua tipica forma 'maiestatica', non era nuova, ed era tutto sommato ovvia. Persuasivo, quindi, il ragionamento che la configurasse, all'occasione, come possibile parte lesa.

---

<sup>63</sup> Già Dino del Mugello in una delle *Additiones super Digesto Novo*, l. *Hoc edicto*, § *Inde*, *De operis novi nuntiatione*, edita da G.D'AMELIO, *Indagini sulla transazione*, cit., p. 101, s'era pronunciato in questo senso con un «dico ergo quod remissio adversarii non impedit quin iudex procedat [...] quatenus enim ex pacto leditur ius publicum nullum est».

<sup>64</sup> «Nam pax est ad bonum et lenitatem» (ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *De transactione et pace in maleficiis faciendis*, ed. H.KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, p.193).

Più complicato il compito di farla passare come *parte lesa in occasione di un delitto*, quando la parte lesa era visibilmente un'altra, e cioè la vittima in concreto. Perché il delitto esiste, ed ha senso, solo in presenza di un nesso materiale tra autore e vittima, ovvero di una lesione *ingiusta*, nascente da un'*iniuria*, nel quadro di un comportamento offensivo messo in atto da un soggetto per determinare danno (con dolo) a carico di un altro, dentro una logica di causalità. Inserire in questa dinamica la *respublica civitatis* alla stregua di seconda parte offesa, quando la cosa non aveva alcuna materiale evidenza, implicava un formidabile sforzo di astrazione<sup>65</sup>. Implicava, in buona sostanza, la dislocazione del penale su di un piano più alto, svincolandolo dal mero ruolo paraprivatistico tutto orientato sul danno e sul suo risarcimento, per assegnargli un vero compito ordinamentale. Un ordine penale pubblico in cui un diritto di punire si affiancasse ai diritti di rivalsa propri del privato: ripristinando con ciò la funzione classica dell'ordinamento punitivo, che è prima di tutto quella di *clipeus reipublicae*, come recitava il *Codex*, e solo in conseguenza di ciò, quella di *ultor uniuscuiusque civis*.

La dottrina lavorerà per ben più di un secolo ancora intorno all'emancipazione della dimensione penale dell'ordine giuridico, appoggiandosi alla prassi e sublimandola in teoria giuridica, attraverso un uso argomentativo di valori e principi<sup>66</sup>. Il modello della persecuzione penale dell'alto criminale (crimini di infedeltà politica, latrocini, crimini nefandi) scolorerà in basso, estendendo la legittimazione a colpire *criminaliter* anche ad altre numerose infrazioni *olim* transigibili, e ciò su di un duplice presupposto: la *disobbedienza*, risultato di una *infidelitas* che provoca l'offesa alla città, e la *turbativa dell'ordine* che comunque deriva dal delitto, sentito e definito come 'discordia civium'.

Tutto su questo punto si costruisce, e su di un altro come dirò si appoggia, il caso giudiziario originato dal ferimento, seguito da morte, di una *domina Cecilia* abitante a Passignano, sul lago Trasimeno, avvenuto nell'aprile del 1287<sup>67</sup>. L'omicida è Giacomuccio Dati che ha commesso il fatto di notte, con un coltello vietato ('magno, acuto, fraudoloso et malitioso') nella stessa casa dell'uccisa. Questione ordinaria, come tante. Se non che il Capitano del Popolo di Perugia apre un'*inquisitio* ('nemine accusante, nisi fama') contro Giacomuccio "... et item contra communem et homines [...] dicte ville [...] pro eo quod non ceperunt dictum Iacopotium homicidam et [...] pro eo quod eum non duxerunt et non dederunt Potestati vel Capitaneo vel eorum iudicibus, secundum quod facere debent et tenentur secundum formam statutorum [...] communis et populi Perusii".

C'è un'inosservanza degli statuti perugini<sup>68</sup>: disobbedienza, dunque, ed infedeltà, ma anche disordine e ostacolo alla giustizia. Questo è il punto di costruzione del processo alla comunità di

---

<sup>65</sup> Di 'astrazione formidabile' parlò, appunto, Ludovico Zdekauer a proposito del Comune di Siena, che nel *Liber census et liber memorialis offensarum* (il cosiddetto "Memoriale delle offese", del 1223-24) si rappresenta come *persona offesa* dalla inosservanza del *Constitutum senense de facto bladi*, da parte di alcune comunità del suo contado (ricordato in M.ASCHERI, *Statuti, legislazione e sovranità: il caso di Siena*, in G.CHITTOLINI, D.WILLOWEIT (a cura di-), *Statuti città territori in Italia e Germania tra Medioevo ed Età moderna*, Bologna, 1991, p.151). Ma nel caso senese, l'offeso era proprio il Comune, e non "il Comune, in quanto era stato offeso qualcun altro".

<sup>66</sup> In questa direzione, e dentro questa metodica, starà ancora, per esempio, il *Tractatus de maleficiis* di Angelo Gambigliani, pubblicato per la prima volta nel 1438. Solo la superiore dottrina penalistica cinquecentesca (Ippolito Marsili, prima di tutto, ma anche Claro, e poi il grande Deciani) riuscirà, grazie alla pienezza conseguita da un pensiero penalistico ormai maturo ed anche accademicamente legittimato, a rovesciare il rapporto con la prassi. Nel senso che dopo essersene nutrita per accreditarsi e crescere, la nutrirà a sua volta per conferire ad essa ordine e legittimazione.

<sup>67</sup> Il caso Giacomuccio, come ho già ricordato, è stato pubblicato da O.MARINELLI MARCACCI, *Liber inquisitionum del Capitano del Popolo di Perugia*, cit., pp.34-44, e finemente commentato, sia pure sotto profili diversi (ma connessi) da quelli da me evocati nel presente passaggio del mio ragionamento, da S.CAPRIOLI, *Evoluzione storica della funzione d'accusa*, cit., spe p. 38 ss.

<sup>68</sup> Il Cap. 327 dello *Statuto del Comune di Perugia del 1279*, cit., pp. 310-11, minaccia pene pecuniarie a quel «castrum vel villa, ubi factum fuerit homicidium, si non ceperint homicidam». Più precisamente dice che «Si aliquis fuerit occisus in aliquo castro vel villa comitatus et districtus Perusii, homines illius castri vel ville, ubi factum fuit maleficium homicidii seu homicidium, teneantur capere homicidam vel homicidas, et ducere et dare potestati et capitaneo vel eorum iudicibus [...] Item homines castri vel ville teneantur predicta maleficia potestati et capitaneo denunciare, ad quartum vel intra quartum diem postquam maleficium fuerit commissum».

Passignano che non ha catturato Giacopuccio, non l'ha neanche denunciato, ha lasciato trascorrere tempo e si è fatta sostituire dalla *fama* del fatto, giunta comunque a Perugia, seppure troppo tardi. Il punto di appoggio è in tutta evidenza un altro: mentre Alberto da Gandino scrive (e qui il turno di tempo è proprio lo stesso) che ormai tutti i giudici dei podestà, di fatto e per prassi, 'de quolibet maleficio cognoscunt per inquisitionem ex officio suo', a Perugia si era già stabilito da tempo un obbligo di denunciare e far perseguire (e quindi, per il giudice, di procedere) la cui violazione costituisce reato o, diciamo meglio, comporta irrogazione di pena *applicanda fisco*. Si trattava di un omicidio, un reato dunque soggetto ordinariamente al procedimento *per accusationem*. Nell'inerzia degli interessati, o in loro assenza - si poteva dire - avrebbe potuto *concorrere* l'iniziativa pubblica, sempre per la nota ragione per cui non è bene che i delitti restino senza punizione. Invece lo statuto *obbliga* alla *sola* iniziativa pubblica, non fa parola di *accusationes* da parte dei *proximi* della vittima, impone *sub poena* di attivare la giustizia perugina, che consisterà nell'*inquisitio* di un giudice al quale l'autore deve essere consegnato. Qui, nella Perugia della seconda metà del secolo XIII, quanto agli omicidi ed agli altri *maleficia*<sup>69</sup>, le questioni della duplice via di accesso al processo penale, della scelta tra accusa e inchiesta, del potere del giudice o di quello della parte offesa, sembrano risolte ad esclusivo vantaggio di un iter inquisitorio necessario, impedendo o non favorendo il quale si cade nell'omissione punita di atti dovuti. La *respublica civitatis* qui ha preso forma concreta: non si tratta più di un'astrazione difficile da cogliere, ma di una realtà che sembra del tutto acquisita: i *maleficia* offendono la *civitas*, ed è per questo che i cittadini sono tenuti nei termini in cui lo statuto li obbliga.

Ma torniamo ad Alberto da Gandino ed alle sue riflessioni sulla *transactio* e sulla pena, sull'offesa alla vittima e su quella rivolta alla comunità. Il passo di Paolo<sup>70</sup> sul quale Alberto appoggia i suoi sillogismi, sembra reggere bene l'*argumentum*. La coppia concettuale rappresentata nella *utilitas privatorum* da un lato, e nel *vigor publicae disciplinae* dall'altro, è più che sufficiente a sostenere l'esistenza di un soggetto offeso duplice e, quindi, la duplicità della soddisfazione che si invoca. Si inserisce dunque qui, nella commistione di una doppia e diversa domanda di 'risarcimento', l'ultima questione teorica insinuata nel complesso ragionamento di Alberto da Gandino: quella che riguarda il formato giuridico dell'accusa.

Se l'argomento della città offesa serviva a giustificare la necessità di procedere, da parte del giudice, anche in presenza di una transazione e di una *pax*, in ragione della necessità di pervenire alla pena per risarcire l'offesa subita dalla *respublica civitatis*, il duplice formato giuridico dell'azione serve a ribadire l'idea che quella *respublica* è attore legittimato ogni volta che si tratti di agire *ad vindictam publicam*. Rispetto ad una *iniuria* si può infatti agire *civiliter aut criminaliter*. Se si agisce *civiliter* si mantiene interamente la padronanza dell'azione promossa, che può essere revocata *dissimulatione* (cioè, nella *quaestio* gandiniana, tenendo un comportamento remissorio, che fa presumere obliterata l'offesa, in ragione di *acta subsequencia*), ovvero *verbis, vel pacto*.

La *quaestio* era posta nei termini: " Sed quid, si tibi feci iniuriam et postea bibisti et comedisti mecum?"<sup>71</sup>: se l'azione mossa dall'offeso in ordine a quell'*iniuria*, avesse assunto un formato civile, il suo comportamento susseguente avrebbe avuto il valore di una remissione *nuda voluntate*, perché il fatto di 'bibere et comedere' era di per sé in grado di rappresentare insieme perdono e rinuncia a qualsiasi rivalsa. Solo una dichiarata riserva in contrario avrebbe potuto lasciare in capo alla vittima il diritto di agire per un risarcimento 'in sede civile'.

---

<sup>69</sup> Lo stesso Cap. 327 citato qui sopra, in fine, determina che «Si aliquod maleficium factum fuerit in civitate seu districtu Perusii, teneantur homines vicinariae vel contrate vel parochie, seu castrum vel ville, concurrere ad rumorem et dare operam bona fide ad iuvandum offensos et capiendum malefactores». Si tratta principalmente di un obbligo di soccorso, ma vi si insinua un principio di azione pubblica necessaria (il *malefactor captus* andrà consegnato ai giudici del Podestà o del Capitano), per tutti i *maleficia* che si commettessero a Perugia o nel suo contado.

<sup>70</sup> D.39.4.9.5: Quod illicite publice privatimque exactum est, cum altero tanto passis iniuriam exolvitur. Per vim vero extortum cum poena tripli restituitur: amplius extra ordinem plectuntur: alterum enim utilitas privatorum, alterum vigor publicae disciplinae postulat.

<sup>71</sup> ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *De transactione et pace in maleficiis faciendis*, ed. H.KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, pp. 194-95.

Ma se l'azione avesse assunto un formato penale (cioè se l'offeso si fosse mosso *criminaliter, quod fieri potest*), allora si sarebbe implicata la funzione pubblica, perché nella logica criminale - fatti salvi gli aspetti risarcitori - quel che l'attore domanda è una pena, e la pena, *quae debet imponi, applicanda est fisco*. Il soggetto pubblico, così coinvolto, acquisisce un diritto non gestibile da altri che da lui, e certo non più avocabile (*non tollitur*) da parte di chi ha pur messo in moto il procedimento.

Due profili, dunque, uno a padronanza privata, l'altro a gestione pubblica, entrambi finalizzati secondo una logica razionale e plausibile, che si completano in un disegno che mira ad armonizzare i fini passando attraverso una divisione dei compiti. Dall'interno di un interesse privato e particolare, emerge un profilo immateriale (oggi potremmo dire simbolico) che va a costituire la base del *publice interest* e del dovere pubblico - l'*officium* - che ne deriva. La violazione di diritto si separa dalla lesione del bene ed il bene lesa si divarica secondo due distinte logiche che danno vita a due differenti aspetti: quello *materiale*, concretamente apprezzabile, che appartiene alla vittima, e che deve essere compensato; quello *immateriale*, politico, che appartiene alla *communitas* - o alla *civitas* - e che deve essere retribuito con la pena. Un'astrazione, come si vede. Il che accade ogni volta che il giuridico opera un salto di qualità, o si pone ad una decisiva svolta nella storia del suo progredire sulla via dell'adesione alle esigenze nuove delle società che crescono complicandosi. Un'astrazione risolve un problema politico nato dalla complessità, e lo fa 'costituendo' la base, ovvero il presupposto, della soluzione, in modo tale che essa - la soluzione - non potrà essere che giuridica.

Con un atto di mera creazione politica viene presupposta la *res publica civitatis* in quanto soggetto portatore di interessi che possono essere 'penalmente' lesi - il che vuol dire in larga misura 'astrattamente' lesi: *idest* in conseguenza di un mero atto di disobbedienza agli ordinamenti - e quindi puniti. Cosa che realizza, come ho già detto, un'ulteriore astrazione: quella di far riposare *nella pena per il reo* il risarcimento per la città.

Due equilibri vengono così ristabiliti in ordine a due offese. E' il formato penale dell'accusa che consente di raggiungere questo risultato, fondando l'idea che seppure l'offesa riguarda un soggetto particolare, il potere-dovere di rispondere concerne la potestà pubblica, l'unica che possa/debba farsi carico di entrambi i profili dell'offesa, partendo dalla *violazione*, assunta come presupposto della lesione. Il formato penale al quale deve conformarsi l'accusa produce un rovesciamento del rapporto tra la violazione e il danno: bisogna ora riconoscere la violazione per riparare il danno, invece che verificare il danno (se c'è, se è stato indennizzato, composto, riparato, soddisfatto, oppure no) per poi procedere a punire la violazione.

La soluzione fisiologica di un conflitto da crimine sembra proprio la coesistenza di una *composizione* (con risarcimento) e di una pena pubblica: lo schema, in nuce, del moderno diritto penale e della logica del processo moderno.