



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MACERATA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

**CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE
CICLO XIX**

ADULTERIUM E STUPRUM

**Declinazioni della giustizia nella criminalistica moderna
(secc. XVI-XVII)**

RELATORE

Chiar.mo Prof. Massimo Meccarelli

DOTTORANDO

Dott. Gustavo Adolfo Nobile Mattei

COORDINATORE

Chiar.mo Prof. Paolo Palchetti

ANNO 2017

ADULTERIUM E STUPRUM

Declinazioni della giustizia nella criminalistica moderna (XVI-XVII sec.)

Introduzione

I. I *delicta carnis* nella Modernità penale: rilevanza sociale e qualificazione

1. L'età moderna e la disciplina sessuale
2. "*Crimen, id est peccatum mortale*": verso la "spiritualizzazione del diritto"
3. *Delicta carnis*: dalla categoria teologica alla criminalistica
4. *Adulterium* e *stuprum*: alla ricerca di un definizione
5. Classificazioni

II. Il prisma della competenza: quale giustizia per i *delicta carnis*?

1. Varietà delle domande, pluralismo delle giurisdizioni
2. Il foro secolare e la competenza *ratione imperii*
3. Il foro secolare e la competenza *ratione fori*
4. Il foro ecclesiastico e la giurisdizione esclusiva *in clericos*
5. Il foro ecclesiastico e la giurisdizione concorrente *in laicos*
6. La competenza nelle cause civili
7. Il foro interno
8. La competenza negli altri *delicta carnis*

III. Il procedimento criminale nel solco dell'*accusatio*

1. Il ruolo dell'*accusatio* alle soglie della Modernità. Persistenze e ibridazioni
2. *Ius accusandi, ius querelandi*: oscillazioni nelle corti secolari
3. Accusate peccatrici e caste accusatrici: lo status della donna davanti alle corti secolari
4. Lo *ius accusandi* dal *Decretum* alla *Carolina*: il segno della "spiritualizzazione del diritto"
5. *Lenocinium* ed *accusatio*: un vincolo invincibile?
6. L'*iter* accusatorio

IV. Il procedimento criminale nella dinamica dell'*inquisitio*

1. L'*iter* inquisitorio
2. L'inquisitorio nelle corti ecclesiastiche
3. Le corti secolari: il problema della procedibilità *ex officio*
4. "*Quia nulla tergiversatione celari possunt*": notorio e flagranza come pregiudizio sociale
5. Il procedimento sommario per notorio e flagranza
6. Dal Laterano a Trento: strategie cattoliche di disciplinamento
7. Processi sommari e concubinato: dall'ispirazione canonica al protagonismo statale
8. Un procedimento per i miserabili
9. Nell'empireo del penale egemonico: gli *atrocissima* e il procedimento sommario
10. La modernità penale tra vertice e comunità: una riflessione

V. La pena ordinaria tra diritto canonico e diritto civile

1. "*Plus charitas quam potestas*"? L'adulterio dei laici nelle corti ecclesiastiche
2. Disciplinare il clero: adulterio e concubinato nei tribunali vescovili
3. Il diritto canonico e lo stupro
4. La pena canonica nel diritto secolare: l'intreccio
5. *Stuprum*: le pene secolari tra *ius commune* e *iura propria*
6. *Adulterium*: le pene secolari tra *ius commune* e *iura propria*

VI. La commisurazione della pena attraverso l'*arbitrium in puniendo*

1. *Iuxta conditionem personarum*: ponderare l'identità soggettiva
2. *Iuxta conditionem personarum*: indagare il dolo
3. *Iuxta qualitatem facti*: soppesare la condotta
4. *Crimen lenocinii* e correttezza
5. Nei meandri della casuistica penale: una riflessione

VII. L'altra giustizia

1. "*Iustitia et pax osculatæ sunt*"
2. Fare a meno del giudice
3. Perdonare l'adulterio tra le pieghe del processo criminale
4. Negoziare l'onore tra le pieghe del processo criminale: lo stupro
5. Una vendetta senza processo tra famiglia e vicinato
6. Potestà familiare e *ius occidendi*
7. Quinto: non uccidere
8. La Penitenza sacramentale: un giudizio di precetto
9. Il procedimento di foro interno
10. Giustizia di Dio e giustizia degli uomini

*“Credimus enim in Domino Deo etiam ex hoc nostro circa castitatem studio
magnum fieri nostræ Reipublicæ incrementum,
Deo nobis omnia prospera per talia opera conferente.”*
Nov.14.10

INTRODUZIONE

La presente ricerca si propone di analizzare il regime giuridico di *adulterium* e *stuprum* nel periodo compreso tra l'inizio del Cinquecento e la metà del Seicento. Parte della storiografia ha descritto questi anni come l'età dell'intolleranza religiosa: una simile tensione – causata dalla traumatica rottura degli universalismi – non mancherebbe d'influenzare il diritto, inasprendolo¹. D'altra parte, le indagini più recenti hanno sottolineato il carattere multiforme di quell'esperienza giuridica, irriducibile ad una dimensione univoca².

I due reati in esame si pongono come punto d'osservazione privilegiato. Da un lato, per la loro natura peccaminosa, si prestano ad un uso disciplinante e moralistico. Dall'altro, per la loro ricaduta familiare, rivelano una certa refrattarietà alla pubblicizzazione repressiva. Trattati dal novero dei *delicta carnis*, si collocano in una posizione mediana sulla scala del disvalore. Ciò fa di essi un prisma particolarmente efficace: mostra umori sociali ed interessi politici ma, soprattutto, schiude prospettive giuridiche estremamente differenziate.

La complessità è, perciò, la chiave di lettura del fenomeno in esame. Essa non contraddice la torsione rigorista, ma la comprende nel suo ventaglio di possibilità. La trama della complessità si dipana per tutta la nostra analisi, determinandone la struttura: dai profili definitivi (che si articolano in modo differente tra *ius civile* e *ius canonicum*) alla competenza (che vede la concorrenza di tribunali ecclesiastici e secolari, locali e centrali, ordinari e speciali), dallo strumento utilizzato (si può agire *criminaliter*, ma anche *civiliter*) al *modus procedendi* (*accusatio*, *inquisitio*, procedimenti sommari). La sanzione – pubblica o privata, ordinaria o straordinaria – riflette un penale che si prefigge scopi plurimi, da determinare caso per caso secondo l'ampia formula *facere iustitiam*. Sotto questa luce, la ricerca intende porsi come una “storia delle dimensioni giuridiche della giustizia”³, domandandosi in che modo il diritto risponda alle domande di giustizia e come esso concepisca l'idea stessa di giustizia.

¹ Su tutti: Mereu, *Storia dell'intolleranza in Europa*, Milano 1988; Brambilla, *La giustizia intollerante. Inquisizione e tribunali confessionali in Europa (secoli IV-XVIII)*, Roma 2006.

² Ci si limita, in questa sede, a poche citazioni: Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna 2000; Sbriccoli, *Giustizia negoziata giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di Storia della giustizia criminale*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano 2009, II, pp.1223-1245; Meccarelli, *Dimension of justice and ordering factors in Criminal law from the Middle Ages till juridical Modernity*, in Martyn G. – Musson A. – Pihlajamäki H. (edited by), *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle. Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*, Berlin 2013, pp.49-67.

³ Meccarelli, *La Storia del diritto in America Latina e il punto di vista europeo*, in *Forum historiae iuris*, 2009, <http://www.forhisiur.de/es/2009-08-meccarelli/?l=it>; Id., *La protezione giuridica come tutela dei diritti: riduzioni moderne del problema della dimensione giuridica della giustizia*, in *Giornale di Storia costituzionale*, XVI (2014), n.27, pp.69-71.a

L'arco cronologico considerato (XVI secolo e prima metà del XVII) si mostra particolarmente congeniale per siffatta analisi. *In primis*, per l'indubbia rilevanza che i crimini sessuali acquistano nell'economia degli ordinamenti penali; ma anche perché, proprio in questi anni, lo *ius criminale* acquista una sua autonomia disciplinare⁴. L'eccezionale fioritura scientifica procede di pari passo con la consolidazione normativa, ed entrambe riflettono un fenomeno più vasto: la nascita dello Stato moderno. La ricerca si prefigge, perciò, di evidenziare i nessi tra "penale" e "costituzione"⁵. In questo ambito, peraltro, la nascente statualità rivela a pieno tanto la sua tendenza centralizzante, tanto la sua realtà non esclusiva. I corpi sociali restano protagonisti di primo piano sulla scena dei *delicta carnis*; ma anche la Chiesa, con le sue diverse riforme, incide profondamente⁶. Pur non accedendo ad una ricostruzione evenemenziale, i processi in atto (confessionalizzazione, disciplinamento, statualizzazione) hanno un loro peso sul diritto, sapere tecnico ma permeabile⁷. Per delimitare una cronologia coerente, è sembrato opportuno escludere dalla ricerca la seconda metà del XVII secolo, ormai contraddistinta da apparati pubblici più strutturati ed invasivi, nonché da una "secolarizzazione negativa" che tende a recidere il nesso tra reato e peccato⁸. Ciò non significa escludere i nessi che legano la Prima età moderna con l'epoca successiva, né tantomeno col Medioevo: ma, senza negare debiti e lasciti, la ricerca opta per la discontinuità, individuando nell'epoca in esame una "maturità di tempi"⁹. Di fatto, i giuristi s'interrogano sui delitti carnali già nell'Età di mezzo, e continueranno a farlo ancora per molto: ma lo spirito che anima questi secoli conferisce alla materia una centralità ben diversa, come si metterà in luce nella ricerca.

⁴ Un'agile sintesi in Pifferi, *Criminalistica*, in *Il Contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto* (2012), pp.141-148.

⁵ Secondo l'insegnamento di Sbriccoli, *Giustizia criminale*, in *Id.*, *Storia del diritto penale*, cit., I, p.6 «I mutamenti costituzionali si riflettono immancabilmente sul carattere del penale, determinandone la modificazione. L'osservazione dei tratti costituzionali delle formazioni politiche ha fondamentale importanza nello studio del penale, perché esso tende a conformarsi naturalmente alle logiche costituzionali dei poteri che lo esprimono».

⁶ Proprio per non leggere «il passato dal punto di vista di quanto poi è accaduto», pur prendendo in considerazione la crescita dello Stato come fenomeno in atto, la ricerca ha riconosciuto lo spazio della giustizia non statale (*in primis* di quella canonica). Si seguono così le indicazioni metodologiche di Hespanha, *Introduzione alla Storia del diritto europeo*, Bologna 1999, p.14 e 40-45. Cfr. anche le osservazioni di Sbriccoli, "Storia del diritto italiano". *Articolazioni disciplinari vecchie e nuove*, in *Id.*, *Storia del diritto penale*, cit., II, pp.1183-1185.

⁷ Senza disconoscere l'importanza dei fatti nelle vicende storiche e nell'esperienza giuridica, la ricerca non si prefigge di ricostruire in modo esaustivo gli avvenimenti che caratterizzano i secoli XVI-XVII. Quelli citati sono interpretati come espressione di una temperie diffusa. È questa la prospettiva adottata sia per i grandi eventi di quegli anni (affissione delle 95 tesi, Concilio di Trento), sia per i casi giudiziari esaminati. Se i primi non mancano di apportare un contributo, i secondi assumono una funzione peculiare nel contesto di un diritto giurisprudenziale. Entrambi, però, non nascono *ex nihilo*. Il superamento della prospettiva evenemenziale è senz'altro la lezione più feconda degli *Annales* (salvo precisare che, diversamente da quanto sostenuto dai primi esponenti della Scuola, il diritto va considerato come struttura fondamentale di una società, e ne concorre a spiegare l'identità).

⁸ Entrambi i caratteri trovano un paradigma nell'opera di Hobbes: Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna 1976, pp.59-67; Scattola, *Teologia politica*, Bologna 2007, pp.113-121.

⁹ Secondo la prospettiva metodologica indicata da Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma Bari 2006, pp.9-13. Hespanha, *Introduzione*, cit. pp.33-35 e Fonseca, *Introducción teórica a la historia del derecho*, Madrid 2012, pp.41-69 suggeriscono la discontinuità come antidoto alla prospettiva positivista, foriera di equivoci interpretativi.

Proprio per evidenziare il carattere osmotico del diritto, la ricerca non trascura aspetti di Storia politica. La giustizia può essere terreno d'incontro anche con la Storia sociale, la cui analisi – debitamente sfrondata di certe incomprensioni – si rende compatibile con un'indagine storico-giuridica proprio per la diversità di punti di vista¹⁰. La tematica in esame si presterebbe ad un approccio interdisciplinare assai proficuo: arte e letteratura offrono non pochi spunti in tal senso (si pensi a soggetti ricorrenti come *Cristo e l'adultera*, *Susanna e i vecchioni*, *Giuditta e Oloferne*, nonché alla ricca novellistica di stampo boccaccesco), che però non è stato possibile sviluppare fino in fondo. Viceversa, è sembrato imprescindibile un confronto con la teologia che, più delle altre scienze, dialoga col diritto e lo influenza (specie in questi secoli)¹¹. Sono i giuristi stessi a rivelarne l'importanza, nei corposi rimandi che appesantiscono la lettura ma dimostrano un ricchissimo bagaglio culturale. Per capirne le idee, non è possibile rinchiudersi in un tecnicismo anacronistico, espellendo dall'analisi gli innumerevoli riferimenti extragiuridici¹². In queste opere non costituiscono orpelli barocchi, ma il cuore pulsante di una civiltà¹³.

Il *focus* della ricerca, però, è incentrato sulla criminalistica: spiccano le ponderose *practicæ* (ed in particolare quelle di Claro, Farinacci e Carpzov), i più accademici *tractatus* (Deciani, Matthes) ma anche *decisiones* e *consilia*. Sull'importanza di questa letteratura si tornerà in seguito; per ora, basti sottolineare che essa costituisce un vero e proprio pensiero giuridico di portata continentale. Pur sottolineando le particolarità locali – sia attraverso lo *stylus curiæ*, sia attraverso la legislazione – la ricerca assume una latitudine vasta, nella convinzione che il fenomeno si spieghi meglio su scala europea¹⁴. Il confronto tra Paesi cattolici e Paesi protestanti rende meglio la portata – parziale, ma non irrilevante – della frattura confessionale¹⁵.

L'ultimo capitolo – punto di arrivo di questa ricerca – è gravido di premesse per un'ulteriore indagine. Osservare la *iustitia* nell'ottica del tempo significa inoltrarsi su

¹⁰ Sbriccoli, Storia del diritto e Storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca, in Id., Storia del diritto penale, cit., II, pp.1113-1134; Id, Fonti giudiziarie e fonti giuridiche. Riflessioni sulla fase attuale degli studi di Storia del crimine e della giustizia criminale, in Id., Storia del diritto penale, cit., II, pp.1135-1149.

¹¹ Schmitt, Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità, in Id., Le categorie del politico, Bologna 1972, pp.29-86; Hespanha, Introduzione, cit. pp.49-54.

¹² «Sarebbe completamente assurdo proiettare sul passato le attuali frontiere disciplinari tra diritto, morale, teologia e filosofia, cercando, per esempio, di isolare il diritto dai restanti complessi normativi»: Hespanha, Introduzione, cit. p.16.

¹³ Hespanha, Introduzione, cit. pp.47-48.

¹⁴ Almeno per quanto attiene il periodo ed il tema in esame, appare condivisibile l'opinione di Padoa Schioppa, Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'Età contemporanea, Bologna 2007, p.9: «Le influenze reciproche e la intensa circolazione di consuetudini, di leggi, di uomini e di libri tra le diverse regioni (...) sono state una costante della Storia europea, sicché per nessuna delle nazioni del nostro continente la storia del diritto può farsi isolatamente rispetto a quella delle altre nazioni (...) Ciò non comporta affatto la sottovalutazione delle specificità locali e regionali (...) che costituiscono anzi una realtà vivissima ed una delle maggiori ricchezze della civiltà europea».

¹⁵ Sull'impatto giuridico della Riforma, fondamentale la lezione di Berman, Diritto e Rivoluzione, II. L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale, Bologna 2010. Da questa opera è tratta la categoria di "spiritualizzazione del diritto", che viene adottata come una delle chiavi di lettura del periodo in esame.

percorsi insoliti, che un giurista odierno non considererebbe affatto “giustizia”. Il pluralismo delle risposte si traduce, così, nell’ammettere la giuridicità della negoziazione penale, della vendetta privata e perfino del Sacramento della Penitenza. I criminalisti ne riconoscono il ruolo: la ricerca, evitando una lettura retrospettiva, adotta la loro visuale. Ciò porterebbe ancor più lontano, perché *adulterium* e *stuprum* legittimano anche numerose *actiones civiles* che meriterebbero un altro studio. Nel caleidoscopio delle risposte, il penale di *Ancien Régime* è senz’altro la più vistosa: ma non la sola e, come vedremo, nemmeno la più frequente.

Capitolo I

I DELICTA CARNIS NELLA MODERNITÀ PENALE: RILEVANZA SOCIALE E QUALIFICAZIONE

1. *L'Età moderna e la disciplina sessuale*

«L'amore diventa alla fine del secolo XV un male più grande del vaiolo»: con queste parole, Jacques Roussiad ha descritto l'inusitata importanza che acquista il tema della sessualità all'alba dell'Età moderna¹. Le testimonianze più disparate ne evidenziano la centralità, mostrando da un lato la tensione moralizzatrice, dall'altro la difficoltà di adeguare la realtà a parametri così esigenti. Non mancano poi i contestatori, i libertini, che nei loro scritti più o meno clandestini cercano di costruire un'etica affrancata dai divieti religiosi e volta alla piena accettazione del piacere, che dà i suoi frutti migliori proprio nelle unioni illegittime². Il caleidoscopio delle fonti cui attingere sarebbe quanto mai ricco: sin dagli albori del Rinascimento si era diffusa una fortunata letteratura sul matrimonio, volta a sottolinearne vantaggi e difetti, oltre che a suggerire i criteri per la scelta della "buona moglie"³. A questa moda non riescono a resistere nemmeno due prestigiosi giuristi come Giovanni Nevizzano, autore di una *Sylva nuptialis* ibrida di letteratura e diritto⁴, e il cardinal De Luca de *Il cavaliere e la dama*. Fuori d'Italia, col pretesto di commentare le consuetudini del Poitou, anche André Tiraqueau interviene in una *querelle des femmes* che ormai appassiona i migliori intellettuali del Continente⁵.

Una grave condanna della sessualità irregolare proviene, poi, dalla predicazione dei regolari: tipica di questi secoli, costituisce un formidabile canale divulgativo della morale cristiana presso il popolo basso. Con tono esasperato, e senza risparmiare la minaccia dell'Inferno, i predicatori si preoccupano di sradicare le condotte più perniciose,

¹ Roussiad, *Il cittadino e la vota di città*, in Le Goff (cur.), *L'uomo medievale*, Roma Bari 2014, p.196.

² Canosa, *La restaurazione sessuale. Per una storia della sessualità tra Cinquecento e Settecento*, Milano 1993, pp. 48-57; Addante, *Eretici e libertini nel Cinquecento italiano*, Roma Bari 2010.

³ Frigo, *Dal caos all'ordine: sulla questione del «prender moglie» nella trattatistica del sedicesimo secolo*, in Zancan (cur.), *Nel cerchio della luna. Figure di donna in alcuni testi del XVI secolo*, Venezia 1983; Fazio, *Percorsi coniugali nell'Italia moderna*, in De Giorgio – Klapisch-Zuber (curr.), *Storia del matrimonio*, Roma Bari 1996, pp.178-181.

⁴ Lessona, *La Sylva Nuptialis di Giovanni Nevizzano*, Torino 1886; Marchetto, "Sine matrimonio respublica stare non potest". L'utilità pubblica delle nozze nella *Sylva nuptialis* di Giovanni Nevizzano d'Asti (1518), pp.109-161, in Rossi (cur.), *La tradizione politica aristotelica nel Rinascimento europeo: tra familia e civitas*, Torino 2004.

⁵ Cfr. Rossi, "Viri uxoribus imperanto. Uxores viris obediunt". I rapporti coniugali tra modelli classici e diritto consuetudinario in André Tiraqueau (1488-1558), in Id. (cur.), *La tradizione politica*, cit., pp. 163-226. Opera eclettica, ma non isolata, quella di Tiraqueau: pubblicata nel 1513, apre la strada ad altri scritti analoghi, come l'erudita *Γαμολογία, Regulas seu leges connubiales* dell'avvocato bavarese Salmuth (tradotta in latino nel 1617) o il *De nuptiis* di Alberico Gentili (1601), di marca più giuridica. La *querelle* era iniziata intorno al 1400, con la diffusione di due opere di Boccaccio: *Il Corbaccio* e *De claris mulieribus*. Ci si divideva tra chi difendeva le qualità femminili e chi ne condannava con durezza i difetti: sul piano dei costumi sessuali, l'idealizzazione dei primi e la demonizzazione dei secondi conducevano entrambi al rigorismo. Cfr. Vidal, *Historia de la teología moral*, IV. *La moral en la edad moderna*, 1. *Humanismo y Reforma*, Madrid 2012, pp.187-194.

difendendo il valore della castità femminile: verginale, vedovile e persino matrimoniale⁶. Frutto di una speculazione ben più raffinata e complessa, la teologia morale attraversa il secolo XVII con la disputa tra rigoristi e lassisti: i primi si rispecchiano nelle severe posizioni gianseniste, i secondi nelle più articolate distinzioni gesuite. La sessualità diviene punto di scontro tra teologi intransigenti e quanti sono invece disposti a sminuire la gravità di alcune pratiche, in nome della «parvitas materiæ»⁷.

Anche il mondo del diritto palesa una crescente attenzione verso la sessualità. Gli statuti comunali del Duecento avevano affrontato l'argomento in modo frammentario; specie in relazione all'adulterio, questo sostanziale disinteresse «pare fosse indice di una precisa volontà di rimettere il problema alle strategie domestiche»⁸. Ciò comportava,

⁶ «La Chiesa faceva adesso dei piaceri della carne il suo primo obiettivo. Jean Delumeau ha evidenziato lo spostamento di tematiche tra le prediche del XVII secolo e quelle di due secoli prima, che nella cupidigia e nell'avarizia vedevano l'ostacolo maggiore alla fratellanza dei credenti»: Di Simplicio, Sulla sessualità illecita in Antico Regime (secc.XVII-XVIII), in Berlinguer – Colao (curr.), Criminalità e società in età moderna, Milano 1991, p.648. Sulla predicazione relativa al sesto comandamento, nella quale si distinguono i religiosi, diffusamente Canosa, La restaurazione, cit., pp.117-143. Ma sono regolari anche i grandi protagonisti del tempo, come i domenicani Savonarola e Pio V, il francescano Sisto V, l'agostiniano Lutero: il disciplinamento dei costumi trova negli ordini mendicanti un terreno particolarmente fertile.

⁷ Le due impostazioni si fondano su presupposti antropologici diametralmente opposti. Ferma restando la comune condanna del sesso extraconiugale, le maggiori differenze si colgono relativamente ai rapporti legittimi. Fondata sul naturalismo aristotelico, la teologia tomista aveva rivalutato la sessualità matrimoniale come atto positivo, benché sottoposto ad alcuni limiti. I lassisti del XVII secolo si spingeranno verso conclusioni sempre più permissive. Riscontra eco enorme l'opera del gesuita Tomás Sánchez: cfr. Alfieri, Nella camera degli sposi: Tomás Sánchez, il matrimonio, la sessualità (secoli XVI-XVII), Bologna 2010; Canosa, La restaurazione, cit., pp.62-79; Pelaja – Scaraffia, Due in una carne. Chiesa e sessualità nella storia, Roma Bari 1998, pp.117-123. Il rinascente agostinismo, invece, scorge il peccato veniale persino nelle unioni tra coniugi, a causa di una natura irrimediabilmente corrotta. Nei teologi giansenisti, si profila perciò una netta separazione tra amore e corporeità. Cfr. Vereecke, Da Guglielmo d'Ockham a Sant'Alfonso de Liguori. Saggi di Storia della teologia morale moderna, Cinisello Balsamo 1990, pp.383-407 e 657-701; Vidal, Historia de la teología moral, V. De Trento al Vaticano II, 1. Crisis de la razón y rigorismo moral en el Barroco, Madrid 2014, pp.153-177, 211-257 e 707-912.

⁸ Cavina, Nozze di sangue. Storia della violenza coniugale, Roma Bari 2011, p.77. Per trovare una normativa più corposa, bisogna semmai analizzare il *Liber Augustalis* (1231) o le *Siete partidas* (1265). Si tratta, però, di casi eccezionali, sia per l'organicità del testo, sia per il disegno politico che li ispira. Nel Mezzogiorno, l'opera federiciana contiene alcune disposizioni che emendano il diritto comune. Si tratta delle costituzioni del libro I *Si quis rapere sacratas, Omnes nostri regiminis scepro, Capitalem poenam, In questionibus violentarum, Quicumque mulierem clamantem, Pessimam et orrenda* in materia di ratto, sacrilegio e violenza carnale (*Liber Augustalis*, 1.20-24; edizione di riferimento: *Utriusque Siciliae constitutiones, capitula ritus et pragmaticae, Venetiis* 1590). Nel libro III sono invece collocate le costituzioni *Legum asperitate lenita, Qui coram se spectante, Quamvis uxorem suam, Quae passim venalem, Repudium, Lenas sollicitantes alienam, Matres virgines filias, Si maritus uxorem, Maritum lenocinii poena, Majestati nostrae, Lena sollicitantes pudicitias, Matres quae publice* in tema di adulterio e lenocinio, la costituzione *Amatoria pocula* sui filtri amorosi (*Liber Augustalis* 3.73-85). Non poche norme, nel complesso: ma siamo ben lontani dall'ipertrofia penale tipica dell'Età moderna (mancano stupro non violento, concubinato, fornicazione, bigamia, incesto e perfino peccato contro natura). La suddivisione della materia in due libri diversi dimostra come le fattispecie vengano ricondotte, nell'impostazione federiciana, a *rationes* distinte. Più ricca e tendenzialmente esaustiva la disciplina delle *Partidas*: il libro VII contiene ben 15 disposizioni sull'adulterio e 1 sulla bigamia (titolo XVII), 3 sull'incesto (titolo XVIII), 2 sulla congiunzione non violenta con *mujeres de orden, viudas o virgenes* (titolo XIX), 3 sul ratto e sulla congiunzione *cum vi* (titolo XX), 2 sul peccato contro natura (titolo XXI), 2 sul lenocinio (titolo XXII). Ad esse si accompagnano 6 proemi intrisi di spirito pedagogico. Fino al 1348, però, l'opera di Alfonso il Saggio svolge una mera funzione dottrinale; dopo, acquisisce valore sussidiario: Tomás y Valiente, *Manual de Historia del derecho español*, Madrid 1982, pp.241-242. Nel 1484, su sollecitazione dei Re Cattolici, Alonso Díaz de Montalvo opera una ricognizione dello *ius regium* bassomedievale: in materia sessuale, le *Ordenanzas Reales de Castilla* (1484) contengono solo sette

evidentemente, un ruolo preponderante della giustizia privata su quella pubblica. Una pietra miliare della criminalistica, il *Tractatus de maleficiis* di Alberto Gandino, trascurava i delitti sessuali. Ciò non significa che glossatori e commentatori negassero il disvalore di tali pratiche: il loro studio, però, non si spinse troppo oltre l'analisi del *Corpus iuris civilis*⁹. Confrontando il *Repertorium* quattrocentesco di Bertachini con quelli seicenteschi di Toschi o Savelli, s'intuisce immediatamente l'enorme sviluppo del pensiero giuridico in ambito di delitti carnali. Di fondo, resta sempre il canovaccio proposto dal titolo *Ad legem Iuliam de adulteriis coercendis* del Digesto (D.48.5) e dall'omologo titolo del *Codex* (C.9.10), nonché l'importante contributo del *Decretum* e del *Liber Extra* (X.5.16): ma questi testi, ormai, sono solo il punto di partenza per una costruzione sempre più originale. Il peso specifico dei crimini sessuali è cresciuto esponenzialmente sia nella *practicae*, sia nella legislazione del tempo¹⁰.

C'è da capire, allora, perché l'Europa dei secoli XVI e XVII riservi tanto interesse all'argomento. Innanzitutto, la sessualità non costituisce una sfera privata dove ciascuno è libero: in virtù del principio «nemo est dominus membrorum suorum»¹¹, è ben possibile contestare l'uso smodato del corpo. Nella Prima età moderna, etica, politica e diritto sono ancora saperi connessi. Tutta la filosofia del tempo spinge verso la condanna dell'ἔρωσ sensualità: non solo (e non tanto) l'etica scolastico-aristotelica del giusto mezzo, ma soprattutto il neoplatonismo e il neostoicismo, che esaltano il rifiuto del possesso e della passione.

La crescita esponenziale del problema è segno evidente di quel disciplinamento che le istituzioni secolari ed ecclesiastiche cercano di realizzare nel contesto di un mondo in trasformazione. Rigore etico, confessionalizzazione e statualità sono fenomeni strettamente intrecciati: lo Stato moderno si forma nel crogiolo dell'omogeneità religiosa e morale, che garantisce l'obbedienza¹². Nella Chiesa Cattolica, un evento chiave è rappresentato dal

disposizioni, tutte piuttosto scarse e perlopiù risalenti alla seconda metà del Trecento. Autonoma la posizione dei ruffiani, il cui trattamento è collocato nel titolo *de los vagamundos, y holcazanes* (edizione di riferimento: Díaz de Montalvo – Pérez, *Ordenanzas Reales de Castilla*, Madrid 1780).

⁹ Si consideri un'esempio precoce della letteratura penale, recentemente pubblicato da Minnucci, *Tractatus criminum saeculi XII*, Bologna 1997, pp.21-32: pur occupando uno spazio di rilievo nell'economia complessiva dello scritto, il titolo III *ad legem Iuliam de adulterio et stupro* non mostra particolare autonomia dal testo giustiniano, né velleità di completezza rispetto a tutte le ipotesi di peccato carnale.

¹⁰ Tomás y Valiente, *El crimen y pecado contra natura*, in *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid 1990, p.39. La *Nueva Recopilación* (1567) arriva alla considerevole somma di 19 capitoli, suddivisi nel libro VIII tra i titoli *de los amancebados* (XIX), *de los adulteros, incestos, i estupro* (XX) e *del pecado nefando* (XXI). La *Carolina* (1532) contiene, invece, solo 8 disposizioni (artt.116-123): qui, però, non è il numero a fare la differenza, ma lo stile normativo. La costituzione di Carlo V mostra evidenti ambizioni di completezza e, col suo stile più generale e astratto, riesce a condensare in pochi capitoli quasi tutte le trasgressioni sessuali. In Claro, più di un terzo della disamina dei singoli reati è dedicata a questa materia (7 *questiones* su 19); Farinacci, nel libro V, inserisce il corposo titolo XVI *de delictis carnis*, composto da ben 13 *questiones*; Carpozov si diffonde in ben 26 *questiones*.

¹¹ Toschi, *Praticarum conclusionum iuris*, Lugduni 1660, IV, concl.153, p.194.

¹² «La coerenza, la sistematicità e l'ordine vengono ora tanto più esaltati, quanto più la distruzione traumatica della precedente organizzazione degli impulsi e del particolarismo politico di origine feudale lasciano sguarnito il terreno psichico e politico»: Bodei, *Geometria delle passioni*. Paura, speranza, felicità: filosofia e uso politico, Milano 2003, p.232. In chiave dichiaratamente weberiana, il rapporto tra modernizzazione e disciplinamento è delineato da Schiera, *Politica e cristianesimo: un caso storico del rapporto potere-religione*,

Concilio di Trento (1545-1563) che pone tra le sue priorità il ripristino della moralità sessuale, corrotta dall'Umanesimo laicizzante ed edonista¹³. Bisogna riformare la Chiesa, ripristinando capisaldi morali trascurati da tempo: nel perseguire questo scopo, le gerarchie ecclesiastiche cercano – e trovano – l'ausilio interessato del potere temporale. La sessione XXIV del Concilio di Trento è interamente dedicata al matrimonio: ribadita la natura di sacramento *iure divino*, vengono condannate le tesi protestanti. Sono promulgati 22 canoni volti a difendere il matrimonio sacro ed indissolubile e a formalizzarne la celebrazione, contro la piaga delle nozze clandestine e delle unioni non convenzionali¹⁴. La forma pubblica stabilita dal canone *Tametsi* non solo garantisce un più efficace controllo sulla volontà delle parti, ma rende «più facile circoscrivere la sessualità legittima all'interno del vincolo matrimoniale e punire ogni rapporto sessuale extraconiugale»¹⁵. Comportamenti fino ad allora tollerati, d'un colpo, assumono una gravità inedita: l'intimità tra fidanzati diventa *stuprum*¹⁶, mentre ogni forma di *concubinatus* diventa perseguibile in quanto

in Prodi – Sartori (curr.), *Cristianesimo e potere*, Bologna 1986, pp.134-140; più diffusamente Id., *Specchi della politica. Disciplina, melancolia, socialità nell'Occidente moderno*, Bologna 1999. Così come proposta da Gerhard Oestreich, *Problemi di struttura dell'assolutismo europeo*, in Rotelli – Schiera (cur.), *Lo Stato moderno*, I. Dal medioevo all'età moderna, Bologna 1971, pp.173-191 la categoria del “disciplinamento sociale” si mostrava funzionale all'assolutismo monarchico. La storiografia, oggi, tende a sfumare questa dimensione troppo verticale: il concetto stesso di *disciplina* implica che il destinatario del comando sia disposto ad obbedire, perché educato a condividerne lo spirito. Da questo punto di vista, il disciplinamento va inteso come fenomeno persuasivo più che coercitivo. D'altro canto, la stessa etichetta di “assolutismo” è stata sottoposta a profonde revisioni. Cfr. Reinhard, *Confessionalizzazione forzata? Prolegomeni ad una teoria dell'età confessionale*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, VIII (1982), pp.13-37; Id., *Disciplinamento sociale, confessionalizzazione, modernizzazione. Un discorso storiografico*, in Prodi (cur.), *Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra Medioevo ed Età moderna*, Bologna 1994, pp.108-113. Per una rassegna storiografica sul tema, cfr. Alessi, *Discipline. I nuovi orizzonti del disciplinamento sociale*, in *Storica*, II (1996), pp.7-37, che sottolinea debiti e differenze tra “disciplinamento”, “civilizzazione” (Norbert Elias) e “controllo sociale” (Michel Foucault).

¹³ Quest'ultimo aveva conosciuto pratiche molto distanti dai precetti cristiani, che avevano contagiato lo stesso clero ed erano state sdoganate da una letteratura fortunata e licenziosa; ma già il contrasto tra il Magnifico e Savonarola (e tra questi e papa Borgia) aveva preannunciato la reazione. L'utopia fiorentina – costruire la Città di Dio sulle macerie del Rinascimento – s'era conclusa nel rogo del 1498: ma il suo anelito era destinato a coinvolgere l'Europa intera, prima con Lutero, poi con la reazione romana. Sul Concilio come soluzione cattolica per il disciplinamento, cfr. Schilling, *Chiese confessionali e disciplinamento sociale. Un bilancio provvisorio della ricerca storica*, in Prodi (cur.), *Disciplina dell'anima*, cit., p.142.

¹⁴ Fenomeno già diffuso a partire dal Trecento e mai completamente sradicato. Cfr. Seidel Menchi – Quagliani (curr.), *Matrimoni in dubbio. Unioni controverse e nozze clandestine in Italia dal XIV al XVIII secolo*, Trento 2001; Prospero, *Il Concilio di Trento: una introduzione storica*, Torino 2001, pp.133-137; Alessi, *Stupro non violento e matrimonio riparatore. Le inquiete peregrinazioni dogmatiche della seduzione*, in Seidel Menchi – Quagliani (curr.), *I tribunali del matrimonio (secoli XV-XVIII)*, Bologna 2006, p.615.

¹⁵ Lombardi, *Il reato di stupro tra foro ecclesiastico e foro secolare*, in Seidel Menchi – Quagliani (curr.), *Trasgressioni*, Bologna 2004, p.372.

¹⁶ Benché, sul piano sostanziale, la congiunzione prematrimoniale era qualificata *stuprum* già prima del Concilio, l'istituto del matrimonio presunto aveva offerto una comoda via di scampo ai fidanzati incontinenti: in presenza di *sponsalia de futuro* pregressi, si presumeva che prima della consumazione fosse intervenuto il consenso *de presenti*. Il canone *Tametsi*, imponendo la celebrazione *in facie Ecclesiae*, impedisce l'operatività di questo meccanismo. «Præterea eadem sancta synodus hortatur, ut coniuges ante benedictionem sacerdotalem, in templo suscipiendam, in eadem domo non cohabitent»: Concilio di Trento, sess.XXV, cap.I *de reformatione circa matrimonium* (per i Concili ecumenici, si ricorre a all'edizione Alberigo – Dossetti – Joannou – Leonardi – Prodi, *Conciliorum oecumenicorum decreta*, Basileæ 1962).

crimine¹⁷. Certamente, il Concilio segna uno sforzo di disciplinamento epocale: e questo si avverte, in modo particolare, per l'ambito matrimoniale¹⁸.

«Nostro Signore ci vieta ogni copula carnale, fuori del legittimo matrimonio. Et per questo ogni tale copula carnale è peccato mortale»: così il più diffuso manuale per confessori del tempo, nel commentare il sesto comandamento¹⁹. Secondo il Catechismo tridentino, la natura spinge l'uomo al matrimonio per tre ragioni: il desiderio di compagnia, l'appetito della generazione e la necessità di sfogare col coniuge – e solo col coniuge! – le debolezze della carne (*remedium concupiscentiæ*, come aveva insegnato San Paolo ai Corinzi)²⁰. La Controriforma si pone in continuità con quanto sancito nel precedente Concilio di Firenze, che aveva individuato i tre *bona matrimonii* di prole, fede e sacramento²¹. Tradotto in termini giuridici, qualunque pratica realizzata fuori del

¹⁷ Brambilla, I casi morali tra corti di giustizia e casi di coscienza, in Seidel Menchi – Quaglioni (curr.), I tribunali, cit., pp.549-559. Sin dall'Antichità questo tipo di rapporto informale legava uomini di spicco a donne di condizione umile, i cui figli non si volevano come eredi. Nel Medioevo, la Chiesa mostrava di considerare matrimonio tutte le unioni stabili caratterizzate da *coniugale affectum* (anche qualora la copula non fosse direttamente indirizzata alla procreazione). Ministri del matrimonio sono i coniugi, non il sacerdote: ciò si traduceva in una disciplina flessibile e fondata essenzialmente sul libero consenso. «Qui coniugali affectu sibi copulantur, quod etsi non causa procreandorum filiorum, sed explendæ libidinis conveniunt, non ideo fornicarii, sed coniuges appellantur»: *dictum ante Decr. C.32, q.2, c.6*. «Matrimonium quidem non facit coitus, sed voluntas»: *Decr. C.27, q.2, c.1*. Tuttavia, a fronte di questa elasticità, il diritto canonico aveva più volte ribadito la necessaria pubblicità delle nozze e la benedizione sacerdotale: *Decr. C.30, q.5, cc.1-6*. Il matrimonio appariva come una fattispecie a formazione progressiva, che iniziava con la convenzione degli sponsali e si perfezionava con la consumazione: solo con la *traditio* e l'*usus* la *sponsa* diventava *uxor*. Cfr. *Decr. C.27, q.2, cc.37-38*. Nondimeno, la Chiesa medievale tollerava il concubinato, consapevole che l'*affectio* coniugale fosse più importante delle forme esteriori: e ciò fu magistralmente chiarito da Graziano nel *dictum ante Decr. D.34, c.4*. Restava tuttavia la consapevolezza che il rapporto *more uxorio* potesse celare profonde ingiustizie sociali: è bene che l'uomo che intende unirsi alla sua ancella la prenda in moglie a tutti gli effetti, come affermava esplicitamente *Decr. C.32, q.2, c.9*. Ecco perché, nell'Età di mezzo, la politica ecclesiale oscillava tra la condanna (come in *Decr. Dist.34, c.6*) e il permesso (come in *Decr. C.32, q.2, c.5*).

¹⁸ Ferrante, Il matrimonio disciplinato: processi matrimoniali a Bologna nel Cinquecento, in Prodi (cur.), Disciplina dell'anima, cit., p.901; Brambilla, Deflorazione, stupro, ratto, concubinato: la transizione dagli sponsali civili al matrimonio sacramentale dopo il Concilio di Trento, in Ead. Sociabilità e relazioni femminili nell'Europa moderna. Temi e saggi, Milano 2013, pp.90-112. Ma se la legge può mutare repentinamente, la società sa rivelarsi refrattaria alle novità e tollerare condotte che non destano particolare scandalo: «il Concilio di Trento è un evento fondamentale nella storia del Cristianesimo (...) Dal punto di vista della storia dei comportamenti sessuali, la sua capacità periodizzante appare contraddittoria, lenta e a volte incerta nell'imporre l'applicazione di norme, queste sì, categoriche e innovative»: Pelaja – Scaraffia, Due in una carne, cit., p.110. È per questo che l'azione dei tribunali diventa cruciale nell'applicazione delle norme.

¹⁹ Azpliqueta Navarro, Manuale de' confessori, Vinegia 1575, p.194. Il Manuale è la traduzione volgare dell'*Enchiridion* latino: sul suo successo cinquecentesco, Turrini, La coscienza e le leggi, Bologna 1991, pp.153-155.

²⁰ 1Cor VII, 1-2 e 9. Ragioni ribadite durante la Controriforma, ma risalenti alla speculazione medievale: cfr. *dictum ante Decr. C.32, q.2, c.3*; Abbas, Commentaria, Venetiis 1588, t.VII, super Quintum librum Decretalium, rub. de adulteriis et stupro, fol.215A. Si sofferma sui primi due *finis matrimonii*, di ascendenza aristotelica, de Vitoria, Relectio de matrimonio, n.2, in Id., Relectiones theologicæ, Matriti 1765, pp.283-284. Di certo, il maestro salmantino non ignora la dottrina paolina, ma il suo tomismo modera gli effetti del peccato originale sulla natura umana; l'amore coniugale trova particolare risalto nelle pagine della *relectio*: Vidal, Historia de la teología moral, IV, 1, p.340.

²¹ Cfr. de Ledesma, Tractatus de magno matrimonii sacramento, Salmanticae 1592, q.XLIX, p.289-315; Marc, Celeberrimi decisiones auræ in Sacro Delphinatus Senatus, Lugduni 1600, pars II, dec.DXV, nn.1-2,

matrimonio (o comunque volta esclusivamente al piacere) è illecita per norma di diritto divino²².

Ancor più che un'offesa a Dio e al suo volere, le trasgressioni sessuali costituiscono un attacco alla famiglia e alla società²³. Sebbene non manchi chi ne contesta l'*auctoritas*, Aristotele resta un riferimento imprescindibile per comprendere il pensiero di questi secoli: i giuristi, che lo lodano «lux Philosophiæ et veritatis princeps»²⁴, amano citarlo nelle proprie opere e ne sposano con convinzione la visione politica²⁵. Nei suoi fortunati trattati, il Filosofo aveva definito i capisaldi di una teoria che – riscontrata l'adesione della Scolastica medievale e del Classicismo rinascimentale – saranno messi in discussione soltanto dal Giusnaturalismo della seconda metà del Seicento. L'uomo, ζῷον πολιτικόν, avverte il naturale istinto di associarsi in comunità: «Primum igitur necesse est combinare illos qui non possunt esse nisi simul: seu marem et foeminam generationis causa»²⁶. È la natura stessa che spinge l'uomo e la donna ad unirsi in modo stabile, al fine di proteggersi e moltiplicarsi: l'insegnamento aristotelico non può non trovare consensi nella cultura ufficiale, che vi scorge la consonanza col racconto della Genesi²⁷. La famiglia rappresenta la prima, necessaria, forma di aggregazione umana, ed in quanto istituto di diritto naturale precede qualsiasi comunità di carattere politico²⁸. Assolutamente in linea con queste idee

pp.395-396. Ma già *Decr. C.27, q.2, c.10* e *dictum ante Decr. 32, q.2, c.3* delineavano perfettamente i tre *bona*; in tal senso, era stato esemplare l'insegnamento di Agostino nel *De bono coniugali*.

²² «Omnis illicitus coitus, seu quælibet fornicatio præter uxoriam, est prohibita de iure divino»: così, nel Quattrocento, si era espresso l'Abbas, *Commentaria, cit., t.VII, super Quintum librum Decretalium, rub. de adulteriis et stupro, fol.215A*.

²³ Esplicito in tal senso Carpozov, *Practicæ imperialis Saxonicæ rerum criminalium, Lipsiæ 1739, pars II, q.LI, n.13, p.2*. Aveva affermato la rilevanza collettiva della sessualità e del suo corretto uso Tommaso d'Aquino, *Summa totius theologiæ, Venetiis 1612, Secunda Secundæ, q.153, a.3, p.771*: «Usus autem venereorum (...) est valde necessarius ad bonum communem, quod est conservatio humani generis: et ideo circa hoc maxime attendi debet rationis ordo, et per consequens si quid circa hoc fiat præterquam ordo rationis habet, vitiosum erit. Hoc autem pertinet ad rationem luxuriæ, ut ordinem et modum rationis excedat circa venerea: et ideo absque dubio luxuria est peccatum». Ai fini della nostra analisi, va rimarcata la particolare rilevanza assunta nel XVI secolo dal pensiero dell'*Angelicus*. Riletto dagli esponenti della Seconda Scolastica, è proclamato dottore della Chiesa da Pio V (1567). I cattolici lo considerano un'arma invincibile per la polemica confessionale: ma Tommaso gode di stima anche presso alcuni protestanti. Cfr. Mondin, *Storia della Teologia, Bologna 1996, III, p.259*; Vidal, *Historia de la teología moral, IV, 1, cit. pp.251-304*.

²⁴ Come già detto da Baldo e riferito in pieno Seicento da Toschi, *Practicarum, cit., I, concl.513, n.1, p.262*.

²⁵ Come ha messo in luce Rossi, *Sulle tracce dell'Aristotele "politico" nel Rinascimento, in Id. (cur.), La tradizione politica, cit., p.18*. D'altra parte, anche l'economica costituisce un filone molto corposo nella speculazione cinquecentesca: Frigo, *Il padre di famiglia. Governo della casa e governo civile nella tradizione dell'economica tra Cinque e Seicento, Rona 1985; Ead., Tradizione aristotelica e virtù cristiane: la trattatistica sulla famiglia, in Mozzarelli – Zardin (curr.), I tempi del Concilio. Religione cultura e società nell'Europa tridentina, Roma 1997, pp.307-325*.

²⁶ Aristotele, *Politicorum sive de Republica, Venetiis 1558, I, lectio I, p.2*.

²⁷ Scrive de Vitoria, *Relectio de matrimonio, cit., n.1, p.283*: «matrimonium ab Aristotele (...) inter naturalia computatur. Dicit enim quod homo plus est animal conjugale, quam politicum: et tamen idem dicit hominem esse natura animal civile: habet ergo matrimonium suos fines, propter quos est institutum. Deus, qui author, et institutor est matrimonii, illud non frustra, sed propter finem condidit».

²⁸ «Quotidiana igitur societas secundum naturam constituta, domus est». Se il villaggio «maxime vero secundum naturam» non è altro che «propagatio» della famiglia, la «societas» di più villaggi costituisce lo Stato (che Aristotele chiama πόλις ed il traduttore *civitas*), *societas perfecta*, cioè autosufficiente. La precedenza della famiglia rispetto allo Stato, comunque, sembra più di ordine logico che non cronologico, giacché lo Stagiritica ha cura di precisare che «omnis civitas natura est» e, dunque, non bisogna presupporre

Damhouder²⁹ e Carpzov³⁰. È questo rapporto di contestuale autonomia ed interdipendenza che porta Nevizzano a concludere che «sine matrimonio respublica stare non potest»³¹. Nelle sue pagine, la *familia* è una comunità gerarchicamente ordinata: «quilibet in domo sua potest dici imperator, seu rex»³². Il matrimonio, d'altra parte, garantisce continuità alla *civitas*³³ ed assicura ai giovani l'educazione necessaria³⁴: «questa ricaduta sulla salute dello Stato impedisce che il matrimonio rimanga un fatto puramente privato (...) tale da escludere ogni considerazione di interessi superiori»³⁵.

È proprio l'*utilitas publica* che giustifica la condanna della sessualità corrotta, pericolo per la stabilità dell'istituto coniugale. Esso è *contractum* di diritto naturale³⁶, e tutti gli

l'istituzione per mezzo di un *pactum societatis*. In questa costruzione, famiglia e Stato si pongono come due società originarie dotate di una propria distinta legittimità naturale; tuttavia, ogni famiglia è parte della *civitas* (e, pertanto, quest'ultima appare come un'aggregazione di *familiae*). Cfr. Aristotele, *Politicorum*, cit., I, lectio I, p.3. Tramite San Tommaso, tale concezione s'impone tra i Salmantini: de Vitoria, *Relectio de potestate civili*, in Id., *Relectiones*, cit., nn.3-5, pp.113-116. Queste idee trovano conforto anche nelle affermazioni di Cicerone, secondo il quale «prima societas in ipso coniugio est», per cui la famiglia «est principium urbis et quasi seminarium rei publicæ»: Cicerone, *De officiis*, Lugduni 1609, I, 54, p.21. L'Arpinate costituisce un altro riferimento fondamentale per i giuristi cinquecenteschi: «Basta gettare un colpo d'occhio su un trattato giuridico di epoca umanistica per constatare come esso sia ripieno di citazioni tratte da Cicerone. È questa certamente una novità; non che le opere di Cicerone fossero sconosciute ai giuristi medievali, ma non avevano mai acquistato presso di loro un simile predominio»: Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano 1986, p.441. D'altro canto, anche i teorici della sovranità – pur discostandosi dal modello aristotelico – raffigurano il monarca come «padre del popolo»; talora, descrivono il patto sociale non come accordo tra individui, ma tra famiglie: Goubert – Roche, *L'Ancien Regime, II. Cultura e società*, Milano 1976, p.166.

²⁹ «Inter omnia foedera humana, nullum foedus est rationabilius, nullum firmitus, nullum Deo gratius, nullum denique ad conciliandam amicitiam et ad societatem hominum necessarium, quam foedus thori connubialis»: de Damhouder, *Praxis rerum criminalium*, Venetiis 1572, cap. LXXXIX, n.1, fol.93A.

³⁰ Che considera il matrimonio «utile ac necessarium in republica (...) Est enim hic status elementum mundi, principium civitatis constituendæ, hominum officina, seminarium reipublicæ et ecclesiæ amplificandæ»: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LI, nn.1-4, p.1. Tra i criminalisti, egli sembra il più consapevole della funzione del matrimonio individuata da filosofi e teologi. La particolare attenzione agli aspetti teorici lo porta ad anteporre diffuse *laudes matrimonii* alla trattazione del crimine di adulterio.

³¹ Nevizzano, *Sylva nuptialis*, 1592, III, n.15, p.213. «Tra le innumerevoli fonti del Nevizzano un ruolo di primissimo piano va pertanto assegnato all'Aristotele delle cosiddette opere morali, *Etica*, *Politica* ed *Economica*, che conobbero in quel torno d'anni una fortuna e una circolazione notevoli»: Marchetto, *Sine matrimonio*, cit., p.122.

³² Nevizzano, *Sylva*, cit., IV, nn.17-18, pp.265-266. La formula ha origini medievali: Quaglioni, *Quilibet in domo sua dicitur rex*. In margine ad alcune pagine di Francesco Calasso, in *Studi senesi*, XXVI (1977), pp.344-358.

³³ «Matrimonium sic est honestum, ut humano generi videtur immortalitatem artificem introducere»: Nov.22, pr. «Matrimonium contrahantur ea præcipua intentione procreandæ sobolis, quia erat unum de tribus bonis matrimonij, et in hoc versatur publica utilitas»: Choveron, *De publicis concubinariis*, Spiræ 1550, p.3.

³⁴ «Civitas debet impleri liberis legitimis, et non bastardis»: Nevizzano, *Sylva*, cit., III, n.15, p.213.

³⁵ Marchetto, *Sine matrimonio*, cit., p.148

³⁶ Prima di Cristo «dicendum est, nec fuisse sacramentum, nec gratiam contulisse: sed contractum naturalem»: Sánchez, *De Sancto Matrimonii sacramento*, Venetiis 1685, lib.I, disp. IV e VII, n.2, p.107. Per suffragare la sua convinzione, il Gesuita richiama Concilio di Trento, sess. XXIV, *doctrina de sacramento matrimonii*. «Il matrimonio appresso tutti è contratto, et è contratto et sacramento proprio appresso a' Cristiani soli»: Azpliqueta Navarro, *Manuale*, cit., p.504. Cfr. de Ledesma, *Tractatus*, cit., q.XLI, pp.2-9 e q.XLII, pp.26-66. Per Lutero, invece, il matrimonio è *weltlich Ding* e non ha valore sacramentale; col comando «crescite et multiplicamini» (Gn I, 28), è stato istituito da Dio nell'atto della creazione, non da Cristo ai fini della redenzione: Lutero, *La cattività babilonese*, Torino 2006, pp.263-269. Perciò, scrive Carpzov, «quod non heri nec nudius tertius, sed statim in prima mundi origine, cum homo in statu integritatis

obblighi che lo caratterizzano (tra cui monogamia e fedeltà) sono prescritti dalla natura³⁷; specularmente, tutti i rapporti extraconiugali vanno condannati perché «contra naturae ius»³⁸. Il tradimento della moglie, in particolare, può generare una spirale di vendette che può portare fino alla piaga della guerra civile. Nevizzano – ben consapevole che la compilazione giustiniana riconosce lo *ius occidendi* al marito – teme le conseguenze incontrollabili della vendetta. Se la *civitas* è un’aggregazione di famiglie, la faida ne rappresenta la tragica dissoluzione³⁹; senza considerare i dubbi sulla reale paternità di eventuali figli e gli inconvenienti successori che ne derivano⁴⁰. L’adulterio femminile appare, pertanto, più grave rispetto a quello maschile: traspare, al contempo, un pregiudizio nei confronti della donna nemmeno troppo celato.

I giuristi – pur riconoscendole una certa predisposizione all’οἰκονομία⁴¹ – ne denunciavano l’inevitabile *lavitas* ed *inconstantia*: la scienza medica aveva avallato tali convinzioni, peraltro ben radicate nel pregiudizio collettivo⁴². Oltre ad essere «animal pessimum (...) aspis insanabilis (...) damnum quotidianum», la donna «mater culpæ» si rivela «vas adulterii»: nasconde, cioè, un’instirpabile vocazione per il tradimento, essendo «radix vitiorum cuiuslibet, mali finis et principium»⁴³. Per istinto, è più lussuriosa dell’uomo⁴⁴: pertanto, benché nasca con un apprezzabile «virgineus pudor»⁴⁵, una volta

adhuc esset, a Deo fuit institutum, et ad hæc usque tempora contra diaboli furores conservatum»: Carpov, *Practica*, cit., pars II, q. LI, n.1, p.1.

³⁷ Lo aveva sostenuto San Tommaso, rielaborando Aristotele. «Amicitia, quanto maior, tanto est firmior et diuturnior. Inter virum autem et uxorem maxima amicitia esse videtur: adunantur enim non solum in actu carnalis copulæ (...) sed etiam ad totius domesticæ conversationis consortium»: Tommaso d’Aquino, *Summa contra Gentiles*, Venetiis 1534, III, 123, fol.368A. «Cum autem masculo inter omnia animalia maior sit cura de prole in specie humana, manifestum est quod naturale est homini quod unus mas unam feminam habeat, et e converso»: Id., *Summa contra Gentiles*, cit., III, 124, fol.369A.

³⁸ Sánchez, *De Sancto Matrimonii*, cit., lib. I, disp.II, nn.2-3, p.107. «Omnis usus foeminae extra matrimonium est illicitus: ergo matrimonium est jus huius usus»: de Vitoria, *Relectio de matrimonio*, cit., n.2, p.283.

³⁹ «Nulla vehementior est discordiarum causa, quam unius foeminae a multibus maribus appetitio (...) unde turbatur postea pax populi, et bella civilia oriuntur»: Nevizzano, *Sylva*, cit., I, pp.49-50. Cfr. Marchetto, *Sine matrimonio*, cit., pp.157-159, nn.76 e 78-79.

⁴⁰ Nevizzano, *Sylva*, cit., I, n.55, p.40.

⁴¹ «Uxor vero domi rebus domesticis conservandis, et præparandis præsit»: Tiraqueau, *De legibus connubialibus et iure maritali*, in Id., *Opera omnia*, Venetiis 1591, fol.114B. Cfr. Klapisch-Zuber, *La donna e la famiglia*, in Le Goff (curr.), *L’uomo medievale*, cit., pp.344-345.

⁴² Bellomo, *La condizione giuridica della donna in Italia. Vicende antiche e moderne*, Roma 1996; Mastrorosa, *L’inferiorità “politica” e fisiologica della donna in Leon Battista Alberti: le radici aristoteliche*, in Id. (cur.), *La tradizione politica*, cit., pp.62-65; Rossi, *Viri uxoribus imperanto*, cit., pp.192-201; Klapisch-Zuber, *La donna e la famiglia*, cit., pp.328-329. La donna, tentatrice per natura, è vista come «inviata di Satana» nel grande affresco dipinto da Delumeau, *La paura in Occidente. Secoli XIV-XVIII. La città assediata*, Torino 1983, pp.473-534.

⁴³ Alberico da Rosciate, *Dictionarium Iuris*, Venetiis 1581, v.Mulier.

⁴⁴ André Tiraqueau, con sfoggio di erudizione, sentenza che «vir ita nominatus est, quod maior in eo vis est, quam in foemina: et hinc (...) nomen accepit. Mulier vero (...) a mollitie dicta est»: Tiraqueau, *De legibus connubialibus*, cit., fol.10A. «Cum ergo (...) mulieres sint ad veneficia viris procliviores, tum vero maximo adulteræ»: Id., *De legibus connubialibus*, cit., fol.92A. «Propria passio mulieris est luxuria (...) quoniam quamvis sint multa peccata in mulieribus tamen in illis præcipue fornicatio abundat». Una lunga serie di «mulieres in coitu insatiabiles» – non si salvano neanche Penelope e Lucrezia – corrobora questa tesi, dimostrata peraltro dall’etimologia stessa del termine *foemina*, che deriva dal «femur sedes libidinis»: Id., *De legibus connubialibus*, cit., foll.104A e 103A.

⁴⁵ Tiraqueau, *De legibus connubialibus*, cit., fol.116B.

deflorata perde qualunque inibizione: ed anzi «certe minime dubium est, puellas recenter stupratas, coitus esse appetentiores»⁴⁶. La perdita della verginità comporta un'alterazione irreparabile: non c'è da aspettarsi alcuna pudicizia o fedeltà dalle donne «inconstantes, varias, leves, vagas, mobiles, instabiles, mutabiles»⁴⁷ perché «foeminis maior voluptas in concubitu, quam viris»⁴⁸. «Imbecilla res est (...) foemina», constata Tiraqueau, per cui «matrimonia ab ipsa rerum natura inventa, sicque mares foeminis iungi, ut imbecillior sexus præsidium ex mutua societate sumat»⁴⁹.

Non solo questi motivi spiegano la singolare gravità che, in questi secoli, viene imputata alla sessualità irregolare. Le nozze realizzano «strategie familiari di alleanze matrimoniali, gestione di patrimoni e trasmissioni di proprietà»: interessi che stanno particolarmente a cuore ai ceti più in vista⁵⁰. Comportamenti licenziosi o violenti – che possono mettere in crisi questo «efficace strumento di consolidamento del sistema patrilineare e di perpetuazione delle élites»⁵¹ – non si limitano ad intaccare la sfera affettiva, ma comportano pesanti ripercussioni sul piano economico e delle relazioni sociali. È sintomatico che le *Leyes de Toro* (1505) intreccino le poche disposizioni penali ad una lunga serie di norme in materia di famiglia e successioni⁵². La questione criminale, in fondo, è solo uno dei profili di un problema più vasto.

⁴⁶ Tiraqueau, De legibus connubialibus, cit., fol.108B. Cfr. De Bonis, Commentarii de casibus reservatis, Bononiæ 1628, p.341. «Quell'una speranza (...) genera, o aumenta molto il vizio della Lussuria, il quale combatte dopo con la natura corrotta»: così Azpliqueta Navarro, Manuale, cit., p.625.

⁴⁷ Tiraqueau, De legibus connubialibus, cit., fol.109B.

⁴⁸ Tiraqueau, De legibus connubialibus, cit., fol.107B.

⁴⁹ L'autore, sposando l'opinione di Quintiliano, ne nota la derivazione dall'*Economico* di Aristotele. «Mulieres (...) quam viros, animi viribus longe inferiores (...) Miretur mulierum consilium existimari fragile, et infirmum, cum mulieres ipse dicantur fragiles esse, infirmæ»: Tiraqueau, De legibus connubialibus, cit., fol.13. Il discorso non si limita ad essere un'arringa maschilista, ma comporta notevoli conseguenze sul piano giuridico: la *foemina – mas occasionatus*, cioè *imperfectus* (Id. De legibus connubialibus, cit., fol.17A) – è affetta da connaturata *imbecillitas* e merita, pertanto, un trattamento giuridico differenziato, nel bene e nel male.

⁵⁰ Cazzetta, Præsumitur seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna, Milano 1999, p.112. «Legame monogamico e indissolubile, luogo esclusivo dell'esercizio della sessualità e della procreazione legittima, strettamente connesso al regime dotale, il matrimonio dell'età tardo-medievale e moderna era l'approdo di laboriose trattative familiari dettate da interessi personali, o funzionali agli equilibri di potere dei casati, le quali tenevano in scarsa considerazione inclinazioni e sentimenti dei contraenti»: Seidel Menchi – Quaglioni, Introduzione, in Eid., Trasgressioni, cit., p.7. «Il matrimonio, soprattutto – ma non solo – per le famiglie nobili, significa innanzitutto affermare una relazione di alleanza, da rinsaldare o da creare, con un'altra famiglia»: Benigno, L'età moderna. Dalla scoperta dell'America alla Restaurazione, Roma Bari 2005, pp.272-273. Cfr. Tamassia, La famiglia italiana nei secoli decimoquinto e decimosesto, Milano 1910; Besta, La famiglia nel diritto italiano, Padova 1933; Marongiu, Studi storici sulla famiglia nell'Italia meridionale, Tolentino 1940; Bellomo, Famiglia (Diritto intermedio), in Enciclopedia del diritto, vol.XVI, Milano 1967, pp.744-778; Vismara, Scritti di Storia giuridica, V, La famiglia, Milano 1988; Romano, Famiglia successioni e patrimonio familiare nell'Italia medievale e moderna, Torino 1994; di Renzo Villata, Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno, in Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, vol.XIII, Torino 1995, pp.457-527; Ead. (curr.), Family Law and Society in Europe from the Middle Ages to the Contemporary Era, 2016.

⁵¹ Seidel Menchi – Quaglioni, Introduzione, cit., p.7.

⁵² Dai *coiti damnati* scaturiscono conseguenze di carattere successorio sia sui responsabili, sia sui figli bastardi: esse costituiscono, agli occhi del giurista, vere e proprie sanzioni di *ius privatorum*. Anche Vegio, Responsorum, Venetiis 1581, lib.I, cons.LXVI, foll.157B-178B chiude un ponderoso *consilium* in materia successoria con un'ampia disamina dei *coitus punibiles*.

2. “*Crimen, id est peccatum mortale*”: verso la “spiritualizzazione del diritto”

Negli Stati confessionali sorti sulle ceneri dell’universalismo cristiano – “reato” e “peccato” sono concetti intrecciati: è principio condiviso che la *lex humana* debba porsi come *conclusio* o *determinatio* di quella *naturalis* o *divina*⁵³. Non c’è soluzione di continuità tra le leggi dell’anima e quelle del corpo, castighi ultramondani e castighi terreni. C’è una distinzione tra foro esterno e foro interno: ma ad essa non corrisponde un’alterità assiologica, perché i valori tutelati sono – e devono essere – gli stessi. È una questione di competenza, non di sostanza⁵⁴. Un’eredità del pensiero medievale che trova terreno straordinariamente fertile nella cultura del Cinquecento, lì dove «lo Stato tende a criminalizzare il peccato per fare di questa criminalizzazione uno strumento di potere (...) In quest’epoca di costruzione dello Stato moderno il problema diviene quindi il controllo dei comportamenti ma soprattutto (...) il controllo delle coscienze»⁵⁵. Il “matrimonio d’interesse” tra spada e pastorale – sancito tanto dalla Riforma quanto da Roma, sebbene in modo diverso – non può che accentuare il carattere etico del diritto criminale.

Nel Medioevo lo scarto tra i due livelli appariva più nitido: un padre della Chiesa come Girolamo attestava che «*aliæ sunt leges Cæsarum, aliæ Christi; aliud Papinianus, aliud Paulus noster præcipit*»⁵⁶, mentre San Tommaso aveva ammesso che «*recte lex*

⁵³ Cfr. de Vitoria, *De legibus*, Salamanca 2010, q.95, art.2, p.130. Secondo la teologia tomista, la coerenza (non l’identità) tra precetto umano e presupposto morale è condizione di giustizia e validità del primo. «De ratione et essentia legis est, ut præcipiat iusta (...) Nam legislator humanus non habet voluntatem perfectam, sicut Deus, et ideo quantum est ex se, et quoad factum potest interdum iniqua præcipere, ut constat. Non tamen habet potestatem ad obligandum per iniquas leges, et ideo licet iniqua præcipiat, tale præceptum non est lex, quia vim aut valorem ad obligandum non habet: loquor autem de opere iniquo, quod sit contra legem naturalem, aut divinam»: Suárez, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, Moguntiae 1619, lib.I, cap.IX, nn.2 e 4, pp.27-28. La concezione tomista della legge trova nuova linfa nella Seconda Scolastica, sebbene declinata secondo uno spirito ormai moderno: cfr. Villey, *La formazione*, cit., pp.293-338; Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, II. L’età moderna, Roma Bari 2001, pp.59-70; Meccarelli, *La nuova dimensione geopolitica e gli strumenti giuridici della tradizione: approcci al tema del ius belli e del ius communicationis nella Seconda Scolastica*, in Lacchè (cur.), *Ius gentium ius communicationis ius belli*. Alberico Gentili e gli orizzonti della Modernità, Milano 2009, pp.55-60 e 68-72.

⁵⁴ «No hay una diferencia de principios afectados: el bien y el mal van en singular o son así reputados únicos»: Clavero, *Delito y pecado*, cit., p.61.

⁵⁵ «In nessuna società forse i principi politici, giuridici e religiosi sono stati fusi nella realtà antropologica e sociale come nella società barocca (...) Il fenomeno a cui ci troviamo davanti è quindi uno scambio reciproco nel quale la morale si giuridicizza e il diritto si moralizza»: Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna 2000, pp.215-216 e 331-332. Poche voci ammettono la possibilità di scindere diritto e morale, e restano confinate nell’ambito dei *politiques* d’ispirazione machiavellica. Ma l’antimachiavellismo, cifra caratterizzante della Controriforma, rafforza nuovamente il vincolo tra religione e diritto: Clavero, *Delicto y pecado. Noción y escala de transgresiones*, in *Sexo barroco*, cit., pp.70-71.

⁵⁶ «Apud illos viris impudicitiae frena laxantur: et solo stupro atque adulterio condemnato, passim per lupanaria et ancillulas libido permittitur (...) Apud nos, quod non licet feminis, æque non licet viris»: San Girolamo, *Epistulae*, LXVII, n.3, in PL XXII, coll.691-692. È per questo che andrebbe quantomeno relativizzata la ricostruzione prospettata da Le Goff, *Il rifiuto del piacere*, in Duby (cur.), *L’amore e la sessualità*, Bari 1986, pp.141-156. Secondo l’insigne studioso, il Medioevo cristiano – appropriandosi di un’istanza stoica già corrente nei primi due secoli dell’era volgare – avrebbe bandito il piacere e proposto un modello di continenza ascetica. L’influenza di Agostino sarebbe stata tale da saldare concupiscenza e peccato originale: quest’ultimo, infatti, si trasmetterebbe tramite l’atto procreativo, che non può essere mai totalmente

humana permittit aliqua vitia, non cohibendo ipsa»⁵⁷. Non tutti i peccati diventano necessariamente delitti; il principe può tollerare alcune condotte moralmente illecite al fine di evitare mali maggiori: le leggi umane (specie se secolari), pur ricondotte all'ordine complessivo, hanno finalità proprie. La Scolastica cinquecentesca riafferma questo principio di distinzione, ma il vento tira in direzione contraria⁵⁸.

Più complesso il discorso inverso: e cioè se ogni *delictum* debba essere necessariamente anche *peccatum*. Dai giuristi medievali si può ricavare un criterio discretivo: delinquere significa «declinare a bono», peccare «facere malum». Come insegna il diritto civile, il delitto va considerato da una prospettiva meramente oggettiva; come afferma la teologia, il peccato (sia veniale che mortale) richiede invece la volizione,

immune dalla prima. Ne nascerebbe una cultura decisamente ostile al sesso in tutte le sue possibili manifestazioni. La presente ricerca, senza negare che nel Medioevo si diffuse un certo pregiudizio moraleggiante, intende dimostrare che la massificazione di questa premessa – e la sua esasperazione giuridica – si realizzano solo durante l'Età confessionale.

⁵⁷ Tommaso d'Aquino, *Summa totius theologiæ*, cit., Prima Secundæ, q.96, a.2, p.474. Ma anche Id., *Summa totius theologiæ*, cit., Prima secundæ, q.21, a.4, p.118: «homo non ordinatur ad communitatem politicam secundum se totum, et secundo omnia sua: et ideo non oportet, quod quilibet actus eius sit meritorius, vel demeritorius per ordinem ad communitatem politicam. Sed totum, quod homo est, et quod potest, et habet, ordinandum est ad Deum, et ideo omnis actus hominis bonus, vel malus habet rationem meriti, vel demeriti apud Deum, quantum est ex ipsa ratione actus». Questa l'impostazione teologica; ma lo stesso penale canonico non criminalizzava affatto ogni peccato: Schiappoli, *Diritto penale canonico*, in Pessina (cur.), *Enciclopedia del diritto penale italiano*, I, Milano 1905, pp.615-617 e 669-681. Calasso, *Medio Evo del diritto*, Milano 1954, pp.393-396 e 557-558 attribuisce a Graziano il merito di «aver compiuto il miracolo di aver conciliato, distinguendoli, "l'uno e l'altro foro"». La cultura giuridica medievale, pur cristiana nell'intimo, non mostra lo stesso radicalismo dei secoli XVI-XVII. Qualcosa di analogo lo si può riscontrare solo nel XIII secolo, l'epoca della pretesa ierocrazia pontificia: un tentativo destinato ad evaporare con la Cattività avignonese, ma denso di novità. Cfr. Bellini, *Respublica sub Deo. Il primato del sacro nell'esperienza giuridica dell'Europa preumanistica*, Firenze 1981, pp.47-59; Berman, *Diritto e Rivoluzione*, I, Le origini della tradizione giuridica occidentale, Bologna 1998.

⁵⁸ Alla domanda «utrum ad legem humanam pertineat omnia vitia cohibere», de Vitoria risponde in modo negativo: «et est notandam ratio. Non enim est quam multi putant. Quia enim leges ponuntur imperfectis oportet quod possint ferre. Ratio quam dant aliqui est quia ea non turbant pacem reipublicæ». Così de Vitoria, *De legibus*, cit., q.96, art.2, p.134. D'altra parte, mentre Dio non cambia le sue leggi anche se disattese, il principe non deve prefiggersi obiettivi irrealizzabili ai più, perciò destinati a restare lettera morta: «si talis lex, quantumcumque sancta et bona, non servaretur in universali, nec est spes quod servabitur in futuro, posset quidem abrogari (...) quia habenda est ratio multitudinis et communis utilitatis»: Id., *De legibus*, cit., q.97, art.1, p.158. Più netta la posizione di Juan Gil de Nava nelle lezioni del 1542: chiamato a sostituire l'ammalato Vitoria, spiega che la «lex civilis hordinat suas leges in utilitatem humanam» e pertanto non punisce «omnia vitia quæ non sunt in damnum»: de Vitoria – de Nava, *Prima Secundæ Sancte Thome cun comento*, BUS ms.2770, q.96, art.2, fol.278B. «Enimvero tranquillitas hæc et reipublicæ serenitas, scopus est et finis omnium qui legis condunt. Qui vero alia quæ impune permittunt, ut hæc evitentur sinunt: nempe meretricia, ut adulteriis obvietur; usuræ, ut caveantur furta»: le ragioni della punizione divina sono quindi diverse rispetto a quelle che il principe è tenuto a considerare: de Soto, *De iustitia et iure*, Salamanticæ 1556, I, q.6, n.2, p.48. «Leges vero humanas non prohibere omnia vitia (...) Quotiam aliqua permittunt, impunitaque reliquunt. Ut permittunt maritum interficere uxorem, adulterantemque cum ea, in adulterio deprehensos. Fornicationem item simplicem regulariter non puniunt (...) et similia alia flagitia non puniunt neque curant, quam pacem publicam non perturbant, cum proximique iniuria non committuntur, neque notabiliter rempublicam foedant, bonoque communi politico non multum expedit illa non committi (...) Quare merito divino tribunali (...) punienda relinquuntur»: de Molina, *De iustitia et iure*, Coloniae Allobrogum 1733, t.V, disp.LXXII, p.247. «Sæpius vero dicuntur leges permittere aliqua mala sicut leges civiles permittunt meretrices et maritum occidere uxorem inventam in adulterio»: Suárez, *Tractatus*, cit., lib.I, cap.XV, n.10, p.42. Nello stesso senso anche Fragoso, *Regimen Reipublicæ christianæ*, Lugduni 1641-1652, I, pp.51-52 e III, pp.19-20.

più o meno intensa e consapevole⁵⁹. Rielaborando la glossa, per Deciani «delictum est (...) omne peccatum voluntarium et involuntarium»: una formula che distingue ma non separa, perché implica che le fattispecie delittuose vanno desunte dal novero dei comportamenti la cui materia può costituire peccato⁶⁰. Perciò, abbandonate le sottigliezze, i più si accontentano della promiscuità terminologica, e Farinacci può scrivere con disinvoltura «delinquere nihil aliud est quam peccare»⁶¹. Il nesso è stretto e la differenza sfuggente: perché preoccuparsi della precisione se persino Giustiniano aveva chiamato «peccatores» i rei di adulterio⁶²?

Nel *genus dei delicta*, però, spicca la *species dei crimina*, che postula i requisiti di *dolus malus, prava intentio e contentio*⁶³. La differenziazione, in questo caso, si fa più scivolosa. Un celebre passo agostiniano distingue tra peccati in cui è inevitabile cadere a causa dell'umana fragilità e peccati gravi (tra questi, adulterio e fornicazione). «Crimen autem est grave peccatum, accusatione et damnatione dignissimum» recita il testo patristico. Resterebbe uno scarto: ogni crimine è anche peccato, ma non viceversa, perché solo quei peccati passibili di procedimento penale possono definirsi crimini. Ma l'interpretazione del frammento, confluito nel *Decretum*, subisce l'influenza del relativo *dictum*: «crimine (...) id est (...) peccato mortali»⁶⁴. Si fissava, così, l'identità tra una specie di delitto, il crimine, ed una specie di peccato, quello mortale⁶⁵: Graziano aveva ribadito il concetto in un altro passo del *Decretum* al quale si collega Farinacci per concludere che «criminis appellatio est omne peccatum, quod ex deliberatione procedit»⁶⁶. Memori degli spunti graziani, i criminalisti moderni sembrano propensi per la sussumibilità totale⁶⁷.

⁵⁹ Deciani, *Tractatus criminalis*, Venetiis 1614, I, lib.I, cap.II, nn.2-3, p.2. «Non sit peccatum, nisi voluntarium»: Savelli, *Summa diversorum tractatum*, Venetiis 1748, III, par.Peccatum, n.1, p.379

⁶⁰ Deciani, *Tractatus*, cit., I, lib.I, cap.VII, n.2, p.15; il riferimento è alla gl. *Delictum* ad C.2.34.1.

⁶¹ Farinacci, *Praxis et theoricæ criminalis, partis primæ tomus primus*, Lugduni 1634, q.XVIII, n.1, p.234. La medesima disinvoltura si riscontra nelle parole del teologo Alfonso de Castro: «poena est passio (...) propter proprium peccatum præteritum» mentre la legge «data est ut metu atque comminatione terreantur, ac peccare desistant»: de Castro, *De potestate legis poenalis*, Antuerpiæ 1568, foll.17B e 53A.

⁶² I.4.18.4.

⁶³ Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.XVIII, nn.2-3, p.234. Già la gl. *Delictum* ad C.2.34.1 specificava: «Delictum est genus generalissimum sive veniat ex animo, sive non. Sed crimen est genus subalternum. Continet enim sub se furtum et adulterium, et alia quæ malo animo proveniunt».

⁶⁴ *Decr.* D.81, c.1.

⁶⁵ Il quale si connota per i requisiti della materia grave, della piena avvertenza e del deliberato consenso: tutti elementi affini alla natura del *crimen*.

⁶⁶ Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.XVIII, n.2, p.234. Il riferimento è a *Decr.* D.25, c.3. Il passo è ricordato anche da Deciani, *Tractatus*, cit., I, lib.I, cap.IX, n.1, p.19.

⁶⁷ Di conseguenza, i *crimina* dovrebbero formare una categoria chiusa: la loro riconducibilità ai *gravia peccata* implicherebbe un limite trascendente, invalicabile dal legislatore. Sennonché, mentre il sistema giuridico si espande con l'uso elastico del *crimenlesæ* e dello *stellionatus*, alcuni esponenti della Seconda Scolastica (come lo stesso de Castro, ma anche Covarrubias) affermano l'obbligatorietà *in conscientia* della legge *ad culpam et poenam*. Ovviamente, il precetto deve pur sempre costituire una *recta voluntas*: nondimeno, il sovrano acquista il potere di penetrare nei recessi delle coscienze e dell'*occultum*. Soluzione utile all'assolutismo spagnolo: supera Tommaso (la legge umana obbliga *ad culpam*, ma non *ad poenam*) ma, soprattutto, contraddice Lutero ed il nominalismo medievale (la legge umana non obbliga nemmeno *ad culpam*). Modera le conclusioni dei suoi colleghi salmantini Azpliqueta Navarro, *Commentarius de lege poenali*, n.17, in *Id.*, *Opera omnia*, Venetiis 1602, pp.677-678. Cfr. Mereu, *Storia del diritto penale nel '500*. Studi e ricerche, Napoli 1964, pp.287-289 e 301-311; Prodi, *Una storia della giustizia*, cit., pp.202-209; Pifferi, *Generalia delictorum*, Milano 2006, pp.308-328.

Essi si mostrano padroni dello *ius canonicum* e delle sue logiche: questo materiale di risulta, però, rischia di suggerire una prospettiva continuista del tutto fuorviante. Adesso, sono soprattutto i laici a maneggiare tali argomentazioni: cosa che indica un sincretismo nuovo, congenito all'emersione di una criminalistica dai caratteri sempre più autonomi. Se l'identità tra peccato mortale e crimine si risolveva, per Graziano, nell'ottica di una forte presenza dei tribunali ecclesiastici, per i giuristi moderni le cose cambiano: il principale interessato, adesso, è lo Stato. La stessa Riforma protestante non recide affatto il legame tra etica e diritto, ed anzi sembra esasperarlo. Il principe *custos utriusque tabulae*, la nascita delle *Landeskirchen* e la svalutazione del foro interno consentono alla potestà secolare d'imporre e positivizzare la morale⁶⁸. Qualcosa di analogo, però, accade anche nei Paesi cattolici. È in questo contesto che lo Stato comincia a rivendicare compiti pedagogici inusitati⁶⁹. Si mette in moto, incentivato dalla contrapposizione confessionale, quel processo di "secolarizzazione positiva" individuato da Carl Schmitt⁷⁰: una "secolarizzazione", che erode lo spazio dell'istituzione ecclesiastica introiettandone saperi e valori, non rigettandoli bruscamente. Almeno fino alla Pace di Vestfalia (1648), o alla pubblicazione del *Leviatano* (1651), il potere politico necessita di una forte connotazione

⁶⁸ Cfr. Prodi, Una storia della giustizia, cit., p.255.

⁶⁹ «Nella logica espansiva di poteri pubblici giuridicizzati», il penale secolare «si peccatizza progressivamente, facendosi etico e paternalistico»: Sbriccoli, L'inquisizione come apparato giuridico nella Storia della giustizia criminale, in Id., Storia del diritto penale e della giustizia, Milano 2009, I, pp.144-145. Al contrario, le più consolidate dottrine medievali (dalle due città di Agostino al dualismo di Gelasio) rivendicavano alla Chiesa la missione salvifica: alla *potestas* secolare spettavano funzioni di retribuzione e deterrenza, senz'alcuna velleità di rigenerazione morale. Cfr. Bobbio, La teoria delle forme di governo nella Storia del pensiero politico, Torino 1976, p.60. L'emersione di questi nuovi compiti sono un segno della Modernità, che porterà fino all'eudaimonismo settecentesco.

⁷⁰ «Tutti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati. Non solo in base al loro sviluppo storico, poiché essi sono passati alla dottrina dello Stato alla teologia (...) ma anche nella loro struttura sistematica». L'Autore volge il suo sguardo soprattutto alla dottrina dello Stato: ma precisa che in tutti i concetti giuridici «affiorano reminescenze teologiche»: Schmitt, Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità (1922), in Id., Le categorie del politico, Bologna 1972, pp.61 e 63. «Schmitt inaugurò il dibattito novecentesco sulla teologia politica in un duplice senso: come "secolarizzazione positiva" e come "secolarizzazione negativa". Da un lato (...) avviò la discussione sul processo di trasformazione delle categorie religiose nei concetti (...) dell'età moderna (...) Dall'altro lato, accanto a questa secolarizzazione per conservazione (...) ha fornito anche i presupposti per pensare una secolarizzazione per sottrazione o per assenza, secondo la quale ciò che caratterizza la modernità non è la trasformazione del sacro nel profano, ma la sua eliminazione»: Scattola, Teologia politica, Bologna 2007, pp.164-170 (la cit. è alle pp.164-165). È possibile calare tali intuizioni in una precisa cronologia, individuando la fase storica in cui si realizza il fenomeno. In questo senso si muovono le ricerche di Todescan che, delineato il nesso tra "secolarizzazione positiva" (o "sacra") e "secolarizzazione negativa" (o "profana"), evidenziando il lento slittamento dalla prima alla seconda: Todescan, Le radici teologiche del Giusnaturalismo laico, I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio, Milano 1983, pp.1-18. «Con la fine della respublica christiana infatti temporalia e spiritualia hanno teso a fondersi (...) nell'emergente potere dello Stato moderno la secolarizzazione dello Stato ha costituito la punta più avanzata di incorporazione della religione all'interno di una politica vissuta come unità gerarchica e totalizzante»: Prodi, Il sovrano pontefice. Un corpo due anime: la monarchia papale nella prima età moderna, Bologna 1982, p.353. Il rapporto genetico tra statualità e secolarizzazione è colto da Böckenförde, La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione, in Prodi – Sartori (curr.), Cristianesimo e potere, cit., pp.101-122.

religiosa, per crescere e legittimarsi. Anche per questo, traduce la *lex divina* in *ius humanum*, secondo la convincente categoria della “spiritualizzazione del diritto”⁷¹.

In questo quadro complesso, l’esigenza di precisione stimola Tiberio Deciani. Scontento delle definizioni correnti, l’Udinese sostiene che «peccatum proprie sit illud, quod divinam tantummodo expectat ultionem (...) et denique quod animæ tantum poenam proprie spectat». Delitto, invece, è ciò che comporta una pena per il corpo e viene perseguito anche *in foro externo*⁷². Una riflessione originale che sembra confinare il *peccatum* nella sfera privata. Ma, a ben vedere, siamo distanti dalla separazione, sia perché Deciani argomenta ancora basandosi sul passo agostiniano del *Decretum* – anche se interpretato in modo personale – sia perché *peccata* e *delicta* sono descritti come due aspetti di uno stesso *ordo iuris*, non come realtà qualitativamente diverse. Non a caso, l’autore richiama l’insegnamento tomista per suffragare la sua posizione: più che modernizzare, sembra difendere i limiti del passato medievale⁷³.

⁷¹ Un’etichetta proposta – con molti esempi – da Berman, *Diritto e Rivoluzione*, II. L’impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale, Bologna 2010, pp.323-361; i presupposti teorici di tale fenomeno sono illustrati alle pp.170-182. Precedentemente, diversi studiosi avevano intuito il fenomeno, ma senza valorizzarne l’intreccio con la statualità egemonica. «I principi del Diritto penale canonico passarono lentamente anche nella pratica secolare (...) la fusione del Diritto canonico con quello secolare è soprattutto evidente nelle opere dei celebri criminalisti italiani, il Claro ed il Farinacio, cui si deve quel repertorio chiaro e metodico, in cui, sistematizzandosi, meglio che dagli antecessori non fosse stato fatto, tutta la materia, fu detta l’ultima parola sulla pratica criminale del secoli XVI in Italia (...) E quando lo Stato si volle uniformare alle idee della Chiesa, una parte importantissima ebbe il Decalogo nelle sue disposizione d’ordine punitivo»: Schiappoli, *Diritto*, cit., pp.614-615 e 617. Tomás y Valiente discuteva di «teologismo del Derecho penal secular»: «es en esta esfera penal donde más notable fue el influjo de canonistas y teólogos escolásticos (...) Los casos más claros de identidad entre delitos y pecados se daban en aquel sector en que la ley secular no hacía más que respaldar con su fuerza en el fuero externo preceptos de la ley divina positiva (...) Por eso son delitos la herejía, la blasfemia, el perjurio. La misma coincidencia se da entre ambas leyes, la humana y la divina, en delitos como el adulterio, incesto, estupro, bigamia, sodomia (...) No hay duda de que todos estos delitos son pecados»: Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la monarquía absoluta. Siglos XVI, XVII y XVIII*, Madrid 1992, pp.86, 210-220 e, con particolare riferimento alla materia sessuale, pp.222-231. «Si concedeva infatti al potere punitivo pubblico di sanzionare penalmente qualsiasi comportamento che in qualche modo risultasse deviante rispetto ad un rigido modello etico-religioso, richiamandosi spesso direttamente alle prescrizioni alto testamentarie; il che in pratica comportava la possibilità d’ingerenza da parte del potere nella sfera più intima della vita del singolo»; la pena diventa così una «misura disciplinante per indirizzare fin nei dettagli la vita dell’individuo»: Moccia, Carpozov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale, Napoli 1979, p.8. Nel contesto di diritto comune: «l’individuazione delle condotte penalmente rilevanti non è (...) compito esclusivo della legge»: «l’integrazione e l’aggiornamento del catalogo dei reati» è rimessa all’interprete: Meccarelli, *Arbitrium*. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune, Milano 1998, pp.237-240. Mancando il principio di legalità, la “spiritualizzazione” può risultare anche dall’opinione di giuristi particolarmente sensibili al rinnovamento morale, che guardano alla teologia morale come fonte per la criminalizzazione primaria.

⁷² Deciani, *Tractatus*, cit., I, lib.I, cap.II, n.4, pp.2-3.

⁷³ Limiti derivanti *in primis* dalla consapevolezza che – accanto al penale secolare – opera quello canonico, cui poter demandare la *cura morum* e comportamenti minor interesse per lo Stato (esempio per eccellenza, il concubinato). *In secundis*, dalla fiducia nella vendetta divina che colpisce inesorabilmente qualunque malvagità. «Non potest omnia punire, quia si omnia puniret, forsan contemneretur ab omnibus (...) non igitur omnia vitia punienda, sed maiora tantum, et præcipue quæ societatem humanam corrumpunt»: Deciani, *Tractatus*, cit., t.I, lib.II, cap.19, nn.1 e 9, pp.63-64. Il riferimento è a Tommaso d’Aquino, *Summa totius theologiæ*, cit., Prima Secundæ, q.96, a.2, pp.473-474. D’altra parte, Deciani si mostra contrario alle teorie salmantine sull’obbligatorietà *in conscientia* della legge positiva. Anche sotto questo aspetto, però, il suo sguardo non è proiettato verso l’orizzonte di una separazione totale, ma è retrospettivo (Tommaso, de’

Tra i *crimina-peccata*, un posto di primo piano spetta al «coitum luxuriosum» che rappresenta – per definizione – “il” peccato⁷⁴. Nei passi del *Decretum* dove si fissa l’equivalenza di crimine e peccato mortale, l’esempio della *fornicatio* non mancava mai. I teologi s’erano sforzati di definire meglio le varie condotte che concretizzano il peccato di lussuria. La *Summa* tomista ne aveva individuato sette specie: *fornicatio simplex*, *stuprum*, *adulterium*, *raptus*, *sacrilegium*, *incestum* e peccato contro natura⁷⁵. La prima consiste nella congiunzione di un *solutus cum soluta*, e va considerata peccato perché dalla copula potrebbero nascere figli privi di padre certo. L’Aquinata conclude che questa pratica è contraria ai precetti del Diritto naturale, perché il nascituro ha bisogno di essere allevato da un padre e da una madre. Certamente la posizione dei fornicatori è ben diversa da quella degli adulteri perché, essendo liberi, non recano offesa a terzi⁷⁶. L’adulterio si mostra invece un peccato più complesso, perché assomma in sé il vizio della lussuria e quello dell’*iniustitia* verso il coniuge tradito⁷⁷. Ma anche lo stupro «habet duplicem iniuriam annexam. Unam quidem ex parte virginis, quam etsi non vi corrupta, tamen eam seducit (...) Aliam vero iniuriam facit patri puellæ»⁷⁸. L’incesto, «commixtio venerea» sia con consanguinei che con affini, ripugna perché contrario all’onore dovuto ai parenti: «manifestum est (...) quod in actibus venereis maxime consistit quædam turpitudine honorificentia contraria»⁷⁹. Per quanto attiene il peccato contro natura, San Tommaso distingue *mollitiæ* (masturbazione), *bestialitas*, *sodomia* (sia «masculo cum masculo» che «foemina cum foemina») e coito *extra vas*⁸⁰. Il *sacrilegium* si atteggia in modo diverso a seconda della persona consacrata con cui viene compiuto⁸¹.

Il discorso si conclude con la fissazione di una precisa gerarchia dei peccati carnali in base alla loro gravità. Violare i principi espliciti della natura è più grave che trasgredire

Ancarani, Antonino da Firenze, Angelo da Chivasso, Felino): Deciani, *Tractatus*, cit., t.I, lib. II, cap.12, nn.12-17, pp.43-45. Sembra forse un po’ enfatico sostenere che l’Udinese ricava «la nozione di delitto come concetto tutto giuridico, senza alcuna contaminazione con il peccato ma anzi da esso ontologicamente diverso»: Pifferi, *Generalia*, cit., p.293 e, più in generale, pp.284-307 e 328-336. Le posizioni di Deciani restano completamente isolate tra i contemporanei, per trovare qualche seguace nel Settecento.

⁷⁴ «Peccare (...) quasi pellicare, idest cum pollicere coire»: Deciani, *Tractatus*, cit., I. lib.I, cap.II, n.5, p.3.

⁷⁵ Tommaso d’Aquino, *Summa totius theologiæ*, cit., *Secunda secundæ*, q.154, a.1, p.774.

⁷⁶ Ma resta fermo il divieto espresso nel libro di Tobia: «Attende tibi ab omni fornicatione, et præter uxorem tuam numquam patiaris crimen scire». Il traduttore biblico non ha adoperato le parole a caso, e ciò non sfugge a San Tommaso che precisa «crimen autem importat peccatum mortale»: Tommaso d’Aquino, *Summa totius theologiæ*, cit., *Secunda secundæ*, q.154, a.2, pp.776-777.

⁷⁷ «Nihil prohibet in eodem actu diversorum vitiorum deformitates concurrere (...) et hoc modo adulterium continetur sub luxuria, et sub iniustitia. Nec deformitas iniustitiæ omnino per accidens se habet ad luxuriam: ostenditur enim luxuria gravior, quæ intantum concupiscentiam sequitur quoad in iniustitiam ducat»: Tommaso d’Aquino, *Summa Theologica*, cit., *Secunda secundæ*, q.154, a.1, p.774.

⁷⁸ Tommaso d’Aquino, *Summa totius theologiæ*, cit., *Secunda secundæ*, q.154, a.6, p.785.

⁷⁹ Tommaso d’Aquino, *Summa totius theologiæ*, cit., *Secunda secundæ*, q.154, a.9, p.789.

⁸⁰ Tommaso d’Aquino, *Summa totius theologiæ*, cit., *Secunda secundæ*, q.154, a.11, p.792. «Si dice peccato innominato (...) è peccato gravissimo, e abominevole, e indegno d’essere nominato, ancor che sia tra uomo, e donna eziandio maritata»: Azpliqueta Navarro, *Manuale*, cit., p.196. Cfr. Clavero, *Delito y pecado*, cit., pp.75-79.

⁸¹ «Si aliquis abutatur persona coniuncta sibi secundum spiritualem cognationem, committit sacrilegium ad modum incestus. Si autem abutatur virgine Deo sacrata, inquantum est sponsa Christi, est sacrilegium per modum adulterij: inquantum vero est sub spiritualis patris cura constituta, erit quoddam spirituale stuprum. Et si violentiam inferatur, erit spiritualis raptus, qui etiam secundum leges civiles gravius punitur»: Tommaso d’Aquino, *Summa Theologica*, cit., *Secunda secundæ*, q.154, a.10, p.791.

quelli dalla retta ragione umana (che pure desunti dai primi dai primi): per questo, il peccato contro natura è in assoluto il più esecrabile e determina *iniuria* nei confronti di Dio stesso⁸². «Post quod est incestus qui (...) est contra naturalem reverentiam quam personis coniunctis debemus»; tutte le altre ipotesi, trasgredendo solo i dettami della retta ragione, vanno giudicate meno scabrose. Tra queste, *in primis* va collocato il sacrilegio, poi l'adulterio, lo *stuprum* ed infine la *fornicatio simplex*: il ratto si pone come fattispecie aggravata di ognuna di esse⁸³.

Va sottolineato come il discorso tomista maturi in un rapporto osmotico con lo sviluppo del pensiero giuridico. Da Graziano Tommaso mutua la classificazione dei *crimina* sessuali⁸⁴, aggiungendo la fattispecie del sacrilegio e, soprattutto, fornendo una scala di disvalore che dà all'elenco uno spessore teorico nuovo⁸⁵. Dal tomismo prendono piede, poi, i teologi della Seconda Scolastica⁸⁶. Azpliqueta, giurista di fama e moralista, nel suo *Manuale de' confessori* si ricollega espressamente alla classificazione già proposta da Graziano, da Tommaso e dal Caetano⁸⁷. Questa elaborazione canonistica e teologica offre un contributo decisivo alla criminalistica della Prima età moderna. Nelle *practicæ* del Cinquecento – benché il discorso sia più orientato al processo che non ai profili sostanziali – i criminalisti inseguono una sistematica nuova⁸⁸: per quanto attiene i crimini sessuali, appare una materia ormai complessa, che attinge a piene mani dalla speculazione tomista⁸⁹. Certo, le preoccupazioni morali di un teologo restano diverse dalle urgenze che i giuristi si trovano ad affrontare. E così peccati gravissimi come bestialità e masturbazione trovano poco spazio nella trattatistica, mentre condotte meno repressibili come stupro e adulterio interessano maggiormente gli autori. Oltretutto, non c'è perfetta coincidenza tra la

⁸² «Quia ergo in vitijs, quæ sunt contra naturam transgreditur homo quod est secundum naturam determinatum circa usum venereum, inde est quod in tali materia hoc peccatum est gravissimum (...) ordo naturæ est ab ipso Deo: et ideo in peccatis contra naturam, in quibus ipse ordo naturæ violatur, fit iniuria ipsi Deo ordinatori naturæ»: Tommaso d'Aquino, *Summa totius theologiæ*, cit., *Secunda secundæ*, q.154, a.12, p.794.

⁸³ Tommaso d'Aquino, *Summa totius theologiæ*, cit., *Secunda secundæ*, q.154, a.12, p.794.

⁸⁴ Il riferimento a *Decr.* C.36, q.I, c.2 è esplicito all'art.1 della q.154.

⁸⁵ Una gerarchia era stata abbozzata già in *Decr.* C.32, q.7, cc.11-14 grazie ai testi di Ambrogio ed Agostino, ma la chiarezza espositiva della *Summa* risulta di gran lunga più efficace rispetto al disorganico mosaico di Graziano.

⁸⁶ Tomás y Valiente, *El crimen*, cit., pp. 36-38. Il primo commentatore dell'Aquinate, nel Cinquecento, è il cardinal de Vio, che ne recepisce la classificazione dei *delicta carnis*: Caetano, *Secunda Secundæ commentariis illustrata*, Augustæ Taurinorum 1582, super quæstionem CLIV, p.695.

⁸⁷ «Habbiamo posto sopra per regola, che tutti i peccati di lussuria sono di queste sei spetie; ma non perché non ce ne siano più; ma perciò che queste sono le più famose, perché dirette, et reduttivamente, quasi tutte sono di queste»: Azpliqueta Navarro, *Manuale*, cit., p.195-196. Così anche Azor, *Institutionum moralium*, pars III, Colonia Agrippinæ 1618, lib.III, cap.XXIX, coll.219-221. Ma cosa s'intende per lussuria? «Es un apetito desordenado de deleytes deshonestos, engendra este vicio ceguera en la mente, y quita el uso de la razon, haze los hombres bestias»: de Medina, *Breve instrucción de como se ha de administrar el Sacramento de la Penitencia*, Alcalá 1589, cap.VII, par.III, fol.13A; l'elencazione delle sei fattispecie è ai foll.112B-114B.

⁸⁸ Sbriccoli, *Lex delictum facit*. Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico, in Id., *Storia del diritto penale*, cit., I, pp.226-227 e 243-244; Meccarelli, *Le categorie dottrinali della procedura e l'effettività della giustizia penale nel Tardo Medioevo*, in Chiffolleau – Gauvard – Zorzi (curr.), *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à fin du Moyen Âge*, Roma 2007, p.580; Birocchi, *La giustizia di tipo egemonico: qualche spunto di riflessione*, in *Penale giustizia potere*, Macerata 2007, p.198.

⁸⁹ Cazzetta, *Præsumitur seducta*, cit., p.86.

gerarchia teologica e quella giuridica⁹⁰, ma l'assiologia da cui trarre le singole fattispecie è senz'altro la stessa. Teologia e diritto come due fili diversi e intrecciati, in un *entanglement* dove le interazioni sono continue e l'apprendimento reciproco⁹¹.

3. *Delicta carnis: dalla categoria teologica alla criminalistica*

L'emersione della categoria dei reati carnali è frutto di una *reductio ad unum* che in tanto si giustifica in quanto già da tempo la Chiesa aveva individuato il *genus* dei peccati di lussuria. Il risultato scaturisce da un percorso lento ed ondivago, non senza risultati differenti tra un autore e l'altro. Non sempre i penalisti seguono fedelmente lo schema della *Summa*: non di rado, la tradizione giuridica suggerisce categorie diverse: così il *concupinatus*, che agli occhi del teologo non è altro che una *fornicatio simplex* ripetuta nel tempo⁹²; così la stessa bigamia, riconducibile tanto all'adulterio quanto allo *stuprum*⁹³. L'impronta, però, rimane.

Egidio Bossi (1488-1546) divide la materia in tre titoli: *De raptu mulieris*, *De coitu damnato et punibili* e *De stupro detestabili in masculino*. Il primo merita una trattazione autonoma «propter immanitatem, et frequentiam eorum, qui mulieres rapiunt», se è vero che lo stesso legislatore ha stabilito una disciplina specifica nel *Codex*⁹⁴. Nel secondo sono considerati *adulterium*, *incestus*, *sacrilegium* e *stuprum*, tutti chiamati «carnalia delicta»⁹⁵. Bossi, però, ha cura di precisare che non tutti i coiti *damnati* sono anche *punibiles*: sembra così profilare l'irrelevanza penale per quei comportamenti che non trovano spazio nella sua

⁹⁰ Per i giuristi, ad esempio, il ratto (*crimen atrocissimum*) è sempre più grave dell'incesto (*crimen grave*). Per i teologi è l'inverso.

⁹¹ Per inquadrando i *delicta carnis* nella prospettiva della secolarizzazione, è evidente come questo processo non si concretizzò in un brusco trapianto dal campo religioso a quello giuridico. Tra i due saperi vi fu un lungo gioco di rimandi: dal diritto romano alla patristica, dalla canonistica alla scolastica, fino alla criminalistica. Un percorso tortuoso dov'è difficile stabilire priorità assolute, pur potendone constatare l'esito. L'impatto della teologia barocca sulla coeva costruzione penalistica non è stato molto studiato: più nutrite le ricerche sul versante internazionalistico, privatistico, costituzionale. Bisogna ancora far riferimento alle osservazioni di Tomás y Valiente, *El Derecho penal*, cit., pp.85-93 e alle più datate ricerche di de Hinojosa, *Influencia que tuvieron en el Derecho público de su Patria y singularmente en el Derecho penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo*, Madrid 1890, pp.151-177. Sulla categoria dell'*entanglement*: Duve (cur.), *Entanglements in Legal History: conceptual approaches, global perspectives on Legal History*, Frankfurt am Main, 2014.

⁹² «Concupinatus per leges nomen assumpsit (...) Secus est de de iure poli et iure canonico, quia per ius divinum et canonicum concupinatus est fornicatio»: così le *additiones* di de Bottis ad Abbas, *Commentaria*, cit., t.VII, super Quintum librum Decretalium, rub. de adulteriis et stupro, fol.215A.

⁹³ «Tum adulterium committere dicitur et sacrilegium et stuprum»: Rebuffi, *Concordata inter sanctissimum dominum nostrum papam Leonem X et sedem apostolicam ac christianissimum Dominum nostrum Regem Franciscum*, Parisiis 1538, p.234. Per questo, Bermond Choveron s'interroga sulla pena laddove manchi una disposizione *ad hoc*. Bisogna ricorrere alla sanzione dello stupro commesso nei confronti della seconda moglie o a quella dell'adulterio commesso nei confronti della prima? Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.857.

⁹⁴ Bossi, *Tractatus varii*, Venetiis 1562, fol.186A. Cfr. C.9.13.1.

⁹⁵ Cfr. la *summa* n.47 del titolo *De coito damnato et punibili*: Bossi, *Tractatus*, cit., fol.189A

trattazione⁹⁶. Il terzo titolo prevede la disciplina di un tipo particolare di rapporto omosessuale, quello *in masculos* (generalmente considerato più grave di quello *inter foeminas* per via della dispersione del seme)⁹⁷. La maturazione è più evidente nella *Canonica criminalis praxis* di Pietro Follerio (1520 ca.-1590 ca.), profondo conoscitore del pensiero aristotelico e tomista. Lo studioso richiama tutte le sei *species* di lussuria derivate da Graziano e le colloca nella categoria del *flagitium carnis*. Sceglie, però, di trattare approfonditamente solo alcune di esse⁹⁸.

Assai diversa l'impostazione di Giulio Claro (1525-1575): non accorpa le varie ipotesi in un unico titolo ma poi, all'interno del paragrafo sulla *fornicatio*, si domanda quali siano i *coiti damnati*, dei quali «frequenter dubitari contigit». Rifiutandosi di considerare le ipotesi squisitamente morali, afferma che nella categoria rientrano solo quelle fattispecie «qui aliqua lege exteriori, et humana puniuntur». Claro non traduce tutti i peccati in crimini: scelta drastica, che non significa però limitare le ipotesi delittuose ai casi del *Corpus giustiniano*. Della *lex humana* fa parte a pieno titolo anche il diritto canonico: pertanto, rientrano tra le condotte vietate anche *fornicatio simplex* e *concubinatus*, che *de iure civile* non sono punibili, ma *de iure canonico* sì⁹⁹. La classificazione proposta appare lontana da quella consueta, e tutta incentrata sul soggetto passivo del rapporto¹⁰⁰. A questa impostazione così casuista si oppone Prospero Farinacci (1544-1618), che riprende lo schema tomista aggiungendovi il concubinato¹⁰¹. Smentendo Bossi, sostiene che «delicta carnis et coitus damnati idem sunt, et sunt pariter punibiles»¹⁰². Tutta la materia dei reati sessuali è sistematicamente collocata nell'ampio titolo *de delictis carnis*: l'estensione della categoria criminale è totale, coincide con le diverse ipotesi peccaminose e le punisce tutte. Siamo all'apice di una parabola che ha criminalizzato completamente la lussuria. Lo spazio della repressione è massimo anche in Benedict Carpzov (1595-1666), che tra i coiti illeciti

⁹⁶ «Aliqui coitus a lege sunt damnati et punibiles, aliqui etiam simpliciter a lege non approbantur»: Bossi, *Tractatus*, cit., fol.189B.

⁹⁷ Questo «vitium abominevole» costituisce una «luxuria ferina non humana secundum Philosophum (...) quem refert sanctus Thomas» e «transcendit incestus, et omne crimen carnis»: Bossi, *Tractatus*, cit., fol.194A. Il passo mostra la penetrazione di *opiniones* non giuridiche nel diritto criminale di inizio Cinquecento.

⁹⁸ Follerio, *Canonica Criminalis Praxis*, Venetiis 1570, pars II, cap.19, n.3, p.220.

⁹⁹ Claro, *Practica criminalis*, in Id., *Series Tractatum*, Venetiis 1614, par.Fornicatio, n.1, fol.53B e nn.6-7, fol.54A.

¹⁰⁰ *Coiti damnati* saranno allora quelli «cum concubina, cum virgine, cum puella nondum viripotens, cum puero, cum nupta, cum vidua, cum affine, cum moniali, cum presbitero, cum domina, cum subdita, cum pupilla, cum carcerata, cum Iudæis vel infidelibus, cum animali bruto, cum mortua, mulierum inter se. Hic accedit raptus, et violentia, et is coitus, qui plures uxores eodem tempore ducendo committitur»: Claro, *Practica*, cit., par.Fornicatio, n.5, fol.54A. La soluzione appare originale, ma deriva in realtà da un approccio più fedele alla lettera dei *Corpora iuris*. Il rigetto della sistematica sottende, perciò, un rifiuto del sussidio teologico, coerentemente con lo spirito laico dell'autore.

¹⁰¹ «Tu vero brevius, et melius dicas damnatos coitos esse fornicationem, concubinatum, stuprum, adulterium, sodomiam, incestum, sacrilegium, et raptum»: Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, Lugduni 1631, q.CXXXVII, n.3, p.436. Cfr. Marchisello, *Alieni thori violatio. L'adulterio come delitto carnale in Prospero Farinacci (1544-1618)*, in Seidel Menchi – Quagliani (curr.), *Trasgressioni*, cit., pp.135-137. La previsione del concubinato come fattispecie penale autonoma è diretta conseguenza dei canoni tridentini.

¹⁰² Cfr. la *summa* n.1 dell'*Argumentum Quid, et quotuplex sit fornicatio*: Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXXXVII, p.436. «Omnis coitus illicitus damnatur, ac poenam meretur»: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXIX, n.60, p.135. «Idem sunt, ac coitus damnati, et a legibus punibiles»: Ursaya, *Institutiones criminales*, Romæ 1706, cit., lib.3, tit.5, n.2, p.193.

annovera *adulterium*, *bigamia*, *incestus*, *stuprum*, *scortatio*, *lenocinium*, *raptus* e *sodomia*¹⁰³. Alla *scortatio*, in particolare, son ricondotti sia il concubinato che la *fornicatio simplex*, mentre trattando di sodomia si specifica che in virtù dell'*eadem ratio* è possibile perseguire col rogo la *bestialitas* e con pena arbitraria la *manus stupratio*. Uno spazio autonomo trova anche il lenocinio, generalmente trattato insieme all'adulterio o allo stupro. La bigamia merita di essere considerata autonomamente perché nell'Europa moderna non sono rari i casi di uomini che si spostano per affari e formano identità e famiglie parallele¹⁰⁴.

Questo rapido *excursus* mostra come, pur mancando una perfetta identità nelle soluzioni proposte, dai diversi trattati emerge una certa armonia: segno tangibile di un dialogo tra giuristi che non conosce frontiere di tempo, spazio e confessione religiosa. Si intravede, inoltre, la traccia di una progressiva trasformazione, frutto del confronto con la sistematica teologica e della (relativa) emancipazione da Giustiniano. Il risultato non è univoco, ma nemmeno caotico: i giuristi sono riusciti ad elaborare un complesso di istituti articolato, ma omogeneo e davvero *commune*. In questa elaborazione concettuale, il peso della legislazione locale è irrilevante: si può affermare, al contrario, che la formulazione della *lex* subisca l'influenza del sapere giuridico (e teologico).

Due punti fermi restano l'*adulterium* e lo *stuprum*: già perseguiti congiuntamente dalla *Lex Iulia*, costituiscono i *delicta carnis* più frequenti nelle corti di Antico Regime¹⁰⁵.

¹⁰³ Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LI, n.12, p.2. Il Giurista porta la criminalizzazione del sesso alle estreme conseguenze, anche a costo di forzare un passo della *Politica* (lib.VII, cap.XVI). Aristotele si limitava ad invocare una legge contro l'adulterio, Carpzov traduce «concubitus (...) omnis, præterquam uxoris penitus sit interdictus»: Id., *Practica*, cit., pars II, q.LI, n.16, p.2 (va sottolineato che non è questa la versione corretta, né quella prevalente fra i traduttori coevi). L'estremismo di Carpzov è segnalato da Moccia, Carpzov e Grozio, cit., pp.7, 33-34 e 63-64. Non sembrano convincenti, però, le conclusioni tratte dal raffronto fra i due autori. Il primo rappresenterebbe «una concezione inflessibilmente teocratica dello Stato» e del diritto penale, l'altro sarebbe esponente di una «impostazione progressista» e laica, ancora predicata nel deserto ma inevitabilmente proiettata verso il successo. *In primis*, più che di teocrazia, per Carpzov bisognerebbe parlare di cesaropapismo, giacché è lo Stato ad assorbire la Chiesa e non viceversa. D'altra parte, tenendo conto dei nessi tra Grozio e la Scolastica, c'è da revocare in dubbio l'intera tesi di Moccia. Sia Carpzov che Grozio hanno un debito col pensiero medievale; ma lo reinterpretono, rappresentando due declinazioni della Modernità giuridica: l'una volontarista, l'altra razionalista. E se è vero che il Sassone attinge a piene mani ai precetti biblici, ciò si spiega proprio in virtù del suo luteranesimo, che lo spinge a sopravvalutare qualunque legge positiva (sia divina che umana). Non è vero, allora, che in Carpzov si coglie «un arretramento culturale al Medioevo»: il fenomeno è nuovo e tipicamente moderno. A tal proposito, appaiono condivisibili le considerazioni di Reinhard, *Disciplinamento sociale*, cit., p.118: «disciplinamento sociale e confessionalizzazione modernizzano il sistema politico per il nascente Stato moderno (...) In tal senso disciplinamento sociale e confessionalizzazione sono anche modernizzazione». Cfr. Stolleis, *Confessionalizzazione o secolarizzazione agli albori dello Stato moderno*, in Id., *Stato e ragion di Stato nella prima età moderna*, Bologna 1998, pp.285-293.

¹⁰⁴ Sull'argomento, vedi i contributi di Galasso, Scaramella e Siebenhüner in Seidel Menchi – Quagliioni (curr.), *Trasgressioni*, cit., pp.383-534. Anche la bigamia risale al diritto canonico: X.1.21; VI.1.12.1. Nel Cinquecento cattolico, fondamentale la condanna di Concilio di Trento, sess.XXIV, can.II *de sacramento matrimonii*.

¹⁰⁵ Come dimostrano, nel periodo 1486-1834, gli archivi della Real Audiencia di Valladolid. Specie nel Cinquecento, le cause per stupro e adulterio sono di gran lunga più numerose rispetto a quelle per altri delitti carnali; solo il concubinato regge il paragone. A partire dal XVII secolo, si registra una flessione generalizzata, segno di crescente disinteresse: Medina Plana, *Engaños y fuerzas, honras y dote: el arbitrio*

Trasgressioni perniciose perché capaci di degenerare, viziando la moralità interiore e destabilizzando la pace esterna. Collocate a metà nella gerarchia del disvalore, risentono solo in parte dell'evoluzione egemonica del diritto: tale natura permette di riscontrarvi tutte le polarità e le contraddizioni del penale moderno. Ad esse sarà circoscritta la nostra indagine.

4. *Adulterium e stuprum: alla ricerca di un definizione*

Nell'abbozzare una definizione di *adulterium* e *stuprum*, i giuristi prendono avvio da un frammento di Modestino: «Adulterium in nupta admittitur: stuprum in vidua vel virgine vel puero committitur»¹⁰⁶. Altre norme confermano questa terminologia: un frammento di Papiniano¹⁰⁷, un altro dello stesso Modestino¹⁰⁸ ed un passo delle Istituzioni¹⁰⁹. Insomma, già la *iuris prudentia* classica aveva avvertito l'esigenza di specificare due vocaboli che la legislazione augustea usava, invece, in modo promiscuo.

Il *Vocabularium utriusque iuris* definisce l'adulterio come «transitus ad alterius thorum»¹¹⁰. Questa etichetta, come quella più frequente di «alieni thori violatio»¹¹¹, è desunta dal *Decretum*¹¹². I giuristi individuano tre casi possibili: «inter virum coniugatum, et foeminam nuptam», ovvero il *duplex adulterium* nel quale entrambi violano «proprium thorum, et alienum»; «inter virum solutum, et mulierem nuptam»; «inter virum coniugatum, et mulierem solutam»¹¹³. Quest'ultima ipotesi, però, è circoscritta al solo diritto canonico, perché secondo lo *ius civile* l'uomo è adultero solo quando viola il talamo altrui; viceversa per la donna si configura adulterio quando si viola il proprio talamo e non quello altrui¹¹⁴. Questa scelta del diritto civile, sicuramente più benevola verso il tradimento maschile, si giustifica perché «maior castitas requiritur in muliere quam in

sudicia sobre algunos casos de estupro a principios del siglo XVI, in Sánchez-Arcilla Bernal (cur.), *El arbitrio judicial en el Antiguo Régimen. España e Indias, siglos XVI-XVIII*, Madrid 2012, pp.638-639.

¹⁰⁶ D.48.5.35.1.

¹⁰⁷ «Proprie adulterium in nupta committitur (...) stuprum vero in virginem viduamve committitur»: D.48.5.6.1.

¹⁰⁸ «Inter stuprum et adulterium hoc interesse quidam putant, quod adulterium in nuptam, stuprum in viduam committitur. Sed lex Iulia de adulteriis hoc verbo indifferenter utitur»: D.50.16.101.

¹⁰⁹ «Item lex Iulia de adulteriis coercendis, quae non solum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, sed etiam eos qui cum masculis infandam libidinem exercere audent. Sed eadem lege Iulia etiam stupri flagitium punitur, cum quis sine vi vel virginem vel viduam honeste viventem stupraverit»: I.4.18.4.

¹¹⁰ De Nebrija, *Vocabularium utriusque iuris*, Venetiis 1581, v.Adulterium, fol.30A. Farinacci immagina anche un più stabile «transitus tori unius ad alterum»: Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CLI, n.2, p.464.

¹¹¹ Follerio, *Canonica Criminalis Praxis*, cit., pars II, cap.19, n.11, p.222; Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, nn.1-2, p.464; Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LVI, n.4, p.40; Savelli, *Summa*, cit., I, par.Adulterium, n.2, p.88.

¹¹² «Adulterium vero est alieni thori violatio. Unde adulterium dicitur quasi ad alterius thorum accessio»: *Decr.* C.36, q.I, c.2. Entrambe le formule sono ricordate da Ostiense, *Summa aurea*, Venetiis 1574, col.1573.

¹¹³ Claro, *Practica*, cit., par.Adulterium, n.2, fol.4A.

¹¹⁴ «Proprie vero adulterium in viro est, quando violat alienum thorum, licet ipse non sit coniugatus; in muliere autem quando violat proprium thorum, etiamsi adulter non sit matrimonio copulatus»: Claro, *Practica*, cit., par.Adulterium, n.2, fol.4A.

viros»: la *ratio*, chiaramente, è quella di fuggire il pericolo di figli illegittimi¹¹⁵. Il diritto canonico, invece, non ammette tale sperequazione tra uomo e donna: la violazione del sacramento è ugualmente grave e perseguibile¹¹⁶. A ben vedere, anzi, l'adulterio maschile è più grave proprio in virtù della particolare autorità che il marito esercita sulla moglie¹¹⁷. Gli stessi teologi – come annota Josse de Damhouder – si dividono sul punto: e se è vero che il tradimento della donna è detestabile e ignominioso, è pur vero che la connaturata *imbecillitas* ne alleggerisce la responsabilità. La Chiesa, insomma, tende a parificare le posizioni¹¹⁸. La nozione canonistica non può che essere ampia, perché qualunque tradimento «cum altera vel altero» rompe la *fides* del patto coniugale¹¹⁹. I giuristi, in questo caso come in diversi altri, hanno cura di sottolineare la diversa punibilità secondo i due ordinamenti¹²⁰.

Alcuni dubbi sorgono nel caso dell'ecclesiastico che si unisce ad una *soluta*: sebbene l'opinione maggioritaria discuta di *fornicatio simplex*¹²¹, l'idea che il consacrato sia sposo della Chiesa suggerisce la qualificazione in termini di *adulterium*¹²². Altri autori – osservando che a fini successivi gli eventuali figli naturali sarebbero considerati incestuosi – parlano invece di *incestum*¹²³. Si tratta, però, di definizioni improprie, almeno per quanto attiene i chierici secolari; nel caso dei regolari e dei vescovi, invece, è possibile configurare

¹¹⁵ Bossi, Tractatus, cit., fol.191B. Per questo, il Digesto aveva circoscritto l'adulterio *in nupta*: «propter partum ex altero conceptum»: D.48.5.6.1. Alberico Gentili aggiunge la proverbiale incostanza delle donne, pronte a sollevare inutili controversie ma anche a perdonare più facilmente. «Sic docet experientia quotidiana. Nam videmus, implacabiliter sævire viros in uxores aut suspectas adulterii semel patrati. Uxores contra maritos adulteros, et manifestos, et sæpissimos rixari fortassis, ut maritis illico se præbere»: Gentili, Disputationum de nuptiis, Hanoviae 1601, lib.I, cap.V, p.27.

¹¹⁶ «Nec viro licet, quod mulieri non licet. Eadem a viro, quæ ab uxore debetur castimonia. Quicquid in ea, quæ non sit legitima uxor, commissum fuerit, adulterii crimine damnetur»: *Decr.* C.32, q.IV, c.1. «Qui vivente uxore sua alteram conosci adulterium committit»: *Decr.* C.32, q.V, c.16. «Christiana religio adulterium in utroque sexu pari ratione condempnat»: *Decr.* C.32, q.V, c.23.

¹¹⁷ «Sicut vir est caput mulieris, sic adulterando gravius delinquit quam mulier»: *Decr.* C.32, q.VI, c.5.

¹¹⁸ Per una sintesi sul dibattito teologico sulla maggior gravità dell'adulterio maschile o femminile, cfr. de Damhouder, Praxis, cit., cap.LXXXIX, nn.113-117, fol.99. Da parte sua, la legge divina punisce sia l'adultera che il drudo con lapidazione (Lv XX, 10 e Dt XXII, 22), ma tace sul tradimento del marito.

¹¹⁹ «Adulterium committitur (...) cum altera vel altero contra pactum coniugale concumbitur, atque ita frangitur fides, que in rebus corporeis et abiectis magnum animi bonum est, et ideo ei salutem quoque corporalem, qua etiam vita ista continetur, certum est debere postponi»: *Decr.* C.32, q.V, c.14.

¹²⁰ Cfr. Savelli, Summa, cit., I, par.Adulterium, n.4, p.89. Rispetto a questo schema, un elemento di complicazione potrebbe risultare da una relazione *more uxorio* che un uomo coniugato intrattiene con una *soluta*. Può essere questa, negli ordinamenti secolari che hanno recepito il *crimen concubinatus*, la via d'uscita per punire il marito infedele in una corte laica. Ma è necessario che si verifichino le condizioni che caratterizzano un rapporto *more uxorio*, dunque che l'uomo mantenga l'amante permettendole di vivere sotto lo stesso tetto.

¹²¹ Bossi, Tractatus, cit., fol 189B; Menochio, De arbitrariis iudiciis, Lugduni 1605, lib.II, cent.III, casus 289, n.6, p.437

¹²² Sia i chierici fornicatori che quelli concubinari «dicuntur committere crimen adulterij ea ratione: quia præsbiteri in assumptione sacrorum ordinum desponsantur spiritualiter, et in sponsam accipiunt sanctam et immaculatam ecclesiam, cui in collatione ditorum ordinum promittunt, et iurant, saltem implicite, continentiam servare (...) Si igitur maritus carnalis fefellerit fidem sponsæ, mulierem carnaliter cognoscendo incurrat crimen adulterij: ergo quanto magis crimen adulterij incurrit, qui fidem coniugi spirituali, hoc est, Christo, et fidem ecclesiæ, quam promisit, violare præsumperit, et credo quod nemo sanæ mentis dubitat, quod gravius est violare sponsam Christi quam proximi»: Choveron, De publicis concubinariis, cit., pp.25-26.

¹²³ Menochio, De arbitrariis iudiciis, cit., lib.II, cent.III, casus 289, n.4, p.437.

adulterio o incesto, perché essi non si limitano a promettere il celibato, ma sono tenuti ad uno specifico voto di castità¹²⁴.

Secondo l'opinione dell'Ostiense, replicata da Farinacci e Matthes, la parola *stuprum* deriva da quello «studium pravum» che i seduttori escogitano per ingannare l'oggetto del desiderio¹²⁵. Il *Corpus* giustiniano prospettava tre possibilità: *stuprum in virginem*, *stuprum in viduam* e *stuprum in masculos*. La riflessione canonistica e teologica, però, scava un solco profondo tra i primi due casi ed il terzo, che appare qualitativamente molto più grave. Solo quest'ultimo, infatti, costituisce peccato contro natura e quindi crimine atrocissimo: la fattispecie, sganciata dalle altre due, finisce per essere configurata in modo autonomo col nome di sodomia. Egidio Bossi, pur chiamando «stuprum destestabile in masculos» quel «vitium abominabile» tanto scabroso che nemmeno il legislatore aveva osato pronunciare il nome (C.9.9.30), lo separa nettamente dagli altri «coiti damnati» dedicandogli un titolo diverso. Questo *scelus*, che «transcendit incestum, et omne crimen carnis», rappresenta una forma di lussuria ferina¹²⁶. Nella criminalistica di Antico Regime la distanza tra *stuprum* e *sodomia* appare dunque incolmabile, benché i giuristi ricordino ancora l'antica definizione romanistica¹²⁷.

L'ipotesi principale è quella di «illicita virginum defloratio sub parentum custodia existentium (...) quo virginalis integritas corrumpitur»¹²⁸. L'illiceità della condotta dipende dall'assenza di un vincolo coniugale¹²⁹. Diversi riferimenti testuali, poi, spingono i civilisti a concordare sulla possibilità dello *stuprum in viduam*, nonostante le obiezioni che potrebbero sorgere dal tenore della *lex Si uxor*¹³⁰. La questione, peraltro, assume una significativa rilevanza pratica, considerando la differenza d'età che solitamente intercorre tra moglie e marito. Bisogna dunque immaginarsi un numero cospicuo di giovani vedove, ancora desiderabili e non disposte a tornare *sub manu*, risposandosi¹³¹. Tuttavia, resta isolata all'ambito canonistico la posizione dell'Ostiense, che aveva parlato di uno *stuprum*

¹²⁴ È il ragionamento di Grillando, *Tractatus de hereticis, et sortilegijs omnifariam coitu*, Lugduni 1545, foll.92B-93; Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., pp.201-203; Claro, *Practica*, cit., par.Fornicatio, n.18, fol.34B; Menochio, *De arbitrariis iudiciis*, cit., lib.II, cent.III, casus 289, n.7, p.437.

¹²⁵ Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXXXXVII, n.5, p.555; Matthes, *De criminibus*, Antwerpiae 1761, lib.XLVIII, tit.III, cap.V, n.1, p.314.

¹²⁶ Come detto da Aristotele e riportato da San Tommaso: Bossi, *Tractatus*, cit., fol.194A.

¹²⁷ Claro, *Practica*, cit., par.Stuprum, n.1, foll.91B-92A. Un'altra ipotesi di *stuprum* è quella della donna che si congiunge col proprio servo: una costituzione di Costantino (C.9.11.1) stabiliva la pena di morte sia per l'uomo che per la donna. Solo alcuni autori, però, qualificano questo caso *stuprum cum domina*: così Costa, *De facti scientia et ignorantia*, Papiæ 1604, dist.XIII, centur.II, n.41, p.386; Savelli, *Summa*, cit., IV, par.Stuprum, n.1, p.265. La maggior parte tende ad isolarlo sia in base ad un argomento testuale – il legislatore non adopera questo *nomen iuris* – sia perché non è richiesta l'onestà femminile come condizione di punibilità: Gómez, *Ad leges Tauri*, Antwerpiae 1624, p.563.

¹²⁸ Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXXXXVII, nn.3-4, p.555. La formula ricalca quella di *Decr.* C.36, q.I, c.2. Cfr. anche Tommaso d'Aquino, *Summa totius theologiæ*, cit., *Secunda secundæ*, q.154, a.6, p.785.

¹²⁹ Concetto già sottolineato nell'opera attribuita al de Vitalinis, *Tractatus super maleficijs*, Venetiis 1555, fol.112A: «Stuprum est illicita defloratio virginis, et dicitur illicita: nisi fiat a marito, quia matrimonium est licitum, et nulla alia».

¹³⁰ D.48.5.14.2: la formula «quamvis si vidua esset, impune in eam struprum committeretur» sembra escludere la punibilità. Farinacci, pars quarta, q.CXXXXVII, n.12, p.556 risolve le difficoltà limitando l'impunità al caso della vedova disonesta.

¹³¹ Klapisch-Zuber, *La donna e la famiglia*, cit., p.336.

*improprium*¹³². Requisito essenziale è che la vedova sia *honestas* come una vergine e conduca una vita irreprensibile: cosa nient'affatto scontata, perché una donna che ha già provato i piaceri della carne risulta incline a cedervi di nuovo¹³³.

La donna lasciva è una *meretrix*, e con essa non si commette stupro¹³⁴. Il paradigma dell'*honestas*, determinante per l'applicazione dello *stuprum*, si sostanzia in un valore difficilmente comprensibile alla mentalità odierna. Se infatti appare sganciato da qualunque valutazione di carattere soggettivo – l'intima adesione alla morale dominante – è, allo stesso tempo, un dato che non coincide necessariamente con la castità oggettiva. «*Honestas femina etiam dicitur, si ab uno fuisset cognita, et de concubitu non aderat fama*»; allo stesso tempo, però, una vergine che dà scandalo con comportamenti licenziosi «*non potest dici neque honesta, neque casta*»¹³⁵. L'onestà si risolve nella rispettabilità dei costumi, certificata dalla buona fama¹³⁶. Un'impostazione che deve comunque fare i conti con la voce della Chiesa, da sempre più accorta al profilo soggettivo¹³⁷: il giudizio sociale, che il diritto civile aveva assunto come stella polare per distinguere la *mulier honesta*, sembra insufficiente. I criminalisti però, pur considerando queste osservazioni, restano

¹³² La figura dello *stuprum cum vidua* non sembra trovare particolare consenso tra i canonisti. Seguendo lo schema del *Liber Extra*, Enrico da Susa notava la mancanza di qualunque riferimento a tale ipotesi, pur autorevolmente disciplinata dal diritto civile. Né il *Decretum* né la *Summa* tomista usavano l'etichetta *stuprum* nel riferirsi all'incontinenza vedovile. Pur ammettendo la punibilità a titolo di stupro – ormai acquisita per influsso del diritto romano – il Cardinale rilevava la profonda differenza rispetto alla congiunzione *cum virgine*: Ostiense, *Summa aurea*, cit., coll.1580-1581. La canonistica moderna si limita a sanzionare il chierico *cognoscentem viduam* con pena arbitraria, non diversamente da come fa col chierico *fornicator*. È chiaro in questo senso Díaz de Lugo, *Practica criminalis canonica*, Venetiis 1602, p.384. Anche la teologia morale, seguendo il Caetano, non riconosce l'alterità tra *stuprum in viduam* e *fornicatio*: Azor, *Institutionum moralium*, cit., pars III, lib.III, cap.XXIX, coll.219-220.

¹³³ Il requisito dell'onestà è testuale in I.4.18.4. «Il stupro ancora con vedove è di ragione punibile, non solo quando sia commesso con violenza (...) ma anco senza violenza con vedove oneste, siccome tali si devono presumere mentre non si provino disoneste»: Savelli, *Practica Universale*, in *Variæ juris resolutiones*, Venezia 1748, par.Stupro, n.2, p.319. Le vedove, tuttavia, non godono di troppo credito. «*Duplex est pudicitia, maior scilicet, media, et minor, id est, virginitatis, viduitatis, matrimonij*»: de Bohier, *Decisiones Burdigalenses*, 1611, dec.CCXCVII, n.19, p.626.

¹³⁴ «*Quia de coitu non violento habito cum muliere non nupta, quæ non retineat nomen honestæ mulieris, iudicatur prout de coitu habito cum meretrice (...) de iure non est punibilis*»: Tartagni, *Consiliorum seu responsorum*, Venetiis 1610, lib.VII, cons.XIII, n.5, fol.12A. Nello stesso senso, d'Afflitto, *In utriusque Siciliae sanctiones et constitutiones*, Venetijs 1588, prima pars, lib.I, rub.XIX, n.11, fol.83A. «*Si vero erat enim mulier inhonesta, tunc nulla esset poena, quando non adfuit violentia aliqua, quia tunc iudicatur, prout de coitu cum meretrice*»: Toschi, *Practicarum*, cit., VII, concl.709, n.22, p.468.

¹³⁵ De Rosa, *Criminalis decretorum praxis*, Neapoli 1733, lib.II, cap.V, summ.4, p.186 e n.8, pp.187-188. È la *virgo meretrix* che la gl. *Viduam* ad I.4.18.4 esclude dallo *stuprum*. Figura che Farinacci giudica assurda: Cazzetta, *Præsumitur seducta*, cit., pp.42-43.

¹³⁶ Ma non mancano obiezioni, come quelle avanzate da Giuseppe Cumia. Per il giurista siciliano, non è possibile disancorare l'onestà dalla verginità. Nel dubbio, la buona fama fa presumere che la stuprata fosse vergine, dunque meritevole di tutela: ma se si prova che, nonostante l'opinione comune, la donna ha dissimulato costumi licenziosi, allora deve cessare la protezione giuridica. «*Sive caute, sive non, semper inhonesta dicitur*»: Cumia, *In ritus Magnæ Curia Regni Siciliae*, Venetiis 1578, cap.LXXI, n.16, p.349.

¹³⁷ Diversi capitoli del *Decretum* (*Decr.* C.32, q.V, cc.1-10) ribadivano che la pudicizia e la verginità sono da intendersi in senso prettamente morale e non fisico: per cui né la donna violentata (*Decr.* C.32, q.V, c.6) né la prostituta che conserva una mente casta (*Decr.* C.32, q.V, c.8) possono considerarsi corrotte e infamate. «*Caro non peccat, si a contagione anima fuerit munda*»: *Decr.* C.32, q.V, c.8. D'altra parte, come sosteneva San Girolamo, «*virginitas carnis non servatur mente corrupta*»: *Decr.* C.32, q.V, c.11. La prospettiva canonistica guarda alla *mens* femminile, non al dato puramente oggettivo.

sempre legati al rassicurante paradigma della pubblica onestà, dato giuridico che si salda su una presunzione collettiva ed esonera da un'analisi psicologica troppo scrupolosa¹³⁸.

In questa concezione dello *stuprum* la violenza costituisce un'aggravante significativa, non già un elemento costitutivo del *crimen*¹³⁹. Una voce dissonante è quella di Tiberio Deciani. Il Professore, nel suo Trattato, non propone la categoria dei *delicta carnis*, né tratta integralmente la materia. Concubinato e sacrilegio sono inseriti tra i delitti di mera competenza ecclesiastica (come spergiuro e sepolcro violato); ratto, stupro e adulterio vengono accostati alla *vis publica*¹⁴⁰. Pertanto, *stuprum* ed *adulterium* rilevano solo se estorti *cum vi* o *cum malis artibus*¹⁴¹: la differenza tra *stuprum* e *raptus*, pur presente, tende a sfumare. La scelta non passa inosservata e sembra scaturire dalla riformulazione del rapporto tra *crimen* e *peccatum*: forse Deciani vuol confinare i rapporti consensuali nel foro interno? Depenalizzare i reati più lievi per sublimare i più eclatanti nell'empireo della disobbedienza? Una risposta è impossibile: l'autore lascia incompiuta l'opera, che sarà pubblicata postuma con qualche adattamento. L'esclusione potrebbe essere del tutto casuale. Si tratta, comunque, di una posizione isolata: i contemporanei preferiscono difendere l'impostazione consolidata¹⁴².

Negli stessi anni, però, la Scuola di Salamanca sta riscrivendo la morale sessuale con esiti ancor più netti di quelli sostenuti da Deciani. Sánchez, ad esempio, contesta la distinzione tra *fornicatio simplex* e *stuprum sine vi*. Presupposto di questo discorso, espressamente volto a confutare San Tommaso, è che la *luxuria* costituisca il denominatore comune di tutti i peccati contro il sesto comandamento. Nella forma più elementare – la *fornicatio simplex* – non è insito altro vizio che la lussuria stessa, mentre in tutte le altre *species* essa si combina ad altre *circumstantiae*: per esempio, sia nell'adulterio che nel ratto non si agisce solo *adversus castitatem et temperantiam* – le due virtù opposte alla lussuria

¹³⁸ L'impossibilità di indagare la *mens* femminile è ribadita da Matteo d'Afflitto nel distinguere il giudizio che spetta alla Chiesa trionfante da quello possibile alla Chiesa militante: solo Dio può conoscere la reale intenzione della donna stuprata. Il giurista napoletano si mostra consapevole delle indicazioni canonistiche, ma scettico sulla loro concreta attuazione. D'Afflitto, *In utriusque Siciliae*, cit., prima pars, lib.I, rub.XIX, n.21, foll.83B-84A.

¹³⁹ La *iusuris prudentia* romana, a dire il vero, aveva concepito la congiunzione violenta in termini di *vis publica*, non di *stuprum*. D.48.6.3.4: «Præterea punitur huius legis poena, qui puerum vel feminam vel quemquam per vim stupraverit». Cfr. Rosoni, *Violenza (Diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, t.XLVI, Milano 1993, pp.851-855. La sistematica teologica, penetrando nel diritto laico, determina la nascita del *crimen stupri* come fattispecie unitaria, capace di comprendere sia la deflorazione consensuale che quella violenta.

¹⁴⁰ La disciplina del sacrilegio è contenuta in Deciani, *Tractatus*, II, lib.VI, cap.XX, pp.65-70; quella del concubinato e di altri coiti che coinvolgono gli ecclesiastici in Id., *Tractatus*, II, lib.VI, cap.XXI, pp.70-79; quella del ratto in Id., *Tractatus*, cit., II, lib.VIII, capp.VI-XIII, pp.294-318; quella di stupro e adulterio in Id., *Tractatus*, cit., II, lib. VIII, cap.XV, pp.318-320.

¹⁴¹ Si noti che l'Udinese trascura la congiunzione consensuale, ma assimila *persuasio* e *vis*, punendole entrambe con *poena capitis*: Deciani, *Tractatus*, cit., II, lib. VIII, cap.XV, n.7, pp.318-319. L'esito, a ben vedere, non è affatto moderato.

¹⁴² Nel 1688, un secolo dopo la pubblicazione del *Tractatus*, Gian Domenico Rinaldi dedicherà le sue osservazioni al solo *stuprum* violento. L'ammirazione per Deciani è manifesta nelle *laudes* gli sono tributate. Ma è determinante la natura dell'opera: un commentario ai *Bannimenta* bolognesi del 1610, che tralasciano lo *stuprum sine vi* perché meno allarmante: Rinaldi, *Observationes criminales*, Venetiis 1699, lib.II, cap.XXIII, pp.288-302.

– ma anche *adversus iustitiam*; nel sacrilegio, alla lussuria si aggiunge l'irreligiosità. «In defloratione virginis consentientis», però, «non potest reperiri circumstantia nova specifica» che legittimi una distinzione dello *stuprum sine vi* dalla *fornicatio simplex*¹⁴³. C'è dunque *luxuria*, ma non *iniustitia* nella copula tra due consenzienti¹⁴⁴, e questo anche nel caso in cui la vergine sia «sub cura paterna». Non c'è nei confronti della donna, «quia femina est domina illius usus membri»¹⁴⁵; non c'è nei confronti della natura, che anzi «ordinavit membrum feminæ ad illum usum»; non c'è nei confronti della prole futura, «enim nondum esset, ius aliquod minime habere potest»; non c'è nemmeno nei confronti del padre, il quale non ha alcun potere sul corpo della figlia e sull'uso che ne vuol fare. D'altra parte – ed anche qui viene clamorosamente ribaltato un τόπος di ascendenza tomista – la donna è libera di mettere a rischio un futuro matrimonio a causa della sua libidine attuale, così come è libera di non coniugarsi affatto. Ma se agli occhi di Sánchez non c'è differenza tra *stuprum sine vi* e *fornicatio simplex*, specularmente anche le differenze tra *stuprum cum vi* e *raptus* si assottigliano¹⁴⁶. Il ragionamento di Sánchez, eversivo benché non isolato tra i teologi, finisce per declassare una forma di *stuprum* e rivalutarne un'altra: una rivoluzione copernicana che sfocia in una nuova definizione, per cui è *stuprum* solo quello violento. La deflorazione consensuale è *parva res*: può essere taciuta nel foro sacramentale, limitandosi a confessare la *fornicatio*. Sánchez non intende riformare il diritto umano: inevitabilmente, però, la proposta attira l'interesse dei giuristi, proprio perché crimine e peccato *idem sunt*¹⁴⁷.

Queste tesi circolano in modo considerevole, nonostante lo scarso successo editoriale di Deciani e la messa all'indice di Sánchez. Anche chi non le condivide deve fare i conti con esse. Ben informato si mostra Francesco Salerno, che nei *Consilia* confuta scrupolosamente la soluzione neoterica per ribadire l'impianto tradizionale. Il ragionamento, pur partendo da premesse squisitamente teologiche, è espressamente volto a convalidare le scelte operate dalla *lex humana*¹⁴⁸. Complessivamente, le innovazioni non

¹⁴³ Sánchez, De Sancto Matrimonii, cit., lib.VII, disp.XIV, n.2, p.50.

¹⁴⁴ «Erit quidem indebitus usus, non tamen iniustus»: così sintetizzerà le tesi di Sánchez il teologo e canonista Francesco Salerno, Consiliorum sive responsorum iuris, Panormi 1640, lib.I, p.315.

¹⁴⁵ Idea dirompente e indubbiamente moderna, con delle conseguenze tutt'altro che favorevoli per la stuprata. Sovente, chi invoca la depenalizzazione dello stupro semplice intende responsabilizzare la donna pre sgravare l'uomo: Alessi, Stupro non violento, cit., pp.638-639.

¹⁴⁶ In entrambi i casi c'è *iniustitia* contro la donna: ma mentre nel primo caso la volontà del reo è diretta a violentare una vergine, nel secondo si agisce «non habita ratione status foeminæ». A fare la differenza, dal punto di vista morale, è l'intenzione. La *malitia stupri* presuppone la *malitia raptui*, e quindi il primo peccato non può essere compiuto senza il secondo. Viceversa, può esserci ratto senza stupro se la malizia del peccatore non è rivolta ad una vergine in quanto tale, ma ad una donna in genere. Ne risulta che lo stupro è più grave del ratto, perché contiene una «duplicem luxuriæ malitiam»: Sánchez, De Sancto Matrimonii, cit., lib.VII, disp.XIV, n.7, pp.51-52.

¹⁴⁷ Cazzetta, Præsumitur seducta, cit., pp.88-91.

¹⁴⁸ La posizione assunta dai Salmantini è ormai «probabilissima», tuttavia l'opinione tradizionale resta più comune. Il giurista è costretto a fare i conti con la massima «scienti, et consentienti non fit iniuria», che sembra escludere in radice la punibilità dello *stuprum sine vi*. Per difendere la classificazione tomista, Salerno ricorre a raffinati strumenti filosofici, distinguendo azione e passione, *iniuria* formale ed *iniuria* materiale. Il parallelo con suicidio, omicidio e mutilazione del consenziente risultano efficaci per sostenere l'inesistenza di uno *ius* della donna sul proprio corpo. Se è vero che il consenso della parte passiva esclude l'*iniuria* formale (perché non contraddice la *voluntas rationale* dell'uomo) è pur vero che si configura un'*iniuria materiale* (che viola quella *naturale voluntas* che l'uomo dovrebbe avere). «Homo, quantumvis

attecciscono. Pur rimanendo fedele alla definizione tradizionale, però, la dottrina avverte comunque il bisogno di chiarire i confini tra stupro e ratto.

La disciplina di questo reato era contenuta in un titolo specifico del *Codex*, dove una costituzione di Giustiniano puniva severamente i «raptores virginum honestarum vel ingenuarum, sive iam desponsatæ fuerint sive non, vel quarumlibet viduarum feminarum, licet libertinæ vel servæ alienæ sint (...) et maxime si Deo fuerint virgines vel viduæ dedicatæ»¹⁴⁹. Un frammento del Digesto perseguiva invece il ratto delle *nuptæ*¹⁵⁰, mentre la dottrina ricorda con curiosità il caso, più unico che raro, in cui ad essere rapito fu un bell'uomo¹⁵¹. Si nota sin da subito come l'ambito soggettivo del ratto è simile a quello dello *stuprum*, ma più ampio: Bossi sintetizza le indicazioni provenienti dal *Corpus iuris civilis* affermando che ad essere puniti sono i «raptores quarumlibet foeminarum, nisi sint meretrices»¹⁵². Le differenze non terminano qui. Mentre lo stupro può essere *sine vi*, il ratto è sempre caratterizzato dalla violenza¹⁵³, che si sostanzia nell'*abductio* della donna «libidinis causa de loco ad locum»¹⁵⁴. «Raptus non committitur sine violentia», sostiene con forza Farinacci, anche se questa violenza sembra da intendersi più in modo oggettivo

volens, quibusdam iuribus propria voluntate seipsum abdicare nequit»: ci sarà dunque *iniuria materiale* nei confronti della vergine, ma *iniuria* anche nei confronti della natura che ha stabilito un nesso di ferro tra deflorazione e matrimonio. Nel ragionamento si evidenzia la possibilità di configurare un'offesa diretta non solo alla persona, ma alla natura, a Dio, alla *Res publica*, allo stato coniugale o clericale. La donna non ha il *dominium perfectum* sul proprio corpo «sed solam custodiam, ac veluti usufructum, ita ut arbitrio suo de ijs disponere nequeat». Ribaltando un caposaldo del discorso di Sánchez, Salerno configura una sorta di dominio diviso del corpo umano, il cui direttario resta sempre Dio. Cfr. Salerno, *Consiliorum*, cit., lib.I, pp.311-315.

¹⁴⁹ È la *lex unica de raptu virginum seu viduarum nec non sanctimonialium*: C.9.13.1.

¹⁵⁰ D.48.6.5.2.

¹⁵¹ Gómez, *Ad leges Tauri*, cit., pp.568-569; Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLV, nn.39-40, p.533. Nel caso fiorentino, la donna – una meretrice – fu condannata al rogo: prassi attestata anche in Francia. Ma l'idea di punire il ratto commesso da una donna non convince Claro, giacchè «cessat omnia fere scandala de quibus mentionem facit lex»: cit. in Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, Romæ 1979, p.491. Cfr. Id, *Ratto*, cit., p.733. È invece pura elucubrazione l'ipotesi, pur vagliata dai giuristi più virtuosi, di una donna che rapisce un'altra donna *libidinis causa*: la punibilità sembra da escludere perché non si corre il rischio di deflorazione. «Quia castitas vel virginitas corrupta restitui non potest, atque mulier a muliere deflorari non potest»: Deciani, *Tractatus*, cit., II, lib. VIII, cap.VII, n.28, p.303. Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLV, nn.43-44, p.534.

¹⁵² Bossi, *Tractatus*, cit., fol.186A. Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLV, n.31, p.533 ha però cura di precisare che la «vilitas puellæ raptæ rapientem non excuset»: diversamente da quanto avviene nello stupro – per il quale la questione è controversa – il ratto tutela «ne dum ingenuas, sed etiam servas et libertinas». Cfr. Massetto, *Ratto (Diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, t.XXXVIII, Milano 1987, pp.730-732.

¹⁵³ Deciani, *Tractatus*, cit., II, liber VIII, cap.VII, n.4, p.296. Tra le sei fattispecie elencate da Graziano, infatti, il ratto era l'unica a contemplare la *vis* come elemento costitutivo: *Decr.* C.36, q.I, c.2. Questo dato era ancor più chiaro nella classificazione tomista: «Raptus videtur quandam violentiam importare. Dicitur in Decretis raptus committitur, cum puella violenter a domo patris abducitur, ut corrupta in uxorem habeatur»: Tommaso d'Aquino, *Summa Theologica*, cit., *Secunda secundæ*, q.154, a.7, p.786. Cfr. Massetto, *Ratto*, cit., pp.725-729.

¹⁵⁴ Claro, *Practica*, cit., par.Raptus, n.1, fol.86A. Rinaldi, *Observationes*, cit., lib.II, cap.XXII, n.4, pp.266-267. Cfr. Massetto, *I reati*, cit., p.469; Id., *Ratto*, cit., pp.729-730. Un'*abductio* che però non dev'essere «pro commodiori coitu», ma «ad effectum retinendi, et occultandi»: de Rosa, *Criminalis decretorum praxis*, cit., lib.II, cap.V, n.2, p.187. La Magna Curia siciliana lo aveva chiarito nel caso, molto noto, di un uomo che dopo aver trovato una ragazza nei campi «per aliquot passus abducit, ut eam carnaliter cognosceret»: in questa ipotesi non si può parlare di ratto, ma di stupro: Cumia, *In ritus*, cit., cap.LXXI, nn.2-3, p.358. E sempre di stupro bisogna parlare in caso di donna che *sua sponte* accede «ad aliqua domum» dove si consuma il reato: Sanfelice, *Decisionum supremorum tribunalium Regni Neapolitani*, II, Venetiis 1644, dec.CCLXII, n.8, p.159

che soggettivo, se è vero che «raptus poena locum habet sive volens, sive nolens fuerit rapta, et sic consensus muliebri in raptu raptus poenam non excludit»¹⁵⁵. Pur col benessere della donna, d'altra parte, esso integra comunque una *vis* nei confronti del padre “rapinato” della figlia¹⁵⁶. È bene sottolineare, infatti, il nesso tra *raptus rerum* e *raptus mulierum*: è il *gubernium mulieris* a giustificare tale assimilazione¹⁵⁷.

Ma c'è un'altra importante differenza tra ratto e stupro. se è necessario che il rapitore agisca allo scopo di unirsi alla vittima (*animus carnaliter cognoscendi*) è pur vero che il crimine si considera già consumato con l'*abductio*. La congiunzione, elemento costitutivo dello *stuprum*, è invece accidentale nel *raptus*¹⁵⁸. L'esperienza insegna che solitamente «post raptum sequitur stuprum»; ma potrebbe darsi il caso di uno stupro effettuato senza rapire la donna¹⁵⁹ o di un ratto dopo il quale non c'è consumazione. Tommaso Grammatico, ad esempio, aveva ritenuto possibile applicare la pena ordinaria al rapitore catturato prima del rapporto¹⁶⁰. Nello stesso caso, la Vicaria riteneva indifferente

¹⁵⁵ Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLV, n.105, p.538. L'Autore argomenta in base alla formula «sive volentibus sive nolentibus virginibus seu aliis mulieribus»: C.9.13.1.3

¹⁵⁶ La Vicaria lo aveva ribadito: «Non excusatur a poena ordinaria ob voluntatem ipsius raptæ (...) ratio est, quia licet puella quo ad se consensiat, quoad parentes tamen, et eos, in quorum est gubernio, est raptus, et iniuria»: Sanfelice, Decisionum, cit., II, dec.CCLVII, nn.4-5, p.159. «Committatur raptus, etiamsi foemina semper fuerit volens (...) Ratio autem est quia licet puella quoad se consentiat adhuc ex raptu fit iniuria parentibus (...) et ideo respectu ad eos vere raptus»: Rinaldi, Observationes, cit., lib.II, cap.XXII, n.6, p.267. Solidi i riferimenti in tal senso. «Sive puellæ solummodo, sive parentibus tantum, sive utrisque vis illata constiterit»: Decr. C.36, q.I, c.2. «Violentia quandoque infertur tam ipsi virgini, quam patri; quandoque autem infertur patri, sed non virgini (puta: cum ipsa consentit ut per violentiam de domo patris abstrahatur). Differt etiam violentia, et raptus alio modo: quia quandoque puella violenter abducitur a domo parentum et violenter corrumpitur: quandoque autem etsi violenter abducatur, non tamen violenter corrumpitur, sed de voluntate virginis (...) Qualitercunque enim violentia adsit, salvatur ratio raptus»: Tommaso d'Aquino, Summa totius theologiæ, cit., Secunda secundæ, q.154, a.7, p.786.

¹⁵⁷ «Cum ergo hec illicito coitu sit corrupta, cum que ita sit abducta, id est a domo patris ducta, quod de eius nuptiis nichil actum ante fuerit, raptam appellandam negari non potest»: Decr. C.36, q.I, c.2. Cfr. Sanfelice, Decisionum, cit., II, dec.CCVII, n.6, p.159. «Differt a rapina, quia hæc est in rem, raptus vero in personam»: de Rosa, Criminalis decretorum praxis, cit., lib.II, cap.V, n.1, p.187. *Quid iuris* nel caso in cui il reo rapisce la propria *sponsa*? Potrebbe darsi, ad esempio, che dopo gli sponsali il *pater* ci ripensi e rifiuti di consegnare sua figlia, trattendendola in casa oppure chiudendola in monastero. Il *Codex* aveva vietato esplicitamente questo ratto (C.9.13.1.1: «Quibus connumeravimus etiam eum, qui saltem sponsam suam per vim rapere ausus fuerit»), ma il diritto canonico optava per la soluzione opposta se la donna è d'accordo: il *favor matrimonii* ispira alla Chiesa una posizione decisamente erosiva dell'autorità paterna. Matteo d'Afflitto aveva ammesso la liceità dell'atto, laddove rapitore e rapita confermassero la preesistenza di una promessa e la successiva consumazione: in questo caso, anzi, «istud est matrimonium» secondo le regole pretridentine del matrimonio presunto: d'Afflitto, In utriusque Siciliae, cit., prima pars, lib.I, rub.XIX, n.12, fol.83A (in tal senso si era espresso anche l'Abbas, Commentaria, cit., t.VII, super Quintum librum Decretalium, rub. de raptoribus incendiariis et violatoribus ecclesiarum, c.cum causa, foll.225-226). Dopo il Concilio, però, le cose cambiano. Per Farinacci è consentito solo il ratto della sposa *de presenti*, se consenziente: Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLV, n.107, p.539. In caso di *sponsalia de presenti*, cioè di matrimonio rato, l'uomo ha già acquisito la *manus* sulla donna. Viceversa in caso di *sponsalia de futuro*, per cui il ratto è perseguibile: Gómez, Ad leges Tauri, cit., p.569. Solo la promessa *de presenti*, infatti, implica quel mutuo consenso atto a costituire il vincolo coniugale: l'ingresso della donna in casa e la consumazione completeranno, poi, un *iter* che ha già prodotto il suo effetto principale. La promessa *de futuro*, invece, non è altro che un fidanzamento, gravido di impegni giuridici ma meramente prodromico. La copula successiva non basta più: occorre la forma solenne.

¹⁵⁸ Deciani, Tractatus, cit., II, liber VIII, cap.XV, n.1, p.318. Cfr. Massetto, I reati, cit., p.469.

¹⁵⁹ Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.1, p.554.

¹⁶⁰ Le Costituzioni milanesi del 1541 prevedono la pena di morte e la confisca dei beni anche in mancanza di congiunzione: Massetto, I reati, cit., p.474. In questo senso anche Antonio Gómez: «Raptor teneatur poena

la distinzione tra *raptus causa libidinis* e *raptus causa matrimonii*: contrariamente all'opinione di Ippolito Marsili, anche in quest'ultima ipotesi bisognava irrogare la pena ordinaria e non quella straordinaria¹⁶¹. Posizione assolutamente non condivisa dalla Chiesa, che anzi si mostra condiscendente verso il *raptus causa matrimonii*, *extrema ratio* a difesa della libertà dei nubendi¹⁶².

Il ratto, dunque, non è uno stupro aggravato dalla violenza, ma qualcosa di qualitativamente diverso. A ben vedere, le due fattispecie sono strettamente intrecciate, ma distinte e meritevoli di diverso castigo: più duro quello del ratto, più benevolo quello dello stupro, specie se *sine vi*. A complicare il quadro, l'ipotesi di una «violentia in lecto» non qualificabile come ratto – perché priva di *abductio* – ma priva anche dei requisiti dello *stuprum cum vi* o dell'*adulterium* – perché la donna non è *honestata* o *nupta*. In tutti questi casi marginali, se gli statuti non dispongono tutele specifiche, rimane *de residuo* la possibilità di configurare un generico *crimen vis*¹⁶³.

Bisogna rimarcare, poi, la contiguità tra *stuprum* e *concupinatus*. A segnare il discrimine è la formale *protestatio*, con cui si esplicita preventivamente l'intenzione d'intrecciare un rapporto stabile. Volontà che può essere presunta in base alla *diutina cohabitatio*, ma solo se la donna è di vile estrazione: i giuristi discorrono, in tal caso, di

mortis et prædictarum legum, etiam si non habuerit accessum ad eam»: Gómez, *Ad leges Tauri*, cit., p.569. La soluzione si va consolidando nel corso del Cinquecento. Si ricorda però un vecchio caso bolognese, riferito da Giovanni da Anagni, in cui s'impose una pena arbitraria al rapitore che non aveva violato la donna: cfr. Marsili, *Repetitiones*, Lugduni 1551, r.legis unice C. de raptu virginum, n.302, fol.97A.

¹⁶¹ Grammatico, *In constitutionibus, capitulis, et pragmaticis Regni Neapolitani, et ritibus Magnæ Curie Vicariæ, Venetiis* 1562, lib.I, fol.19. Questo indirizzo è già definito in d'Afflitto, *In utriusque Siciliae*, cit., prima pars, lib.I, rub.XIX, nn.1-2, fol.82A; lo si ritrova in Sanfelice, *Decisionum*, cit., II, dec.CCLVII, n.3, p.158.

¹⁶² Cfr. X.5.17.6 e X.5.17.7. «Raptus non dicitur, ubi volens pro matrimonio abducitur (...) Raptus proprie dicitur committi, ubi mulier rapitur causa libidinis»: Abbas, *Commentaria*, cit., t.VII, super Quintum librum Decretalium, rub. de raptoribus incendiariis et violatoribus ecclesiarum, c.cum causa, n.1, fol.225B. Fermo restando l'impedimento per tutto il tempo in cui la *puella* rimane in potere del rapitore, la Chiesa ammette il matrimonio se successivamente acconsente in modo libero. Concilio di Trento, sess.XXIV, cap.VI *de reformatione circa matrimonium*.

¹⁶³ Bossi, *Tractatus*, cit., fol.186A. Cfr. Rosoni, *Violenza*, cit., pp.854-855. Va sottolineato, però, che nel Regno di Napoli era irrogata la pena capitale anche «qui vim faciunt meretricibus libidinis causam, contra earum voluntates»: Liber Augustalis, 1.21.1. I giuristi partenopei lodano questa tutela e sottolineano le carenze degli antichi, che non avevano accordato protezione alle prostitute. È compito di un buon re difendere le persone più deboli: così, la particolare sensibilità della normativa napoletana mostra un carattere profondamente cristiano. Se infatti nell'Antichità era possibile assimilare la meretrice ad un albergatore o ad un notaio, i quali non possono negare i propri servizi professionali, «hodie fornicatio est peccatum mortale» per cui non è concepibile per la prostituta un obbligo giuridico a concedersi. «Non compellitur ad vendendum rem suam (...) multo fortius dicendum est, ut liberum sit arbitrium in meretrice, quæ habet velle et nolle concedere corpus suum ad libidinem uni, et alteri non»: ne consegue l'illiceità di qualunque coito estorto con violenza. D'Afflitto, *In utriusque Siciliae*, cit., prima pars, lib.I, rub.XX, foll.84A-85B. Questa interpretazione sarà accolta da Covarrubias, *Variarum resolutionum*, in *Opera Omnia*, Antuerpiæ 1627, lib.III, cap.XIV, n.2, p.281; la rigettano Marsili, *Repetitiones*, cit., r.legis unice C. de raptu virginum, nn.26-27, fol.84 e Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.234. L'esempio federiciano sarà seguito prima da Carlo V nel 1541 in *Constitutiones Domini Mediolanensis*, 4.4.2 (edizione di riferimento: Verri, *Constitutiones Domini Mediolanensis*, Mediolani 1747), poi da Gregorio XIII nel 1580 in *Statuti di Roma*, 2.52 (edizione di riferimento: *Statuta almæ urbis Romæ*, Romæ 1580). Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLV, nn.153-195, pp.543-547.

purgatio stupri. Lo scopo dell'uomo non è quello di profittare della concubina, ma di mantenerla; la pubblicità della relazione *more uxorio* incide sul disvalore del fatto¹⁶⁴.

Una contiguità che si riscontra, in almeno tre casi, anche tra adulterio e stupro. La prima questione sorge nel qualificare il tradimento della *sponsa*: può essere considerato adulterio? O va piuttosto derubricato a *stuprum*? Il dubbio sorge perché la fidanzata, a rigore, non è ancora moglie, mentre si presume vergine se c'è qualcuno che intende condurla all'altare. Azzone aveva chiaramente sostenuto la possibilità di un *adulterium cum sponsa*¹⁶⁵. In questo senso gioca un frammento di Ulpiano che fissa l'equiparazione tra *sponsa* e *uxor*: la legge, infatti, deve tutelare la *spes matrimonii* non meno del matrimonio stesso. Anche legge mosaica aveva parificato il pena¹⁶⁶. Qualificare questo coito *adulterium* e non *stuprum* determina conseguenze enormi in termini di gravità e castigo. Ispirandosi all'insegnamento di Antonio Gómez, Claro distingue però la «sponsa per verba de praesenti (...) etiam si a viro cognita adhuc non fuerit» dalla «sponsa per verba de futuro»: in quest'ultimo caso la promessa è troppo debole per poter parlare di adulterio¹⁶⁷. La distinzione, però, nasce nella canonistica, dalla penna brillante di Covarrubias¹⁶⁸. Nel Cinquecento, la formalizzazione del matrimonio coinvolge entrambe le confessioni religiose, consentendo una distinzione più netta rispetto alle sfumature medievali. La questione interessa in particolar modo Carpzov, che le dedica un'intera *quaestio* e giunge, a fatica, a conclusioni simili¹⁶⁹. La distinzione non piacerà a Matthes,

¹⁶⁴ Sminuendolo prima di Trento, accentuandolo dopo. Dal 1563 le cose cambiano e la giustizia canonica comincia a sanzionare più duramente le convivenze. Diversa resta la posizione delle corti secolari, che solo in alcune realtà seguono l'esempio ecclesiastico. Il meccanismo della *protestatio*, con cui l'uomo dichiarava «quod intendit illam mulierem tenere pro concubina si erat vidua vel virgo», era già previsto in D.25.7.3: Choveron, De publicis concubinariis, cit., pp.411-412. Cfr. l'*additio* n.15 di Baiardo a Claro, Practica, cit., fol.93B; Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXXVIII, nn.14-16, p.441.

¹⁶⁵ «Adulterium est illicitus coitus cum uxore sponsae aliena perpetratus»: Azzo, Summa super Codicem, Torino 1966, ad legem Iuliam, n.3, p.329. Ma anche Partidas, 7.17.1 (edizione di riferimento: Las siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el Nono nuevamente glosadas por Gregorio López, Maguntiae 1610) afferma che «adulterio es yerro que hombre hace a sabiendas yacendo con mujer casada o desponsada con otro». Prima di Trento, è questa l'opinione prevalente: ancora nel 1563, anno della Sessione XXIV, la fa propria Corradi, Praetorium et curiale breviarum, Venetiis 1563, lib.I, cap.9, par.III, de Adulterio, n.21, p.383.

¹⁶⁶ D.48.5.14.3. Dt XX, 22-24 e, più in generale, Os IV, 13: «filiae vestrae fornicabuntur, et sponsae vestrae adulterae erunt».

¹⁶⁷ Claro, Practica, cit., par.Adulterium, n.8, fol.7. Cfr. Gómez, Ad leges Tauri, cit., p.573. Sulla stessa linea il Senato del Delfinato: Marc, Celeberrimi decisiones, cit., pars II, dec.DXXVIII, pp.397-398. Riassume il dibattito, senza assumere una posizione precisa, Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CLXI, nn.50-53, pp.469-470.

¹⁶⁸ Nel Quattrocento, l'Abbas aveva aderito all'opinione tradizionale. Da buon salmantino, il Toledano argomenta con argomenti tratti tanto dai due diritti, quanto dalla teologia. Nel foro interno, i peccatori sono puniti per sola *fornicatio*: la promessa *de futuro* non costituisce *circumstantia mutans speciem* e perciò – come insegnava San Tommaso e conferma il Dottor Navarro «quem praepceptorem Salmanticae habuimus: at nunc Coimbricae non vulgari stipendio ius canonicum profitentem» – non va specificata al confessore. Nel foro esterno, lo *sponsus de futuro* non può lamentare la violazione del toro, non avendo alcun diritto a conoscere la fidanzata: può pertanto esperire solo un'*actio iniuriarum*. Sul punto, il pensiero dell'Arcivescovo è fondamentale: la sua opera sugli sponsali è pubblicata nel 1545, diciotto anni prima della Sessione XXIV del Concilio, cui il prelado prenderà parte. Covarrubias, In librum quartum Decretalium epitome, Salmanticae 1556, pars prima, cap.I, nn.6-15, foll.2A-3B.

¹⁶⁹ Sebbene Covarrubias avesse configurato in questo caso la possibilità di un'*actio iniuriae*, il Tedesco parte dal presupposto che, *iure divino*, la fidanzata gode della stessa posizione giuridica della moglie: pertanto potrebbe essere adultera. D'altra parte, il termine *nupta* adoperato dal *Corpus iuris civilis* va inteso in modo

secondo il quale, in entrambi i casi, gli *sponsalia* sono una «mentio et repromissio futurarum nuptiarum»¹⁷⁰. Né la *lex romana* né la *lex divina* operano sottigliezze: si può dunque punire per adulterio qualunque *sponsa* tradisca l'impegno assunto¹⁷¹.

Una seconda ipotesi è quella dal tradimento del *coniugatus cum soluta* che, *de iure civili*, non costituisce adulterio. In questo caso, comunque, il foro secolare può punire l'uomo a titolo di *stuprum*, sempre a patto che si sia unito ad una vergine; altrimenti *nulla poena*¹⁷². Tale opinione «communem et verissimam» è difesa da Pietro Caballo contro le sottigliezze di Diego de la Cantera che aveva distinto il piano dell'*accusatio*, testualmente negata alla moglie tradita¹⁷³, da quello sostanziale: per cui il *Codex* proverebbe «solum quod uxor non possit accusare virum (...) non autem quod maritus non committat adulterium»¹⁷⁴. Perciò, sebbene la moglie non possa agire contro il marito, avrebbe pur sempre facoltà di accusarne l'amante, mentre l'uomo «bene ab alio accusari potest»¹⁷⁵. In ambito cattolico, si tratta di posizioni isolate, destinate a rimanere affermazioni di principio¹⁷⁶. Claro e Farinacci, ad esempio, seguono l'opinione prevalente¹⁷⁷.

Terza ipotesi è quella dello *stuprum cum vidua*, che un'interpretazione minoritaria vorrebbe ricondurre all'*adulterium*. «In vidua vero potius appellari adulterium (...) Nam vidua de sui corporis integritate nihil perdit» sostiene il giudice de Rosa, con evidente

estensivo, nel senso di *non soluta*: «nupta ibidem accipitur pro ligata, cui opponitur foemina soluta (...) Jam vero sponsa libera ab omni vinculo non est (...) licet ipsum matrimonium nondum fuerit consummatum». Gli sponsali fanno sorgere la *spes futuri matrimonii*: «est enim spei effectus in iure hic, ut, quod proxime futurum est pro confecto habetur»; nella disciplina di molti altri istituti, d'altra parte, la posizione di *sponsi* e *coniuges* viene equiparata. L'argomento etimologico (non può esserci adulterio perché non c'è toro comune) può essere aggirato interpretando come *thorum* non il «lectus conjugalis, aut potestas coeundi» ma il *vinculum* e la *fides*. Tuttavia, pur lamentando la mancanza di una disciplina chiara come quella tridentina, Carpzov ritiene che anche nel foro sassone sia possibile distinguere gli sponsali *de futuro* da quelli *de praesenti*. La *sponsa de futuro* è una *uxor futura* e «quod est futurum, nondum est». Vi sarà adulterio solo se si assume un impegno attuale; chi ricorre a formule *de futuro* non esprime un «purum et absolutum consensum»: pertanto non commetterà adulterio ma, semmai, stupro. Così Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LVI, nn.4, 12, 13, 20, 22-25, pp.41-42.

¹⁷⁰ L'autore riporta la definizione contenuta in D.23.1.1.

¹⁷¹ Né vale in contrario l'obiezione per cui, se «per fornicationem sponsalia dissolvuntur», allora «dissolutis sponsalibus cesset adulterii crimen»: lo scioglimento del vincolo, infatti, non agisce «ipso delicto» ma sempre in seguito ad un formale ripudio, che non cancella il reato precedente. Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.I, n.9, pp.280-281.

¹⁷² Savelli, *Summa*, cit., I, par.Adulterium, n.4, p.89.

¹⁷³ C.9.9.1.

¹⁷⁴ Così, sintetizzando l'opinione dello Spagnolo, Caballo, *Resolutiones criminales*, Francoforti 1613, cent.I, casus XXXII, pp.47-48.

¹⁷⁵ De Rosa, *Criminalis decretorum praxis*, cit., lib.II, cap.IV, n.3, p.178. Un'interpretazione estensiva che aveva trovato un autorevole sostenitore in Jacopo Menochio, secondo il quale l'*argumentum ad inclusionem unius ad alterius exclusionem* non può valere se conduce ad esiti assurdi: il fatto che il diritto romano preveda l'*adulterio duplex* e l'*adulterio cum nupta* non basta ad escludere l'*adulterio cum soluta*, perché «maritus et uxor sunt duo connexa, hoc est, duo in carne una»: Menochio, *Consiliorum sive responsorum*, Venetiis 1609, III, cons.249, foll.167A-168A. Le medesime posizioni sono ribadite in Id., *De arbitrariis iudiciis*, cit., lib.II, cent.V, casus 420, nn.105-109, pp.610. Richiamandosi a San Tommaso, anche Domenico Ursaya ammette la punibilità dell'*uxoratus cum soluta*: «Civilistarum opinione rejecta, cum Theologis, et Canonistis tenendum est»: Ursaya, *Institutiones*, cit., lib.3, tit.5, n.9, p.194.

¹⁷⁶ Lo stesso Menochio, pur favorevole a nuove aperture, ammette che «est admodum difficile ab ea inveterata opinione recedere»: Menochio, *De arbitrariis iudiciis*, cit., lib.II, cent.V, casus 420, n.109, pp.610.

¹⁷⁷ Cfr. Marchisello, *Alieni thori violatio*, cit., p.141.

riferimento alla verginità. C'è un'identità di fondo, perché la vedova, finché non si risposa, «dicitur esse in priori matrimonio»¹⁷⁸; pertanto va considerata «non soluta, quia torum defuncti viri inviolatum servare tenetur»¹⁷⁹. Congiungersi con altro uomo, dunque, è come tradire la memoria del marito.

Nonostante queste ipotesi di confine, adulterio e stupro restano due crimini diversi e non cumulabili: non è possibile, con uno stesso atto, compierli simultaneamente¹⁸⁰.

5. Classificazioni

Seguendo la classificazione proposta da Farinacci, adulterio e stupro sono *crimina*, «quia dolo et animo, non autem per errorem committitur»¹⁸¹. L'Avvocato individua sette *distinctiones* per classificare i diversi delitti. In base alla prima *distinctio*, entrambi i reati costituiscono *delicta publica*: la soluzione è ricavata da un frammento di Macro¹⁸². Di regola i *delicta publica* si sostanziano in un'offesa a Dio o al principe, ma talora la legge può espressamente qualificare come pubblici alcuni illeciti «contra privatam, et particularem personam»: e questo è ciò che avviene per le fattispecie in esame¹⁸³. La seconda distinzione attiene la competenza: «aliqua sunt mere ecclesiastica, aliqua mere secularia; et aliqua mere communia, seu mixta»¹⁸⁴: come vedremo, la collocazione dei nostri due crimini appare talora problematica agli studiosi, che si dividono sull'argomento. *Stuprum* ed *adulterium* sono poi *delicta nominata*, «quæ a iure habent particulare et determinatum nomen»: non possono non costituire illecito, al contrario di quanto accade per i *delicta innominata*¹⁸⁵. Quarta *distinctio* è quella tra delitti ordinari e straordinari: i primi «a legem certam et determinatam habent poenam» mentre per i secondi la sanzione è

¹⁷⁸ De Rosa, *Criminalis decretorum praxis*, cit., lib.II, cap.II, n.2, p.159.

¹⁷⁹ Costa, *De facti scientia*, cit., dist.XII, cent.II, 53-55, pp.387-388.

¹⁸⁰ Grillando, *Tractatus*, cit., foll.79B-71A: «Impossibile esse videatur quod ista duo crimina stuprum et adulterium simul et semel eodem tempore et in eadem persona concurrere possint ex quo alterum presupponit illam esse solutam alterum vero coniugatam (...) verum est quod ista duo crimina sunt incompatibilia». L'affermazione, di per sé logica, trova immediata smentita nel caso di *coitus cum moniale*: costei infatti «quo ad carnem est virgo intacta: quo ad spiritum vero dicitur esse nupta in coniugio spirituali». Questo crimine, però, non è punito né a titolo di stupro né di adulterio, ma di *sacrilegium*. Affermando che quest'ultimo implica gli altri due, l'Autore non si limita a un puro virtuosismo retorico, ma sottende la possibilità di estendere per analogia tutti gli strumenti giuridici degli stessi alla fattispecie che ne è la somma.

¹⁸¹ Farinacci, *Praxis*, cit., partis primae tomus primus, q.XVIII, n.2, p.254. A suo sostegno, invoca la terminologia adoperata da D.48.5.42. Il giurista romano avverte che la differenza tra *crimina* e *delicta* è «in se vera de stricto iure», ma spesso capita di riscontrare una certa confusione terminologica nei dottori come nelle stesse leggi: Id., *Praxis*, cit., partis primae tomus primus, q.XVIII, n.5, p.254.

¹⁸² D.48.1.1. Si tratta della prima *lex* del titolo *de publicis iudiciis*: Gómez, *Variarum resolutionum*, *Francofurti ad Moenum* 1572, III, cap.I, nn.1-4, p.422; Claro, *Practica*, cit., par. Primus, n.1, fol.1B.

¹⁸³ Gómez, *Ad leges Tauri*, cit., III, cap. I, fol.281B.

¹⁸⁴ Farinacci, *Praxis*, cit., partis primae tomus primus, q. XVIII, n.18, p.235.

¹⁸⁵ Questi ultimi hanno «nomina actus, et non delicti» perché la condotta materiale potrebbe non costituire sempre reato: Farinacci, *Praxis*, cit., partis primae tomus primus, q.XVIII, n.19, p.235. «Delicta nominata sunt quæ a lege habent particulare nomen iuris; ut Furtum, Adulterium, et huiusmodi: nam ex contractatione rei alienæ lex induci delictum, quod appellavit furtum: ex concubitu uxoris alicuius cum alio viro, facit oriri delictum, quod vocavit Adulterium. Delicta vero innominata sunt, quæ non habent speciale nomen iuris, sed tantummodo facti»: Claro, *Practica*, cit., par. Primus, n.8, fol.1B.

totalmente rimessa all'*arbitrium iudicis*, che si regola «iuxta delictorum variationem»¹⁸⁶. La differenza rispetto alla dicotomia precedente è sottile: Farinacci lo ammette, ma ne sostiene egualmente l'utilità contestando l'opinione di Egidio Bossi¹⁸⁷. Entrambi i nostri crimini appaiono perfettamente riferibili all'ambito dei *crimina ordinaria*, perché per essi la legislazione giustiniana aveva definito con precisione le pene da irrogare. Senza dubbio, poi, vanno collocati all'interno dei *delicta in committendo*, «multo gravius quam delictum in omittendo» secondo ogni conclusione di diritto e di ragione¹⁸⁸. Si deve distinguere, inoltre, tra *delicta excepta* e *non excepta*, laddove i primi – per esser meglio perseguiti – prevedono eccezioni rispetto alle regole di diritto comune, mentre i secondi «veniunt in generale dispositione legis»; adulterio e stupro, benché non manchino di specialità, vanno annoverati nella seconda categoria¹⁸⁹. C'è poi la distinzione tra *crimina notoria* – eseguiti «coram populo vel illius maiori parte» – e *crimina occulta et difficilis probationis*: non di rado i reati sessuali ricadono in quest'ultima categoria¹⁹⁰.

Infine, bisogna considerare l'ultima *distinctio* elaborata dalla dottrina: quella tra delitti lievi, gravi (detti anche enormi o atroci) e gravissimi (ovvero *atrocissima* o *enormissima*). Benché presenti in ogni trattato, non c'è accordo tra i giuristi sul significato di queste tre categorie¹⁹¹. Una prima soluzione, già sostenuta dall'Abbas e ripresa da Follerio, fissa il discrimine in base al disvalore insito nella condotta. Lievi sono i delitti «ubi dolus non intervenit, nec requitur, unde quando aliquid committitur per imperitiam, vel culpam, sine dolo, vel quando dolus intervenit: sed circa rem modicam»; nei delitti gravi «exigitur et intervenit dolus, et tendunt in grave præiudicium alterius, seu rei publicæ»; infine i delitti gravissimi, che sono sempre pubblici e degni della massima disapprovazione¹⁹².

Pur diffuso tra i canonisti, questo criterio appare incerto e poco rigoroso: la maggior parte degli studiosi preferisce evitare qualunque valutazione di tipo sostanziale¹⁹³.

¹⁸⁶ Farinacci, *Praxis*, cit., partis primae tomus primus, q.XVIII, n.21, pp. 235-236.

¹⁸⁷ Per Bossi la straordinarietà non dipende dalla punibilità *ex arbitrio*, ma dall'aver o meno un «nomen clarum, et proprium»: Bossi, *Tractatus*, cit., fol.235A.

¹⁸⁸ Come afferma l'autorità di dottori e teologi: Farinacci, *Praxis*, cit., partis primae tomus primus, q.XVIII, n.23, p.236. «Est etiam communis regula, quod semper gravius reputatur delictum, quod committitur faciendo, quam illud, quod committitur omittendo»: Claro, *Practica*, cit., par. Primus, n.10, fol.2A.

¹⁸⁹ Perché non tanto gravi da esigere soluzioni esorbitanti. La categoria degli *excepta* tende a confondersi con quella degli *atrocissima*. Farinacci, *Praxis*, cit., partis primae tomus primus, q.XVIII, n.60, p.240.

¹⁹⁰ Farinacci, *Praxis*, cit., partis primae tomus primus, q.XVIII, n.105, p.245. Relativamente al *notorium*, cfr. anche la q.XXI, pp. 275-292: l'autore rimanda ad Ippolito Marsili, *Repetitiones*, cit., r. C. de probatione, nn.216-220, foll.65B-66. Per le *difficiles probationes* richiama, tra gli altri, Menochio, *De arbitrariis iudiciis*, cit., lib.II, cent.II, casus 116, pp.236-237.

¹⁹¹ Che talora diventano addirittura quattro con l'introduzione dei *delicta graviora* (o *atrociora* o *magis enormis*) intremedi tra i *gravia* e i *gravissima*: cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., partis primae tomus primus, q.XVIII, n.88, p.243. «In hoc autem non traditur a Doctoribus certa regula»: Claro, *Practica*, cit., par. Primus, n.9, fol.1B. Sull'emersione di tale categorizzazione cfr. Théry, *Atrocitas/enormitas. Esquisse pour une histoire d'énormité ou crime énorme du Moyen Âge à l'époque moderne*, in *Clio@Themis. Revue électronique d'histoire du droit*, 4/2011.

¹⁹² Follerio, *Canonica Criminalis Praxis*, cit., pars II, cap.16, nn.6-8, pp.192-193. Cfr. Díaz de Lugo, *Practica*, cit., pp.36-37; Farinacci, *Praxis*, cit., partis primae tomus primus, q.XVIII, n.94, p.244.

¹⁹³ La posizione di Follerio sarà in seguito approfondita da Deciani e Matthes: Marongiu, *La scienza del diritto penale nei secoli XVI-XVIII*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, I, Firenze 1977, pp.413-414.

Menochio dubita della possibilità di ricavare dalla legge la gravità di un delitto, e ritiene che la valutazione possa essere compiuta solo «iudicis arbitrio»¹⁹⁴, mentre non pochi autori affermano che la maggiore o minore *gravitas* dipende da *qualitates* e *circumstantiæ*¹⁹⁵: per suffragare tale interpretazione viene richiamata la *lex Gracchus* in materia di adulterio¹⁹⁶.

Un diverso criterio è sostenuto da Giulio Claro. Interrogato dal Filippo II per definire il novero dei *delicta atrocita*, il Senato di Milano aveva fornito una lista di illeciti¹⁹⁷; tra i reati sessuali sono citati sodomia, «usus venereus cum sacra virgine in habitu intra monasterium degente» e ratto «etiamsi copula non sequatur»: *adulterium* e *stuprum* non compaiono. Tuttavia l'Autore giudica incompleta la lista: Claro salda la gravità di un delitto alla sua pena edittale, e così il numero dei *delicta gravia* aumenta sensibilmente. Per quanto attiene la giustizia laica, «omnia delicta, pro quibus a lege, vel statuto imponitur simpliciter poena mortis naturalis, vel civilis, seu triremium perpetuo (...) dicuntur gravia, et atrocita»¹⁹⁸, mentre in ambito canonico si tende ad ancorare l'*atrocitas* alla *poena depositionis*¹⁹⁹.

C'è poi chi sostiene che un delitto «per quod graviter læditur corpus offensi, dicitur grave» o che grave è il delitto che comporta infamia²⁰⁰. Al netto di tutte queste diverse sfumature, i giuristi tendono a collocare adulterio e stupro nel campo dei delitti atroci²⁰¹ o persino atrocissimi²⁰².

L'adulterio è insopportabile per il marito, più che la morte della moglie o dei figli, e brucia più delle ferite al corpo²⁰³. Ma il tradimento maschile non è meno infausto, perché

¹⁹⁴ Menochio, De arbitrariis iudiciis, cit., lib.II, cent.III, casus 266, p.414. «Cum videam (..) confundi ista nomina delictorum, cum ea quæ aliqui reputant atrocissima vel gravissima, aliqui dicant esse solum vel gravia et atrocita; vel graviora seu atrociora, et e contra: non possum aliud dicere, nisi (...) quod id totum prudentis iudicis arbitrio remittantur: qui iudex id potissimum iudicabit secundum loci et civitatis consuetudinem»: Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XVIII, n.92, p.243.

¹⁹⁵ «Delicti gravitas vel levitas cognoscitur ex illius qualitatibus et circumstantijs, quæ illud idem et grave et leve, iuxta facti et personarum qualitatem, reddunt»: Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XVIII, n.63, p.240. Tra gli elementi da considerare: l'identità della persona offesa o dell'offendente, le armi utilizzate, le parti del corpo lese, le cause, il luogo, il tempo, l'evento, il cattivo esempio, l'aver agito segretamente o pubblicamente, l'aver agito *sub specie boni*, la *consuetudo delinquendi*.

¹⁹⁶ C.9.9.4.

¹⁹⁷ La vicenda si colloca nel conflitto tra il governatore Francesco Ferdinando d'Avalos e il Senato. Per circoscriverne i poteri, il Sovrano comandò alla suprema magistratura di definire il novero dei delitti atroci (Ordini di Segovia del 1565): Petronio, Il Senato di Milano. Istituzioni giuridiche ed esercizio del potere nel Ducato di Milano da Carlo V a Giuseppe II, Milano 1972, pp.125-128; Lacchè, Ordo non servatus. Anomalie processuali, giustizia militare e specialia in Antico Regime, in Studi Storici, XXIX (1988), n.2, pp.376-377.

¹⁹⁸ «Atrociora autem sive atrocissima dicuntur, pro quibus lex, vel statutum imponit poena graviorem, quam simplicis mortis»: Claro, Practica, cit., par, Primus, n.9, fol.1B.

¹⁹⁹ Díaz de Lugo, Practica, cit., p.37.

²⁰⁰ Cfr. Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XVIII, nn.96 e 102, pp.244-245.

²⁰¹ Per l'adulterio: Follerio, Canonica Criminalis Praxis, cit., pars II, cap.19, n.8, p.222; Savelli, Summa, cit., I, par.Adulterium, n.1, p.88. Per lo stupro: Carpzov, Practica, cit., pars II, q. LXIIX, n.2, p.121; Savelli, Summa, cit., IV, par.Stuprum, n.1, p.265.

²⁰² Per l'adulterio: Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLI, n.3, p.464; Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LI, n.25, p.3. Per lo stupro: Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.2, p.554.

²⁰³ Un vero luogo comune desunto da Baldo: Bossi, Tractatus, cit., fol.192A; Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LI, n.15, p.2. Nel condannare l'adulterio, il culto Tiraqueau adduce l'esempio biblico di Tobia, l'insegnamento aristotelico e numerosi esempi di animali fedeli alle proprie compagne: chiaramente,

esaspera finanche le donne più virtuose, spingendole alla vendetta e all'impudicizia²⁰⁴. «Quid in omnibus peccatis adulterio gravior?»: la domanda retorica di papa Clemente non lasciava spazio a dubbi²⁰⁵. L'adulterio è il più grave tra i crimini, almeno secondo un'interpretazione letterale²⁰⁶. Va dunque rigettata la collocazione «inter crimina levia et minora», desumibile dal capitolo *At si clerici* di Alessandro III: poiché gli uomini sono particolarmente inclini a questo peccato, il Pontefice aveva assicurato clemenza ai chierici adulteri²⁰⁷. Secondo Carpzov, questa soluzione è inaccettabile «nisi vitia anteferre velimus virtutibus, quia omnis nostra natura post lapsum vergit ad malum, et proclivior est ad vitia, quam virtutes»²⁰⁸. D'altra parte, come insegna San Paolo, «crimen adulterij est gravior alijs delictis, quia omne crimen committitur extra corpus, fornicatio vero in corpus»²⁰⁹. Lo stesso omicidio potrebbe non sporcare il corpo del reo, se compiuto con qualche strumento esterno: ma l'adulterio, macchiandolo inevitabilmente, realizza un'*iniuria* contro sé stessi, prim'ancora che contro il coniuge²¹⁰. Non solo turba la concordia coniugale, ma «totam cognationem denigrat»²¹¹.

Il tradimento, d'altra parte, offende un vincolo sacramentale, tanto che Costantino aveva definito gli adulteri «sacrilegos»²¹². Il parallelo con tale crimine appare però

l'intenzione è quella di dedurre una legge divina e naturale per condannare il tradimento. Cfr. Tiraqueau, *De legibus connubialibus*, cit., fol.144A. L'idea di una proibizione *iure naturale* è in effetti molto diffusa: già Ulpiano l'aveva sostenuta in D.50.16.42. «Adulterium probrum naturæ, quia per illud inviolabilia jura matrimonii confunduntur, ac deturbato parentis sanguine, ordineque naturæ, incerti auctores vitæ redduntur. Quod ex causa adeo abhorrentur bruta animalia, naturæ communi nexu illigata, ut adulteri sanguine sparso proprii thori vindicarent injuriam, ut de leone refert Plinius (...) de elephante Ælianus (...) de turture Cassiodorus»: Gonzalez Téllez, *Commentaria perpetua, Venetiis 1732*, t.V, tit.XVI, cap.III, n.6, p.212. Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, n.10, p.464; Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LI, n.24, p.3. Lo stesso *ius gentium* sembra condannare l'adulterio: de Damhouder, *Praxis*, cit., cap.LXXXIX, nn.53-95, foll.96B-98A; Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, n.11, p.465; Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LI, nn.17-23, p.3. «Nullum detestabilius probrum adulterio patrari, aut aliquod foedius contra jus gentium facinus committi»: Gonzalez Téllez, *Commentaria*, cit., t.V, tit.XVI, cap.III, n.5, p.212. Citando Baldo, Tiraqueau considera l'adulterio «crimen infestum laicis et bonis viris» perché turba quell'«honorem matrimonij et etiam famam liberorum, qua consistit decus gentium» auspicato da Giustiniano nella novella *de nuptiis*. «Ferenda est igitur uxor tumultenta, iracunda, gulosa, vaga, iurgatrix, deformi: solam licet adulteram repudiare»: Tiraqueau, *De legibus connubialibus*, cit., fol.147B. Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, n.3, p.464 ed in Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LI, n.25, p.3.

²⁰⁴ Adulterio genera adulterio: e così il ragionamento di Tiraqueau, generalmente misogino, si rivela condiscendente nel riconoscere le ragioni femminili. «Viri uxores honorent, si ab his honorari volunt» anche perché, in virtù di una logica squisitamente giuridica, «qui fidem non præstat, eam sperare non debet»: Tiraqueau, *De legibus connubialibus*, cit., foll.149B-150A.

²⁰⁵ *Decr.* C.32, q.7, c.16.

²⁰⁶ Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, n.3, p.464; Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LI, n.25, p.3.

²⁰⁷ «De adulteriis vero et aliis criminibus, quæ sunt minora, potest Episcopus cum Clericis post peractam poenitentiam dispensare»: X.2.1.4. Affermando il carattere lieve del reato, questa decretale crea un ulteriore corto circuito: diversi capitoli puniscono l'adulterio con la deposizione, ma «pro levibus (...) non debet deponi clericus, nec privari beneficio, sed poterit ad tempus suspendi, vel aliter corripi ad arbitrium superioris. Pro gravibus potest deponi»: Díaz de Lugo, *Practica*, cit., p.37.

²⁰⁸ Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LI, nn.31-34, p.4.

²⁰⁹ Bossi, *Tractatus*, cit., fol 192A. Il riferimento è a 1Cor VI, 18.

²¹⁰ Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LI, nn.13, 15 e 26, pp.2-3.

²¹¹ Bossi, *Tractatus*, cit., fol 192A; Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LI, n.15, pp.2-3.

²¹² C.9.9.29.4. La *Practica criminalis canonica* di Díaz insiste sulla particolare gravità dell'adulterio compiuto da un sacerdote, che quotidianamente partecipa alla Mensa per mangiare il «panem angelorum»: Díaz de Lugo, *Practica*, cit., p.394.

eccessivo a Farinacci, che discute di un «quasi sacrilegium»²¹³. Menochio, invece, aveva tentato un paragone col *crimen lesæ maiestatis*²¹⁴. Ma se nelle incerte classificazioni dei giuristi non c'è dubbio che le offese dirette a Dio e al Principe siano senz'altro più atroci, molti dubbi sorgono in merito al rapporto con *homicidium* e *furtum*. Il tenore letterale del capitolo *Quid in omnibus*, infatti, spinge i giuristi a ricostruzioni controverse e poco convincenti. Mentre Gribaldi Mofa aveva sostenuto la maggior gravità dell'adulterio rispetto all'omicidio, Carpzov si schiera fermamente contro tale ricostruzione²¹⁵. Decisamente più fortunata l'analogia col furto. L'adultero è ladro del proprio corpo, che sottrae al coniuge giacché «maritus non habet potestatem corporis sui, sed uxor; nec uxor habet potestatem sui corporis, sed maritus»²¹⁶. «Quandam furti speciem continet adulterium» che, dunque, si può considerare un po' più grave. Sebbene lo *ius proprium* preveda ormai pene più dure per il furto – e di regola la pena è proporzionata alla gravità del fatto – «hoc me nullatenus movet, ut adulterium (...) gravius delictum esse existimem», ribadisce convinto Carpzov²¹⁷. Il legislatore è stato costretto ad inasprire la sanzione «ob frequentiam furtorum (...) propter bonum publicum» ma, dal punto di vista sostanziale, nulla cambia²¹⁸. «Ratione objecti» l'adulterio infanga beni inestimabili come la pudicizia, la castità, l'onore e la fama che non potranno più essere restituiti, mentre il furto colpisce beni esterni «quæ facile recuperari ac restitui possunt». «Ratione qualitatis» l'adulterio è molto più turpe, come dimostra la stessa collocazione nel Decalogo. «Ratione effectus» l'adulterio preoccupa molto di più perché da esso scaturiscono molti altri mali «ut violentia, injuria, perjurium, falsum, prodigalitas, bonorum dilapidatio (...) et quod non minimum est, homicidium»: tutte conseguenze che la Storia dimostra frequentissime²¹⁹. In termini concreti, Antonio Droghi evidenzia il nesso col *crimen expilatæ hæreditatis*, che si consuma con la *turbatio sanguinis*²²⁰. Francesco De Angelis, invece, ravvisa nell'adulterio

²¹³ Così, smentendo Baldo e Deciani, si esprime Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, n.10, p.465. La canonistica, dal canto suo, ricorda come San Giovanni Crisostomo «docet, adulterium gravius esse Idolatria»: Díaz de Lugo, *Practica*, cit., p.398.

²¹⁴ «La stessa sistematica del Codex giustiniano aveva aiutato la dottrina di diritto comune a considerare l'adulterio meno grave soltanto del delitto di lesa maestà» giacché al titolo VIII *ad legem Iuliam maiestatis* segue infatti il IX *ad legem Iuliam de adulteriis et stupris*: Marchisello, *Alieni thori violatio*, cit., p.145, n.35. In proposito, la stessa glossa ordinaria affermava che «per ordinem maiora prosequitur crimina». Che le cose stessero proprio così, però, non sembrava ragionevole a tutti: Alberico Gentili spiega la collocazione codicistica in ragione della particolare frequenza del crimine, tale da giustificare una particolare attenzione da parte del legislatore. Cosa che però non implica una preminenza gerarchica rispetto alle fattispecie successive: cfr. Minnucci, Alberico Gentili tra *mos italicus* e *mos gallicus*: l'inedito commentario *Ad legem Iuliam de adulteriis*, Bologna 2002, pp.26 e 30.

²¹⁵ Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LI, n.37, p.4. Sulla base di *Decr. C.33, q.II, c.9*, sostiene questa posizione anche un canonista come Gonzalez Téllez, *Commentaria*, cit., t.V, tit.XVI, cap.III, n.6, p.212.

²¹⁶ Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LI, nn.26, 28 e 53, pp.3 e 6. Il riferimento è a San Paolo: 1Cor VII, 4.

²¹⁷ Aderendo all'opinione del Damhouder, che invitava a considerare non tanto il castigo temporale, quanto quello eterno: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LI, nn. 28 e 39-39-43, pp.3-5. Cfr. de Damhouder, *Praxis*, cit., cap. LXXXIX, nn.10-11, fol.93B.

²¹⁸ Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LI, n.64, p.6.

²¹⁹ Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LI, n.45, 48 e 51, p.5. Pietro Follerio, da parte sua, sostiene la gravità di ogni *flagitium carnis* sulla base di un argomento squisitamente morale: come aveva insegnato Gregorio Magno da essi nascono otto figlie «scilicet cecitas mentis, inconsideratio, inconstantia, præcipitatio, amor sui, odium Dei, affectio præsentis sæculi, horror sive desperatio futuri»: Follerio, *Canonica Criminalis Praxis*, cit., pars II, cap.19, n.1, p.219.

²²⁰ Droghi, *Consilium*, n.51, in Claro, *Practica*, cit., par. *Adulterium*, fol.13A.

uno spergiuro, tanto più grave perché l'impegno era stato assunto «in ecclesia»²²¹. Questo tentativo, evidentemente goffo, di instaurare rapporti di analogia o gerarchia con altri crimini non si limita ad essere una bislacca esercitazione retorica. Conseguenza pratica di tutto ciò è la possibilità di estendere regole non esplicite, desunte da altre fattispecie ed applicabili in virtù della logica. Con simili argomentazioni, l'*arbitrium* colma le lacune e costruisce la disciplina²²².

Da questo punto di vista, lo *stuprum* stimola meno i giuristi. Certamente anch'esso va considerato più grave del furto, se è vero che ad essere aggrediti non sono «bona externa»²²³ ma quel «virgineum florem, et virginitatis thesaurum incomparabilem»: perciò «deflorans virginem committit furtum»²²⁴. La deflorazione pregiudica la possibilità che la vergine contragga matrimonio e rischia di condannarla al meretricio²²⁵. Preoccupa però anche il caso della vedova stuprata entro un anno dal lutto, giacché «magnum immittet periculum commixtionis sanguinis et turbatione prolis, et hæc opinio videtur conservare honestatem quam Reipublicæ magis expedit servari, quam multiplicatione populi ex corruptis moribus procedentem». Un comportamento scandaloso che disonora l'intera famiglia ed in particolare le figlie, condannate ad invecchiare in casa e a non trovare marito. Il pregiudizio si abatterà su di loro «quia sepe sequi solita est filia matris»²²⁶. Come l'adulterio, qualunque *stuprum* non si limita ad offendere la donna, ma reca *iniuria* anche al padre, ai consanguinei e alla *Res publica* tutta²²⁷.

La maggior parte dei giuristi ritiene che, salvo aggravanti, l'*adulterium* sia più grave dello *stuprum*²²⁸. Un *consilium* di Alessandro Tartagni basa la sua argomentazione sulle

²²¹ «Et insuper continet in se homicidium, quia anima alterius cum propria occiditur» perché «qui adulter est (...) perdet animam suam»: De Angelis, Tractatus criminalis de delictis, Neapoli 1692, pars prima, cap.III, n.4, p.9.

²²² «Non etiam dicatur, quod in poenalibus non debeat fieri extensio, quia respondetur legem penalem late interpretandam, et extendedam: quia publice interest delicta puniri», scrive Giovan Battista Costa, sostenendo oltretutto che in materia sessuale si possono perseguire crimini «de iure naturali, vel gentium» non previsti espressamente dalla legge umana: Costa, De facti scientia, cit., dist.XII, centur.II, n.52, p.387.

²²³ Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LI, n.45, p.5.

²²⁴ Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.2, pp.554-555.

²²⁵ La deflorazione di una vergine che è sotto la tutela dei genitori «quædam deformitas specialis occurrit (...) tum ex parte puellæ quæ ex hoc quod violatur, nulla pactione coniugali præcedente, impeditur a legitimo matrimonio consequendo, et ponitur in viam meretricandi, a quo retrahebatur ne signaculum virginitatis amitteret». Così argomentava Tommaso d'Aquino, Summa totius theologiæ, cit., Secunda Secundæ, q.154, a.6, p.785

²²⁶ Costa, De facti scientia, cit, disst.XII, centur.II, n.14-15 e 68, pp.384 e 389. Implicita la citazione di Ez XVI, 44: «Sicut mater, ita et filia eius».

²²⁷ Cazzetta, Præsumitur seducta, cit., p.35.

²²⁸ In questo senso si era espresso lo stesso Tommaso d'Aquino, secondo il quale «maior autem iniuria est, si quis abutatur muliere alterius potestati subiecta ad usum generationis, quam ad solam custodiam: et ideo adulterium est gravius quam stuprum, et utrumque aggravatur per violentiam». Tommaso d'Aquino, Summa Theologica, cit., Secunda Secundæ, q.154, a.12, p.794. Oggi, la gerarchia sostenuta dalla dottrina potrebbe sembrare strana. Ma gli intessi tutelati dallo *ius criminale* sono distanti da quelli contemporanei. Senz'altro l'*adulterium* costituiva un'offesa al Sacramento, lo *stuprum* no. L'*adulterium* aggrediva l'unità familiare in modo diretto, lo *stuprum* no. Valori pesanti, sulla bilancia della giustizia barocca. L'*adulterium* costituiva un'offesa al Sacramento, lo *stuprum* no. L'*adulterium* aggrediva l'unità familiare in modo diretto, lo *stuprum* no. Valori pesanti, sulla bilancia della giustizia barocca. D'altra parte, considerando che lo stupro non era necessariamente violento, si capisce perché questo crimine fosse ritenuto meno atroce dell'altro.

pene irrogate *de iure civile*, riproponendo il nesso tra *poena* e *gravitas*²²⁹. Non mancano, però, voci dissonanti. Costa, che si preoccupa in particolare dello *stuprum cum vidua*, ritiene che lo stupro entro un anno dalla vedovanza sia addirittura più grave dell'adulterio, perché fa sorgere il sospetto di un tradimento precedente²³⁰. Lo *stuprum* consumato dopo un anno dal lutto, invece, va giudicato meno grave. Eccetto queste ipotesi, però, i due delitti sarebbero parimenti atroci²³¹.

²²⁹ «Certum est quod maius crimen est adulterium, quod committitur cum nupta, quam stuprum, quod committitur cum muliere non nupta»: Tartagni, *Consiliorum*, cit., lib.VII, cons.XIII, nn.7-8, fol.12A. Ma anche Tommaso Grammatico aveva sostenuto questa idea: Grammatico, *Consilia criminalia et fiscalia*, Venetiis 1555, votum XVII, n.16, fol.149B. Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, n.7, p.465; Ciazzi, *Disceptationes seu conclusiones forenses criminales*, Maceratæ 1646, cons.8, n.3, p.253.

²³⁰ L'ipotesi della donna accusata di adulterio «vivente marito» e condannata «eo defuncto» era stata vagliata già dal diritto canonico, che aveva stabilito un generale divieto di matrimonio tra adulteri: solo in seguito a pubblica penitenza la vedova avrebbe potuto risposarsi con l'amante, purché non si fossero macchiati della morte del primo coniuge. Altrimenti, la vedova sarebbe rimasta «sine ulla spe coniugii»: *Decr.* C.31, q.1, cc.3 e 5.

²³¹ Costa, *De facti scientia*, cit., dist.XII, cent.II, nn.53-55, pp.387-388.

Capitolo II

IL PRISMA DELLA COMPETENZA: QUALE GIUSTIZIA PER I DELICTA CARNIS?

1. *Varietà delle domande, pluralismo delle giurisdizioni*

Qualunque discorso sullo *ius criminale* resterebbe astratto senza calare le figure di reato nel contesto delle procedure e degli apparati. In un diritto che fatica a distinguere il profilo sostanziale da quello processuale¹, è proprio nelle aule dei tribunali che la teoria acquista vita corporea, manifestando la sua funzione ultima: quella di rispondere a bisogni di giustizia attuali e variegati². Alla base di qualunque scelta contingente del giudice o delle parti, però, c'è sempre un complesso di strumenti giuridici messi a disposizione per rispondere a tali esigenze concrete. Un armamentario tecnico, ma estremamente flessibile, in un ordinamento dove la positivizzazione è parziale. Armi che, in un diritto fondato sull'etica e sulla disegualianza, non scoloriscono mai nella neutralità formale, ma sottendono precise scelte di valore.

La prima, grande, opzione che caratterizza un processo per adulterio e stupro nei secoli XVI-XVII è quella relativa al foro competente. Accedere ad un tribunale piuttosto che a un altro non è indifferente. Nascosto dietro questa intricata disciplina si nasconde un universo di aspettative e prerogative che fanno della competenza non solo una risorsa per le parti, ma anche un problema politico per le istituzioni. Sulle regole per stabilire i confini tra giurisdizioni si giocano, contemporaneamente, due partite: la piccola sfida tra i protagonisti del processo ed il confronto tra lo Stato moderno ed i poteri plurali del Medioevo.

Per quanto attiene il primo aspetto, il pluralismo dei fori fa sì che il principio «in causa criminali non potest prorogari iurisdictiono (...) in præiudicium iudicis competens»³ non ingabbi le parti. Gli attori sono ben consapevoli della diversità di risposte offerte dalle varie corti, e sanno sfruttarne i vantaggi. Se è vero che il concetto stesso di *iustitia* sperimenta una metamorfosi tra Cinque e Seicento, è pur vero che la nuova dinamica verticale non annulla la logica orizzontale di un tempo; permane l'idea di un ordine

¹ Sbriccoli, Giustizia criminale, in Id., Storia del diritto penale, cit., p.17; Meccarelli, Le categorie dottrinali, cit., p.580.

² Nella Prima età moderna «la manifestazione di bisogni incide sulle forme che assume la tutela giuridica»: fenomeno tipico di ordinamenti fortemente giurisprudenziali, per loro natura più osmotici con la realtà. Cfr. Meccarelli, La produzione giuridica come tutela dei diritti. Riduzioni moderne del problema della dimensione giuridica della giustizia, in Giornale di Storia costituzionale, n.27, I/2014, pp. 68-69. Si tratta di bisogni individuali, comunitari e – in casi di estrema rilevanza – statali. Pertanto, rispetto alla posizione di Salvioli, Storia della procedura civile e criminale, Milano 1927, in Del Giudice (cur.), Storia del diritto italiano, III, parte II, p.373 («la giustizia punitiva fu dominata dalla ragion di Stato») è necessario invertire il punto di vista.

³ Maranta, Speculum aureum et lumen advocatorum, Neapoli 1557, fol. 63B.

oggettivo, che fonda le rivendicazioni dei privati⁴. Essi valutano gli apparati in base alla capacità di rispondere in modo coerente alla domanda di giustizia⁵. Il rapporto tra tribunali e popolazione va inquadrato, perciò, nell'ottica dell'interazione biunivoca, considerando le istituzioni come espressione della società piuttosto che come sovrastruttura⁶.

Il secondo aspetto è tipico del periodo in esame, e ben lontano dall'essere risolto secondo dinamiche verticistiche. Accanto alle strutture gerarchizzate – ma non ancora esclusive – della giustizia statale, continuano ad operare corti locali, feudali, speciali, ecclesiastiche⁷. Il pluralismo è ancora attuale nei secoli XVI-XVII, quando la razionalizzazione è lontana a venire e i rapporti tra giudici sono caratterizzati più da concorrenza che da competenze esclusive⁸. Se la superficie è scossa da ripetuti conflitti di giurisdizione, l'ordito profondo resta quello dell'armonia polifonica. L'eredità della costituzione medievale è tangibile⁹. Se il penale è «espressione della fisionomia di una società»¹⁰, una “società di società” come quella di Antico Regime non può che esprimere una giustizia criminale declinata ancora rigorosamente al plurale. Rispetto al passato, però,

⁴ Sui concetti di *ordo* e *iustitia*: Quaglioni, *La giustizia nel Medioevo e nella Prima età moderna*, Bologna 2004; Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma Bari 2006; Hespanha, *Cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio*, Coimbra 2012, pp.98-114.

⁵ In tale contesto, non di rado sono gli attori a determinare «le chances di affermazione dell'autorità, in particolare per le campagne di moralizzazione (...) Le autorità avevano poche probabilità di affermare le loro idee laddove non vi fosse una coincidenza con gli interessi di gruppi influenti della popolazione»: Dinges, *Usi della giustizia come elemento di controllo sociale nella prima età moderna*, in Chiffolleau – Gauvard – Zorzi (curr.), *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à fin du Moyen Âge*, Roma 2007, pp.287-290 e 321.

⁶ Come nota Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine*, Torino 2002, p.99 «non si riscontra, insomma, la separazione tra l'ente astratto e la società civile nei suoi interessi variegati e nelle sue forme di organizzazione».

⁷ Lo Stato moderno è ancora essenzialmente giurisdizionale; titolari di *iurisdictiones* sono i poteri particolari con cui si raffronta. Cfr. Mannori – Sordi, *Giustizia e amministrazione*, in Fioravanti, *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma Bari 2002, pp.63-68. «In questa fase iniziale del suo percorso, lo Stato moderno europeo è dunque il risultato di una tensione e di una competizione, ma anche di una collaborazione e di un equilibrio, tra due poli: quello della concentrazione e della istituzionalizzazione d'un imperium più volte nominati, assunti anche se non in modo monopolistico da un signore che tende in questo momento sempre più a rappresentare il territorio nel suo insieme, e quello della pluralità delle diverse forze e realtà presenti sul territorio medesimo (...) Riteniamo che l'accrescimento di compiti e la concentrazione di poteri che caratterizzano la fase assolutistica siano qualificabili come intensificazione del peso e della rilevanza, nell'ambito dello Stato giurisdizionale, del polo dell'unità (...) ma senza per questo cancellare mai del tutto, prima della Rivoluzione, l'altro polo, quello della pluralità. Del resto, la principale virtù dello Stato giurisdizionale è proprio quella dell'elasticità, nel senso che esso consente, al suo interno, diversi assetti ed equilibri tra i due poli»: Fioravanti, *Stato e Costituzione*, in Id. (cur.), *Lo Stato*, cit., pp.7 e 14.

⁸ Marchetti, *I limiti della giurisdizione penale. Crimini, competenza e territorio nel pensiero giuridico tardo-medievale*, in Chiffolleau – Gauvard – Zorzi (curr.), *Pratiques sociales*, cit., p.99.

⁹ Come avverte Costa, *Di cosa si occupa la Storia della giustizia? Qualche considerazione di metodo*, in Lacchè – Meccarelli (curr.), *Storia della giustizia e Storia del diritto. Prospettive europee di ricerca*, Macerata 2012, p.21: «la dimensione costituzionale della storia della giustizia costituisce (...) uno dei suoi aspetti più promettenti. Studiare gli apparati di giustizia significa coglierne, al contempo, l'intrinseco funzionamento e le modalità del loro innesto nella complessiva organizzazione dei poteri». Il nesso costituzione-giustizia è strettissimo, specie in ambito penale. E se «il potere politico che informa queste società comunitarie (...) si basa su equilibri derivanti da un dialettico comporsi di corpi sociali» ne risulta allora che il terreno della competenza diventa «luogo di regolazione della reciproca estensione dei gruppi di potere; ciò determina un'articolazione del *facere iustitiam* in una pluralità di giurisdizioni»: Meccarelli, *Le categorie dottrinali*, cit., pp.575 e 581.

¹⁰ Sbriccoli, *Crimen lesæ maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano 1974, p.6.

arbitri della complessità non sono più i deboli poteri universali, ma il principe col suo crescente protagonismo¹¹.

2. *Il foro secolare e la competenza ratione imperii*

Le regole che definiscono la competenza del giudice secolare appaiono quanto mai complesse: nonostante lo Stato moderno si sia progressivamente affermato tramite una rete capillare di tribunali, lo scenario resta estremamente variegato e non privo di tensioni¹². Il processo istituito presso un giudice incompetente è nullo: ciò determina l'urgenza di chiarire meglio la materia. Due condizioni cumulative sono richieste *in criminalibus*: il giudice dev'essere competente sia *ratione imperii*, sia *ratione fori*¹³. Il primo punto ruota intorno alla *potestas cognoscendi ac puniendi* propria del giudice e costituisce, pertanto, un carattere stabile; il secondo invece dipende dalla persona o dal comportamento del reo, per cui rappresenta un elemento variabile a seconda del caso concreto.

Non tutti i giudici dispongono della stessa *potestas*: ma, sulla base della distinzione tra delitti lievi ed atroci, sarà possibile distinguere una *bassa iurisdictio* da un'*alta iurisdictio*. La prima, diffusa sul territorio, s'interessa di cause civili e reati bagattellari punibili con sanzione pecuniaria. La seconda, invece, si caratterizza per il *merum et mixtum imperium*, il massimo potere coercitivo e punitivo che permette l'adozione di misure corporali e l'esercizio dello *ius gladii*¹⁴: si tratta di una giurisdizione totale che comprende qualunque

¹¹ Un esempio evidente è dato dagli articoli 1, 2, 4 e 5 dell'*Ordonnance* di Villers-Cotterêts, coi quali Francesco I precisa – unilateralmente – i confini tra la giurisdizione ecclesiastica e quella secolare. «Senza negare l'importanza di meccanismi facenti capo all'ente astratto, che si manifestavano come accentramento del potere (...) ciò che emerge sembra (...) una realtà policentrica nelle fonti giuridiche come nelle istituzioni (...) Il tutto si componeva entro lo Stato, trovandovi ora una sovranità abbastanza forte, ora un disciplinamento atto a sostenere la coesione più che a stabilire legami secondo gerarchie verticali, ora magari forme intermedie di organizzazione del potere»: Birocchi, *Alla ricerca*, cit., p.104.

¹² Salvioli, *Storia della procedura*, cit., parte II, pp.22-59; Gorla, *I tribunali supremi degli Stati italiani fra i sec.XVI e XIX quali fattori dell'unificazione del diritto nello Stato e della sua unificazione tra stati*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze 1977, I, pp.483-500; Piano Mortari, *Gli inizi del diritto moderno in Europa*, Napoli 1980, pp.420-427; Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, I, Milano 1982, pp.456-464; Sbriccoli – Bettoni (curr.), *Grandi tribunali e rote nell'Italia dell'Antico Regime*, Milano 1993; Savelli, *Tribunali, decisioni e giuristi*, in Chittolini – Mohlo – Schiera (curr.), *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*, Bologna 1994, pp.397-421; Petronio, *I Senati giudiziari*, in *Il Senato nella storia. Il Senato nel Medioevo e nella Prima età moderna*, Roma 1997, pp.355-452; Birocchi, *Alla ricerca*, cit., pp.85-93; Ascheri, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Torino 2007, pp.129-160; Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa*, Bologna 2007, pp.123, 296-298. Secondo Salvioli, *Storia della procedura civile*, cit., p.210 «uno dei principali difetti del processo antico» sta «nella confusione della dottrina in materia di competenza». Si tratta di un giudizio *a posteriori* che evidenzia una malcelata impostazione positivista. Resta, tuttavia, l'idea di un regime tutt'altro che lineare.

¹³ Carpozov, *Practica*, cit., pars III, q.CIX, nn.1-2, p.66.

¹⁴ Carpozov, *Practica*, cit., pars III, q.CIX, n.4, p.66. Spettano a chi detiene il mero imperio: l'*ademptio vitæ naturalis in totum, vel in partem per abscissionem membri*, l'*ademptio vitæ civilis, ut quando per deportationem perditur civitas et libertas*, la *relegatio*, la *tortura ad poenam delicti*, oltre ovviamente alla *modica coercitio corporalis* e alla *levis mulcta*: Follerio, *Practica criminalis, Venetiis 1557*, prima pars secundæ partis, rubr.Audiantur excusatores, n.100, p.94.

delitto ed in particolare i *crimina*¹⁵. Esiste allora un doppio livello: uno meno prestigioso ma più vicino al territorio e alle parti, per questo più mite ed aperto alla composizione; un altro chiamato a vigilare sui casi gravi, pertanto votato ad un maggior rigore punitivo¹⁶.

Adulterio e stupro, *crimina atrocita*, appartengono indiscutibilmente alla sfera dell'alta giurisdizione secolare. Si tratta di trasgressioni scabrose, e il giurista dei secoli XVI e XVII ritiene naturale che spettino al livello "nobile" della giustizia. Lo stesso diritto romano suggerisce la necessaria presenza di un giudice munito di *merum imperium*, capace di irrogare la pena di morte. Carpov, però, eccettua lo *stuprum* seguito da matrimonio riparatore e lo *stuprum cum sponsa*, che in Sassonia spettano alla cognizione del giudice inferiore e sono sanzionati con pena pecuniaria¹⁷. Ai suoi occhi, alla minor gravità del fatto e della sanzione deve corrispondere una giurisdizione di livello inferiore. Si tratta di casi in cui, mancando una vittima e mancando lo scandalo, la domanda di giustizia è ridotta ai minimi termini: un intervento dell'alta giurisdizione sarebbe percepito come sproporzionato ed invasivo. Affidare queste ipotesi alla bassa giustizia significa optare per soluzioni più miti¹⁸.

Alta giurisdizione non è necessariamente sinonimo di apparato burocratico o statale: in Età moderna sopravvivono forme di giustizia che scaturiscono direttamente dal territorio o dalle città¹⁹. Esistono poi realtà territoriali in cui l'alta giustizia è gradualmente scivolata verso il basso, essendo stata riconosciuta in capo a soggetti che di regola non dovrebbero godere del mero e misto impero. Il feudatario, che di regola avrebbe potuto amministrare solo la bassa giustizia civile e criminale²⁰, si ritrova spesso a giudicare le cause penali più gravi²¹. La sua giustizia *in criminalibus* finisce per rispondere a criteri molto diversi da

¹⁵ «Iudex habens moerum et mixtum imperium in aliquo loco, potest cognoscere de omni delicto inter subditos suos» con l'eccezione di reati eventualmente riservati ad un giudice speciale *ratione delicti*: Bossi, Tractatus, cit., fol.38A.

¹⁶ La bassa giustizia è terreno privilegiato per quelle pratiche "negoziate" che riposano sulla mediazione, sul consenso e sulla soddisfazione; resta legata ad una dimensione comunitaria. L'alta giustizia incarna, invece, il penale "egemonico", che «si incardina su quattro presupposti tecnici: la legge, l'azione, la prova, la pena» e manifesta l'autorità politica. Cfr. Sbriccoli, Giustizia negoziata giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di Storia della giustizia criminale, in Id., Storia del diritto penale, cit., II, pp.1240.

¹⁷ Carpov, Practica, cit., pars III, q.CIX, nn.46-49, p.71.

¹⁸ È bene però evitare fraintendimenti, magari contrapponendo un'Europa riformata tollerante ad un'Europa tridentina repressiva. Anche qui, benché lo *stuprum* resti nell'alta giurisdizione, non mancano strumenti per rispondere adeguatamente a casi meno gravi. Alta giurisdizione non equivale necessariamente a repressione cruenta: il *merum imperium* comporta la possibilità di sanzioni corporali, non l'obbligo. C'è poi da considerare il ruolo della giustizia ecclesiastica: mentre nei Paesi protestanti è in declino, in quelli cattolici conserva un ruolo protagonista proprio in caso di *stuprum sine vi*. A ben vedere, la soluzione sassone appare proprio conseguenza del depotenziamento delle corti ecclesiastiche.

¹⁹ Non a caso Carpov, unendosi alle voci di Caravita e Farinacci, lamenta che «accidit namque sæpius, ut in oppidulis merum imperium exerceant plebeji et mechanici: in pagis scribæ, præfecti et ejusmodi similes, qui volunt apparere fiscales, et criminalistæ»: Carpov, Practica, cit., pars III, q.CIII, n.2, p.15.

²⁰ Bossi, Tractatus, cit., foll.38B-39A.

²¹ È il caso di Napoli, dove Alfonso il Magnanimo concede a tutti i baroni la piena giurisdizione civile e criminale. Siamo nel 1443, nel contesto di un Parlamento in cui il Re deve consolidare il consenso. Sebbene la formula adoperata presenti il provvedimento come mera conferma di antichi privilegi, la realtà è ben diversa. Il fenomeno non è del tutto nuovo: lo stesso Baldo lo aveva registrato come consuetudine contraria allo *ius commune*. Esempi se n'erano avuti ai tempi delle grandi signorie centrosettentrionali, che reclamavano il diritto di *erigere furcas*. Si tratta di una realtà ancora attuale nel corso dei secc.XVI e XVII,

quelli dei tribunali regi, mostrandosi più sensibile – nel bene e nel male – alle istanze compositive che alla repressione²². Questo fenomeno non costituisce affatto un residuo del feudalesimo medievale, ma rappresenta una nota tipica dell'Età moderna. I secoli XVI e XVII non possono essere interpretati a prescindere dalla “rifeudalizzazione”²³: le tendenze centrifughe caratterizzano la dialettica che intercorre tra l'aristocrazia locale e gli apparati di una monarchia che fatica a diventare assoluta.

A fronte di tali tendenze erosive, vengono escogitate diverse soluzioni in grado di cementare la giustizia secolare. In sintonia col *Corpus giustiniano*, il Medioevo aveva generalmente escluso l'appello *in criminalibus*; durante l'Età moderna le normative interne aprono nuovi spiragli, sottoponendo al vaglio delle corti centrali le sentenze dei tribunali periferici di rango inferiore²⁴. Anche la trasmissione dei casi dubbi al giudice superiore

sebbene con profonde differenze tra un luogo e l'altro. In Sicilia, ad esempio, «quasi tutti i baroni avevano ricevuto il diritto di amministrare la giustizia civile e criminale (...) e vollero per di più una dichiarazione dal sovrano che il mero e misto impero fosse diritto inerente alla signoria e alla qualità di barone». Simili richieste caratterizzarono i Parlamenti del 1515, 1520 e 1548 ma «la risposta non fu favorevole, e così rimase almeno nominalmente principio del diritto pubblico siciliano non essere la giustizia inerente al feudo (...) ma derivare da libera ed espressa e speciale concessione del principe (...) La competenza era regolata dalle carte di concessione»: Salvioli, *Storia della procedura*, cit., parte II, pp.71-72. Al contrario, la grazia concessa da re Alfonso generalizza – e quindi regolarizza – quello che fino ad allora era rimasto un privilegio singolare – cioè un'eccezione – come nel resto d'Europa. «Barones (...) hodie communiter habent merum et mixtum imperium ex privilegio a Rege, et ideo sunt officiales in terra eorum»: d'Afflitto, *In utriusque Siciliae*, cit., prima pars, lib.I, rubr.XLI, n.15, fol.137A. «Barones dicuntur regii officiales»: de Franchis, *Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani, Augustae Taurinorum 1610*, dec.CCXI, n.7, fol.116B. Cfr. Pescione, *Corti di giustizia nell'Italia meridionale. Dal periodo normanno a l'epoca moderna*, Milano 1924, pp.349-353; Cernigliaro, *Sovranità e feudo nel Regno di Napoli. 1505-1557*, Napoli 1984, pp.46-54, 157-168, 246-257 e 460-497; Id., *Patriae leges*, cit., pp.367-407 e 435-444; Colussi, *Diritto, istituzioni, amministrazione della giustizia nel Mezzogiorno vicereale*, in Galasso – Romeo (curr.), *Storia del Mezzogiorno*, IX, Napoli 1991, p.65; Alessi, *I patti della giustizia. L'instirpabile vocazione transattiva del Regno di Napoli*, in Cavina (cur.), *La giustizia criminale nell'Italia moderna*, Bologna 2012, p.310.

²² Per quanto la dottrina si sforzi di armonizzare questa giurisdizione all'interno della struttura statale, di fatto essa è del tutto autocefala, specie laddove contempla il privilegio delle seconde cause e del carattere privativo (fenomeno, peraltro, in crescita nella seconda decade del '500). La sua eccessiva autonomia susciterà non poche doglianze. Cfr. Cernigliaro, *Sovranità e feudo*, cit., pp.248-249; Bellabarba, *La giustizia nell'Italia moderna*. Roma Bari 2008, pp.62-63; Alessi, *I patti*, cit., pp.311-324.

²³ Categoria controversa: pensata per descrivere un fenomeno economico e sociale, paga lo scotto di un uso troppo disinvolto del termine “feudalesimo”. È innegabile, tuttavia, che durante l'Antico Regime crebbe il numero di feudi veri e propri, specie in Italia, Spagna e Germania. Cfr. Ago, *La feudalità in età moderna*, Roma Bari 1994, pp.161-214. Dal nostro punto di osservazione, la vicenda napoletana dà conto di un'inversione significativa: nel Medioevo i crimini atroci, e tra essi l'adulterio e la *vis mulieribus illata*, erano stati rigorosamente assegnati all'alta giustizia statale in quanto offese al re. Amministrare la giustizia apparteneva a quei diritti «quæ ad speciale decus, et merum imperium celsitudinis nostræ spectare noscuntur»: Liber Augustalis, 1.49.1. Anche la costituzione *Justitiarum nomen* affidava ai giustizieri regi la cognizione di tutte le cause sanzionabili con pene corporali: Liber Augustalis, 1.44.1. Cfr. Alessi, *Il processo penale. Un profilo storico*, Roma Bari 2001, pp.44-45; Salvioli, *Storia della procedura*, cit., parte II, pp.19-20. In Età moderna, queste cause passano alla competenza baronale.

²⁴ Questa piramide giurisdizionale – seppur scalfita da specifiche esenzioni – è uno dei segni più evidenti della costruzione dello Stato moderno. L'appello è l'arma migliore per controllare le tendenze eccentriche, perciò « piuttosto che (...) un istituto tecnico di garanzia, rappresentò una delle molte trincee del conflitto intorno alla natura della giurisdizione che, in modo strisciante o aperto, attraversò l'Antico Regime. Il conflitto verteva in buona sostanza sul carattere originario della giurisdizione (...) o, viceversa, sulla sua totale derivazione dalla sovranità»: Alessi, *Il processo penale*, cit., pp.73-74. Sul tema, Padoa Schioppa, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, Milano 1966-1970. Spicca il caso francese, laddove l'*Ordonnance de Villers-Cotterêts* permette di appellare ai Parlamenti. Con l'*Ordonnance criminelle* del

potenzia la gerarchia delle corti²⁵. C'è poi il concorso cumulativo, laddove si riconosce la «competentiam universalem» di un tribunale, capace di sovrapporsi alle corti inferiori: chiunque può adirlo (ed esso può avviare un processo *ex officio*), perché «ubi maior iudex est, cessat iurisdictio Iudicis minoris»²⁶. Inoltre, «quando princeps trahit ad se causam, numquam dicitur trahi a iudice incompetente. Et idem si Senatus hoc faciat, qui eandem potestatem habet»²⁷. Queste opinioni, però, sono valide *de iure commune*, perché nel caso di un ordinamento fortemente feudalizzato i vari privilegi potrebbero escludere in radice tali pratiche. Lo strumento più efficace, allora, diviene l'avocazione per ritardata o denegata giustizia²⁸. Nel Cinquecento, poi, s'intensifica il ricorso alla *delegatio iurisdictiois*. Per fronteggiare l'emergenza, si è soliti attribuire la cognizione di certi crimini a un giudice speciale, dotandolo di ampi poteri arbitrari²⁹. L'istituto – spesso adoperato per latrocinio, incendi e banditismo – interessa marginalmente anche i *delicta carnis*; nel 1616, ad esempio, la Prammatica napoletana degli 89 capitoli assegna alla giustizia regia (Vicaria e Udienze provinciali) la competenza per «ratti violenti fatti in

1670, l'appello diventerà persino automatico per le sentenze che dispongono pene corporali: Alessi, Il processo penale, cit., pp.77-77. Il Senato milanese, istituito nel 1499, «si presentava come giudice d'appello e corte di ultima istanza per ogni reclamo presentato contro qualsiasi tipo di provvedimento reso da un organo giudicante dello Stato»: Garlati, Organizzazione giudiziarie e processo penale nella Lombardia d'Antico Regime, in Cavina (cur.), La giustizia, cit., p.147. Contro una sentenza, sono esperibili anche altri rimedi. Una schematizzazione in: Allard, Histoire de la justice criminelle, Gand 1868, pp.369-381; Sbriccoli, Profili giuridici delle suppliche per giustizia in Età moderna, in Id., Storia del diritto penale, cit., I, pp.343-351; Nubola – Würgler (curr.), Suppliche e gravamina. Politica, amministrazione, giustizia in Europa. Secoli XIV-XVIII, Bologna 2002, pp.263-406.

²⁵ Carolina, 129. Cfr. Berman, Diritto e rivoluzione, II, cit., p.120. In virtù di una disposizione di Augusto I (1579), un simile meccanismo è previsto in favore degli Scabini di Lipsia, la cui giurisprudenza funge da modello per le corti sassoni: Carpvov, Practica, cit., pars III, q.CIII, nn.7-11, pp.15-16

²⁶ È il caso della Vicaria napoletana che però, nel corso della sua lunga Storia, ha dovuto fare i conti con la crescente pretesa baronale di esercitare la giustizia in via privativa. Cfr. Scialoja, Tractatus de foro competenti, Neapoli 1717, cap.VIII, n.11, p.40.

²⁷ Bossi, Tractatus, cit., fol.45A.

²⁸ In questo caso, infatti, non c'è privilegio che metta al sicuro il negligente dall'intervento del superiore. E questo perché – se è vero che ogni giurisdizione è «apud Caesarem tanquam apud fontem a quo fluunt et reflunt, sicut flumina ad mare fluunt» (Follerio, Pratica criminalis, cit., prima pars secundae partis, rubr. Audiantur excusatores, n.67, p.79) – il principe, o chi ne fa le veci, ha senz'altro il potere d'intervenire per assolvere al compito che gli è proprio: fare giustizia e rispondere a domande che non trovano risposta. Cfr. Vivio, Decisiones Regni Neapolitani, Venetiis 1602, lib.II, dec.CCVIII, n.5, p.280. Cfr. Cernigliaro, Giurisdizione baronale e prassi delle avocazioni nel Cinquecento napoletano, in Archivio Storico per le Province Napoletane, CIV (1986), pp.177-241; Id., Patriae leges privatae rationes. Profili giuridico-istituzionali del Cinquecento napoletano, Napoli 1988, pp.444-453. Ispirata dal diritto canonico, l'avocazione si attiva su appello o querela della parte che non ha ottenuto soddisfazione. Dopo due mesi dalla sollecitazione, se la corte inferiore resta inerte quella superiore è legittimata ad assumere la causa: Grammatico, Consilia, cit., vot.XXVIII, n.1, fol.162B; Cancer, Variarum resolutionum juris, III, Venetiis 1642, cap.XII, n.262, p.213.

²⁹ La delegazione permette «la distribuzione dei poteri arbitrari» che, nel caso del principe, sono massimi (sia *in procedendo* che *in puniendo*). Si tratta di uno strumento flessibile, privo di un contenuto prestabilito, che il delegante plasma in base alle esigenze. Costituisce «una tecnica garantita sul piano verticale», perché «la titolarità di iurisdictio non va persa dal delegante». Permette perciò la circolazione della giurisdizione, articolandola senza spezzarla. Cfr. Meccarelli, Arbitrium, cit., pp.134-146 (la cit. è a p.137). Ogni soggetto munito di *iurisdictio* può delegarla (in via d'eccezione, persino subdelegare) ma, nella logica dei secoli XVI-XVII, l'istituto è usato soprattutto dal vertice per ridisegnare le competenze. Forte la tentazione di scorgere, nel fenomeno, il segno della sovranità assoluta: tuttavia, il fine dell'efficacia repressiva è perseguito con tecniche squisitamente medievali, non tramite una razionalizzazione d'imperio che fa *tabula rasa* dei poteri preesistenti.

campagna a donne di qualsivoglia condizione»: in questo caso, il provvedimento realizza un indubbio vantaggio per l'apparato statale³⁰.

Insomma, la *iurisdiction* attraversa i territori parcellizzandosi tra istituzioni molteplici, a stretto contatto con la società; ma può conoscere improvvise impennate centralizzanti ogniqualvolta entrino in gioco interessi cospicui³¹.

3. *Il foro secolare e la competenza ratione fori*

Innanzitutto, giudice competente è quello del «forum rei legitimum (...) ubi reus forum sortitur»³². Punto di riferimento è dunque il reo – accusato o inquisito – che ha un suo foro naturale, nel quale s'incardina la causa secondo la massima «actor sequitur forum rei»³³. Tuttavia, stabilire quale sia il foro del reo è cosa complicata: lungi dall'indicare un criterio univoco, la criminalistica propone una folta serie di regole. Carpzov ritiene che, osservando la consuetudine, è possibile ridurre questa selva di opinioni a tre soli criteri concorrenti: il *locus domicilii*, il *locus delicti commissi* ed il *locus deprehensionis rei*. Essi valgono sempre, sia che il processo abbia origine *ex officio* sia che si proceda *per viam accusationis*. Potenzialmente, potrebbero legittimare tre giudici diversi³⁴.

In linea di principio, però, il giudice del *forum commissi delicti* si trova in posizione di prevalenza, giacché può avviare un processo in contumacia e chiedere la *remissio* del latitante³⁵. È bene, infatti, che il responsabile sia punito nel luogo dove ha peccato «ut cæteri ad ipsum reum punitum intuentes abstineat se a delictis»³⁶. La remissione è

³⁰ Giustiniani, Nuova collezione delle prammatiche del Regno di Napoli, t.IX, Napoli 1808, tit.CXCIX, pragm.XII, n.48, p.362. Si tratta di una delegazione tanto più significativa perché illimitata nel tempo ed estesa a tutto il territorio, senz'alcuna esenzione di carattere feudale. Cfr. Feola, Aspetti della giurisdizione delegata nel Regno di Napoli. Il Tribunale di Campagna, in Archivio Storico per le Province Napoletane, XCI (1974), pp.24-26 e 29-30.

³¹ Sul concetto di *iurisdiction*, fondamentale Costa, *Iurisdiction*. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale, Milano 1969.

³² Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CX, n.1. Cfr. pure pars III, q.CIV, n.63, p.27.

³³ Bossi, *Tractatus*, cit., fol.51A. Cfr. Salvioli, *Storia della procedura*, cit., parte II, p.198.

³⁴ Carpzov è consapevole che la sua proposta assicura una certa semplificazione. Da una parte, infatti, il *Liber Extra* (X.2.2.20) richiamava i quattro criteri alternativi di *delictum*, *contractum*, *domicilium* e *locum rei sitæ*: ma si tratta di una disciplina troppo generica, dettata tanto per le cause civili quanto per quelle criminali. Dall'altra, i giuristi medievali avevano proposto soluzioni *ad hoc* per la materia penale, «sed intricate admodum et confuse hæc omnia ab Interpretibus tractantur, ut vix quicquam certi inde haurire liceat». Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CX, nn.6-8, p.77.

³⁵ Follerio, *Practica criminalis*, cit., prima pars secundæ partis, rubr. Audiantur excusatores, n.66, p.79. Si pone il problema di definire se il *locus commissi delicti* è quello dove il reato è iniziato o quello in cui si è consumato. Per quanto attiene i *delicta carnis*, l'unico crimine interessato al problema è il ratto, fattispecie complessa che si sostanzia di una pluralità di atti. Celebre il caso citato da Baldo (e ricordato da Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CX, n.20, p.78) di una ragazza rapita in territorio perugino ma «compresa in territorio Cortonensi». Accogliendo la tesi per cui il *locus commissi delicti* è quello della consumazione, si stabilì la competenza cortonese per il delitto perfetto e quella perugina per il delitto tentato. Si partiva, però, dal presupposto secondo il quale il ratto non è perfetto se non interviene la copula: presupposto, come abbiamo visto, assai controverso.

³⁶ L'esemplarità della pena come *ratio* della *remissio* è esplicita in Marsili, *Repetitiones*, cit., r. legis unicæ C. de raptu virginum, nn.141 e 143, foll.89B-90A. Si salda, però, sulla necessità di *tollere scandalum*, di chiara

doverosa da parte dei giudici *requisiti*, ma solo laddove si agisca *criminaliter* e contro delitti atroci³⁷. Questo istituto, fondato su numerosi passi del *Corpus iuris civilis*³⁸, trova alcune conferme in Età moderna. A Napoli le prammatiche *Licet, ut universalis Italiae pax tueatur* (1468) e *Item, quod Officiales* (1536) affermano la prevalenza del *locus delicti* con relativa *remissio*³⁹. In Francia, invece, essa opera in favore del «iudicem ordinarium delinquentis, respectu originis, vel domicilij»⁴⁰.

Altrove, il meccanismo della remissione semplicemente non funziona, perché mancano le sanzioni per farlo rispettare⁴¹. Giuristi italiani, fiamminghi, spagnoli e tedeschi ne attestano la desuetudine⁴². Nel gioco delle competenze concorrenti non c'è più nessun ordine di preferenza: a decidere è il giudice che previene gli altri⁴³. Una risultato che, a ben vedere, è meno illogico di quanto possa sembrare. I giuristi considerano la «consuetudo de non remittendo (...) rationabilis (...) et per consequentiam impræscriptibilis»: desuetudine, in questo caso, non significa obliare una norma per trascuratezza, ma optare in modo consapevole per la soluzione opposta⁴⁴. Se è vero che la corte del *locus commissi delicti* resta la sede più opportuna, «quia plus solatii accedit læsis isto crimine, si in eorum conspectu (...) vindicta (...) sumatur»⁴⁵, è pur vero che – se essa resta inerte – evidentemente in quel luogo manca una domanda di giustizia. In fondo, la competenza del *iudex domicilii* e del *iudex deprehensionis* offre al privato accusatore un'opportunità in più, e permette al pubblico inquisitore di una comunità non offesa di tutelarla da un potenziale aggressore⁴⁶. Lo stesso diritto canonico forniva, d'altra parte, convincenti riferimenti cui agganciare questa prassi⁴⁷. La dialettica dei tre criteri, ormai sciolti da qualsiasi gerarchia,

origine canonistica: Abbas, *Commentaria*, cit., t.III, super prima Secundi libri Decretalium, rub. de foro competenti, c.licet, n.16, fol.131B.

³⁷ Potrebbe però accadere che il giudice del *locus commissi delicti* non la chieda. «Iudex delicti non petit hanc remissionem, et tunc illa non est necessario fienda»: Marsili, *Repetitiones*, cit., r.legis unicæ C. de raptu virginum, n.143, foll.89B-90A. «Remissio fiet si petita fuerit, et sic ad requisitionem iudicis delicti. Et eo non requirente, poterit iudex, qui habet criminis in fortiam ipsum punire»: Grammatico, *Decisiones*, Venetiis 1551, dec.XXVI, n.2, fol.28B. «Si vero petita non fuerit remissio, non tenetur iudex remittere»: Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.38, nn.19 e 23, fol.189.

³⁸ Li enumera Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CX, n.49, p.79.

³⁹ Giustiniani, *Nuova collezione*, cit., t.XV, Napoli 1808, tit.CCLXXX, pramm.I e V, pp.35-36 e 38. L'enfasi posta sul *locus commissi delicti*, anzi, apre un dibattito sulla competenza del *iudex originis*, che alcuni tendono ormai ad escludere. Così, ad esempio, Follerio, *Practica criminalis*, cit., prima pars secundæ partis, rubr.Audiantur excusatores, n.80, p.84.

⁴⁰ Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.38, n.20, fol.189A.

⁴¹ «Licet iudex requisitus noluerit remittere, non tamen poterit puniri a iudice requirente: quia par in parem non habet imperium». Oltretutto, laddove la richiesta di *remissio* nasconda un tentativo di assicurare l'impunità al reo, l'interpellato è tenuto ad ignorarla. Marsili, *Repetitiones*, cit., r.legis unicæ C. de raptu virginum, n.143, fol.90A.

⁴² Marsili, *Repetitiones*, cit. r. legis unicæ C. de raptu virginum, n.143, fol.90A; Grammatico, *Decisiones*, cit., dec.XXVI, n.3, fol.28B; Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.38, n.20, fol.189A; Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CX, nn.15, 45-54, pp.78-80.

⁴³ Bossi, *Tractatus*, cit., fol.43A.

⁴⁴ Grammatico, *Decisiones*, cit., dec.XXVI, n.3, fol.28B.

⁴⁵ Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CX, n.53, p.80.

⁴⁶ Una riflessione sul punto in Marchetti, *De iure finium*. Diritto e confini tra tardo Medioevo ed età moderna, Teramo 2001, p.216.

⁴⁷ I due capitoli *Cum contigat* (X.2.2.13) e *Dilecti* (X.2.2.17) del *Liber Extra* riconoscevano il *locus originis*. Secondo l'Abbas, *Commentaria*, cit., t.III, super prima Secundi libri Decretalium, rub. de foro competenti, c.licet, n.38, fol.134A «est ergo iste forus ordinarius et generalis ad omnia». Riallacciandosi a questo passo,

non cela solo un gioco di potere fra tribunali. La *præventio* appare come lo strumento migliore per far emergere la domanda nella sede più conveniente. Strumento duttile per eccellenza, dà il potere di fissare il foro competente a chi interviene per primo, che di solito è colui che ha maggior interesse.

Per quanto rara, la *remissio* non rappresenta un'anticaglia riesumata per gusto di erudizione. Nelle pagine dei criminalisti si coglie un *favor* nei confronti di questo istituto che, tramontato col collasso della burocrazia romana e sostanzialmente inapplicabile alla realtà medievale, può essere funzionale all'organizzazione dello Stato moderno. La *præventio* è il criterio che legittima l'effettività e la tempestività dell'azione; la *remissio*, viceversa, risponde a logiche predeterminate e può essere resa cogente da un'autorità superiore ai vari fori concorrenti⁴⁸. E se Carpzov giustifica la *remissio* come tutela del danneggiato⁴⁹, Claro ne palesa il nesso con la struttura statale. Non a caso in Francia è possibile una forma di *remissio*, mentre nell'Italia settentrionale la frammentazione impedisce qualunque coordinamento: poiché «merito unus præses alteri obedire non tenetur», ne consegue che «quilibet delinquens est securus»⁵⁰. Si prospetta, così, un'alternativa tra principio di personalità (*forum domicilii, forum originis*) e principio di territorialità della giurisdizione (*forum commissi delicti, forum deprehensionis*), laddove il primo esprime logiche di appartenza ancora medievali ed il secondo esigenze moderne non ancora pienamente realizzate.

La contemporanea operatività dei criteri riflette i suoi effetti sulle regole processuali e sulle pene del caso concreto. Una decisione dagli scabini di Lipsia (1597) permette a Carpzov di esemplificare la questione: come regolarsi con un'adultera forestiera, delinquente *extra territorium*, ma giudicata da una corte sassone in quanto *forum deprehensionis*? Non c'è dubbio che il tribunale sassone continuerà a seguire le sue procedure⁵¹, ma *quid iuris* per quanto attiene la pena? Se venisse osservata la *Constitutio Electoratus*, essa risulterebbe ben più severa rispetto a quanto previsto dalle norme del *locus originis* o del *locus commissi delicti*. La corte è vincolata allo statuto territoriale di riferimento o può applicare una legge straniera? È possibile ricavare una soluzione ragionando per analogia. È certo che lo *iudex originis*, pur competente per i crimini compiuti da un proprio suddito *extra territorium*, deve irrogargli la pena del *locus commissi delicti*; la stessa regola deve valere anche per il giudice del *locus deprehensionis*. Come i contraenti sono obbligati secondo la legge del *locus contracti*, «ita et delinquentes

Marsili sottolinea come ciò implichi la negazione di ogni rimessione «item si esset fienda remissio frustra iura eloquenti de domicilio essent facta»: Marsili, *Repetitiones*, cit., r.legis unicæ C. de raptu virginum, n.143, fol.90A.

⁴⁸ «Par in parem non habet iurisdictionem, sed debet requirens agere coram superiore contra requisitum»: Marsili, *Repetitiones*, cit., r.legis unicæ C. de raptu virginum, n.143, fol.90A.

⁴⁹ «Durum sit, offensum atque damnum passum, ad litigandum alibi adstringi»: Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CX, n.52, p.79, richiamando argomenti già espressi dalla Nov.60.1.1.

⁵⁰ Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.38, n.20, fol.189A. Come aveva notato Mario Sbriccoli, spesso la criminalistica sostiene soluzioni funzionali al rafforzamento dello Stato: Sbriccoli, *Lex delictum facit*, cit., I, pp.242-243.

⁵¹ «Hoc enim verum est solummodo ratione processus, qui contra delinquentem in loco, ubi reperitur, formari potest, observato etiam modo procedendi in isto loco consueto»: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LV, n.54, p.28.

secundum statuta loci, in quo peccant, ex crimine obligantur». Nel momento stesso in cui compiono il fatto, è come se acconsentissero tacitamente alla pena prevista dalla legge di quel luogo, che dunque vincola anche le corti competenti per origine o cattura⁵². La questione rispecchia una realtà articolata, ove la risposta sanzionatoria risulta piuttosto differenziata ed il ricorso alla legge romana è ormai impossibile: lo *ius commune* fornisce ancora i criteri universali per risolvere il problema ma, al netto di essi, la pena irrogata sarà definita dallo *ius proprium*⁵³.

Individuata la regola (o meglio, le tre regole) della competenza, ne restano fuori le eccezioni che, in un mondo complesso come questo, non possono mancare. Siamo nel terreno accidentato dei privilegi e dei fori speciali *ratione personæ* che non si lasciano assorbire da nessuna astrazione teorica⁵⁴. Essi operano in modo cospicuo anche nei *delicta carnis*, ma con un'eccezione rilevante: in virtù della *lex unica de raptu virginum*, si esclude che il *raptor* notorio possa addurre qualsiasi eccezione declinatoria a suo vantaggio⁵⁵.

Tra i fori privilegiati spicca quello dei *militēs*, che già il diritto romano aveva affidato alla cognizione del proprio *magister*, stabilendo in suo favore un'ampia giurisdizione sia civile che penale⁵⁶. La prassi testimonia un ricorso indiscriminato al foro speciale⁵⁷, sebbene la criminalistica tenda a distinguere i delitti militari da quelli comuni, la cui *cognitio et coercitio* spetterebbe piuttosto al giudice ordinario⁵⁸. Deciani chiarisce che non è il *nomen criminis* a definire un reato militare, ma il modo in cui viene commesso. Uno stesso fatto può essere commesso *uti miles* o *uti privatus* dalla medesima persona: ed è

⁵² «Et delinquendo in poenam istius loci statutariam consentiunt, eamque ipso momento, quo delictum consummatur, incurrunt. Non minus enim delinquendo quis contrahit ac obligatur, quam cum alio contraendo (...) unde et quoad forum sortiendum contractus et delicta æquiparantur»: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LV, n.51, p.28.

⁵³ Concorrendo l'interesse potenziale di più ordinamenti, l'Autore sembra valutare la possibilità di ricorrere alle pene di *ius commune*, salvo poi sviluppare l'intera questione sulla base dei soli *statuta poenalia*. Allo stesso tempo, il rito processuale sarà definito sulla base delle regole proprie di ciascun tribunale, che variano da luogo in luogo. Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LV, nn.47-55, pp.27-28. Il diritto comune, tuttavia, resta una trama fondamentale per la sua intrinseca razionalità: sul punto, di recente, Caravale, *Alle origini del diritto europeo. Ius commune, Droit commun, Common law*, Bologna 2005, pp.1-63; Hespanha, *Cultura*, cit., pp.153-155 e 266-271.

⁵⁴ Cfr. Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CX, n.77, p.81.

⁵⁵ «Sine fori præscriptione»: C.9.13.1.1. Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., pars primæ tomus primus, q.VII, n.8, p.60. L'esclusione di eccezioni e privilegi si giustifica per il particolare allarme destato dal ratto e conduce ad ammettere una larga competenza dello *iudex deprehensionis*. «Raptores mulierum puniuntur a quocumque Iudice eos capiente, et ipse Iudex capiens non tenetur eum remittere ad Iudicem loci delicti (...) In crimine raptus inquisitus de eo fori declinatoria opponere non potest»: Scialoya, *Tractatus*, cit., cap.XXXIX, n.2, p.267.

⁵⁶ C.1.29.1 e C.1.29.2. In età comunale, i militi erano perlopiù sottoposti alla giustizia ordinaria del podestà. Dalla seconda metà del sec.XIV, con la nascita della milizia mercenaria, il privilegio acquista nuova rilevanza: Salvioli, *Storia della procedura*, cit., parte II, pp.134-135.

⁵⁷ «De more et generali consuetudine belli, capitanei de omni crimine per armigeros et pedites commisso cognoscunt, et puniunt»: Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.35, n.24, fol.177B «In Regno nostro miles tam pro delictis militaribus, quam communibus, sive gravius, sive levibus (...) punitur a Iudice militari, non a Iudice ordinario (...) et ita etiam de consuetudine et de iure communi»: Scialoya, *Tractatus*, cit., par.XIX, n.5, p.137.

⁵⁸ Bossi, *Tractatus*, cit., fol.38; Scialoya, *Tractatus*, cit., par.XIX, n.3, p.137.

questo che determina la competenza della corte speciale⁵⁹. Accade, peraltro, che un militare sia punito per un fatto che di regola non costituisce affatto reato: ed è per questo che la giustizia militare è il campo dei delitti innominati. A fare la differenza, dunque, è l'insubordinazione dolosa al comando del *dux*, non l'azione dal punto di vista materiale. Logicamente, questa giustizia è chiamata a conoscere principalmente ribellioni, tradimenti e diserzioni: fatti gravissimi che non si discostano troppo dalla lesa maestà. Ma il principio dell'obbedienza giustifica una competenza estesa a qualunque atto contrario alla disciplina. L'esperienza comune mostra la particolare inclinazione dei militari verso la fornicazione, favorita dalla difficile stabilità coniugale⁶⁰. Introdurre segretamente l'amante «in castra» può essere pericoloso, tuttavia «amoris causa» si suole riconoscere una mitigazione della pena: bisogna pur concedere qualcosa a questi uomini d'armi⁶¹. Anche l'adulterio può essere commesso *uti miles*, sottraendo il reo alle leggi e alla giurisdizione comune: «quod si capta civitate contra Ducis præceptum adulterium committat, tunc proprium erit militis crimen»⁶². Sembra, peraltro, un crimine particolarmente disdicevole per un soldato, se già il Digesto impediva di arruolare i condannati nell'esercito⁶³. Lo stesso discorso vale, a maggior ragione, per stupro e ratto, delitti ancor più frequenti durante i disordini bellici⁶⁴. Il foro militare si rivela, a ben vedere, un'arma a doppio taglio. Da una parte costituisce un privilegio cui il reo può appellarsi per ottenere una giurisdizione prossima e presumibilmente favorevole; dall'altra rischia di sottoporlo a una sanzione aggravata, specie in tempo di guerra, quando ogni disobbedienza è punita con la morte⁶⁵.

Un altro significativo privilegio del foro è riconosciuto in favore degli *scholares*: e se nel *Corpus* giustiniano era stata inserita l'autentica *Habita* in favore dello *studium* bolognese, forme analoghe si replicano negli ordinamenti locali, riconoscendo al *rector academiae* o ad un ecclesiastico la giurisdizione esclusiva (anche *in criminalibus*)⁶⁶. Gli studenti si distinguono per una condotta sessualmente indisciplinata, insidiando le donne

⁵⁹ La criminalistica elabora un concetto espresso in D.49.16.2: «Militum delicta sive admissa aut propria sunt aut cum ceteris communia: unde et persecutio aut propria aut communis est. Proprium militare est delictum, quod quis uti miles admittit». «Sed discernere, an delictum sit militare, vel commune, hoc spectat decidendum ad Judicem militarem, et ipse est competens»: Scialoja, *Tractatus*, cit., cap.XIX, n.4, p.137. Cfr. Danza, *De pugna doctorum*, t.II, Montisfusculi 1636, tit. de electione fori, cap.XII, p.578.

⁶⁰ Lo testimonia San Carlo Borromeo nelle *Avvertenze ai confessori*: Pelaja – Scaraffia, *Due in una carne*, cit., p.132.

⁶¹ Garoni, *Observationes in Constitutiones Domini Mediolanensis*, Mediolani 1637, in tit. de poenis, prælud.4, art.3, nn.6 e 10, pp.25-27.

⁶² Deciani, *Tractatus*, cit., II, lib.VII, cap.XV, nn.1-5 e 45, pp.177-178.

⁶³ D.46.16.4.7: «Adulterii vel aliquo iudicio publico damnati inter milites non sunt recipiendi». La doppiezza congenita nell'adultero non depone certo a favore della sua *fides* militare! Risponde alla stessa *ratio* D.48.5.12: «Miles, qui cum adultero uxoris suæ pactus est, solvi sacramento deportarique debet».

⁶⁴ È per questo che, specie durante le spedizioni, i condottieri reclutavano una schiera di meretrici che accompagnasse l'esercito: Daumas, *Adulteri e cornuti. Storia della sessualità maschile tra Medioevo e Modernità*, Bari 2008, p.60.

⁶⁵ Come suggerisce D.49.16.3.15.

⁶⁶ Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.35, n.23, fol.177B; Carpozov, *Practica*, cit., pars III, q.CX, n.78, p.81. L'autentica *Habita* di Federico Barbarossa (*auth. post* C.4.13.5) prevede la giurisdizione del maestro o del vescovo: Bellomo, *Saggio sull'università nell'età del diritto comune*, Catania 1979, pp.107-110. A Napoli, questo incarico è affidato al Cappellano maggiore: Pescione, *Corti di giustizia*, cit., pp.320-341.

del luogo e destando l'ira delle comunità⁶⁷. Più spesso, intrecciano relazioni con *fanteschæ*: donne disoneste, immeritevoli di alcuna tutela a titolo di stupro⁶⁸. In tal caso, gli essi possono essere ripresi *ex officio* a titolo di mera *fornicatio*, specie se il rettore è ecclesiastico e dispone delle misure correzionali proprie del diritto canonico.

Privilegi simili sono talora accordati ai nobili o cittadini, che possono essere convenuti solo davanti a particolari corti⁶⁹. In tutte queste ipotesi, insomma, l'ordinamento fornisce una garanzia alla parte accusata o inquisita, che si sente più protetta se giudicata in certe corti di categoria o in tribunali estremamente qualificati. Non a caso, il presunto reo può far valere il privilegio prima della *litis contestatio*: e questa eccezione declinatoria – insieme a quella relativa all'incompetenza – è annoverata dai criminalisti tra le prime attività difensive⁷⁰.

Ma il privilegio del foro può operare anche in senso contrario, stabilendo una protezione particolare in favore della parte attrice. In entrambi i casi, esso si pone come strumento di *æquitas*: non a caso, la sua concessione è prerogativa di chi può *condere leges* in quanto *pater* ma anche *filius iustitiæ*⁷¹. Lungi dall'arrecare un *vulnus* all'ordinamento, esso ne rappresenta un'espressione tipica: nel processo, luogo dove si ristabilisce il diritto, vengono ponderate le posizioni di parti diseguali appartenenti a gruppi giuridicamente distinti. Porre nell'irrilevante tali presupposti, facendo giudicare cause soggettivamente diverse dal medesimo giudice, non sarebbe percepito come baluardo di garanzia, ma come strumento di oppressione. Nel privilegio del foro, che postula la pluralità delle corti, si rispecchia l'aspetto più caratteristico della costituzione materiale dell'epoca.

L'uguaglianza delle parti davanti al giudice non si è ancora consacrata come valore assoluto. Le *miserabiles personæ* godono di un privilegio doppio, ispirato dalle Sacre

⁶⁷ Gli scolari rientrano dunque nella figura sociale dei «buoni compagni»: brigate giovanili che si concedono ogni tipo di eccesso. «I loro maneggi erano i grado di turbare la vita di una città, esasperando i borghesi e creando imbarazzi alle autorità. Ben noto agli storici è il caso di Orléans, dove le tresche dei suoi studenti di diritto (l'80 per cento dei quali era forestiero) hanno lasciato parecchie tracce»: Daumas, *Adulteri e cornuti*, cit., pp.226-227.

⁶⁸ «Tales enim meretrices fictis adulationibus viros etiam honestissimos decipiunt (...) habent plura subtilia attractamenta, ac infinitas malitias, et subtilitates perniciosas ad scholares decipiendos (...) non ergo immerito nomen convenit diffinitioni, quia mulier non solum a molicie dicitur, verum etiam a mulceo, mulces, quasi viros maxime scholares mulcens, non tantum in sanguine, sed etiam in bursa»: Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.154. Cfr. Grammatico, *Decisiones*, cit., dec.CVII, n.8, fol.173B. «Baldus quoque existimavit, meretricem certo præsumendam, cuius domum scholaris noctu et interdum ingreditur et solet alloqui solam: "Quia" inquit "scholaris qui solam alloquitur, non præsumitur dicere pater noster"»: Pietro Gregorio, *Syntagma*, cit., pars III, lib.XXXVI, cap.XII, n.17, p.389.

⁶⁹ Alla Vicaria è riservata la cognizione delle cause contro i nobili (anche se non domiciliati a Napoli) e quella delle cause promosse o istruite contro i *cives Neapolitani*: Scialoya, *Tractatus*, cit., cap.XVIII, n.2, p.132. Simili privilegi erano riconosciuti anche ai cittadini di Palermo, Messina, Torino, Perugia, Roma: Salvioli, *Storia della procedura*, cit., parte II, pp.194-195.

⁷⁰ Come dimostra la scelta di Pietro Follerio che, nella sua *Practica criminalis*, colloca la materia nell'ampia sezione *Audiantur excusatores*.

⁷¹ Follerio, *Practica criminalis*, cit., prima pars secundæ partis, rubr.Audiantur excusatores, nn.67-72, pp.80-82. «Rex in regno suo dicitur pater iustitiæ, quia habet potestatem creandi iustas leges et constitutiones, et ratione huius creationis dicitur pater iustitiæ, et ratione executionis, et ministrationis, et conservationis iustitiæ, dicitur filius iustitiæ»: Matteo d'Afflitto, *In utriusque Siciliae*, cit., prima pars, lib.I, rubr.XXX, n.8, fol.118A.

Scritture e già affermato nel *Codex*⁷²: se da una parte «non possunt conveniri extra proprium domicilium» dall'altra, in qualità di attrici, «possunt convenire eorum adversarios extra eorum domicilium coram Principe»⁷³. Il re e i suoi giudici rappresentano una protezione per i deboli, uno strumento di perequazione processuale. La prossimità del tribunale o la sua particolare autorevolezza appaiono come garanzie preziose. Si tratta di una deroga larghissima alla regolare ripartizione della competenza, alla cui base c'è l'idea per cui la *pietas* è «fundamentum virtutum omnium» ed il giudice «semper debet esse favorabilis, et protector pauperum, ne iniuste opprimantur»⁷⁴. Per giovare di tale possibilità, i miserabili devono giurare «quod perhorrescunt potentiam adversariorum coram eorum iudice»⁷⁵: arma affilatissima, che possono sguainare in ogni fase del processo senza alcuna preclusione temporale⁷⁶. Ciò vale anche *in criminalibus* e per la materia dei delitti carnali, giacché nel novero dei privilegiati spiccano vedove e vergini⁷⁷. Il privilegio del foro, però, dev'essere giustificato. Una vedova disonesta perde tale possibilità⁷⁸,

⁷² C.3.14.1. Cfr. Follerio, *Practica criminalis*, cit., prima pars secundæ partis, rubr. *Audiantur excusatores*, n.77, p.83. Precisa i fondamenti biblici Novario, *De privilegiis miserabilium personarum*, Coloniae 1709, præl.IX, pp.15-18. Cfr. Alonso Romero, *La condición jurídica de las viudas en la doctrina castellana moderna*, in Pacheco Caballero (cur.), *Mujeres y derecho. Una perspectiva histórico-jurídica*, Barcelona 2015, pp.287-290.

⁷³ Scialoya, *Tractatus*, cit., cap.XVI, n.1, p.117. Se convenute, si parlerà di *variatio fori*, se attrici di *electio*. Quest'ultimo caso è tanto più eccezionale perché deroga alla regola *actor sequitur forum rei*: Novario, *De privilegiis*, cit., privv.97, 98 e 135, pp.181-182 e 248-249. Che il privilegio valga in entrambe le ipotesi è confermato da Álvarez de Velasco, *De privilegiis miserabilium personarum*, Matriti 1636, pars III, fol.20A. Ma questa opinione non è pacifica: già Covarrubias si era scagliato contro il privilegio *in criminalibus*, negandolo totalmente. Nel corso del Seicento, la tendenza erosiva appare sempre più marcata: il cardinale Toschi tenterà una conciliazione, mantenendo il privilegio *in criminalibus* per le parti attrici, ma negandolo per quelle convenute. Si è avviato un processo di omologazione della giustizia, con tempi diversi a seconda delle realtà territoriali. A Napoli, comunque, si manterrà più a lungo l'estensione massima del privilegio. Cfr. Alonso Romero, *La condición*, cit., pp.313-315.

⁷⁴ Balzarano, *Commentaria*, cit., p.278.

⁷⁵ D'Afflitto, *In utriusque Siciliae*, cit., prima pars, lib.I, rubr.XXXVII, nn.14-16, fol.126B. Il giudice adito è tenuto ad attenersi all'affermazione della parte attrice e non è ammessa prova contraria: Novario, *De privilegiis*, cit., priv.LV, pp.109-111.

⁷⁶ «Regula quod ibi coeptum est iudicium ibi finire debet, cessat favore miserabilium personarum»: Novario, *De privilegiis*, cit., priv.CXXXVI, p.249. «Sive ante, sive post litem coram Ordinario contestatam, inque (per consequens) iurisdictionem eius concessum, posse quemlibet Miserabilium prædictorum adversarium ad Principem in prima causæ cognitionem trahere»: e questo in virtù del principio per cui il miserabile non può rinunciare al privilegio. Si vuole evitare, chiaramente, che le minacce del potente possano indurlo a non profittarne: cfr. Álvarez de Velasco, *De privilegiis*, cit., pars III, fol.20B e 28B-29A.

⁷⁷ La disposizione giustiniana, in realtà, menziona solo le *viduæ*, ma la scienza giuridica moderna intende il termine in modo ampio e non dubita che «appellatione viduæ, virgo continetur»: de Franchis, *Decisiones*, cit., dec.C, n.12, fol.58A che ricorda una pronuncia del Sacro Regio Consiglio. Il termine *vidua* è spesso usato genericamente per indicare tutte le donne senza marito, come si desume da D.50.16.242.3. Esplicito anche Danza, *Additiones ad Thomæ Grammatici decisiones*, Montisfuscoli 1643, add. ad dec.XXII, n.4, p.81. Nei trattati del tempo non appaiono dubbi: Novario, *De privilegiis*, cit., præl.VIII, n.6, p.14; Álvarez de Velasco, *De privilegiis*, cit., pars III, fol.2A; Balzarano, *Commentaria ad Constitutiones Utriusque Siciliae*, Neapoli 1620, pp.300-301; Follerio, *Practica criminalis*, cit., prima pars secundæ partis, rubr. *Audiantur excusatores*, n.77, p.79. Cfr. Salvioli, *Storia della procedura*, cit., parte II, pp.192-193.

⁷⁸ Claro, *Practica*, cit., par. *Stuprum*, n.7, fol.92A. «Privilegia namque viduitati concessa, luxuriosa vita perduntur»: Álvarez de Velasco, *De privilegiis*, cit., pars III, foll.26-27A. «Viduæ ut illum habeant, necesse est, ut vivant, ut viduæ, non ut luxuriose, qua vidua luxuriose vivens abiecta pudicitia meretricio more, perdit omnia privilegia intrinseca, et extrinseca»: de Franchis, *Decisiones*, cit., dec.CCXXXIII, n.5, fol.126A. «De hecho todo podía quedar reducido a un problema de prueba, pues lo realmente decisivo para las viudas que quisieran hacer uso de su privilegio (...) era conseguir el suficiente número de testigos con los que dar fe de un modo de vida honesto (...) Una información previa de vida y costumbres que, con respaldo de la doctrina,

mentre la vergine stuprata potrà giovare solo in caso di violenza o seduzione, mai se consenziente⁷⁹. Queste le indicazioni generali, che vanno poi calate nell'assetto giudiziario dei singoli ordinamenti. In Castiglia, la *Recopilación* ribadisce che le cause dei miserabili costituiscono *casos de corte*⁸⁰. A Napoli, al ricorso al re si affianca la possibilità di adire la Vicaria, secondo la costituzione *Statuimus* ed un privilegio di Carlo II⁸¹. Successivamente, si ammette che i *miserabiles* possano adire anche le Regie Udienze scavalcando la giustizia feudale ordinaria⁸².

Notevole il favore per le meretrici, che già Federico II aveva definito *miserabiles mulieres* nella costituzione *Omnes*⁸³: per esse è prevista la possibilità di adire le supreme corti, nonché un tribunale specifico dotato di mero e misto impero e competente per Napoli e casali⁸⁴. Oltre alle varie prerogative amministrative e regolamentari, il Tribunale della gabella delle meretrici conosce di tutte le cause criminali che coinvolgono – in quanto ree o in quanto attrici – «le donne, le quali pubblicamente, e quotidianamente vendono il corpo loro per danari dionestamente»⁸⁵. Spiccano, ovviamente, reati come violenza, aborto e

se impuso en la práctica pese a carecer de fundamento normativo». Almeno in Spagna, però, a questa prova preliminare furono sottratte «las viudas nobles, porque en su caso (...) la honestidad se presumía»: Alonso Romero, *La condición*, cit., pp.301-302 e 305-306.

⁷⁹ «Sic etiam virgo, licet sit stuprata, tamen adversus stuprantem gaudet beneficio electionis fori (...) quod intellige, si sit stuprata violenter, secus si ipsa consentiente»: Scialoya, *Tractatus*, cit., cap.XVI, n.5, p.118. In questo senso si era risolto il Sacro Regio Consiglio, chiarendo i non pochi dubbi sulla questione. La stuprata, a rigore, non è più vergine e l'ammissione del privilegio sembrava ancor più problematica nel caso di specie, laddove la donna non era stata violentata ma solo persuasa «sub promissione matrimonij, blandisque verbis». La corte ammette la facoltà di ricorrere al foro privilegiato, ma solo nei confronti dello stupratore: de Franchis, *Decisiones*, cit., dec.DXCIX, fol.281.

⁸⁰ Sono pertanto incardinabili sia presso le Udienze territoriali, sia presso la Cancelleria. *Nueva Recopilación*, 4.3.8 (edizione di riferimento: *Las leyes de Recopilación*, Madrid 1772-1775); «Que los alcaldes de corte y chancilleria no den emplazamiento en causas criminales para sacar alguno fuera de su fuero, salvo en los casos de corte (...) que son estos segun estilo antiguo: muerte segura, muger forçada, tregua quebrantada, casa quemada, camino quebrantado, traycion, aleve, riepito, pleyto de biudas y herfanos, y personas miserabiles, o contra corregidor, o alcalde ordinario, u otro official del tal lugar». Cfr. anche *Nueva Recopilación*, 4.1.1. Molto controversa la competenza dei vescovi in caso di denegata giustizia. Benché sostenuta dai canonisti medievali, nel Cinquecento persino un ecclesiastico come Covarrubias non può che riconoscere la difficoltà di tale soluzione, tanto che essa suscita continue risse nei tribunali di Spagna e Francia. Di fatto, il ruolo suppletivo dei tribunali ecclesiastici tende ad estinguersi. Ne parlano ancora Deciani, *Tractatus*, cit., I, lib.IV, cap.X, n.3, p.250; Novario, *De privilegiis*, cit., priv.XCIV, pp.176-178. Cfr. Salvio, *Storia della procedura*, cit., parte II, p.89; Bouzada Gil, *El privilegio de las viudas en el Derecho castellano*, in *Cuadernos de Historia del derecho*, 4/1997, pp.203-242; Alonso Romero, *La condición*, cit., pp.283-285 e 294-296.

⁸¹ *Liber Augustalis* 1.38.2, poi estesa dai Riti della Magna Curia *Item quod nullus privilegiatus, Item quod si qua mulier vidua, Item si pupillus vel vidua, Item clericus pupillus vidua* (edizione di riferimento: *Utriusque Siciliae constitutiones, capitula ritus et pragmaticae*, cit.). La costituzione federiciana è commentata in d'Afflitto, *In utriusque Siciliae*, cit., prima pars, lib.I, rubr.XXXVII, fol.125-130A e da Balzarano, *Commentaria*, cit., pp.293-302. Il privilegio angioino è riportato da Pescione, *Corti di giustizia*, cit., p.98.

⁸² Pescione, *Corti di giustizia*, cit., p.129. A meno che la concessione del mero e misto impero al singolo barone non abbia previsto una specifica clausola derogatoria che escluda in modo espresso questo privilegio: d'Afflitto, *In utriusque Siciliae*, cit., prima pars, lib.I, rubr.XXXVII, n.15, fol.126B.

⁸³ *Liber Augustalis*, 1.21.1. La disposizione federiciana è tanto più sorprendente in quanto chi esercitava il meretricio, generalmente, veniva considerato infame: Geremek, *L'emarginato*, in Le Goff (cur.), *L'uomo medievale*, cit., p.420.

⁸⁴ Scialoya, *Tractatus*, cit., cap.XXV, nn.2 e6, pp. 153-154.

⁸⁵ Vario, *Pragmaticae edicta decreta interdica regiaeque sanctiones Regni neapolitani, Neapoli 1772*, II, tit.CXLIX, prag.VI, pp.498-500. «Illae mulieres tantum cognoscantur a curia meretricium, quae publice, et

lenocinio. La corte è infatti competente anche *contra lenones*, al fine di evitare lo sfruttamento delle prostitute⁸⁶. L'Europa medievale e moderna, almeno a partire da metà Trecento, permette una prostituzione controllata e talora istituisce postriboli pubblici: si fa guerra ai ruffiani, ma si dà in appalto il monopolio⁸⁷. La storia di questa giurisdizione speciale è paradigmatica: sorta per conciliare la protezione delle prostitute con gli interessi finanziari della Corona – espressione di particolarismo ma anche di regolamentazione e controllo – finisce per esser vista come insopportabile strumento di estorsioni a danno delle stesse donne che dovrebbe tutelare. Già nel 1589 il viceré Conte di Miranda interviene per

quotidie dishoneste habent rem quæstus causa, et non aliæ», di conseguenza, il privilegio «fallit (...) in muliere habente rem cum uno tantum, nam ut quis dicatur meretrix est necesse, ut habeat rem cum pluribus»: Scialoya, *Tractatus*, cit., cap.XXV, n.4, pp.153-154. La stessa definizione valida per il Tribunale della gabella vale anche per accedere al monastero penitenziale che il Sacro Ospedale degli Incurabili gestisce per la riabilitazione delle meretrici: de Franchis, *Decisiones*, cit., dec.LXVIII, fol.42A. La penitenza affranca dall'etichetta infamante di *meretrix*: ci si domanda, però, se un giudice può costringere all'emenda le prostitute, specie se sorge un particolare scandalo. Il dubbio riguarda soprattutto le corti ecclesiastiche, sguarnite di forza coattiva. «Patet ergo quod tales mulieres impudicæ possint compelli ad poenitentiam, quia licet per leges nemo directe cogatur benefacere, tamen male agere prohibetur». Tuttavia, sostiene Choveron, «per regulam iuris (...) beneficium non confertur in invitum, ergo nullum bonum nisi voluntarium». La penitenza involontaria è, pertanto, inefficace: «meretrices invitæ non possunt cogi ad poenitentiam seu continentiam, quæ suaderi potest, imperari non potest». D'altra parte, l'esperienza insegna che persino i lupanari svolgono una funzione d'ordine pubblico, evitando «multa adulteria, supra, et incestus». Spetta allora al buon giudice attivarsi con salutari ammonizioni, senza poter però ricorrere alla costrizione. Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., pp.880-882.

⁸⁶ «Dicta curia meretricum (...) est Judex competens contra lenones existentes in Civitate Neapolitana, et ejus suburbiis»: competenza da intendersi in senso cumulativo con la Vicaria, per cui è abilitato a conoscere chi previene. Nelle province, le prammatiche hanno stabilito un regime di giurisdizione delegata esclusiva a favore delle Regie Udienze, tale da scavalcare la giustizia ordinaria dei baroni: Scialoya, *Tractatus*, cit., cap.XXV, nn.7-10, pp.154-155. Ma anche per essere qualificati lenoni c'è bisogno di un'attività continuata: chi favorisce *una tantum* il rapporto non può essere considerato tale, come confermato dal Sacro Regio Consiglio. Il caso di specie riguardava una donna che aveva commesso lenocinio nei confronti di una *mulier honesta* (senza che peraltro nessuna delle due avesse percepito alcunché). La massima corte napoletana nega la competenza del Tribunale della gabella, non riconoscendo alle due donne la qualifica di *lena* e *meretrix*. Laddove il *nomen rei* non dipende dall'atto, ma dal suo effetto, sono infatti richieste più commissioni (fa eccezione il caso in cui responsabile di lenocinio è il marito stesso: in questa grave ipotesi basta un solo atto per determinare *nomen iuris* e relativa competenza). Cfr. de Franchis, *Decisiones*, cit., dec.LXVIII, fol.42A

⁸⁷ «La prostituzione è considerata prima di tutto come una istituzione di salute pubblica, destinata (...) a proteggere le donne oneste e a sviare gli uomini dall'omosessualità (...) lo svago, più che come un atto di devianza, si configura come una preparazione al matrimonio»: Daumas, *Adulteri e cornuti*, cit., p.44. Cfr. Brundage, *La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa medieval*, México 2000, pp.506-511 e 558; Canosa – Colonnello, *Storia della prostituzione in Italia dal Quattrocento alla fine del Settecento*, Roma 2004; Ramos Vázquez, *De meretricia turpitudine. Una visión jurídica de la prostitución en al Edad Moderna castellana*, Málaga 2005; Rossiaud, *Amori venali. La prostituzione nell'Europa medievale*, Roma Bari 2013. Negli ordinamenti dove la spiritualizzazione è più spiccata, però, si arriva a proibire anche i postriboli: è così in alcuni principati luterani ed in Spagna, in virtù di una prammatica di Filippo IV (1623) confluita in *Nueva Recopilación*, VIII.19.8. Diversa la situazione romana: la propaganda protestante ha gioco facile nel denunciare l'empio cumulo di benefici ecclesiastici e rendite provenienti dalla tassazione del meretricio. Come ricorda Carpozov, lo stesso Enrico Cornelio Agrippa (esoterista in rapporto con Melantone) ebbe modo d'ironizzare sul punto. «Sic et lupanaria fovent et permittunt Romani Pontifices in urbe sanctæ sedis, inque fiscum suum annuatim ultra triginta millia coronatorum pro lactis censu (...) a clero scortisque accipiunt (...) adeoque ecclesiæ Procerum id minus est, ut una cum ecclesiæ proventus lenociniorum etiam numerent mercedem». I toni di Carpozov assumono una tipica inclinazione moralistica: «Eo nimirum progressa est avaritia sanctorum etiam hominum, ut, ne marsupium vacuum sit, turpitudinem omnium turpissimam, corruptelam juventutis, morum civitatis depravationem, corporis tormentum, et animæ perditionem, suæ quoque sortis hominibus permittant». Non solo le istituzioni politiche della Penisola non vietano lo scandaloso commercio, ma se ne giovano; da parte sua, la dottrina canonistica sostiene che «meretricem haud injuste solvere decimas»: Carpozov, *Practica*, cit., pars II, q.LXX, nn.7-10, pp.136-137.

limitarne le funzioni e stabilire la necessaria appartenenza dei suoi giudici al ceto dei *doctores*. Nel 1640 il Tribunale, travolto dagli scandali, viene definitivamente chiuso e le sue competenze giurisdizionali sono assorbite dalla giustizia ordinaria⁸⁸. È, forse, un primo segnale: il sistema dei fori privilegiati comincia a scricchiolare ma, per arrivare al suo tramonto, occorrerà aspettare ancora a lungo⁸⁹.

4. *Il foro ecclesiastico e la giurisdizione esclusiva in clericos*

Quando si parla di privilegio del foro, il pensiero corre alla particolare condizione degli ecclesiastici, esenti dalla giurisdizione secolare «tam in civilibus quam in criminalibus»⁹⁰ anche in caso di crimini atrocissimi o notori⁹¹. Nei confronti dei consacrati, la Chiesa dispone infatti di una giurisdizione esclusiva, che logicamente interessa anche i *delicta carnis*. Uno spazio non indifferente, se è vero che gli ecclesiastici «erano coloro che più di tutti trasgredivano agli imperativi del sesto comandamento»⁹². Numerosi i punti di riferimento testuali sia nell'ordinamento canonico che in quello civile⁹³. Si tratta di un istituto risalente, che la Chiesa continua a difendere dalle ambizioni statali. Nelle pagine dei criminalisti troviamo testimonianza della tensione in atto: tensione politica ma anche teologica, perché terreno di contrapposizione tra Cattolici e Protestanti.

La canonistica medievale, infatti, aveva affermato che l'esonazione scaturisce direttamente dal diritto divino⁹⁴. La soluzione aveva ricadute molto concrete: se Dio stesso ha sottratto i suoi pastori alla giustizia secolare, significa che quello ecclesiastico ha natura totalmente diversa dagli altri privilegi del foro. La giurisdizione canonica non sgorga da

⁸⁸ De Toro, *Supplementum Aurei compendii decisionum regalium supremorum tribunalium*, Neapoli 1646, p.244. Ma è bene sottolineare che la soppressione di questa giurisdizione non avviene tramite provvedimento d'imperio, ma con la compravendita della giurisdizione: lo Stato paga seimila ducati al *dominus utilis* per riscattare i suoi diritti. Cfr. Scialoja, *Tractatus*, cit., cap.XXV, n.12, p.155.

⁸⁹ A Siena, ad esempio, l'analogo Tribunale degli Esecutori di Gabella rimarrà attivo fino a fine Settecento: Di Simplicio, *Peccato penitenza perdono*. Siena 1575-1800. La formazione della coscienza nell'Italia moderna, Milano 1994, pp.209-216.

⁹⁰ Farinacci, *Praxis*, cit., *partis primæ tomus primus*, q.VIII, n.1, p.77. Claro, *Practica*, cit., *par.Finalis*, q.36, n.6, fol.180A.

⁹¹ «Laicis non est licitum iudicare contra clericos»: Bossi, *Tractatus*, cit., fol.49B. Tra le varie *exceptiones declinatorie*, quella in favore dei chierici è senz'altro la più frequente e rilevante. «Omnium autem exceptionum, quæ in causis criminalibus ad declinandum iudicium iurisdictionem proponantur, nulla frequentior est, quam clericatus»: Claro, *Practica*, cit., *par.Finalis*, q.36, n.1, fol.180A. Cfr. Follerio, *Practica criminalis*, cit., *prima pars secundæ partis*, rubr.*Audiantur excusatores*, n.38, p.69.

⁹² L'esclusiva ecclesiastica è riconosciuta, ad esempio, dal Senato del Delfinato: Papa, *Decisiones*, Genevæ 1667, q.CLXXVIII, n.2, p.192. Ciò non impedisce ai tribunali arcivescovili di giovare della forza pubblica; il caso senese mostra l'antagonismo tra chierici fornicatori e birri, che si spingono finanche alla cattura in flagranza: Di Simplicio, *Peccato*, cit., pp.112-121 (la citazione è a p.120).

⁹³ Su tutti: il capitolo *Cum non ab homine* di Celestino III (X.2.1.10); la novella *Ut clerici apud proprios episcopos* di Giustiniano (Nov.83); l'autentica *Statuimus* di Federico II (*auth. post* C.1.3.32).

⁹⁴ Lo asseriva il capitolo *Si imperator* (*Decr.* D.96, c.11) e lo chiariva, ancor meglio, la relativa gl. *Et discuti*. Sostenuta con convinzione dall'Abbas, *Commentaria*, cit., t.III, rub. *de iudicijs*, c.at *si clerici*, n.23, fol.18A, la qualificazione *iure divino* sarà accolta dalla Sacra Rota, fino a diventare *communis opinio*: Claro, *Practica*, cit., *par.Finalis*, q.36, n.2, fol.180A. La stessa origine divina è rivendicata per l'esonazione fiscale, materia che non di rado si trova accostata, nelle *practicæ*, alla privilegio del foro. Cfr. Covarrubias, *Practicarum questionum liber unus*, Venetiis 1568, q.31, pp.452-474.

una concessione del principe, di conseguenza risulta originaria ed intangibile⁹⁵. Egli non può revocare il privilegio, perché non ne è l'artefice: un'autorità superiore lo ha stabilito, per cui le costituzioni che ne parlano non sono *de novo promulgatoriae* ma semplicemente *declarativae*⁹⁶. Per tutto il Quattrocento la questione era rimasta pacifica. Nel secolo successivo, però, le certezze ereditate dal passato appaiono in crisi: la polemica luterana si è scagliata contro le pretese romane, appoggiandosi al malcontento dei principi⁹⁷. La saldatura tra la protesta religiosa e l'interesse – tutto laico – a ridimensionare il potere ecclesiastico porta con sé la critica all'origine divina del privilegio. Utilizzando lo strumento tipico della teologia luterana – il riferimento diretto al passo biblico – i giuristi tedeschi possono bollare l'antica esenzione come una delle tante usurpazioni che il papa, tramite il diritto canonico, ha compiuto a danno degli *jura Majestatis*⁹⁸.

Argomentazioni che, a ben vedere, suscitano riflessioni puntuali tra gli stessi Cattolici. Così, lo stesso Claro può scrivere francamente che la questione «in puncto iuris non transit

⁹⁵ È proprio per questo che sembra inaccettabile l'affermazione di Brambilla, I casi morali, cit., p.529 secondo cui «la rete dei tribunali ecclesiastici, essendo parte integrante dei tribunali dello Stato, disponeva a pieno titolo sia del potere legislativo (...) sia del potere coercitivo». L'uso della coercizione va perlopiù ricondotto alla concessione del braccio secolare, che il potere laico accorda in modo più o meno costante. Ma l'aspetto giurisdizionale e legislativo resta prerogativa propria di una Chiesa sovrana, i cui organi non vanno intesi come «parte integrante» dello Stato. Si può anche ammettere quanto afferma Bizzocchi, Conflitti di giurisdizione negli antichi stati italiani, in Nubola – Turchini (curr.), Fonti ecclesiastiche per la storia sociale e religiosa d'Europa: XV-XVIII secolo, Bologna 1999, pp.270 e 274: «la conflittualità è (...) il tratto distintivo di una gestione condominiale» per cui, nel Cinquecento, gli scontri giurisdizionali tra Stato e Chiesa non sarebbero altro che bisticci tra *partners* affiatati, che hanno «ben presente la compenetrazione dei loro interessi economici e politici». Ma la constatazione di un'alleanza tra scettro e pastorale non basta per giungere a conclusioni giuridicamente affrettate. Insomma, il fine di descrivere una «supplenza reciproca fra Stato e Chiesa nel tentativo di conoscenza/governo della società» porta alcuni storici ad una confusione indebita tra strategie politiche e fondamenti giuridici, sminuendo il senso di un pluralismo di ascendenza medievale. Si avverte, in realtà, un malcelato spirito anticlericale, che vuol provare a tutti i costi l'origine delle «storture e dei limiti della modernizzazione della società italiana». Cfr. anche Id., Chiesa, religione, Stato agli inizi dell'età moderna, in Chittolini – Mohlo – Schiera (curr.), Origini dello Stato, cit., pp.493-513.

⁹⁶ Così si era espresso il canonista quattrocentesco Felino Maria Sandei: cfr. Farinacci, Praxis, cit., *partis primæ tomus primus*, q.VIII, n.2, p.77.

⁹⁷ Dal canto loro, le chiese luterane livellano la posizione di ogni battezzato: il sacerdozio universale travolge la gerarchia e, dunque, il privilegio. Quanti ricoprono funzioni pastorali saranno soggetti al tribunale laico in quanto sudditi, al concistoro in quanto fedeli. Chiaro il discorso di Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXII, nn.16-25, pp.82-83. Se i canonisti cattolici esentano tutti i consacrati dalla giurisdizione secolare (salvando quelli adulteri dalla *poena capitis*), lo stesso non può ripetersi per i Principati luterani dopo la Transazione di Passavia (1552) e la Dieta di Augusta (1555). «Verum postquam hodie ex transactione Passaviensi omnis iurisdictionis ecclesiastica, ut et jura episcopalia ad Principes et Status Imperii, qui pontificiæ religioni repudium miserunt, redacta sunt (...) qui per consistoriales causas clericorum civiles, eorumque officia et episcopalem jurisdictionem concernentes, expediunt, graviorum excessuum ac delictorum animadversione iudicibus loci secularibus commissa (...) Missa igitur decisione prædictorum interpretum ex jure canonico desumpta, clericos adulteros, æque ac laicos, poenæ adulterii ordinariæ subiacere, intrepide assero». Ciò non significa che i pastori non possano subire censure ecclesiastiche, proprio come i fedeli: le due giurisdizioni si sommano, non si escludono. Cfr. Mesnard, Il pensiero politico rinascimentale, Bari 1963, pp.298-301. Sulle relazioni tra Riforma e diritto, oltre alla già citata opera di Berman, cfr. anche Troeltsch, Il protestantesimo nella formazione del mondo moderno, Firenze 1951; Heckel, Lex charitatis. Eine juristische Untersuchung über das Recht in der Theologie Martin Luthers, München 1953; Helmholz (cur.), Canon Law in Protestant Lands, Berlin 1992; Witte, Diritto e Protestantesimo. La dottrina giuridica della Riforma luterana, Macerata 2013.

⁹⁸ Sarà netta la posizione di Carpzov, Practica, cit., pars III, q.CX, nn.83-84, p.82. A proprio sostegno, l'autore richiama Mt XX, 25-26; Mc X 42-43; Lc XXII, 25-26; Rm XIII, 1-6.

sine difficultate»⁹⁹: la disputa, che pur si svolge su un piano teorico insidiosissimo, ha delle ricadute tali da non potersi liquidare frettolosamente. I criminalisti laici se ne interessano ma è la canonistica, ovviamente, a sentirsi chiamata in causa. Le risposte non sono affatto scontate: un ecclesiastico come Covarrubias, che all'argomento dedica diverse pagine, non si limita a difendere la posizione tradizionale, ma sostiene il privilegio della Chiesa ancorandolo a fondamenti nuovi¹⁰⁰. Operando una distinzione tra *potestas spiritualis et ecclesiastica* e *potestas temporalis*, il Toledano riconosce alla Chiesa una *iurisdictio* originaria per volontà divina solo nel primo caso. Pertanto «in rebus temporalibus, et in criminibus, quæ spiritualia non attinent, clerici non sunt iure divino a iurisdictione principum secularium exempti»¹⁰¹. La soluzione restringe sensibilmente il privilegio, rischiando di travolgere una garanzia formidabile: specie in materia criminale, dove le corti laiche possono ricorrere alla pena del sangue, quelle ecclesiastiche no. Ne risulta che un chierico responsabile di *adulterium* resterebbe soggetto alla giustizia curiale perché, afferendo il matrimonio, il reato è qualificato spirituale; egualmente in caso di *sacrilegium*¹⁰². Il chierico che si macchia di *stuprum*, invece, cadrebbe nella morsa di una giustizia secolare più rigorosa. Ma Covarrubias, con uno stratagemma da fine giurista, recupera le tradizionali tutele riconoscendo il pieno diritto del pontefice di stabilire *in temporalibus*, con atto di diritto umano, qualunque esenzione giustificata dalla convenienza. Il papa può dunque creare dal nulla un privilegio del foro: il diritto divino si limita a garantire alla Chiesa una sfera propria *in spiritualibus et ecclesiasticis*, ma ciò non impedisce una più ampia tutela anche in ambito temporale¹⁰³. Giocando astutamente con la teoria delle fonti, lo Spagnolo finisce per aggirare il problema e conservare le antiche garanzie, pur riconoscendo parzialmente le argomentazioni dei critici. Le fonti rispecchiano una realtà nella quale la giurisdizione esclusiva *in clericos* è sotto assedio: alla Chiesa Cattolica non bastano le argomentazioni tradizionali, tuttavia il suo peso è ancora tale da permettere una reazione vigorosa. L'autore ricorda che persino i re sono

⁹⁹ Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.36, n.2, fol.180A.

¹⁰⁰ Il prelado spagnolo esamina tutti i tradizionali argomenti a favore dell'origine *iure divino* del privilegio, ed in particolare Sal CV, 15 («Non permisit hominem nocere eis et corripuit pro eis reges: Nolite tangere christos meos et in prophetis meis nolite malignari») e Mt XVII. Entrambi, però, non gli sembrano sufficienti, così come non convince la testimonianza secondo cui l'imperatore Costantino, sollecitato durante il Concilio di Nicea, avrebbe declinato la propria competenza con la frase: «Vos a nemine iudicari potestis: quia ad Dei solius iudicium reservamini». Passa quindi ad esaminare le opinioni contrarie, comprese quelle di autori "pericolosi" come Marsilio da Padova e Charles Dumoulin, le cui opere vanno lette con cautela ma possono fornire indicazioni interessanti. Da un punto di vista storico, infatti, sembra dimostrato che la Chiesa è stata a lungo sottoposta alla giurisdizione secolare. La stessa Novella 83 mostra come Giustiniano concedesse – e non riconoscesse – ad un vescovo di Costantinopoli supplice la sola giurisdizione civile. «In criminalibus» invece «eos reliquit sub iudice seculari». D'altra parte, perfino San Paolo si era appellato a Cesare per ottenere che la sua causa fosse trattata equamente: At XXV, 11-12. Cfr. Covarrubias, *Practicarum*, cit., q.31, pp.454-457.

¹⁰¹ Covarrubias, *Practicarum*, cit., q.31, p.459.

¹⁰² Nell'elencare i crimini spirituali è chiaro Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.VIII, n.19, p.80.

¹⁰³ «Ergo utile quidem est, et denique necessarium ad liberius, et rectius ministrandum ecclesijs, quod clerici, et eorum res sint a iudicibus secularibus immunes»: Covarrubias, *Practicarum*, cit., q.31, p.460. Il ragionamento incontra il plauso di un influente criminalista come Farinacci, che dal canto suo riconosce la «publicam utilitatem» di questo privilegio: Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.VIII, nn.1-2, p.77.

sottoposti al pontefice per quanto attiene la materia spirituale: e questo lascia socchiusa la porta per l'esercizio della *potestas indirecta in temporalibus*¹⁰⁴.

Il Concilio di Trento, da parte sua, non tocca la questione dell'origine del privilegio, ma ribadisce con fermezza uno dei capisaldi tradizionali: ad essere competente per le cause criminali dei chierici è, in primo grado, il vescovo¹⁰⁵. Presso ogni episcopio, infatti, esiste un tribunale che giudica in suo nome, generalmente retto da un vicario nominato *ad hoc*. Sebbene la regola voglia che ogni chierico sia sottoposto all'ordinario della propria diocesi – privilegiando il criterio del *locus domicilii*¹⁰⁶ – la competenza dell'*episcopus delicti* non è esclusa¹⁰⁷. Nel complesso, l'ordinamento giudiziario della Chiesa appare più compatto di quello secolare e contraddistinto da un sistema di appelli ben definito: se in secondo grado si ricorre al metropolita, in ultima istanza tutto l'orbe cattolico può rivolgersi a Roma.

Pur negando con convinzione che, unilateralmente, il principe possa restringere la portata del privilegio¹⁰⁸, la Chiesa Cattolica si mostra disposta a forme concordatarie che regolino l'istituto. Da un punto di vista formale, si tratta di un privilegio che il papa emana in favore del monarca, permettendo alla giustizia secolare di intervenire in talune ipotesi¹⁰⁹. Se è vero che con questi accordi le istituzioni ecclesiastiche cedono parte delle proprie immunità, è anche vero che il papa si propone come titolare indiscusso di ogni potere ecclesiastico, unico legittimato a negoziare con lo Stato: l'assolutismo pontificio è ormai

¹⁰⁴ Covarrubias, *Practicarum*, cit., q.31, p.461. La Scuola di Salamanca rivede l'opinione dei canonisti bassomedievali, fautori della *potestas directa in temporalibus*: García y García, *La teoría de la potestas pontificia in temporalibus durante el Medioevo*, in Ribot García – Carrasco Martínez – da Fonseca (curr.), *El Tratado de Tordesillas y su época*, vol.II, Valladolid 1995, pp.1021-1038. Sulla scorta delle argomentazioni tomiste, riconosce l'autonomia della comunità politica, ma non nega al pontefice la possibilità d'intervenire *ratione peccati*. Una sintesi in Scattola, *Teologia politica*, cit., pp.85-93.

¹⁰⁵ Concilio di Trento, sess.XIII, can.IV *de reformatione* e Concilio di Trento, sess.XXIV, can.XX *de reformatione*. Salvioli, *Storia della procedura*, cit., parte II, pp.74-76. Sul Concilio, cfr. Jedin, *Storia del Concilio di Trento*, Brescia 1973-1981; Prodi – Jedin (curr.), *Il Concilio di Trento come crocevia della politica europea*, Bologna 1979; Prodi – Reinhard (curr.), *Il Concilio di Trento e il moderno*, Bologna 1996; Prosperi, *Il Concilio di Trento e la Controriforma*, Trento 1999; Id., *Il Concilio di Trento: una introduzione*, cit.

¹⁰⁶ «Clericus coram suo episcopo convenire debet»: X.2.2.1. Cfr. anche X.2.2.4, X.2.2.13 e X.2.2.17.

¹⁰⁷ X.2.2.14.

¹⁰⁸ Covarrubias, *Practicarum*, cit., q.31, pp.461-462.

¹⁰⁹ Bossi, *Tractatus*, cit., fol.50A. Di fatto, si tratta di un compromesso politico tra due istituzioni configgenti, ma bisognose di mutuo riconoscimento: esemplare il caso francese. Cfr. Prosperi, *Il Concilio di Trento: una introduzione*, cit., pp.14-15; Padoa Schioppa, *Storia del diritto*, cit., pp.233-235. Nel lungo periodo, i concordati si rivelano strumenti formidabili per l'affermazione dello Stato moderno: Reinhard, *Storia del potere politico in Europa*, Bologna 2001, pp.313-327. La giurisprudenza transalpina, peraltro, non rinuncia ad eroderne il tenore letterale, tramite un'interpretazione disinvolta del *crimen læse maiestatis*. In un caso del 1523, un chierico ha adulterato la giovane moglie di un'*ostiarus* del Senato di Bordeaux. La corte s'interroga sulla propria competenza, considerando la possibilità di qualificare il crimine in termini di *salvanguardia infracta* (fattispecie assimilata alla lesa maestà, volta a tutelare i pubblici ufficiali). Una parte dei giudici si ritiene incompetente: l'adulterio non rompe la salvanguardia, così come non è in grado di rompere la *pax* (lo aveva sostenuto Bartolo, con una fortunata interpretazione di D.47.2.39: non c'è *animus iniuriandi* ma pura *libido*). Cfr. de Rubeis, *Tractatus de adulteriis, Venetiis* 1599, cap.XXI, n.1, p.113; Savelli, *Summa*, cit., I, par.*Adulterium*, n.15, p.91). «Sed maior pars dominorum tenuit contrarium, quod curia prætextu salvæguardiæ prædictæ sic infractæ cognoscere poterat». La corte ordina all'Arcivescovo di designare, al suo interno, due membri ecclesiastici «ad procedendum et puniendum». Con questo ossequio di facciata, la Monarchia francese inghiotte le funzioni originarie delle istituzioni ecclesiastiche. Cfr. de Bohier, *Decisiones*, cit., dec.CCXCVII, nn.9-10, p.624.

maturato¹¹⁰. Non a caso, Farinacci ha cura di specificare che «quod possit summus Pontifex, non potest Episcopus», negando valore a qualunque rinuncia effettuata senza il consenso di Roma. Ad ogni modo, nemmeno la Santa Sede ha diritto di abrogare il privilegio del foro «in toto quoad omnes clericos, et quoad omnes causas»: i suoi provvedimenti devono restare circoscritti a particolari categorie di cause o di ecclesiastici. Questo determina regimi molto differenziati tra un Paese e l'altro. Molto esteso, ad esempio, è il privilegio in favore della Repubblica di Venezia, laddove tutti i delitti atroci – quindi anche adulterio e stupro, ma in modo esplicito il «nefando crimine sodomiae» – sono attribuiti al giudice secolare¹¹¹. Nell'Urbe, un'istituzione *sui generis* come il Tribunale del Governatore è competente *in clericos* ed *in laicos*, e dispone sia di pene secolari che di sanzioni canoniche: un ibrido irripetibile, che si giustifica per la duplice natura del Pontefice, al contempo capo politico e spirituale¹¹².

Un punto, però, resta fermo: nessuna consuetudine contraria può abrogare il privilegio del foro¹¹³. E questo, in un sistema che per sua natura è fluido e si nutre di prassi, indica un valore evidentemente irriducibile. La Chiesa assicura ai laici di amministrare correttamente la giustizia nei confronti del clero criminale; tuttavia, in caso di negligenza, non sarà ammesso l'intervento suppletivo di corti estranee all'ordinamento canonico¹¹⁴. Una notevole differenza rispetto agli altri privilegi del foro è costituita dall'assoluta inderogabilità da parte del singolo chierico, che è «costretto a goderne». Il capitolo *Si diligenti*, infatti, aveva vietato agli ecclesiastici sia di adire una corte laica, sia di accettarne la giurisdizione in qualità di convenuti¹¹⁵. La criminalistica moderna ribadisce che la rinuncia al privilegio non può avvenire né in modo espresso, né in modo tacito: esso, infatti, è talmente efficace da proporsi automaticamente, senz'alcun impulso di parte¹¹⁶. La

¹¹⁰ Ne delinea i caratteri Fantappiè, *Storia del diritto canonico e delle istituzioni della Chiesa*, Bologna 2011, pp.181-195.

¹¹¹ Farinacci, *Praxis*, cit., *partis primæ tomus primus*, q.VIII, n.4, p.78. Cfr. Mancino – Romeo, *Clero criminale. L'onore della Chiesa e i delitti degli ecclesiastici nell'Italia della Controriforma*, Roma Bari 2013, p.104.

¹¹² La corte, che mostra molti caratteri della giustizia laica, è però retta da un ecclesiastico: il vicecamerlengo, responsabile dell'ordine pubblico e capo della polizia urbana. *In clericos*, questo Tribunale concorre con quello del Vicario, che corrisponde ad un qualsiasi altro foro diocesano. *In laicos*, concorre con la Curia Capitolina, foro secolare che esprime l'autonomia municipale. Con entrambi, non mancano conflitti di giurisdizione: Fornili, *Delinquenti e carcerati a Roma alla metà del '600. Opera dei papi nella riforma carceraria*, Roma 1991, pp.139-141; Bonacchi, *Legge e peccato. Anime corpi giustizia alla corte dei papi*, Roma Bari 2005, pp.101-136 e 143-162; Fosi, *La giustizia del Papa*, cit., pp.23-25 e 29; Rociolo, *Competenze, struttura e procedure del Tribunale del Cardinale Vicario (secc. XVI-XIX)* in Di Simone (cur.), *La giustizia dello Stato Pontificio in Età moderna*, pp. 87-102. Il ruolo ambivalente del Papa genera spesso – ma non in modo sistematico – quella confusione tra temporale e spirituale che caratterizza la confessionalizzazione romana: Prodi, *Il sovrano pontefice*, cit.

¹¹³ Cfr. X.2.1.8. È questa la «*principalem regulam*» da tenere presente secondo Farinacci, *Praxis*, cit., *partis primæ tomus primus*, q.VIII, n.3, p.77.

¹¹⁴ Esplicito in tal senso X.2.1.17. La struttura gerarchica della giustizia ecclesiastica permette, d'altro canto, di ricorrere alle corti sovraordinate e, in ultima analisi, al papa stesso: Farinacci, *Praxis*, cit., *partis primæ tomus primus*, q.VIII, n.46, p.87.

¹¹⁵ X.2.2.12.

¹¹⁶ «Non possunt clerici huic privilegio tacite, vel expresse renunciare»: Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.36, nn.4-5, fol.180A. Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., *partis primæ tomus primus*, q.VIII, nn.10,12, p.77. Né tantomeno può parlarsi di contumacia laddove il chierico citato non compaia in aula. Molto discussa è la possibilità di stabilire almeno un'ammenda pecuniaria per indurre i chierici a presentarsi ed eccepire la declinatoria, come

sentenza eventualmente emessa dal giudice laico è nulla *ipso iure*, senza bisogno di alcun rimedio, perché macchiata indelebilmente dal vizio d'incompetenza¹¹⁷.

Ogniquale volta un tribunale secolare si trovi di fronte ad un chierico è automaticamente tenuto alla *remissio* in favore della Chiesa; e laddove sorgesse una questione preliminare sull'effettivo *status* clericale, sarebbe comunque quest'ultima a conoscere¹¹⁸. La forza del privilegio è tale da attrarre nel foro ecclesiastico anche eventuali correi: è il caso del rapporto adulterino tra *nupta* e chierico. Onde evitare il pubblico scandalo, è bene che anche la donna sia giudicata dal vescovo; laddove però il crimine sia notorio, la causa può essere separata e la donna sottoposta al tribunale laico¹¹⁹. Un sistema stringente di sanzioni irrobustisce l'effettività del privilegio. Il giudice secolare che lo viola pecca mortalmente ed è punito con la scomunica *latae sententiae*, comminata dalla bolla *In coena Domini*¹²⁰. La scomunica fulmina anche l'attore che ha citato il chierico di fronte a un tribunale incompetente¹²¹. Perfino il chierico convenuto, se accetta la giurisdizione laica, va punito con pena straordinaria¹²².

Senonché, questa giurisdizione finisce per interessare un numero considerevole di soggetti: un'interpretazione molto ampia del termine *clericus*, affermata nel Medioevo, vi riconduce non solo i sacerdoti, ma qualunque consacrato – anche *in minoribus* – e persino i *familiares* del vescovo¹²³. Nell'opera dei criminalisti moderni si coglie il tentativo di limitare l'esonazione a soggetti immediatamente riconoscibili come ecclesiastici¹²⁴. Lo Stato si preoccupa di evitare il ricorso fraudolento a una giustizia di favore da parte di individui che, di fatto, conducono vita laicale¹²⁵. In questo senso trova la disponibilità della stessa

avviene in Francia e a Napoli. È proprio Follerio a dar conto del contrasto tra i Riti della Magna Curia – che imporrebbero al chierico di presentarsi personalmente ed esibire un *instrumentum clericatus* – ed i principi della *libertas ecclesiae*, a suo giudizio prevalenti. Follerio, *Practica criminalis*, cit., prima pars secundae partis, rubr. *Audiantur excusatores*, n.38, p.69. Cfr. Claro, *Practica*, cit., par. *Finalis*, q.36, n.5, fol.180A.

¹¹⁷ Farinacci, *Praxis*, cit., partis primae tomus primus, q.VIII, n.15, pp.79-80. Il riferimento è X.2.2.2.

¹¹⁸ Claro, *Practica*, cit., par. *Finalis*, q.36, nn.5, 21, foll.180A, 181A. Cfr. Mancino – Romeo, *Clero criminale*, cit., pp.90-92.

¹¹⁹ La questione è affrontata, con soluzioni diverse, da Bossi, *Tractatus*, cit., fol.190A; Farinacci, *Praxis*, cit., partis primae tomus primus, q.VIII, n.132, p.100; Azor, *Institutionum moralium*, pars II, *Cremonae* 1622, col.483; Toschi, *Practicarum*, cit., V, concl.293, n.44, p.441.

¹²⁰ Il giudice ecclesiastico, non sovraordinato al suo collega laico ed anzi organo di una struttura diversa, si avvale della coazione indiretta per rendere effettiva quella *remissio* che negli ordinamenti civili resta spesso lettera morta. Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., partis primae tomus primus, q.VIII, n.31, p.84; Regnault, *Praxis fori poenitentialis*, *Lugduni* 1616, pp.477-483. La Bolla, pubblicata a cadenza annuale da tempo memorabile, assume un contenuto più o meno definitivo a partire dal 1568, sotto il pontificato di San Pio V. La versione di Paolo III (1536) è in Rebuffi, *Praxis beneficiorum*, *Coloniae* 1610, pp.453-493.

¹²¹ Farinacci, *Praxis*, cit., partis primae tomus primus, q.VIII, n. 1, p.77 dove si rimanda a *Decr. C.9, q.I, c.42 e Decr. C.11, q.I, c.11*.

¹²² Più complesso il caso in cui è lui stesso ad adirla: la lettera del capitolo *Si diligenti* sembra impedirglielo, ma una corretta interpretazione suggerisce di restringerne la portata alle cause spirituali, mentre nella cause profane «clericum posse convenire laicum coram Iudice seculari, tam civiliter quam criminaliter». Farinacci, *Praxis*, cit., partis primae tomus primus, q.VIII, nn.10 e 14, p.79. Ma la stessa opinione era stata già espressa da Deciani, *Tractatus*, cit., I, lib.IV, cap.IX, n.22, p.233.

¹²³ Bossi, *Tractatus*, cit., fol.49. Cfr. Salvioli, *Storia della procedura*, cit., parte II, pp.79-80.

¹²⁴ È quanto fa, ad esempio, Claro, *Practica*, cit., par. *Finalis*, q.36, n.14, fol.180B.

¹²⁵ Una pronuncia napoletana, che riconosce il privilegio ad un chierico coniugato che viveva secondo costumi profani, incontra una vivace opposizione da parte del fisco: Grammatico, *Decisiones*, cit., dec.X, foll.14B-15A. Il caso è ricordato anche da Claro, *Practica*, cit., par. *Finalis*, q.36, n.11, fol.180B.

Chiesa che, in sede conciliare, adotta soluzioni più restrittive¹²⁶. Per i giuristi, l'abito e la tonsura rappresentano elementi decisivi per riconoscere o meno l'immunità. Un chierico svestito che persevera *in enormitatibus* può essere perseguito dai tribunali laici. La *ratio*, secondo Claro, è chiara: «videmus, quod praelati clericos criminosos (ut plurimum) leviter castigant, et licet quandoque eos ad perpetuos carceres condemnent, tamen illos postea relaxant plerunque, ac dimittunt, ex quo oritur in populo scandalum, videre clericum et laicum eiusdem delicti reos adeo diversimode puniri»¹²⁷. È forte la tentazione di scorgere in queste parole la crisi del pluralismo. Ma non è il caso di affrettare i tempi: nelle note di Claro non risuona l'*égalité* formale, ma l'*æquitas* sostanziale, capace di negare a un soggetto immeritevole un privilegio astrattamente legittimo. L'osservazione non è un auspicio lungimirante e radicale, quanto la prova di un senso spiccato di *iustitia*: al popolo bisogna render conto della ragionevolezza di certe disparità.

Un altro caso è quello del chierico che ha compiuto crimini gravi e risulta *incorrigibilis* dopo essere stato previamente deposto, scomunicato ed anatemizzato: la sua ostinata impenitenza lo rende meritevole di consegna alla giustizia secolare, anche senza una previa degradazione attuale¹²⁸. Tra i delitti atroci che legittimano questo procedimento c'è, a detta di Pietro Follerio, anche l'adulterio, sebbene i molti dubbi che potrebbero sorgere dal benevolo capitolo *At si clerici*¹²⁹. È bene sottolineare, però, che tale misura rappresenta l'*extrema ratio*: al chierico basta una dichiarazione tempestiva di ravvedimento per scampare alla temibile giustizia laica.

In conclusione, dalle fonti emerge un regime diverso rispetto a quello degli altri privilegi del foro. L'indisponibilità da parte del singolo dimostra che l'istituto non è concepito per un vantaggio individuale, ma nell'interesse dell'intero ceto, ed ha pertanto natura e titolarità corporativa¹³⁰. La sua *ratio* non è tanto quella di avvantaggiare il chierico con una disciplina di favore, quanto quella di impermeabilizzare la Chiesa da ingerenze esterne. Riconoscere la possibilità di rinunciare al foro ecclesiastico aprirebbe una breccia favorevole al potere laico e, al contempo, metterebbe a rischio la gerarchia interna. In questo modo, d'altra parte, si stabilisce l'alterità tra le due giurisdizioni e la natura

¹²⁶ Concilio di Trento, sess.XIV, can.VI *de reformatione* e, in particolare, sess. XXIII, can.VI, *de reformatione*. La Controriforma segna, oltretutto, il declino del diaconato permanente.

¹²⁷ Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.36, n.23, fol.181B.

¹²⁸ Bossi, *Tractatus*, cit., fol.50A; Follerio, *Practica criminalis*, cit., pars secundæ partis, rubr.Audiantur excusatores, n.40, p.71; Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.36, n.37, fol.182B; Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.VIII, n.47-50, pp.87-88. Il riferimento testuale è X.2.1.10. Di per sé, la deposizione non sottrae al reo il privilegio del foro: ma in caso di incorreggibilità successiva, scatta la competenza del giudice secolare, proprio come avviene immediatamente dopo la degradazione attuale: de Dicastillo, *Tractatus de iuramento periurio et adiuratione necnon de censuris et poenis ecclesiasticis*, Antuerpiæ 1662, de censuris, disp.VI, dub.I, nn.12-13, p.409. La degradazione, infatti, espelle dallo stato clericale e dissolve lo *spirituale coniugium* con la Chiesa: Lancellotti, *Institutiones iuris canonici*, Francofurti ad Moenum 1591, lib.I, tit.XX, pp.30-31. La perdita del *privilegium fori* si configura anche quando il chierico adultero uccide a tradimento il marito della donna: Tesauro, *De poenis ecclesiasticis*, Romæ 1640, pars secunda, p.123.

¹²⁹ La decretale, già ricordata, con cui Alessandro III parifica l'adulterio dei chierici ai delitti lievi passibili di dispensa. Follerio, *Practica criminalis*, cit., pars secundæ partis, rubr.Audiantur excusatores, n.45, p.73

¹³⁰ Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.VIII, n.10, p.79.

originaria di quella canonica che, al più, lascia giudicare all'altra le sorti di soggetti ormai irrecuperabili alla propria funzione.

5. *Il foro ecclesiastico e la giurisdizione concorrente in laicos*

Dal punto di vista della competenza, uno dei caratteri più significativi della disciplina di *adulterium* e *stuprum* è certamente la loro riconducibilità all'ambito dei crimini di misto foro. Se *in clericos* è sancita una rigida riserva al tribunale ecclesiastico, nei confronti dei laici vige, invece, un regime di concorrenza perfetta: il reo non è solo suddito, e perciò sottoposto alle corti secolari, ma anche fedele battezzato, e perciò soggetto alla giurisdizione ecclesiastica. Questi reati, evidentemente, rappresentano temi sensibili per entrambi gli ordinamenti. Ma le due giustizie non giudicano su piani separati e complementari: «non ci troviamo in un sistema di separazione, bensì di duplicazione delle istanze competenti»¹³¹. Sarebbe anacronistico immaginare lo Stato impegnato a perseguire il crimine per la mera pericolosità sociale e la Chiesa dedita a correggere i peccati perché nocivi per la spiritualità individuale. Al contrario, l'intreccio dei fini è la cifra della Prima età moderna. Mentre le istituzioni politiche si fanno carico di istanze moralizzatrici, quelle religiose svolgono un ruolo pubblico di primo piano: il foro vescovile si interessa di *adulterium* e *stuprum* in quanto foro esterno sia disciplinare che contenzioso. Poiché abilitate a procedere sullo stesso fatto, le due giurisdizioni si escludono a vicenda. Nella prospettiva delle istituzioni, questo sistema può determinare sovrapposizioni problematiche; ma, nell'ottica della parte lesa, comporta la possibilità di scegliere liberamente quale giudice adire: opzione non indifferente, perché i due ordinamenti non offrono soluzioni identiche. Essi sono alternativi, ma la loro fungibilità non è perfetta. Logiche diverse ispirano regole diverse: ciò permette di ricomporre l'ordine violato, optando volta per volta per lo strumento più conveniente.

Confrontando le due compilazioni fondamentali, si ha l'impressione che il misto foro per i delitti carnali sia persino coevo alla nascita dello *ius commune*. In effetti, mentre il *Corpus* giustiniano stabilisce la competenza secolare *in laicos* per i casi della *Lex Iulia*, il *Decretum* e le Decretali affermano la stessa competenza *in laicos* a favore del giudice ecclesiastico. Il rischio è quello di descrivere il rapporto tra le due giurisdizioni in modo statico, senza cogliere le trasformazioni che attraversano i secoli. Ampliando la visuale sulla legislazione locale, ci si accorge che, per buona parte del Medioevo, gli ordinamenti secolari si erano astenuti dal perseguire tutte le diverse forme di lussuria. Perfino un monumento legislativo come il *Liber Augustalis* contempla solo adulterio, lenocinio, ratto, sacrilegio e violenza carnale: casi di maggior impatto dove l'intervento della spada temporale si rendeva necessario. Restavano fuori dal *corpus* federiciano tutte le ipotesi di "peccato senza vittima", ivi compreso lo stupro *sine vi*. Ciò non significa che, in via di principio, non si ammettesse una competenza più ampia, ricorrendo alle indicazioni

¹³¹ Brambilla, I casi morali, cit., p.521.

giustinianee¹³² o, magari, alla dottrina. Nella prassi, però, le istituzioni laiche cedevano il passo ad altre forme di giustizia: i *delicta carnis*, nel Medioevo, erano affidati perlopiù ai tribunali vescovili¹³³ (e alla giustizia privata). Il disciplinamento morale dei sudditi diventa una priorità solo nel Cinquecento¹³⁴: la (lenta) statalizzazione della materia appare come fenomeno moderno, nel solco di quel percorso di lungo periodo che porterà lo Stato ad arrogarsi l'intera giurisdizione criminale.

Nei secoli XVI e XVII, però, questo processo è solo avviato: la Chiesa è determinata a difendere e rinvigorire la sua giurisdizione *in laicos*. Nella criminalistica cinquecentesca appare *prima facie* il quadro di due giurisdizioni che convivono, riconoscendo che alcuni crimini sono meramente secolari, altri meramente ecclesiastici ed altri comuni¹³⁵. Spulciando tra le fonti, però, emergono le tensioni in atto: nel 1565 l'accomodante Pio IV, con la costituzione *De non admittendo appellatione*, ribadisce la giurisdizione esclusiva *in clericos* ma rinuncia a quella mista *in laicos*. Soluzione clamorosa, dettata dai delicati equilibri del momento: i principi non sembrano del tutto leali, e conviene mostrarsi malleabili. Ma già l'anno seguente, il più energico Pio V ristabilisce *motu proprio* il regime di foro misto¹³⁶. La scelta è ribadita nel 1567 con la bolla *In coena Domini* che – tra le altre cose – afferma la libertà dei giudici ecclesiastici di agire *contra quoscumque*, senza bisogno di autorizzazione secolare. Una politica intransigente, volta a chiarire ancora una volta che la giurisdizione vescovile non è delegata dallo Stato, ma originaria ed anzi superiore per dignità¹³⁷. Di fronte a tali affermazioni perentorie non mancano reazioni muscolari da parte degli Stati. A Napoli Filippo II, dopo aver sollecitato il parere del Collaterale, riconosce il carattere parzialmente abusivo della giurisdizione ecclesiastica *in laicos*, avviando una lunga controversia¹³⁸: al tribunale episcopale non restano che le *censurae* (che sono pene canoniche, ma operano su un piano diverso rispetto da quello del penale laico). Le *poenae vindicativæ*, invece, vengono precluse al vescovo: tra i criminalisti, fautore di questa trasformazione è Giulio Claro, oggetto di ripetute critiche da

¹³² Possibilità peraltro esplicita nella costituzione *Puritatem*: Liber Augustalis, 1.62.1. In Castiglia, in virtù di Ordenamiento de Alcalá, 28.1 (edizione di riferimento: El ordinamento de leyes que D. Alonso XI hizo en las Cortes de Alcalá, Madrid 1774) è possibile ricorrere in via sussidiaria alle *Partidas*, d'ispirazione romanista.

¹³³ Con un crescente protagonismo nel Duecento ierocratico ed una progressiva flessione a partire da metà Trecento: cfr. Brundage, *La ley*, cit., pp.222-227, 261-263, 302-306, 380-385, 458-461, 522-526. Cfr. anche Id., *Carnal delight: canonistic theories of sexuality*, Città del Vaticano 1980. Secondo Roberti, *Adulterio* (Diritto canonico), in *Novissimo digesto italiano*, I, t.I, Torino 1957, p.334 durante il Medioevo il tradimento coniugale sarebbe stato addirittura «un delitto esclusivamente ecclesiastico». Affermazione eccessiva *de iure communi*, ma non troppo lontano dal vero. Il caso francese può fornire un esempio. Fino al XVI secolo, il *droit coutumier* delle regioni settentrionali non puniva l'adulterio, lasciandolo alla competenza vescovile. Nel Midi, invece, i tribunali locali perseguivano il delitto, pur non mostrando una particolare inclinazione repressiva: Daumas, *Adulteri e cornuti*, cit., p.101. Relativamente allo *stuprum* i tribunali laici si mostravano più attivi.

¹³⁴ Reinhard, *Storia del potere*, cit., p.107.

¹³⁵ Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.37, n.1, fol.186A.

¹³⁶ Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.VIII, nn.126, 156, pp.99 e 105.

¹³⁷ Come ricordato da Deciani, *Tractatus*, cit., I, lib.IV, cap.XI, n.1, p.253 «iurisdictiones quidem istæ sunt distinctæ (...) Iurisdictionis tamen ecclesiastica maior temporalis».

¹³⁸ Giannone, *Istoria civile del Regno di Napoli*, II, Lugano 1840, pp.517-519; Pescione, *Corti di giustizia*, cit., pp.304-309. La controversia, sorta nel 1569 e conclusa solo 20 anni dopo, non riguarda solo il numero dei casi misti, ma tocca anche la concessione del braccio per l'esecuzione delle condanne ecclesiastiche: Romeo, *Amori proibiti. I concubini tra chiesa e inquisizione* (Napoli 1563-1656), Roma Bari 2008, pp.40-45.

parte di teologi e giuristi di estrazione curiale¹³⁹. Nel Cinquecento la svolta è sanzionata dal Parlamento di Parigi, mentre nel secolo successivo s'impone per consuetudine anche a Firenze¹⁴⁰. I giuristi ne prendono atto come eccezioni al diritto comune: la partita si gioca essenzialmente sul terreno dello *ius proprium* ed il quadro, perciò, non può essere univoco¹⁴¹. Anche in alcuni Stati cattolici si cerca di realizzare ciò che i protestanti hanno già fatto¹⁴²: reinterpretare, cioè, il ruolo della giustizia criminale canonica, confinandolo su un piano complementare ma non alternativo rispetto al proprio. Perciò, nella trattatistica di Età moderna, il numero dei *crimina mixti fori* è molto variabile: si va dai sei enucleati da Claro ai sedici di Deciani. Le oscillazioni della lista danno conto delle trasformazioni in atto: lo Stato moderno – tendenzialmente assoluto e dichiaratamente confessionale – si costruisce anche così, convertendo fattispecie ecclesiastiche in delitti di foro misto (e, infine, secolari)¹⁴³.

Per quanto attiene l'adulterio, ad ogni modo, la riconducibilità alla categoria del misto foro risulta indiscussa¹⁴⁴. Riguardando direttamente un sacramento, la relativa azione penale è a buon diritto qualificata "causa spirituale": in esse, come si è detto, la Chiesa rivendica la possibilità di giudicare tutti i suoi membri¹⁴⁵. Alcuni giuristi, pur senza negare i diritti del potere secolare, sostengono anzi che *ratione materiae* la repressione di questo crimine dovrebbe spettare innanzitutto alla Chiesa¹⁴⁶. Peraltro, alla curia episcopale è riconosciuta una cognizione più ampia *in iure* perché può pronunciarsi sulla validità del vincolo quale presupposto del delitto. Se sorgono dubbi in merito, il giudice secolare deve rimettere la causa a quello ecclesiastico: ma i trattati registrano una diffusa elusione della

¹³⁹ «Episcopis in criminalibus communis fori, in quibus potest procedere contra laicos, non potest illos personaliter capi aut carcerari facere, aut punire, sed tantummodo potest contra eos procedere per censuras»: Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.37, n.8, foll.186B-186A. Contro Claro si scagliano: Azor, *Institutionum moralium*, cit., pars II, cap.LIII, col.483; Toschi, *Practicarum*, cit., V, concl.293, nn.40-41, p.441.

¹⁴⁰ Savelli, *Summa*, cit., I, par.Adulterium, n.3, p.88.

¹⁴¹ Cfr. l'*additio* n.2 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.37, fol.187A. Come si vedrà nel capitolo V, i vescovi tridentini cercheranno anzi di regolarizzare il ricorso alla pena vendicativa. Questa tendenza, particolarmente visibile per adulterio e stupro, non riesce ad affermarsi ovunque.

¹⁴² «Causa adulterii ejusque cognitio, proprie pertinet ad iudicem secularem»: Carpvov, *Practica*, cit., pars II, q.LXIII, n.1, p.87.

¹⁴³ Si pensi all'usura e alla simonia: reati tipicamente ecclesiastici, ma ricondotti all'ambito del misto foro da Deciani, *Tractatus*, cit., I, lib.IV, cap.XXVI, nn.3,5, pp.292, 295. Azor, *Institutionum moralium*, cit., pars II, cap.LIII, col.482 ne ribadisce fermamente la competenza meramente ecclesiastica.

¹⁴⁴ Deciani, *Tractatus*, cit., I, lib.IV, cap.XXVI, n.7, p.296.

¹⁴⁵ «Cum enim hoc delictum sit violatio sacramenti matrimonialis, merito eius vindicta non minus pertinet ad iudicem ecclesiasticum, quam ad laicum»: Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.37, n.3, fol.186B. «Cum enim fit quaedam sacramenti iniuria, non minus pertinet ad Ecclesiasticum iudicem, quam ad secularem punire»: Sánchez, *De Sancto Matrimonii*, cit., lib.X, disp.VIII, n.16, p.299. Ma questa *ratio* era stata già individuata da Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., pp.67-68 il quale richiama la *lex Quamvis* del *Codex*. Essa aveva definito "sacrileghi" gli adulteri: e poiché il sacrilegio è reato conosciuto dai vescovi, ne consegue che anche l'adulterio lo deve essere.

¹⁴⁶ «Porro huius criminis adulterii notitiam et punitionem peculiariter sibi reservant et vendicant curiæ spirituales et iura canonica, quia hoc adulterium directe concernit et spectat ad Ecclesiam, aut ad violationem Sacramenti Matrimonij, quod quidem Sacramentum sacrum est et spirituale»; per cui la competenza laica si giustifica solo in virtù della soggezione dei responsabili al potere politico: «curiæ spirituali subsunt adulterij gratia: curiæ vero seculari suæ personæ causa subesse coguntur»: de Damhouder, *Praxis*, cit., cap.LXXXIX, n.18, fol.94A.

regola, con largo uso di valutazioni *incidenter tantum* da parte dei laici¹⁴⁷. Segno di un protagonismo incalzante: agli albori del Cinquecento, Matteo d'Afflitto ritaglia alle corti secolari l'esclusiva sulle aggravanti di *violentia* e *insultum*¹⁴⁸. Questa opinione trova eco nell'opera di Ludovico Carerio, giungendo in modo amplificato alle generazioni successive: in caso di *vis*, i casi misti ricadono integralmente nell'esclusiva laica¹⁴⁹. Si tratta di distinzioni non pacifiche: a inizio Seicento, Prospero Farinacci ritiene *communis*

¹⁴⁷ Va comunque distinta l'esistenza del matrimonio dalla sua validità: la prima va considerata *questio facti*, normalmente conoscibile dal parte del giudice secolare. Cfr. d'Afflitto, In utriusque Siciliae, cit., secunda pars, lib.III, rubr.XLVIII, nn.6-7, fol.176B; Gómez, Ad leges Tauri, cit., p.573; Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLI, n.47, p.469. Emblematiche le osservazioni di Baiardo, tese a ricavare uno spazio sempre più ampio per i tribunali laici: «Si constaret de coitu, sed opponeretur matrimonium ob aliquod impedimentum canonicum esse nullum, tunc iudex secularis teneretur remittere causam Episcopo, sed plus posset dicere excipienti, ut coram eo produceret, quæ intenderet probare coram Episcopo, e si videret, ea non obstare, posset procedere ad ulteriora (...) Hoc tamen procedit, si vir accusaverit iure mariti, quia tunc oportet probare, quod vere sit uxor: si vero accusaverit iure extranei, sufficit probare, quod illa mulier habebatur pro uxore, et ita tractabatur; et eo casu, si ex parte accusati fieret probatio, quod illa non poterat esse uxor, non relevatur, quin condemnetur de adulterio; sed debet probare, quod non habebatur; nec tractabatur, ut uxor; et hoc probato, reus absolvitur (...) sed de generali consuetudine iudex laicus in causa adulterij, criminaliter inentati, potest conoscere incidenter, an matrimonium adsit»: *additiones* nn.44-45 di Baiardo a Claro, Practica, cit., par.Adulterium, fol.8.

¹⁴⁸ «Ea quæ sunt iudicanda per ecclesiam, non decet, quod iudicentur per iudices seculares, sed causa adulterij iudicanda est iudicio ecclesiae, ergo non per iustitios, et baiulos, nisi adulterium sit factum per violentiam, et sic insultum: tunc iudex laicus cognoscat, et puniat violentiam, et insultum»: d'Afflitto, In utriusque Siciliae, cit., secunda pars, lib.III, rubr.XLVIII, n.1, fol.176A. Il commento riprende il tenore letterale di una costituzione di re Ruggero (Liber Augustalis, 3.83.1): «Majestati nostrae quorundam prelatorum quærimonia patefecit: quod ecclesiae suae a Iustitiarijs, Camerarij, et Baiulis Regni nostri privantur, et minuuntur iure suo, videlicet, de adulterijs, quæ non permittunt iudicari, et corrigi in curia Ecclesiae, sicut debet, et de personis clericorum, quæ ab eis, ut laici iudicantur, et incarcerantur: quod si verum est, nobis displicet, et grave videtur. Non nam decet, neque volumus, ut ea quæ ab Ecclesia iudicari, et coerceri debent, ab alijs puniantur, et iudicentur, aut corrigantur. Quare mandamus, et præcipimus firmiter, ut ammodo de adulterijs iudicandis Iustitiarij, Camerarij, et Baiuli non se intromittant. Sed et si quis de parochia alicuius ecclesiae de adulterio accusatus, vel deprehensus fuerit ad iudicem ipsius Ecclesiae, in quo ipsa adulteria iudicari debent consistat, et a curia ipsius Ecclesiae iudicetur, et corrigatur. Excepto si per violentiam adulterium committatur: quod si acciderit, iudicetur ab Ecclesia de adulterio, quod spectat ad iudicium Ecclesiae. Et hoc, quod spectat ad iudicium secolare, videlicet, de insulto et violentia in nostra curia iudicetur. Præterea mandamus omnibus nostris officialibus, ut de adulterijs coercendis omnibus prælatis, quibus opus fuerit, auxilium tribuant». La norma poneva in realtà dubbi interpretativi di non facile soluzione, se già il commento di Andrea da Isernia dava conto di letture divergenti. È fatto salvo il privilegio del foro, così come è chiara la possibilità di scindere la punizione della *violentia* da quella del rapporto carnale. Ma l'adulterio, di per sé, spetta esclusivamente al vescovo? O c'è spazio per la competenza laica, in caso di prevenzione? L'apparato propende per la seconda opzione, ma ricorda che «nonnulli, vel ignorantia pleni, vel faventes adulterijs, dicunt tale crimen ad ecclesiasticum iudicem tanquam mere canonicum pertinere, et potissime in Regno per hanc constitutionem»: Andrea da Isernia, Super constitutionibus, in Utriusque Siciliae Constitutiones, Venetijs 1590, p.298. Quest'altra lettura, a dire il vero, sembra più fedele al testo della norma: è assai probabile che le diverse interpretazioni risentano dei mutamenti politici intercorsi (oltretutto, la norma nasce prima del *Liber*: quando vi confluisce, dev'essere accordata alla costituzione federiciana *Legum asperitate lenita*, in cui l'adulterio è perseguito con pene secolari). Ma anche il commento di Matteo d'Afflitto cade nelle medesime ambiguità: l'*incipit* sopra riportato sembra proporre una più netta separazione tra le due competenze, attribuendo ai vescovi la privativa in caso di rapporto consensuale; nel prosieguo, però, questa conclusione viene smentita. L'autore, a ben vedere, non innova affatto la tradizione napoletana. Però ha un merito: suggerisce alla criminalistica moderna la necessità di riservare alla giustizia laica lo spazio della violenza.

¹⁴⁹ Carerio, Pratica causarum criminalium, Lugduni 1572, tr. de homicidio, par.Nono excusatur, n.39, fol.198B; Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLI, n.47, p.469; Savelli, Summa, cit., I, par.Adulterium, n.2, p.88.

opinio l'identica competenza delle due giustizie¹⁵⁰. Rimane, però, un abisso tra le rispettive risposte: al vescovo è preclusa la *poena sanguinis*, ma è concessa la scomunica, che talora può sommarsi ad altre pene vendicative¹⁵¹.

Nell'Europa luterana la giustizia ecclesiastica subisce una mutazione genetica: i concistori – che succedono ai tribunali vescovili – costituiscono un'articolazione dello Stato, come tutta la Chiesa territoriale¹⁵². Il *princeps* non decide in prima persona, ma ne nomina i membri; ed è lui, tramite legge, ad emanare le ordinanze ecclesiastiche¹⁵³. In esse, l'adulterio è punito col *Kirchenbann*, simile alla scomunica romana. Talora i concistori sono abilitati ad irrogare anche multa, gogna e fustigazione¹⁵⁴: ma, al di là delle apparenze, lo spirito della loro azione è diverso da quello dei tribunali cattolici. L'alternativa rispetto alla giustizia laica è negata in radice: le due giurisdizioni hanno una vocazione diversa e, per questo, complementare. La prassi ritaglia ai concistori un ruolo di polizia dei costumi preliminare all'intervento pubblico.

Per lo *stuprum*, il disaccordo è decisamente maggiore. Insigni criminalisti, non ravvisandovi una causa spirituale, lo escludono dai casi misti, riservandolo interamente al foro secolare: non lo considerano tale né Claro né Deciani, che pure aveva fornito una lista particolarmente nutrita di *delicta communia*. Bermond Choveron, autore di un fortunato

¹⁵⁰ Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.VIII, n.130, p.100. Cfr. Marchisello, Alieni thori violatio, cit., pp.173-174.

¹⁵¹ Tutte confermate da Concilio di Trento, sess.XXIV, cap.VIII *de reformatione circa matrimonium*. La scomunica produce effetti non troppo dissimili dal bando civile: cfr. Geremek, L'emarginato, cit., p.397; Bellabarba, La giustizia nell'Italia moderna, cit., p.65. Brambilla, I casi morali, cit., pp.521-576 ha dimostrato come nell'Italia della Controriforma i poteri coercitivi della Chiesa fossero tutt'altro che sporadici. Nella seconda metà del Seicento, però, il percorso appare segnato. La Chiesa romana difenderà il proprio spazio nelle cause matrimoniali, mentre *in criminalibus* la sua giurisdizione smetterà le vesti di contenzioso tra parti e rinuncerà alle pene vendicative. La stessa scomunica entrerà in crisi col tramonto della penitenza pubblica: il disciplinamento sarà sempre più affidato al foro interno (e allo Stato). Cfr. Prodi, Una storia della giustizia, cit., pp.290-291.

¹⁵² Lo *ius territorii* e la concezione del sovrano come *custos utriusque tabulæ* finiscono, dunque, per trasformare l'istituzione ecclesiale in una «società dentro lo Stato (...) lasciando all'esterno come collegamento tra le varie Chiese soltanto un legame invisibile non giuridicamente definibile»: Prodi, Una storia della giustizia, cit., p.233. Cfr. Padoa Schioppa, Storia del diritto, cit., pp.229-230; Fantappiè, Storia, cit., p.167. Nelle città che aderiscono alla riforma di Zwingli, dove scompare qualunque distinzione tra Stato e Chiesa, sorgono tribunali speciali chiamati a vigilare sul sesto comandamento: queste *Ehegerichte* sono corti secolari, ma dotate di *Kirchenbann*. Nei territori calvinisti, al contrario, sono costituiti tribunali ecclesiastici elettivi: Prodi, Una storia della giustizia, cit., pp.259-265; Burghartz, Tribunali matrimoniali nell'Europa della Riforma: Svizzera e Germania meridionale, in Seidel Menchi – Quaglionni (curr.), I tribunali, cit., pp.211-235; Brambilla, La giustizia intollerante, cit., pp.192-197 e 203-208.

¹⁵³ Come attesta uno dei principali teorici del nuovo assetto: Carpzov, Practica, cit., pars III, q.CX, n.85, p.82. L'Autore è il primo a mettere ordine nel nuovo diritto ecclesiastico luterano, con la sua *Jurisprudentia ecclesiastica seu consistorialis* (1649). *Kirchenordnungen* (ordinanze ecclesiastiche), *Eheordnungen* (ordinanze matrimoniali) e *Zuchordnungen* (ordinanze disciplinari) sono compilate da teologi, ma emanate dal sovrano con la partecipazione degli *Stände*. Il diritto canonico si trasforma in *ius ecclesiasticum*: scompare, quindi, l'*utrumque ius*. Una sintesi della questione in Prodi, Una storia della giustizia, cit., pp.247-250; Brambilla, La giustizia intollerante. Inquisizione e tribunali confessionali in Europa (secoli IV-XVIII), Roma 2006, pp.186-191; Berman, Diritto e rivoluzione, II, cit., p.328.

¹⁵⁴ Diversamente dalla scomunica cattolica, però, il *Kirchenbann* opera solo sul piano sacramentale, senza conseguenze accessorie sul piano civile: Brambilla, La giustizia intollerante, cit., pp.187-188. Sull'uso di pene vendicative, cfr. Berman, Diritto e rivoluzione, II, cit., p.345.

trattato sui *delicta carnis*, si era espresso chiaramente in modo negativo¹⁵⁵. Allo stesso modo, lo *stuprum* non appare nella lista di reati misti stilata dal Collaterale napoletano. Il Senato pedemontano esclude la competenza *in laicos* delle corti vescovili: pertanto, laddove queste giudicassero, si verificherebbe un caso di usurpata giurisdizione e gli interessati potrebbero impugnare il provvedimento con querela¹⁵⁶. Più sfumata la situazione nel Ducato di Savoia, dove si nega qualunque competenza in materia, *nisi ratione peccati*: fatte salve scomunica e penitenza, il giudice ecclesiastico non ha poteri nemmeno in caso di cognazione spirituale¹⁵⁷. La *communis opinio*, però, è orientata diversamente: lo stupro è da secoli conosciuto dai vescovi ed è senza'altro *crimen mixti fori*¹⁵⁸. Giulivo Cartari, in particolare, dà conto del conflitto tra la Curia milanese e i ministri del re, che ne contestano la competenza; gli stessi rei, a fini dilatori, sono soliti eccipirne il difetto¹⁵⁹. L'incertezza teorica è frutto di fragili equilibri politici: è per questo che un giurista prudente, e talora ambiguo, come Farinacci lascia insoluta la questione¹⁶⁰. Una tendenza è però definita, in parallelo a quanto visto per l'adulterio: lo stupro violento è attratto nell'orbita delle corti secolari. Nel corso del Cinquecento, legislazione patria e prassi contribuiscono a consolidare questa soluzione, distinguendo più nettamente deflorazione *cum vi* e *sine vi*: quest'ultimo rimarrà più a lungo materia canonica¹⁶¹.

Regola cardine, nei *crimina mixti fori*, è che la competenza del caso concreto spetti al giudice che avvia per primo l'azione. È questo il criterio, già accennato, della *præventio*, l'unico che può funzionare tra due giurisdizioni indipendenti. La *præventio* scatta sia che il processo inizi *ex officio*, sia che venga attivato su iniziativa di parte. Nel primo caso, ad essere premiato è il giudice più solerte; considerata dal secondo punto di vista, la *præventio* offre all'accusatore la possibilità di adire la corte più congeniale, bloccando l'altra. Il giudice prevenuto deve cedere – almeno temporaneamente – il passo al preveniente, sospendendo l'azione penale. «Et dicitur prævenisset, qui primo citavit reum»¹⁶². Tuttavia la logica dell'effettività, che è alla base dell'istituto, determina una deroga significativa laddove il giudice che si attiva per secondo proceda alla cattura: la

¹⁵⁵ Choveron, De publicis concubinariis, cit., p.246.

¹⁵⁶ Unica eccezione, il caso di deflorazione adulterina: qui, subentrando il matrimonio, si ammette la competenza mista: Tesauro, Novæ Decisiones Sacri Senati Pedemontani, Augustæ Taurinorum 1609, dec.CXLVIII, n.4, fol.127A. Su questa corte, cfr. Casana Testore, Un esempio di corte suprema nell'età del diritto comune. Il Senato di Piemonte nei primi decenni di attività, Torino 1995.

¹⁵⁷ È quanto afferma il giudice Cacherano d'Osasco, Consilia sive responsa, Francofurti 1599, cons.XXXV, pp.131-132.

¹⁵⁸ Bonaccossi, Communes doctorum iuris utriusque criminales opiniones usu receptæ, Venetiis 1575, p.164.

¹⁵⁹ L'intera *decisio LXVII* si pone come fiera rivendicazione della «iurisdiction, et potestas coercendi laicos huius criminis reos». Se crimine di misto foro è quello punibile secondo entrambe le leggi, allora non può dubitarsi dello *stuprum*: i canoni riconoscono al vescovo, oltre alla già citata scomunica, un ampio ventaglio di sanzioni vendicative. Cartari, Decisiones criminales fori archiepiscopalis mediolanensis, Romæ 1638, dec.LXXVII, pp.439-445.

¹⁶⁰ Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLI, n.53, p.559.

¹⁶¹ Ma già «dagli anni Venti del XVII secolo il foro ecclesiastico fiorentino non giudica più processi per stupro, ma solo casi di inadempimento della promessa in cui non si fa alcuna allusione alla copula carnale». Pur non potendo trarne conclusioni di latitudine continentale, le osservazioni di Lombardi, Il reato di stupro, cit., pp.352-353 e 372-373 colgono un processo di secolarizzazione del penale. I tribunali ecclesiastici finiscono per pronunciarsi su situazioni simili, ma dedotte in modo da legittimare un processo civile (come la promessa disattesa).

¹⁶² Toschi, Practicarum, cit., V, concl.293, n.36, p.441.

prevenzione reale è difatti preferita a quella verbale, e tale principio è tanto più giustificato in caso di contumacia nel primo giudizio¹⁶³. Un dettaglio che rischia seriamente di compromettere i diritti della Chiesa, la cui forza coattiva è carente. Perciò, al reo conviene costituirsi spontaneamente al tribunale vescovile per giovare di un trattamento più mite. La dottrina, pertanto, s'interroga sull'uso fraudolento della prevenzione, e riconosce al prevenuto la possibilità di procedere in caso di dolo della parte o di negligenza del giudice preveniente. Il meccanismo, in teoria bidirezionale, sembra però pensato proprio per favorire le corti secolari¹⁶⁴.

Nella disciplina dei casi misti, d'altra parte, è essenziale sottolineare che il principio del *ne bis in idem* – pur conosciuto – incontra notevoli eccezioni¹⁶⁵. La doppia competenza permette di riproporre l'azione penale dopo che il primo giudice si è già pronunciato. Per Deciani, ad esempio, un laico assolto o condannato da un giudice secolare può essere successivamente sottoposto al giudice ecclesiastico¹⁶⁶. Da parte sua, Claro sostiene che il giudice laico può intervenire in seguito alla conclusione dell'azione canonica sia in caso di assoluzione che di condanna, al fine di irrogare la pena che ritiene opportuna; invece chi è stato già condannato dalle corti secolari non può essere ulteriormente molestato da quelle vescovili, tranne che per la «*poena excommunicationis (...) cum tamen tendat potius ad salutem animæ*»¹⁶⁷. La logica di questo squilibrio è chiara: giacché le sanzioni canoniche sono più miti di quelle laiche, lo Stato si riserva d'intervenire ogniqualvolta sia necessario inasprire la risposta; viceversa, la stessa facoltà non è concessa alla Chiesa¹⁶⁸. Il giudice secolare non ignora che il suo collega ecclesiastico ha già punito il reo: la sanzione canonica è anzi il presupposto di questo secondo giudizio. Se da una parte il tribunale terrà presenti pene e penitenze canoniche nell'arbitrare il suo castigo¹⁶⁹, dall'altra è proprio la loro insufficienza a renderne necessario l'intervento. Lo Stato, perciò, non è indifferente all'operato delle curie vescovili, ma cerca di confinarle ad un ruolo complementare e

¹⁶³ «*Quod non obstante, quod precessit verbalis, nihilominus realis est potentior, et sic ille iudex præfertur, qui cepit malefactorem. Maxime, quia potest ad suum libitum sententiam exequi*»: Follerio, *Practica criminalis*, cit., prima pars secundæ partis, rubr. *Audiantur excusatores*, n.81, pp.84-85. Grammatico, *Decisiones*, cit., dec. XXX, n.6, fol.34B; Bossi, *Tractatus*, cit., foll.45A, 46B; Toschi, *Practicarum*, cit., V, concl.293, nn.35, 38, p.441.

¹⁶⁴ *Additio* n.4 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par. *Finalis*, q.37, fol.187A; Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CX, n.100, p.83; Toschi, *Practicarum*, cit., V, concl.293, n.39, p.441.

¹⁶⁵ «*Absolutus de certo crimine, de eodem iterum accusari non potest*»: Abbas, *Commentaria*, cit., t.VII, t.VII, super *Quintum librum Decretalium*, rub. *de accusationibus inquisitionibus et denunciationibus*, c.de his, n.1, fol.95A: immediatamente dopo, l'Autore comincia ad enunciare tutte le possibili eccezioni.

¹⁶⁶ Deciani, *Tractatus*, cit., I, lib.IV, cap.X, n.5, p.249.

¹⁶⁷ Claro, *Practica*, cit., par. *Finalis*, q.LVII, n.14, fol.242A.

¹⁶⁸ Concetto chiarissimo in Abbas, *Commentaria*, cit., t.VII, super *Quintum librum Decretalium*, rub. *de accusationibus inquisitionibus et denunciationibus*, n.4, fol.95B: «*Punitus per iudicem ecclesiasticum de crimine ecclesiastico, potest iterum puniri per iudicem civilem, quatenus poena exceditur legalis*». Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.IV, n.12, p.27.

¹⁶⁹ La questione è sviluppata da Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.IV, nn.7-12, pp.26-27 dove si distingue, nell'ambito delle pene canoniche, tra pene medicinali, preparatorie e vendicative. Ognuna di esse ha natura e scopo diverso, pertanto si rapporterà in modo differente alla pena secolare: ma l'«*absurdum, quod reus pro uno delicto duplicem poenam pateretur*» si scongiura, secondo l'Avvocato, proprio grazie al fatto che la prima va necessariamente computata nell'irrogare la seconda. Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXIX, nn.55-56, p.134 afferma che la curia laica deve mitigare la *poena stupri* in ragione della precedente *Kirchenbusse*. A sostegno di questa tesi ricorda una pronuncia degli scabini di Lipsia (1598).

complessivamente secondario¹⁷⁰. Una soluzione non a caso definita pessima dal cardinale Toschi, che riconosce lucidamente le implicazioni politiche del discorso e riafferma la pari dignità delle due giurisdizioni: esse sono «distinctæ et separatæ» per cui né l'assoluzione né la condanna in un foro possono avere effetto di *res iudicata* per l'altro. Quanto accertato da una corte non ha alcuna ricaduta sull'altra: la prima sentenza non fa stato, il processo riparte *ex novo* e le sentenze conseguenti possono risultare opposte¹⁷¹.

Ovvio che ragioni di economia e di opportunità avranno indotto di volta in volta le corti a riflettere sull'avvio del secondo giudizio criminale. Ma la possibilità rimane. La questione riflette, ancora una volta, l'assetto costituzionale del periodo: ma, a voler guardare il problema dal basso, ci si rende presto conto che la parte lesa moltiplica le sue *chances*. Negare il *ne bis in idem* significa che, laddove la prima sentenza non risulti soddisfacente, è possibile rivolgersi ad un secondo giudice per ottenere un'altra risposta alla stessa domanda. Fatto sicuramente odioso per il reo, ma utilissimo per la controparte¹⁷². In fondo, la Giustizia resta una sola, aldilà degli ordinamenti che la determinano. Non esistono una Giustizia dello Stato ed una Giustizia della Chiesa: la Giustizia è, semplicemente, una virtù; la sua misura è scritta, da Dio, nella natura delle cose. Ed è questo *facere iustitiam* a legittimare il superamento di una regola formale – per quanto garantista – come il *ne bis in idem*. La massima *ne crimina remaneant impunita*, in questa ottica, sfuma la sua connotazione statalistica e si rivela funzionale alla ricomposizione di un ordine oggettivamente giusto.

6. *La competenza nelle cause civili*

Un altro aspetto da considerare è quello delle cause civili che scaturiscono dall'adulterio: l'*amissio dotis* e la separazione del toro. Secondo i canonisti, la perdita della dote va considerata materia di misto foro: partendo dall'assunto «dos valde connexa matrimonio» il tribunale vescovile, «quia circa matrimonium iudex est», dovrebbe essere competente non meno di quello secolare¹⁷³. Anche qui, per regolare i rapporti fra giurisdizioni, si dovrebbe ricorrere alla prevenzione. A confortare questa tesi, la presenza

¹⁷⁰ In questo senso – pur rifiutando l'idea che la giustizia canonica sia parte integrante dell'apparato statale (cfr. n.95) – non si può disconoscere che l'«integrazione reciproca tra le strutture statuali e quelle ecclesiastiche» costituisca il tratto caratteristico della confessionalizzazione: Fantappiè, Storia, cit., pp.213-215. Cfr. Padoa Schioppa, Storia del diritto, cit., pp.232-235. Esso si realizza tramite strumenti giuridici (concordato, delegazione, patronato, finanche *exequatur* e *placet*) ma conduce ad una subordinazione parziale e, comunque, *de facto*. *De iure*, la Chiesa Cattolica continua a concepirsi come un'istituzione originaria: non sottolineando questo aspetto, si perde la differenza con l'esperienza evangelica delle *Landeskirchen*.

¹⁷¹ Toschi, Practicarum, cit., V, concl.293, nn.46 e 49, p.441.

¹⁷² Come nota Bellabarba, La giustizia nell'Italia moderna, cit., p.66 «i querelanti decidevano spesso di sporgere ricorsi presso entrambi i giudizi, al fine di accrescere le possibilità di successo».

¹⁷³ Sánchez, De Sancto Matrimonii, cit., lib.X, disp.VIII, n.14, p.299.

di disposizioni relative alla dote sia nel diritto canonico che in quello civile¹⁷⁴. I civilisti, però, affermano con forza l'esclusiva delle corti laiche¹⁷⁵.

Viceversa, la separazione è prerogativa del foro ecclesiastico, perché tocca direttamente il Sacramento sospendendone gli effetti più tipici: la comunione di mensa e di letto¹⁷⁶. La Chiesa Cattolica rivendica sui laici una giurisdizione esclusiva che difenderà – fino alla fine del Settecento – sotto pena di scomunica *latae sententiae*¹⁷⁷. È evidente, d'altra parte, come l'esclusione dei tribunali secolari dalla *separatio thori* sia corollario della disciplina meramente canonica del matrimonio¹⁷⁸. Tutte le *causae spirituales* «ad solum Episcopum spectant»: ma per quelle matrimoniali, in particolare, si esclude persino il ricorso ad un «laicum arbitratorem, et amicabilem compositorem»¹⁷⁹.

Solitamente, però, le due azioni sono proposte congiuntamente: in questo caso, la separazione è considerata causa principale che attrae nella sua competenza ecclesiastica l'*amissio dotis* e l'eventuale *questio alimentorum*, cause accessorie¹⁸⁰. Il rapporto è talmente stretto che alcuni avevano sostenuto la natura pregiudiziale della *separatio* rispetto all'*amissio*: pertanto, quest'ultima domanda sarebbe stata inammissibile davanti al giudice secolare se sulla prima non si fosse già espresso in modo favorevole il vescovo. A difendere l'autonomia delle due questioni è Deciani, che ancora una volta si mostra impegnato – come un po' tutti i criminalisti laici dell'epoca – a sostenere gli interessi dello Stato¹⁸¹.

¹⁷⁴ Si tratta del capitolo *Plerumque* (X.4.20.4) e della costituzione *Consensu* (C.5.21.8).

¹⁷⁵ «Si principaliter ageretur pro dote (...) tunc causa est mere secularis, et non posset cognoscere iudex ecclesiasticus»: Gómez, *Ad leges Tauri*, cit., p.483.

¹⁷⁶ «Solutus vero iudex Ecclesiasticus est competens ad cognoscendum de adulterio, ut ratione illius divortium celebretur (...) Quia cum agatur de viribus matrimonii dissolvendi, quod sacramentum est, huiusmodi cognitio est solius iudicis Ecclesiastici»: Sánchez, *De Sancto Matrimonio*, cit., lib.X, disp.VIII, n.14, p.299. Cfr. Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.37, n.3, fol.186B; Deciani, *Tractatus*, cit., I, lib.IV, cap.XXVI, n.7, pp.296-297; Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, n.47, p.469; Savelli, *Summa*, cit., I, par.Adulterium, p.88. Ad affermare la competenza ecclesiastica in caso di separazione è la decretale *Tuae*: X.1.38.5.

¹⁷⁷ Regnault, *Praxis*, cit., p.484. Nel corso dell'Età moderna, mentre la giurisdizione criminale-canonica *in laicos* va declinando, è proprio sulle azioni civili che si concentra l'attività dei tribunali ecclesiastici. Ciò non significa che alla Chiesa residuino cause sporadiche o di scarsa rilevanza: si tratta, al contrario, di controversie che coinvolgono interessi patrimoniali di assoluta importanza.

¹⁷⁸ «Iudex secularis non potest ad hoc cognoscere, sed iudex tantum ecclesiasticus: quia de matrimonio contraendo vel dissolvendo non potest iudex secularis cognoscere principaliter, nec incidenter»: Gómez, *Ad leges Tauri*, cit., p.573. Sul monopolio canonico della disciplina matrimoniale, cfr. Zarri, *Il matrimonio tridentino*, in Prodi – Reinhard (curr.), *Il Concilio di Trento*, cit., pp.437-483; Fantappiè, *Storia*, cit., p.173.

¹⁷⁹ Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.VIII, nn.146-148, p.103. Il Concilio di Trento aveva ribadito il principio dell'esclusiva vescovile in materia matrimoniale, impedendo qualsiasi delega: Concilio di Trento, sess.XXIV, can.XX *de reformatione*.

¹⁸⁰ Gómez, *Ad leges Tauri*, cit., p.483; Sánchez, *De Sancto Matrimonio*, cit., lib.X, disp.VIII, nn.14-15, p.299; Toschi, *Practicarum*, cit., I, concl.228, n.4, p.114. La fisiologica connessione tra queste domande e la relativa gerarchia, d'altra parte, era già esplicita in X.4.20.3. Il *consilium* di Filippo Decio, che sosteneva il misto foro laddove le due cause fossero connesse, va perciò rigettato con argomentazioni teologiche prima che giuridiche. Il giurista, pur riconoscendo che di per sé la separazione è causa meramente ecclesiastica, affermava che laddove si agisse *ad plenum* la competenza civile non differisse da quella criminale. Cfr. Decio, *Consilia sive Responsa celeberrima*, Lugduni 1565, cons.CCXII, nn.1-2, fol.230.

¹⁸¹ Deciani, *Tractatus*, cit., I, lib.IV, cap.XXVI, n.7, pp.296-297. In senso opposto si era espresso, nel Quattrocento, Paolo di Castro.

Nell'Europa luterana, sulla base di un'interpretazione letterale del Vangelo di Matteo e del rifiuto della Tradizione¹⁸², la *separatio quoad thorum et mensam* si trasforma in un *divortium* capace di sciogliere definitivamente il vincolo in caso di adulterio. La teologia riformata insegna che il matrimonio non è sacramento, ma istituto temporale: in via di principio, perciò, la competenza spetterebbe al principe. Ma se in alcune realtà sono i tribunali laici a conoscere tali cause, altrove vengono affidate al concistoro. Non di rado, s'istituiscono tribunali speciali composti da teologi e giuristi¹⁸³.

L'azione del *ducere et dotare* in caso di *stuprum virginis* – un tempo esclusiva del foro vescovile – è sempre più diffusa nelle corti secolari, perfino nei Paesi cattolici. Invece, l'*amissio dotis* a scapito della vedova si configura, sin da subito, come prerogativa dei tribunali laici (palesamente modellata sull'*amissio dotis* per adulterio).

L'impressione è che tali azioni rivestano un'importanza pratica maggiore rispetto a quelle criminali. Dopo aver trattato la procedura *ad publicam vindictam*, perciò, qualche criminalista non trascura di soffermarsi su di esse¹⁸⁴. Il marito vendicativo non querela, ma impugna la spada. Quello più freddo non mira alla sanzione pubblica, ma al suo tornaconto: e propone le due *actiones civiles*, cumulabili tra loro ma incompatibili con la domanda criminale¹⁸⁵. L'incastro tra onore, calcolo e procedure scoraggia il ricorso al mero e misto imperio.

7. Il foro interno

C'è poi un altro tribunale che giudica di *adulterium* e *stuprum*: quello della coscienza. Il Sacramento della Penitenza caratterizza profondamente questi due secoli: attraverso la Confessione, il sacerdote corregge ed educa, realizzando – soprattutto in ambito sessuale – quella «christiani populi disciplina» auspicata dal Concilio¹⁸⁶. Non è una novità radicale: il

¹⁸² Capisaldi della teologia luterana: Mondin, Storia della Teologia, cit., III, p.146. Cfr. Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXIII, n.17, p.88: i passi esaminati secondo il principio *sola scriptura* sono Mt V,31-32 e Mt XIX,7-9.

¹⁸³ Berman, Diritto e rivoluzione, II, cit., pp.337-339; Witte, Diritto e Protestantismo, cit., 287-288.

¹⁸⁴ È significativa la trattazione di Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, qq.CXLII-CXLIII e Carpzov, Practica, cit., pars II, qq.LXIII-LXV. Trattandosi di azioni non criminali, la presente ricerca le esclude dal campo d'indagine, salvo richiamarne volta per volta i caratteri per evidenziare le differenze col processo criminale. Non c'è ancora uno studio che focalizzi le due *actiones* nell'ottica dei criminalisti (quindi, come alternativa all'*accusatio criminalis*); non mancano, invece, indagini che le inquadrano nello spettro della separazione tra coniugi (l'*adulterium* è solo una delle possibili *causae* di separazione o divorzio). In questo senso: Marongiu, Divorzio (Storia), in Enciclopedia del diritto, t.XIII, Milano 1964, pp.482-507; di Renzo Villata, Separazione personale dei coniugi (Storia), in Enciclopedia del diritto, t.XLI, Milano 1989, pp.1350-1376; Quagliani, "Divortium a diversitate mentium". La separazione personale dei coniugi nelle dottrine di diritto comune (appunti per una discussione), in Seidel Menchi S. – Quagliani D. (curr.), Coniugi nemici. La separazione in Italia dal XII al XVIII secolo, Bologna 2000, pp.95-118; Marchetto, Il divorzio imperfetto. I giuristi medievali e la separazione dei coniugi, Bologna 2008.

¹⁸⁵ Infatti «si actio civilis et criminalis tendunt ad diversa tunc potest agi altera via (...) Si vero utraque competit ad vindictam, tam civilis, quam criminalis: et tunc una intentata, altera tollitura»: Maranta, Speculum, cit., fol.1B.

¹⁸⁶ Concilio di Trento, sess.XIV, cap.VII *de poenitentia*.

Tardo Medioevo aveva già conosciuto uno sviluppo notevole del Sacramento. Di nuovo c'è lo sforzo pastorale che trasforma la Riconciliazione in una pratica frequente: un pilastro nella vita del fedele che, attraverso la grazia, realizza quell'armonia tra anima e corpo che permetterà di resistere agli impulsi fisici e di migliorarsi¹⁸⁷. Poiché tali sviluppi sono propri della sola Chiesa romana – mentre nel mondo protestante la Confessione auricolare viene svalutata e cessa di essere sacramento – gli storici concordano nel riconoscerne lo strumento precipuo del disciplinamento cattolico¹⁸⁸. Questo dal punto di vista dell'istituzione ecclesiastica. Ma è bene sottolineare che, se tale strategia ha successo, ciò è possibile grazie ad una forte domanda di giustificazione dal basso. Un «angosciante senso del peccato» caratterizza la spiritualità del tempo¹⁸⁹.

Il Sacramento rientra a pieno titolo nell'ambito della presente ricerca, perché compiuto con strumenti e logiche squisitamente giuridici. Non aveva insegnato la teologia tomista che i precetti dell'anima appartengono allo *ius divinum*: non semplice morale, ma diritto a tutti gli effetti? La connessione tra la sfera etica e quella giuridica permette all'uomo del Medioevo e della Prima età moderna di considerare il peccato come trasgressione di una legge, e la Confessione come un giudizio a tutti gli effetti. Essa si integra con le altre corti in «un sistema complessivo dei fori in cui l'uomo era chiamato a rispondere delle proprie azioni»¹⁹⁰. La letteratura penitenziale dell'epoca non è costituita solo da esili manuali per l'esame di coscienza, ma anche da una ponderosa trattatistica¹⁹¹. Essa non si limita ad imitare la dottrina giuridica, ma è parte integrante del medesimo dibattito. La *theologia moralis* viene a configurarsi come sapere autonomo ma non separato dalla *iurisprudencia*, con cui condivide metodi ed assiologia. Siamo all'apice della «giuridicizzazione della

¹⁸⁷ Pelaja – Scaraffia, *Due in una carne*, cit., pp.125-129.

¹⁸⁸ Schilling, *Chiese confessionali*, cit., p.154. Cfr. Angelozzi, *Interpretazioni della Penitenza sacramentale in Età moderna*, in *Religioni e società*, I (1986), n.2, pp.73-87; Vereecke, *Da Guglielmo d'Ockham*, cit., pp.614-642; Prosperi, *La confessione e il foro della coscienza*, in Prodi – Reinhard (curr.), *Il concilio di Trento*, cit., pp.225-254; Id., *Tribunali della coscienza. Inquisitori, confessori, missionari*, Torino 1996, pp.210-548; Romeo, *Ricerche su confessione dei peccati e Inquisizione nell'Italia del Cinquecento*, Napoli 1997; Id., *Esorcisti confessori e sessualità femminile nell'Italia della Controriforma*, Firenze 1998; Lavenia, *L'infamia e il perdono. Tributi, pene e confessione nella teologia morale della prima età moderna*, Bologna 2004, pp.75-99; Vidal, *Historia de la teología moral*, IV, 1, cit., pp.117-154 e 597-624; Id., *Historia de la teología moral*, V, 1, cit., pp.179-197.

¹⁸⁹ Prosperi, *Tribunali della coscienza*, cit., p.487.

¹⁹⁰ Prodi, *Una storia della giustizia*, cit., p.214.

¹⁹¹ La quattrocentesca *Summa Angelica* di Angelo da Chivasso, vera e propria *auctoritas* nel suo genere, è espressamente dedicata a confessori e scolari di diritto. Un esempio eloquente proprio in tema di adulterio: insieme alle questioni di coscienza si discute della pena di foro esterno. Cfr. Angelo da Chivasso, *Summa Angelica de casibus conscientialibus*, Venetiis 1578, v.*Adulterium*, n.3, p.34. Ma anche la *Summula* del Caetano e l'*Enchiridion* dell'Azpliqueta Navarro rivelano un'impostazione del tutto simile. Uno slittamento si percepisce nella seconda metà del Cinquecento: in effetti, tra l'impostazione oggettiva-neotomista e quella soggettiva-probabilista si riscontra una certa differenza. È con Bartolomé de Medina che la *veritas* cede il passo all'*opinio*, e il giudizio morale comincia ad interiorizzarsi. La straordinaria fioritura della *theologia moralis* casuista inizia con la pubblicazione delle *Institutiones morales* di Juan Azor (1600): il XVII secolo fu l'epoca di uno scavo talmente profondo ed individualizzato da poter permettere ad autori come Antonino Diana di descrivere ben ventimila casi di coscienza. Cfr. Turrini, *La coscienza*, cit., pp. 143-147 e 181-185.

coscienza»¹⁹²: le regole che reggono quest'ultima sono strutturate in modo giuridico, anche se nel dettaglio possono parzialmente differire dallo *ius humanum*¹⁹³.

Senonché proprio la qualificazione giurisdizionale della confessione costituisce uno dei punti di scontro tra la Riforma e la Chiesa di Roma: non a caso, nel rogo di Wittemberg (1520), Lutero brucia anche la *Summa Angelica*¹⁹⁴. Con questo gesto, condanna la teoria della confessione *ad formam iudicii forensis*, per sostenere una Penitenza in termini di consolazione fraterna e conversione interiore. Il perdono diventa una questione tra Dio e l'individuo, destrutturando e degiuridicizzando l'antica pratica¹⁹⁵.

Questa dottrina sulla Penitenza è immediatamente condannata: le posizioni di Lutero sono dichiarate eretiche già con la bolla *Exurge Domine* di Leone X (1520). Anche su questo punto, il Concilio di Trento conferma la dogmatica precedente. La sessione VI, aderendo all'idea di confessore-medico, descrive il Sacramento come strumento della divina misericordia: una «*secunda post naufragium tabula*» che permette al fedele di riscattarsi dai peccati in cui è caduto dopo il Battesimo¹⁹⁶. Ma nella successiva sessione XIV si ribadisce con forza che la Penitenza è «*actus iudicialis*»¹⁹⁷. In presenza dei requisiti

¹⁹² Per usare un'espressione di Prodi, *Una storia della giustizia*, cit., p.325; per la materia sessuale, cfr. pure Pelaja – Scaraffia, *Due in una carne*, cit., pp.146-148.

¹⁹³ Non di rado l'approfondimento casuistico nega il peccato laddove si manchi a doveri legalmente stabiliti, oppure condanna condotte permesse dalla legge. Si spezza così «la concordia tra le leggi della coscienza e quelle dello Stato e della Chiesa». I gesuiti, valorizzando la coscienza come giudice del bene e del male e stabilendo la licenza di seguire un'opinione autorevole ma non maggioritaria, determinano quello «uno iato (...) tra la loro morale e le leggi umane» denunciato da Pascal: Turrini, *La coscienza*, cit., pp.245 e 247. In quest'opera di relativizzazione del peccato, che distingue tra *culpa civilis* e *culpa theologica*, l'Autrice coglie il germe dell'individualismo etico e della separazione tra diritto e morale: conclusioni, a nostro avviso, un po' affrettate. Agli occhi dei protagonisti, i due piani sono ancora connessi, concepiti come articolazioni di una sola giustizia. Il probabilismo, d'altro canto, nasce per guidare i fedeli nel caos delle opinioni sovrabbondanti: affidare alla coscienza l'*arbitrium* di scegliere la più convincente (tra quelle prospettate dagli esperti) è soluzione del tutto analoga a quella che, parallelamente, si ammette nei tribunali. Nella coscienza si svolge un vero e proprio giudizio, si valutano le possibilità dell'agire e si emette una sentenza circa la rettitudine di un comportamento. «La ricerca di una sicurezza sul versante delle procedure, più che su quello dei contenuti» (p.176) è un tratto comune con quel mondo giuridico, che risolve i suoi nodi più nel processo che nel diritto sostanziale.

¹⁹⁴ Sottolinea la rilevanza di tale scelta Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma Bari 2007, pp.88-90.

¹⁹⁵ Per alleviare il peso di un peccato che tormenta le coscienze, Lutero propone ai suoi seguaci una soluzione mite, dichiarando che il confessore non è un giudice chiamato ad irrogare una sanzione, che non è necessario enumerare tutti i singoli peccati e che fulcro dell'atto è piuttosto il pentimento profondo. L'unica vera soddisfazione che il peccatore è tenuto a rendere è la conversione, un cambiamento intimo che va ben oltre la buona opera imposta dal sacerdote. Pur non negando, sulle prime, la natura sacramentale dell'atto, la teologia protestante finisce per trasformarne il senso. Estremizzando le conclusioni luterane, riformatori come Zwingli e Bucero si appellano alle Scritture e negano il sacramento, riducendo la confessione a consiglio e consolazione fraterna. Il foro interno, totalmente degiuridicizzato, diventa un non-luogo dove il peccatore si confronta direttamente con Dio. Mondin, *Storia della Teologia*, cit., III, pp.147-158; Prodi, *Una storia della giustizia*, cit., pp.253-256. «*Et hæc heresis, quod non sit necessarium confiteri peccata Sacerdoti, sed soli Deo, a quamplurimis etiam modernioribus Hæreticis, ut Lutheranis, Calvinistis, et aliis secuta fuit*»: Ferraris, *Prompta bibliotheca canonica, juridica, moralis, theologica nēn non ascetica, polemica, rubricistica, historica*, Venetiis 1782, t.VII, p.194.

¹⁹⁶ Concilio di Trento, sess.VI, cap.XIV *de iustificazione* e sess.XIV, can.II *de poenitentia*. Riprende la definizione Savelli, *Summa*, cit., III, par.Poenitentia, n.26, p.401.

¹⁹⁷ Concilio di Trento, sess.XIV, can.IX *de poenitentia*. Cfr. Borobio, *Il modello tridentino di confessione dei peccati*, in *Concilium*, II (1987), pp.42-64; Vidal, *Historia de la teología moral*, V, 1, cit., p.184; Rusconi, *L'ordine dei peccati. La confessione tra Medioevo ed età moderna*, Bologna 2002, p.308.

necessari, il reo può giovare dell'assoluzione innumerevoli volte: ma, indipendentemente dalla particolarissima clemenza che la caratterizza¹⁹⁸, pur sempre di «sententia» si tratta¹⁹⁹. Non basta la mera fede per sciogliere il penitente dal peccato: occorre che il sacerdote si pronunci, in nome di Dio, esercitando quella *potestas clavium* che Cristo stesso ha conferito alla Chiesa²⁰⁰. Potere di sciogliere e di legare, potere di rimettere o di ritenere i peccati: il Concilio conferma con vigore questa prerogativa, sotto pena di anatema²⁰¹. Con specifico riferimento al potere di legare, inoltre, i Padri condannano quanti negano al confessore il potere d'imporre specifiche forme di soddisfazione²⁰². D'altra parte, essi ribadiscono che il peccato mortale determina *ipso iure* la pena dell'Inferno. La teologia ricorda che essa non consiste solo nell'esclusione dalla beatifica visione di Dio, ma in una vera e propria «poena sensus: qua torquentur damnati impariter, pro imparitate numeri et gravitatis peccatorum ab unoquoque commissorum»²⁰³. La Penitenza sacramentale rimette *culpa e poena aeterna*, reintegrando nella grazia di Dio: ma non cancella una residua *poena temporalis* da scontare in Purgatorio²⁰⁴. Certo la Chiesa non rinnega lo spirito misericordioso del Sacramento, ma insiste con decisione sul punto controverso: cioè la sua qualificazione come tribunale della coscienza²⁰⁵.

¹⁹⁸ Il riferimento d'obbligo è alla parabola del figliol prodigo, citata da Regnault, Praxis, cit, p.108.

¹⁹⁹ Concilio di Trento, sess.XIV, cap.II *de poenitentia*. «Hæresis est, negare sacramentum poenitentiae esse iudicium quodam ex Christi institutione, hoc est, sacerdotes remittentes peccata, esse vero iudices a Christo Domino constitutos. Decipiuntur enim nonnulli existimantes confessores esse iudices arbitros, habentes, videlicet, potestatem ex electione iudicandorum (...) Claves non conferunt sacerdotibus ipsi peccatores: sed ipse Dominus Iesus Christus contulit eas apostolis, eorumque successoribus (...) Sunt ergo iudices a Christo, costituiti, a quo acceperunt potestatem iudicandi (...) Ecclesiae consuetudo apertissime indicat poenitentiae sacramentum exerceri iudicialiter: est enim ibi reus et accusator, est sententia: est poena iniuncta»: Cano, Relectio de poenitentia, Compluti 1563, pars quinta, fol.25B. È bene specificare che la sentenza di foro interno non costituisce giudicato rispetto al foro esterno. Claro ritiene che sarebbe «ridiculum» escludere dal giudizio criminale chi già è stato assolto in confessionale, perché in quella sede l'assoluzione è concessa «de facili». Anche laddove il confessore avesse stabilito una penitenza molto gravosa, il giudice non dovrebbe tenerne conto. Claro, Practica, cit., par.Finalis, q.57, n.10. Per Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.IV, n.5, p.25 il giudizio di foro interno non pregiudica quello di foro esterno per via delle diverse finalità cui è tesa la sanzione: «Ratio autem est, quia (...) per poenitentiam Deo tantum et ecclesiae fit satisfactio, per poenam autem legitimam satisfit reipublicæ, quæ ex delicto offensa fuit; ideo per unam alia non tollitur».

²⁰⁰ I cui fondamenti sono in Gv XX, 22-23; Mt XVIII, 18.

²⁰¹ Concilio di Trento, sess.XIV, capp.I e V *de poenitentia*, can.III *de poenitentia*.

²⁰² Concilio di Trento, sess.XIV, can.XV *de poenitentia*.

²⁰³ Regnault, Praxis, cit., p.104.

²⁰⁴ Solo con «magnis nostris fletibus et laboribus», l'uomo evita anche tale sanzione: e ciò si realizza accettando pazientemente i castighi che Cristo stesso impone sulla terra, oppure attraverso le penitenze che liberamente ci si impone. Una soddisfazione adeguata imposta dal sacerdote al termine della confessione può certamente aiutare, ma senza dubbio il ricorso all'indulgenza plenaria elimina qualsiasi rischio. Non basta una vita nuova, come invece sostengono i Protestanti: i decreti sulla Penitenza preludono alla piena conferma della dottrina del Purgatorio e delle indulgenze, anch'esse oggetto della virulenta polemica riformata. Concilio di Trento, sess.XIV, capp.II, XI, XII e XIII *de poenitentia*.

²⁰⁵ Rispondendo agli attacchi luterani, i Padri conciliari sostengono che la Chiesa ha sempre creduto nella necessità della confessione segreta, in quanto sacramento *de iure divino* istituito direttamente da Cristo: Concilio di Trento, sess.XIV, capp.I e V *de poenitentia*, can.I *de poenitentia*. Cfr. Cano, Relectio, cit., pars quinta, foll.25A-26A; Regnault, Praxis, cit, pp.278-279. Tale sacramento, pertanto, non «tantum esse utilem ad erudiendum et consolandum poenitentem» (Concilio di Trento, sess.XIV, can.VII *de poenitentia*), ma è «ad salutem necessarium» come lo stesso Battesimo, dal quale però si differenzia proprio per la sua natura giudiziaria (Concilio di Trento, sess.XIV, cap.II *de poenitentia*). Per questo, agli occhi dei teologi, il primo

All'esito del Concilio, questo concetto ne esce rafforzato non solo sul piano dogmatico, ma anche su quello pastorale. Ciò permette la pubblicazione di opere come la *Praxis fori poenitentialis* del gesuita Valère Regnault (1616), in cui tutta la materia è descritta secondo criteri squisitamente giuridici²⁰⁶. La criminalistica cattolica rispecchia questa concezione, dedicando diversi passaggi al trattamento penitenziale dei singoli delitti. Nel disaminare le sanzioni inflitte agli stupratori, Menochio considera prima quella di foro interno, poi quelle dei fori esterni ecclesiastico e civile. Il *casus CCLXXXVIII* mostra una considerazione unitaria del fenomeno: tutte queste risposte sono espressione di una sola *iustitia*, declinata in modo diverso da tribunali diversi²⁰⁷.

Nonostante le analogie²⁰⁸, tra foro ecclesiastico esterno e foro ecclesiastico interno restano differenze di principio irriducibili. *In externo*, la corte è chiamata ad emettere una sentenza «etiam in invitos». *In interno*, è necessario che il reo si sottoponga volontariamente al giudizio; la libera scelta del reo-accusatore è requisito di validità; pertanto si può parlare di giurisdizione volontaria²⁰⁹. Nel primo caso, il procedimento è tendenzialmente pubblico. Nel secondo, è sempre caratterizzato da segretezza: in virtù del principio *Ecclesia de occultis non iudicat*, chi riesce ad occultare il peccato se la cava col solo confessore (che dovrà evitare una *satisfactio* così grave da palesare l'entità del peccato)²¹⁰. Il *sigillum* impedisce che quanto ammesso possa essere conosciuto ed usato *in foro externo*²¹¹. D'altra parte – se è vero che i peccati manifesti meritano una penitenza pubblica e quelli occulti una segreta – è pur vero che la penitenza *in foro externo* non surroga la necessità del giudizio di foro interno, che è l'unico ad avere natura

munus del confessore è quello di giudice, e solo dopo di padre e di medico: Regnault, *Praxis*, cit., p.114. Cfr. Turrini, *La coscienza*, cit., p.199.

²⁰⁶ L'Autore esordisce riconducendo la giustizia di foro interno al *genus* "giurisdizione spirituale", cui d'altra parte appartiene la stessa giustizia di foro esterno. "Giurisdizione spirituale" e "giurisdizione temporale", a loro volta, sono *species* della *potestas iurisdictionis*. Cfr. Regnault, *Praxis*, cit., p.6.

²⁰⁷ Menochio, *De arbitrariis iudiciis*, cit., lib.II, cent.III, casus 288, pp.432-437.

²⁰⁸ Di certo, la Penitenza sacramentale è "imparentata" con la penitenza inflitta dai tribunali vescovili. Giuristi e teologi colgono l'affinità di fondo, sintetizzata nella formula «poenitentia est præterita peccata plangere, et plangenda iterum non committere»: de Nebrija, *Vocabularium*, cit., v.Poenitentia, fol.227B, che riprende *Decr. D.3, c.1 de poen.* Tale definizione è normalmente replicata anche per la *poenitentia* di *ius civile*: quel "pentimento operoso" che evita la pena edittale (proprio come la penitenza canonica libera dalla *poena medicinalis* e la penitenza sacramentale libera dalla *poena aeterna*).

²⁰⁹ Nonostante l'eventuale natura di *crimen* del peccato confessato: Regnault, *Praxis*, cit., p.6. L'autoaccusa è finalizzata ad ottenere perdono e non condanna, tanto che – come abbiamo visto – la *poenitentia* stabilita dal confessore non è una *poena*, ma un mezzo per evitare la *poena aeterna* e ridurre quella *temporalis*. La richiesta del penitente incontra, dunque, la misericordia del giudice, criterio guida che deve prevalere sul rigore di giustizia. E nonostante le varie "avvertenze" istruiscano i parroci su come stimolare una confessione precisa, resta un dato di fondo che distingue lo spirito del confessore da quello del giudice criminale: «il confessore crede tutto quello li viene detto, il giudice ha sempre sospetto il reo». Così papa Pio V, che pure era stato campione dell'Inquisizione: cit. in Prosperi, *Tribunali della coscienza*, cit., p.223.

²¹⁰ Cfr. Kuttner, *Ecclesia de occultis non iudicat*, in *Actus Congressus Iuridici Internationalis*, Romæ 1936, III, pp.227-246; Ghisalberti, *La teoria del notorio nel diritto comune*, in *Annali di Storia del diritto*, I (1957), p.451.

²¹¹ Il *sigillum* rappresenta un vincolo invincibile per tutelare la credibilità della pratica. Si ritiene che, implicitamente, Cristo stesso avesse imposto la segretezza; altrimenti, la confessione sarebbe così dura da contraddire la «suavitas iugi, et levitas oneris Domini»: Regnault, *Praxis*, cit., p.148.

sacramentale²¹². Fondamentale *discrimen* è costituito dalla figura stessa del soggetto chiamato a pronunciarsi: se sullo scranno può sedere un consacrato privo di ordine sacerdotale, in confessionale può giudicare soltanto un sacerdote²¹³.

Ma se questa pratica costituisce un vero e proprio *actus iudicialis*, ne consegue che dev'essere organizzato secondo regole che fissino la competenza²¹⁴. Il Concilio Lateranense IV (1215) aveva individuato il parroco come giudice ordinario del foro interno²¹⁵, inquadrato come *iudex domicilii*²¹⁶. Questa regola non riscontrò, durante il Medioevo, un'applicazione rigorosa; al contrario, i fedeli avevano cercato di evitare il giudizio di un sacerdote conosciuto. Il Concilio di Trento, rinforzando la struttura parrocchiale delle diocesi, comanda ai vescovi di assegnare «distincto populo in certas propriasque parochias unicuique suum perpetuum peculiaremque parochum (...) qui eas cognoscere valeat, et a quo solo licite sacramenta suscipiant»²¹⁷. La giurisdizione di foro interno ricorda la struttura che i canonisti hanno delineato per l'esterno: vero è che il parroco è giudice ordinario della sua parrocchia, ma anche il vescovo e il papa sono giudici ordinari rispetto alla propria diocesi e alla Chiesa intera²¹⁸.

²¹² Una confessione giudiziale fatta al cospetto del tribunale ecclesiastico non è idonea a cancellare *culpa e poena aeterna*, anche se il giudice fosse un sacerdote o addirittura il parroco del reo confesso: Regnault, Praxis, cit., p.277.

²¹³ «Quod prior potestas sit arbitrandi inter hominem et hominem; dicaturque gladius, quia subditos poenis coerces; posterior vero sit arbitrandi inter Deum et hominem; et dicatur clavis, eo quod aditum aperiat ad coelum»: Regnault, Praxis, cit., p.6.

²¹⁴ Concilio di Trento, sess.XIV, cap.VII *de poenitentia*. «Unde sequitur Confessario opus esse iurisdictione, qua poenitens ei subiiciatur in poenitentiali foro, quodquidem non est minus ordinatum, quam seculare, in quo non potest quilibet Iudex quemlibet hominem iudicare, sed tantum sibi subditum; eumve in quem habet iurisdictionem»: Regnault, Praxis, cit., p.8.

²¹⁵ X.5.38.12. Cfr. Rusconi, L'ordine, cit., pp.59-61.

²¹⁶ «Licet quis delinquat extra locum, in quo habet domicilium, tenetur tamen peccata sua confiteri sacerdoti, in cuius parochia tenet habitationem»: Claro, Practica, cit., par.Finalis, q.38, n.5, fol.188A. Cfr. Cano, Relectio, cit., pars sexta, fol.45B.

²¹⁷ Concilio di Trento, sess.XXIV, can.XIII *de reformatione*. Diversamente da Brambilla, Confessione, casi riservati e giustizia spirituale dal XV secolo al concilio di Trento. I reati di fede e di morale, in Nubola – Turchini (curr.), Fonti ecclesiastiche, cit., p.525, Prodi sostiene che l'omissione della formula lateranense «proprio sacerdote» implicherebbe la rinuncia da parte della Chiesa alla pretesa di vincolare il fedele al parroco. Prodi, Una storia della giustizia, cit., pp.286-287. Certamente il canone VIII della sessione XIV, nel replicare il precetto della confessione annuale, glissa sul punto. Non si tratta, però, di un canone di riforma, ma di un anatema contro quanti contestano il valore della norma lateranense. Il combinato con quest'altra norma – successiva – dovrebbe togliere qualunque dubbio: così la intende anche la dottrina coeva.

²¹⁸ Testuale in Regnault, Praxis, cit., pp.9-10. «At ligandi absolvendique in conscientiae foro potestas, est in solidum penes Papam, Episcopum, et Parochum: igitur quilibet eorum potest sine aliorum licentia absolvere subditum suum»: Id., Praxis, cit., p.20. «Nam, cum parochus iurisdictionem habeat ab episcopo, episcopus a Summo Pontifice pro comperto relinquitur, ut poenitens, qui privatis suis sacerdotibus confiteri solet, si ad episcopum, vel Summo Pontifice recurat, eisque confiteatur, molto magis praeepto confessionis satisfaciatur»: Cano, Relectio, cit., part sexta, fol.45B. Ciò permette al penitente di rivolgersi ad essi anche nei casi più lievi. Non c'è dubbio che, *in spiritualibus*, il papa disponga di *plenitudo potestatis*; egli è la fonte di ogni giurisdizione ecclesiastica, interna ed esterna: è pertanto giudice ordinario di tutti i cristiani, dotato di competenza illimitata. Che poi sia tenuto ad istituire ulteriori giudici ordinari per ragioni logistiche, è altra questione: ma di certo la loro giurisdizione deriva da Roma. Il potere delle chiavi fu conferito a Pietro, e da Pietro si trasmette agli altri sacerdoti. Roma, quindi, è il centro da cui deriva l'attribuzione del gregge ai singoli pastori: Regnault, Praxis, cit., pp.8-9. A difesa di questa tesi si schierano, tra gli altri, il Caetano (*De comparatione auctoritatis Papae et Concilii*) e Bellarmino (*Controversiae*). I Luterani, sulla scia del Conciliarismo quattrocentesco, sostengono invece che le chiavi siano assegnate alla Chiesa in modo

Di per sé, adulterio e stupro potrebbero essere conosciuti indifferentemente da ciascuno di essi. C'è però una variabile che scompagina questo assetto: il sistema dei casi riservati rinvigorito dal Concilio. Nonostante non poche perplessità per l'indiscutibile aggravamento procedurale, i cardinali confermano al papa e ai vescovi il potere di riservarsi ipotesi particolarmente gravi²¹⁹. Mentre i peccati di lussuria non saranno attratti nell'orbita della riserva pontificia – fissata dalla bolla *In Coena Domini* – frequentemente finiscono nell'ambito di quella episcopale. Questa sfera si costituisce di peccati riservati *de iure* (cioè da norme canoniche ovunque valide), peccati riservati *de consuetudine* e peccati riservati *de lege* (cioè da costituzioni diocesane). Per alcuni canonisti medievali, stupro e adulterio costituivano materia riservata per consuetudine: in età tridentina, però, i sinodi locali provvedono quasi sempre a fissare la riserva *de lege*. Si tratta di scelte discrezionali, che possono variare da luogo in luogo. Le costituzioni veronesi contemplano ben 41 ipotesi: vi sono ricompresi i più gravi *delicta carnis* e, in particolare, l'adulterio²²⁰. Invece nella legislazione ambrosiana del Borromeo (1568)²²¹, così come in quella bolognese²²², questo crimine non è contemplato, mentre c'è spazio per lo *stuprum in virginem* (anche *sine vi* e specie se nei confronti della propria *sponsa*). Nella normativa trentina del Madruzzo (1593), invece, si stabilisce la riserva sia in caso di adulterio pubblico che di

generico, senza l'intermediazione di Pietro. Nel Cinquecento, ad ogni modo, il supremo giudice della coscienza è quotidianamente coinvolto negli affari spirituali dei suoi sudditi di tutto il mondo. Come un re amministra la giustizia ordinaria – anche in primo grado – tramite le corti centrali, così il pontefice non confessa mai in prima persona, ma istituisce una Penitenzieria dotata di competenza assoluta, sia *ratione personæ* che *ratione materiæ*. Essa concede indulgenze, dispensa dalle soddisfazioni ma soprattutto assolve qualunque peccato, ivi compresi quelli sessuali: risulta, anzi, particolarmente attiva in questo campo. Le sue fortune riflettono l'accentramento assolutista: una strategia che passa, come sempre, attraverso il potenziamento del vertice giurisdizionale. Da vero sovrano, il pontefice può anche intervenire sulla competenza ordinaria attraverso la delega di giurisdizione: Regnault, Praxis, cit., pp.9 e 13-14; prerogativa ammessa, nei limiti delle proprie competenze, anche a vescovi e parroci, in quanto giudici ordinari: Id, Praxis, cit. p.20; Sinodo diocesano milanese IV (1574), decr.XXIX (edizione di riferimento: Acta sinodalia diocesana Ecclesiae Mediolanensis, pars II, Brixiae 1603). Attraverso questo meccanismo, viene riconosciuto al clero regolare il potere di confessare. Si tratta di una delega che comporta una competenza concorrente e non privativa: pertanto, non lede i diritti del parroco ma offre al peccatore un'opportunità in più. In tal modo, però, il controllo dei parroci finisce per essere depotenziato. La delega, infatti, non è fenomeno isolato: se ne giovano – in via generale e astratta – gli ordini mendicanti, che sul potere di confessare fondano il successo di predicazioni quaresimali e direzioni spirituali. Già con la clementina *Dudum* (Clem. 3.7.2) era stata affermata la competenza di domenicani e francescani: più tardi sarà il turno di carmelitani, agostiniani e gesuiti. Deleghe di giurisdizione sono contenute nelle bolla *Dum intra mentis arcana* di Leone X (Concilio Lateranense V del 1516) e *Licet debitum* di Paolo III (1549). La cosa non piace al clero secolare, e i toni del conflitto si esasperano tanto da mettere in dubbio la legittimità del potere di delega: Brambilla, Confessione, casi riservati e giustizia spirituale, cit., p.516. La breccia è destinata ad ampliarsi: in pieno Settecento, la regola lateranense-tridentina sarà percepita come un relitto del passato, come testimonia Ferraris, Prompta bibliotheca, cit., t.VII, pp.209-210.

²¹⁹ Concilio di Trento, sess.XIV, cap.VII *de poenitentia*; ma, parafrasandone le parole, anche Sinodo diocesano milanese II (1568), decr.XVIII (edizione di riferimento: Acta sinodalia, cit.). Cfr. Prosperi, Tribunali della coscienza, cit., pp.316-317 e p.476 (dove si sottolinea la logica accentratrice dell'istituto); Prodi, Una storia della giustizia, cit., pp.298-304. Oggetto di forti critiche da parte dei luterani, il meccanismo caratterizzò perlopiù la Chiesa italiana, mentre in Germania – a partire dall'*Interim di Augusta* di Carlo V (1548) – fu soppresso anche presso i cattolici: Brambilla, La giustizia intollerante, cit., p.168.

²²⁰ Brambilla, Confessione, casi riservati e giustizia spirituale, cit., p.493.

²²¹ Sinodo diocesano milanese II, decr.XVIII.

²²² Sulla realtà felsinea nessuna testimonianza più eloquente del trattato del penitenziere locale Omobono De Bonis, Commentarii, cit., pp.366-378.

sponsali seguiti da consumazione: in questo caso, lungi dal ricorrere al vecchio matrimonio presunto, il vescovo assolverà solo dopo regolari nozze²²³.

In foro interno, sembra che l'adulterio desti meno preoccupazioni dello stupro²²⁴. Sebbene le teorie di Lessio e Sánchez abbiano posto in dubbio la configurazione unitaria del delitto, queste elaborazioni teoriche non sembrano influenzare fino in fondo la prassi dei casi riservati: laddove i decreti sinodali parlano in genere di stupro, la riserva copre anche l'ipotesi non violenta²²⁵. A maggior ragione, rientra nella riserva l'ipotesi, nefanda e bestiale, in cui l'uomo profitta di una vergine sessualmente immatura. Viceversa, nessuna donna *sive nolens sive volens* è soggetta alla riserva, perché la norma è indirizzata al solo maschio in qualità di agente²²⁶. Fuori dalla riserva restano anche il *conatus* per mezzo di toccamenti e il caso in cui l'uomo credeva erroneamente che la donna fosse vergine²²⁷.

Quando *adulterium* e *stuprum* costituiscono casi riservati, e son colpiti da scomunica *ferendae sententiae*, si verifica una sovrapposizione di competenze in capo al vescovo, competente *in foro interno* per assolvere dal caso riservato e *in foro externo* per rimuovere la censura. Se formalmente il titolare di entrambe le giurisdizioni è lo stesso, di fatto le due procedure si svolgono in modo distinto presso soggetti diversi: il vicario criminale nel secondo caso, il penitenziere della cattedrale nell'altro. Il Concilio stesso stabilisce la necessità di nominare un canonico espressamente destinato a confessare in nome del vescovo, licenziato in teologia o diritto canonico²²⁸. È bene sottolineare come, in virtù

²²³ Brambilla, I casi morali, cit. p.533; Bellabarba, I processi per adulterio nell'Archivio diocesano tridentino (XVII-XVIII secolo), in Seidel Menchi – Quagliani (curr.), *Trasgressioni*, cit., p.199.

²²⁴ È paradossale, se consideriamo che teologi e giuristi concordano sulla maggior gravità rispetto allo *stuprum*. Nell'opera dell'eremitano Antonucci, svincolata da un preciso riferimento territoriale, sono segnalati stupro, adulterio e tutte le «infinitas fornicationes». Si mette in evidenza il caso in cui gli *sponsi*, dopo aver consumato, non ottemperano alla promessa e si coniugano con altri: Antonucci, *Catechesis seu Instructio cunctis ad confessiones audiendas*, Placentiae 1582, p.322. Peccato tipico dei giovani che, infiammati dall'amore, sono pronti ad impegnarsi all'insaputa dei genitori: p.133. Il riferimento all'adulterio, invece, appartiene ad una formula di chiusura piuttosto vaga: segno che, tra i sessanta casi elencati, non si tratta certo del più ricorrente. Cfr. p.325.

²²⁵ Dopo aver accennato alle innovazioni teologiche, definite probabili ma non comuni, De Bonis annota: «Si quidem cum *stuprum virginum reservant*, nisi aliud addatur quidquid sit de restitutionis obligatione, intelligi solet de *stupro etiam absque vi, vel raptu perpetrato*». Affermazione ambivalente, perché se da una parte mostra che ai fini della competenza lo stupro va considerato di *default* secondo la vecchia nozione tomista, dall'altra però lascia intendere che l'obbligo risarcitorio scatta solo in caso di violenza o seduzione: le tesi novatrici, insomma, sono rigettate da un lato, ma recuperate dell'altro. De Bonis, *Commentarii*, cit., p.344.

²²⁶ De Bonis, *Commentarii*, cit., p.345. Benché il foro interno si mostri decisamente più smaliziato nel valutare quella volontà femminile che il foro esterno presume *recta*, ciò non toglie che la vergine consenziente si configuri sempre come parte passiva. *Sociæ criminis*, le donne potranno confessarsi davanti al proprio parroco, evitando l'incomodo di doversi recare in un luogo lontano e destare sospetti. Problema, quest'ultimo, focalizzato da Tullio Crispoldi nella sua *Istruzione de' sacerdoti* della Diocesi veronese: confessioni lunghe e frequenti rischiano di compromettere l'onore femminile. Più in generale, non mancano voci critiche sulla prassi di riservare al vescovo i peccati di lussuria, proprio per il pericolo di destare scandalo e sospetto: cfr. Brambilla, I casi morali, cit., p.549.

²²⁷ Mentre nel foro esterno l'onestà femminile rappresenta una presunzione difficile da superare, in confessionale il sacerdote deve attenersi a quanto dichiarato dal penitente: per cui, se questi afferma che la donna pubblicamente ritenuta vergine in realtà era *corrupta*, il parroco deve credergli e punirlo per *fornicatio*. Cfr. De Bonis, *Commentarii*, cit. p.346.

²²⁸ Concilio di Trento, sess.XXIV, can.VIII *de reformatione*. Ma già X.1.31.15 intimava ai vescovi di provvedere in tal senso.

della logica stessa della scomunica ma anche per tutelare il segreto confessionale, la sentenza di foro esterno che rimuove la censura è pregiudiziale rispetto all'assoluzione dal peccato riservato²²⁹. I due giudizi, dunque, restano concettualmente distinti²³⁰.

Ma come funziona, dal punto di vista pratico, il sistema della riserva? Il confessore adito, ogniqualvolta ascolta un peccato rispetto al quale è incompetente, è tenuto a rimandarlo a chi si è riservato la questione: nel nostro caso, il vescovo²³¹. Si può rimandare anche ad un sacerdote che ha ottenuto delega di giurisdizione per quel tipo di casi, oppure sospendere la confessione in attesa di ottenere personale delega *una tantum*²³².

Con le sue incisive ricadute sociali, il tribunale della Penitenza si rivela strategico. Il quadro, però, non può dirsi completo senza considerare alcuni strumenti ancor più distanti dal processo criminale: anche negoziazione e vendetta privata, in questi secoli, sono strumenti per fare giustizia.

8. *La competenza negli altri delicta carnis*

Una panoramica sugli altri crimini sessuali permette di comprendere la notevole differenziazione tra le ipotesi meno gravi e quelle considerate esecrabili. La competenza, non meno della pena, dà conto di questo scarto. Fermo restando che tutti i *delicta carnis* costituiscono peccato mortale *in foro conscientiae* – e molto spesso sono casi riservati *de lege* al vescovo²³³ – nel foro esterno le regole che disciplinano il raggio d'azione dei tribunali variano di caso in caso.

²²⁹ Acta sinodalia, cit., p.241. Diverso sarebbe il caso di scomunica *latae sententiae*, pena che nasce *ipso facto* dal crimine. Non essendo un tribunale a stabilirle, non c'è bisogno di un giudizio di foro esterno per rimuoverle: basta una particolare assoluzione da parte di un confessore autorizzato (il vescovo, il penitenziere o un altro delegato). In questo caso, si realizza la sovrapposizione tra assoluzione dalla pena medicinale e assoluzione dalla pena eterna. Ma non è questo il caso di stupro e adulterio, per i quali non è mai prescritta la scomunica *latae sententiae*.

²³⁰ Sul punto, la dottrina è chiara. L'alterità tra confessione giudiziale e confessione sacramentale è netta, così come netta è la distinzione tra i rispettivi ministri. Secondo Prosperi, Tribunali della coscienza, cit., p.543, però, «la subordinazione del foro penitenziale a quello esterno andò di pari passo con una sovrapposizione e confusione di stili», determinando una certa confusione tra i fori. La separazione teorica rischia di sfumare nei fatti? Il problema è complesso: come avverte Clavero, Delito y pecado, cit., pp.61-62, la duttilità della procedura canonica non favorisce la chiarezza. Processi di foro esterno possono svolgersi in modo celere e quasi segreto, per non ledere la fama di un reo collaborativo e correggerlo in modo indolore. In virtù di tale discrezionalità, il vescovo può commutare le penitenze pubbliche in private, anche se il peccato è manifesto: Concilio di Trento, sess.XXIV, can.VIII *de reformatione*. È chiaro che dopo la rimozione della censura ci si aspetta una confessione sacramentale: i due momenti potrebbero essere molto ravvicinati, tanto che il reo potrebbe non coglierne la distinzione. Al di là di eventuali abusi, il segreto resta a suggellare lo scarto tra i due giudizi: ciò che il reo afferma in confessionale, non può essere usato altrove.

²³¹ Concilio di Trento, sess.XIV, cap.VII *de poenitentia*.

²³² Regnault, Praxis, cit., p.79; Acta sinodalia, cit., p.241. Si osserva il principio dell'*integritas confessionis*, che trova eccezioni solo in casi limite: Cano, Relectio, cit., pars sexta, foll.36B-37B.

²³³ Per la diocesi di Bologna, sono peccati riservati incesto, *fornicatio clericis* con figlia spirituale, sodomia anche con donna, bestialità, sacrilegio e lenocinio di figlia e sorella, oltre al già citato *stuprum in virginem*: costituiscono le ipotesi del quarto, quinto e sesto caso riportate da De Bonis, Commentarii, cit., pp.307-402.

L'ipotesi meno significativa, la *fornicatio simplex*, è crimine meramente ecclesiastico: il diritto civile, infatti, non proibisce né punisce la congiunzione tra un uomo e una donna non coniugati, anche laddove quest'ultima non sia una prostituta²³⁴. *De iure divino*, però, si tratta di una fattispecie illecita, come chiarisce San Paolo nelle sue epistole e ribadisce Leone X con una bolla del 1516²³⁵. Da parte sua, il diritto canonico traduce tale divieto in diversi precetti, differenziando il trattamento dei chierici da quello dei laici²³⁶. L'esigenza di correggere i costumi del clero – tra le cause che scatenano la Riforma – spinge la Chiesa di Roma ad un controllo più rigoroso nei confronti dei suoi ministri, mentre nei confronti dei laici i tribunali vescovili si mostrano indulgenti: sebbene i giuristi discutano di pena arbitraria, nella prassi non si registrano casi di questo genere²³⁷. Di fatto, questo crimine conosce un campo d'applicazione piuttosto ristretto e serve alla Chiesa per ragioni di disciplina interna e di decoro, giacché «Deo magis placet (...) granitus porcorum, quam cantus præsbyterorum luxuriantium»²³⁸.

Prossimo alla *fornicatio simplex*, agli occhi dei giuristi il concubinato appare lecito *de iure naturali*, perché prima del peccato originale la libera unione dell'uomo e della donna non poteva macchiarsi di concupiscenza. In quanto unione spontanea, esso precede cronologicamente il matrimonio, che è invece istituito di diritto divino «propter fornicationem evitandam»²³⁹. Il carattere positivo o naturale del matrimonio – e la conseguente liceità o illiceità del concubinato nel diritto primevo – rappresenta, a dire il vero, solo un punto della ben più ampia disputa circa l'incidenza del peccato originale sui rapporti naturali²⁴⁰. Di certo, resta il divieto biblico di qualunque rapporto extraconiugale:

²³⁴ Caballo, *Resolutiones*, cit., cent.II, casus CC, n.85, p.383; Claro, *Practica*, cit., par.Fornicatio, nn.1-2, foll.33B-34A; Menochio, *De arbitrariis iudiciis*, cit., lib.II, cent.III, casus 289, n.2, p.437; Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXXXVII, n.41, p.440.

²³⁵ La bolla di Leone X è in *Magnum Bullarium Romanum*, t.I, Lugduni 1665, pp.581-582. «Fornicatio autem et omnis inmunditia aut avaritia nec nominetur in vobis (...) Hoc enim scitote intellegentes quod omnis fornicator aut immundus aut avarus, id est idolorum cultor, non habet hereditatem in regno Christi et Dei»: Ef V, 3-5. Cfr. pure 1Cor VI, 18; Ga V, 19 e, per quanto attiene l'Antico Testamento, Sal LXXIII, 27. Della contrarietà della *fornicatio simplex* alla legge divina sono certi i giuristi. «Prohibita est fornicatio, ut tamquam peccatum mortale obliget ad poenam æternam»: Menochio, *De arbitrariis iudiciis*, cit., lib.II, cent.III, casus 289, n.8, p.437. Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXXXVII, nn.12-13, p.437. «Fornicatio videtur fuisse præcipua causa, propter quam Dominus diluvio deleverit mundum»: Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.840. Non c'è dubbio, perciò, che «fugiendum est a fornicatione tamquam a peste»: Gómez, *Ad leges Tauri*, cit., p.559.

²³⁶ I capitoli *Fornicari*, *Nubendi* e *Nemo* stabiliscono un divieto generale, senza specificare però alcuna sanzione: *Decr.* D.88, c.10 e *Decr.* C.27, q.I, c.20, *Decr.* C.32, q.IV, n.4. La risposta è dunque affidata ai suggerimenti della dottrina e alla prassi giurisprudenziale: Menochio, *De arbitrariis iudiciis*, cit., lib.II, cent.III, casus 289, nn.10-13, p.437.

²³⁷ «Ego tamen pro simplicibus fornicatione, nec in foro seculari, nec in foro Ecclesiastico exteriori vidi unquam aliquem laicum punitum»: Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXXXVII, n.36-37, p.439. Discrimine di assoluta rilevanza è, a questo punto, l'integrità della *soluta*, perché laddove fosse vergine si configurerebbe *stuprum* e scatterebbe una risposta ben diversa.

²³⁸ È l'espressione caustica di Sant'Agostino ricordata da Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.9.

²³⁹ Gómez, *Ad leges Tauri*, cit., p.559.

²⁴⁰ Chi ne accentua l'incidenza, seguendo il pessimismo antropologico di Agostino, è portato a sostenere la prima tesi; chi accede all'impostazione tomista aderisce alla soluzione contraria. Nonostante si mostrino generalmente sensibili all'insegnamento dell'Aquinate (che, negando una trasformazione del diritto naturale dopo la caduta, sosteneva la naturalezza del matrimonio: Tommaso d'Aquino, *Summa totius theologiæ*, cit., additiones ad Tertiam partem, q.52, a.2, p.521. Lo segue de Ledesma, *Tractatus*, cit., q.XLII, art.II, pp.66-72), i giuristi cinquecenteschi ammettono la liceità naturale del concubinato, anche perché influenzati da due

ne deriva un precetto canonico categorico. Come già rilevato, sono i concili cinquecenteschi ad insistere nella lotta al *concupinatus*: ciò che va rimarcato è che, diversamente dalla *fornicatio*, questo delitto è tenacemente perseguito dalle corti vescovili anche nei confronti dei laici²⁴¹. L'esigenza di disciplinare la vita sessuale – e fare chiarezza sui matrimoni dubbi – spinge ad un particolare attivismo. Insomma, la Chiesa chiude un occhio se il peccato è commesso *una tantum*: ma, se si traduce in una stabile convivenza *more uxorio*, non può tollerare lo scandalo. Molto controversa, invece, è la competenza delle corti secolari, con la conseguente possibilità di qualificare il concubinato come crimine di foro misto. Per tradizione, il diritto romano ammetteva la liceità del rapporto: viceversa, la dottrina più incline alla spiritualizzazione giuridica sostiene l'adeguamento dello *ius civile* ai precetti canonici. Il concubinato, infatti, è peccato: pertanto non può essere approvato dal diritto secolare «quia ubi agitur de peccato, sacrae leges non dedignantur sacros canones imitari»²⁴². I tribunali laici, perciò, devono perseguire il “nuovo” crimine. Non tutti sostengono questa tesi: contestando simili derive, Claro si appella alla consuetudine «quae est optima legum interpres, quia iudices seculares regulariter hoc crimen non puniunt»²⁴³.

I reati di bigamia²⁴⁴, incesto²⁴⁵, ratto²⁴⁶, sacrilegio²⁴⁷ e peccato contro natura²⁴⁸ costituiscono, invece, ipotesi di foro misto. Le due giustizie operano, però, secondo logiche

novelle (Novv.74 e 89) che affermano l'assenza in natura di qualunque differenza tra figli legittimi e naturali. Ad esse fa riferimento Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXXVIII, n.25-26, p.443. Sul problema della liceità naturale del concubinato, diffusamente Choveron, De publicis concubinariis, cit., pp.841-845. «De iure naturali primævo antequam lex esset scripta vel matrimonium institutum, non erat reprobatus nec punibilis aliquis coitus vel accessus carnalis (...) Hodie tamen post leges scriptas quidam coitus est licitus et quidam reprobatus»: Gómez, Ad leges Tauri, cit., pp.558-559.

²⁴¹ Concilio di Trento, sess.XXIV, cap.VIII *de reformatione circa matrimonium* stabilisce la competenza degli ordinari nei confronti dei «concupinarios, tam solutos quam uxoratos, cuiuscumque status, dignitatis, et conditionis». Competenza riconosciuta anche nei confronti dei chierici: Concilio di Trento, sess.XXV, cap.XIV *de reformatione generali*. Diffusamente sul tema Menochio, De arbitrariis iudiciis, cit., lib.II, cent.V, casus 418, p.598 e Choveron, De publicis concubinariis, cit., pp.844-846. Cfr. Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXXVII, nn.43 e 76, pp.445 e 447.

²⁴² È quanto afferma Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXXVIII, n.31, p.443, facendo leva su un argomento tratto dalla Nov.83, ma in realtà ispirandosi al Panormitano. «Quia ex quo concupinatus inducit peccatum mortale, est damnato de iure canonico, ergo etiam debet damnari de iure civili»: Choveron, De publicis concubinariis, cit., p.847

²⁴³ Claro, Practica, cit., par.Fornicatio, n.6, fol.34A. Difende l'autonomia del diritto civile anche de Franchis, Decisiones, cit., dec.CCXL, n.17, fol.129B. Choveron nota come i figli nati dal concubinato non sono spuri come quelli incestuosi, ma naturali, e pertanto possono essere legittimati da un successivo matrimonio. Questo dimostra come le leggi civili non approvano né condannano il concubinato, ma semplicemente lo tollerano: Choveron, De publicis concubinariis, cit., p.849. Meno netto Deciani, che dal punto di vista teorico ammette il misto foro perché «amant enim et leges civiles castitatem», ma sul piano fattuale prende atto che «de consuetudine in foro civili crimen hoc non puniantur»: Deciani, Tractatus, cit., t.I, lib.IV, cap.XXVI, n.8, p.297.

²⁴⁴ Choveron, De publicis concubinariis, cit., pp.856-858; Menochio, De arbitrariis iudiciis, cit., lib.II, cent.V, casus 420, pp.604-611; Gómez, Ad leges Tauri, cit., p.564; Farinacci, cit, pars quarta, q.CXL, n.1, p.456.

²⁴⁵ Choveron, De publicis concubinariis, cit., pp.173-174; Farinacci, cit, pars quarta, q.CXLIX, n.36, p.578.

²⁴⁶ Farinacci, cit, pars quarta, q.CXLV, n.20, p.531.

²⁴⁷ Choveron, De publicis concubinariis, cit., p.160-161; Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.VIII, n.132, p.100 e pars quarta, q.CXLVI, n.24, p.552. A Milano e in Francia, però, la cognizione è riservata al foro secolare: Claro, Practica, cit., par.Finalis, q.37, n.6, fol.186B.

diverse. Solo in alcune ipotesi il diritto canonico prevede una *poena vindicativa in laicos*: più spesso, si limita alla scomunica²⁴⁹. Una particolarità significativa si registra nell'ipotesi più grave, la sodomia, dove si deroga perfino al privilegio del foro ecclesiastico: il reo, anche non recidivo, è degradato e consegnato alle autorità laiche per patire il rogo²⁵⁰.

Al di là del regime previsto per ciascun crimine sessuale, c'è un dettaglio capace di far slittare l'azione repressiva su un piano decisamente più gravoso: il sospetto che il fatto sia stato compiuto in ragione di particolari credenze eterodosse. Per destare la *suspicio*, basta affermare con insistenza la liceità di un adulterio, o commetterlo pubblicamente con ostinata impudenza²⁵¹. Tra un'azione peccaminosa (per quanto dolosa) ed un'opinione eretica (magari non concretizzata) c'è uno scarto di disvalore che legittima un trattamento più aspro²⁵². Persino un'ipotesi di poco conto come la fornicazione – laddove ai laici è di fatto concessa l'impunità – può improvvisamente trasformarsi in *crimen hæresis*, con tutte le conseguenze processuali del caso (anche per quanto attiene la competenza)²⁵³. Discorso analogo laddove si sospetti un *sortilegium libidinis causa*²⁵⁴.

A monte dell'azione inquisitoriale va riscontrata un'organizzazione giurisdizionale estremamente variabile. L'eresia, infatti, è crimine meramente ecclesiastico, di regola affidato alla cognizione dei tribunali vescovili; ma già durante il Medioevo, in periodi particolarmente critici, la giurisdizione ordinaria era stata stravolta con deleghe in favore degli ordini mendicanti. L'Inquisizione cinquecentesca rinasce in quest'ottica: con la bolla *Licet ab initio* (1542), Paolo III riafferma la sua sovraordinazione giurisdizionale e si dichiara competente sull'eresia in concorrenza coi vescovi. Il papa può giudicare tali cause col suo tribunale centrale – diventerà la Congregazione della Sant'Uffizio con la bolla *Immensa Æterni Dei* (1588)²⁵⁵ – o lasciarle piuttosto ad articolazioni locali, che si connettono al centro tramite delega formale. In questo modo, senza negare in via di principio la competenza delle curie episcopali, Roma affianca loro una pletera di giudici speciali di formazione più teologica che canonistica. La *delegatio iurisdictionis*, strumento per definizione non generale, permette di plasmare l'Inquisizione sulla realtà territoriale in

²⁴⁸ Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., pp.270, 274; Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.37, n.5, fol.186B; Deciani, *Tractatus*, cit., t.I, lib.IV, cap.XXVI, n.11, p.297; Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.VIII, n.129, p.100 e pars quarta, q.CXLVIII, n.23 e 55, pp.570 e 572.

²⁴⁹ Farinacci, cit., pars quarta, q.CXLV, n.19, p.531.

²⁵⁰ Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.271.

²⁵¹ Farinacci, *Tractatus de hæresi*, Roma 1616, pp.25-26.

²⁵² Ma anche particolari garanzie procedurali, come ha rilevato Tedeschi, *Il giudice e l'eretico. Studi sull'Inquisizione romana*, Milano 1997, pp.93-123. Cfr. anche Errera, *Processus in causa fidei. L'evoluzione dei manuali inquisitoriali nei secoli XVI-XVIII*, Bologna 2000.

²⁵³ «Si aliquis asserat simplicem fornicationem non esse peccatum, erit iudicandum hæreticum»: Claro, *Practica*, cit., par.Hæresis, n.1, fol.45A. Cfr. Farinacci, *Praxis et theoricae criminalis*, cit., pars quarta, q.CXXXVII, n.13, p.437.

²⁵⁴ Savelli, *Summa*, cit., par.Stuprum, IV, n.5, p.268.

²⁵⁵ Le cui riunioni, peraltro, sono effettivamente presiedute dal papa stesso. Nel Cinquecento sul soglio di Pietro si susseguono tre pontefici caratterizzati da una lunga militanza nell'Inquisizione: Paolo IV, Pio V e Sisto V. La bolla *Immensa Æterni Dei* di Sisto V ribadisce la competenza universale del Sant'Uffizio per i crimini di eresia, abuso di sacramento, apostasia, scisma, magia, divinazione e sortilegio, ferme restando le precedenti concessioni in favore della Monarchia cattolica. Cfr. *Magnum Bullarium Romanum*, t.II, Lugduni 1673, p.617.

cui dovrà operare, con forti differenze fra un luogo e l'altro²⁵⁶: non ne deriva, tuttavia, una dinamica centrifuga. Anzi, il risultato è proprio quello opposto: Roma estende il suo controllo tramite i commissari e, nei casi più gravi, si riserva di chiedere l'estradiçione e far pronunciare direttamente la Congregazione come tribunale ordinario. Seguendo l'intuizione di Paolo Sarpi, molte parole si sono spese sull'ingerenza inquisitoriale a danno degli Stati; ma la nascita del Sant'Uffizio emargina in primo luogo la giustizia episcopale²⁵⁷. Nelle regole sulla competenza, anche per quanto attiene l'Inquisizione, si coglie la partita tutta moderna tra poteri centrali e giurisdizioni locali. Ma se, in linea di principio, le bolle pontificie designano la Congregazione come tribunale competente per tutto l'orbe cristiano, di fatto essa riesce ad affermare le sue prerogative solo sui deboli Stati italiani²⁵⁸. Diversa la situazione nel resto del continente. La delega papale (1478) aveva permesso ai Re Cattolici di costituire una propria struttura inquisitoriale, che si rivelava più aggressiva di quella romana e strettamente dipendente dalla monarchia. In Francia, invece, un privilegio di Clemente VII in favore di Francesco I (1525) abilita i Parlamenti a conoscere di eresia, in quanto forma di lesa maestà divina e umana: l'idea che la riforma religiosa celasse il virus della sedizione costituisce uno degli argomenti più inflazionati della propaganda cattolica²⁵⁹.

Paradossalmente, è proprio in merito all'innocua *fornicatio simplex* che si registrano le più diffuse eresie. In una memorabile *decisio*, la prestigiosa Cappella Tolosana riconosce la necessità di punire come eretici quanti ne sostengono la liceità morale²⁶⁰. In Spagna, si suol definire questo peccato come *deshonestad*; qui, anche il lenocinio può ricadere nelle competenze inquisitoriali²⁶¹. Similmente accade per il concubinato: non è facile persuadere i fedeli circa la sua natura peccaminosa, trattandosi di un costume tollerato fino a pochi

²⁵⁶ L'Inquisizione non fu, perciò, una struttura geometricamente articolata sul territorio, ma una «veste cucita (...) una varietà arlecchinesca di colori e disegni» che però «si adattava alla deformità del corpo»: Prosperi, *Tribunali della coscienza*, cit., pp.59-60 e 111.

²⁵⁷ Non a caso «le prime voci a levarsi contro il potere affidato ai commissari del Sant'Uffizio furono voci di ecclesiastici e in particolare di vescovi»: Prosperi, *Tribunali della coscienza*, cit., p.62. A detta di Mario Sbriccoli, l'Inquisizione romana rappresenta «un tipo maturo della giustizia egemonica di apparato», coerente con lo spirito complessivo che anima la giustizia coeva e, a sua volta, motore di innovazioni. Cfr. Sbriccoli, *L'inquisizione*, cit., I, pp.131-154.

²⁵⁸ Fanno parziale eccezione le sedi metropolitane di Napoli e Milano che, grazie al loro prestigio, mantengono un certo ruolo nella lotta all'eresia: in questi casi l'opera del commissario rimane sullo sfondo, in un ruolo di controllo e direzione. Una solida alleanza tra *élites* laiche ed ecclesiastiche preserva i due territori anche dalla temuta introduzione dell'Inquisizione spagnola, che non risparmiava invece Sardegna e Sicilia. Cfr. La Mantia, *Origini e vicende dell'Inquisizione in Sicilia*, Torino 1886; Cernigliaro, *Patriæ leges privatæ rationes. Profili giuridico-istituzionali del Cinquecento napoletano*, Napoli 1988, pp.25-32; Prosperi, *Tribunali della coscienza*, cit., pp.65-75; Cernigliaro, *La rivolta napoletana contro l'Inquisizione*, in Musi – Lerra (curr.), *Rivolte e Rivoluzione nel Mezzogiorno d'Italia*, Manduria 2008, pp.13-72.

²⁵⁹ Tomás y Valiente, *Gobierno*, cit., pp.13-35; Prosperi, *Tribunali della coscienza*, cit., pp.43-45 e 51.

²⁶⁰ Decisione interessante per comprendere il modo di argomentare la condanna: prima di ricorrere a testi sacri e teologici, si fa riferimento all'autorità morale di Seneca: *Sacrosanctæ decisiones canonicæ*, Lugduni 1567, q.347, p.580. La repressione di simili affermazioni, comunque, è attestata un po' ovunque: per Sicilia e Sardegna, cfr. Canosa, *Sessualità e inquisizione in Italia tra Cinquecento e Seicento*, Roma 1994, pp.15-24 e 123-130.

²⁶¹ Ramos Vázquez, *La aplicación de la teoría de los delitos mixti fori en el derecho castellano*, in Condorelli (cur.), *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo*, t.IV, Roma 2004, pp.425-450.

anni addietro²⁶². Nella sua dissertazione *adversus hæreses*, Alfonso de Castro non si limita a confutare tali opinioni libertine, ma individua altre due *falsæ opiniones* in ambito sessuale: che qualunque coito sia illecito e che qualunque bacio costituisca peccato²⁶³.

Il sospetto di eresia sorge facilmente in caso di bigamia²⁶⁴. L'*inquisitor fidei* verifica se il fatto è stato compiuto «propter concupiscentiam» o in ragione di una particolare credenza. In questo caso, infatti, «si quis dixerit, licere christianis plure simul habere uxores, et hoc nulla lege divina prohibitum, anathema sit»²⁶⁵. Si può sospettare, ad esempio, che il reo aderisca segretamente all'Islam: si pensi alla realtà spagnola, laddove al problema dell'apostasia si affianca quello delle false conversioni al Cattolicesimo²⁶⁶. Non a caso, la *suspicio* è massima quando le doppie nozze sono contratte di nascosto. Pertanto, il giudice deve esaminare il bigamo e comprendere «quid sentiat de Sacramento matrimonii»: ma anche quando emerge l'errore di fede, se si mostra disposto a ritrattare, evita la pena di morte²⁶⁷.

Se nella bigamia è latente un sospetto di eresia, ciò non esclude che attraverso un percorso più contorto anche gli altri reati carnali possano suscitare l'interesse dell'Inquisizione. Tutte queste fattispecie, infatti, sono passibili di scomunica: ed il

²⁶² È proprio questa preoccupazione pedagogica a muovere il Santo Uffizio, come mostrano i casi descritti da Canosa, *Sessualità e inquisizione*, cit., pp.170-176 e 233-236.

²⁶³ Sin dai tempi antichi, infatti, era circolata l'opinione per cui il «promiscuum foeminarum usum» non fosse peccato: era questo l'errore nel quale erano caduti Nicolaiti ed Adamiti. L'eresia valdese, d'altra parte, insegnava che qualsiasi congiunzione carnale fosse lecita: ciò significava ammettere ogni tipo di coito, persino bestialità, sodomia ed adulterio. Molto brillante, in queste pagine, il passaggio sull'interpretazione della Scrittura. Facendo proprie le parole di San Girolamo, lo Spagnolo contraddice il teologo Martino de Magistris, ma il vero bersaglio della polemica è Lutero con la sua interpretazione individuale dei Testi sacri: de Castro, *Adversus omnes hæreses*, Lugduni 1555, pp.361-367. «Simple fornicacion (...) es un pecado contra derecho natural, y quien dize lo contrario es herege, y estan obligados a denunciar del, a la Inquisicion los que lo oyeron»: de Medina, *Breve instrucción*, cit., foll.113B-114A. Sfumatura interessante: l'eresia sta (anche) nel negare che il sesso tra *soluti* sia contrario al diritto naturale. Ritorna il problema del carattere naturale o positivo del matrimonio.

²⁶⁴ La pratica delle doppie nozze era stata al centro della riflessione tridentina. La particolare sollecitudine che i Padri conciliari mostrarono nell'imporre la pubblicità del matrimonio è espressamente giustificata dal fatto che uomini già coniugati in segreto usavano risposarsi con altra donna vivendo così «in perpetuo adulterio»: Concilio di Trento, sess.XXIII, cap.I *de reformatione circa matrimonium*. Logica ribadita al cap.VII *de reformatione circa matrimonium* laddove si impone ai parroci di assumere diligenti informazioni sull'identità dei nubendi, specie se non hanno fissa dimora, e si esorta le potestà secolari ad una severa repressione.

²⁶⁵ Concilio di Trento, sess.XXIV, can.II *de sacramento matrimonii*.

²⁶⁶ Proprio per questo, all'Inquisizione spagnola fu attribuita la competenza esclusiva in fatto di bigamia: Gacto, *El delito de bigamia y la Inquisición española*, in *Sexo barroco*, cit., pp.109-126; Canosa, *Sessualità e inquisizione*, cit., pp.25-28, 131-133, 237-238. Ma alla base della scelta poligamica potrebbe celarsi la stessa «infezione dell'eresia luterana: Lutero, infatti, alla domanda se fosse lecito, sull'esempio del patriarca Abramo, avere più mogli contemporaneamente, aveva risposto che questo era lasciato alla libertà di ognuno, teoria della quale si erano successivamente impadroniti gli anabattisti»: Canosa, *Sessualità e inquisizione*, cit., p.25. Anche il Sant'Uffizio, comunque, è attivo su questo fronte: Fosi, *La giustizia del Papa*, cit., pp.124-128.

²⁶⁷ «Si non est pertinax in sua credulitate, non potest poena mortis puniri»: Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXL, n.24, p.480; cfr. anche *partis primæ tomus primus*, q.VIII, n.122, p.97. «Si quis habens uxorem, accedat ad aliam per matrimonium, præsumitur de hæresi contra eum in tantum, quod inquisitor fidei poterit contra talem inquirere, quid sentiat de sacramento matrimonij, et si non sit pertinax, non debet puniri poena mortis»: Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.856. Cfr. Rebuffi, *Concordata*, cit., p.234.

Concilio di Trento aveva permesso di considerare sospetti coloro che perseverano nella scomunica per oltre anno²⁶⁸. Trascorsa la prima fase della sua Storia, quella della lotta senza quartiere all'eresia luterana, l'Inquisizione moderna accantonò le questioni dottrinali per dedicarsi ai costumi: questo ampliamento delle competenze interessa, tra l'altro, trasgressioni sessuali gravissime, come sodomia²⁶⁹ e *sollicitatio ad turpia*²⁷⁰. Quest'ultima è facilmente ricondotta tra le materie del Sant'Uffizio in quanto forma di abuso del sacramento. Il problema dei sacerdoti che profittano del confessionale per sedurre le donne era stato al centro della polemica luterana contro la Confessione cattolica. Di fondo, c'è anche la riluttanza femminile a rivelare *avances* che potrebbero macchiare l'onore. Con la bolla *Cum sicut nuper* (1559), Paolo IV introduce la *sollicitatio* tra i delitti inquisitoriali. Il provvedimento, limitato dapprima alla sola Granada, è successivamente esteso a tutta la Spagna (1561), per poi diventare competenza della stessa Inquisizione romana (1622)²⁷¹. La particolare sollecitudine per questo nuovo crimine sessuale – testimoniata dalle reiterate bolle del 1624, 1667 e 1728 – dimostra quanto fosse difficile combattere l'abuso, ma anche la ferma intenzione di difendere la credibilità di un sacramento strategico. Il sacerdote, cui la donna confessa di aver subito un simile abuso da parte di un altro sacerdote, deve ricordarle l'obbligo *in conscientia* di denunciare alle autorità.

L'intervento dell'Inquisizione in materia sessuale non fu, dunque, pura elaborazione teorica: le ricerche d'archivio hanno documentato l'effettivo intervento del Sant'Uffizio, ma soprattutto della più energica Inquisizione spagnola²⁷². Dietro questo protagonismo

²⁶⁸ «Excommunicatus vero quicumque, si post legitimas monitiones non resipuerit, non solum ad sacramenta et communionem fidelium ac familiaritatem non recipiatur, sed, si obdurato animo censuris annexus in illis per annum insorduerit, etiam contra eum, tamquam de hæresi suspectum, procedi possit»: Concilio di Trento, sess.XXV, cap.III *de reformatione generali*.

²⁶⁹ La sodomia rientra tra le competenze dell'Inquisizione romana a partire dal 1557 ma già alla morte di Paolo IV «non se ne troveranno più tracce»: Romeo, *Amori proibiti*, cit., p.22. L'Inquisizione spagnola mostra, invece, particolare attivismo. Cfr. Prosperi, *Tribunali della coscienza*, cit., pp.140, 339 e 465-466; Canosa, *Sessualità e inquisizione*, cit., pp.53-62.

²⁷⁰ «Tentans mulieres in actu confessionis, est suspectus de fide vehementer quomodo sentit de Sacramento poenitentia»: Genovese, *Praxis Archiepiscopalis Curia Neapolitanae*, Napoli 1602, cap.LXXIX, pp.423-424. Una disamina della disciplina in Santarelli, *Tractatus de hæresi, schismate, apostasia, sollicitatione in sacramento Poenitentia*, Romae 1625, capp.XLIV-XLVI, pp.446-472. «Da purificazione dell'anima la confessione poteva diventare corruzione e lussuria: perché, come per una intrinseca capacità transitiva la colpa poteva diffondersi dal corruttore alla vittima, così desiderio ed eccitazione potevano trasferirsi dalla penitente al confessore»: Pelaja – Scaraffia, *Due in una carne*, cit., pp.134-136. Diffusamente sull'argomento, Prosperi, *Tribunali della coscienza*, cit., pp.508-542. Ma anche Canosa, *Sessualità e inquisizione*, cit. pp.10, 87-100 e 211-219; Romeo, *Esorcisti confessori e sessualità femminile nell'Italia della Controriforma*, Firenze 1998. Sul reato in Spagna: Sarrión Mora, *Sexualidad y confesión. La sollicitación ante el Tribunal del Santo Oficio (siglos XVI-XIX)*, Madrid 1994; Alejandro, *El veneno de Dios. La Inquisición de Sevilla ante el delito de sollicitación en confesión*, Sevilla 1994; Halickzer, *Sexualidad en el confesionario: un sacramento profanado*, Madrid 1998; Vidal, *Historia de la teología moral*, IV, 1, cit., pp.994-997.

²⁷¹ Il testo della bolla *Universi Dominici gregis* (1622) di Gregorio XV è in *Avvertimenti di San Carlo per li confessori*, Roma 1700, pp.181-190.

²⁷² Cfr. Sánchez Ortega, *Un sondeo en la historia de la sexualidad sobre fuentes inquisitoriales*, in Pérez Villanueva (cur.), *La Inquisición española. Nueva visión, nuevos horizontes*, Madrid 1980, pp.917-930; Pérez Escohotado, *Sexo e Inquisición en España*, Madrid 1992; Tedeschi, *Il giudice*, cit., pp.87-92; Scaramella, *Controllo e repressione ecclesiastica della poligamia a Napoli in età moderna. Dalle cause matrimoniali al crimine di fede (1514-1799)*, in Seidel Menchi – Quagliani (curr.), *Trasgressioni*, cit., pp.443-502; Siebenhüner, «M'ha mosso l'amore». Bigami e inquisitori nella documentazione dei

dell'istituzione iberica c'è un dato politico determinante: mentre altrove i tribunali di fede erodono la competenza statale, in Spagna servono allo scopo opposto. Una vera e propria campagna di moralizzazione sessuale interessa la penisola tra la seconda metà del Cinquecento e la prima del Seicento. Le città di Siviglia e Toledo, in particolare, sono teatro di autodafé e centinaia di processi per *deshonestad*, a testimonianza dell'estrema serietà con cui si agisce contro questo reato²⁷³. L'intervento dell'Inquisizione, pertanto, completa lo spettro di una competenza quanto mai variegata: i *delicta carnis*, come pochi altri, danno l'idea di un universo di tribunali che rispondono ad urgenze e bisogni diversi, oscillando tra le soluzioni più miti e quelle più severe, quelle segrete e quelle spettacolari. Regge la libbra e brandisce la spada, questa Giustizia dai mille volti.

Sant'Uffizio romano (secolo XVII), in Seidel Menchi – Quagliani (curr.), *Trasgressioni*, cit., pp.503-534; Lavenia, *Un'eresia indicibile. Inquisizione e crimini contro natura in età moderna*, Bologna 2015.

²⁷³ Canosa, *La restaurazione*, cit., pp.28-30.

Capitolo III

IL PROCEDIMENTO CRIMINALE NEL SOLCO DELL'ACCUSATIO

1. *Il ruolo dell'accusatio alle soglie della Modernità. Persistenze e ibridazioni*

Secondo le ricostruzioni più schematiche, nel Cinquecento si sarebbe finalmente compiuto quel lungo processo di affermazione del rito inquisitorio, avviato già a metà Duecento e puntualizzato nel *Tractatus* di Alberto Gandino¹. L'*inquisitio* costituirebbe il segno più tipico di un diritto aspro, in perfetta sintonia con l'affermazione della teocrazia romana e, poi, dello Stato assoluto. Questa lettura – condizionata dal pregiudizio evolutivo – semplifica una Storia complessa, ricca di torsioni e sopravvivenze. La “scoperta” delle fonti archivistiche ha messo in crisi le certezze consolidate, spingendo a rivalutare la dimensione “orizzontale” del processo². La nascita del modello inquisitorio non ha perciò comportato l'improvvisa scomparsa della vecchia *accusatio*: gli studi relativi alla fase bassomedievale evidenziano una sostanziale convivenza dei due modelli almeno fino al XV secolo³.

¹ Nella seconda metà del secolo XIX, questa linea evolutiva è tracciata con chiarezza da Carrara, Programma del corso di diritto criminale, II. Del giudizio criminale, Bologna 2004, pp.95-99. La si ritrova in Siciliano Villanueva, Inquisizione (Diritto ecclesiastico e Storia del diritto), in Lucchini (cur.), Il digesto italiano, vol.XIII, parte I, Torino 1906, pp.1186-1196; Salvioli, Storia della procedura, cit., parte II, pp.373-395; Manzini, Trattato di diritto processuale penale italiano, Torino 1952, I, p.38; Cordero, Riti e sapienza del diritto, Roma Bari 1981, pp.355-363. Capita di riscontrare conclusioni forse un po' troppo nette anche in alcune sintesi recenti (pur pregevoli nel complesso). «Nell'Europa del Cinquecento il progressivo accentramento del potere nelle mani del sovrano e lo sviluppo degli apparati burocratici tendono (...) a erodere i residui spazi lasciati all'iniziativa e al ruolo processuale del singolo, a impedire il ricorso a schemi procedurali di ispirazione civilistica, a bloccare forme popolari di giudizio e, quindi, ad accantonare decisamente l'accusatio. Su questo sfondo e in questo clima politico e culturale assistiamo alla definitiva vittoria dell'inquisitio»: Dezza, Lezioni di Storia del processo penale, Pavia 2013, p.21. «Il sistema inquisitorio si diffuse progressivamente a partire dal XIII secolo – in particolare in seguito al Concilio lateranense – attraverso il processo “romano-canonico”. L'influenza della cultura giuridica canonistica e delle esigenze di rigorosa tutela dell'ortodossia teologica e sociale condussero dal XVI secolo – in seguito alla Controriforma – alla affermazione generalizzata di tale modello»: Alvazzi del Frate – Serges, Garantismo e inquisizione, in Cavina (cur.), La giustizia, cit., pp.14-15.

² Si rimanda in particolare a Sbriccoli, Giustizia negoziata, cit., pp.1224-1245; Rosseaux, Politiques judiciaires et résolution des conflits dans les villes de l'Occident à la fin du Moyen Âge, in Chiffolleau – Gauvard – Zorzi (curr.), Pratiques, cit., pp.497-526. Cfr. anche la bibliografia citata al capitolo VII.

³ È ciò che emerge dalle ricerche di Massimo Vallerani su Bologna e Perugia, città dove pure Gandino aveva operato e sperimentato i suoi poteri *ex officio*. Convinto che «il paradigma evolutivistico abbia creato gli equivoci più gravi», lo Studioso ha mostrato come *accusatio* e *inquisitio* sono «due modelli elaborati quasi in parallelo, a cavallo tra XII e XIII secolo, e non in una successione di improbabili fasi evolutive»: Vallerani, La giustizia pubblica medievale, Bologna 2005, pp.13 e 78. Cfr. Id., Il sistema giudiziario del comune di Perugia. Conflitti, reati e processi nella seconda metà del XIII secolo, Perugia 1991, pp.37-125; Id., Modelli processuali e riti sociali nelle città comunali, in Chiffolleau – Martines – Paravicini Bagliani, Riti e rituali nelle società medievali, Spoleto 1994, pp.114-140; Id., I processi accusatori a Bologna tra Due e Trecento, in Società e Storia, LXXVIII (1997), pp.741-788; Id., Il potere inquisitorio del podestà. Limiti e definizioni nella prassi bolognese del Duecento, in Studi in onore di Girolamo Arnaldi, Roma 2001, pp.379-417; Carbasse, Justice populaire, justice savante. Les consulats de la France méridionale (XII-XIV siècle), in Chiffolleau – Gauvard – Zorzi (curr.), Pratiques, cit., pp.347-526; Lonza, L'accusatoire et l'infrajudiciaire. La formule mixte à Rague au Moyen Âge, in Chiffolleau – Gauvard – Zorzi (curr.), Pratiques, cit., pp.643-658;

Per l'Età moderna, manca ancora nella storiografia italiana un'indagine che, processi alla mano, fornisca dati precisi sul peso dell'*accusatio*. Problema cruciale, perché una sua persistenza indicherebbe che l'interesse statale non è totalizzante, e che la domanda "dal basso" è ancora apprezzata e determinante⁴. Certo, negli ordinamenti di Antico Regime tutte le devianze nevralgiche sono conosciute *ex officio*: ma il sistema penale non si esaurisce con gli *atrocissima* (che peraltro – in quanto *delicta excepta* – testimoniano solo in parte la prassi seguita per gli altri reati). Senza dubbio, il paradigma della disobbedienza tende a trasformare l'ordinamento penale, ed è mutuato da un uso elastico di lesa maestà ed eresia; ma, come intravedeva Sbriccoli, il discorso pare «più articolato (...) in ordine alle violazioni che hanno a che fare (...) con la morale sessuale»⁵. Entrano in gioco valori come l'onore e l'autonomia domestica, che spingono per soluzioni meno rigide ed invasive. Su questo terreno così delicato, i corpi sociali rivendicano un ruolo decisivo, e ciò può favorire la persistenza di schemi e mentalità accusatorie. Da parte nostra, indagheremo la dialettica tra modelli affidandoci alla legislazione e al pensiero giuridico.

Il Cinquecento è il secolo delle grandi ordinanze, che consacrano l'*inquisitio* come strumento principe della repressione. Tuttavia, rileggendole senza pregiudizi storiografici, ci si accorge che nessuna di esse recide completamente col passato e con l'accusatorio⁶.

Zorzi, Pluralismo giudiziario e documentazione. Il caso di Firenze in età comunale, in Chiffolleau – Gauvard – Zorzi (curr.), *Pratiques*, cit., pp.125-187. Tali risultati smentiscono l'impostazione consolidata, ribadita solo pochi anni prima da Cordero, Guida alla procedura penale, Torino 1986, pp.46-47: «Quando Alberto da Gandino lavora al *Tractatus de maleficiis* (...) l'*actum trium personarum* appartiene al passato». Al contrario, ci si è accorti che «in termini quantitativi le inchieste avviate d'ufficio rimasero sempre largamente meno numerose rispetto a quelle tradizionali»: Zorzi, *Negoziazione penale, legittimazione giuridica e poteri urbani nell'Italia comunale*, in Bellabarba – Schwerhoff – Zorzi (curr.), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna*, Bologna 2001, p.21.

⁴ Per quanto attiene il matrimonio e i delitti carnali, l'imponente ricerca coordinata da Silvana Seidel Menchi e Diego Quaglioni – pur chiarendo molti punti oscuri – non ha affrontato in modo diretto il problema del rito processuale. I risultati sono raccolti nei quattro volumi: *Coniugi nemici: la separazione in Italia dal XII al XVIII secolo* (Bologna 2000); *Matrimoni in dubbio: unioni controverse e nozze clandestine in Italia dal XIV al XVIII secolo* (Bologna 2001); *Trasgressioni: seduzione, concubinato, adulterio, bigamia. XIV-XVIII secolo* (Bologna 2004); *I tribunali del matrimonio. Secoli XV-XVIII* (Bologna 2006). Da questi studi archivistici, comunque, sembra desumersi che la parte lesa conservi un ruolo di primo piano anche in Età moderna. Si veda in proposito Lombardi, *Il reato di stupro*, cit., pp.366-367 che, seppur di sfuggita, nota la presenza di querela e *positiones* come elementi caratterizzanti i processi criminali per *stuprum*.

⁵ Sbriccoli, *L'inquisizione*, cit., I, p.141.

⁶ La LXXVI *ley de Toro* (1505) dà per scontata quella possibilità di accusare prevista dalle *Partidas* e dal *Fuero Real*. La *Nueva Recopilación* (1567) si pone sullo stesso solco di continuità: con le disposizioni dei titoli II-VII del libro IV, essa descrive un meccanismo sostanzialmente accusatorio, con tanto di giuramento di calunnia e posizioni: ciò che manca, nell'opera filippina, è proprio una normativa generale sull'*inquisitio*. Nemmeno la *Carolina* (1532) rinnega l'iniziativa di parte. Essa, pur disciplinando in modo scrupoloso il rito inquisitorio (Carolina, 18-77), prevede espressamente l'azione di parte (Carolina, 11-14 e 17) e ripristina persino la sanzione contro gli accusatori temerari: in luogo del desueto taglione è introdotta la fideiussione o *cautio* (edizione di riferimento: *Augustissimi imperatoris Caroli quinti de capitalibus iudiciis constitutio*, Basilea 1543). Le *Constitutiones Domini Mediolanensis* (1541) si caratterizzano per la *denuntiatio* obbligatoria in capo ad Anziani e Consoli (*Constitutiones Domini Mediolanensis*, 4.1.1 e 4.1.2), ma affermano testualmente la possibilità di procedere *per accusationem* (*Constitutiones Domini Mediolanensis*, 4.1.6, 4.1.8 e 4.1.9). Anche qui, il vecchio taglione è stato rimpiazzato: la condanna alle spese è cosa ben diversa, e più lieve, ma la sua presenza dimostra che c'è ancora spazio per un processo triadico. Cfr. Garoni, *Observationes*, cit., in tit. de *Accusationibus et Denuntiationibus*, art.9, nn.12-13, pp.16-17. Rimane il caso della Francia, Paese più "moderno" degli altri e teatro di soluzioni più nette. L'*Ordonnance sur le fait de la justice* di Villers-Cotterêts (1539) sembra rompere col passato, imponendo un unico rito istruttorio di

Senza dubbio, gli Stati nascenti hanno bisogno di rafforzare l'inquisitorio e farlo accettare come strumento ordinario: per questo ne specificano la disciplina con interventi di diritto positivo. Ma gli scarni riferimenti all'*accusatio* non ne implicano la scomparsa: d'altra parte, non c'è una disposizione scritta che ne vieti l'uso⁷. La legislazione del secolo XVI, testimonianza inequivoca del nuovo ruolo che le monarchie intendono assumere, resta pur sempre osmotica col diritto comune e con la prassi, non disdegnate in caso di lacuna⁸. Così, l'*accusatio* resiste nelle periferie del sistema: azioni quasi-criminali, crimini lievi affidati alla bassa giurisdizione, crimini atroci come i nostri che però, date le contingenze del caso, destano poco scalpore ed è meglio lasciare alla dialettica delle parti⁹.

Come si pongono, davanti a questo fenomeno, i giuristi? Esiste ancora uno spazio per l'*accusatio*? Uno scavo nella criminalistica ci rivela un persistente interesse verso il processo su istanza di parte. Dal purismo accademico di Deciani al pragmatismo forense di Farinacci, le posizioni sfumano ma nessuno osa decretare l'inutilità della materia. Persino

carattere inquisitorio. Anche qui, tuttavia, si aprono alcuni spiragli per le parti. *In primis* perché la querela della vittima (*plainte*) obbliga il giudice a procedere, sottraendogli qualunque discrezionalità circa l'esercizio dell'azione penale. *In secundis* perché, all'esito dell'*instruction*, il giudice può optare per la procedura *extraordinaire* inquisitoria o, piuttosto, per una dialettica di tipo accusatorio. «Nei casi meno gravi, o nei quali le prove raccolte si dimostravano più deboli, l'accusato veniva rimesso alla procedura ordinaria»: Alessi, Il processo penale, cit., pp.78-79. Cfr. Allard, Histoire, cit., p.215; Carbasse, Histoire du droit pénal et de la justice criminelle, Paris 2000, pp.216-217. La dicotomia delle fasi, con la possibile biforcazione tra procedura ordinaria e straordinaria, era già stata introdotta dall'*Ordonnance* di Blois (1498). Il compromesso non manca di suscitare il dissenso dei giuristi culti, fautori dell'accusatorio (Pierre Ayrault, Jean Constantin e Charles Dumoulin si scagliano apertamente contro l'Ordinanza di Villers-Cotterêts), ma risponde alle *doléances* degli Stati generali, i cui membri avevano invocato maggior rigore contro i criminali. Cfr. Esmein, Histoire de la procédure criminelle en France, Frankfurt am Main 1969, pp.135-174; Laingui – Lebigre, Histoire du droit pénal, Paris 1979, II, pp.81-83.

⁷ Bisognerà aspettare il Dispotismo illuminato per farne *tabula rasa*. Per quanto attiene i territori asbrugici, sarà la *Theresiana* (1768) a stabilirne l'abrogazione. D'altra parte, i giuristi continueranno a parlarne fino al tramonto dello *ius commune*: formule vuote, prive di riscontri pratici? Così ritiene Dezza, Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni, Milano 1989, pp.74-76 e 89-90. Solo una ricerca archivistica approfondita potrà chiarirlo. Una cosa è certa: morta o viva che fosse, neanche in pieno Settecento l'*accusatio* è ignorata.

⁸ La possibilità di ripescare in via interpretativa il processo triadico è caldamente sostenuta da Matthes: riscontratane la mancanza nello Statuto di Utrecht, suggerisce la possibilità di ricorrere al diritto comune. Una pura «battaglia difensiva», come sostiene Dezza, Accusa e inquisizione, cit., p.115? Certo l'Olandese scrive a metà Seicento, ai margini della nostra ricerca: gli apparati si sono rafforzati e l'inquisizione avanza vistosamente. Ma Matthes – che per certi aspetti è un innovatore, ma per altri è ancora dentro la Prima età moderna – da questo punto di vista non sembra differire dai pratici del Cinquecento. Si limita, senz'alcuna velleità rivoluzionaria, a registrare l'esistenza di una duplice procedura, ponendosi problemi di interpretazione dello statuto simili a quelli dei suoi predecessori. Rimane pienamente dentro la dialettica tra *ius commune* e *ius proprium*, con un occhio rivolto alla prassi: prassi interna e prassi esterna, se è vero che per corroborare il suo ragionamento invoca i *mores* della vicina Olanda, che ammettono la *facultas accusandi*. La sua opinione testimonia la crescita esponenziale del rito *ex officio* ma, al tempo stesso, dimostra che la vittoria non è ancora completa. Cfr. Matthes, De criminibus, cit., lib.XLVIII, tit.XX, cap.II, n.2, p.668. Le comunità restano legate alla «loro» giustizia orizzontale e sono pronte a difenderla, come dimostrano proprio i Paesi Bassi: lo *Stylé criminele* del Duca d'Alba (1570) – redatto col contributo di giuristi come Viglius von Aytta e Josse de Damhouder – scatena una violenta insurrezione, tanto che la Pace di Gand (1576) ne decretò la sospensione.

⁹ L'accusatorio, oltretutto, è l'*ordo* praticato nelle cause civili, nel quale «l'autorità pubblica si limita a fornire il quadrato, le regole, l'arbitro, e promette l'esecutività del risultato»: Sbriccoli, Vidi communiter observari. L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII, in Id., Storia del diritto penale, cit., I, p.76, n.6.

un campione della repressione come Carpzov – seguendo la lezione di Claro – riconosce il dualismo procedurale¹⁰, ed anzi contesta alla sua fonte di aver sminuito fin troppo l'*accusatio*, descrivendola come ormai subalterna all'*inquisitio*¹¹. Contro l'Alessandrino, Carpzov ribadisce ciò che la più consolidata dottrina di *ius commune* aveva sostenuto: l'inquisitorio ha natura *extraordinaria*, l'accusatorio *ordinaria*¹².

A ben vedere, la soluzione di questo problema non sembra determinare ripercussioni significative. La testimonianza di Claro, giudice esperto e prestigioso, va presa sul serio per quanto attiene gli aspetti concreti della questione. D'altra parte, *ordinarium* ed *extraordinarium* non vanno contrapposti in modo troppo rigido: nella concezione giuridica del tempo, quest'ultimo rappresenta un momento dialettico di perenne – e ineliminabile – aggiornamento, in un diritto che si fonda su fonti autoritative estremamente datate¹³. L'*extraordinarium* fa crescere l'ordinamento: al netto della sua consolidazione, può divenire un'altra dimensione dell'ordinario, senza per questo cancellare il vecchio. Così l'*inquisitio* – soluzione congeniale a una domanda di giustizia posta dall'alto – può diventare ordinaria, ma convivere con un'*accusatio* che continua a rispondere a bisogni

¹⁰ «Dupliciter itaque in causis criminalibus proceditur, per viam accusationis, et per inquisitionem»: Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CIII, n.17, p.17. Sebbene la dottrina più scrupolosa individuasse altri quattro *modus procedendi* (*denuntiatio*, *exceptio*, *notorium* e *deprehensio in flagranti*), già a partire dalla sintesi di Claro si tende a ricondurli tutti alle due macrocategorie di *accusatio* e *inquisitio*. «Tu ergo dic, quod in causis criminalibus duobus modis proceditur, scilicet vel ex officio, vel ad instantiam partis (...) Dico igitur, quod ad instantiam partis proceditur, quando pars offensa, vel alius ad quem de iure spectare potest ius accusandi, porrigit accusationem seu querelam, et super ipsa querela proceditur. Et hec est illud, quod scribentes appellant procedere per viam accusationis. Ex officio proceditur, quando iudex a se ipso et ex suo officio assumit informationes contra delinquentem, et contra eum procedit. Et hæc est quod dicitur procedere per viam inquisitionis»: Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.III, n.1, fol.103A.

¹¹ A detta del giurista sassone, Claro «confundit namque accusationem cum inquisitione, et in effectu non nisi unicum modum procedendi facit, scilicet inquisitionem (...) Quod forsan ita obtinet de moribus ac consuetudine Italiæ (...) secus vero in nostro foro: quo non tantum iudex ex officio inquit in causis criminalibus; sed in iisdem haud raro proceditur per viam accusationis, oblato libello, facta litis contestatione, probatione et reprobatione, ac postea super attestata disputationibus hinc inde admissa, donec usque sententia feratur»: Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CIII, nn.14-15, p.16. D'altro canto, anche ai margini della Penisola ci sono realtà dove l'accusatorio si mantiene prevalente (Sicilia, Sardegna, Corsica): Salvioli, *Storia della procedura*, cit., parte II, p.383.

¹² Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CIII, nn.17-21, p.17. Claro, al contrario, aveva senz'altro ammesso che «ex istis duobus modis seu remedijs procedendi contra delinquentes, loquendo secundum ius commune, alterum scilicet accusationis seu querelæ erat ordinarium, alterum vero, scilicet inquisitionis, sive ex officio erat extraordinarium», tuttavia «quicquid sit de iure communi, hæc omnia cessant ex consuetudine præsentis temporis, nam etiam de iure civili hodie in quocunque casu permissum est iudici procedere ex officio» e pertanto «inquisitionis remedium est ita ordinarium, prout remedium accusationis»: Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.III, nn.3 e 5, fol.103. Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.XII, n.1, p.172 farà propria questa conclusione: «Hodie (...) utrumque remedium ordinarium censi» e tuttavia «ad accusationis materiam spectantia (...) non inutiliter pertactanda censi». Il dibattito interessa anche i giuristi spagnoli, dapprima tradizionali nel qualificare l'*inquisitio* come straordinaria, successivamente più problematici e accorti alla prassi: Alonso Romero, *El proceso penal en Castilla. Siglos XIII-XVIII*, Salamanca 1982, pp.96-98.

¹³ «Ordinary is the consolidated trial method, but in this context of jurisprudential law, the trial forms tends to evolve (...) The doctrine identifies, therefore, also a second level, that of the extraordinariness, which integrates the former; and it is correlated to it in that it constitutes its moment of updating, of permanent adjusting»: Meccarelli, *Dimension of justice and ordering factors in Criminal law from the Middle Ages till juridical Modernity*, in Martyn – Musson – Pihlajamäki (curr.), *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle. Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*, Berlin 2013, p.55.

“orizzontali”. Come ammette il Senatore, molto dipende dalle scelte compiute a livello locale: il fenomeno della statalizzazione incipiente non può che incidere sul punto¹⁴.

Più che il tramonto dell'*ordo trium personarum*, si registra la concreta ibridazione delle procedure in una sorta di processo misto. Sebbene adulterio e stupro – a differenza di ratto e sodomia – non siano crimini atrocissimi nei quali il giudice può “oltrepassare” la procedura in nome dell'*arbitrium procedendi*¹⁵, anche in queste ipotesi gli sono però

¹⁴ Proprio in questi secoli, lo *ius proprium* cresce ed assume una connotazione statale più marcata. Cfr. Birocchi – Mattone (curr.), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione. Secoli XVI-XIX*, Roma 2006. Claro stesso lo dimostra. A Napoli «nullus admittitur ad accusandum, nisi suam vel suorum iniuriam prosequatur». E così si potrebbe dire che in quel Regno «remedium inquisitionis factum est ordinarium, et remedium accusationis extraordinarium»: Claro, *Practica*, cit., par. *Finalis*, q.III, n.5, fol.103B. A giustificare tale affermazione il Rito della Vicaria *Item quod nullus laicus*: a ben vedere, però, questa scelta non nega affatto l'*accusatio* ma la circoscrive alla parte lesa, trasformando ogni reato in *delictum privatum*. Cfr. Maranta, *Speculum*, cit., fol.84A. La prassi, poi, testimonia che «accusationes omnium in Regno recipiuntur, postea partibus instantibus reijciuntur»: tutti sono ammessi all'accusa, salvo ripulsa successiva su eccezione del reo. Ne fa fede de Franchis, *Decisiones*, cit., dec.382, nn.9-10, fol.184A e lo ribadisce l'*additio* n.3 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par. *Adulterium*, fol.3A. Nelle Fiandre, l'*accusatio* del privato è ammessa ma la *conclusio ad poenam criminalem* è riservata al fisco: Claro conosce le consuetudini fiamminghe tramite la testimonianza di de Damhouder, *Praxis*, cit., cap.VII, nn.5-6, fol.4B. In Francia – caso estremo – «per ordinationes Regias prohibita est accusatio, etiam si quis velit suam aut suorum iniuriam prosequi»: Claro, *Practica*, cit., par. *Finalis*, q.III, n.5, fol.103B. Il riferimento è, chiaramente, all'Ordinanza di Villers-Cotterêts; il Senatore specifica che la restrizione riguarda solo la *vindicta publica*, non già l'*interesse civile*. A ben vedere, pur calcando la mano in favore del processo *ex officio*, l'Alessandrino non nega l'*instantia partis*, cui pure dedica sei *questiones* (XII-XVIII) a fronte delle sette relative all'*inquisitio* (IV-XI). Con ciò, non s'intende negare che Claro ritenga quest'ultima più rilevante della prima (la stessa topografia del paragrafo *Finalis* inverte le soluzioni tradizionali, antepoendo il rito inquisitorio a quello accusatorio; Farinacci seguirà questa nuova impostazione, Carpozov no): ma è forse il caso di stemperare le conclusioni troppo nette di Dezza, *Lezioni*, cit., pp.27-29.

¹⁵ Sul punto, in realtà, Claro è piuttosto confuso. Prima infatti afferma che solo «in atrocioribus» è possibile modificare la procedura standard (la previsione di «aliqua specialia adversus delinquentes» è indice della massima gravità del crimine); poi invece scrive che «in enormibus et atrocibus criminibus permittitur iudicibus iura transgredi etiam in procedendo», così abbassando la soglia al livello dei *crimina atrocita*. In questo modo, adulterio e stupro rientrerebbero nell'ambito dei delitti per i quali il giudice può modificare la procedura *ex arbitrio*. La contraddizione è frutto della scarsa chiarezza che l'Autore circa il novero e la natura dei *delicta gravia* e *gravissima*, materia peraltro abbondantemente rimessa all'interpretazione. Ne consegue che la possibilità di ricorrere all'*arbitrium in procedendo* è definibile solo in base agli orientamenti locali: lo stesso Claro prende atto di posizioni differenti tra il Senato di Milano e la Vicaria napoletana. Il primo sostiene la sua assoluta facoltà d'intervenire *extra ordinem* sia nei crimini atroci che in quelli atrocissimi (quel tribunale, d'altra parte, si vanta di *iudicare tamquam Deus*); la seconda, al contrario, aveva chiaramente affermato che la massima «in enormibus licet iura transgredi» comporta solo l'*arbitrium in puniendo*, non già quell'*arbitrium in procedendo* che attiene solo i crimini atrocissimi. Alla base della soluzione partenopea ci sono esplicite istanze di garanzia: come spiega Tommaso Grammatico, l'*arbitrium in puniendo* colpisce un soggetto la cui responsabilità è ormai accertata («habet locum quando constat reum esse verum delinquentem»), mentre l'*arbitrium in procedendo* tocca una persona che potrebbe essere innocente («quia in processu nondum vere scitur, an accusatus vel inquisitus sit verus delinquens necne»). È bene, dunque, riservare le deroghe procedurali soltanto ai casi peggiori. Così si era espresso il capitolo *Si cum sceleratis* di Roberto d'Angiò (1313), che aveva riconosciuto alla Vicaria – in caso di «crimine hæresis, lesæ Majestatis, falsæ monetæ, desrobatione di strada» (tutti crimini poi definiti atrocissimi) – la facoltà di modificare l'*ordo* ed anticipare la tortura alla fase informativa in nome della *præminentia* di quella corte. Cfr. Claro, *Practica*, cit., par. *Primus*, nn.9-10, fol.1B e Grammatico, *Consilia*, cit., vot. XXXIV, n.23, fol.176A. Sul Senato di Milano: Petronio, *Il Senato di Milano*, cit.; Monti, *Iudicare tamquam Deus. I modi della giustizia senatoria nel Ducato di Milano tra Cinque e Seicento*, Milano 2003. Sulla Vicaria: Pescione, *Corti di giustizia*, cit., pp.359-360; Cortese, *Nicolaus de Ursone de Salerno. Un'opera ignota sulle lettere arbitrarie angioine nella tradizione dei trattati sulla tortura*, in Per Francesco Calasso. *Studi degli allievi*, Roma 1978, pp.242-249; Miletti, *Tra equità e dottrina. Il Sacro Regio Consiglio e le decisiones di Vincenzo de Franchis*,

riconosciuti alcuni poteri incisivi. L'attivazione *ab instantia partis*, infatti, non trasforma il processo criminale in una controversia tra privati. L'accusatore promuove la causa per ragioni personali, ma in nome di un interesse pubblico alla punizione¹⁶. Consapevole di questo, il giudice può lasciar fare alle parti, ma rimane guardingo e pronto ad intervenire. Così, come notava Sbriccoli, la differenza tra accusatorio e inquisitorio viene a sfumarsi, e le due «maniere processuali» si rivelano tali «da poter essere reintrecciate tra loro nell'effettivo svolgimento del processo»¹⁷. Ne deriva quella «mixture seu cumulatio utriusque remedij»¹⁸, che in parte è frutto della necessità del caso, in parte diventa *stylus curiae*¹⁹. *Accusatio* e *inquisitio* – più che forme opposte ed alternative – si rispecchiano in

Napoli 1995, pp.339-343. Le difficoltà nascono dal fatto che la formula «in enormibus licet iura transgredi» – coniata da Innocenzo IV e diffusa da Baldo – era sorta in un contesto dove il *magis enorme* non s'era ancora distinto dall'*enorme*. Nel Cinquecento – al termine di un processo che porta *hæresis, crimenlæse, sodomia, bestialitas, raptus*, etc. nell'empireo del penale egemonico – la massima medievale dev'essere reinterpretata, anche perché la dimensione dell'*extraordinarium* non è più quella dell'*inquisitio*, ma quella dei procedimenti *ex abrupto*. L'impostazione napoletana sembra prevalere su quella milanese; anche Carpzov ammette l'*arbitrium in procedendo* soltanto per gli *atrocissima*: Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CII, n.68, p.14. È bene sottolineare che la possibilità di *iura transgredi* è riconosciuta solo alle corti sovrane, mentre quelle inferiori vengono continuamente richiamate all'osservanza di procedura e pene: Alessi, *Il processo penale*, cit., p.69. Lo testimonia Matteo d'Afflito, In *utriusque Siciliae*, cit., prima pars, lib.I, proemium, nn.44-45, fol.21A e lib.I, rubr.XCVI, n.31, fol.230A: «Iudices inferiores debent esse contenti imponere poenam (...) statutam a lege (...) Propter terribiles casus licet leges transgredi, et hoc habet locum in magistratibus superioribus, non in iudicibus, qui habent iudicare secundum legem». Contrariamente al giudizio negativo di Salvioli, *Storia della procedura*, cit., parte II, p.373, l'*arbitrium* non è affatto anarchia: esso si mostra *liberum*, cioè pieno, soltanto ai vertici e pur sempre in virtù di una *magna causa*. L'*arbitrium liberum* è dunque una prerogativa della sovranità, perché solo il sovrano può farsi interprete dell'*æquitas rudis*. La criminalistica insiste sul punto, nell'ottica di «un progetto di gerarchizzazione dei poteri giudiziari» che marca la differenza tra centro e periferia. Ai giudici di rango più basso resta un più ristretto *arbitrium regulatum*. Sui concetti di *arbitrium liberum* e *regulatum*, cfr. Meccarelli, *Arbitrium*, cit., pp.31-34 e 81-128 (la cit. è a p.96). Su quelli di *arbitrium in puniendo* e *in procedendo*, cfr. le pp.195-200 e 273-277.

¹⁶ *Inquisitio* ed *accusatio criminalis* tendono allo stesso fine: la *vindicta publica*. Cfr. Deciani, *Tractatus*, cit., I, lib.III, cap.I, nn.3-3, p.117; Matthes, *De criminibus*, cit., lib. XLVIII, tit.XIII, cap.I, n.1, p.458. Dal punto di vista del risultato, i due modelli si rivelano fungibili e perciò sovrapponibili. Più netta è la differenza tra *accusatio criminalis* ed *actio civilis quasi criminalis* poiché – pur condividendo la stessa procedura accusatoria – tendono a risposte sostanzialmente diverse. In quest'ultimo caso, infatti, la parte lesa invoca una pena privata a suo esclusivo vantaggio: lo schema triadico resta immune da ibridazioni e il giudice rimane spettatore imparziale, giacché non riconosce nella contesa un *interest Rei publicæ*. La distanza che separa *accusatio* ed *actio* è pertanto rimarcata da Deciani e Matthes, giuristi particolarmente accorti alla precisione terminologica. Entrambi, notano una certa confusione verbale. La differenza è giustificata proprio in base ai diversi risultati cui tendono tali rimedi. «Actione id quod nostrum est, vel quod nobis abest; accusatione publicam vindictam persequitur»: Id., *De criminibus*, cit., lib. XLVIII, tit.XIII, cap.I, n.1, p.458.

¹⁷ Sbriccoli, *Vidi communiter observari*, cit., I, p.75. Lombardi, *Matrimoni di Antico Regime*, Bologna 2001, p.163 rileva una procedura ibrida dalle sue ricerche d'archivio: «In realtà, a mano a mano che si scorrono le carte processuali, ci si rende conto che le differenze tra procedura civile e criminale (i.e. accusatoria e inquisitoria) erano assai labili. Soprattutto nel Cinquecento è difficile porre un confine netto tra le due procedure».

¹⁸ Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.III, n.6, fol.103B.

¹⁹ La Castiglia moderna, ad esempio, consolida l'ibridazione tra i due modelli procedurali, pur descritti in modo autonomo dalle *Partidas*. In tale procedura mista restano egualmente protagonisti sia il giudice che la parte lesa. L'ampio spazio riconosciuto a quest'ultima pone la Spagna, inaspettatamente, tra i paesi dove meno univoco è il processo di pubblicizzazione della giustizia. Alonso Romero, *El proceso penal*, cit., pp.91, 140 e 162-167. Cfr. pure Ead., *Orden procesales y garantías entre Antiguo Régimen y constitucionalismo gaditano*, Madrid 2008, pp.35-44. Simili scenari si profilano anche per la Serenissima: Povolo, *Dall'ordine della pace all'ordine pubblico. Uno sguardo da Venezia e il suo stato territoriale*, in Id. (cur.), *Processo e difesa penale in Età moderna. Venezia e il stato territoriale*, Bologna 2007, pp.15-107.

single fasi del procedimento, specie per quanto attiene il modo di raccogliere le prove²⁰. Non c'è, dunque, «una procedura data in sé e conclusa, ma una creazione complessa e polifonica» tanto che «il giudice segue un iter di base ma lo modifica tenendo conto degli impulsi provenienti dalle parti»²¹. Sia la *iustitia* che la *disciplina*, d'altronde, richiedono risultati concreti più che formalismo procedurale: questo modellare il processo su domande e necessità resterà caratteristico fino alle soglie della codificazione.

Tali contaminazioni si possono realizzare in modi diversi. Laddove il giudizio sia iniziato *ex officio*, è possibile ammettere l'intervento successivo dell'accusatore privato; viceversa, se il procedimento è stato promosso *ex instantia partis*, il giudice è legittimato ad intervenire quando vuole²². La sua presenza non esclude vecchi usi della giustizia, ma li subordina ad una valutazione positiva, onde evitare collusioni pericolose: non si tratta tanto di scongiurare l'elusione della legge, quanto di assicurare un risultato equo²³. Così, egli può tener presente i negoziati delle parti, favorirli ed evitare ulteriori misure, se l'*interest Reipublicæ* non richiede una pena ad ogni costo. In caso contrario, transazione e concordia non gli impediscono di proseguire, come sarebbe logico in una dinamica puramente accusatoria²⁴. Se le parti tergiversano o desistono «in qualunque parte iudicij, et appellatione pendente, vel accusatore mortuo», può dare nuovo impulso al processo²⁵. Per l'adulterio, pur non potendo costringere alcuno ad accusare²⁶, è legittimato a procedere «contra uxorem» quando il marito si limita a citare solo il drudo²⁷.

Principi, questi, lucidamente sostenuti nella *decisio XXXI* di Tommaso Grammatico: il caso mostra, in modo esemplare, gli intrecci tra *accusatio* e *inquisitio* nella giurisprudenza napoletana d'inizio Cinquecento. Il marito tradito, scoperta sua moglie «in propria domo eiusdem adulteri et cum ipso adultero», aveva promosso un'*accusatio criminalis* contro entrambi: si era perciò configurato un *processus ordinarius*, con tanto di prove

²⁰ Sbriccoli, *Vidi communiter observari*, cit., I, pp.88-89.

²¹ Vallerani, *La giustizia pubblica*, cit., pp.14-15. Così, «licet de iure loquendo, accusatio et inquisitio non possint simul cumulari (...) sed accusatio facit cessare inquisitione» in virtù del suo carattere di rimedio ordinario, «attenta hac generali consuetudine, unum ex istis duobus remedijs (...) non facit cessare aliud, sed ambo concurrere possunt in principio, medio, et fine totius iudicij criminalis»: Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.III, n.6, fol.103B. Cfr. Dezza, *Accusa e inquisizione*, cit., pp.40-41.

²² Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.III, n.6, fol.103B. Si tratta, evidentemente, di una scelta discrezionale della corte, cagionata dall'interesse che suscita la singola causa, non da condizioni predeterminate: Sbriccoli, *Vidi communiter observari*, cit., I, p.86.

²³ Le parti potrebbero ben colludere, ma «non colludet iudex», commenta soddisfatto Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.III, n.6, fol.103B.

²⁴ Laddove «de re constat, legitime, debet iudex procedere»: è categorica l'*additio* n.10 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.Adulterium, fol.7A. Specificando l'avverbio «legitime», l'autore suggerisce che ciò non è scontato nella prassi. Cfr. Alonso Romero, *El proceso penal*, cit., p.182.

²⁵ Così l'*additio* n.7 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.Adulterium, fol.7A. «Poterit quidem Fiscus accusationem propositam per maritum prosequi, ubi ipse desisteret»: Garoni, *Observationes*, cit., in tit. de poenis, art.32, n.6, p.129. Cfr. Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CVII, nn.45-52, p.53. «Postquam vero hodie tergiversatio accusatoris iudicem ex officio inquirentem non impedit»: Id., *Practica*, cit., pars III, q.CVI, n.52, p.44.

²⁶ Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.XV, n.5, fol.123. «Nemo ad accusandum compelli queat» scrive Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CIV, n.52, p.26 che desume il principio da Carolina, 214. La norma, in realtà, è pensata per furti e casi analoghi: dunque, *stricto iure*, per delitti lievi. Ma la tradizione dottrinale andava in direzione della soluzione estensiva.

²⁷ *Additio* n.8 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.Adulterium, fol.7A.

schiacciati. A un certo punto, l'accusatore decide di perdonare la moglie, mantenendo però l'accusa contro l'amante: è possibile procedere *ex officio* contro la donna, stante l'intervenuta *remissio*? L'esempio evangelico dell'adultera «deprehensam in adulterio», ma lasciata andare da Cristo «quia non habuit accusatorem», fa pensare che il diritto divino vieti l'intervento suppletivo del giudice²⁸. Questa interpretazione, però, appare superata. «Adultera puniri debet etiam si maritus ibi parcat», per cui «desistente viro» il processo continua su iniziativa del fisco²⁹. L'accusa contro l'adultero, invece, prosegue parallelamente in base al primo impulso.

Il giudice è legittimato a supplire qualunque difetto, pur di giungere al risultato più opportuno. Può, ad esempio, «ex officio repellere» un accusatore inabile «ne (...) frustra

²⁸ «Mulier, ubi sunt? Nemo te condemnavit? (...) Nec ego te condemno; vade et amplius iam noli peccare»: Gv VIII, 10-11. Il passo costituisce un τόπος antinquisitorio sin dai tempi di Gandino: per disinnescare il potenziale esplosivo. Carpzov si preoccupa d'individuare i fondamenti biblici favorevoli al processo *ex officio*. Il giurista sassone – facendo leva su Es II, 11-14, Rom XIII, 1-4, Prv XX, 8 e XXIV, 11 – spiega che il magistrato è tenuto a vigilare sui delitti, tanto che nemmeno l'ignoranza ne scusa la negligenza. Egli infatti è come un pastore, che non sarebbe scusato «si lupus oves comedit et pastor nescit»: Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CIII, nn. 26 e 42, pp.18 e 20. Sulla scorta di queste argomentazioni, l'Autore può sostenere una diversa interpretazione del passo evangelico. Una convinta adesione al Protestantismo si riflette nel discorso (si noti: il fatto stesso di proporre un'interpretazione personale è frutto della svolta protestante). Carpzov afferma che, con quelle parole, Cristo non intese stabilire una regola processuale (l'improcedibilità per difetto di accusatore). Egli non ha assolto l'adultera in giudizio, ma s'è limitato a esercitare un atto di misericordia valido esclusivamente sul piano spirituale: «verba Salvatoris nostri (...) nec ego te condemno de absoluteione dumtaxat a reatu spirituali, non etiam a poena politica, accipi queant». Un nuovo modo di concepire il rapporto tra Stato e Chiesa è sotteso a questa rilettura del Testo sacro: nelle celebri parole all'adultera, Cristo volle indicare che «potestatem condemnandi reos personis ecclesiasticis non competere, sed tantummodo magistrati civili». La *sola scriptura* permette di ricavare un divieto *iure divino* in capo alla giustizia canonica: quello di stabilire *poenæ vindicativæ*. Queste spettano esclusivamente al potere civile, mentre la Chiesa si limiterà – seguendo l'esempio di Gesù che è venuto al mondo «docendi causa» – «ad poenitentiam et fidem per verbi prædicationem homines adducere». Cristo d'altro canto, pur rimettendo la *culpa* al ladrone penitente, non lo liberò affatto da quella croce che un magistrato aveva scelto come *poena*. Allo stesso modo, «si enim a magistratu legitime adultera juxta legem ad mortem fuisset condemnata, absque dubio Christus eam a poena non liberasset»: Id., *Practica*, cit., pars III, q.CVII, nn.16-17, p.50.

²⁹ Infatti «non obest fisco, quod maritus ipse successive remisit ac pepererit præfatæ eius uxori»: Grammatico, *Decisiones*, cit., dec.XXXI, nn.1, 4-6, fol.35. Nella vicina Sicilia, però, le cose procedono diversamente: *accusatio* e *inquisitio* appaiono egualmente intrecciate, ma la giustizia si rivela meno pubblicizzata. I casi narrati da Mastrilli, *Decisionum tribunalis Consistorii Sacræ Regiæ Conscientiæ Regni Siciliae, Francofurti ad Moenum 1627*, dec.CCXIII, pp.48-50 e Basilico, *Decisiones criminales, Florentiæ 1691*, dec.XV, n.41, p.204 mostrano chiaramente queste dinamiche. In entrambi, si nota un processo informativo di chiara matrice inquisitoria: ma mentre nel primo caso è scattato «ad instantiam partis», nel secondo ha preso avvio «ad instantiam Fisci», salvo poi intervenire l'accusa privata. Se l'informativa dà esito positivo, in Sicilia si suole emettere una *provisio* con la formula «fiat processus». A questo punto, il reo ha facoltà di provocare l'accusa della parte lesa, con una «cedula iniunctoria» o «purificatoria»: se essa non agisce entro un certo termine, il reo «habeatur pro absoluto, et liberato» dal carcere. Mastrilli si spende in una disamina delle possibili ragioni che legittimerebbero il fisco a procedere comunque. La contumacia non può pregiudicare se non l'assente: per cui l'inerzia del privato non può impedire al potere pubblico di punire il delitto. Spesso, tale inerzia dipende dalla collusione: d'altra parte «liberatio ex contumacia accusatoris, et lapsu terminis ipsi dati, non est vera liberatio quæ forte facta fuisset causa cognita, et re matura discussa». «Fiscus magis est dominus causæ criminalis, quam sit accusator»: se la parte pubblica può avviare un'informativa indipendentemente dal privato, perché successivamente dovrebbe risultare impedita dalla sua negligenza? Poste queste obiezioni sul piano generale, l'autore eccepisce che l'effetto preclusivo resta assoluto quando si versa in quei delitti che «ex forma Capitulorum Regni» sono riservati all'impulso privato, «nec veniebat imponenda poena mortis, mutilationis membri, vel deportationis». Basilico ricorda come questo principio fu applicato, nel 1628, in una causa «de stupro sub spe matrimonij». Per la legislazione sicula, infatti, lo stupro è un reato perseguibile solo su querela.

fatigetur accusatus»: e tuttavia, laddove la causa appaia fondata, può considerare l'*accusatio* illegittima come *denuntiatio* e far proprie le informazioni nulle che la parte aveva presentato³⁰. Nella fase probatoria, la corte può affiancare o sostituire la parte lesa. Da questo punto di vista, i *delicta carnis* pongono seri problemi in quanto *crimina difficilis probationis*: laddove l'accusatore stenti a provare – o finga di non riuscirci – il giudice può cumulare la sua attività inquisitoria a quanto dimostrato dalle parti³¹.

Tutto ciò evidenzia come il processo criminale di Antico Regime manchi di una scansione ferrea: pensato come luogo per fare giustizia, la sua struttura non dev'essere coerente con sé stessa, ma col suo scopo. Flessibilità ed indeterminatezza non ne costituiscono difetti, ma caratteri congeniti³². Il protagonismo dei togati non annulla la dimensione orizzontale dell'offesa, ma la reinterpreta. Il giudizio è attraversato da tensioni diverse: mitezza e severità; giustizia e disciplina; singoli e comunità; privati e istituzioni; Chiesa e Stato. Tra queste polarità, non è possibile stabilire *a priori* quale prevalga. Di certo, se il processo è «strumento di assicurazione dell'ordine imposto dall'alto», rimane ancora quel sostrato accusatorio che ne fa «luogo della soddisfazione privata, della vendetta mediata (...) risorsa d'uso per individui e comunità»³³. Non esiste, quindi, una chiave di lettura univoca per interpretarlo³⁴. Per quanto attiene questi centocinquanta anni, come si è relativizzato lo Stato assoluto³⁵, così bisogna revocare in dubbio il successo totale dell'inquisitorio.

³⁰ La sua prudenza può, quindi, orientarsi verso soluzioni opposte: tanto in senso garantistico (mettendo a tacere le pretese di un soggetto indegno di protezione), quanto in senso opposto (convertendo un giudizio ordinario in inquisitorio e sanandone il difetto): Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.XV, nn.1 e 4, fol.123A. Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.XII, nn.2-3, p.172.

³¹ Le informazioni ricavate *ex officio* si sommano a *probationes accusatoris e reprobationes accusati* e, a differenza di queste, possono intervenire anche dopo i termini: Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.III, n.6, fol.103B; Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CVI, nn.88-90, p.47. Cfr. Meccarelli, *Dimension of justice*, cit., p.54. La corte, ogniqualvolta ritenga che la *veritas* assuma un'importanza particolare, dispiega tutti i suoi poteri. Persino qualora «accusator in probatione (...) succumbat», in presenza di particolari indizi «reus condemnari non debet: nec tamen prorsus etiam absolvendus erit». Si ricorrerà piuttosto alla tortura, «quod quando fit, ordinarius processus cessat, et in processum inquisitorium commutatur»: Carpzov, *Practica*, cit., pars.III, q.CVI, n.96, p.47 e q.CVII, nn.58-60, p.54. L'ibridazione, dunque, può compiersi anche al termine di un procedimento che fino ad allora ha seguito la retta via dell'accusatorio (il quale, a rigore, non ammetterebbe la tortura, ma condannerebbe il promotore incapace di dimostrare i fatti).

³² «In such juridical orders, the trial is not simply a mechanism which permits applying the law, rather it is the dimension where law finds its realizations (...) The serial composition of the trial course becomes modified in relation to the needs of determination of justice, that emerge in the specific case»: Meccarelli, *Dimension of justice*, cit., pp.51 e 58.

³³ Sbriccoli, *Giustizia negoziata*, cit., p.1232.

³⁴ «È necessario falsificare due corrispondenti e fuorvianti favole politiche: quella più consolante (...) della comunità coesa, autonoma, e “naturalmente” normata e l'altra, più odiosa ma altrettanto improbabile – per le società di Antico Regime – dello Stato-giustiziere e legiferante, estraneo alle transazioni delle società locali»: Alessi, *La giustizia pubblica come risorsa: un tentativo di riflessione storiografica*, in *Penale giustizia potere*, cit., p.233.

³⁵ Fondamentale la lezione di Brunner, *Land un Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Südostdeutschlands im Mittelalter*, Wien 1939 che ha ribaltato il paradigma verticistico, suggerendo la lunga durata delle strutture corporative medievali. Con sfumature diverse, hanno problematizzato la natura dello Stato moderno, accentuandone il pluralismo e ridimensionandone l'assolutismo: Hespanha, *O Estado absoluto. Problemas de interpretação histórica*, Coimbra 1979; Chittolini, *La formazione dello Stato regionale e le istituzioni del contado*, Torino 1979; Clavero, *Tantas personas como*

Se la ricerca d'archivio può riservare sorprese, sembra condivisibile l'opinione di Mario Sbriccoli per cui sono proprio le *practicæ* ad offrire un quadro di sintesi tra teoria e prassi, capace di tener presente la realtà quotidiana senza immobilizzarla, ma riconducendola al linguaggio tecnico dell'*élite* più influente del tempo³⁶. A ben leggerle, esse non parlano solo di Stato ed inquisizione, ma rivelano un universo complesso, ricco di novità e persistenze, che non è né quello assolutista descritto dagli storici di una volta, né quello dell'infragiustizia, ma li assorbe entrambi. Nella faretra della giustizia di Antico Regime ci sono più frecce: e proprio questo fa sì che la via da imboccare non sia prestabilita, ma si scelga – ed anzi, si costruisca – volta per volta³⁷.

2. *Ius accusandi, ius querelandi: oscillazioni nelle corti secolari*

Questa premessa spiega perché, ancora in Età moderna, ci si sofferma sul tema dell'*accusatio*. Certo, nella sua applicazione integrale il rito triadico è desueto. Ma, nelle *practicæ*, i giuristi riservano particolare attenzione ad un tema che mostra rinnovata centralità: chi è abilitato a muovere l'accusa in caso di adulterio e stupro³⁸? Se tante formalità vengono meno, legislazione e dottrina riservano, tuttavia, nuovi spazi all'iniziativa di parte. *Querela* e *denuntiatio*, più agili, tendono a sostituire il *libellum accusationis* di una volta. Quanto a conseguenze vanno assimilati all'*inquisitio*, perché aprono la strada all'indagine del giudice³⁹. Quanto a funzione, però, rinnovano l'*accusatio*, dando voce a una domanda che sorge dal basso: la querela – specifica della parte lesa – è

Estados. Por una antropología política de la historia europea, Madrid 1986; Schiera (cur.), Società e corpi, Napoli 1986; Benigno, L'ombra del re. Ministri e lotta politica nella Spagna del Seicento, Venezia 1992; Chittolini – Mohlo – Schiera (curr.), Origini dello Stato; Fioravanti, Stato e Costituzione, in Id. (cur.), Lo Stato, cit., pp.9-13; Birocchi, Alla ricerca, cit., pp.96-104. Una revisione che si è resa necessaria alla luce della realtà politica e degli stessi fondamenti giuridici. Ma anche sul piano filosofico, alla dottrina della sovranità (Bodin) si contrappongono i fautori della costituzione mista (Altusio): Fioravanti, Costituzione, Bologna 1999, pp.51-77

³⁶ Ancora oggi, nonostante felici eccezioni, la giustizia rischia di costituire un terreno d'incomprensioni, più che d'incontro, tra Storia sociale e Storia del diritto. Il nodo, già emerso negli Anni Ottanta col confronto tra Grendi e Sbriccoli, non si esaurisce alla diversità di prospettiva. L'equivoco si annida nella corretta taratura delle fonti giudiziario-archivistiche rispetto a quelle giuridico-dottrinali. Cfr. Grendi, Premessa, in Quaderni Storici, 66/1987, pp.695-700; Id., Sulla Storia criminale. Risposta a Mario Sbriccoli, in Quaderni Storici, 73/1990, pp.269-275; Sbriccoli, Storia sociale e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca, in Id., Storia del diritto penale, cit., II, pp.1113-1134; Id., Fonti giudiziarie e fonti giuridiche. Riflessioni sulla fase attuale degli studi di Storia del crimine e della giustizia criminale, in Id., Storia del diritto penale, cit., II, pp.1135-1149.

³⁷ «L'idea dunque di un rito penale indifferenziato, non calibrato, rispetto alla quasi maniacale metodologia classificatoria con cui la dottrina descrive i profili sostanziali dei reati o la materia delle prove, non convince»: Meccarelli, Arbitrium, cit., p.294.

³⁸ Scorrendo i capitoli relativi a due reati, ci si accorge che i giuristi si soffermano poco sulle singole fasi del rito accusatorio. In *primis*, perché si tratta di *crimina non excepta*, per cui è possibile ricorrere alla disciplina generale (solitamente esposta in una specifica *sedes materiae*). In secondo luogo perché, nel contesto di una diffusa contaminazione tra modelli, sono pochi i passaggi meritevoli di essere ancora sottolineati. L'interesse si focalizza tutto sul nodo dell'iniziativa processuale.

³⁹ Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XII, n.3, p.172. Ma, come abbiamo visto, anche in caso di *accusatio* si ammette la possibilità di un'indagine concorrente *ex officio*. Le differenze, perciò, tendono a sfumare.

assimilabile all'*accusatio* degli antichi *iudicia privata*; la denuncia – presentata da terzi – prende il posto dell'*accusatio* propria dei *iudicia publica*⁴⁰.

Il diritto romano, infatti, conosceva una bipartizione tra *iudicia privata*, nei quali «ad accusandum non admittuntur, nisi ij, qui suam vel suorum iniuriam prosequuntur»⁴¹, e *iudicia publica*, nei quali «quilibet de populo potest accusare»⁴²: da questa distinzione processuale la dottrina ricava la dicotomia sostanziale tra *delicta privata* e *publica*. Regola vuole che a quest'ultima categoria appartenga un numero chiuso di fattispecie, esplicitamente previste dalla legge⁴³: l'estensione del diritto d'accusa si giustifica in nome dell'interesse collettivo⁴⁴. Nel foro secolare, bisogna guardare al dettato giustiniano per capire a quale ambito ascrivere adulterio e stupro. Stando al Digesto e alle Istituzioni⁴⁵, le fattispecie contemplate dalla *Lex Iulia* non dovrebbero creare alcun dubbio, giacché se ne fa esplicita menzione nel novero dei *delicta publica*. Scavando più a fondo, però, emergono una serie di contraddizioni, che i criminalisti del Cinquecento faticano ancora ad ammettere. Il *mos italicus* (cui la maggior parte aderisce) nega le antinomie, e rifugge dal metodo storico tramite l'espedito della *distinctio*. In realtà, siamo di fronte ad uno di quei punti del *Corpus iuris* dove non c'è coerenza, e le stratificazioni legislative sono state semplicemente giustapposte.

⁴⁰ Pertanto, se è vero che «querela multum differt ab accusatione, nam in accusatione de iure requiritur solemnitas libellus et inscriptio», tuttavia nella prassi «loco accusationis successit hic modus querelandi. Et ideo hodie per totam Italiam observatur, quod libellus non datur, sed simpliciter fit quædam scriptura, quæ datur loco libelli (...) certe odierni temporibus utique dici potest huiusmodi querelas subrogatas esse loco accusationis»: Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.X, n.2, fol.114. Maggiore dovrebbe essere la distanza tra *accusatio* e *denuntiatio*: *stricto iure*, chi denuncia si limita a fornire la *notitia criminis*, senz'alcun ruolo attivo nel giudizio. Tuttavia, le misure premiali escogitate in questi secoli favoriscono la delazione, garantendo ai denunzianti una quota della pena pecuniaria. In tal senso, il delatore non è più terzo, ma parte. «Se produce una cierta confusión entre la figura del denunciante y la del acusador»: Alonso Romero, *El proceso penal*, cit., p.184.

⁴¹ Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.XII, n.7, p.172. Cfr. Carpov, *Practica*, cit., pars III, q.CIV, n.42, p.25. La formula – ripresa dalla gl. *Poenam* ad D.47.1.3 – dà conto dell'assimilazione dei familiari alla parte lesa.

⁴² I.4.18.1. Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.XVIII, n.8, p.235 e q.XII, n.8, p.172; Carpov, *Practica*, cit., pars III, q.CIV, n.42, p.25.

⁴³ Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.XVIII, n.14, p.235.

⁴⁴ Infatti, tra le ipotesi contemplate spiccano la lesa maestà divina e umana: paradigmi del penale già ai tempi di Giustiniano, ma ancor più in un'epoca di espansione repressiva come questa. Claro, *Practica*, cit., par.Primus, nn.2-3, fol.1A li considera esempi per eccellenza di *delicta publica*.

⁴⁵ D.48.1.1: «Non omnia iudicia, in quibus crimen vertitur, et publica sunt, sed ea tantum, quæ ex legibus iudiciorum publicorum veniunt, ut Iulia maiestatis, Iulia de adulteriis, Cornelia de sicariis et veneficis, Pompeia parricidii, Iulia peculatus, Cornelia de testamentis, Iulia de vi privata, Iulia de vi publica, Iulia ambitus, Iulia repetundarum, Iulia de annonæ». Per cui, trasferendo dal piano processuale a quello sostanziale, scrive Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.XVIII, n.12, p.235: «publica delicta sint læsæ maiestatis, adulterij, homicidij, parricidij, peculatus, falsi testamenti, vis publicæ, vel privatæ, ambitus, repetundarum, et annonæ». I.4.18.3-4: «Publica autem iudicia sunt hæc (...) Item lex Iulia de adulteriis coercendis, quæ non solum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, sed etiam eos qui cum masculis infandam libidinem exercere audent. Sed eadem lege Iulia etiam stupri flagitium punitur, cum quis sine vi vel virginem vel viduam honeste viventem stupraverit. Poenam autem eadem lex irrogat peccatoribus, si honesti sunt, publicationem partis dimidia, bonorum, si humiles, corporis coercionem cum relegatione».

In merito allo *ius accusandi*, infatti, il diritto romano aveva conosciuto notevoli variazioni nel tempo, tutte confluite nella compilazione senza essere armonizzate⁴⁶. Dall'originaria legge di Augusto discende la qualifica di *iudicium publicum*, caratterizzata però da una significativa differenziazione tra la posizione processuale dei familiari più stretti e quella dei terzi⁴⁷. Nei primi sessanta giorni, infatti, è prevista un'*accusatio iure mariti vel patris*⁴⁸, riservata solo ad essi e contraddistinta – per quanto attiene il marito – da un doppio obbligo: quello di divorziare prima di accusare⁴⁹ e quello di accusare per non incappare nel *crimen lenocinii*⁵⁰. Obbligo, questo, che riguarda solo il caso di flagranza, non quello di sospetto⁵¹. In tale ipotesi, il legittimato può serenamente valutare se agire o meno: l'*accusatio iure mariti vel patris*, infatti, comporta il considerevole vantaggio di non essere sottoposti alle formalità dell'*inscriptio* e del taglione⁵². Trascorsi due mesi – e senza godere di siffatte tutele – un *quavis de populo* può promuovere l'*accusatio iure extranei*⁵³. Tuttavia, se il marito non divorzia, il terzo non può promuovere l'*accusatio adulterii* contro la donna o l'amante, dovendo prima esperire un'*accusatio lenocinii* per dimostrare la connivenza⁵⁴.

Il quadro muta nel periodo postclassico, secondo logiche non sempre univoche. Nel 326, un'importante costituzione di Costantino riserva lo *ius accusandi* soltanto a «proximis necessariisque personis»: cioè al marito ma anche a «patri, fratri nec non patruo et avunculo» della moglie. All'estremo rigore sanzionatorio corrisponde una limitazione notevole dei legittimati, perché l'interesse cristiano all'integrità familiare prevale sulla morale pubblica. La restrizione dell'*accusatio iure extranei* – coerente con lo spirito della

⁴⁶ Sull'evoluzione giuridica ai tempi di Roma cfr. Chiazzese, Adulterio. Diritto romano, in Novissimo digesto italiano, Torino 1957, I, t.I, pp.322-323; Rizzelli, Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum, Lecce 1997; Panero Oria, Ius occidendi et ius accusandi en la Lex Iulia de adulteriis coercendis, Valencia 2001; Venturini, Innovazioni postclassiche in materia di accusatio adulterii, in Lucrezi – Mancini (curr.), Crimina e delicta nel Tardo Antico, Milano 2003, pp.17-37; Brescia, La donna violata. Casi di stuprum e raptus nella declamazione latina, Lecce 2012; Neri, I Cristiani e la legislazione imperiale su adulterio e divorzio (IV-V sec. d.C.), in Ravenna Capitale. Permanenze del mondo giuridico romano in Occidente nei secoli V-VIII, Santarcangelo di Romagna 2014, pp.189-210.

⁴⁷ Questo sia per quanto attiene l'adulterio, sia per quanto riguarda lo stupro: crimini, come abbiamo visto, mal distinti nella legge del 18 a.C. Il discorso è complicato dal fatto che essa ci è nota solo *de relato*: ma la maggior parte dei romanisti concorda nel ritenere la perfetta assimilazione processuale tra le due fattispecie. Cfr. Panero Oria, Ius occidendi, cit., pp.201-202.

⁴⁸ D.48.5.15.2. S'intende il *pater* che dispone di *potestas* sulla donna: a seconda del caso concreto, può essere quello della famiglia d'origine o quello della famiglia di cui è entrata a far parte. L'*accusatio patris* è subordinata alla mancata proposizione dell'accusa da parte del marito (D.48.5.2.8). Se la *patria potestas* è requisito necessario, rimane privo di legittimazione il padre di una vedova stuprata, che potrà agire *iure extranei*. Infatti «in accusationem viduæ filia non habet pater ius præcipuum»: D.48.5.23.1. Cfr. Panero Oria, Ius occidendi, cit., pp.202-212.

⁴⁹ D.48.5.31; C.9.9.11. Come agire in caso di adulterio violento? Non ha senso ripudiare la donna, giacché nessuna responsabilità può esserle imputata: D.48.5.40. Nei confronti dell'adultero, non resta che ricorrere al *crimen vis publicæ*, in analogia con quanto D.48.6.5.2 prescrive per il ratto della «nupta».

⁵⁰ Il marito non può tollerare o perdonare, altrimenti verrebbe considerato lenone secondo una presunzione *iuris et de iure*: D.48.5.2.2; D.48.5.30.

⁵¹ C.9.9.2.

⁵² Evitando, perciò, il rischio di patire una pena in caso di mancata prova. C.9.9.6; D.4.4.37.1; D.48.5.12.6.

⁵³ D.48.5.4.1; D.48.5.41.

⁵⁴ D.48.5.12.10; D.48.5.27. Cfr. Rizzelli, Lex Iulia, cit., pp.84-86; Panero Oria, Ius occidendi, cit., pp.236-247.

riforma – mira a scongiurare usi diffamatori; essa non scompare del tutto, ma è palesemente subordinata all'*accusatio iure mariti* (da cui è estromesso il *pater*)⁵⁵. La disciplina costantiniana è però nuovamente sconvolta nel 542, con la novella *Ut liceat matri et aviae*. Col dichiarato intento di ridurre le cause di *repudium*, Giustiniano inverte l'ordine previsto da Augusto e stabilisce che la separazione potrà intervenire solo dopo aver provato l'adulterio femminile. Da *condicio sine qua non*, essa diventa il risultato di un regolare processo, con tanto di *inscriptio*: per scoraggiare accuse pretestuose da parte dei mariti, s'impone loro persino il taglio⁵⁶.

Tutte queste norme, ispirate a logiche diverse e concepite in epoche molto distanti, confluiscono caoticamente nel *Corpus iuris*. Più di ogni altra cosa, risalta che – nonostante l'estrema riduzione dello *ius accusandi* – adulterio e stupro continuano ad esservi tratteggiati come *crimina publica*. Agli occhi del giurista medievale, che da quel materiale deve ricavare l'ordine, si presenta un vero e proprio rebus. Nel frattempo, però, la separazione dei coniugi imbocca strade diverse da quella criminale: ormai assorbita nella competenza civile ecclesiastica, perde qualunque pregiudizialità rispetto alle cause finalizzate alla *poena publica*. Rimane il problema di chiarire la portata della legittimazione attiva, alla luce della discrasia tra definizione e regole. I commentatori si affannano a cercare coerenza nel groviglio giustiniano: c'è chi sostiene, in base alla *lex Quamvis* di Costantino, che i due delitti siano divenuti *privata* e chi, invece, ne difende la natura *publica*⁵⁷.

Tra Cinque e Seicento, però, il nodo è sciolto in modo diverso. Alcuni giuristi più legati ai testi romani continuano a parlare di *accusatio iure mariti vel patris* ed *accusatio iure extranei*, affrontando la questione della pubblicità del *crimen* in base della disciplina romana. Seguono tale impostazione coloro che hanno adottato il metodo storico-filologico di Cujacio, studiando i testi antichi in modo lucido ma talvolta improduttivo dal punto di vista pratico⁵⁸. La prospettiva cronologica ed il ricorso a fonti inusitate (come il Codice Teodosiano o Quintiliano) permettono una visione più limpida dell'evoluzione, ma

⁵⁵ In caso di mero sospetto, il marito «genialis tori vindicem» resta libero di accusare o meno la moglie. Se lo fa, non è soggetto a *inscriptio* e taglio: C.9.9.29.

⁵⁶ Nov.117.8.2.

⁵⁷ Vero è che la disposizione costantiniana permette a un ristretto numero di parenti l'accusa *iure extranei*. Ma questo non significa necessariamente che i due reati rimangano pubblici, giacché la norma fa esplicito riferimento al loro *dolor*: essi non agiscono in nome della *cura morum*, ma perseguono una *iniuria propria* o almeno *suorum*. Tra i fautori dell'etichetta pubblicistica, invece, si cercava di recuperare margini per un'intervento del *quavis de populo*. Sul punto si erano espressi maestri come Odofredo, Azzone, Cino, Bartolo, Baldo e Bellapertica, citati fuggacemente come fautori dell'una o dell'altra tesi da Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLI, n.34-35, p.468.

⁵⁸ Tra i massimi esponenti della Scuola Culta, Cujacio spicca per la ricostruzione linguistica e la contestualizzazione storica del testo: Mesnard, Le place de Cujas dans la querelle de l'humanisme juridique, in *Revue historique de droit français et étranger*, LXIII (1950), pp.521-537; Calasso, Umanesimo giuridico, in Id., *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, pp.181-205; Palazzini Finetti, Storia della ricerca delle interpolazioni nel *Corpus iuris giustiniano*, Milano 1953; Maffei, Gli inizi dell'umanesimo giuridico, Milano 1956, p.187; Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Bologna 1987, pp.606-642; Piano Mortari, *Gli inizi*, cit., pp.354-361; Cavanna, *Storia*, cit., I, pp.174-182; Cortese, *Il diritto nella Storia medievale*, Roma 1995, II. Il Basso Medioevo, pp.475-481; Padoa Schioppa, *Storia del diritto*, cit., pp.256-258..

lasciano un senso di vuoto normativo. È esemplare il discorso di Matthes. Difende la natura di *crimen publicum*⁵⁹; riesuma la pregiudizialità del ripudio rispetto al giudizio⁶⁰; riprende la dicotomia tra *accusatio iure extranei* ed *accusatio iure mariti vel patris* (sostenendo però che il marito è esente da taglione, il padre no)⁶¹; guarda alla costituzione di Costantino e riconosce la riduzione dei legittimati, anche se «verba constitutionis huius non restricte, ut in capite de iure occidendi, sed laxius esse interpretanda»⁶². Infine, sostiene che – in virtù della Nov.117 – «hodie calumniæ periculum imminere marito, quod imminet extraneis»⁶³. Segue, dunque, un *iter* cronologicamente ineccepibile, sottende il principio *lex posterior derogat priori*, ma come risultato lascia sopravvivere concetti desueti e dubbi applicativi. Almeno in questa sede, il metodo culto di Matthes non risolve alcun problema concreto. Ha ancora senso, in quest'epoca, parlare di *accusatio iure mariti vel patris* ed *accusatio iure extranei*? Ha senso invocare un'interpretazione lata della *lex Quamvis* pur di ribadire la dignità di *crimen publicum*?⁶⁴

La realtà coeva è ben diversa. Mentre le repubbliche antiche si fondavano sulla virtù pubblica e, di conseguenza, sui giudizi pubblici – cuore della democrazia ma terreno fertile per i demagoghi⁶⁵ – gli ordinamenti di Età moderna si basano su principi costituzionali assai diversi. Il contenuto della classificazione *crimina publica* – *crimina privata* subisce inevitabili variazioni, che si rispecchiano nell'opera dei giuristi di *mos italicus*. Claro coglie lucidamente la novità e i problemi teorici che ne risultano⁶⁶. Anche gli altri prammatici, però, sentono l'esigenza d'impostare la questione in modo più disinvolto rispetto al testo giustiniano. La dicotomia tra *accusatio iure mariti vel patris* ed *accusatio iure extranei* scompare dal vocabolario corrente: sporadicamente, qualche autore accenna

⁵⁹ Sostenendo che tale qualifica non è data solo dalla pubblicità dell'accusa, ma anche dall'aver «legem certam, et poenam». Per cui non basta negare la prima caratteristica – come aveva fatto Costantino – per contraddire la natura pubblica del delitto. D'altra parte, guardando alle Istituzioni, «Iustinianus noster referret adulterium inter publica crimina»: Matthes, De criminibus, lib.XLVIII, tit.III, cap.IV, n.11, p.312.

⁶⁰ Matthes, De criminibus, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.IV, n.4, pp.309-310.

⁶¹ «Pater timeat poenam culumniæ, maritus non timeat». In effetti, l'Olandese giunge a tale – discutibile – conclusione provando a risolvere il contrasto testuale tra D.4.4.37.1 e D.48.5.12.6, da una parte, e D.48.5.15.3 e D.48.5.31, dall'altra. Cfr. Matthes, De criminibus, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.IV, nn.7-9, pp.310-311.

⁶² E dunque i soggetti ammessi da C.9.9.29 – e cioè *pater, frater, patruus* e *avunculus* – «tam ad maritum, quam adulteram referantur». È ragionevole allargare la cerchia anche a nonni e fratelli uterini. Matthes, De criminibus, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.IV, nn.12-13, p.313.

⁶³ Matthes, De criminibus, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.IV, n.14, p.313.

⁶⁴ Non è un caso che certe questioni tornino a galla in un genere letterario poco diffuso tra i criminalisti, il commentario. Per sua natura, esso segue l'ordine del *Codex* o del Digesto, e si rapporta alle norme anche quando appaiono obsolete. Questo avviene anche in un commentario *sui generis* come quello di Matthes. Un manoscritto di Alberico Gentili – che è precisamente un commentario al titolo *ad legem Iuliam de adulteriis* del Codice – mostra dinamiche del tutto analoghe, finendo per dilungarsi in questioni ormai irrilevanti. Come dimostra Giovanni Minnucci nella già citata monografia, l'inedito gentiliano – redatto dopo il trasferimento in Inghilterra – evidenzia l'accoglimento di quelle istanze culte un tempo rigettate: i problemi che scaturiscono dalla *lex romana* sono affrontati con l'approccio di Cujacio (che sarà, poi, di Matthes).

⁶⁵ Queste le considerazioni che Aristotele aveva espresso nel quinto capitolo del libro VI della *Politica*: le ricorda Carpvov, Practica, cit., pars III, q.CIV, n.12, p.12.

⁶⁶ «Sed certe hæc materia delictorum adeo est immutata a statutis et consuetudinibus locorum, ut hodie vix distinguantur publica crimina a privatis»: Claro, Practica, cit., par.Primus, n.6, fol.1B. Cfr. Deciani, Tractatus, t.I, lib.V, cap.IV, n.1, p.317.

all'antico *discrimen*, ma più per ribadire l'inutilità che per affermarne la vigenza⁶⁷. Di fatto, la distinzione viene meno per due ragioni: innanzitutto, perché l'*inscriptio ad talionem* – da solo cui l'*accusatio iure mariti vel patris* era esente – è ormai piuttosto desueta in tutti i giudizi su istanza di parte; e poi perché, laddove il marito si risolvesse ad agire dopo i sessanta giorni e frattanto fosse intervenuta un'altra accusa, egli sarebbe egualmente preferito ai terzi ed esonerato dal taglione⁶⁸.

Un imprescindibile fondamento rimane, nella riflessione dei criminalisti, la *lex Quamvis* di Costantino. Tutti la considerano stella polare per definire la questione dello *ius accusandi*, anche se poi le interpretazioni possono differire⁶⁹. La massima costantiniana «ne extraneis liceat foedare connubia» orienta gran parte della dottrina cinquecentesca verso una lettura restrittiva, tanto da escludere qualunque intervento esterno. Per Lancelotto Corradi, ad esempio, «extranei ab accusatione omnino repellantur» e tutte le vecchie norme che lasciano presupporre il contrario «hodie correcta sunt»: questo vale «sive constante matrimonio, sive postea», per cui nemmeno l'avvenuta *separatio* consente a un estraneo di muovere un'accusa criminale⁷⁰. con più chiarezza, Marcantonio Savelli sostiene che «tacente marito, non debet alius matrimonium turbare», cosicché persino la «facultas accusandi» che la disposizione concede ai congiunti dev'essere subordinata al consenso del coniuge: solo a costui spetta l'ultima parola, e non c'è *iniuria Reipublicæ illata* che tenga⁷¹. Opinione risalente a Raffaele Fulgosio⁷² e ribadita con forza dal

⁶⁷ Chi affronta la questione lo fa sbrigativamente, con piatta adesione alla disciplina romanista: così Marc, Celeberrimi decisiones, cit., pars II, dec.DXXXII, p.408. Esemplare il discorso di Gómez, che in pochi passaggi dà conto della dicotomia, dei vantaggi riconosciuti a marito e padre, dei rischi cui incorrono gli estranei: ma tutto ciò è ormai liquidato dal nuovo diritto regio (che ha travolto la disciplina romanista delle *Partidas*). Gómez, Ad leges Tauri, cit., p.375. «Olim potuerit etiam extraneus accusare» sintetizza Savelli, Summa, cit., I, par.Adulterium, n.3, p.89. Cfr. Marchisello, Alieni thori violatio, cit., p.169.

⁶⁸ «Maritus tamen omnibus præfertur (...) etiam sine inscriptione, hocque procedit non solum ante saxaginta dies: sed etiam post, quo tempore iure mariti, accusatio permittitur»: Corradi, Prætorium, cit., lib.I, cap.IX, par.III, de Adulterio, n.10, p.381. Secondo il diritto romano, invece, passati i 60 giorni il marito è tenuto ad accusare *iure extranei*, con tutti gli inconvenienti del caso: C.9.9.6.

⁶⁹ Un quadro esaustivo delle diverse posizioni è offerto da Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLI, nn.36-38, p.468. Come talora accade nell'opera dell'Avvocato, all'enorme mole delle opinioni non segue una soluzione personale che risolva il problema. Assai significativo è che la norma costantiniana sia presa in considerazione persino nella *Canonica Criminalis Praxis* di Follerio. Seguendo i principi generali del diritto penale canonico, da cui l'Autore non si era affatto discostato, la natura manifesta del crimine dovrebbe legittimare tutti in egual maniera (cfr. il par.4 del presente capitolo): eppure, egli si appella proprio alla *lex Quamvis* per restringere la portata dell'*accusatio canonica* ai soli congiunti. Follerio – giurista versatile che tenta di conciliare i due ordinamenti – è ben consapevole del carattere eccentrico della sua tesi, peraltro smentita dall'opinione prevalente, che fa capo a Díaz. Così, per corroborare la sua personale convinzione, invoca l'equità – «quam iudex ecclesiasticus ardentius præ oculis habere debet» – e il diritto divino. Tale proposta, benché minoritaria, riflette quel processo di privatizzazione dell'adulterio compiutosi nel diritto secolare. Cfr. Follerio, Canonica Criminalis Praxis, cit., pars II, cap.19, n.13, p.223.

⁷⁰ Corradi, Prætorium, cit., lib.I, cap.IX, par.III, de Adulterio, n.7, pp.380-381. «Non enim, ut dicit illa lex, licet foedare aliena matrimonia, quod et soluto matrimonio procedere»: Caballo, Resolutiones, cit., cent.II, casus CXIV, nn.2-3, p.207. Conclusione già sostenuta da Fulgosio, Consilia, cons.CXXXV, n.1, in Cumano – Fulgosio, Consilia sive responsa, Venetiis 1575, fol.195B.

⁷¹ C'è chi sostiene, infatti «quod adulterium non possit puniri, nisi volente marito, intelligendo civiliter, quia criminalis prosequutio fieri potest etiam marito invito ratione iniuriæ Reipublicæ illatæ»: ma «de quo tamen dubito, et praxis est in contrarium (...) Hodie est in solius mariti facultate, ut adulterium puniatur». Dopo la separazione, l'accusa criminale è preclusa agli stessi congiunti, giacché risulterebbe pletorica. Savelli, Summa, cit., I, par.Adulterium, n.3, p.89.

cardinale Toschi, secondo il quale «de iure, et de consuetudine» la donna «ab extraneo accusata, et detenta relaxetur instante viro»⁷³. L'incuranza dei legittimati non giustifica alcuna intromissione: i criminalisti rigettano l'interpretazione della glossa, che aveva sciolto il contrasto tra la *lex Quamvis* e l'etichetta di *crimen publicum* riconoscendo al *quivis de populo* l'*accusatio iure extranei* in caso di negligenza⁷⁴.

Alieni dalla logica deduttiva – per cui dalla definizione giustiniana di *crimen publicum* scaturirebbero inevitabili conseguenze procedurali – i pratici moderni considerano l'esperienza forense, contestando la vecchia etichetta e sostituendola con una più congrua. Non è un rigetto del testo romano, ma senz'altro un approccio più libero: il contrasto tra la definizione di Bartolo e quella di Claro rispecchia una disinvoltura sempre maggiore⁷⁵. Sfidando la lettera senza tentare alcuna *solutio contrariorum*, il Senatore afferma che «est autem hodie adulterium crimen privatum, nam eius accusatio non permittitur nisi certis personis»⁷⁶. In concreto, non si discosta dai suoi contemporanei: il punto di riferimento resta la *lex Quamvis* e i suoi legittimati. Ma il fatto che, da essa, ricavi argomenti tali da contraddire apertamente D.48.1.1 e I.4.18.4 ne attesta la spregiudicatezza⁷⁷. Ai legittimati, precisa la dottrina, bisogna aggiungere lo *sponsus*⁷⁸ ed

⁷² «Probatam a marito uxorem et quiescens matrimonium non debet alius turbare atque inquietare, nisi prius maritum lenocinij accusaverit (...) hodie etiam constante matrimonio maritus potest uxorem adulterij ream facere, non extraneus»: Fulgosio, Consilia, cit., cons.CXXXV, n.1, fol.195B.

⁷³ Toschi, Practicarum, cit., I, concl.226, nn.24 e 28, p.111.

⁷⁴ La soluzione, evidentemente forzata, è teorizzata nella gl. *Quamvis* ad C.9.9.29. La seguiva, nel Trecento, de Vitalinis, Tractatus, cit., fol.112A. Ad essa aderisce ancora de Damhouder, Praxis, cit., cap.LXXXIX, n.41, fol.95A: «Et si ne hic quidem eandem accusare velit, tum tandem cuique etiam ignotissimo permittitur alterius uxoris adulteræ accusatio». Assolutamente contrario, invece, Corradi, Prætorium, cit., lib.I, cap.IX, par.III, de Adulterio, n.7, p.381. «Glossographi et aliqui Doctores ibi vellent quod imo post istos coniunctos quilibet extraneus possit accusare» ricorda con un certo scetticismo Gómez, Ad leges Tauri, cit., p.375.

⁷⁵ Le due posizioni sono sinteticamente riferite da Toschi, Practicarum, cit., I, concl.221, nn.6-7, p.107.

⁷⁶ Claro, Practica, cit., par.Adulterium, n.5, fol.4A. Posizione che colpisce, in quanto Claro non è affatto un fautore del processo "privato".

⁷⁷ Claro non solo prescinde dai compromessi interpretativi della glossa – come avevano già fatto in tanti – ma nega che i familiari legittimati da C.9.9.29 possano qualificarsi estranei. Se infatti i crimini privati sono quelli in cui l'accusatore persegue l'*iniuriam suam vel suorum*, e se – come sosteneva Costantino – padre, fratello e zii sono afflitti da «dolor», essi sono *latu sensu* parti lese: pertanto, adulterio e stupro costituiscono *delicta privata* a tutti gli effetti. In questo senso gioca la tradizione giuridica, che assicura come questi reati siano capaci di denigrare tutto il parentado. Scrive Corradi, Prætorium, cit., lib.I, cap.IX, par.III, de Adulterio, n.9, p.381: «iniustitia adulterii sive stupri, respicit totam consanguinitatem»; l'Autore, però, ricorda l'opinione di Bertachini, secondo il quale si perpetrerebbe *iniuria* anche nei confronti della *Res publica*. Posizione minoritaria, non irrilevante, che sottende ben altre strategie penali e trova appiglio in Tommaso d'Aquino, Summa totius theologiæ, cit., Secunda Secundæ, q.59, a.3, p.341. Il discorso di Claro sul carattere familiare dell'adulterio, però, è netto e tanto più interessante se letto alla luce della sua concezione complessiva dei *delicta privata*. In generale, l'Alessandrino ritiene che ogniquale volta la legge preveda una pena a favore del fisco «semper admittitur accusatio per quemlibet de populo»: ciò persino nei crimini privati, che finiscono così per non differire da quelli pubblici. La questione, in realtà, era stata al centro di una spinosissima diatriba, che aveva visto contraddirsi Baldo e Bartolo. Il primo aveva difeso il principio romano, per cui in questi reati solo il diretto interessato può attivare il processo; il maestro, invece, aveva prospettato la soluzione opposta. Siamo di fronte ad un processo di pubblicizzazione di portata enorme. Nel Cinquecento, l'opinione favorevole all'allargamento dell'*accusatio* appare maggioritaria (oltre a Claro, la sostengono anche Corradi e Farinacci; restano alcuni distinguo significativi, come quello di Gómez). Cionostante, il Senatore esclude espressamente l'adulterio (e il furto: ma l'adulterio è una sorta di furto!) dal novero di quei delitti privati che, soggetti ad una pena pubblica, sono perseguibili da chiunque. Per questo, risalta ancora di più la dimensione familiare del reato. Claro, Practica, cit., par.Finalis, q.XVII, n.2, fol.125B.

anche il marito tradito *post separationem*, giacché il procedimento cattolico non dissolve il vincolo sacramentale⁷⁹. Resta, come estrema possibilità per l'estraneo, quella di accusare prima il marito di lenocinio, e in subordine gli adulteri⁸⁰.

Comunque, al di là di ogni riflessione sul diritto comune, Claro consiglia di qualificare il reato in base allo statuto e agli usi del posto⁸¹. La giurisprudenza napoletana aveva consolidato un'autorevole prassi grazie alla riflessione dei suoi migliori togati. La pubblicità del delitto si configura solo dopo che il nome è *receptum inter reos*; prima della formalizzazione della causa, pertanto, esso va considerato privato: salvo il marito e i più stretti congiunti, nessuno può attivare il giudizio. Ma se questi, dopo aver presentato l'accusa, la ritirano «tunc quilibet admittitur ad accusandum»⁸². Il Sacro Regio Consiglio, d'altra parte, accoglie un'interpretazione ampia dei legittimati della *lex Quamvis*, riferendola sia *in partem uxoris*, sia *in partem mariti*⁸³. Altrove, di solito, la legislazione stabilisce condizioni più restrittive. A volte le maglie sono un po' più larghe, come negli Statuti di Roma che riservano l'iniziativa a marito, padre, fratello e – cosa insolita – figlio⁸⁴. Ma non di rado l'accusa è riservata al solo marito⁸⁵, come testimoniano Bernardo

⁷⁸ Che, dopo la sessione XXIV del Concilio di Trento, s'intende perlopiù *de præsenti*. Così dispone anche Nueva Recopilación, 8.20.3-4. Cfr. Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CLXI, n.50, pp.469-470.

⁷⁹ Toschi, Practicarum, cit., I concl.226, n.1, p.110.

⁸⁰ Con due azioni diverse, laddove quella di lenocinio è pregiudiziale all'altra. «Potest accusari mulier nupta de adulterio, quando primo fuit maritus accusatus, et convinctus de lenocinio: tunc enim unicuique est permissum accusare de adulterio, non alias sine licentia viri»: Toschi, Practicarum, cit., I concl.226, n.29, p.111. Cfr. Pietro Teodorico, Judicium criminale practicum, Jenæ 1671, cap.VI, aphor.III, n.28, p.751.

⁸¹ «Propterea in hac confusione tutius est adhærere statuto, vel consuetudini, quæ viget in eo loco, in quo delictum est commissum, et secundum illam declarare, quæ dicantur privata, et quæ publica delicta»: Claro, Practica, cit., par.Primus, n.6, fol.1B. Lo segue Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XVIII, n.17, p.235: «Quod delictum, an sit publicum, vel privatum, regulatur a loci consuetudine, quæ non obstante iuris dispositione potest facere delictum de publico, privatum, e contra». Sulla base di questo assunto, Droghi qualifica l'adulterio come «crimen privatum» nello Stato Pallavicino: Droghi, Consilium, cit., n.39, fol.12B.

⁸² E, *a fortiori*, anche il giudice potrà proseguire d'ufficio: d'Afflitto, In utriusque Siciliae, cit., secunda pars, lib.III, rubr.XLII, n.10, fol.173B. «Desistente viro quilibet etiam extraneus poterit accusare»: Grammatico, Decisiones, cit., dec.XXXI, n.4, fol.35B. Cfr. l'additio n.29 di Baiardo a Claro, Practica, cit., par.Adulterium, fol.8A.

⁸³ Questo perché «ubi generalitas verborum, et eadem ratio militant, fit extensio de persona ad personam»: de Franchis, Decisiones, cit., dec.94, fol.96A. Simili conclusioni sono sostenute anche alla dec.240, n.2, fol.128B.

⁸⁴ Statuti di Roma, 2.50. Le Costituzioni egidiane del 1357, fonte sussidiaria per tutto lo Stato Pontificio, stabilivano invece: «Item quia falsa aliquorum nequitiae filiorum accusationes, seu delationes super incestu, et adulterio (quod inter alias personas pretenditur perpetratum), interdum turbantur matrimonia quiescentia, et quo ad thorum periculose, et indebite separantur, nascuntur inter ipsos amicos odia, et scandala generantur. Nos huic morbo æquam, et congruam volentes adhibere medelam, eadem auctoritate statuimus et ordinamus, quod in criminibus incesti, et adulterij, et stupri, fornicationis, nullus accusando, vel defendendo, privatim, vel publice admittatur, nisi esset pater, mater, avus, avia, filij, et nepotes utriusque sexus usque ad secundum gradum, fratres, et sorores, et filij fratrum, et sororum; qui prænominati solum ad prædictam accusationem, seu delationem, quia domus, et generis sui quodammodo prosequuntur iniuriam, admittantur»: Constitutiones Marchiæ Anconitanæ, 4.69 (edizione di riferimento: Ægedianæ constitutiones, Venetiis 1572). Cfr. l'additio n.30 di Baiardo a Claro, Practica, cit., par.Adulterium, fol.8A. Un diritto d'accusa evidentemente piuttosto ampio, sebbene limitato alla famiglia. «Statuta etiam pluribus in locis provident, in crimine adulterij non posse ex officio procedi, sed tantum ad accusationem viri, patris, filij, et fratris»: Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLI, n.46, p.469. Nel 1553, gli Statuti di Macerata, 3.96 (edizione di riferimento: Volumen statutorum ciuitatis Maceratae, Macerata 1553) precisano che in caso di adulterio e stupro «procedi, et cognosci non possit nisi per accusationem iniuriam passi, seu etiam patris et fratris carnalis utrinque, vel ex uno tamen latere coniuncti patroni, vel domini, et si aliter procedetur quam per accusationem alicuius

Díaz e Antonio Gómez per la legislazione castigliana⁸⁶. La medesima limitazione è sancita con *arrêt* del Parlamento di Parigi⁸⁷. Ciò che conta, è che molte volte l'iniziativa di parte è concepita come vera e propria condizione di procedibilità⁸⁸: ma, a tal fine, si pone il problema di coordinare la disciplina dell'*accusatio* con quella dell'*inquisitio ex officio*, sulla quale ci soffermeremo in seguito. Per ora, basta registrare che nel Cinquecento l'*accusatio publica* è ormai estinta, odioso retaggio di un diritto antiquato; ma l'*accusatio* promossa dalla parte lesa e dai suoi familiari assume un ruolo decisivo. È solo la cerchia familiare a poter decidere se difendere l'onore col silenzio, col processo o con la spada⁸⁹.

prædictorum non teneat ipso iure». Allo stesso modo, nel 1576, gli Statuti criminali di Genova, 2.3 (1557; edizione di riferimento: *Criminalium Iurium Civitatis Genuæ, Genuæ 1603*): «Decernimus ius accusandi, deferendi, vel denunciandi de adulterio, vi, stupro, vel incestu proximis duntaxat necessarijs competere, nempe patri, fratri, patruo, avunculo, et marito, si quidem hi omnes vero dolore impelluntur». Altri esempi in Garoni, *Observationes*, cit., in tit. de poenis, art.32, n.4, p.129.

⁸⁵ Pertile, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla Codificazione*, V, Torino 1892, p.527. Cfr. anche Marongiu, *Adulterio (Diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano 1958, p.662. «Solent esse statuta in populis, et constitutiones in Episcopatibus, quod fiscales non possint accusare mulierem nupta de adulterio, nisi maritus accuset»: Caballo, *Resolutiones*, cit., cent.II, casus.CXIV, n.7, p.207.

⁸⁶ Già Partidas, 1.17.1 aveva sensibilmente ristretto la cerchia a marito, padre, fratello e zio, peraltro fissando una rigorosa gerarchia tra di essi. Tuttavia «hodie autem de iure nostro regio nullus potest accusare, modo sit extraneus, modo coniunctus, sed solus maritus (...) hoc communiter practicatur». In realtà, precisa Gómez, il *Fuero Real* sancisce «quod nullus admittatur ad accusandum quando ipse maritus non vult accusare, nec vult quod alius accuset». La norma – che ha applicazione prioritaria rispetto alle *Partidas* – pone come limite invalicabile il diniego maritale, ma ammette espressamente che «todo omne la pueda acusar»: *Fuero Real*, 4.7.3. Perciò, alcuni prospettano la possibilità di un'accusa da parte dei congiunti ogniqualevolta «non constat de eius contradictione, puta quia sit absens, vel furiosus». Contro queste interpretazioni che tendono a riespandere lo *ius accusandi*, Gómez è categorico: «ego teneo contrarium, imo quod indistincte hodie nullus possit accusare adulteros nisi solus maritus, modo maritus taceat, modo contradicat, modo si absens, modo præsens». Gómez, *Ad leges Tauri*, cit., p.575. «In Regni Castellæ et Legionis regia lege sancitum sit, quod marito non accusante uxorem, nullus possit eam accusare de adulterio»: Díaz de Lugo, *Practica*, cit., p.395. Cfr. Alonso Romero, *El proceso penal*, cit., pp.187-188; Collantes de Terán, *El delito de adulterio en el derecho general de Castilla*, in *Anuario de historia del derecho español*, 66/1996, pp.205-208.

⁸⁷ Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.150. Allo stesso modo un arresto del Senato di Bordeaux (1524): de Bohier, *Decisiones*, cit., dec.CCXCIV, n.19, p.626; un arresto del Parlamento di Tolosa (1548): Papon, *Recueil d'arrests notables des Cours souveraines de France*, Pont-Amousson 1608, lib.XXIV, tit.II, arr.V, p.1307. «La procedura poteva essere avviata solo su denuncia del marito: né la famiglia né il pubblico ministero disponevano di tale facoltà, salvo, per il secondo, in casi di pubblico scandalo»: Dumas, *Adulteri e cornuti*, cit., pp.114-115.

⁸⁸ Secondo Lucchini anche la *Carolina* disporrebbe in questo modo: «non si poteva procedere d'ufficio per adulterio, ma solo in dipendenza della doglianza del coniuge offeso». Lucchini, *Adulterio*, in Id. (cur.), *Il digesto italiano*, vol.II, parte I, Torino 1884, p.216. Il testo dell'art.120, in realtà, è ambiguo perché restringe l'accusa al coniuge tradito, ma tace sull'iniziativa d'ufficio. Altrove, la normativa appare più netta: l'*additio* n.7 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.*Adulterium*, fol.8A prende in considerazione l'ipotesi di «statutum, quod in crimine adulterij, vel stupri non posset procedi, nisi ad querelam partis» e nega la procedibilità d'ufficio. Cfr. quanto riferisce, sugli Statuti di Mantova, Garoni, *Observationes*, cit., in tit. de poenis, art.32, n.5, p.129. Conferma la tendenza – ed anzi l'approva in pieno – De Luca, *Il dottor Volgare*, IV, cit., lib.XV, cap.I, nn.14-15, p.319. Sostiene la prevalenza di questa soluzione Pertile, *Storia*, cit., V, p.527. Interessante l'impostazione beneventana del 1588, che distingue la congiunzione consensuale da quella violenta. Nel primo caso l'accusa dei legittimati costituisce condizione di procedibilità, nel secondo no. «In crimine adulterij, aut stupri in viduam, vel virginem procedi non possit, nisi ad querelam, in qua maritus primo, postea pater, filius, frater, et ceteri successive usque ad quartum gradum in alterius defectum admittatur ad accusandum; si vero in utroque casu interveniat vis, possit etiam ex officio procedi, et quilibet de populo admittatur ad accusandum»: *Statuti di Benevento*, 3.16.

⁸⁹ «Aveva quindi una ragione precisa la secolare ambiguità tra crimen publicum e crimen privatum in cui la dottrina relegava l'adulterio: in una società costruita sul rispetto dell'onore familiare, e in un reato che ne

Se, dunque, tutti gli ordinamenti europei riconoscono l'iniziativa di parte – e molti di essi la considerano presupposto necessario per avviare un giudizio – il tema dell'*accusatio* rimane centrale. Poco importa se, successivamente, il processo osserverà schemi differenti: almeno in principio, l'*instantia partis* – sia che avvenga *per querelam* sia che avvenga *per accusationem* – rispetterà alcune regole tradizionali circa l'*habilitas* del promotore, che si vanno a sommare ai requisiti soggettivi previsti dagli statuti⁹⁰. E, in questo senso, la disciplina del procedimento ordinario rimane utilissima, perché consente agli accusati di contestare l'altrui legittimazione con un'eccezione *in limine iudicii*. In via di principio, laddove lo *ius proprium* prevedesse l'impulso privato come condizione di procedibilità, la ripulsa sarebbe capace di stroncare l'azione: in realtà – come abbiamo visto – bisogna fare i conti col potere suppletivo del giudice, la cui ampiezza varia di luogo in luogo. La rilevanza della questione, testimoniata persino da Claro⁹¹, è messa in luce da Farinacci per quanto attiene la Curia capitolina, dove l'*accusatio adulterii* è ristretta a pochi e il giudice non può sostituirsi al promotore nullo: in questo caso, respingere l'accusatore (o querelante) *inhabilis* significa chiudere la causa⁹². La *repulsio accusatoris*, insieme all'eccezione d'incompetenza, rappresenta perciò una delle prime attività difensive, e va necessariamente compiuta prima che il proprio nome sia *receptum inter reos*⁹³.

traduceva al massimo grado la sensibilità (...) prefigurava la libertà d'accusa lasciata ai parenti che potevano mantenere riservato il proprio *iustus dolor*»: Bellabarba, I processi, cit., pp.191-192. Specie tra i nobili, l'onore è valore troppo prezioso da potersi affidare a un giudice: «Imo videtur excusari maritus, si non accusat adulterum, sed interficit; quia per accusationem efficitur viles, et cornuti apud omnes; et Iudices non solent ius reddere, sed truffari, cachinnari, et irridere». Toschi, Practicarum, cit., I, concl.226, n.13, p.227. Parole eloquenti, tendendo presente che – in quest'epoca – i giudici sono visti come sacerdoti del diritto.

⁹⁰ Il procedimento potrà poi svilupparsi seguendo modalità inquisitorie, con un giudice attivo nella ricerca della prova e un promotore più o meno inerte. Ma l'avvio del giudizio resta legato ai requisiti di ammissibilità dell'accusatore, che si considerando validi anche per il querelante. «Proculdubio ea, quæ possunt de iure opponi contra accusatorem et accusationem, poterunt etiam opponi contra querelantem et querelam»: Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XII, n.6, p.172. Cfr. Caballo, Resolutiones, cit., cent.II, casus.CXIV, n.14, p.208.

⁹¹ Che pure si era distinto per una scarsa considerazione del rito accusatorio. Il Senatore si sofferma sul punto in ben due passi. «Sed in casibus, in quibus ex forma statuti vel consuetudinis iudex non posset procedere nisi ad querelam partis, proculdubio ea, quæ possent de iure opponi contra accusatorem et accusationem, possent opponi contra querelantem et querelam»: Claro, Practica, cit., par.Finalis, q.X, n.2, fol.114B. «Bene verum est, quod in locis, in quibus servatur ius commune, possent hæc quæstiones esse valde utiles. Pariter etiam in locis, in quibus non possunt iudices super omnibus delictis ex officio procedere, prodessent in illis casibus, in quibus non posset procedi nisi ad querelam partis, quæ hodie succedit loco accusationis»: Id., Practica, cit., par.Finalis, q.XIV, n.1, fol.119A.

⁹² «Utilitas quæstionis prædictæ non modica erit in illis locis, in quibus tali consuetudine cessante (i.e. quella secondo per cui il giudice può supplire il difetto del promotore) servatur ius commune» ma anche «respectu illorum locorum, in quibus vigore statutorum iudex non nisi in aliquibus criminibus potest procedere absque partis querela»: «prout in Urbe et in Curia Capitolii habemus in novis reformationibus statutum, in libro 2, capitulo 5, et in aliis plerisque locis huiusmodi statuta vigere vidi». Farinacci, inoltre, conferma che i requisiti di ammissibilità del querelante sono identici a quelli previsti per l'accusatore, data la fungibilità delle due forme: «His enim casibus, quando præsertim iudex non potest procedere nisi ad querelam, quæ hodie successit loco accusationis (...) ad querelandum non admittuntur, nisi illi, qui de iure ad accusandum admittuntur, et nisi habiles fuerint, iudex procedere non poterit»: Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XII, nn.4 e 6 p.172.

⁹³ Cioè, come specifica Claro, prima che avvenga la *litiscontestatio*: Claro, Practica, cit., par.Finalis, q.XIV, n.13, fol.120. «In causis adulterij exceptiones debent proponi, et opponi ante litis contestationem, nec admittuntur postea»: *additio* n.17 di Baiardo a Claro, Practica, cit., par.Adulterium, fol.7B. «Regula est communis, quod exceptiones contra personas prius sunt examinandæ»: Deciani, Tractatus, cit., I, lib.III,

Tiberio Deciani individua *de iure communi* ben ventuno ipotesi d'inabilità, riconosciute sia nelle corti secolari che in quelle ecclesiastiche⁹⁴: ci soffermiamo solo su quelle che, nei reati in esame, rivestono maggior rilevanza. Se non sono parti lese, non possono postulare gli infami di diritto e di fatto: tra questi ultimi, sono annoverati gli stessi *luxuriosi*⁹⁵. La *Lex Iulia* vietava l'accusa ai minori di 25 anni, a meno che non vendicassero la propria *iniuria* coniugale: da un lato si tutela il marito tradito, dall'altra si evita che i terzi accusino «inconsulto ætatis calore»⁹⁶. Per quanto attiene il *filiusfamilias*, la compilazione giustiniana imponeva il consenso paterno come condizione: ma in caso di adulterio era già prevista la possibilità di agire «invito patre»⁹⁷. I tribunali cinquecenteschi, però, riconoscono *in criminalibus* la piena capacità processuale del «filiusfamilias, sive agendo, sive se defendendo» anche «sine consensu patris»⁹⁸; per quanto riguarda l'adulterio, peraltro, la questione è comunque risolta dal fatto che il diritto moderno annovera il matrimonio tra le cause di emancipazione⁹⁹. *Ratione officii*, un magistrato non può accusare la moglie di adulterio, nonostante gli sia concesso lo *ius occidendi*: la *ratio* è quella di difendere il prestigio della carica (ridicolizzato da un processo, ma salvaguardato in caso di vendetta!); se proprio intende accusare, aspetterà la fine dell'incarico¹⁰⁰. Altre due ipotesi di inabilità valgono solo nel foro ecclesiastico. Il diritto canonico, infatti, non

cap.VI, n.6, p.128. Attività difensiva, perché l'onere di dimostrare l'inabilità del promotore ricade sull'accusato: il principio generale, infatti, stabilisce che «accusatores omnes regulariter admittuntur, maximo in publicis iudicijs, et ita neganti accusatoris habilitatem, incumbit probatio»: Id., Tractatus, cit., I, lib.III, cap.VI, n.1, p.127.

⁹⁴ Deciani, Tractatus, cit., I, lib.III, cap.VI, n.7, p.128.

⁹⁵ D.4.2.11. Cfr. Migliorino, Fama e infamia, Problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli XII e XIII, Catania 1985, pp.152-154 e 175. Sul tema, Todeschini, Visibilmente crudeli. Malviventi, persone sospette e gente qualunque dal Medioevo all'Età moderna, Bologna 2007; Migliorino, Iniuria e Infamia. Indagine sulla dottrina giuridica medievale, in Becker (hg.), Persönlichkeitsrecht und Persönlichkeit des Rechts Gedächtnisschrift für Heinz Hübner, Berlin-Münster 2016, pp.167-201. Agli infami va parificato il bandito, che è infame di diritto e perde ogni diritto civile. Il «bannitus maritus», però, «ad accusandum adulteram suam admittitur, licet bannitus perdat jura suæ civitatis, non tamen perdit ea, quæ sunt juris naturalis et divini». Così, essendo il matrimonio istituito di diritto naturale e divino, egli potrà perseguire la propria *iniuria*: Pietro Teodorico, *Judicium*, cit., cap.VI, aphor.III, n.8, pp.742-743.

⁹⁶ Così Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.IV, n.2, p.309. Cfr. D.48.5.16.6.

⁹⁷ D.48.5.6.2 e D.48.5.37. Sul punto, Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.XIII, cap.I, n.5, p.460.

⁹⁸ Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.XII, n.10, p.173. «Videmus quotidie contrarium servari, quod scilicet non requiratur consensus patris, sive filiisfamilias accuset, sive accusetur»: Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.XIV, n.5, fol.119B.

⁹⁹ Esplicita *Leyes de Toro*, 47 (edizione di riferimento: *Leyes de Toro. Quaderno de las leyes y nuevas decisiones*, Salamanca 1551) «El hijo o hija casado y velado, sea avido por emancipado, en todas las cosas para siempre». Gómez, nel commentare la norma, ne mette in risalto la novità rispetto al diritto romano: «ex ista lege in nostro regno per contractum matrimonij filius vel filia eximitur a potestate paterna et efficitur sui iuris (...) De iure communi non liberatur ab ista patria potestate». Il fatto che la disposizione adoperi la congiunzione copulativa y consente a Gómez un'interpretazione piuttosto rigorosa, che forse va oltre le stesse intenzioni del legislatore (le *Leyes* – lo ricordiamo – sono pubblicate nel 1505, mentre il commentario è pubblicato in pieno clima tridentino). Per Gómez, infatti, non bastano gli *sponsalia de presenti* (persino se seguiti da consumazione!) per divenire *sui juris*, ma occorre una «Ecclesiastica solemnitas»: Gómez, *Ad leges Tauri*, cit., pp.436-437.

¹⁰⁰ «Poterit post finitum accusare, et sic licet differatur accusatio, non tamen tollitur, præsertim, quia parvo tempore differtur, cum magistratus sint annui»: Deciani, Tractatus, cit., I, lib.III, cap.XV, n.3, p.149. Si pone anche il problema opposto – e più spinoso – dell'accusabilità del magistrato adultero. Droghi sostiene che non sia perseguibile finché ricopre l'ufficio: anche perché l'adulterio non è reato per il quale si può esser privati della carica. Si provvederà pertanto ad un'assoluzione con la clausola *rebus sic stantibus*. Cfr. Droghi, *Consilium*, cit., nn.37-38, fol.12B.

ammette l'accusa da parte di un *inimicus*, perché si presume la sua mendacità¹⁰¹. «Si propter mariti sævitiam et verbera uxor aufugiat, et postea maritus eam accuset (...) de adulterio (...) repellatur a tali accusatione tanquam inimicus»; ma anche «divortio sequuto inter maritum et uxorem, præsumitur inimicitia inter eos»: dunque nessuna ulteriore accusa da parte del marito potrà essere accolta¹⁰². Infine, i tribunali della Chiesa conoscono un'ulteriore ripulsa «propter reverentiam», in virtù della quale i laici non possono accusare i chierici; d'altra parte, si presume che essi agiscano «ex odio»¹⁰³. Questa regola, sommandosi al privilegio del foro, rischierebbe di trasformare la giustizia ecclesiastica in un sistema puramente corporativo, se non fossero presenti alcune eccezioni. Il laico, infatti, può accusare il chierico non solo di *crimina excepta*, ma anche di tutte le *iniuriæ* che lo riguardano personalmente¹⁰⁴. Il diritto canonico del '500 ha particolarmente a cuore la disciplina sessuale di un clero fino ad allora abbastanza lasso: ed è per questo che, laddove il marito intenda accusare un chierico di adulterio, «tunc severius procedendum est: tantoque acrius (...) puniendus est clericus, quanto honorabilior est persona mariti, aut diuturnius est adulterij peccatum, maiusve exinde subortum scandalum»¹⁰⁵. Nel discorso, d'altro canto, rientra la *sollicitatio ad turpia*, che è sì crimine *exceptus* – in quanto equiparato all'eresia – ma volta per volta può riguardare una donna coniugata (ed offendere il marito in quanto adulterio) o una vergine (provocando la reazione del padre in quanto stupro). In generale, poi, tutti i parrocchiani hanno facoltà di accusare il proprio pastore: «plurimum enim interest etiam laicum habere bonos prælatos»¹⁰⁶. Questo significa stabilire una sorta di reciproco controllo tra basso clero e fedeli, secondo una dinamica di correzione reciproca che smentisce le ricostruzioni troppo verticistiche del disciplinamento dei costumi. Il parroco è il primo giudice della sua comunità: ma la comunità può sottoporlo al giudizio dei superiori¹⁰⁷.

¹⁰¹ Da parte sua, anche il diritto civile permetteva la ripulsa di *testes inimici*, ma non contemplava una simile esclusione per l'accusatore (anche perché «testi enim creditur contra reum, non sic accusatori»): Deciani, *Tractatus*, cit., I, lib.III, cap.XXV, n.1, p.172. La soluzione canonica appare assurda ai criminalisti laici. Scrive, ad esempio, Claro: «Certum est, quod nullus amicus alium sibi amicum accusat, sed semper accusationem præcedere solet aliqua animorum offensio»: Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.XIV, n.17, fol.120B. L'Abbas, invece, aveva giudicato incauta la permissione civilistica. Col solito eclettismo, Farinacci propone di ammettere i nemici nel foro civile, ma di ritenerli per sospetti: Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.XII, n.38, p.176. I due fori, in realtà, non s'intendono perché parlano lingue diverse. Il diritto canonico insiste sulla ripulsa del nemico perché ammette l'accusa solo in quanto atto caritatevole. Il diritto secolare, più pragmaticamente, si offre come strumento di vendetta procedurale.

¹⁰² Deciani, *Tractatus*, cit., I, lib.III, cap.XXV, nn.4 e 79, pp. 173 e 180.

¹⁰³ Follerio, *Canonica Criminalis Praxis*, cit., pars II, cap.4, n.43, p.48.

¹⁰⁴ Follerio, *Canonica Criminalis Praxis*, cit., pars II, cap.4, n.44, p.48.

¹⁰⁵ Díaz de Lugo, *Practica*, cit., p.396. Sul disciplinamento del clero tridentino: De Boer, *La conquista dell'anima. Fede, disciplina e ordine pubblico nella Milano della Controriforma*, Torino 2004; Fosi, *La giustizia del Papa*, cit., pp.136-157.

¹⁰⁶ Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.XII, n.13, p.173.

¹⁰⁷ Ciò non significa che, ricevuta la domanda, le corti ecclesiastiche si mostrino sempre severe nell'irrogare la pena (e tantopiù nell'eseguirla). Nella loro ricostruzione, Mancino e Romeo ne denunciano la sistematica indulgenza verso i consacrati. «I soli obiettivi importanti da raggiungere erano il recupero della giurisdizione perduta e il rispetto tassativo dei privilegi (...) Per i delitti il punto di riferimento non poteva essere la rigida legislazione tridentina. Una sorda volontà di nasconderli e minimizzarli s'impose su chi aveva motivo di dolersene». Nei *delicta carnis*, raffrontando le sanzioni inflitte ai chierici con quelle irrogate ai laici, emerge un trattamento piuttosto benevolo. Mancino – Romeo, *Clero criminale*, cit., pp.102, 119 e 213-215.

3. *Accusate peccatrici e caste accusatrici: le corti secolari*

Commentando la costituzione *Legum asperitate*, Matteo d’Afflitto propone un’ardita interpretazione di quel passo biblico in cui si narra che l’uomo fu creato *ad imaginem Dei*¹⁰⁸. Per l’autorevole giudice napoletano, «intellexit de viro, et non de muliere, quia mulier non est imago Dei, nec Deus gloriatur per ipsam, sicut de viro, et tanto magis si est adultera»¹⁰⁹. Sentenza netta, senza troppi giri di parole, che sottende però una motivazione non scritta. Secondo i teologi, somigliare a Dio significa dividerne la natura di essere razionale, differenziandosi così dagli animali sensibili ma irrazionali¹¹⁰. Sennonché, pur non mettendone in discussione l’umanità, non pochi giuristi si mostrano scettici sulla possibilità di considerare le donne – *infirmæ* ed *imbecilles* per natura – esseri pienamente razionali. Lo stesso Platone, come ricorda Tiraqueau, si era posto seriamente la domanda¹¹¹. La debolezza femminile esige misure specifiche da parte dell’ordinamento, che si sostanziano anzitutto in una serie di limitazioni giuridiche. Pur essendo *personæ*, la loro capacità di agire risulta limitata non solo in sede negoziale, ma anche processuale. Lo stesso Paolo, nel Digesto, confermava l’assunto¹¹². Inclini alla vendetta, alla menzogna e allo spergiuro, condizionate da umori troppo mutevoli: le donne potrebbero causare grossi problemi se fosse loro riconosciuto uno *ius accusandi* ampio quanto quello maschile¹¹³. Principio generale vuole che sia loro impedito di attivare il giudizio in caso di *delicta publica*, a meno che la causa non riguardi direttamente una «iniuria suam suorumque»¹¹⁴. L’eccezione potrebbe schiudere le porte dei tribunali alla moglie tradita che intende accusare il marito o la sua amante. Sennonché la dottrina secolare – ancorandosi saldamente a C.9.9.1¹¹⁵ – esclude categoricamente questa opzione: la donna è dunque

¹⁰⁸ Gn I, 26.

¹⁰⁹ D’Afflitto, In utriusque Siciliae, cit., secunda pars, lib.III, rubr.XLII, n.10, fol.173B. Ma l’opinione del giurista napoletano si fonda su un passo agostiniano confluito in *Decr.* C.22, q.V, c.13: «mulier non est facta ad Dei imaginem». Conclusione ricavata a *contrario* da 1Cor XI, 7.

¹¹⁰ Tommaso d’Aquino, Summa contra Gentiles, cit., III, 81, fol.313.

¹¹¹ «Nam divinus ille Plato dubitare videtur, utro in genere ponat mulierem, rationalium animalium, an Brutorum»: Tiraqueau, De legibus connubialibus, cit., fol.13A.

¹¹² «In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum»: D.1.5.9.

¹¹³ «Ob eius pravam naturam facile præsumaturn calumniari mendaciter»: Deciani, Tractatus, I, lib.III, cap.VII, n.7, p.129 che, mostrando la sua inclinazione culta, chiama a testimone la Satira 17 di Giovenale: «Vindicta nemo magis, quam foemina gaudet». «Ad accusandum proclivis nimis est; nec, ut Poetae verbis utar, ulla fere caussa est, in qua non foemina litem movet»: Matthes, de criminibus, cit., lib.XLVIII, tit.XIII, cap.I, n.2, p.459.

¹¹⁴ C.9.1.12. Un divieto generico è ribadito in D.4.2.8. In realtà, i giuristi avevano definito una corposa serie di *crimina excepta* in cui la donna poteva accusare pur non essendo parte lesa: nei reati di falso testamento, eresia, sacrilegio, simonia, lesa maestà e annona l’interesse pubblico prevaleva su qualunque logica “garantista”. La capacità femminile viene ammessa esattamente negli stessi casi in cui si ammette quella degli infami: come costoro, le donne non sono degni di fiducia. Cfr. Deciani, Tractatus, cit., I, lib.III, cap.VII, n.1 e 8-23, pp.128-129; Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XII, n.16, p.174.

¹¹⁵ «Publico iudicio non habere mulieres adulterii accusationem, quamvis de matrimonio suo violato queri velint, lex Iulia declarat, quæ, cum masculis iure mariti facultatem accusandi detulisset, non idem feminis privilegium detulit»: C.9.9.1. La disposizione è messa in capo al titolo *ad legem Iuliam de adulteriis* del Codice, quasi a volerne rimarcare l’importanza.

accusatrice *inhabilis*, e può essere estromessa dalla controparte tramite normale ripulsa¹¹⁶. Questo vale «sive maritus accedat ad solutam, sive ad coniugatam»¹¹⁷, sebbene con conseguenze molto diverse: nel secondo caso, egli sarà comunque perseguibile da parte della famiglia della *nupta*; nel primo, invece, non sarà accusabile. I giuristi, d'altronde, avevano sostenuto che *de iure civili* il rapporto del *coniugatus cum soluta* non è affatto adulterio: la norma giustiniana non precludeva l'accusa alla moglie lasciandola ad altri, ma negava in radice la configurazione delittuosa¹¹⁸. Non c'è dunque adulterio, ma l'offesa resta: ed è per questo che la donna può comunque «accusare ex generali capite iniuriarum», con conseguenze sanzionatorie assai più blande¹¹⁹. D'altro canto, il coniugato che porta in casa la concubina è punibile *extra ordinem*, ma non a titolo di adulterio¹²⁰. Per la maggioranza dei giuristi, la disparità di trattamento appare più che giustificata. «Maior est iniuria, quæ fit marito ab uxore adultera, quam quæ fit uxori ab adultero marito»¹²¹: ciò sia per ragioni d'onore, sia per il rischio di *turbatio sanguinis*. A tali considerazioni si aggiunge la ben nota gelosia femminile, che porterebbe ogni giorno in giudizio un marito malcapitato¹²².

Resta solo una finestra attraverso cui le donne possono dedurre in giudizio il tradimento del marito: laddove l'adultera sia sotto processo su accusa del marito, *in limine iudicii* può eccepire la mutua ingiustizia. Rivelando il crimine del suo accusatore, essa riesce a farlo decadere¹²³. Infatti «paria delicta mutua compensatione tolluntur»: un marito adultero non può lagnarsi di una moglie licenziosa, specie se mantiene una concubina¹²⁴. Né tantomeno un marito lenone può farlo nei confronti di lei o del drudo¹²⁵. Con

¹¹⁶ È bene anticipare che tale divieto riguarda solo il giudizio criminale secolare, mentre nel foro ecclesiastico è riconosciuto alle donne il potere di attivare sia l'azione criminale che quella civile. Nel complesso, dunque, la posizione femminile è meno limitata di quanto sembri.

¹¹⁷ Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLI, n.104, p.474.

¹¹⁸ Si sarebbe avuta, pertanto, una *fornicatio* impunita *de iure civili* (a meno che la *soluta* non fosse vergine: in questo caso il marito infedele sarebbe stato perseguibile per stupro, ma non da parte della donna tradita). I giuristi precisano che C.9.9.1 non si limita a negare alla moglie un'*accusatio* privilegiata specularmente a quella *iure mariti*, ma qualsivoglia *accusatio*: cfr. Deciani, Tractatus, cit., I, lib.III, cap.VII, n.17, p.130; Farinacci Praxis, cit., pars quarta, q.CXLI, n.104, p.474.

¹¹⁹ «Cum negari non possit, quod iniuriam patitur ex adulterio sui viri», scrive Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLI, n.106, p.474. Farinacci, a ben vedere, amplia la punibilità rispetto a quanto sostenuto dalla sua fonte dichiarata, e cioè il commento di Baldo al titolo *ad legem Iuliam de adulteriis*. Il Perugino, infatti, aveva configurato *iniuria* solo in caso di concubinato, non di relazione occasionale. In Castiglia, però, Partidas, 7.17.1 affermava che «del adulterio que faze el varon con otra muger non nace daño, nin deshonorra, a la suya». Perciò Gregorio López, nella gl. *Nin deshonorra a la suya*, nega persino l'*actio iniuriarum*. Cfr. Collantes de Terán, El delito, cit., p.205.

¹²⁰ Lo garantisce Bossi, ricordando una pronuncia del Senato di cui fu relatore: Bossi, Tractatus, cit., fol.190B. Dopo Trento, si diffonderanno le previsioni statutarie che fisseranno una pena ordinaria per concubinato.

¹²¹ Matthes, de criminibus, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.IV, n.1, p.309.

¹²² «Adhæc sexus iste admodum querulus est, quemadmodum omne infirmum. Itaque ne omnis dies accusantem mulierem reum maritum audiret, frænum impotentiae muliebri fuit iniiciendum»: Matthes, De criminibus, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.IV, n.1, p.309.

¹²³ Papon, Recueil d'arrests, cit., lib.XXIV, tit.II, arr.V, p.1307; Matthes, De criminibus, cit., lib.XLVIII, tit.XIII, cap.I, n.14, p.464.

¹²⁴ «Maritus tenens concubinam non potest accusare de adulterio»: *additio* n.11 di Baiardo a Claro, Practica, cit., par.Adulterium, fol.7.

¹²⁵ Adulterio e lenocinio, pur non essendo *paria*, sono pur sempre *delicta connexa*: Deciani, Tractatus, cit., I, lib.III, cap.XXXIII, nn.1-3 e 14, pp.194-196.

un'interpretazione larga, l'*accusatio* è preclusa persino al marito che lascia la moglie in condizioni di miseria, costringendola al meretricio¹²⁶. Ma se il meccanismo dell'eccezione si rivela decisivo nelle cause civili – perché comporta vera e propria *compensatio* – nel penale la prevalenza dell'interesse pubblico non determina l'estinzione del processo, che prosegue secondo modalità inquisitorie a scapito di entrambi¹²⁷. Si tratta, a ben vedere, di uno strumento difensivo piuttosto debole¹²⁸.

Se l'*exceptio adulterii* e l'*exceptio lenocinii* non estinguono il processo criminale, sostenere di aver subito una violenza carnale potrebbe troncargli *in nuce* il processo, giacché «non licet marito accusare uxorem (...) si fuisset vi oppressa». *Vis* e *metus*, infatti, escludono il dolo¹²⁹. In questo caso, d'altro canto, la donna – coniugata o libera che sia – gode dello *ius accusandi*¹³⁰.

¹²⁶ «Non licet marito accusare uxorem de adulterio (...) quando ipse fuit causa adulterij, etiam si causa fuerit remota, puta quia eam reliquerit sine necessarijs ad vitam»: *additio* n.15 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.*Adulterium*, fol.7B.

¹²⁷ Che l'eccezione di lenocinio non potesse chiudere il giudizio era già chiaro ai Romani. D.48.5.2.4: «Qui hoc dicit lenocinio mariti se fecisse, relevare quidem vult crimen suum, sed non est huiusmodi compensatio admissa». Cfr. anche D.48.5.2.5 e D.48.5.2.7 (dove si specifica che l'eccezione non può essere proposta quando il proponente è *receptus inter reos*, ma prima). Fedele alla sua logica accusatoria, l'ordinamento romano non concedeva la ripulsa, ma ampliava l'oggetto del giudizio. Nondimeno, il giudice era tenuto a vigilare sulla pudicizia dell'accusatore, secondo le modalità inquisitorie di D.48.5.14.5: «Iudex adulterij ante oculos habere debet in inquirere, an maritus pudice vivens mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit: periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat: quae res potest et virum damnare, non rem ob compensationem mutui criminis inter utrosque comunicare». In Età moderna, con l'ascesa dell'inquisitorio, la questione trova una soluzione coerente nel riconoscere l'indisponibilità dell'*interesse Reipublicae*: concedere la ripulsa non significa mettere in dubbio la prosecuzione del processo. Cfr. Deciani, *Tractatus*, cit., I, lib.III, cap.XXXIII, n.15, p.196; *additio* n.15 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.*Adulterium*, fol.7B. Nel caso spagnolo, l'evoluzione trova riscontro anche sul piano legislativo: se *Fuero Real* 4.7.4 (edizione di riferimento: Díaz de Montalvo, *El Fuero real de España*, Salamanca 1569) e *Partidas*, 7.17.9 riconoscevano il mutuo adulterio come *defensio* per la donna, *Ordenamiento de Alcalá*, 21.1, *Ordenanzas Reales de Castilla*, 8.15.2 e *Nueva Recopilación* 8.20.3 lo negano espressamente. Per quanto attiene il diritto canonico, fanno fede le parole dell'Abbas, *Commentaria*, cit., t.VII, super *Quintum librum Decretalium*, rub. de adulteriis et stupro, c.intelleximus, nn.5 e 8-9, foll.218B-219.

¹²⁸ Che però rivela una contraddizione di fondo, riconoscendo *per viam exceptionis* la rilevanza di un crimine – l'adulterio maritale – che, sul piano sostanziale, non dovrebbe esistere. Con maggiore coerenza, Pietro Teodorico propone di non dare alcuna rilevanza al mutuo adulterio. Il principio «paria delicta mutua compensatione tolluntur» può operare solo in caso di perfetta equivalenza: ma, come tutti sanno, l'atrocità dell'adulterio muliebre non è assimilabile a quella del tradimento maritale. L'argomento della *turbatio sanguinis*, sviluppato con rigore, giustifica una negazione assoluta della *compensatio adulterii in criminalibus*. Ma si tratta di una questione controversa, come il giurista sassone ha cura di precisare: Pietro Teodorico, *Judicium*, cit., cap.VI, aphor.III, nn.10-12, pp.743-744.

¹²⁹ *Additio* n.15 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.*Adulterium*, fol.7B. «Adulterium non puniatur, quando illud mulier passa est per vim (...) Violentia excusat uxorem ab adulterio, et illud poena, etiam quod violentiam praesciens illam effugere non curaverit (...) Si uxor adulterium passa est non vi praecisa oppressa (...) talis metus excuset a poena legali, et criminali ipsius adulterij, non autem excuset a poena amissionis dotis, et separationis thori»: Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, n.95, p.474. Raramente, però, tale eccezione preliminare sarà accolta: a meno che il fatto non sia notorio, la corte aprirà il giudizio e differirà la prova della violenza alle fasi successive.

¹³⁰ Testuale in Carolina, 119 dove, peraltro, l'accusa femminile appare come condizione di procedibilità. Peraltro la *nupta*, la *virgo* e la *vidua* non possono accusare per mera *vis*, ma son tenute ad allegare precisamente l'*adulterium* o lo *stuprum cum vi* «quia attenditur principalis intentio, quae fuit committenti adulterium vel stuprum, violentia autem confunditur tanquam qualitas accessoria et aggravans cum principali delicto»: Deciani, *Tractatus*, cit., t.II, lib.VIII, cap.XV, n.10, p.319. In linea di principio, la donna non può

La questione appare piuttosto utile per affrontare il tema dello *stuprum*. Come si configura la legittimazione passiva e attiva della donna? Pur condividendo gran parte della disciplina procedurale, tra i due reati c'è una differenza di fondo non trascurabile, che si riflette sul tema dell'*accusatio*. La *nupta*, naturalmente incline a un piacere che già conosce, si presume consenziente all'adulterio: dimostrare il contrario costituirà oggetto di *probatio*, e nel frattempo può ben essere accusata. La *virgo*, al contrario, si presume casta e dunque sedotta. Anche quando non si ricorre alla forza, promesse e blandizie possono ingannarla falsando la sua volontà *imbecillis*. Movendo da questi presupposti, la dottrina maggioritaria sostiene la non punibilità della stuprata, quindi anche la sua non accusabilità¹³¹. Non solo: il paradosso è che una *puella* di fatto consenziente, che magari ha accettato le proposte del suo *sponsus*, può portarlo in giudizio per via criminale¹³². Le fonti processuali testimoniano, anzi, un notevole attivismo: «le donne non avevano alcuna reticenza a rivolgersi alla giustizia e a farsi abili tessitrici delle strategie legali più opportune»¹³³.

accusare il marito di congiunzione violenta: il debito coniugale esclude infatti la configurabilità del reato. Rodríguez Ortiz, *Mujeres forzadas. El delito de violación en el Derecho castellano*, Almería 2003, p.66. In realtà, laddove il diniego fosse legittimo, le donne possono accusare la *sævitia* ed ottenere la separazione del toro.

¹³¹ Con sporadici distinguo da parte di qualche giurista più smaliziato, come Marcantonio Savelli: «licet fateatur ex usu iudiciorum, stupratas etiam sponte consentientes non puniri, ostendit conveniens esse, ut et ipsæ puniantur, cum pariter delinquant, maxime, quando impudentissime se obtulerunt, vel post stuprum in concubinato diu permanserunt». Soluzione che appare tanto più logica, perché la *monia* (generalmente vergine o vedova) è accusabile di sacrilegio al pari del suo amante: Savelli, *Summa*, cit., IV, par. Stuprum, n.6, p.268. Il dibattito sulla punibilità della stuprata è affrontato, con la consueta completezza, da Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, nn.49-52, p.559. L'Avvocato precisa che *de iure canonico* la questione non si pone nemmeno, essendo indubitata la conclusione favorevole alla donna. Più dubbi sul versante civilistico, laddove si registrano posizioni discordanti. Chi configura un consenso pieno in capo alla donna, ne ammette la punibilità (salvo il caso di violenza). In questo senso si esprimono: Corradi, *Prætorium*, cit., lib.I, cap.IX, par.III, de Stupratoribus, n.11, p.388; Gómez, *Ad leges Tauri*, cit., p.559; Toschi, *Practicarum*, cit., VII, concl.709, n.24, p.468. In loro favore gioca C.9.9.20. La maggioranza, però, sostiene la non punibilità femminile, sia nei confronti delle vergini che delle vedove. Fondamento di tale argomentazione è la presunzione di seduzione, introdotta da Giustiniano nella *lex unica de raptu virginum* (C.9.13.1.3). Da parte sua, Farinacci si accoda a quest'ultima opinione, confortata da una prassi consolidata. Suggestisce, però, un distinguo: lasciare impunte le vergini, verificare la reale volizione delle vedove. Anche in questo caso, come per le *nuptæ*, c'è da sospettare un'inclinazione al peccato.

¹³² Dichiarandosi sedotta, la ragazza può domandare la pena del *ducere vel dotare*, che le garantisce un vantaggio personale. L'assurdità del meccanismo sarà chiaramente avvertita nel Settecento riformatore, quando verrà considerato un'arma di ricatto in mano a fanciulle spregiudicate. Cfr. Tomás y Valiente, *El derecho penal*, cit., pp.362-365; Alessi, *Processo per seduzione. Piacere e castigo nella Toscana leopoldina*, Catania 1988; Ead., *L'onore riparato. Il riformismo del Settecento e le ridicole leggi contro lo stupro*, Fiume (cur.), *Onore e storia nelle società del Mediterraneo*, Palermo 1990, pp.129-142; Peccianti, *Gli inconvenienti della repressione dello stupro nella giustizia criminale senese: il dilagare delle querele nel Settecento*, in Berlinguer – Colao (curr.), *Criminalità e società*, cit., pp.477-515. Difficile dire se la norma giuridica sia scollata dalla realtà sociale già nel Cinquecento, epoca in cui i costumi femminili paiono meno disinvolti rispetto all'Età dei Lumi. Possibile che la presunzione di seduzione risponda effettivamente alla condizione muliebre del sec.XVI, e risultare decrepita due secoli dopo. Certo è che i primi dubbi emergono già con la Scuola di Salamanca: segno che – specie in confessionale – la volontà femminile comincia ad esser presa sul serio.

¹³³ Logicamente, dietro le quinte, opera tutto l'*entourage* familiare, specie genitori e fratelli determinati ad ottenere dall'offesa il maggior vantaggio possibile: Lombardi, *Il reato di stupro*, cit., p.359. Che il processo per stupro si attivi principalmente su querela della donna è confermato in Id., *Matrimoni di Antico Regime*, cit., p.162.

Perseguendo una *suam iniuriam*, e mancando limitazioni specifiche come quelle per l'adulterio, la *stuprata* dispone perciò dello *ius accusandi*¹³⁴. Condizione necessaria è la sua onestà. Se la *puella*, invece, è vile «non intrat accusatio publica legis Iuliæ» ma «agitur isto casu actione iniuriarum, et non ad stuprum»¹³⁵. Essere poveri, comunque, non significa automaticamente essere vili: indicazione proveniente dalla canonistica, ma accolta anche dai criminalisti più recenti¹³⁶. La donna che «post stuprum» si è data al meretricio perde qualunque possibilità di agire¹³⁷. Tuttavia, se dopo la prima congiunzione carnale ne seguono altre con lo stesso uomo, essa non perde la facoltà di accusare «cum sufficiat a principio fuisse honestam»: al contrario, nei confronti del reo, la pena aumenta in ragione della *reiteratio*. Solo il rapporto concubinario (dichiarato o presunto) scusa l'uomo, in quanto lecito per il diritto civile¹³⁸. Tortuose interpretazioni magistralmente teorizzate da Tommaso Grammatico nel *votum IV*, in un caso che mostra in modo esemplare l'uso della giustizia da parte della querelante¹³⁹.

¹³⁴ Ma non di rado, come per l'adulterio, statuti e prassi ammettono anche l'iniziativa dei parenti più stretti, specie se dotati di *potestas* o tutela: Arrivo, *Seduzioni, promesse, matrimoni: il processo per stupro della Toscana del Settecento*, Roma 2006, p.84. Si distinguono i Riti Magnæ Curia Regni Siciliae, 71: la consenziente non può accusare *criminaliter*, mentre è sempre ammesso l'impulso di «parentes, et collaterales usque ad septimum gradum». Cfr. Cumia, *In ritus*, cit., cap.LXXI, nn.20 e 23, p.360; Basilico, *Decisiones criminales*, cit., dec.XV, n.41, p.204.

¹³⁵ Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.70, p.560. Tommaso Grammatico ricorda il caso di una ragazza, cui la Vicaria riconosce il diritto di essere dotata dal reo, contestualmente condannato ad una *relegatio* triennale. Agendo *pro reo*, il fisco appella la sentenza sostenendo la viltà della ragazza, che diversi testimoni hanno visto «de nocte ad lumen candelæ per rimulam hostij» congiungersi anche ad un altro giovane: la ragazza, «levissimæ vitæ et famæ», non era affatto vergine al momento del fatto. Il Sacro Regio Consiglio riformerà la sentenza: Grammatico, *Decisiones*, cit., dec.CVII, nn.1-2 e 9, foll.172B e 173.

¹³⁶ Lo aveva specificato l'Abbas commentando il capitolo *Pervenit*: lo ribadiscono l'*additio* n.24 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.Stuprum, fol.93B e Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.71, p.560. «Quoad honestatem autem hic nil officit, quod foemina pauper sit vilis et abjectæ conditionis (...) vilitatem considerari saltem respectu inhonestatis, non vero respectu generis aut conditionis»: Pietro Teodorico, *Judicium*, cit., cap.VI, aphor.IV, n.19, p.806.

¹³⁷ Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.79, p.561.

¹³⁸ Lo stupro «ex continuata cohabitatione, non purgatur sed augetur» perché *protestatio* e *consensus concubinarius* devono «intervenire a principio». Nei confronti di una vile, però, la convivenza lascia presumere un comportamento concludente: solo in tal caso, pertanto, può operare la *purgatio stupri*. Di per sé, quindi, la *diutina cohabitatio* non sana il delitto *post factum*, ma può talora fondare una presunzione che purga il dubbio, escludendo l'illiceità originaria del fatto. Grammatico, *Consilia*, cit., vot. IV, nn.3 e 18, fol.130. Sulla liceità *iure civili* del concubinato: Corradi, *Prætorium*, cit., lib.I, cap.IX, par.III, de Stupratoribus, n.12, p.388 che parla di «concubina, retenta in domo, indubitato affectu»; *additiones* nn.15 e 31 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.Stuprum, foll.93B-94A; Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, nn.78 e 81, p.561; Toschi, *Practicarum*, cit., VII, concl.710, n.6, p.469.

¹³⁹ Adriana Argenta, di origini umili ma poi maritata ad uomo onorabile, rimasta vedova, aveva intrecciato una relazione duratura col patrizio piacentino Bartolomeo Fontana. Senz'altro, tra i due non era intervenuto alcun matrimonio, mancando le formalità necessarie; tuttavia, la *diuturna cohabitatio* e il fatto stesso che la donna avesse dichiarato di accontentarsi di ciò, potevano far pensare a un rapporto concubinario. Mancava, però, la *protestatio* che potesse ufficializzare la cosa togliendo ogni dubbio. A un certo punto, Adriana rompe la relazione e, assistita dal fisco, querela il compagno per stupro. Si pone, dunque, il problema di comprendere se tra i due fosse intercorso un concubinato o piuttosto una *reiteratio stupri*. È chiaro che il *discrimen* è sottile e totalmente giuridico, giacché nei fatti nessuno dubitava della reale volontà di entrambi. Se costei fosse stata vile, la mera convivenza avrebbe lasciato presumere il consenso tacito, dunque il concubinato (*purgatio stupri*). Ma pur essendo nata bastarda, la donna era stata moglie di un «optimo civi»: di conseguenza si era legittimata «ob qualitatem mariti». In quanto *ingenua*, il suo *consensus concubinarius* non poteva presumersi per fatti concludenti: occorreva una dichiarazione formale. Altrimenti, mai e poi mai si sarebbe potuto pensare che una *mulier honesta* potesse preferire il concubinato alle giuste nozze. Certo,

4. *Lo ius accusandi dal Decretum alla Carolina: il segno della “spiritualizzazione del diritto”*

Se lo *ius civile* distingue crimini pubblici e privati in virtù di una *causa formalis* – la legge – che circoscrive i titolari dello *ius accusandi*¹⁴⁰, lo *ius canonicum* si orienta sulla base di un criterio solo apparentemente simile, che in realtà risponde a logiche assai diverse. Qui, la dicotomia di fondo intercorre tra *delicta manifesta* e *delicta occulta*¹⁴¹. Pertanto, nell’ordinamento ecclesiastico, non è una norma generale e astratta a stabilire la possibilità o meno di accusare, ma il caso concreto così come viene a configurarsi. Il carattere manifesto o occulto di un reato, infatti, dipende esclusivamente dalla sua conoscibilità, cioè «ab accidenti»¹⁴². Si tratta di un parametro che, per sua natura, non permette di formulare una lista precisa di fattispecie; il risultato della sua applicazione è talmente contingente da poter talora coincidere, talaltra no, con quanto previsto dallo *ius civile*. Entrambe le soluzioni, in realtà, rispondono a scelte ben precise: la prima si preoccupa di reprimere i comportamenti che ritiene oggettivamente più gravi, la seconda si pone l’obiettivo di sedare l’eventuale scandalo. La scelta della Chiesa ha una solida base scritturistica nella dottrina della correzione fraterna. San Paolo ricordava che «quorundam hominum peccata manifesta sunt præcedentia ad Iudicium, quosdam autem et subsequuntur»¹⁴³. I tribunali vescovili, pertanto, non ammettono accuse né procedono *ex officio* relativamente a delitti occulti e quasi occulti (cioè compiuti al cospetto di un paio di persone). È bene infatti che essi vengano corretti solo ed esclusivamente nel foro interno, secondo il principio «Ecclesia de occultis non iudicat»¹⁴⁴. In questo caso, quei pochi al cui cospetto è avvenuto il fatto sono tenuti ad una correzione segreta senza adire la corte, perché ciò potrebbe generare scandalo e danno all’anima del reo: l’autorevolezza di un

Bartolomeo aveva presentato dei testi in suo favore, ed essi sostenevano che la donna si contentasse della relazione *more uxorio*: ma le dichiarazioni non coincidevano perfettamente e, comunque, provenivano da soggetti che avevano tutto l’interesse a far vincere la causa all’accusato (suo fratello e i domestici). Adriana era evidentemente una vedova spregiudicata: dopo aver migliorato la propria *fama* col matrimonio, aveva stretto una relazione con un altro uomo che, probabilmente, non l’aveva voluta in moglie. La querelante impugna la spada della giustizia per vendetta, e scaglia il colpo dal verso più affilato: non chiede che l’uomo sia condannato a sposarla, ma domanda la confisca della metà dei beni (domanda, cioè, la pena pubblica, non quella privata). Perché il fisco napoletano si presta a un’operazione così pretestuosa a scapito di un onorato forestiero? Sussistono, forse, motivi del tutto extragiuridici che un *votum* non può svelare. Alla fine, Bartolomeo viene condannato per *stuprum* reiterato, dunque aggravato, non essendo riconosciuto il concubinato. Fraudolentemente spogliatosi di tutti i beni nelle more del giudizio, la pena è commutata dalla Vicaria in un triennio di *relegatio in insula*, secondo il principio «non habens in ære, luat in corpore». La vicenda è narrata con dovizia di particolari da Grammatico, *Consilia*, cit., vot. IV, foll.129B-131B.

¹⁴⁰ Così, col consueto rigore, Deciani, *Tractatus*, cit., I, lib.V, c.I, n.4, p.311.

¹⁴¹ «Aut crimen (...) est occultum, aut manifestum»: Follerio, *Canonica Criminalis Praxis*, cit., pars II, cap.4, n.19, p.41.

¹⁴² Deciani, *Tractatus*, cit., I, lib.V, c.I, n.6, p.311. L’imprecisione di alcuni giuristi, talvolta, definisce *publica* i delitti manifesti: ma la pubblicità cui ci si riferisce, in questo caso, non dipende da un interesse pubblico – come per lo *ius civile* – ma dalla contingenza che il fatto sia compiuto pubblicamente.

¹⁴³ 1Tm V, 24.

¹⁴⁴ «Peccata latentia in hoc seculo non habent vindictam (...) quia ecclesia non iudicat de occultis, sed iudicio divino relinquit»: Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.279.

probus vir – non «ut iudici, sed amico» – farà fede circa l'errore¹⁴⁵. Fanno eccezione, però, la parte lesa e i suoi congiunti, sempre abilitati ad accusare¹⁴⁶. Contrariamente a quanto accade nelle corti secolari – che anzi si sforzano di dimostrare i *delicta difficilis probationis* con le tecniche più ardite – nel foro ecclesiastico, di regola, i delitti occulti sono estromessi¹⁴⁷.

Per quanto attiene i *manifesta*, invece, ognuno è legittimato ad agire, potendo optare per la *denuntiatio ad emendam*, per l'*accusatio ad poenam* o per entrambe¹⁴⁸. Perciò, la dottrina suole ripetere che in questo ambito «omnia crimina sunt publica»¹⁴⁹. L'esito è contraddittorio: nella disciplina degli *occulta* risulta una certa impermeabilità della sfera individuale sconosciuta al diritto secolare; in quella dei *manifesta* tutto può essere portato davanti al giudice. Perché? Nel diritto canonico, a differenza di quello civile, la

¹⁴⁵ «Si enim delictum esset occultum, et quod quis scit in secreto indicat in iudicio iudici, conclusio est, quod talis peccat, et malevolus erit iudicandus, quod dicit et pluribus probari; Primo, quia sic faciendo, diffamat fratrem suum, contra benevolentiam charitatis. Secundo, quia facit contra præceptum Domini, de fraterna correctione (...) Tertio, quia sic agendo, constituit se proditorem, et non correctorem quia ille videns se revelatum, et secreta negabit, et licet committet falsum, et deterior efficietur. Quarto, quia sic indicans, exponit se periculo, ut succumbat, cum hoc probare non posset, et sic neque bonus, nec benevolus dici debet sed malevolus reputari. Si autem est occultum peccatum, et in secreto scitum, et dicatur probo viro, et privata personæ, et non ut iudici, sed amico qui possit et velit prodesse, et non obesse, et hac intentione ut absque infamia, peccator corrigatur, et emendetur»: Follerio, Canonica Criminalis Praxis, cit., pars II, cap.4, n.19, p.41. In caso di peccati totalmente occulti, conosciuti al solo responsabile, la cosa sarà risolta esclusivamente in confessionale.

¹⁴⁶ «Omnes enim dictæ opiniones tendunt in delictum commissum in alium, non autem in delictum commissum in personam accusare volentis, aut suorum (...) quis tenetur dimittere rancorem animi, non autem satisfactionem iniuriæ. Et ideo potest quis accusare pro iniuria propria, ita tamen ut non faciat ulciscendi animo»: Follerio, Canonica Criminalis Praxis, cit., pars II, cap.4, n.19, pp.41-42. Ciononostante, sarebbe meglio se la stessa parte lesa preferisse la correzione segreta, come intendeva fare Giuseppe di fronte alla gravidanza di Maria: *Decr. C.2, q.I, c.19*. C'è poi un'altra fondamentale eccezione, che ci limitiamo ad accennare perché esuberante rispetto al tema di ricerca. Fuori dall'applicazione del principio «Ecclesia de occultis non iudicat» resta il *crimen exceptum* di eresia, che può formare oggetto di procedimento anche se occulto. La particolare gravità delle ipotesi giustifica tale – rilevantissima – deroga. Cfr. de Dicastillo, *Tractatus*, cit., de censuris, disp.III, dub.XLV, pp.266-268.

¹⁴⁷ Il rispetto del principio giustifica un accorgimento particolare laddove la legge canonica preveda una *poena late sententiæ*, perciò indipendente dal procedimento di foro esterno: sarebbe assurdo imporre al reo di rivelare un crimine occulto in tribunale per ottenerne l'assoluzione. In questo caso, il vescovo (o un delegato) è abilitato a rimettere nel segreto confessionale non solo la *poena aeterna*, ma anche da quella criminale *ipso iure*, imponendo una penitenza privata che non dà nell'occhio. Il procedimento è previsto da Concilio di Trento, sess.XXIV, can.VI *de reformatione*, ma non tocca adulterio e stupro (per i quali non sono dettate pene *late sententiæ*).

¹⁴⁸ La distinzione tra *accusatio ad poenam* e *denuntiatio ad emendam* trova fondamento in X.5.1.16. La prima mira all'infrazione di una *poena vindicativa*; la seconda punta alla *poenitentia* tramite la *poena medicinalis* (tali concetti saranno meglio chiariti nel cap.V). La prima, perciò, ha fine afflittivo; la seconda fine correzionale. Nel primo caso, l'attore si assume l'onere di iscrizione e taglione; nel secondo no. I due aspetti possono cumularsi, essendo interesse della Chiesa sia castigare il male compiuto, sia salvare l'anima del reo. Cfr. Follerio, Canonica Criminalis Praxis, cit., pars II, cap.3, n.39, p.47.

¹⁴⁹ Deciani, *Tractatus*, cit., I, lib.II, cap.XIX, n.18, p.64. «Hæc tamen omnia procedunt de iure civili, sed de iure canonico secus est: nam secundum ius canonicum, omnia crimina sunt publica»: Claro, *Practica*, cit., par.Primus, n.6, fol.1B. Così anche Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.XVIII, n.16, p.235. «De iure canonico, omne crimen est quasi publicum, quia pro omni peccato, et crimine auditur quilibet de populo»: Follerio, Canonica Criminalis Praxis, cit., pars II, cap.4, n.63, p.54. Il che non significa, però, ammettere qualunque accusa, poiché al giudice canonico è demandato il compito di *repellere* gli accusatori mossi da malo zelo, *turpis questus* ed odio coniugale. C'è dunque un filtro nei confronti delle accuse infondate, tanto più possibile *in limine iudicii* in quanto la Chiesa conosce solo crimini manifesti, dunque facilmente verificabili. Cfr. Follerio, Canonica Criminalis Praxis, cit., pars II, cap.4, n.81, p.59.

responsabilità di «obviare delicto» ricade su tutti i membri della comunità, perché tutti sono fratelli in Cristo¹⁵⁰. La procedura, descritta scrupolosamente nel Vangelo di Matteo, spiega che la correzione dev'essere dapprima circoscritta e discreta (doppia *monitio*); ma se il fedele non si ravvede, bisogna accusarlo in assemblea e – a mali estremi – espellerlo dalla comunità¹⁵¹. Non solo tutti sono legittimati ad agire, ma si configura – almeno in teoria – un dovere di farlo «zelo charitatis»¹⁵²: cosa che, ancora una volta, contraddice il diritto civile e il suo principio «accusare nemo cogitur»¹⁵³.

Posto che, in generale, il diritto criminale canonico permette a chiunque di accusare per crimini manifesti e riconosce lo *ius* dei diretti interessati anche in caso di *occulta*, bisogna chiedersi se questo si verifica anche per i nostri reati e quale sia il ruolo della donna. Diversamente dallo *stuprum* (per il quale anche il diritto secolare ammette l'*accusatio* femminile), la disciplina dell'*adulterium* mostra maggiori criticità. A fronte delle limitazioni civilistiche, il diritto canonico riconosce l'eguale gravità del tradimento femminile e maschile¹⁵⁴: ma se il peccato è identico, risulta illogico sperequare le posizioni processuali. Il diritto criminale canonico, d'altronde, non si pone come obiettivo la legittimità della prole, ma la disciplina comunitaria e la salvezza delle anime. Bisogna scongiurare la violazione del vincolo sacramentale, che lega in pari modo entrambi i coniugi: a questo compito di correzione sono chiamati tutti i fedeli¹⁵⁵.

A questa soluzione, però, ci si arriva tramite una lunga elaborazione teorica, che ha dovuto fare i conti con le contraddizioni presenti nel *Decretum*. Il carattere eterogeneo

¹⁵⁰ «Licet de iure civili nemo teneatur obviare delicto, nisi sit subiectus potestati, ut filius, servus, vassallus»: Deciani, Tractatus, cit., I, lib.II, cap.XIX, n.17, p.64. Ma se nella logica secolare *obviare delicto* significa responsabilità di protezione verso un sovraordinato, in quella canonica significa prendersi cura dell'anima di ogni fedele. Il che, paradossalmente, può ritorcersi contro il "protetto", deferito al tribunale ecclesiastico in nome del suo interesse spirituale.

¹⁵¹ Cfr. Mt XVIII, 15-17 ma anche 1Tm V, 20 e Gal VI, 1. Le formalità iniziali sono identiche a quelle osservate, nei delitti occulti, per l'*accusatio* della parte lesa. «Si peccaverit in te frater tuus, corripit eum primo inter te et ipsum, et hæc est prima monitio; et si te non audierit, adhibe tecum unum vel duos, et hæc est secunda monitio quod si te non audierit, dic ecclesiæ, et ista est denuntiatio evangelica: per quam aditur ecclesia, et sic iudex ecclesiasticus»: Maranta, Speculum, cit., fol.91A.

¹⁵² Dovere che in alcune ipotesi è espressamente positivizzato, come nel caso del sacerdote che è tenuto a denunciare i «sacerdotum scelera»: Deciani, Tractatus, cit., I, lib.II, cap.XXI, n.7, pp.67-68. Che la correzione fraterna debba essere mossa da carità, altrimenti diviene odiosa, è affermazione piuttosto ricorrente tra i giuristi, preoccupati di giustificare la liceità morale di un atto delatorio. «Si vero peccatum est notorium, et possit probari, dummodo hoc faciat non ex odio, sed amore et zelo iustitiæ, ut peccator corrigatur»: Follerio, Canonica Criminalis Praxis, cit., pars II, cap.4, n.19, p.41.

¹⁵³ C.3.7.1. Ma questa contraddizione nasce dalle diverse finalità dei due ordinamenti penali. Se quello secolare tende alla retribuzione – e in linea di principio un privato potrebbe anche non essere interessato ad alcuna vendetta – quello ecclesiastico mira all'emenda. La *salus animarum* è un obiettivo irrinunciabile.

¹⁵⁴ Perciò Sant'Ambrogio, prendendo atto della differenza tra i due ordinamenti, ammoniva: «nemo sibi blandiatur de legibus hominum»: Decr. C.32, q.IV, c.4. Cfr. Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLI, nn.79-81, p.472.

¹⁵⁵ Si noti: questo principio vale solo per il diritto criminale canonico, non già per quelle azioni civili *ex crimine* conosciute dai tribunali diocesani. Agendo *criminaliter*, tutti possono chiedere al vescovo di colpire i comportamenti licenziosi di un fratello che dà scandalo, mentre la *separatio thori ex adulterio* rimane saldamente vincolata alla domanda del coniuge tradito. Tanto più che nemmeno il giudice ecclesiastico può provvedere *ex officio*. In questo, essa si distingue dalla *separatio thori ob impedimentum* che invece può essere chiesta da un *quilibet de populo*. Cfr. Follerio, Canonica Criminalis Praxis, cit., pars II, cap.4, n.79, p.58.

delle sue fonti poneva il problema di conciliare i presupposti morali con gli *escerpta* romanisti, che Graziano aveva usato come pezzi di reimpiego. In particolare, in un *dictum*, il Monaco aveva inserito integralmente il testo di C.9.9.1, la costituzione severiana in cui si vieta alla donne il pubblico giudizio in caso di adulterio. Rincarando la dose, l'autore commentava: «non enim eis permittitur maritos suos adulterii reos facere»¹⁵⁶. La norma strideva apertamente con altri passi in cui la pari gravità dei due peccati era fermamente ribadita¹⁵⁷. Se per l'azione civile di *separatio thori* il problema poteva essere facilmente aggirato¹⁵⁸, per i giudizi criminali la conciliazione appariva ben più complessa. Una chiave per risolvere il contrasto fu rinvenuta in *Decr. C.32, q.I, c.10*, frammento di una lettera in cui il papa riconosce il diritto di entrambi i coniugi all'*accusatio adulterii*, ma al contempo rileva che «viros suos mulieres non facile de adulterio accusant». Di per sé, il testo non sembra altro che una constatazione materiale, priva di alcuna precettività: gli uomini sono più inclini ad agire contro i peccati delle mogli, intervenendo anche in caso di sospetto, mentre queste tendono a rimanere inerti a meno che il tradimento non sia *detegatus*. Capita spesso di vedere donne scomunicate *propter adulterium*, più difficile che accada il contrario¹⁵⁹. Sennonché, la necessità di sciogliere il nodo portò la dottrina medievale ad interpretare l'epistola in chiave romanista, scorgendo nelle parole del pontefice la prova che anche il processo canonico conoscesse le categorie dell'*accusatio iure mariti* e dell'*accusatio iure extranei*¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Il *dictum* graziano, in realtà, spiegava perché gli uomini che non accusano l'adulterio muliebre sono puniti per lenocinio, mentre viceversa le donne non sono tenute a portare i mariti in giudizio. Per chiarire la *ratio* di tale disparità, il Monaco pensa bene di inserire quel passo giustiniano: non potendo accusare di adulterio, non possono nemmeno essere accusate di lenocinio. «Unde in VIII. libro Codicis titulo de adulterio et stupro Inp. Severus et Antoninus: “Crimen lenocinii contrahunt qui deprehensam in adulterio uxorem in matrimonio detinuerunt, non qui suspectam habuerunt adulteram”. Hoc in mulieribus non obtinet. Non enim eis permittitur maritos suos adulterii reos facere. Unde in libro, et titulo eodem, idem Imp.: “publico iudicio non habere mulieres adulterii accusationem, quamvis de matrimonio violato queri velint, lex Iulia declarat, que cum masculis iure mariti accusandi facultatem detulisset, non idem feminis privilegium detulit”»: *dictum post Decr. C.32, q.I, c.10*.

¹⁵⁷ Tra i tanti, *Decr. C.32, q.IV, c.1; Decr. C.32, q.IV, c.4*.

¹⁵⁸ Giacché l'azione civile, per definizione, non rientra nei *publica iudicia*, preclusi alle donne da C.9.9.1. Di conseguenza la *separatio* – che la decretale *Tuae* (X.1.38.5) qualificava espressamente come azione «mixta» – era pacificamente concessa alle donne attrici.

¹⁵⁹ *Decr. C.32, q.I, c.10*: «In utroque sexu adulterium pari ratione punitur. Christiana religio adulterium in utroque sexu pari ratione condempnat. Sed viros suos mulieres non facile de adulterio accusant, et non habent latentia peccata vindictam. Viri autem liberius uxores adulteras apud sacerdotes deferre consueverunt, et ideo mulieribus, prodito earum crimine, communio denegatur; virorum autem latente commisso non facile quisquam ex suspicionibus abstinetur; qui utique submovebitur, si eius flagicium detegatur. Cum enim par causa sit, interdum probatione cessante vindictæ ratio conquiescit».

¹⁶⁰ Si tratta probabilmente di una forzatura, utile però a far quadrare il cerchio: il principio della *paritas delicti* è fatto salvo, mentre il riferimento alla costituzione severiana andava letto come esclusione di un'azione privilegiata per le mogli, pari a quella *iure mariti*. Esse pertanto – come i terzi – possono accusare *iure extranei* e solo in caso di *manifestum* (a sfavore delle mogli, perciò, si deroga al principio per cui, quando si persegue la propria *iniuria*, è consentito adire la corte anche *in occultis*). L'accusa *ex suspicione*, incerta e dunque priva di taglione, è invece riservata agli uomini. La conclusione – che diviene comune a partire da Rufino – sembra confortata da quel passaggio in cui il Papa afferma che «viros suos mulieres non facile de adulterio accusant». Può trovare riscontro nel *dictum post Decr. C.4, q.IV, c.2*, lì dove Graziano sintetizza espressamente C.9.9.6 (senza, peraltro, proferir parola sulla legittimazione muliebre). Il capitolo *Maritis* del *Liber Extra* (X.5.16.4) – e ancor più le relative glosse (gl. *Ex suspicione* e gl. *Plus coeteris*) – consolidano i risultati raggiunti: la *suspicio* – che dev'essere però *violenta*, a differenza di quanto richiesto

Specularmente a quanto accade nel diritto laico, però, i canonisti moderni non insistono su questa dicotomia, né si domandano a quale *accusatio* acceda la moglie¹⁶¹. Certo, tutti conoscono l'opinione di un canonista recente ed autorevole come l'Abbas, che aveva commentato il capitolo *Maritis* in modo fedele alla tradizione medievale¹⁶². Ma nelle opere cinquecentesche non si fa alcun cenno alla discriminazione: in un contesto di disciplinamento del clero, la trattazione si concentra più sull'accusa che il marito rivolge a un *clericus fornicator* che sulle controversie tra coniugi. Tace Díaz de Lugo, tace Covarrubias, tace Follerio, tace Fagnani. Segno che alle donne fosse stato riconosciuto pieno diritto di accusa? Non è detto: probabile che tali autori diano per scontato il discorso dei predecessori, anche perché sul punto la legislazione canonica non è intervenuta. Ma, pur non comportando necessariamente desuetudine, questa assenza ha un suo significato. Si coglie il progressivo declino del contenzioso criminale nei tribunali diocesani, mentre le misure inquisitorie crescono e le azioni civili proseguono il loro corso¹⁶³.

Nel frattempo, un monumento della legislazione penale come la *Carolina* introietta il principio canonico della *paritas delicti*, ricavandone conseguenze processuali più coerenti. L'articolo 120 prevede che, come un marito tradito può querelare la moglie o il drudo, così anche una donna può portare in giudizio il coniuge infedele o la sua amante¹⁶⁴. In controtelaio, si legge la trama della spiritualizzazione, con l'autorità secolare che invade campi giuridici tradizionalmente rimessi alla Chiesa. Che tutto ciò sia accaduto in

nel processo secolare – permette all'uomo un'*accusatio iure mariti* corrispondente a quella romana. Con questa complessa interpretazione, la disegualianza negata sul piano sostanziale rimane su quello processuale, esasperata dal fatto che il concetto di manifesto – relativamente all'adulterio – è inteso in senso piuttosto ristretto: si configura in caso di concubinato, fornicazione pubblica o gravidanza spuria. Cfr. Abbas, *Commentaria*, cit., t.VII, super *Quintum librum Decretalium*, rub. de adulteriis et stupro, c. intelleximus, n.6, fol.218B; Decio, *In decretales commentaria*, Romæ 1579, c. non ab homine, par. de iudiciis, n.50, fol.214B. Se il tradimento della donna – peraltro accusabile già *ex suspicione* – può rientrare in tutte queste ipotesi di manifesto, quello maschile, per ovvie ragioni, può ricadere solo nelle prime due. Ma se il *manifestum* richiesto alla moglie è tale da sconfinare quasi nel *notorium*, la *suspicio* maschile è così violenta da somigliare al *manifestum*. In entrambi i casi, il *favor matrimonii* stringe le maglie dell'*accusatio*: la canonistica ha fatto florilegio di norme romane, ma le ha interpretate in modo originale. L'itinerario percorso dalla canonistica medievale per riconoscere la legittimazione attiva della donna è descritto in due monografie scrupolose, che si focalizzano principalmente sul *crimen adulterii*: Minnucci, *La capacità processuale della donna nel pensiero canonistico classico*, Milano 1989; Id., *La capacità processuale della donna nel pensiero canonistico classico: le scuole franco-renana ed aglo-normanna al tempo di Ugucione da Pisa, Siena 1990*.

¹⁶¹ L'enciclopedia Farinacci ricorda che «mulieres non sic facile viros suos de adulterio accusent» ma l'affermazione non viene approfondita. Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, n.105, p.474.

¹⁶² «Maritus propter suspicionem potest accusare uxorem de adulterio, et in accusando præfertur coeteris haud dubio. (...) In concilio Parisiense quærebatur, si sola suspicio sufficit ad accusandum mulierem de adulterio. Et respondetur, quod maritus ex sola suspicione accusare potest uxorem suam de adulterio, et ipso plus coeteris permissum est». Il marito è dunque l'unico privilegiato, sebbene *iure extranei* «ad poenam legalem infligendam admittitur quilibet idoneus, ut in lex Si maritus»: il Panormitano si riferisce a D.48.5.4 nel quale è delineato l'antico sistema pre-costantiniano dell'*accusatio iure mariti* e *iure extranei*. Si badi che la posizione della donna può essere desunta solo *a contrario*. Abbas, *Commentaria*, cit., t.VII, super *Quintum librum Decretalium*, rub. de adulteriis et stupro, c. Maritis, n.2, fol.217A.

¹⁶³ Come dimostra Covarrubias, *In librum quartum*, cit., pars secunda, capp.VI-VII, foll.103B-112A.

¹⁶⁴ *Carolina*, 120: «Quum maritus quem ob adulterium cum uxore sua commissum criminaliter accusaverit, et convicerit, is adulter pariter cum adultera secundum leges et iura maiorum nostrorum puniri debent. Simili modo fiat, si uxor maritum, illam ve personam cum qua adulteratus est, accusaret».

Germania, e proprio negli anni caldi della Riforma, non è un caso¹⁶⁵. Il singolare intreccio tra Stato e Chiesa Riformata renderà più semplice il trasferimento di funzioni in capo al Leviatano, ma già nel 1532 i principi tedeschi sono alacrememente impegnati a demolire le traballanti istituzioni ecclesiastiche. Quella di punire l'adulterio del *coniugatus cum soluta*, sancendo di conseguenza lo *ius accusandi* della moglie, rappresenta perciò una scelta tutt'altro che insignificante. Agli occhi dell'uomo cinquecentesco non sfugge la novità: non solo l'autorità secolare occupa uno spazio altrui, ma si mostra moralmente più rigorosa rispetto al diritto romano. Quest'ultimo nascondeva nello *ius accusandi* vili ragioni successive, legate all'interesse della famiglia: da qui la sperequazione¹⁶⁶. La *Carolina*, invece, punisce la trasgressione del precetto biblico *Non moechaberis*, dando corpo a quella *lex divina* tanto valorizzata dai teologi luterani. Questa *ratio* è lucidamente percepita – e sostenuta – da Carpzov¹⁶⁷: e se la Legge mosaica non configura l'*adulterium cum soluta*¹⁶⁸, il Nuovo Testamento interviene a riformarla¹⁶⁹. Sotto la prima, essendo lecita la poligamia, in qualunque «congressus cum soluta» poteva facilmente configurarsi una *coniugalis affectio*. Ma il Messia – che del diritto divino è «summus interpres» – ha imposto il matrimonio monogamico, e questo trasforma ogni rapporto extraconiugale in adulterio¹⁷⁰. Un riferimento paolino certifica la parità dei diritti *in corporem coniugis*, mentre una logica squisitamente sinallagmatica giustifica i rispettivi doveri di fedeltà¹⁷¹. A

¹⁶⁵ Alcune avvisaglie, in verità, sembrano ravvisabili già nella teocrazia papale di fine Quattrocento. Un *consilium* di Lodovico Pontano mette in evidenza un simile processo di trasfusione dei principi canonici nella prassi dei tribunali laici: cfr. Romano, *Consilia sive responsa*, Venetiis 1581, cons.CLXVII, fol.111. Si tratta di un testo particolarmente noto – ricordato come esempio di *accusatio uxoris* da Claro, *Practica*, cit., par.*Adulterium*, n.1, fol.4A – che pone alcuni dubbi ermeneutici. Pontano non specifica se la causa criminale sia stata esperita in una corte laica o ecclesiastica: il fatto stesso che la moglie sia attrice suggerirebbe la seconda possibilità: è noto però che nei tribunali della Chiesa i *consilia* non sono ammessi. Come spiegare la discrasia? È probabile che il caso di specie sia stato portato in giudizio presso una corte laica dello Stato Pontificio, lì dove l'Autore concentrò buona parte della sua attività, e dove era sancita la superiorità del diritto canonico su quello civile. Come la dottrina andava affermando, le materie comuni ai due ordinamenti andavano interpretate «in terris ecclesiae secundum ius canonicum, in terris Imperij secundum ius civile», per cui «laycorum statuta in terris ecclesiae contra ius canonicum, non valent»: Deciani, *Tractatus*, cit., I, lib.II, cap.XVIII, n.26, p.62. Tra i maggiori teorici di questo principio, d'altro canto, troviamo proprio Lodovico Pontano, giurista strettamente legato alle istituzioni curiali. In virtù di esso, un tribunale secolare della *Terra Ecclesiae* dovrebbe ammettere la prevalenza della regola canonica favorevole all'*accusatio uxoris*. Si trattò, probabilmente, di un'ipotesi tanto isolata da risultare memorabile: due conoscitori dello Stato della Chiesa come Farinacci e De Luca, quando parlano di adulterio, non fanno menzione di alcun orientamento in tal senso, continuando a riconoscere alla donna solo l'*accusatio canonica*. È paradossale, ma ciò che sarà perfezionato dalla Germania in senso antipapale viene già teorizzato a Roma: la secolarizzazione del diritto canonico che diviene legge dello Stato.

¹⁶⁶ Che l'imperatore Carlo abbia tratto esempio dalle disposizioni canoniche appare ben chiaro ai giuristi del tempo: cfr. Pietro Teodorico, *Judicium*, cit., cap.VI, aphor.III, n.21, p.748. Quanta differenza rispetto alle *Partidas* medievali, dove il Re di Castiglia rivendicava le ragioni secolari della discrepanza tra i due diritti. Nei giudizi ecclesiastici «el marido, e la muger egualmente deven ser juzgados (...) pero tal igualdad non deve ser cabida en todo, ante juez seglar»: *Partidas*, 4.9.13. Disonore e danno patrimoniale, «por esto fue establecido por las leyes antiguas como quiera que según juicio de santa Iglesia no sería así»: *Partidas*, 7.17.1.

¹⁶⁷ «Adulterum enim non tam per insitionem stirpis spuriae in alienam familiam, quam potissimum per violationem vinculi ac fidei conjugalis committitur»: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LII, n.52, p.12.

¹⁶⁸ Carpzov cita Lv XX, 10 e Dt XXII, 22 dove si condanna solo il rapporto di un *solutus cum coniugata*.

¹⁶⁹ Mt XIX, 9; Mc X, 11.

¹⁷⁰ Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LII, n.54, p.12.

¹⁷¹ «Mulier sui corporis potestatem non habet sed vir; similiter autem et vir sui corporis potestatem non habet sed mulier»: 1Cor VII, 4. «Per matrimonium contrahi societatem quandam (...) unde et matrimonium

questo punto, «non diu ac multum laborandum existimamus in quæstionibus decisis in iure divino, cui haud immerito cedit jus civile, et impium esset, verbis Christi expressis contradicere»¹⁷². Adoperate le Scritture per un fine dichiaratamente penale, Carpzov può precisare – con l'evidente soddisfazione di chi corregge un errore vecchio e radicato – che adulterio non significa *ad alterius thori transitus* – definizione che escluderebbe il marito infedele *cum soluta* – ma piuttosto una «violatio fidei ac thori conjugalis» o meglio un «concubitus contra pactum conjugale»¹⁷³. L'autore non nasconde l'origine canonistica di tale definizione¹⁷⁴, ma ne mette in risalto soprattutto l'elaborazione da parte del pensiero protestante¹⁷⁵: prova – maldestramente – a forzare la lettera del diritto romano¹⁷⁶, ma tutto

contractus appellatur (...) Virumque et uxorem ad invicem esse correlata, quorum ea natura est, ut, quod de uno contrahentium et correlatorum dicitur, de altero asseri debeat»: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LII, nn.51-52, p.12.

¹⁷² Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LII, n.59, p.13.

¹⁷³ «Non autem video, quomodo non commaculet thorum, ac violet fidem conjugum datam is, qui ad aliam, etiam inuptam accedit»: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LII, nn.48 e 50, pp.11-12.

¹⁷⁴ Rispetto alle proprie *Kirchenordnungen*, le chiese luterane riconoscono il valore sussidiario della vecchia legislazione canonica. Resta un certo imbarazzo, perché gran parte di quel materiale aveva una diretta scaturigine pontificia. La regolamentazione della vita religiosa contraddice quella degiuridicizzazione invocata da Lutero nei primi anni della Riforma. Non era stato bruciato, a Wittenberg, anche l'opprimente *Corpus iuris canonici*? Perciò, nel maneggiare i frammenti del *Decretum*, Carpzov ha cura di specificare anche i Padre della Chiesa che ne sono autori: cosa insolita. Ovviamente, il giurista sassone conosce Isidoro e Ambrogio tramite Graziano. Ma sembra appellarsi più alla voce dei Padri (per dimostrare che anche costoro intendevano l'*adulterium cum soluta* come violazione del diritto divino) che non all'autorità giuridica della compilazione: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LII, n.55, p.12. «Nel 1520 Lutero diede avvio al suo progetto di liberare la Germania dalla tirannia del papato e dall'egemonia del diritto canonico (...) Reclamò la distruzione di sistemi di diritto e governo della Chiesa vecchi di secoli, e il ritorno alle semplici disposizioni della Bibbia. Questa frugale dieta giuridica presto si dimostrò insufficiente a sostenere la Riforma. La confusione liturgica e dottrinale dilagò all'interno delle Chiese evangeliche (...) Come risposta, Lutero, Melantone e altri riformatori di punta finirono con l'abbracciare un insieme di fonti giuridiche più ampio di quello iniziale (...) I teologi luterani svilupparono un'ecclesiologia che facilitava l'importazione di strutture del diritto canonico nella vita amministrativa, dottrinale e liturgica delle Chiese evangeliche. I giuristi luterani svilupparono una teoria politica che facilitava l'importazione di strutture del diritto canonico nelle procedure e nei diritti pubblico, privato e penale dello Stato tedesco. Nella metà degli anni '50 il diritto canonico medievale era nuovamente tornato nella società evangelica tedesca, ma ora assorbito nel diritto civile e sotto il controllo delle autorità civili»: Witte, *Diritto e Protestantismo*, cit., pp.73-106 (la citazione è alle pp.104-105). Diffusamente sul punto Pincherle, Graziano e Lutero, in *Studia gratiana*, III (1955), pp.451-481; Fantappiè, *Storia*, cit., pp.163-168.

¹⁷⁵ Citando sia teologi che ecclesiasticisti luterani (come Johannes Gerhard, Martin Chemnitz, Girolamo Zanchi, Joachim von Beust): Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LII, n.58, p.13.

¹⁷⁶ Con due proposte interpretative. La prima, più convincente, prende in considerazione C.9.9.1: nella norma, gli imperatori Settimio Severo e Antonino Caracalla vietavano l'*accusatio* alle mogli, ma qualificavano egualmente il fatto come adulterio. «Quod inanis esset quæstio de accusatione adulterii ob violatum matrimonium si adulterium non fuisset a marito perpetratum: siquidem ubi nullum est adulterium, frustra disputatur de accusatione, quæ semper adulterium præsupponit». A ben vedere, Carpzov lavora con le fonti romane ma ragiona in modo inverso rispetto agli antichi, che negano la fattispecie quando non c'è azione. C.9.9.1, riconoscendo l'*adulterium simplex* da parte del marito, vieterebbe l'accusa alla moglie ma implicitamente la consentirebbe a terzi. Questa interpretazione aveva già avuto sostenitori in ambiente cattolico: Jacopo Menocchio e Diego de la Cantera, come abbiamo visto, si erano spesi per essa senza particolare successo. La seconda proposta di Carpzov, invece, fa leva su D.48.5.14: «Si uxor non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit, iure quidem mariti accusare eam non poterit, quæ uxor non fuit, iure tamen extranei accusationem instituere non prohibebitur, si modo ea sit, quæ in concubinato se dando matronæ nomen non amisit, ut puta quæ patroni concubina fuit». Ulpiano sosteneva che *iure extranei* l'uomo potesse accusare il tradimento della propria concubina, come se fosse adulterio. La *ratio* era quella di limare le sperequazioni tra rapporti coniugali e concubinari: comprendendola perfettamente, Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, n.94, p.473 aveva riconosciuto la punibilità di tale coito, anche se a titolo di stupro e

si risolve nella *lex positiva* «de qua verba (...) absque dubio sunt intelligenda». La questione è definita non solo grazie al chiarissimo articolo 120, ma anche in virtù del successivo 121 in fatto di poligamia. Con finezza teologica, Carpzov nota come questa non sia altro che un *adulterium cum soluta* nei confronti della prima moglie¹⁷⁷. Sulla falsariga della *Carolina*, anche la *Constitutio Electoratus* di Augusto I prevede espressamente l'adulterio «inter maritum et mulierem solutam»¹⁷⁸. Seguendo la disposizione sassone, Carpzov finisce per sostenere che il marito infedele potrebbe risultare passibile di due diverse accuse. «Uno eodemque actu», infatti, si possono consumare due crimini: di adulterio a danno della moglie (che lo può accusare), di stupro nei confronti della vergine *soluta* (che lo può accusare anch'essa)¹⁷⁹. Quest'ultima, paradossalmente, può essere accusata a sua volta dalla moglie, giacché la locale *Ordinatio ecclesiastica* punisce anche le *stupratae*¹⁸⁰. Il fenomeno prende corpo anche ai margini del territorio italiano, a Rovereto, città legata a doppio filo all'Impero in virtù del suo particolare regime politico¹⁸¹. Se già gli Statuti del 1570 punivano il marito che mantenesse una concubina «palam vel etiam occulte», la revisione del 1610 estende la punibilità anche all'ipotesi di tradimento *una tantum* «cum soluta»¹⁸².

Soluzioni che se da una parte realizzano nell'ordinamento secolare quella *paritas* che il diritto canonico aveva promesso ma avverato a metà, dall'altra testimoniano un'ipertrofia penale dilagante¹⁸³. Ipertrofia di cui Benedict Carpzov si conferma l'interprete migliore.

5. *Lenocinium ed accusatio: un vincolo invincibile?*

non di adulterio (Trento, inevitabilmente, ha inciso sulla parificazione tra convivenza e matrimonio). Carpzov, fraintendendo il discorso, nota che la concubina di cui parla il Digesto non è *uxor* ma *soluta*: se però è stata concessa un'*accusatio adulterii*, se ne deduce che l'uomo che si è unito ad essa era *coniugatus*. L'*accusatio*, allora, non spetta a chi mantiene la donna (come voleva Ulpiano), ma a terzi. Falsificazione spudorata che, paradossalmente, finisce per soddisfare una *ratio* opposta all'originale. Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LII, n.62-63, p.13.

¹⁷⁷ Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LII, n.56, p.12. D'altro canto, la lettera di Carolina, 120 aveva sottolineato il nesso: «hoc quidem maleficium (...) majus, turpiusque ipso est adulterio (...) quanquam jus Cæsareum et leges nullam adversus ejusmodi flagitium poenam capitalem irrogant».

¹⁷⁸ Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LII, n.66, pp.13-14 che fa riferimento a *Constitutio Electoratus*, 4.19.

¹⁷⁹ Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LII, n.79 e q.LIII, nn.48-52, pp.15 e 21-22.

¹⁸⁰ Ribaltando la prassi prevalente, la dottrina tedesca si schiera a favore della punibilità della *stuprata*. Opinione che trova il plauso di Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXIX, nn.57-63, pp.134-135 ma che realizza un corto circuito logico: la *stuprata*, infatti, è sia rea che parte lesa, può essere punita per aver consentito, ma può allo stesso tempo ottenere la punizione del correo.

¹⁸¹ Dopo la sconfitta veneziana alla Battaglia di Agnadello (1509), il Sacro Romano Impero riprende il controllo del Trentino. Rovereto, senza opporre resistenza, si era offerta a Massimiliano d'Asburgo in cambio della conferma dei suoi privilegi. La città, direttamente controllata dall'Impero, non entrerà sotto la giurisdizione del Principato vescovile di Trento. Cfr. Bertanza – Chiesa, *Storia di Rovereto*, Rovereto 1904, pp.43-46.

¹⁸² Statuti di Rovereto, 2.224 (edizione di riferimento: Goff (cur.), *Statuti di Rovereto del 1570 e del 1610*, Venezia 1995).

¹⁸³ C'è da precisare che tale *paritas delicti* non implica affatto un riequilibrio dei rapporti tra coniugi. Il legislatore è mosso da spirito confessionale, non certo da afflato egualitario. D'altro canto, il pregiudizio misogino resta ben radicato sia nella società, sia tra i giuristi.

Le antiche regole sullo *ius accusandi* hanno subito enormi trasformazioni nel tempo, ma ancora nella Prima età moderna vale il principio per cui è punibile per lenocinio il marito che non accusa pur conoscendo l'adulterio della moglie: «virum (...) apud se retinentem uxorem adulteram, dici non publicum, sed occultum lenonem»¹⁸⁴. Assimilazione non da poco, giacché la pena legale sarebbe capitale: la consuetudine, però, tende ad alleggerire la posizione del lenone e, ancor più, del coniuge tradito. Il *crimen lenocinii*, che l'ordinamento civile configura in capo al marito, deroga al principio generale che esclude la *compulsio ad accusandum*.

In caso di mero sospetto, però, la scelta di accusare o meno è rimessa alla discrezione del marito: come suggerisce un retto precetto di natura – che poi coincide con la regola romana – è bene che la correzione di certi vizi sia rimessa alla sfera familiare¹⁸⁵. Rispetto ad essa, il ricorso agli apparati rappresenta un'*extrema ratio*: la società di società riconosce un ruolo preliminare alla giustizia domestica, specie lì dove la repressione va bilanciata con l'onore e col disvelamento di crimini occulti. Per configurare sul marito un vero e proprio obbligo di agire è necessaria la certezza, che però si realizza già con la *deprehensio in actibus venereis*: sono considerati sufficienti atti preparatori come baci, toccamenti e persino conversazioni intime¹⁸⁶. In tal caso, la «ridiculam mariti conniventiam» è punibile d'ufficio in nome dell'*honestas matrimonii* e della deterrenza¹⁸⁷. Lo stesso obbligo non si

¹⁸⁴ Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLIV, n.84, p.481 che cita l'opinione di Bartolo.

¹⁸⁵ «Si adulterium uxoris non fuerit manifestum, nihilque de eo certi habeatur in ore et notitia vulgi, præter incertam suspicionem, et rumusculum popularem, quem maritus facile sua prudentia, et probitate tueri posset et tegere, in eo casu, non est maritus uxori cohabitans condemnandus de dissimulato uxoris adulterio (...) Nam hoc singulis a naturæ recto dictamine insitum est, ut domesticos omnes, atque adeo uxoris propriæ vitia tegant, et probitatem tueantur, sicubi possint et valeant»: de Damhouder, Praxis, cit., cap.XC, n.3, fol.101B. Ribadisce Farinacci che il marito tradito può essere punito «dummodo plene constet viro, mulierem esse adulteram, secus si tantum eam habet pro suspecta, quia tunc sola patientia, aut retentio non inducit lenocinium»: Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLIV, n.92, p.481 che fa appello all'autorità di C.9.9.2.

¹⁸⁶ «Maritus velut leno punitur, si uxorem in adulterio deprehendit, et eam retinuit (...) Et tunc dicitur maritus deprehendisse uxorem in adulterio, cum eam reperijt in actibus venereis, puta, tenentem manus ad pectus, vel alios actus inhonestos facientem, non enim requiritur, ut reperiat adulterum cum virga in vulva» scrive, con una certa crudezza, Follerio, Pratica criminalis, cit., secunda pars secundæ partis, rubr.Item quod fuit leno eiusdem, nn.12-13, p.171. Allo stesso modo Menochio, De arbitrariis, cit., lib.II, cent.VI, casus 535, n.28, p.39. Per fugare ogni dubbio circa il grado di certezza ed il dovere di accusa, de Damhouder, Praxis, cit., cap.XC, n.4, fol.101B consiglia ai mariti di consultare un giureconsulto o il giudice stesso.

¹⁸⁷ De Damhouder, Praxis, cit., cap.XC, n.6, fol.101B. Per le stesse ragioni, va ritenuto nullo qualsiasi patto in cui il marito *ex ante* s'impegna a non accusare eventuali tradimenti della moglie: «in quantum venit contra publicam utilitatem, et non obstante tali pacto iurato posset accusare»: *additio* n.116 di Baiardo a Claro, Practica, cit., par.Adulterium, fol.10A. Cfr. Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLI, n.77, p.483. In ambito canonistico, però, le cose cambiano. La Chiesa ha particolarmente a cuore il pericolo dello spergiuro: non può negare in modo categorico qualsiasi valore al giuramento *de non accusando*. Nella decretale *Quemadmodum* (X.2.24.25), Innocenzo III proponeva una soluzione articolata. «Si vir mulieri iurasset, quando contraxit cum illa, quod eam semper pro legitima uxore teneret» e «quod eam super nullo crimine accusabit», il giuramento è temerario, e così non impedisce né l'azione criminale né quella di separazione: «quoniam in eo talis erat subintelligenda conditio, si videlicet in legem coniugii non peccaret». Se invece l'uomo avesse giurato, in modo più specifico, «quod eam super adulterio non impeteret», le cose si fanno più complesse. «Tutius ergo in hoc casu videtur, ut propter iurisiurandi religionem vir accusare desistat uxorem ad divortium celebrandum, quanquam denunciare eam possit ad poenitentiam peragendam». Nel Seicento, il salmantino Gonzalez Téllez preciserà il senso di quel «tutius» pronunciato dal Papa: non indica probabilità, ma certezza «quia iuramentum servari debet semper». L'accusa civile per ottenere la separazione, quindi, è senz'altro preclusa, mentre quella criminale *ad poenitentiam* s'intende facoltativa. Infatti «cum ratione illius iuramenti maritus non desereret uxorem, ulla lenocinii suspicio dari non poterat, nec presumi ex ejus

configura in capo alle donne tradite¹⁸⁸. Costoro infatti, portando in giudizio l'infedeltà del marito, patirebbero conseguenze ben più gravose e sproporzionate. Le donne non hanno la *custodia* dei mariti e, mancando di potere nei loro confronti, non son gravate da alcuna responsabilità¹⁸⁹. D'altra parte, il silenzio femminile non fa sospettare lo sfruttamento della prostituzione, diversamente da quanto accadrebbe nel caso inverso.

Formalmente, l'obbligo di accusare non ricade nemmeno sui genitori della *stuprata*: ma poiché essi sarebbero imputabili di lenocinio per aver consentito ai rapporti della figlia *virgo* o *vidua*, a un genitore che non voglia guai con la giustizia conviene attivarsi e fugare qualunque sospetto. Data la premessa giuridica per cui c'è lenocinio anche «si sine pecunia simpliciter filiis sponte ad fornicandum se prostituentibus consenserit»¹⁹⁰, il risultato finale non è poi così diverso rispetto all'ipotesi di adulterio. Pur mancando l'obbligo espresso, il diritto favorisce una forma di controllo interno alla famiglia: esito certamente invasivo, che finisce per interessare rapporti che nulla hanno a che vedere con lo sfruttamento della prostituzione (come nel caso del sesso prematrimoniale tra fidanzati). La stessa criminalistica che crea questo groviglio repressivo evita esiti aberranti tramite la *poena extraordinaria*, in grado di misurare la sanzione alla differente gravità delle singole fattispecie concrete¹⁹¹: il principio per cui nulla vada impunito resta, però, ben saldo.

I giuristi moderni approfondiscono il modello romano, introducendo alcune significative innovazioni. Innanzitutto, *vis* e *metus* sono riconosciute come cause di giustificazione: in tal caso, il marito «retinens domi uxorem in adulterio deprehensam dimisso impune adultero, non dicatur leno». Pertanto, se venisse imputato di lenocinio, potrà provare la sussistenza di alcune condizioni che ne scusano l'inerzia¹⁹². Ragionando

voluntate adulterium committi»: Gonzalez Téllez, *Commentaria*, cit., t.V, tit.XVI, cap.III, n.13, p.214-215. Parole che testimoniano un progressivo allentamento dell'obbligo di accusare durante l'Età moderna.

¹⁸⁸ Va da sé che la questione dell'obbligo femminile non sfiora nemmeno lo *ius civile*, che non riconosce *accusatio* in favore delle mogli. L'obbligo è invece testualmente escluso, per il diritto canonico, da *Decr. C.32, q.I, c.10*. Proprio in relazione all'adulterio, Lodovico Pontano aveva sostenuto la nullità dell'*accusatio* promossa da una moglie «consanguineorum metu ducta ac compulsione». Giacché la legge non impone alcun obbligo di accusa alla donna tradita, nemmeno i suoi congiunti o il giudice possono imporle di agire contro il marito. Romano, *Consilia*, cit., cons.CLXVII, n.6, fol.111B.

¹⁸⁹ «Uxores dici non posse lenas maritorum, si adulterio per eos commissio, ab eis non recesserunt. Non enim mulieri data est mariti custodia, sicut est contra (...) nec viri caput est uxor, sed vir uxoris» scrive Menochio, *De arbitrariis*, cit., lib.II, cent.VI, casus 535, n.29, p.39 appellandosi ad Aristotele e San Paolo. Cfr. Gonzalez Téllez, *Commentaria*, cit., t.V, tit.XVI, cap.III, n.10, p.214.

¹⁹⁰ Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLIV, n.68, p.525. Che la questione riguardi anche le figlie vedove è chiarito al n.65. Cfr. *Constitutiones Domini Mediolanensis*, 4.6.33.

¹⁹¹ Dopo aver preso atto che l'art.122 della Carolina – pur interpretato estensivamente – non consente di sanzionare comportamenti meramente omissivi senza scopo di lucro, Carpzov invoca la pena straordinaria in capo a chi avrebbe dovuto vigilare sulla purezza della *fornicata*: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXXI, n.43, p.144

¹⁹² Farinacci, *Praxis*, cit., q.CXLIV, n.88, p.481. Condizioni esplicitate dal Follerio, *Practica criminalis*, cit., secunda pars secundae partis, rubr.Item quod fuit leno eiusdem, nn.20-21, p.172: «Poterit probari, quod ipse maritus erat debilis, et adulter ille fortis, robustus, et nimis valens de persona sua: taliter, quod non poterat modo aliquo sine magno periculo suae personae occidere, vel capere ipsum, vel suam uxorem. Item, quod adulter erat potens in civitate: item, quos si in ipso actu, vel post occidisset suam uxorem, absque dubio adulter ille etiam interemisset ipsum. Item, quod ille erat potens et valens ad hoc faciendum. Item, quod pluries minatus fuit seipsum occisurum, si in iudicio, vel extra iudicium de hoc conqueretur, vel male tractaret suam uxorem. Haec autem probando se excusat (...) Metus enim mortis terret etiam constantissimos

sul testo giustiniano, l'*ignorantia* scusa anche se *crassa* o causata da una *nimia credulitas* nei confronti della moglie¹⁹³: regola che però, lamentano i criminalisti, rischia di determinare una sostanziale impunità degli adulteri, anche perché «mulieres multum bene sciunt conscientiam obumbrare, etiam quod fuerint repertæ in rebus venereis». È ciò che avviene in Francia, laddove i mariti – ingenuamente – «fidem habentes de honestate suarum mulierum, semper in bonam partem quoscumque luxuriosos actus assumunt»¹⁹⁴. Contro di essi si scaglia l'invettiva di Damhouder, che condanna la superficialità con cui in quel Paese si scusino tutte le trasgressioni femminili¹⁹⁵. La dabbenaggine dei francesi nasconde, in realtà, una tacita tolleranza. Non stupisce, allora, «si in regno Franciæ (quod tamen dolendum est) adulteri ex consuetudine liberius peccent»: raramente si accusa e ancor più raramente si ricorre alla pena legale¹⁹⁶. Il Giurista – affidandosi alla testimonianza di Jean Fabre de Runcinis – nota che «in Francia tam parvi æstimari adulteria, ut ea vix peccata, et crimina existiment, sed potius lepidam et præclaram industriam, et audaciam». Questa perversione dell'etica è davvero la «nostrorum temporum calamitatem» e coinvolge tanto i vili quanto i nobili, che se ne vantano come fosse un blasone: la pianta francese è malata dalle radici al vertice¹⁹⁷. Al di là della retorica moraleggiante, sorge una domanda: davvero la Francia del Cinquecento – apripista del pensiero scettico – è più libertina degli altri Paesi europei? Comunque, anche laddove i costumi restano più rigorosi, sembra assurdo imporre un obbligo di accusa se poi s'ammette come scusante la *credulitas*, troppo ampia e soggettiva. Come accade ogniqualevolta rilevano un corto circuito, i giuristi indicano come via d'uscita l'*arbitrium iudicis*, per ponderare ingenuità e connivenza caso per caso¹⁹⁸.

viros». Per corroborare tali affermazioni, il marito può dimostrare la «potentiam, et mala consuetudinem» dell'adultero e provare la propria «bona fama (...) quod non est verosimile, quod ipse voluerit committere lenocinium in suam uxorem, cum mire fuit zelotypus».

¹⁹³ «Si viri scientia aliqua ignorantia, et crassa, vel aliqua contraria credulitate, etiam nimia, quod uxor sit bona, obumbrari potest: tunc enim ex patientia adulterij non intrat poena lenocinii»: Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLIV, n.90, p.481. Il riferimento è a D.48.5.30.4.

¹⁹⁴ Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLIV, nn.89-90, p.481.

¹⁹⁵ «Galli et Franci tamen, quoniam nihil mali de uxoribus suspicantur, sed ipsarum fidem et honestatem sempre habent certissimam, et fortiter ex eo tuentur: ideo uxorum suspiciones, et susurro fere boni consulunt, excusant, et defendunt: nempe, ex amore coniugali vehementi, credentes semper recta et honesta circa uxores contigere. Et si quid mali aliquando rumori de ij audiant, illud syncere et candide interpretantur»: così, con un pizzico di sarcasmo, de Damhouder, Praxis, cit., cap.XC, n.7, fol.101B.

¹⁹⁶ «Nam in illo loco aperte testatur, in Regno Franciæ numquam visum fuisse, ut ob adulterium quis puniretur poena iuris»: de Damhouder, Praxis, cit., cap.XC, nn.7-8, fol.101B-102A. Cfr. Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LIV, n.8, p.24.

¹⁹⁷ Relativamente all'adulterio, Fabre aveva teorizzato l'illegittimità di tutte le pene diverse da quella capitale, in quanto contrarie alla *lex divina*: Marchisello, Alieni thori violatio, cit., pp.147-148. L'esperienza personale di Damhouder conferma questo giudizio sulla realtà francese: con insolita penna da novellista, riferisce due aneddoti accaduti ai tempi dei suoi studi ad Orléans. Li aveva conosciuto scolari che impunemente intrecciavano relazioni adulterine: più schiavi di Venere che cultori di Bartolo e Baldo, essi si prendevano gioco dei mariti, con la compiaciuta malizia di mogli provocatrici. Ad uno studente, la *virgunculam* aveva risposto che sarebbe stato meglio aspettare le sue prossime nozze: è più facile raggirare il futuro marito che non il padre. «Quum igitur duabus hebdomadibus, aut mense uno nupta fuero, tum me alloquere, et quod voles pete, nihil tibi denegatum iri senties, quod a iuvene tentatum et factum fuit sæpius»: de Damhouder, Praxis, cit., cap.XC, nn.8-9, fol.102A.

¹⁹⁸ Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLIV, n.91, p.481.

Ma se l'adulterio *quæstus causa* non pone dubbi¹⁹⁹, ben più complesso è il confine in caso di *sola patientia*. Sul punto, il dibattito dottrinale è segnato da notevoli divergenze. C'è chi, più inflessibilmente, sostiene la perseguibilità ogniqualvolta il marito sa e non agisce. E chi invece, più accorto alla sensibilità personale, esclude il lenocinio in mancanza di *quæstus*²⁰⁰. La criminalistica cinquecentesca tende a punire lo stesso, ricorrendo alla pena straordinaria. Provare la corresponsione della somma è cosa ardua, e il marito potrebbe facilmente fingere davanti al giudice; d'altro canto, è possibile che – pur non avendo davvero pattuito nulla *ex ante* – simuli una distrazione durante l'amplesso, lasciando consumare il delitto per poi costringere il drudo alla transazione: una *spes lucri* non meno odiosa del lenocinio vero e proprio²⁰¹. In risposta a queste astuzie, i giuristi configurano la *permissio adulterii* come un reato meramente omissivo, in cui c'è dolo per il semplice fatto di sapere e non provvedere con la spada o con l'accusa²⁰². Molto fine l'analisi di Follerio, forgiata su tre costituzioni napoletane ma valida, a suo dire, anche *de iure communi*²⁰³. La *deprehensio* non seguita da accusa costituisce un *patientia dolosa*, dunque perseguibile: così anche se il marito, non presente sul fatto, induce al tradimento «licet quæstum de ea non fecerit». Se invece lascia correre, sapendo ma non vedendo né volendo, allora c'è *culpa* impunita. In ogni caso il marito non guadagna nulla: ma c'è differenza tra chi si compiace di essere tradito e chi sopporta suo malgrado²⁰⁴.

In nome della morale cristiana, non si può impedire al marito di «retribuere malum pro bono»²⁰⁵. Il contrasto tra clemenza e rigore, però, è più apparente che reale. Sia il foro secolare che quello ecclesiastico danno tempo al marito di riflettere sul destino dell'adultera. Entrambi gli ritengono sufficiente l'iniziativa promossa altrove, ma non permettono a un marito consapevole di soprassedere del tutto²⁰⁶. Sia il diritto civile che quello canonico assicurano la possibilità di richiamare l'adultera, dopo un periodo in monastero²⁰⁷. Lo *ius accusandi* resta un obbligo – persino morale²⁰⁸ – ma si traduce in

¹⁹⁹ Non di rado i poveri fanno prostituire le mogli per sbarcare il lunario; negli ambienti di corte, i più spregiudicati le usano per fare carriera: Geremek, *L'emarginato*, cit., p.414; Daumas, *Adulteri e cornuti*, cit., p.30.

²⁰⁰ Il dibattito è sintetizzato da Farinacci, *Praxis*, cit., q.CXLIV, nn.96-98, p.528. «Hodie sola retentio adulteræ lenocinium non faciat»: Pietro Teodorico, *Judicium*, cit., cap.VI, aphor.III, n.29, p.751.

²⁰¹ È Benedict Carpzov a denunciare le studiate distrazioni di mariti e genitori: avidi di guadagno, essi fingono di dormire e permettono la congiunzione carnale, salvo poi far valere le proprie pretese economiche brandendo l'arma del processo. Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXXI, nn.23-24, p.143.

²⁰² Così de Damhouder, *Praxis*, cit., cap.XC, n.1, fol.101.

²⁰³ Il riferimento è alle costituzioni *Maritum lenocinii poena*, *Qui coram se spectante* e *Quamvis uxorem suam*: Liber Augustalis, 3.82.1; 3.75, 1 e 3.76.1.

²⁰⁴ Follerio, *Practica criminalis*, cit., secunda pars secundæ partis, rubr.Item quod fuit leno eiusdem, n.25, p.173. «Permittere uxorem moechari, aliud est lenonem esse suæ uxoris (...) Forte enim maritus toleravit adulteria uxoris, ut evitaret scandalum, idest mortem sibi comminatum ab adultero, sunt enim sustinenda crimina ratione scandali»: d'Afflitto, *In utriusque Siciliae*, cit., secunda pars, lib.III, rubr.XLII, n.1, fol.174A.

²⁰⁵ «Maritus sciens, et non accusans uxorem de adulterio, dicitur leno, et poena lenocinij incurrit» scrive Baiardo richiamando C.9.9.2; «hoc tamen locum non habet in marito multum catholico, et vitæ sanctæ, quod viam Christi vellet imitari, hoc est, retribuere malum pro bono, et pro crocefigentibus orare»: *additio* n.119 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.Adulterium, fol.10A.

²⁰⁶ L'obbligo civilistico a pena di lenocinio è in C.9.9.2, testualmente richiamato da *Decr.* C.32, q.I, c.10.

²⁰⁷ Per il diritto civile, C.9.9.9 vieta di riammettere in casa l'adultera: «Castitati temporum meorum convenit lege Iulia de pudicitia damnatam in poenis legitimis perseverare. Qui autem adulterii damnatam, si quocumque modo poenam capitalem evaserit, sciens duxit uxorem vel reduxit, eadem lege ex causa lenocinii

un'opzione tra emenda e castigo. Come la *vindicta*, anche la *misericordia* ha un suo spazio²⁰⁹.

6. *L'iter accusatorio*

Se il tema dell'*accusatio* resta attuale per quanto concerne l'avvio della causa, esso si mostra assai meno rilevante per le vicende successive. Nondimeno, i criminalisti continuano a descrivere la procedura accusatoria, evidenziandone le peculiarità in caso di *adulterium* e *stuprum*: ne seguiremo il discorso, convinti che non si tratti di vuota erudizione²¹⁰.

L'accusa è introdotta per mezzo del libello, oblato alla controparte²¹¹. Nel redigerlo, l'attore deve tener presenti tre contenuti essenziali. I due Corpi del diritto proponevano come modello proprio il *libellus adulterii*²¹². La *narratio facti* conterrà i nomi

punietur». Ma già Giustiniano aveva corretto la norma: Nov.134.10 (= *auth. post* C.9.9.30), punendo l'adultera col monastero, permette di riassumere la moglie entro un biennio. L'esito dipende dal marito: può risolversi tanto nella pena perpetua quanto nella sola emenda. Non si tratta di una riconciliazione informale, né di uno strappo all'obbligo di accusa, giacché per salvare il matrimonio l'uomo è tenuto ad esperire una precisa trafila giudiziaria: se non lo fa, resta passibile di lenocinio. «Maritus a poena (lenocinii) excusatur quando uxorem emendatam, correctam, ad bonam frugem reversam recipit»: Menochio, *De arbitrariis*, cit., lib.II, cent.VI, casus 535, n.31, p.40. Cfr. Follerio, *Practica criminalis*, cit., secunda pars secundæ partis, rubr.Item quod fuit leno eiusdem, n.27, p.174 e Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLIV, nn.93-94, p.528. Anche il diritto canonico, per la sua intrinseca vocazione medicinale, riconosceva largamente la possibilità di ripristinare la convivenza matrimoniale (pur obbligando ad una penitenza più lunga). X.5.16.3: «Si vir sciens, uxorem suam deliquisse, quæ non egerit poenitentiam, sed permanet in fornicatione sua, vixerit cum illa: vir reus erit et eius peccati partices. Quodsi mulier dimissa egerit poenitentiam, et voluerit ad virum suum reverti, debet, sed non sæpe, recipere peccatricem, quæ poenitentiam agit». Non tutti gli ordinamenti moderni, però, osservano l'Autentica: laddove è sancita la pena di morte in capo all'adultera, la differenza col diritto canonico è più marcata.

²⁰⁸ «Maritus non peccat cognoscendo talem peccato propriæ luxuriæ (...) sed peccato alieni adulterii fovendo illud, et scandali, et inæquitatis in omittendo debitam correctionem uxoris per subtractionem actus coniugii, et alia remedia iuxta iuris dispositionem»: Caetano, *Secunda Secundæ*, cit., super quæstionem CLIV, p.696.

²⁰⁹ Al termine del periodo in esame Anton Matthes ritornerà sul punto, prendendo di mira quel regime napoletano conosciuto tramite le pagine di Follerio. Il dovere di accusa, saldato allo *ius occidendi*, determina un circolo vizioso che costringe i mariti alle scelte più efferate. «Prorsus vero damnandi Neapolitanorum mores, qui, si verum quod de eis Follerius refert, non solum permittunt occidere adulteram, sed et pro lenone habent maritum qui deprehensæ pepercit. Enim vero, si quæstus causa id fecerit, leno est; sin minus, humanitas ejus et mansuetudo non est deturpanda lenocinii nomine». La spinta riformatrice del Matthes si traduce in un più ampio margine di scelta: Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.III, n.19, p.308.

²¹⁰ È forse troppo netto il giudizio di Dezza, *Accusa e inquisizione*, cit., pp.57-59: «Vengono date alle stampe trattazioni ambiziose sul piano teorico ma di frequente più cavillose che originali, che illustrano la materia secondo schemi generali ereditati da una tradizione risalente a Guglielmo Durante e Alberto da Gandino. In queste opere le questioni relative al modello accusatorio, sostanzialmente ignorato nella pratica, vengono riprese in modo quasi tratlatizio e finiscono con l'assumere la stessa rilevanza di quelle relative all'inquisito».

²¹¹ Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CVI, n.4, p.39.

²¹² *Decr.* C.2, q.VIII, c.5 ripete D.48.2.3: «Libellorum inscriptionis conceptio talis est. «Consul et dies. Apud illum prætorem vel proconsulem Lucius Titius professus est se Mæviam lege Iulia de adulteriis ream deferre, quod dicat eam cum Gaio Seio in civitate illa, domo illius, mense illo, consulibus illis adulterium commisisse». Utique enim et locus designandus est, in quo adulterium commissum est, et persona, cum qua

dell'accusatore, dell'accusato e del giudice, descriverà il fatto – spesso con formule standard, filtrate da un'esperienza giuridica che poco riflette la realtà²¹³ – indicherà le persone coinvolte, specificherà quando e dove esso è avvenuto²¹⁴. La *causa* (o *medium concludendi*) spiega le ragioni stesse per cui si agisce *ad poenam*, mentre la *conclusio* specifica la richiesta avanzata. A differenza di quanto accade nel civile, nel libello criminale quest'ultimo elemento riveste un'importanza minore: per definire il *petitum* è sufficiente un generico rinvio alla pena legale o all'*arbitrium*, senz'altra specificazione²¹⁵. È importante adoperare parole inequivocabili circa la natura penale della causa: nella *narratio* il verbo «accuso», nella *conclusio* «peto eum puniri». Il loro uso importa la richiesta di pubblica vendetta, cioè di pene in favore del fisco: non c'è dubbio che si stia agendo *criminaliter*²¹⁶. In caso di adulterio, lì dove gli statuti hanno ristretto la legittimazione ed imposto la querela, è necessario dedurre già nel libello la propria qualità di coniuge o congiunto, altrimenti scatterà l'*abolitio criminis*²¹⁷.

In virtù della *lex Reos*, il diritto comune non permette di citare entrambi gli adulteri con lo stesso libello²¹⁸. L'accusatore, pertanto, dovrà scegliere contro chi intentare l'azione; solo *post sententiam* potrà attivare un secondo giudizio nei confronti del correo²¹⁹. Laddove si contravvenisse a questa regola, presentando un'accusa sia contro l'uomo che contro la donna, «libellus non procedit, etiam parte non opponente»; la stessa sanzione colpirebbe un secondo libello presentato durante la pendenza della prima

admissum dicitur, et mensis: hoc enim lege Iulia publicorum cavetur et generaliter praecipitur omnibus, qui reum aliquem deferunt: neque autem diem neque horam invitus comprehendet».

²¹³ Le «frasi stereotipate» servono a «definire un reato specifico». Vallerani fa l'esempio della violenza carnale: «l'uomo entra minacciando la donna: “ego te occidam/incido tibi nasum, nisi taceas et dimictas michi facere voluntatem meam de persona tua”. Qui l'ambiguità tra il tentativo e l'attuazione è meno forte che negli insulti: in caso di violenza avvenuta la formula è “carnaliter me cognomi”; altrimenti si trova: “bene cognovisset eam carnaliter nisi fuissent gentes qui traxerunt ad rumorem”». Ne risulta un racconto poco realistico che, aldilà di alcuni fraintendimenti, non ha molto da dire allo storico della società. «Il valore delle accuse come indicazione di reati commessi è in generale assai debole»: Vallerani, *La giustizia pubblica*, cit., pp.122-123.

²¹⁴ Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CVI, n.7, p.39. Cfr. Carolina, 87-88.

²¹⁵ Carolina, 89. Cfr. Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CVI, nn.15-17, p.40. Logicamente, il giudice terrà presente l'interesse della parte: ma il primo parametro che orienterà la sentenza sarà quello di una giustizia oggettiva, ispirata alle finalità che l'ordinamento – secolare o ecclesiastico – si prefigge.

²¹⁶ Tuttavia l'uso improprio che talora, persino nella legislazione, è fatto del termine *accusatio* – adoperato come sinonimo di *actio* civile – fa sì che in caso di dubbio bisogna interpretare il libello *pro reo*: cioè come atto introduttivo di un giudizio civile. Deciani, *Tractatus*, cit., I, lib.III, cap.I, n.6 e 9-10, pp.118-119.

²¹⁷ Sempre che il giudice non voglia – o non possa – procedere d'ufficio: Romano, *Consilia*, cit., cons.CLXVII, nn.1-2, fol.111A. «Probari, et deduci debet de accusatione in adulterio, quod mulier habet maritum, quæ fuit adulterata, si ipsa accusat; sicuti econtra si maritus accusat, debet deducere, et probare, quod tempore adulterij esset eius uxorem alias accusatio esse inepta»: Toschi, *Practicarum*, cit., I, concl.226, n.9, p.111.

²¹⁸ C.9.9.8: «Reos adulterii duos simul marem et feminam ex eadem causa fieri lex Iulia de pudicitia vetat: sed ordine peragi utrosque licet». Ma lo stesso principio si desume anche dalla D.48.5.4 e D.48.5.33. Diversamente quando si agisce *civiliter* per ottenere la separazione: *additio* n.1 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.Adulterium, fol.7A; Toschi, *Practicarum*, cit., I, concl.226, n.4, p.110.

²¹⁹ «Unus ex adulteris vel mas, vel foemina, si fuerit accusatus, non poterit pendente eo iudicio alter accusari ad eodem». Tuttavia, ciò non impedisce che – in accordo a quanto previsto da D.48.5.18.6 – un altro accusatore possa nel frattempo promuovere un giudizio parallelo: Deciani, *Tractatus*, cit., I, lib.III, cap.XXXVIII, nn.34-38, p.221.

causa²²⁰. La *ratio* di questo regime, presentato come «speciale in adulterio»²²¹, si spiega alla luce delle formalità del rito triadico. *De iure*, esso prevederebbe il taglione in capo all'attore temerario: ma giacché la *pena adulterii* è capitale, una doppia *inscriptio* sarebbe illogica, perché porterebbe ad una doppia condanna a morte per l'accusatore²²².

Il regime del giudicato appare piuttosto singolare. Nel caso in cui la prima accusa sia rivolta al drudo, «absoluto adultero, censetur etiam adultera absoluta (...) unde absolutio adulteri prodest adultera»²²³. Estensione che non si verifica semmai l'adultero venisse condannato: in questo caso, come già sancito dal diritto romano, la responsabilità della donna non s'intende accertata: essa sarà passibile di un'altra accusa e, nel corso del successivo giudizio, potrà dimostrare la sua innocenza²²⁴. La specialità di questo meccanismo – non replicato nemmeno negli altri *delicta carnis* – si giustifica in nome del *favor matrimonii*²²⁵: di regola, infatti, «rem inter alios actam vel iudicatam, aliis neque nocere, neque prodesse»²²⁶. Stroncando la possibilità di una seconda *accusatio*, l'unità familiare è salva. La linearità di questo meccanismo romanistico viene a complicarsi con l'Età moderna, che deve fare i conti col pluralismo dei fori e la frammentazione politica. Un *consilium* di Antonio Droghi limita l'estensione del giudicato alle corti dello stesso Stato: per cui se la moglie, *absoluto adultero*, venisse accusata presso un tribunale straniero il libello s'intenderà procedibile. Lo stesso dovrà dirsi per quanto attiene i rapporti tra giudice ecclesiastico e secolare²²⁷.

Le novità, a ben vedere, non si esauriscono qui. La generale desuetudine del taglione fa venir meno la *ratio* del divieto di accusa simultanea. Ecco perché Baiardo si mostra

²²⁰ *Additiones* nn.1 e 4 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.*Adulterium*, fol.7A. «Non procedit accusatio mariti contra adulteram uxorem, si maritus primo accusavit adulterum, et pendet accusatio; quia debet procedi solum contra primum accusatum (...) Idem sit, si accusaret in eodem libello adulterum et adulteram capitaliter; quia non potest, neque proceditur super tali libello»: Toschi, *Practicarum*, cit., I, concl.226, n.8, p.111.

²²¹ *Additio* n.4 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.*Adulterium*, fol.7A. Per lo stupro il problema non si pone, giacché la prassi prevalente nega la punibilità femminile: il libello, così, sarà rivolto per forza di cose solo contro l'uomo.

²²² «Non potest ex inscriptione pati duas poenas, quoniam una poena consumitur cum de iure communi adultero fit poena mortis, et econtra subscribenti se ad poenam talionis, et non probanti»: *additio* n.4 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.*Adulterium*, fol.7A. Cfr. Toschi, *Practicarum*, cit., I, concl.226, n.8, p.111.

²²³ *Additio* n.94 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.*Adulterium*, fol.9B.

²²⁴ «Quantum ad vim et effectum sententiæ attinet, iure singulari constitutum est, ut absolutio quidem adulteri mulieri prosit; condemnatio non obsit»: Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.IV, n.16, p.314. Cfr. Deciani, *Tractatus*, cit., I, lib.III, cap.XXXVIII, n.35, p.221; Pietro Teodorico, *Judicium*, cit., cap.VI, aphor.III, n.30, pp.751-752. Il riferimento è a D.48.5.18.6.

²²⁵ Lo mettono ben in evidenza Gómez, *Ad leges Tauri*, cit., p.581; Savelli, *Summa*, cit., I, par.*Adulterium*, n.6, p.89.

²²⁶ Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.IV, n.16, p.314. «Absolutio adulteri prodest etiam adulteræ, nisi per collusionem fuerit facta; secus in condemnatione, quia unius condemnatio alteri non præiudicat, sicut nec unius confessio alteri nocet (...) Speciale esse in crimine adulterij, unius absolutionem alteri prodesse, quia in aliis delictis sententia absolutoria lata pro uno, alteri non prodest»: Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLII, n.108, p.475.

²²⁷ «Aut tales duo Iudices non sunt sub eodem Dominio, et tunc esse non potest, ut uno ex dictis Reis absoluto, alter intelligatur absolutus ut in hoc casu prætenditur, quia nec absolutio, nec condemnatio facta ab uno istorum Iudicum Dominiorum omnino separatorum, fidem facit coram alio Iudice (...) quod in Criminibus utrisque foro communibus processus factus a iudice ecclesiastico, non attenditur a seculari, nec econtra»: Droghi, *Consilium*, cit., nn.32 e 35, fol.12A.

favorevole alla procedibilità nei confronti del secondo libello²²⁸. Si registra anche l'uso di accusare simultaneamente, con lo stesso libello, entrambi gli adulteri²²⁹. L'articolo 120 della *Carolina*, nel suo tipico rigorismo, prevede che la condanna dell'accusato si estenda automaticamente al correo: i suoi commentatori intendono la norma come obbligo di accusa simultanea²³⁰. In tal senso si erano espresse anche le *Leyes de Toro*²³¹.

La contiguità tra i due delitti di *adulterium* e *stuprum* si coglie in una generosa applicazione del principio *utile per inutilem non vitatur*: se nel libello si parla di adulterio, ma nel processo si prova lo stupro, la sentenza sarà egualmente valida. Un principio di conservazione del libello che si giustifica in virtù dell'improprietà definitoria che tante volte caratterizza la stessa legislazione canonica e secolare²³².

Queste le regole che disciplinano il contenuto del libello accusatorio. La prassi italiana, comunque, lo ha abbondantemente sostituito con la semplice *querela*²³³. Questa *scriptura*, pur mostrando un contenuto assai simile a quello del libello²³⁴, se ne differenzia per le modalità di presentazione, essendo rivolta all'autorità giudiziaria e non direttamente al reo. Accanto alla citazione solenne, come anticipato, tende a scomparire anche l'altro fondamentale istituto del rito triadico: l'*inscriptio ad talionem*²³⁵. Elemento caratteristico del processo antico, serviva a scongiurare usi pretestuosi della giustizia: sia l'ordinamento civile che quello canonico contenevano precisi riferimenti testuali²³⁶. Come già ricordato,

²²⁸ *Additio* n.5 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.*Adulterium*, fol.7A.

²²⁹ Come nella *decisio* napoletana riportata di Grammatico, *Decisiones*, cit., dec.XXXI, fol.35. Lo stesso si riscontra nel caso narrato da Sanfelice, *Decisionum*, cit., II, dec.CCLVI, n.1, p.157. Generalmente i nostri criminalisti, seguendo il diritto romano, concedono la possibilità di accusare con lo stesso libello più persone per crimini connessi: anche laddove resta fermo il divieto di agire contro entrambi gli adulteri, l'attore può però contestualmente accusare di *adulterium* uno dei due e di *lenocinium* l'eventuale favoreggiatore. Cfr. Deciani, *Tractatus*, cit., I, lib.III, cap.XXXVIII, n.37, p.221; Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.IV, n.3, p.309. Il riferimento è a D.48.5.33 e D.48.2.3.3

²³⁰ Lucchini, *Adulterio*, cit., p.216.

²³¹ *Leyes de Toro*, 80 (=Nueva Recopilación, 8.20.2): «El marido no pueda acusar de adulterio a uno de los adulteros, siendo vivos, mas que a ambos adultero, i adultera los aya de acusar, o a ninguno». Ciò va inteso nel senso che il libello dev'essere esattamente lo stesso per entrambi, «quia alias resultaret diversitas et inconveniens in accusando, procedendo, et exequendo»: Gómez, *Ad leges Tauri*, cit, p.581. La disposizione riforma Ordenanzas Reales de Castilla, 8.15.2 che prevedeva, invece, l'accusa individuale. Cfr. Collantes de Terán, *El delito*, cit., pp.209-210. Di fronte a tale novità del processo laico, un canonista spagnolo come Díaz s'interroga sull'ipotesi in cui la moglie ha avuto un rapporto *cum clerico*. Il punto è che il *simultaneus processus* delle *Leyes de Toro* è semplicemente impossibile se il drudo è un uomo di Chiesa: scatterebbe, infatti, il privilegio del foro. Perciò, delle due l'una: o l'accusa è promossa contro entrambi davanti al vescovo, o bisogna disgiungere le posizioni. La distinzione tra i due ordinamenti permette di scindere i piani, e Díaz riconosce al marito la possibilità di accusare il chierico senza agire contestualmente contro la donna, né *in foro ecclesiastico* né *in foro secolare*. Cfr. Díaz de Lugo, *Practica*, cit., pp.396-397.

²³² Decio, *In decretales*, cit., c.at si clerici, par.de adulteriis, nn.3-5, fol.197B; *additio* n.12 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.*Adulterium*, fol.7B. Lo stesso meccanismo vale anche «si inquisitio est de adulterio formata» e la sentenza è «lata super stupro»: Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.I, n.27, p.6.

²³³ «Sed certe hodie non datur libellus accusationis secundum consuetudinem totius Italiae (...) Sed datur simplex accusatio sive querela»: Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.XVIII, n.1, fol.126A.

²³⁴ Nomi dell'accusatore e dell'accusato, crimine commesso, luogo, anno e mese: Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.X, n.2, fol.114.

²³⁵ Dezza, *Accusa e inquisizione*, cit., p.25.

²³⁶ *Decr.* C.4, q.IV, c.2 richiama C.9.9.6. Ma, per il diritto civile, la normativa di riferimento è essenzialmente quella del Senatoconsulto Turpilliano: D.48.16. «Olim quilibet accusator ad poenam talionis se inscribere necesse habebat, tam ex lege Civili, quam Canonica»: Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CVI, n.39, p.43.

la legislazione augustea prevedeva l'esonero dall'iscrizione come specifico vantaggio per l'*accusatio iure mariti vel patris*. La gelosia poteva infatti spingere ad accuse avventate, di cui ci si poteva pentire presto²³⁷. Ma la Novella 117 di Giustiniano, per proteggere l'unità familiare da azioni infondate, aveva stabilito il taglione anche in capo ai mariti²³⁸.

Nel Cinquecento, però, il taglione sembra desueto persino in quei luoghi dove l'accusatorio è ancora frequente: lo testimonia Carpzov per la Sassonia, assumendo come *ratio desuetudinis* che il timore di una pena scoraggerebbe gli attori «et sic crimina remaneant impunita»²³⁹. Claro – nella logica di una svalutazione del rito – dichiara scomparsa l'antica formalità e ricorda che nel 1558 un pretore, ignaro della prassi, fu severamente ripreso dal Senato per aver applicato scrupolosamente la normativa romana²⁴⁰. Al di là delle apparenze, però, il pensiero giuridico moderno si mostra sensibile al problema. Farinacci, se da avvocato è pronto a tutelare i suoi clienti invocando la *desuetudo*, da teorico sostiene con vigore l'utilità del taglione «ad accusatorum temeritatem refrendanda». «Si hodie calumniatores, hac gravi talionis poena plecterentur, non utique orirentur quotidie tot pauperum innocentum clamores, et querelæ». Lo stesso Aristotele «censuit in bene instituta republica calumniatores esse graviter puniendos»²⁴¹, mentre un teologo contemporaneo come Domingo de Soto aveva provato l'origine divina e naturale del taglione²⁴². Ricostruendo il dibattito, il giurista romano testimonia l'esigenza

²³⁷ È questo il motivo per cui C.9.9.17 riconosce al marito la facoltà di revocare l'accusa *post libellum*. Il marito compare in giudizio ed ammette di aver agito «vana indignatione»: è tuttavia necessario che non sia già stata compiuta altra attività oltre alla presentazione del libello stesso. Ma anche «post litem contestatam», il marito può riconoscere il suo errore e domandare al giudice l'*abolitio criminis*. Se appare in evidente buona fede, la corte non lo sanzionerà: Deciani, *Tractatus*, cit., t.I, lib.III, cap.XXXV, nn.41-43, p.208. La stessa logica giustifica un'altra significativa eccezione: a differenza di quanto accadrebbe ai terzi, il marito incapace di provare non è reso infame. Cfr. Migliorino, *Fama e infamia*, cit., pp.17 e 115-116.

²³⁸ *Auth. post* C.9.9.11 (=Nov.117.8.2).

²³⁹ Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CVI, nn.40-41, p.43. In Spagna, a partire da Covarrubias, la dottrina è concorde nel ritenerlo desueto: Alonso Romero, *El proceso penal*, cit., pp.181-82.

²⁴⁰ Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.XVIII, nn.2-3, fol.126.

²⁴¹ Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.XVI, nn.12 e 2, pp.207 e 210. L'autore fa riferimento allo stesso passo della *Politica*, lib.VI, cap.V citato da Carpzov per sostenere l'importanza dei giudizi pubblici nelle antiche πόλεις. Il nesso tra *accusatio* e taglione appare inscindibile.

²⁴² La «ratio naturalis» del taglione si spiega alla luce della «æqualitas iustitiæ»: è giusto che chi crea pericolo all'altro «in ipsum recidat». Alla luce dell'*Etica nicomachea* (lib.V, cap.V), il Domenicano circoscrive questa affermazione spiegando che non sempre la giustizia richiede l'esatta «repassio», e che bisogna quanto meno distinguere tra chi calunnia volontariamente e chi lo fa involontariamente, magari mosso da errore. Così come concepito dalla tradizione giuridica, dunque, il taglione risponde solo in parte alla Legge naturale, che si contenterebbe di soluzioni meno gravose e indiscriminate. Per quanto attiene la natura divina dell'istituto, il discorso si complica. Nella Legge Antica, «quæ erat iustissima», la pena del taglione è prevista espressamente sia per chi reca danno al prossimo, sia per chi lo accusa falsamente. C'è dunque identità tra la sanzione mosaica e quella romana; il riferimento è, logicamente, al principio «oculum pro oculo, dentem pro dente» enunciato in Es XXI, 24 e Dt XIX, 21. Questa regola, però, non è più attuale: non tanto in virtù di una specifica abrogazione *ex* Mt V, 38-39 (la celebre esortazione a porgere l'altra guancia), ma perché, con Cristo, tutta la Legge Antica risulta abolita in blocco e sostituita da quella Evangelica. L'unica parte della Torah non superata dalla Legge Nuova, ma anzi confermata, è quella che replicava i precetti etici di diritto naturale («moralia»), mentre quelli religiosi («cerimonialia») e processuali («iudicialia») s'intendono cessati. Se però i *cerimonialia* non sono assolutamente riproponibili, i *præcepta iudicialia* – tra cui anche il taglione così come concepito «propter duritiem (...) populi» – possono essere ripristinati con intervento di diritto positivo, laddove ciò appaia opportuno. Tirando le somme, il teologo spagnolo non contesta la liceità dell'istituto: l'abrogazione cristiana della regola biblica non impedisce di revocarla in vigore, sebbene appaia fin troppo aspra e persino controproducente. Ma solo il cuore dell'istituto

di richiamarlo in vigore o quantomeno di sanzionare i calunniatori con *poena extraordinaria*²⁴³. Nello Stato Pontificio, in effetti, una bolla di Pio V volta reprimere sodomia, concubinato e adulteri pubblici ripristinava ufficialmente l'antico taglione²⁴⁴: l'intervento papale si giustifica anche alla luce della procedura capitolina che, come abbiamo visto, riserva molto spazio al rito accusatorio. Anche lì dove il taglione vero e proprio non è in uso, esistono strumenti giuridici capaci di realizzare la stessa funzione: il discorso di Farinacci è teso alla loro valorizzazione, coinvolgendo nello spettro dei soggetti passivi non solo gli accusatori, ma anche querelanti, denunziatori, spie e persino fiscali. *Cautiones*, *condemnatio in expensis* e *poena calumniae* costituiscono validi surrogati e testimoniano come, pur lontano dal modello classico, l'accusatorio non è un relitto del passato, ma vive e si trasforma nella prassi²⁴⁵. Il problema delle false accuse resta centrale anche in tema di delitti sessuali, che costituiscono il più tipico strumento per infangare l'onore dell'accusato. Claro stesso ricorda il caso di una certa Angelina che aveva falsamente accusato un'uomo di stupro violento: ella aveva scampato l'ultimo supplizio solo perché gravida, ma ciò non le risparmiò la catena infame²⁴⁶.

Ma se regola vuole che «in criminalibus iuramentum calumniae non excusare accusatorem a praesumpta calumnia»²⁴⁷ – e dunque, in un modo o nell'altro, l'accusatore

– la punizione di chi calunnia dolosamente – corrisponde alla ragione naturale *per modum conclusionis* e resta, perciò, sempre valido: de Soto, *De iustitia et iure*, Lugduni 1582, lib.V, q.V, art.IV, fol.160. Farinacci, *Praxis*, cit., partis primae tomus primus, q.XVI, n.2, p.207 cita questo passo, banalizzandone la portata. Il giurista romano si limita a dire che, secondo Soto, il taglione è istituito di diritto naturale e divino. Tacendo delle limitazioni che il Domenicano aveva posto, Farinacci ne strumentalizza il discorso al fine di corroborare la sua tesi repressiva.

²⁴³ Quest'ultima soluzione era stata suggerita da Menochio, *De arbitrariis*, cit., lib.II, cent.IV, casus 322, n.3, p.474. In luogo del taglione, che comportava esattamente la stessa pena che avrebbe patito il reo, il giudice avrebbe irrogato una sanzione proporzionata alle circostanze. Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., partis primae tomus primus, q.XVI, n.5, p.208. Tale soluzione appare consolidata nella prassi spagnola: Alonso Romero, *El proceso penal*, cit., p.182.

²⁴⁴ La bolla *Cum primum Apostolatus* del 1566, richiamando i canoni tridentini sulla disciplina sessuale, aggiunge ad essi l'importante sanzione del taglione in capo ad accusatori e denunziatori. «Monemus praeterea omnes et singulos, ut solum Dei timorem pra oculis habentes, et non alia animi prava affectione ducti, culpabiles tantum deferant, innocentes non vexent. Quod si aliqui ex calumnia aliquos denunciassent comperti fuerint, eos ad poenam talionis teneri volumus et mandamus»: *Magnum Bullarium Romanum*, t.II, cit., p.180. «Ideo concludendo dicere possumus calumniatoris poenam de iure communi hodie arbitrariam esse, modo scilicet pecuniariam, et modo etiam corporalem, iuxta facti et personarum qualitatem, vigore autem dictae Bullae Pii V esse poenam talionis»: Farinacci, *Praxis*, cit., partis primae tomus primus, q.XVI, n.5, p.208.

²⁴⁵ Statuti di Roma, 2.3 impongono la fideiussione come condizione di procedibilità dell'accusa. Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., partis primae tomus primus, q.XVI, n.9, p.209. Un simile meccanismo è presente anche in Germania, dove Carolina, 12 prevede ben tre *cautiones* in capo all'accusatore: si tratta della *cautio de expensis* (relativa alle spese processuali), *cautio de satisfactione* (se l'accusa si rivela ingiuriosa) e *cautio de lite persequenda* (per evitare azioni intraprese e non portate a termine). Le ultime due sono palesi surrogati del taglione. Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CVI, nn.43 e 53, pp.43-44.

²⁴⁶ Il caso fu deciso dal Senato nell'agosto 1558: Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.LXXXI, fol.320A. Da parte sua, Farinacci stigmatizza la turpe abitudine di accusare i mariti per profittare della loro detenzione e adulterarne le mogli. Un caso simile accadde a Roma sotto il pontificato di Gregorio XIII: il Papa, interprete zelante dello spirito tridentino, non mancò d'intervenire personalmente nella vicenda, condannando alle triremi il falso accusatore – nobile d'illustre casato – e rimuovendo dall'ufficio il giudice che «licet ignoranter» aveva disposto la carcerazione. Con la bolla *Ad compescendam*, il successore Sisto V comminerà la pena di morte per questo tipo d'illecito: *Magnum Bullarium Romanum*, t.II, cit., p.560.

²⁴⁷ Farinacci, *Praxis*, cit., partis primae tomus primus, q.XVI, n.30, p.214. La regola vale sia per il diritto secolare che per quello canonico: chi desiste o non riesce a provare si presume calunniatore. Sul giuramento,

temerario sarà chiamato a rispondere – è pur vero che una significativa eccezione è riconosciuta in capo a chi «ratione sanguinis et immenso dolore ad accusandum movetur». È il caso dei «parentes de morte filii», ma anche del marito tradito: in queste ipotesi, il promotore è punito solo per la «vera calumnia», dolosa, che va provata e non può presumersi in base alla mera soccombenza²⁴⁸. Interpretativamente, è possibile estendere la deroga ad ogni fattispecie in cui si agisce «honoris causa» e sono coinvolti affetti familiari²⁴⁹: a pieno titolo, dunque, vi rientra anche lo *stuprum*. «Ob sexus fragilitatem», anche le donne sono scusate dalla *præsumpta calumnia*, tanto che non potranno essere punite laddove non riuscissero a provare²⁵⁰. In generale, però, si scusa chi ha dedotto nel libello alcuni indizi sufficienti «ad torquendum, vel saltem ad inquirendum»²⁵¹.

Sempre che non venga attratto dal magnetismo dell'*inquisitio*, dopo l'*inscriptio* il rito proseguirà secondo l'ordinaria successione accusatoria. La *litiscontestatio* – «responsio rei ad libellum accusatorium» – è momento determinante la contumacia e termine ultimo per presentare le eccezioni preliminari. Il nome dell'accusato è *receptos inter reos*: egli deve rispondere «categorice, rotunde, et ad singula membra accusationis», in modo da fissare i punti condivisi e determinare per coperto il *thema probandi*²⁵². Il fatto è ricostruito tramite il metodo dialettico delle *positiones*, fatto di domande e risposte secche: ciò che è ammesso si assume pacifico, ciò che è negato dev'essere oggetto di prova. Il fatto che ne risulta, a questo punto, può risultare anche piuttosto diverso da quello originariamente dedotto nel libello²⁵³. Rispetto ai punti controversi, le parti elaborano le proprie *intentiones* (ovvero le domande da porre ai testi) e i *capitula* che s'intendono dimostrare. La logica accusatoria pura vorrebbe un protagonismo assoluto delle parti, con un ruolo meramente strumentale del giudice. Esse, d'altro canto, sono del tutto pariordinate: ognuna conosce l'elenco di *intentiones* dell'avversario e può modulare il proprio su di esso. I testi dell'uno e dell'altro saranno infatti esaminati da entrambi nella fase di *probatio et reprobatio*²⁵⁴. Spesso – più che provare il fatto storico – conviene screditare il testimone altrui, magari inducendolo a

cfr. Manzini, Trattato, cit., pp.31-32; Sarti, "Maximum dirimendarum causarum remedium". Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII, Milano 1995.

²⁴⁸ Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XVI, n.56, p.217. Proprio perché l'accusa maritale è scusata dalla «præsumpta calumnia» ma non da quella «vera» e pretestuosa, Claro sostiene che il marito sarebbe comunque tenuto all'*inscriptio*: Claro, Practica, cit. par.Finalis, q.XIII, n.15, fol.118B.

²⁴⁹ Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XVI, n.56, p.217.

²⁵⁰ C.9.1.12: la costituzione, coerente con l'assunto dell'*infirmitas* muliebre, esonera la donna da *inscriptio* e taglione nei casi in cui è abilitata all'accusa. La proverbiale inclinazione ad insinuazioni infondate – carattere naturale, quindi non doloso – la scusa dalla calunnia. Non si giova di tale eccezione la *meretrix*, che è infame di diritto: contro di essa «omnis mala et sinistra suspicio induci potest». Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XVI, n.58, p.217.

²⁵¹ Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XVI, n.62, p.218. Gli indizi non costituiscono contenuto necessario per la validità del libello, ma la prassi li ammette per giustificarsi dalla *præsumpta calumnia* e per sostenere una *petitio* alternativa: laddove il fatto non sarà provato e la pena legale non potrà essere irrogata, l'attore domanda la tortura come castigo per la controparte. Descrive questo uso sassone Carpzov, Practica, cit., pars III, q.CVI, nn.18-24, pp.40-41.

²⁵² Carpzov, Practica, cit., pars III, q.CVI, n.69, p.45.

²⁵³ Giacché esso non ha alcuna efficacia preclusiva rispetto alle *positiones*. Cfr. Vallerani, La giustizia pubblica, cit., pp.85-87.

²⁵⁴ Carpzov, Practica, cit., pars III, q.CVI, nn.79-93, pp.96-97, dove cita la legislazione sassone contemporanea.

contraddirsi o dimostrando che è ruffiano, meretrice, vile o di cattiva fama²⁵⁵. Infine si giunge alla sentenza che, a rigore, dev'essere o di condanna o di assoluzione²⁵⁶. Anche in questo caso, però, l'influenza dell'*inquisitio* finisce per ammettere risposte sanzionatorie ibride in caso di responsabilità dubbia.

²⁵⁵ Così facendo, si sposta «continuamente il focus probatorio dai fatti alle persone»: Vallerani, *La giustizia pubblica*, cit., pp.87-92 e 136. In generale, la struttura del rito accusatorio fa sì che «la verità del fatto non sia una verità teorica assoluta, ma una verità pratica e relativa da ricercare attraverso procedimenti dialettici, con un confronto ragionato di ipotesi discordanti». Come idealtipi, accusatorio e inquisitorio mostrano un metodo di ricostruzione della verità totalmente opposto. In quest'ultimo, «esiste la possibilità di raggiungere una verità assoluta e teorica, che non dipende dalla ricostruzione dialettica delle parti, ma è oggettiva e va ricercata con metodi razionali, misurabili secondo una contabilità probatoria che contempla la certezza come risultato finale»: Id., *La giustizia pubblica*, cit., pp.78-79. Questo diverso spirito dell'*inquisitio* ne spiega, in definitiva, l'inevitabile ascesa nella società medievale e moderna. Una concezione relativista della verità come quella sofista poteva corrispondere bene al diritto antico, molto meno ad uno *ius commune* intriso di Cristianesimo. Vero è che il metodo scolastico presupponeva la dialettica tra posizioni diverse: eppure l'esito doveva necessariamente risolversi in una verità oggettiva. Il Realismo filosofico – la *veritas* esiste ed è conoscibile – non può che influenzare e corroborare la costruzione inquisitoria. Non a caso, l'*accusatio* tornerà di moda tra i giuristi in epoca di relativismo illuminista.

²⁵⁶ Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CVI, n.94, p.47.

Capitolo IV

IL PROCEDIMENTO CRIMINALE NELLA DINAMICA DELL'INQUISITIO

1. *L'iter inquisitorio*

Anche se nella fase genetica l'impulso di parte conserva un ruolo chiave, le dinamiche successive tendono ormai a conformarsi al modello inquisitorio: il passaggio dall'ordine isonómico a quello asimmetrico¹ è specchio del nuovo ruolo assunto dal giudice, che riflette l'egemonia del pubblico interesse². Ricostruire la struttura di un processo *ex officio* è cosa ardua. Trattandosi di un rito sostanzialmente assente nelle fonti romane³, si forgiò nel corso del Medioevo tra norme frammentarie ed elaborazione sapienziale: a questo si aggiunge, nel Cinquecento, il contributo della legislazione statale. Comuni i principi, la procedura può variare a seconda dei luoghi e delle corti⁴. Ma la difficoltà nel tracciare un quadro complessivo dipende anche da un'insoluta confusione terminologica: il vocabolo *inquisitio*, infatti, può indicare tanto l'atto di citazione, quanto singole fasi o l'intero *modus*

¹ Per usare le categorie di Giuliani, Ordine isonómico e ordine asimmetrico: nuova retorica e teoria del processo, in *Sociologia del diritto*, XIII (1986), pp.81-90; Id., *L'ordo iudiciarius medioevale. Riflessioni su un modello puro di ordine isonómico*, in *Rivista di diritto processuale*, XLIII (1988), pp.598-614.

² «Le tre persone diventano due: il giudice (che si prende anche la parte dell'accusatore) e l'accusato. In realtà (...) è l'accusa che dilata enormemente il suo ruolo. Assume penetranti poteri (pubblici) di indagine, disegna un gioco processuale fatto su misura per sé, si dà le carte migliori e, al momento della decisione, va a sedersi sulla panca del giudice»: Sbriccoli, «Tormentum id est torquere mentem». Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell'Italia comunale, in Id., *Storia del diritto penale*, cit., I, p.118. Sul valore dell'*inquisitio*, cfr. Meccarelli, *Arbitrium*, cit., pp.280-288.

³ I giuristi medievali e moderni si sforzano di giustificare la legittimità generalizzando la portata dei rari casi di *cognitio extra ordinem* introdotti dalla legislazione tardoimperiale: Dezza, *Accusa e inquisizione*, cit., p.19. Così già in Gandino, *Tractatus de maleficiis, rubr.Quomodo de maleficiis cognoscatur per inquisitionem*, n.4, in Kantorowicz, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der scholastik*, Berlin Leipzig 1926, II, p.39. Uno degli argomenti testuali adoperati dal Cremasco per dimostrare che «hodie (...) iudices potestatum de quolibet maleficio cognoscunt per inquisitionem ex officio» è tratto dal titolo *ad legem Iuliam de adulteriis* del Digesto: in D.48.5.2.5 si afferma che l'*exceptio lenocinii* non scusa l'adulterio della moglie, per cui il processo prosegue. Si tratta, evidentemente, di una generalizzazione forzata. D'altro canto, per affermare che «neque sine accusatore iudicium criminale haberi posse» i giuristi solevano fare appello alla *lex Quamvis* (C.9.9.19): Carpov, *Practica*, cit., pars III, q.CIII, n.25, pp.17-18. Ricorrere a Giustiniano per difendere il rito *ex officio* è tanto pretestuoso quanto diffuso: lo stesso Carpov – prim'ancora che citare la legislazione sassone e gli articoli 214 e 219 della *Carolina* – ne fonda la legittimità in base al diritto romano e, in particolare, alla Nov.128: Id., *Practica*, cit., pars III, q.CIII, n.30-33 e 45-49, pp.18-20. La realtà storica è diversa: l'inquisitorio è un rito tutto nuovo, le cui origini vanno poste nel Duecento, in un contesto di repressione antiereticale e lotte politiche interne ai comuni italiani: Cortese, *Le grandi linee della Storia giuridica medievale*, Roma 2000, pp.426-429; Sbriccoli, *Vidi communiter observari*, cit., I, pp.73-100; Vallerani, *Procedura e giustizia nelle città italiane del Basso Medioevo*, in Chiffolleau – Gauvard – Zorzi (curr.), *Pratiques sociales*, cit., pp.45-46; Ascheri, *Introduzione storica al diritto medievale*, Torino 2007, pp.200-202.

⁴ Padoa Schioppa, *Storia del diritto*, cit., pp.299-304.

*procedendi*⁵. Prima di scendere nello specifico di adulterio e stupro, cercheremo di delineare brevemente i caratteri generali di questo *modus procedendi*.

A ragione, le inchieste itineranti di età medievale sono state considerate come prime, acerbe forme di *inquisitio*⁶: tra Cinque e Seicento sopravvivono manifestazioni estemporanee di tal genere⁷. La criminalistica riflette il carattere secondario dell'istituto, in un contesto in cui la giustizia sta consolidando il suo apparato stabile e capillare. Solitamente, quando parlano di *inquisitio generalis* i giuristi di età moderna intendono qualcosa di diverso, cioè la prima fase del processo informativo: in presenza di un reato preciso, si compiono ricerche preliminari su di esso e sul suo possibile autore. A rigore, in questo caso, bisognerebbe discutere di un'*inquisitio generalis quoad malefactorem* ma *specialis quoad delictum*: complicazione inutile per Farinacci, che taglia corto sulle vecchie pratiche e definisce tale indagine *inquisitio generalis*⁸. Nella Prima età moderna, dunque, questa etichetta è adoperata per indicare quella fase «*præparatoria*»⁹ in cui vengono cercati indizi materiali ed ascoltate persone informate; tutto avviene in modo segreto e sommario, almeno nei confronti del reo¹⁰. La storiografia ha dimostrato, d'altro canto, una notevole partecipazione popolare alle indagini, tanto che l'inquisitore si trovava spesso nella condizione «di ricevere notizie piuttosto che di ricercarle»¹¹. Lo scopo di

⁵ Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.III, n.2, fol.103A polemizza con quanti chiamano la *charta inquisitionis* o citazione col nome *inquisitio*: termine che, a suo giudizio, indica solo il «*processum informativum*». Si mostra d'accordo Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.I, n.3, p.2

⁶ Alessi, *Il processo penale*, cit., pp.23-64.

⁷ Roberto Maranta ricorda che a Napoli i presidi delle province «in principio officij solent facere banna et inquisitiones generales, complectendo varia et diversa crimina»: Maranta, *Speculum*, cit., foll.82B e 81A. Cfr. Rovito, *Repubblica dei togati. Giuristi e società nella Napoli del Seicento*, Napoli 1981, pp.75-224. Simili pratiche si riscontrano anche in altre realtà italiane: Dani, *Le visite secolari in alcune sistemazioni dottrinali seicentesche*, in Maffei – Varanini (curr.), *Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri. La formazione del diritto comune*, Firenze 2014, pp.319-328. Ma la medesima prassi si replica anche nella giustizia ecclesiastica, in occasione di quelle visite episcopali rifiorite dopo Trento. Cfr. Turchini, *La visita come strumento di governo del territorio*, in Prodi – Reinhard (curr.), *Il Concilio di Trento*, cit., pp.335-382; Nubola, *Visite pastorali fra Chiesa e Stato nei secoli XVI e XVII*, in Prodi – Reinhard (curr.), *Il Concilio di Trento*, cit., pp.383-413; Mancino – Romeo, *Clero criminale*, cit., pp.78-80 e 83-88. Si tratta, in entrambi i casi, di *inquisitiones generales* perché non rivolte a persone o reati definiti: loro caratteristica, anzi, è proprio quella di «purgare provinciam malis ho minibus (...) nedum de maioribus (...) sed etiam, de quibuscunque delictis etiam minimis»: Maranta, *Speculum*, cit., fol.82. Cfr. Follerio, *Canonica Criminalis Praxis*, cit., pars II, cap.6, nn.8-10, p.80.

⁸ «Et sic generalem intelligo inquisitionem non eam, quæ fit per officiales in principio eorum officii (...) sed illam tantum modo, quæ fit ad investigandum malefactorem, de quo nullam notitiam curia habet»: Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.I, n.3, p.2. Carpzov condivide questa soluzione, che valuta conforme alla prassi dell'Elettorato: Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CVII, n.12, pp.49.

⁹ «Inquisitio generalis, est præparatoria ad specialem»: Maranta, *Speculum*, cit., fol.82B. Cfr. Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CVII, n.12, p.49.

¹⁰ Per questo, Carpzov definisce l'*inquisitio generalis* anche *summaria*: Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CVIII, nn.2-3 e 42, pp.58 e 62. «L'audizione dei testi, che di questa fase costituiva ovviamente il momento centrale, fu condotta separatamente gli uni dagli altri, ed in assenza dell'accusato»: Alessi, *Il processo penale*, cit., p.17. Le loro deposizioni, messe a verbale, non costituiscono ancora prova: Manzini, *Trattato*, cit., pp.45-48; Dani, *Il Cinquecento e il Seicento*, in AA. VV., *Profilo di Storia del diritto penale*, Torino 2012, p.47.

¹¹ Così, le informazioni raccolte «apparivano precostituite in seno alle comunità. A livello locale l'amministrazione della giustizia continuava a essere un ibrido di leggi scritte, civili o ecclesiastiche, e di norme consuetudinarie, sensazioni, umori, pettegolezzi, amalgamati dentro le reti di parentela e di amicizia»: lo nota – in margine a un'*inquisitio adulterii* del vescovo di Trento – Bellabarba, *I processi*, cit., pp.220 e 222.

questa fase, chiaramente, è quello di individuare un presunto colpevole¹²: da un punto di vista pratico, si tratta di un momento cruciale, capace di influenzare in modo quasi irreversibile l'orientamento della corte¹³. Culmine di questa indagine via via più circoscritta sarà la citazione del reo tramite la *charta inquisitionis*. Si passa dunque dall'*inquisitio generalis* a quella *specialis* «contra particularem personam»¹⁴.

Risultato raggiungibile anche seguendo strade alternative: infatti, *indicia* e *præsumptiones* ricavati dall'inquisizione generale costituiscono solo due dei vari *preambula* capaci di legittimare *inquisitio specialis* e successiva citazione. *Preambula* la cui presenza è richiesta a pena di nullità¹⁵. Il primo di essi, da un punto di vista storico, è la *fama* che «succedit loco accusationis»¹⁶: già agli inizi del Duecento, tre decretali di Innocenzo III¹⁷ e un canone del Lateranense IV¹⁸ avevano saldato la possibilità di procedere *ex officio* al clamore che, giungendo alle orecchie del giudice, sostituisce l'accusa¹⁹. In fondo, gli indizi reperiti dall'inquisitore sono anche più affidabili della semplice fama: con un'operazione interpretativa, i giuristi hanno avuto gioco facile nel parificarne gli effetti²⁰. L'apparato burocratico cresce, e così anche la *denuntiatio officialis* è giudicata idonea ad avviare l'inquisizione speciale, non diversamente dalla *denuntiatio* del privato²¹ e della *querela* di parte²². Anche *notorium* e *deprehensio in flagranti*

¹² Carpov, *Practica*, cit., pars III, q.CVIII, nn.1 e 42-43, pp.58 e 62.

¹³ «In un contesto ideologico nel quale tutto era al servizio dell'ossessione per la verità» tutto il processo appare «assorbito, compresso e appiattito sul suo momento istruttorio»: Sbriccoli, *Tormentum*, cit., I, p.124.

¹⁴ «Quod si postea ex inquisitione generali iudex tum de delicto, tum de auctore delicti notitia aliquam consecutus est: solet ad versus illam personam singulariter et in specie, ex officio inquirere»: Carpov, *Practica*, cit., pars III, q.CVII, nn.11-12, p.49; cfr. pure pars III, q.CVIII, nn.2-3, p.58.

¹⁵ Carpov, *Practica*, cit., pars III, q.CVIII, n.51, p.63. Cfr. Dezza, *Accusa e inquisizione*, cit., pp.43-45.

¹⁶ Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.I, n.50, pp.8-9.

¹⁷ Le decretali *Licet Heli* (X.5.3.31) del 1199, *Qualiter et quando* (X.5.1.17) e *Quum oporteat* (X.5.1.19) del 1206.

¹⁸ Il canone *Qualiter et quando* del 1215 riprende, con qualche aggiustamento, il testo dell'omonima decretale: X.5.1.24

¹⁹ Con una fortunata *fictio iuris*, il Papa rassicurava circa il rispetto delle forme triadiche. X.5.1.17: «Non tamen sit idem actor et iudex, sed, quasi deferente fama vel denunciante clamore, officii sui debitum exequatur». X.5.1.24: «Accusationem legitima debet præcedere inscriptio, sic et denunciationem caritativa monitio, et inquisitionem clamosa insinuatio prævenire». Cfr. Fraher, *IV Lateran's revolution in criminal procedure: the birth of Inquisitio, the end of ordeals, and Innocent III's vision of ecclesiastical politics*, in Castillo Lara (cur.), *Studia in honorem eminentissimi cardinalis Stickler*, Roma 1992, pp.97-111; Théry, *Fama: l'opinion publique comme preuve judiciaire. Aperçu sur la révolution médiévale de l'inquisiteur (XII^e-XIV^e siècle)*, in Lemesle (cur.), *La preuve en justice de l'Antiquité à nos jours*, Rennes 2003, pp.119-147; Vallerani, *La fama nel processo tra costruzioni giuridiche e modelli sociali nel Tardo medioevo*, in Prodi (cur.), *La fiducia secondo i linguaggi del potere*, Bologna 2007, pp.93-112; Bettoni, *Fama, shame, punishment and metamorphoses in criminal justice (XIV-XVI centuries)*, nn.14-37 in *Forum historiae iuris*, 2010, <http://www.forhisiur.de/2010-03-bettoni/>.

²⁰ Ed infatti, de Damhouder titola il cap.IX *de diffamationibus præcedentibus per famam sparsis*, il cap. X *de diffamationibus per indicia, suspiciones coniecturas, aut præsumptiones, disparsis*. «Indicia succedunt loco diffamationis»: Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.IX, nn.19-20, pp.108-109. «Ex aliis etiam indiciis et præsumptionibus apparentibus, fama licet deficiente, specialiter contra aliquem inquisitionem formari posse (...) Indicia et fama sunt loco accusationis in inquisitione»: Carpov, *Practica*, cit., pars III, q.CIII, n.36, p.19. Cfr. Maranta, *Speculum*, cit., fol.82A. Carolina, 6 positivizza il risultato con una norma che da un lato segna una garanzia per il reo, dall'altro evidenzia l'avvenuta equiparazione tra investigazione delle corti e voce pubblica. Cfr. Carpov, *Practica*, cit., pars III, q.CVIII, n.53, p.63.

²¹ Maranta, *Speculum*, cit., fol.81B; Follerio, *Canonica Criminalis Praxis*, cit., pars II, cap.6, n.31, p.86; Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.VII, nn.4-6, fol.110B.

costituiscono legittimi *preambula*, ma fanno scattare una procedura diversa sulla quale si tornerà più avanti²³. Informazioni stragiudiziali e delazioni anonime, invece, non sono ammissibili, salvo il caso di *crimina atrocissima* ed *excepta*²⁴.

Qualunque sia il *preambulum* che ha portato sin qui, s'impone al giudice di trasmettere la *charta* solo «si constet de corpore delicti»: la criminalistica vede nella riconoscibilità del fatto la principale garanzia per l'indagato²⁵. L'applicazione generale di tale requisito crea non pochi problemi in un diritto come questo, ricco di fattispecie che mancano di materialità ed evidenza. Il corpo del delitto – condizione necessaria *ad inquirendum, ad capturam, ad torquendum* e *ad condemnandum* – rischierebbe di paralizzare la giustizia per tutta una serie di crimini che pure esigono risposta nella società di Antico Regime. Fissata la *regula*, come spesso accade, i giuristi devono subito operare le *limitationes*. E così nei «delicta facti transeuntis» o in quelli che «sola voluntate perficiuntur» – classificabili come «crimina difficilis probationis» perché «post factum nulla remanent vestigia» – congetture e indizi bastano per soddisfare il requisito; in queste ipotesi, d'altronde, la querela di parte legittima in ogni caso l'*inquisitio specialis* senz'alcun simulacro di corpo del delitto. Non sono pochi i reati interessati a tali deroghe: tra essi, un posto importante è occupato proprio dai *delicta carnis*²⁶.

La citazione fa compiere al processo un salto di qualità: siamo ancora nel processo informativo e in un momento offensivo, ma si cominciano a profilare alcuni elementi di garanzia. È in gioco la condanna di un soggetto definito, che solo ora viene a conoscenza del procedimento a suo carico²⁷. La *charta*, pertanto, deve mostarsi «certa, specifica, et clara (...) taliter ut reo defensio non tollatur»; il suo contenuto, in via di principio, non dovrebbe discostarsi dal libello accusatorio²⁸. È bene sottolineare, però, che essa non

²² Lo stesso Carpzov, che pure aveva sostenuto il ruolo dell'*accusatio*, ammette che la querela «aperit viam iudici ad inquirendum ex officio contra aliquem»: Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CVIII, n.54, p.63. Egualmente Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.X, n.1, fol.114A.

²³ Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.VIII e IX, foll.112-133; Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CVIII, n.59, p.64.

²⁴ Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.I, n.49, pp.8-9.

²⁵ Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.II, n.1, pp.12-13 e q.I, n.6, p.3.

²⁶ Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.II, n.1 e 23-24, pp.12 e 17-18. Più complessa la posizione di Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.IV, nn.1-4, foll.104B-104A: nel caso di adulterio «et alij coitus, qui sine fractura committuntur» ci si può contentare di querela o indizi: ma in caso di stupro (*anche in puero*) c'è modo di verificare il corpo del delitto. «Ut inspiciatur partes pudendæ per obstetrices, vel chirurgos, vel alias personas, ut quotidie fit. Et ubi tales personæ referant cum iuramento, se credere stuprum illatum, vel puellam corruptam fuisse, satis dicitur constare de delicto, quo ad hoc, ut contra delinquentem procedi possit». L'ostetrica diventa protagonista, in contesto dove anche la consulenza dei medici assume un'inedita centralità: Pastore, *Il medico in tribunale. La perizia medica nella procedura penale di Antico Regime*, Bellinzona 2004.

²⁷ Nella prima fase, infatti, «non oportet, nec requiritur partem citari» sostiene Follerio, *Canonica Criminalis Praxis*, cit., pars II, cap.6, n.30, p.86.

²⁸ Pertanto il giudice dovrà indicare in alcuni articoli «omnes delicti qualitates et circumstantias (...) locus et tempus»: Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.I, nn.11-12, pp.3-4. Cfr. Maranta, *Speculum*, cit., fol.83A; Bossi, *Tractatus*, cit., fol.30B; de Damhouder, *Praxis*, cit., cap.VIII, n.13, fol.5A. Come nel libello criminale il *petitum* perde rilevanza, così a maggior ragione nella *charta* «non requiritur conclusio, sed sufficit narratio»: Bossi, *Tractatus*, cit., fol.31A. Un modello di *charta* è fornito De Pitigianis, *Practica criminalis canonica*, Venetiis 1621, p.377: «Cum ad aures nostras pervenerit, fama antecedente, clamorosaque insinuatione sæpius referente, quod Fr. N. de N. (...) quod suspectam quandam

contiene alcun riferimento agli indizi raccolti, per cui l'indagato si presenta all'interrogatorio (*constituto de plano*) in una posizione obiettivamente svantaggiata²⁹. Questo confronto rappresenta il momento tipico di tutto l'*iter*: la prosecuzione del processo dipende tutta dalla freddezza dell'indagato, peraltro sprovvisto di difensore. Così si conclude il processo informativo, fase *summaria, de plano, sine strepitu advocatorum et figura iudicii*³⁰, spesso delegata a giudici minori o ufficiali (nell'ordinamento canonico, a vicari foranei o parroci)³¹.

Con la *litiscontestatio* si apre il processo ripetitivo, nel quale si recuperano maggiori tutele e formalità. Le risultanze del processo informativo vengono pubblicate: così, la parte conosce gli argomenti a suo carico e, nominato un avvocato, può predisporre la difesa³². Il reo può tentare «la ripulsa dei testimoni, la contestazione delle testimonianze, la produzione di elementi a discarico»³³, mentre la corte procede alla ripetizione dei testi ascoltati durante l'inchiesta, stavolta sotto giuramento³⁴. In caso di *semiplena probatio*, prima della sentenza, si apre la strada della tortura³⁵.

conversationem cuiusdam mulieris frequentat, cumque sæpius de hac re fuerit admonitus, ut se ab illis temperaret, et nihiliominus id curare neglexerit: (...) veritates tuendæ gratia, et ut officij nostri debito fungamur, Inquisitionem super huiusmodi instituere curavimus, et super unumquemque eorum anuexum. Datum in loco nostro, etc. die, etc. mensis, etc». La *charta*, poi, è sempre un *monitorium* che ingiunge al destinatario di presentarsi entro un termine discrezionale (solitamente molto breve); talvolta, però, è anche un mandato d'arresto.

²⁹ A voler giustificare tanta sperequazione, due ambiguità di fondo: l'inquisitore è tutore della verità e può agire anche a favore dell'imputato; il *constituto* segue la citazione ma precede la *litiscontestatio*, dunque non appartiene alla fase di giudizio, ma all'indagine. Ciò che si tenterà di fare, in questo faccia a faccia, è mettere alle strette il reo sfruttando lo squilibrio, e magari indurlo a confessare: anche perché si tratta di un interrogatorio *de veritate*, e il reo parla sotto giuramento. Cfr. Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CXIII, n.6, p.106. «Spirituale tortura» per chi si trova stretto tra lo spergiuro e la dichiarazione contra se, ma «ars de iure divino» per il giudice; comunque, momento *clou* del processo: Sbriccoli, *Tormentum*, cit., I, p.124. Cfr. Manzini, *Trattato*, pp.48-52; Dani, *Il Cinquecento e il Seicento*, cit., p.48; Bellabarba, *La giustizia nell'Italia moderna*, cit., p.112. Carolina, 48 offre un modello per le domande da rivolgere al sospetto: lo schema *quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quando, quomodo* sembra mutuato da quello che – più avanti – vedremo per la Penitenza sacramentale.

³⁰ Come chiarisce Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CVIII, n.3, p.58.

³¹ Bellabarba, *I processi*, cit., p.220. «Inquisitio generalis (...) formari etiam potest a iudice, qui inferiorem solummodo et bassam jurisdictionem habet»: Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CVII, n.14, p.49.

³² La Chiesa osserva ancora il canone *Qualiter et quando*, che obbliga il giudice a una comunicazione automatica e completa: Maranta, *Speculum*, cit., fol.81B; Follerio, *Canonica Criminalis Praxis*, cit., pars II, cap.6, nn.5 e 44-45, pp.79 e 93. Le corti laiche del Cinquecento – in linea con la generale politica repressiva – pretendono invece una richiesta specifica da parte del reo, e si riservano di censurare il nome dei testimoni. Per le Fiandre, lo testimonia de Damhouder, *Praxis*, cit., cap.VIII, nn.22-23, fol5B: «in praxi Flandriæ, Procurator generalis nunquam dat parti inquisitionis seu informationis præcedentis copiam: licet id fieri videamus in alijs Flandriæ Curijs ubi obligantur, accusato aut denunciato etiam dare testium nomina ac cognomina, necnon totius inquisitionis seu informationis copiam, si quando id postulet». Per Napoli, Maranta, *Speculum*, cit., fol.81B: «Qui si petit copiam repertorum potest iudex sibi dicere: ego do tibi copiam capitulorum, in quibus continentur omnia reperta, ut possis super illis facere defensionem (...) Iudex non debet dare copiam reo de his quæ invenit ex processu informativo: quam illa non dicuntur indicia, nisi demum repetita reo citato, et tunc datur copia. Et hoc potest esse post publicationem, et ita practicatur». La novità appare significativa agli occhi del Venosino, che la ritiene in contrasto col capitolo *Subiungendo* di Carlo II.

³³ Dani, *Il Cinquecento e il Seicento*, cit., p.48.

³⁴ Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CVIII, n.65, p.65: il Sassone fa riferimento al capitolo *Tua* (X.3.2.8), che distingue la figura del testimone non giurato da quella del teste giurato. Cfr. Manzini, *Trattato*, cit., p.53. In

2. L'inquisitorio nelle corti ecclesiastiche

Veniamo dunque ad adulterio e stupro, domandandoci fino a che punto il modello appena descritto sia applicabile ad essi: *in primis*, esaminiamo il foro ecclesiastico, dove il rito si è affermato prima. In caso di visita il vescovo può indagare su ogni crimine, mentre di norma l'*inquisitio* è limitata solo a ipotesi di maggior rilievo: tutti i *delicta carnis*, comunque, rietrano nella lista³⁶. Il diritto canonico, d'altra parte, ritiene *publicum* ogni reato: ma se chiunque è legittimato ad agire, a maggior ragione si giustificano i poteri del giudice³⁷. Tutti i *preambula* che abbiamo esaminato, allora, sono potenzialmente idonei ad attivare l'azione penale: *fama*, *indicia*, *præsumptiones*, *notorium*, *flagrantia*, *querela* e, ovviamente, *denuntiatio evangelica*³⁸. In ogni caso, però, c'è una condizione da rispettare: anche per costituire oggetto d'inquisizione, il crimine dev'essere *manifestum*. Requisito tipico dell'ordinamento canonico, che tuttavia acquista un significato molto stringente in caso di adulterio e stupro: come già visto, la dottrina valuta manifeste le sole ipotesi di convivenza stabile, fornicazione pubblica o gravidanza spuria³⁹.

Il concetto di *manifestum*, pertanto, va tenuto ben distinto da quelli di *fama* e *notorium*. Ciascuno indica un certo grado di popolarità della *notitia criminis*, ma mentre il primo è concepito come accidente del reato, gli altri due costituiscono *preambula* dell'*inquisitio specialis*. Poiché la soglia del manifesto è posta a metà tra la fama (più

alcune realtà, «i testimoni uditi nell'istruzione non erano più citati né intesi: si leggevano le deposizioni raccolte dal notaio: così che la discussione consisteva in un'analisi del testi scritto» attuata dal giudice nel contraddittorio tra difensore e fiscale: Salvioli, Storia della procedura, cit., parte II, p.389.

³⁵ Diffusamente sull'istituto, oltre al già citato *Tormentum id est torquere mentem* di Sbriccoli: Fiorelli, La tortura giudiziaria nel diritto comune, Milano 1953-1954; Marchetti, Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'Età moderna, Milano 1994, pp.63-87; Meccarelli, Tortura e processo nei sistemi giuridici dei territori della Chiesa. Il punto di vista dottrinale (sec.XVI), in Durand (cur.), La torture judiciaire. Approches historiques et juridiques, Lille 2002, pp.677-707; Massetto, La tortura giudiziaria nella dottrina lombarda dei sec.XVI-XVIII, in Padoa Schioppa – di Renzo Villata – Massetto (curr.), Amicitiae pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna, Milano 2003, pp.1041-1052.

³⁶ «Non posse procedi, nisi in gravioribus delictis, et non in omnibus, ut puta de homicidio, de simonia, adulterio, fornicatione, periurio, incestu, et similibus»: Follerio, Canonica Criminalis Praxis, cit., pars II, cap.6, n.11, p.80. Esplicito, d'altra parte, X.1.31.1: «Habeant igitur episcopi singularum urbium in suis dioecesisibus, liberam potestatem adulteria et scelera inquirere, ulcisci et iudicare, secundum quod canones censent, absque impedimento alicuius». Soluzione testuale e ancora sostenuta da Díaz, ma fortemente criticata da Follerio, che preferirebbe subordinare l'azione alla querela del coniuge: Follerio, Canonica Criminalis Praxis, cit., pars II, cap.19, n.13, p.223.

³⁷ È il ragionamento di Follerio, Canonica Criminalis Praxis, pars II, cap.6, nn.23-24, p.84.

³⁸ Che può essere compiuta – dopo due ammonizioni (X.5.3.31) – da un *quavis de populo* e, a maggior ragione, dal parroco. È noto come le strategie tridentine puntino molto sul ruolo dei curati che, meglio del vescovo, conoscono situazioni di irregolarità. Follerio, Canonica Criminalis Praxis, cit., pars II, cap.6, n.14, p.82 accenna alla rete di controllo di cui dispone la Chiesa: «sicque cum per ecclesiasticas curias per totam diocesim deputentur denunciatores, et custodes: ut sunt Archipresbiteri, non mirum si in omni crimine quod denunciatur possit inquirere».

³⁹ Abbas, Commentaria, cit., t.VII, super Quintum librum Decretalium, rub. de adulteriis et stupro, c.intelleximus, n.6, fol.218B. Ricollegandoci a quanto detto in tema di *accusatio*, notiamo che i poteri d'impulso del giudice equivalgono a quelli della donna, mentre l'uomo può agire anche in caso di *suspicio violenta*.

lieve) e il notorio (più schiacciante)⁴⁰, risulta che mentre quest'ultimo soddisfa necessariamente il requisito "sostanziale", la prima non sempre è in grado di raggiungerlo e legittimare la competenza ecclesiastica⁴¹. Non è facile che un delitto carnale possa configurarsi *manifestum*. Inoltre, specie nell'*adulterium*, svelare gli *occulta* causerebbe più danni che vantaggi, esponendo la donna in pericolo di vita, l'uomo all'infamia, il clero a pessime figure⁴².

La Chiesa ha regole proprie che operano su un piano diverso da quello secolare; pertanto, tutte le limitazioni poste dalla legislazione statale in fatto di *accusatio* o *inquisitio* non la riguardano. Consideriamo il caso castigliano, lì dove la *lex regia* riserva l'impulso al marito: Bernardo Díaz, vicario salmantino, esclude che il re possa vincolare il giudice ecclesiastico, che osserva solo i criteri canonici. Nonostante la rivendicazione abbia ripercussioni circa la competenza *in laicos*, il discorso è esplicitamente volto a difendere il diritto della Chiesa «ad emendandum suorum clericorum»⁴³. L'inerzia maritale non può pregiudicare la disciplina interna. Nei primi anni del Duecento, d'altra parte, il rito inquisitorio era nato proprio per facilitare la perseguibilità dei chierici⁴⁴. La Protesta luterana è stata uno schiaffo: occorre un clero irreprensibile per riacquistare credibilità. Troppi sacerdoti intrattengono relazioni con concubine e donne sposate: come ai tempi di Innocenzo IV, i *delicta carnis* sono tra i capi d'imputazione più consueti perché capaci di destare l'indignazione collettiva. Ma il vescovo, nei confronti dei suoi consacrati, può muoversi anche su un altro piano, che deroga alla regola «Ecclesia de occultis non

⁴⁰ Se la fama nasce «ex suspicione et incerto autore proveniens», e dunque può rivelarsi erronea, il notorio si caratterizza per un'assoluta certezza che nessuno pone in discussione. «Il notorio (...) era la sentenza del popolo, al quale si doveva credere in quanto univa all'apparenza della verità, che aveva in comune con la fama, anche la certezza dell'esistenza di questa verità». Conseguenza fondamentale: la fama ammette prova contraria, il notorio no. Ghisalberti, *La teoria del notorio*, cit., pp.416-417.

⁴¹ È il caso di sottolineare che la precisazione delle tre categorie fu oggetto di una lunga cesellatura dottrinale: nella legislazione canonica medievale, invece, *fama*, *manifestum*, *publicum* e *notorium* erano usati in modo piuttosto promiscuo. La definizione dei relativi significati è ricostruita da Ghisalberti, *La teoria del notorio*, cit., pp.415-418; Migliorino, *Fama e infamia*, cit., pp.53-55.

⁴² «Generaliter autem in hoc crimine considerent Ecclesiastici iudices, ne nimis diligenter de adulterijs occultis inquirant, propter mulierum periculum, virorum infamiam, et clericorum fragilitatem, quæ tanto multoties ad hoc flagitium illos impellit, quanto secretius illud posse perpetrare confidunt»: Díaz de Lugo, *Practica*, cit., p.397. Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, n.44, p.469.

⁴³ «Licet in his Regnis Castellæ, et Legionis lege Regia sanctitum sit, quod marito non accusante uxorem, nullus posit eam accusare de adulterio, Iudex tamen Ecclesiasticus poterit punier clericum in hoc delinquentem: nec reus valebit opponere quod maritus non accuset: non enim potuit lex illa Regia Ecclesiasticos Iudices impedire, ne ad emendam suorum clericorum procederent». Le ragioni di Díaz si fondano anche su una considerazione pragmatica: la condizione di procedibilità dell'accusa maritale rischia di rivelarsi un incentivo al crimine. «Aliter enim clerici omnes incontinentes libidinem suam potius cum nuptis, quam cum solutis mulieribus explerent, cum securius ac impune id se agere cognoscerent: et ita ego iam alias practicavi, dum Vicarium agerem generalem Episcopi Salmantini»: Díaz de Lugo, *Practica*, cit., pp.395-396. Cfr. Follerio, *Canonica Criminalis Praxis*, cit., pars II, cap.19, n.13, pp.222-223.

⁴⁴ Dato che «*accusatio prælatorum non facile admittatur*», il nuovo rimedio permetteva di assimilare la posizione del «*prælatus*» a quella del «*subditus*». Certo restava una «*modica differentia*», perché nei confronti del chierico si richiedeva una fama tale «*ut in tantum iam clamor adscenderit, quod diutius sine scandalo dissimulari non potest, nec sine periculo tolerari*»: così disponevano i due capitoli gemelli *Qualiter et quando* (X.5.1.17 e X.5.1.24). Ancora alla fine del Quattrocento, il cardinale Alessandrino riassume la differenza nella contrapposizione tra *fama vehemens* (cioè *scandalosa* e *pericolosa*) e *fama simplex*: la prima per i consacrati, la seconda per i fedeli. La sua opinione è riferita da Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.IX, n.5, p.106.

iudicat». La soluzione, escogitata da Díaz, è quella di perseguire il chierico fornicatore pubblicamente, se il fatto è manifesto; segretamente, se il fatto è occulto. È questo il *processus camerarius* che si svolge senza «aliquas iuris solemnitates» e si conclude «sine expressione causæ in sententia». Il risultato sarà una correzione «familiari disciplina» e l'allontanamento: ma tutto avverrà osservando la «secreti cautelam», per evitare un inutile scandalo. Se non si adottasse una simile accortezza, e s'imponesse il rigore procedurale, il rischio potrebbe essere che gli stessi giudici comincino a dissimulare, così rendendo gli adulteri ancor più ostinati⁴⁵. Questo ragionamento, sfacciatamente più preoccupato dell'apparenza che del crimine, può indignare la sensibilità odierna: esili forme processuali e sanzioni leggere colpiscono chierici colpevoli, ma non responsabili di aver infangato l'istituzione. La Chiesa offre risposte aspre se è il marito ad esigerle, miti se il fatto è rimasto occulto; a questo s'aggiunge che il *privilegium fori* impedisce ai tribunali secolari d'intervenire in subordine. La Storia non si giudica, però, con le pretese dell'oggi: agli occhi del canonista cinquecentesco il sacrificio delle formalità ordinarie rappresenta una realizzazione dell'equità, se c'è da scampare un peccato come lo *scandalum*⁴⁶. L'esemplarità della Chiesa prevale sul castigo individuale, perfino se tale esemplarità è garantita tramite il silenzio. La proposta di Díaz, d'altra parte, va comunque nel senso di un maggior controllo rispetto a quanto previsto dalla formula *Ecclesia de occultis non iudicat*;

⁴⁵ «Verumtamen in hoc magna debet adhiberi cautela: nam si adulterium clerici adeo est notorium, maritique persona ita vilis quod præsumi possit ipsum scire et parvi pendere: tunc iudex ecclesiasticus poterit publice et libere de adulterio tractare, et poenam imponere. Si vero delictum non est publicum aut marito ignotum esse creditur, periculumque exinde timeri possit uxori: tunc consulerem clericum de hoc delicto convictum vel confessum, camerario processu, et familiari disciplina corrigendum, relegandumque, sine expressione causæ in sententia. Quando vero correctio sic secreta facta fuerit et relegatio generalis, hortor omnes metropolitanos Iudices, ut ab inferioribus secreta causam requirant, ne ex hoc delictum in publicum veniat: sufficiat illis, quod iudex inferior iuste processerit, licet propter secreti cautelam, aliquas iuris solemnitates prætermiserit. Aliter enim si omnia stricte requirant, nihil aliud efficient, nisi Iudices ipsos inferiores cogere ad dissimulandum, vel propalandum adulteria similia ipsosque adulteros reddent insolentiores, cum intellexerint quod Iudices sui immediati illos punire recusant, propter exactam rationem quam ab ipsis requirunt sui superiores»: Díaz de Lugo, *Practica*, cit., p.396. Nel 1760, siffatta «potestà economica» sarà espressamente riconosciuta al Tribunale del Vicario: Bonacchi, *Legge e peccato*, cit., p.153.

⁴⁶ Dà scandalo «qui dicto, vel facto, occasionem ruinæ dederit»: Tommaso d'Aquino, *Summa totius theologiæ*, cit., *Secunda Secundæ*, q.43, art.1, p.262. «Scandalum activum semper est peccatum in eo, qui scandalizat: quia vel ipsum opus quod fecit est peccatum, vel etiam si habeat speciem peccati, dimittendum est semper propter proximi charitatem, ex qua unusquisque tenetur salutem proximi providere: et sic qui non dimittit, contra charitatem agit»: Id., *Summa totius theologiæ*, cit., *Secunda Secundæ*, q.43, art.2, p.263. «Materia est valde utilis. Notandum est quod scandalum proprie est alteri præbere occasionem peccandi, sicut si malo exemplo alios inducat ad peccandum»: de Vitoria, *Comentarios a la Secunda Secundæ*, II. De caritate et prudentia, Salamanca 1932, q.43, art.1, p.302. Col Caetano, *Secunda Secundæ*, cit., super quæstionem XLIII, p.200 potremmo anche sottilizzare, specificando che non c'è *peccatum scandali* se manca l'intenzione di provocare l'altrui nocumento spirituale («verba hæc intelliguntur formaliter, proprie loquendo de scandalo, ut est speciale peccatum; ita quod aliud est inducere ad consensum in hoc, vel in illo actu: et aliud est inducere ad peccatum. Qui enim provocat, et inducit aliquem ad consensum fornicationis, furtis, adulterij et huiusmodi, ut consentiens incurrat malum culpæ, hic proprie peccat peccato scandali: quia intendit recte nocumento animæ, cuius oppositum directe intendit correctio fraterna (...) Qui autem provocat, vel inducit, ut impleatur voluntas sua, vel alterius, et breviter non propter hunc finem, ut incurrat malum culpæ, non scandali peccato speciali peccat»); ma si tratta di una finezza teologica, che non produce effetti sul piano canonistico. A fini giuridici, ci si contenta dell'oggettività dello scandalo. La pubblicità del processo, divulgando un crimine occulto, può indurre altri alla stessa trasgressione; può suscitare le ire dei fedeli; può gettare discredito sulle gerarchie. Tutti mali da evitare tramite procedure segrete. Sullo *scandalum* nei teologi cinquecenteschi, cfr. Lavenia, *L'infamia*, cit., pp.124-129.

non a caso, Pietro Follerio non la contesta perché troppo mite, ma perché troppo invasiva⁴⁷. Lo Spagnolo consiglia di sorvegliare attentamente frequentazioni e coabitazioni: l'eccesso di tolleranza porta infatti a mali maggiori, e nell'incuria dei vescovi saranno direttamente i mariti a farsi giustizia da sé. Il sangue di tre sacerdoti, uccisi nello spazio di soli otto mesi dal figlio di una vedova e da due mariti, dev'essere un monito per tutti. Era il 1537: le vendette – consumate a poca distanza da Valladolid, residenza di Carlo V – sono state salutate dal plauso popolare, non senza la tacita approvazione dei magistrati civili, che si guardarono bene dall'intervenire⁴⁸. Se manifesti, adulteri e stupri vanno puniti in modo esemplare. Altrimenti – non potendo provvedere lo Stato – ci penserà la comunità: protagonista silente della giustizia medievale e moderna, che è stata turbata ed esige vendetta.

Nelle corti ecclesiastiche, lo schema procedurale esaminato nel paragrafo precedente subisce alcuni adattamenti. Come previsto per l'*accusatio*, anche l'*inquisitio* dev'essere preceduta da una doppia *monitio*. Se il reo è consacrato, bisognerà intimargli sia di non persistere nell'adulterio sia di non oltraggiare il ministero⁴⁹. La pratica, espressamente sancita dal capitolo *Novit* (X.3.2.3), è semplicemente inapplicabile alle corti secolari, «quia nemo umquam caperetur»⁵⁰. Incappato nella scomunica, il reo dovrà scontare una penitenza prima di essere assolto. Ma mentre ai laici è imposta l'abiura dell'amante, i consacrati ne sono esenti, ond'evitare il pericolo dello spergiuro⁵¹. Se il fatto è manifesto, sia la penitenza che l'abiura vanno compiute in pubblico per mondare lo scandalo; se il reato è occulto, è possibile una penitenza privata e un'abiura *de levi*⁵². Da questo punto di vista, in realtà, il processo canonico si mostra molto flessibile: qualora si mostrino collaborativi, sono applicate procedure e sanzioni discrete, tali da non macchiarne l'onore⁵³; viceversa, l'ostinazione può determinare un inasprimento delle sanzioni⁵⁴. Nonostante sia nata nei fori ecclesiastici, è proprio qui che la procedura inquisitoria subisce continue trasformazioni: il perseguimento dell'obiettivo legittimo esiti differenziati.

3. Le corti secolari: il problema della procedibilità ex officio

⁴⁷ «Modifica ut non procedat iudex ex officio, etiam camerario processu, si adulterium est occultum». L'unica possibilità di procedere, in caso di adulterio occulto, resterebbe l'accusa *ex suspicione* del marito: Follerio, *Canonica Criminalis Praxis*, cit., pars II, cap.19, n.13, p.223.

⁴⁸ Díaz de Lugo, *Practica*, cit., p.397.

⁴⁹ Follerio, *Canonica Criminalis Praxis*, cit., pars II, cap.19, n.13, p.223.

⁵⁰ Bossi, *Tractatus*, cit., fol.30A: «si practicam attendamus, hoc ridiculum esset».

⁵¹ Per i laici, cfr. il capitolo *Cum haberet* (X.4.7.5); per i consacrati, cfr. il capitolo *Clericos* (X.3.2.3). Cfr. Abbas, *Commentaria*, cit., t.VII, super *Quintum librum Decretalium*, rub. de adulteriis et stupro, c.intelleximus, n.2, fol.218B; Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.443.

⁵² Sulle diverse modalità di abiura, cfr. Tedeschi, *Il giudice*, cit., p.120.

⁵³ Bellabarba, *I processi*, cit., pp.212-213. Il caso esaminato da Laura Turchi mostra l'adozione – da parte dei tribunali vescovili – di forme processuali esili e segrete, in buona parte modellate sull'esempio dell'Inquisizione romana, imperniata su deleghe, confessioni, esami in luoghi appartati in modo da «contenere l'onta del tradimento»: Turchi, *Adulterio onere della prova e testimonianza*. In margine a un processo correggese di età tridentina, in Seidel Menchi – Quagliani (curr.), *Trasgressioni*, cit., p.307.

⁵⁴ E così, in caso di relazione stabile concubinaria o adulterina, per i chierici sarà possibile arrivare finanche alla deposizione: X.3.2.4 e X.3.2.6.

Consideriamo adesso le corti secolari. La questione di fondo non è la possibilità di ricorrere a metodi e sequenze dell'*inquisitio* – ché le ibridazioni correnti permettono un uso disinvolto dei riti – ma l'idoneità o meno dei vari *preambula* ad attivare il processo senza impulso del privato. Nel Cinquecento, la criminalistica è solita ripetere che «de consuetudine regulariter in omnibus casibus potest iudex per viam inquisitionis procedere»⁵⁵. È Claro l'alfiere di questa soluzione, valida sia per i delitti pubblici che per quelli privati; a ben vedere, però, si trova già teorizzata nell'opera del suo predecessore Bossi⁵⁶. Più cauto Damhouder, che condiziona la procedibilità *ex officio* alla presenza di un «crimen magnum, inquisitione dignum»: tra questi, il giurista belga annovera senz'altro l'adulterio, forse lo stupro⁵⁷. Detta così, sembra proprio che quella pubblicità negata sul piano dello *ius accusandi* rientri tramite un'*inquisitio* indiscriminata. C'è un contrasto logico tra l'esclusione del *quivis de populo* e l'espansione dei poteri d'ufficio. Le restrizioni poste all'iniziativa processuale interessano solo i privati o legano le mani anche al giudice?

Integrando le vecchie Costituzioni egidiane, il legato Gabriele Condulmer introduce un capitolo ov'è prevista espressamente la procedibilità *ex officio* «contra infamatum de adulterio, si publica laborat infamia»⁵⁸. Qualche statuto viene emendato per chiarire il dubbio e consentire l'avvio su iniziativa della corte⁵⁹; sollecitudine piuttosto diffusa quanto si tratta di regolare lo *stuprum cum vi*⁶⁰. L'ordinamento civile sembra appropriarsi del modello canonico, con un considerevole adattamento: questi statuti non fanno riferimento alla soglia del *manifestum*, quindi se ne desume – in presenza dei *preambula* – la facoltà d'indagare persino sugli *occulta*. Nel Regno di Napoli il problema si pone con una certa urgenza, giacché la lettera arbitraria *Ne tuorum* permette l'*inquisitio* ogniqualvolta vi fossero reati passibili di morte civile o naturale, o se il soggetto passivo fosse vedova, orfano o ecclesiastico⁶¹. Non sfugge ai criminalisti moderni che stupro violento e adulterio rientrino nell'ambito di applicazione della lettera: per essi, infatti, il *Liber Augustalis* aveva comminato la *poena sanguinis*. Ci si trova, dunque, in una fattispecie *contra ius commune*,

⁵⁵ Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.V, n.2, fol.106A.

⁵⁶ «Omni casu officiales possint inquirere»: Bossi, *Tractatus*, cit., fol.24.

⁵⁷ «Putæ læsæ Maiestatis, Homicidij, Sodomix, Simonix, Adulterij, Periurij, Incestus, Raptus, Furti, et huiusmodi»: de Damhouder, *Praxis*, cit., cap.VIII, n.6, fol.5A. Cfr. Corradi, *Prætorium*, cit., lib.I, cap.IX, par.III, de inquisitione, n.39, p.258 e lib.I, cap.IX, par.III, de adulterio, n.12, p.381; de Rubeis, *Tractatus*, cit., cap.XI, n.1, pp.50-51.

⁵⁸ *Constitutiones Marchix Anconitanæ*, 4.70: «Item publica adulteria poenarum adiectione coercere volentes, et declarantes constitutiones in libro quarto, De raptu mulierum, adijcimus ut contra infamatum de adulterio, si publica laborat infamia, etiam procedi valeat ex officio». Cfr. l'*additio* n.30 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.Adulterium, fol.8A. Il Veneziano fu governatore della Marca tra il 1417 e il 1431, poi papa col nome di Eugenio IV fino al 1447.

⁵⁹ Così Statuti di Aspra, 1.18. La norma del 1580, in materia di adulterio e ratto, va a modificare la disposizione del 1397 che limitava l'azione ai soli congiunti. Nel suo piccolo, il caso sabino testimonia il processo d'inasprimento tipico dell'epoca: le novità volute dal signore Onorio Savelli non interessano il solo regime processuale, ma anche la risposta sanzionatoria. Cfr. Esposito, *Adulterio, concubinato, bigamia: testimonianze dalla normativa statutaria dello Stato pontificio (secoli XIII-XVI)*, in Seidel Menchi – Quaglioni (curr.), *Trasgressioni*, cit., p.31.

⁶⁰ Che turba in modo particolarmente grave la pace sociale. Per Bologna cfr. Niccoli, *Rinuncia, pace, perdono. Ritualità di pacificazione della prima età moderna*, in *Studi storici*, XL (1999), n.1, p.226; per la Toscana cfr. Arrivo, *Seduzioni*, cit., p.62.

⁶¹ Il testo della *Ne tuorum* è cit. in Pescione, *Corti di giustizia*, cit., pp.357-358, n.1.

perché opposta alla *lex Quamvis*? Di fronte alla questione, Roberto Maranta parla di «pulchrum dubium»⁶². Qualche decennio prima, il Sacro Regio Consiglio aveva sostenuto che, salvo il caso di notorio, «de adulterio non possit inquiri ex officio sine accusatore»⁶³. Matteo d’Afflitto, nel 1517, non dubita che l’azione d’ufficio sia affare delle corti ecclesiastiche, non di quelle laiche⁶⁴. Ma nel 1525 Maranta, pur citando questa opinione, è pronto a ribaltarla: la *Ne tuorum* non lascia adito a dubbi, ed ammette l’*inquisitio* ogniqualvolta ricorra uno dei soliti *preambula*⁶⁵. Nella già citata *decisio XXXI*, Tommaso Grammatico riprende la stessa argomentazione, sostenendo che in questi reati «procedi potest ex officio sine accusatore»⁶⁶.

Davvero il giudice secolare è tanto invasivo da attivarsi ogniqualvolta ricorrano i *preambula*? In realtà, una pubblicizzazione tanto marcata, tale da minare l’intimità familiare, non può essere facilmente accettata. Gli esempi appena citati costituiscono un’eccezione: casi isolati che non descrivono una tendenza. Il quadro generale è diverso. Carpzov conosce l’opinione di quanti estendono il «remedium inquisitionis (...) ad omnia

⁶² Maranta, *Speculum*, cit., fol.89B.

⁶³ D’Afflitto, *Decisionum Sacri Regi Neapolitani Consilii*, Francofurti ad Moenum 1616, dec.176, n.2, p.235.

⁶⁴ D’Afflitto, *In utriusque Siciliae*, cit., secunda pars, lib.III, rubr.XLII, n.10, fol.173B: «quando frequens fama laborat contra adulterum, tunc illa fama succedit loco accusatoris: sed loquitur in episcopo, non in iudice seculari». Quest’ultimo, infatti, «nemine a principio accusante adulterium, non puto, quod possit ex officio per viam inquisitionis procedi, nec contra adultera, nec contra adulterum, ne foedentur connubia».

⁶⁵ «In regnum est litera arbitraria *Ne tuorum*, quia cavetur, quod iudex potest inquirere de omnibus criminibus irrogantibus poenam mortis naturalis vel civilis, vel membri abscissionis, unde is qui haberet concessionem literarum arbitralium, posset in regno inquirere de adulterij: cum pro eo sit poena mortis»: Maranta, *Speculum*, cit., fol.89B; ma la questione è adombrata anche ai foll.83A e 90B.

⁶⁶ Grammatico, *Decisiones*, cit., dec.XXXI, nn.3 e 6, fol.35. In realtà, sia il discorso di Maranta che quello di Grammatico appaiono più come posizioni di principio che come prassi effettive: la stessa etichetta di «pulchrum dubium» adoperata dal Venosino lascia pensare ad un’esercitazione teorica. A legger bene la *decisio* di Grammatico, poi, ci si accorge che sussistevano ragioni ben più fondate per procedere contro l’adultera. Nel caso di specie, infatti, il marito aveva presentato un’accusa contro la moglie, salvo poi ritirarla. Nel frattempo, però, il processo era cominciato e la donna, già scoperta in flagranza, aveva persino confessato. La soluzione, insomma, non dipende da questa interpretazione *contra ius*. Per sostenere la prosecuzione del giudizio, Grammatico introduce la *Ne tuorum*: ma si tratta di un argomento *ad abundantiam*, tra tutti il meno forte. Il caso, in fondo, sarebbe stato deciso allo stesso modo anche in virtù della vecchia prassi: perché, allora, la giurisprudenza meridionale torna sul punto sino a mettere in discussione Matteo d’Afflitto, il suo più illustre maestro? C’è un interesse pratico sotteso: una questione di potere ma, soprattutto, di denaro. La lettera arbitraria in questione, fonte di legittimazione per l’*inquisitio* in tutti i reati capitali, riguarda solo determinati beneficiati: la Magna Curia stessa – cui era originariamente indirizzata – e i baroni. Dal Parlamento di San Lorenzo (1443) in poi, i feudatari acquistano il mero e misto impero, cominciando a godere in modo automatico di un pacchetto di *arbitria* che non spettano, di regola, ai presidi provinciali (ed infatti Maranta specifica che solo «is qui haberet concessio literarum arbitralium, posset in regno inquirere de crimine adulterij»: Maranta, *Speculum*, cit., fol.89B). Giova ricordare che la lettera arbitraria immediatamente successiva alla *Ne tuorum*, la *Exercere volentes benigne*, sancisce la piena facoltà di *transactio* e *compositio*, mutando le pene fisiche in pecuniare: cfr. Pescione, *Corti di giustizia*, cit., p.358-359; Alessi, *I patti della giustizia*, cit., pp.311-312. Per le finanze dei baroni, l’amministrazione della giustizia rappresentava una risorsa strategica: logico che il combinato delle due lettere apra interessanti prospettive di guadagno. Quanto più è possibile *procedere ex officio*, tanto più le casse dei feudatari si arricchiscono. La situazione napoletana, quindi, risulta ambigua: da una parte abbiamo una corte centrale che, insieme ai baroni, rivendica la facoltà di penetrare nelle relazioni di coppia in nome di speciali poteri inquisitori; dall’altra c’è la giustizia provinciale, che resta inchiodata alla condizione della previa *accusatio*. Le Regie Udienze, pur essendo articolazioni dirette dello Stato, dispongono di un potere meno invasivo di quello assegnato alle – criticatissime – corti feudali.

indifferenter delicta», ma da parte sua si mostra scettico⁶⁷. Per tracciare una regola comune nel frastagliato panorama continentale bisogna affidarsi a Farinacci che, riassumendo le posizioni, indica l'orientamento più diffuso: non è possibile attivare il processo su impulso del giudice, a meno che non si configuri il notorio⁶⁸. Pertanto, la consuetudine che ha reso ordinario il processo inquisitorio «non habeat locum in casibus in quibus certis personis tantum data facultas accusandi»⁶⁹. Il conflitto tra regola generale – sull'*inquisitio* – e regola speciale – sullo *ius accusandi* nei due reati – va risolto privilegiando un'interpretazione più mite, nell'interesse privato⁷⁰. L'impulso dei legittimati è quindi una vera e propria condizione di procedibilità che s'impone anche al giudice⁷¹. Le corti secolari, in definitiva, sono abilitate a conoscere questi delitti solo in presenza di *accusatio* (o *querela*) e di

⁶⁷ Richiamando l'*Ordinatio politica* (1612), ricorda come in Sassonia il giudice può attivarsi solo «in delictis manifestis, majoribus et scandalosis» nei quali «reipublicæ tranquillitas offenditur». Come sappiamo, adulterio e stupro possono rientrare in questa definizione generale, perché ledono la società: e tuttavia il riferimento al manifesto e allo scandalo introduce un limite sostanzioso, mutuato dal diritto canonico. Il giudice non può mettersi alla ricerca di crimini occulti che non generano turbamento nella comunità: né mancano negli ordinamenti del tempo rimedi contro l'*abusus inquisitionis*: Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CVII, nn.18-26, pp.50-51.

⁶⁸ Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXI, nn.41-45, pp.468-469. Sul notorio come eccezione al divieto di *inquisitio* in caso di adulterio, cfr. Garoni, *Observationes*, cit., in tit. de poenis, art.32, n.7, p.129.

⁶⁹ Garoni, *Observationes*, cit., in tit. de poenis, art.32, n.5, p.129. Lo stesso discorso vale anche quando è la legislazione a stabilire in via generale la *potestas inquirendi de omnibus delictis*. «Si statutum permetteret Iudici inquirere, et punire de omnibus delictis, non intelligitur quod permittat inquire de adulterio, constante matrimonio»: *additio* n.9 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par. Adulterium, fol.7A. È l'ipotesi sulla quale si era espresso Raffaele Fulgosio: è vero che lo statuto attribuisce al giudice la *potestas inquirendi*, ma quella «clausola generalis non referur ad eas species, in quibus minor ratio est, quam in expressis (...) Maiorem autem esse rationem in causa adulterij vetandæ huius inquisitionis nemo est qui non intelligat». Pertanto «non possit ad eam inquisitionem procedi, quoniam certis tantum personis persecutio criminis est concessa tam ex iure romano (...) quam etiam ex iure civitatis». Fulgosio, *Consilia*, cit., cons.CXXXV, n.1, fol.195B.

⁷⁰ «Quod dictum de generali consuetudine in contrarium, responderi potest, quod non procedit in casibus, in quibus lex speciali ratione estranei persecutionem vetat» anche perché «omnis regula fallere debeat quando æquitas suadet»: Caballo, *Resolutiones*, cit., cent.II, casus CXIV, n.13, p.207. Marchisello, *Alieni thori violatio*, cit., pp.170-171 chiama in causa questa pagina di Caballo per dimostrare l'affermazione totale dell'*inquisitio*: il giurista toscano non starebbe descrivendo ciò che è, ma ciò che era e dovrebbe essere. Si tratterebbe, allora, di difendere un potere di scelta che il privato ha ormai perduto. Alla luce di quanto detto, questa lettura di Marchisello non convince: legislazione e dottrina testimoniano una situazione abbastanza diversa.

⁷¹ Tale la considera anche un campione dell'inquisitorio come Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.XVII, n.4, fol.126A. «Iudex non potest ex officio inquirere mulierem sine accusatione viri»: Toschi, *Practicarum*, cit., I, concl.226, n.27, p.111. «Adulterium non potest in iudicium deduci per viam inquisitionis, et ex officio: cum illius delatio competat tantum a quibusdam personis»: Savelli, *Summa*, cit., I, par. Adulterium, n.3, p.89. «Nell'adulterio non si possa procedere per inquisizione ex officio, ma solo a doglianza di quelli, a' quali compete il jus di querelare» scrive, con riferimento alla prassi toscana, Savelli, *Practica Universale*, cit., par. Adulterio, n.4, p.26. Chiari gli Statuti di Roma, 2.50: «In eisdem vero casibus procedi non possit, nisi per accusationem ab eis factam, quibus accusari permittitur, vide licet a viro, patre, filio et germano fratre mulieris». Come ricorda Papon, *Recueil d'arrests*, cit., lib.XXIV, tit.II, ar.VI, p.1307 la giurisprudenza francese concorda nell'escludere la perseguibilità d'ufficio: «En France, si le mary ne se plaint point: il n'est permis à personne, non pass aux gens du Roy (...) d'accuser et poursuiure ladicte femme adultere». Lo stesso vale per lo stupro, laddove l'accusa è riservata al padre. In entrambi i reati, perciò, l'iniziativa di «officiarij Regij, syndici villæ ed episcoporum fiscales» s'intende rigorosamente preclusa. La questione è già affrontata con due arresti del Parlamento di Parigi (1336 e 1388), categorici nell'inibire ai vescovi qualunque azione *invito marito*: de Bohier, *Decisiones*, cit., dec.CCXCVII, nn.16 e 19, pp.625-626. Evidentemente, si tratta anche di una ghiotta occasione per affermare la supremazia sulla giustizia diocesana di quel Parlamento («che aveva nel suo seno anche membri del clero e si riteneva dunque legittimato ad agire anche come corte ecclesiastica»: Padoa Schioppa, *Storia del diritto*, cit., p.234).

notorium (o *flagrantia*). Si tratta di due requisiti stringenti, tali da escludere tutti gli altri *preambula*.

Il processo di espansione dell'*inquisitio*, per questi reati, si è arrestato a metà del guado. Lì dove la sperimentazione repressiva s'era spinta oltre, ben presto le autorità hanno dovuto compiere una brusca retromarcia per riallinearsi alla *communis opinio*. Il precoce caso avignonese⁷², non meno delle *Reichspolizeiordnungen* tedesche⁷³, dimostra un ripensamento significativo. Resta un paradosso: nei delitti in esame è più facile arrivare al rito inquisitorio tramite istanza di parte che non per mezzo dei *preambula inquisitionis*⁷⁴. Un solo grimaldello è capace di far saltare l'ermetica difesa che la famiglia ha saputo costruire intorno ad adulterio e stupro: quello del lenocinio. Se sorge il dubbio che il tradimento – o la deflorazione – sia avvenuto per *turpis questus*, il giudice è tenuto senz'altro a intervenire⁷⁵. Con la stessa chiarezza, la *Nueva Recopilación* stabiliva l'obbligo di procedere «contra los maridos, que consienten estar sus mugeres amancebadas»⁷⁶.

⁷² Ad Avignone, gli ufficiali pubblici potevano entrare discrezionalmente nelle abitazioni per indagare sulla consumazione di delitti carnali. Ma nel 1466 Paolo II condizionò tali indagini alla richiesta scritta di congiunti o vicini. «Il sovrano pontefice ratificava una situazione che si sapeva simile in molte altre città; la popolazione maschile dei gruppi territoriali si vedeva così riconoscere il diritto di definire le proprie pratiche sociali»: Rossiaud, *Il cittadino*, cit., pp.176-177. Cfr. Chiffolleau, *Les Justices du pape: délinquance et criminalité dans la région d'Avignon au XIV siècle*, Paris 1984.

⁷³ Se la *Reichspolizeiordnung* del 1538 riconosce i poteri *ex officio* per i delitti carnali, quelle del 1548 e del 1577 fanno un passo indietro, limitandosi a stabilire un intervento pubblico in caso di adulteri scandalosi: Bellabarba, *I processi*, cit., pp.198 e 205. Soluzione già adottata, nel 1507, dalla *Bambergensis*: Witte, *Diritto e Protestantesimo*, cit., p.283.

⁷⁴ Arrivo, *Seduzioni*, cit., pp.84-85 e 105 ha ben descritto la prassi toscana del sec.XVIII relativa ai processi per *stuprum sine vi*. Benché desunta da carte processuali posteriori all'epoca in esame, è ragionevole immaginare un andamento più o meno simile anche nei secoli precedenti. Agli occhi del giurista, la procedura delineata dalla studiosa è un perfetto esempio di ibridazione tra *accusatio* e *inquisitio*. La causa non comincia senza la previa querela di parte, talora scritta, più spesso orale. Questo impulso privato, però, si declina in termini inquisitori: la querela è sporta nelle mani di un cancelliere, non direttamente alla controparte. Segue un giuramento circa la veridicità delle successive affermazioni, che è un tipico elemento accusatorio. I fascicoli processuali mostrano che, invitati a raccontare, i querelanti si attengono a una ricostruzione piuttosto stereotipata dei fatti. Il cancelliere, che agisce in qualità di giudice delegato all'inquisizione generale, può interrogare la parte, che successivamente viene sottoposta a una visita da parte di due ostetriche (che ne verificano la verginità o l'eventuale gravidanza). In seguito, vengono ascoltati i testimoni nominati dall'accusa. Se i primi indizi si mostrano fondati, il cancelliere procede alla citazione del querelato. Com'è tipico dei processi inquisitori, gli si domanda se conosca il motivo per cui è stato chiamato, dopodiché si provvede ad interrogarlo. L'uso della custodia in carcere può accelerare i tempi di un'eventuale confessione, ma non di rado si ricorre a un esame incrociato delle parti. Solo in seguito, si provvede a formare la *charta* e si apre la fase ripetitiva, su cui l'Autrice non si sofferma: la maggior parte delle controversie analizzate, infatti, s'interrompe prima dell'espletamento dell'intera procedura, per il sopravvenire di un accordo tra le parti (altra reliquia accusatoria di straordinaria importanza).

⁷⁵ I lenoni sono «devastatores castitatis, unde iudex potest illos de civitate expellere et punire»: Maranta, *Speculum*, cit., p.89B. La procedibilità d'ufficio, d'altro canto, era già prevista da Nov.14.1.

⁷⁶ *Nueva Recopilación*, 8.19.2. Cfr. Alonso Romero, *El proceso penal*, cit., p.188. La disposizione, tratta da una prammatica dei Re Cattolici risalente al 1491, dichiarava che «ninguna muger casada puede decirse manceba de Clerigo» e – coerentemente col regime dell'adulterio – «la tal muger casada no pueda ser demandada en juicio, ni fuera de èl, salvo si su marido la quisiere acusar» (nel caso in cui la concubina fosse nubile, invece, «qualquier la pueda acusar»: *Nueva Recopilación*, 8.19.1). Proprio per evitare vergognose connivenze, la norma introduce la possibilità di perseguire il marito. «I porque se dice que algunos casados consienten i dan lugar ques sus mugeres estèn publicamente en aquel pecado con Clergos, mandamos a las

4. “*Quia nulla tergiversatione celari possunt*”: notorio e flagranza come pregiudizio sociale

In questo sistema giurisprudenziale, la dimensione dell'*extraordinarium* è tanto fluida quanto vitale. Proprio il consolidamento dell'*inquisitio* – e la sua trasformazione in rimedio ordinario – determina lo sviluppo di una nuova frontiera, lì dove la rigidità delle forme (che nel rito *ex officio* non mancano affatto) subisce profonde deroghe⁷⁷. L'economia processuale, in caso di fattispecie concrete particolarmente semplici, può far sì che il giudizio sia ridotto all'osso. E se il Cinquecento segna senz'altro la moltiplicazione delle procedure sommarie⁷⁸, bisogna però rilevare che la loro origine risale almeno alla seconda metà del Duecento, quando Guglielmo Durante e Alberto Gandino misero a fuoco il concetto di *notorium*⁷⁹: un fatto talmente palese da rendere superfluo qualsiasi accertamento. Ad esso è equiparata la *flagrantia*. Quando la criminalistica moderna torna sul punto, ne ricostruisce gli effetti processuali sfruttando il dettato delle clementine *Sæpe contigit* (1306) e *Dispendiosam* (1311)⁸⁰. Fonti non solo successive alla categorizzazione

nuestras Justicias que cada i quando esto supieren, llamadas, i oidas las tale personas, i condenadas, como dicho es, executen en ellos las penas, en que hallaren que segun derecho han incurrido». La disposizione successiva permette di comprendere meglio il contesto nel quale si verificano questi casi di concubinato con donne coniugate. Frequentemente, i chierici «aviendo tenido (...) algunas mugeres por mancebas publicas, despues, por encubrir el delito, las casan con sus criados»: in questo caso, i giudici devono trattare le donne non come adultere, ma come concubine *solutæ*. Cosa che ha immediate ricadute sul piano dell'*accusatio*: «mandamos (...) que las nuestras Justicias, avida information dello, punen, i castiguen las tales mugeres (...) bien assi como si las tales mugeres no fuessen casadas; i aunque sus maridos no las acusen, i digan que no quiete que las dichas Justicias las castiguen»: Nueva Recopilación, 8.19.3. Al di là di questa eccezione, però, anche il diritto castigliano nega al giudice la facoltà di attivare il processo: così la gl. *Tan negligente ad Partidas*, 7.17.2.

⁷⁷ «L'*extraordinarium* (...) non sta per sé ma sempre in relazione ad un altro concetto, l'*ordinarium*, di cui tende a ricoprire le carenze (...) Queste novità (...) acquisiscono una progressiva stabilizzazione perdendo nel tempo il carattere della eccezionalità (...) Il processo inquisitorio nasce come straordinario e diventa, (...) anche nella percezione dei giuristi, ordinario. Il vecchio processo accusatorio non viene mai abrogato. Questo indica che la regolarizzazione è un metodo di strutturazione progressivo: al livello dell'*ordinarium* si sovrappone un secondo *extraordinarium* che lo innova; su questo poi si stratifica un ulteriore livello di straordinarietà che innova il precedente ormai regolarizzato»: così delinea il fenomeno Meccarelli, *Arbitrium*, cit., pp.365-376 (le cit. sono a pp.365, 367 e 369).

⁷⁸ Lacchè, *Ordo non servatus*, cit., p.377.

⁷⁹ «Graziano si era limitato a contrapporre delitti occulti a delitti manifesti a più persone: nel *Decretum* i concetti di fama, *manifestum*, *publicum* e *notorium* appaiono ancora promiscui. Cosa evidente in *Decr. C.II, q.I, c.17* dove'è scritto: “de manifesta et nota plurimis non sunt querendi testes”. In questo frammento, il monaco collega al concetto di manifesto gli effetti che saranno tipici del notorio, che nel *Liber Extra* si comincerà a delineare con maggior chiarezza. Ma è l'opera dei postaccursiani a puntualizzare le categorie, ben consapevoli della loro assoluta novità rispetto alle fonti romane»: Ghisalberti, *La teoria del notorio*, cit., pp.404-406 e 410.

⁸⁰ *Clem. 5.11.2; Clem. 2.1.2*. «Corretta dunque una ossificata opinione storiografica che ha ricondotto la genesi del processo sommario alla emanazione (...) di due decretali del Pontefice Clemente V (...) rimane assodato che queste due disposizioni abbiano assolto a una funzione dichiarativa e sistematizzante del rito in oggetto»: Sarti, *Il rito sommario nell'esperienza del diritto comune: un processo non solo breve*, in Cavina (cur.), *Il processo breve. L'aspirazione alla brevità del processo penale tra storia e attualità*, Bologna 2012, p.15. Sulle due clementine e sul processo sommario: Lattes, *Il processo sommario o planario negli statuti*, in Id., *Studi di diritto statutario*, I, Milano 1877, pp.50-52; Pertile, *Storia*, cit., V, pp.114-139; Salvioli, *Storia della procedura*, cit., parte II, pp.327-348; Lefebvre, *Les origines romaines de la procédure sommaire, aux XII et XIII siècles*, in *Ephemerides iuris canonici*, XII (1956), pp.149-197; Kuttner, *The date of constitution*

del notorio, ma ad esso contenutisticamente estranee: stabilivano in alcune materie – tra cui le cause civili matrimoniali – la possibilità di procedere *simpliciter, de plano, sine strepitu advocatorum et figura iudicii*. Il presupposto, qui, è la semplicità della questione di diritto, non di quella di fatto. Inoltre, mentre notorio e flagranza – stando alla lettera delle decretali più antiche – non prevedevano alcuna attività processuale (tutto il giudizio si concentrava nella condanna), la procedura prevista da Clemente V abbreviava i tempi senza obliterare citazione, giuramento di calunnia, passaggi probatori e difensivi.

L'uso delle clementine per giustificare qualunque tipo di procedimento sommario appare certamente strumentale, ma è coerente col modo d'agire dei nostri giuristi. Il frammento di autorità, estratto da un contesto ben preciso, diventa regola d'arte per costruire un edificio più grande, che col primo può avere ben poco in comune. Dietro questo florilegio, però, è possibile leggere un'operazione di ampio respiro: i criminalisti del Cinquecento difendono un minimo di garanzie che le originarie disposizioni su notorio e flagranza negavano categoricamente⁸¹. Si tratta di un recupero importante: la dottrina del tempo ripete che la difesa – che non si nega nemmeno al diavolo⁸² – costituisce diritto naturale, tanto che il legislatore non può eliminarla del tutto.

La scienza giuridica aveva da tempo enucleato tre tipologie di notorio: il *notorium facti*, il *notorium iuris* e il *notorium præsumptionis*⁸³. Nel primo caso si ha un'*evidentia rei* tale che l'autore non può nemmeno negare: la *famosa insinuatō* inchioda il responsabile, rendendo superfluo qualsivoglia accertamento giudiziale⁸⁴. Se essa nasce dalla comunità ed esprime il giudizio popolare, le altre due forme, invece, sono frutto di una valutazione da parte dell'ordinamento. Il *notorium iuris* è quello che scaturisce da un'attività processuale: confessione, prova chiara, sentenza irrevocabile⁸⁵. Il *notorium præsumptionis*, a ben vedere, si pone a metà strada: pur non essendo un dato sociale giuridicamente apprezzato,

Sæpe, in *Mélanges Eugène Tisserant*, Città del Vaticano 1964, pp.427-450; Lacchè, *Latrocinium. Giustizia, scienza penale e repressione del banditismo in Antico regime*, Milano 1988, p.245; Cortese, *Il diritto*, cit., pp.372-373; Marchisello, *Ordinata celeritas: il rito sommario nel Trecento tra lex e interpretatio*, in Bonacini – Sarti (curr.), *Diritto particolare e modelli universali nella giurisdizione mercantile (secc.XIV-XVI)*, Bologna 2008, pp.13-43. Sulla funzione delle *clausolæ diminuentes iuris ordinem* in relazione all'*arbitrium in procedendo*, cfr. Meccarelli, *Arbitrium*, cit., pp.255-306 (circa il rapporto con i processi sommari, in particolare le pp.292-299).

⁸¹ «Excessus notorius examinatione non indiget»: X.1.6.23; ma cfr. pure *Decr.* CII, q.I, c.17, X.2.21.3, X.4.13.3, X.5.1.9 e X.2.24.21. Sul ruolo dei giuristi, custodi del *minimum* formale: Ghisalberti, *La teoria del notorio*, cit., pp.441-446; Lacchè, *Ordo non servatus*, cit., pp.383-384.

⁸² Secondo l'adagio riportato da Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXXIV, n.4, p.211.

⁸³ Cfr. Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.571; Follerio, *Practica criminalis, secunda pars secundæ partis*, rubr.Item quod est notorius delinquens, n.11, p.199. L'individuazione delle tre specie va fatta risalire già al 1207, con la decretale *Quum olim* di Innocenzo III (X.5.40.24). Cfr. Ghisalberti, *La teoria del notorio*, cit., pp.419-420.

⁸⁴ «Notorium facti potest diffiniri ut dicatur, publica, famosa, et communis insinuatō, proveniens ex evidentia, quæ nulla potest tergiversatione celari»: Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.573. «Notorium vero facti est finita, et communiter indubitata probatio immediata ex natura facti, vel rei continuæ, vel interpolatæ, aut momentaneæ se oculis hominum aut maioris partis, ita exhibens, ut nulla possit tergiversatione celari, aut negari, ut pote cuius universus populus aut maior pars testis posse»: Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.XXI, n.11, p.277.

⁸⁵ «Notorium iuris est, probatio finita per medium in iure facta, aut facto iudicialiter discussa»: Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.XXI, n.10, p.277. Cfr. de Damhouder, *Praxis*, cit., cap.XI, n.12, fol.7A.

ma un dato precipuamente giuridico, è un *prius* rispetto all'attività di accertamento: è dunque un'*evidentia iuris vehementer præsumpta*⁸⁶. Le prime due forme, sin dalle Decretali, sono state associate ai *delicta carnis*, e in particolare al concubinato dei chierici⁸⁷. Il nesso non deve stupire: le trasgressioni sessuali sono idonee a generare uno scandalo che grida immediata vendetta.

Notorium iuris e *notorium præsumptionis* rivestono un'estrema rilevanza sul piano probatorio, ma hanno minore impatto in merito alla determinazione della *via procedendi*⁸⁸. Viceversa, il *notorium facti* si pone come preambolo di un procedimento sommario d'ufficio. Esso può persino fondarsi su un precetto di diritto divino: il fornicatore di Corinto era stato scomunicato perché reo di concubinato adulterino con la moglie del padre. San Paolo aveva espulso l'uomo dalla comunità di propria iniziativa e senz'alcuna indagine, consapevole che «modicum fermentum totam massam corrumpit»⁸⁹. Il *notorium facti*, a sua volta, può manifestarsi in modo diverso a seconda del tipo di comportamento posto in essere. Il caso più evidente è quello del *notorium facti permanentis*, laddove il reato è continuato e sotto gli occhi di tutti: il concubinato tra *soluti* o *coniugati* rientra perfettamente nella categoria⁹⁰, così come l'eventuale gravidanza seguita all'abbandono del tetto coniugale⁹¹. Laddove il tradimento avvenga *una tantum*, l'adulterio può rientrare invece nel *notorium facti transeuntis*. C'è invece *notorium facti interpolati* in caso di relazione saltuaria⁹². In queste due ipotesi, data l'occasionalità dell'atto, sarà chiaramente più difficile che un adulterio diventi notorio.

⁸⁶ De Damhouder, Praxis, cit., cap.XI, n.15, fol.7.

⁸⁷ X.3.2.10 distingue il concubinato notorio «per sententiam seu per confessionem factam in iure» da quello «per evidentiam rei, quae tergiversatione aliqua celari non possit». Quest'ultimo è oggetto anche del capitolo *Tua* (X.3.2.8), dov'è distinto dalla mera *fama*.

⁸⁸ Ipotesi di *notorium iuris* connesso all'adulterio è quello della confessione in giudizio: la già citata *decisio XXXI* di Tommaso Grammatico giustifica la condanna della donna – ma anche la legittimazione della procedibilità *ex officio* – facendo leva sul fatto che essa aveva confessato il delitto prima che il marito ritirasse l'accusa. Il tradimento era così divenuto notorio: Grammatico, Decisiones, cit., dec.XXXI, nn.7-8, fol.35B; de Franchis, Decisiones, cit., dec.CCXL, nn.4-3, fol.128B. Cfr. Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLIII, n.58, p.494. Un esempio di *notorium præsumptionis* è citato al par.6.

⁸⁹ 1Cor V, 5. L'episodio è alla base dell'*epistula* di papa Stefano V al Vescovo di Tyana: *Decr.* C.2, q.I, c.17. Lo ricorda anche Follerio, Canonica Criminalis Praxis, cit., pars II, cap.4, n.19, p.41. La vicenda altomedievale di Lotario e Teutberga – anch'essa confluita nell'opera di Graziano (*Decr.* C.2, q.I, c.21) – costituisce un altro autorevole precedente: Migliorino, Fama e infamia, cit., pp.52-53.

⁹⁰ «Exemplum, si clericus in domo sua, sicut maritus uxorem, tenet concubinam, tali concubinatus dicitur notorius, quasi res sunt nota omnibus volentibus videre»: Choveron, De publicis concubinariis, cit., p.576. Cfr. Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLIII, n.60, p.494.

⁹¹ Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLIII, n.57, p.493. Statuti di Rovereto, 2.222 prevede una disposizione *ad hoc* relativa alla moglie che, abbandonato il tetto coniugale, conduca vita disonesta unendosi ad altro uomo: per essa sono previste pene pecuniarie «ipso iure et ipso facto» e, su richiesta del marito, fustigazione e bando.

⁹² «Exemplum in clerico, qui non continue, sed interdum tenet concubinam, quo casu dicitur notorium facti interpolatum»: Choveron, De publicis concubinariis, cit., p.379. Sui vari tipi di *notorium facti* de Damhouder, Praxis, cit., cap.XI, nn.9-11, fol.7A; Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XXI, n.13, pp.277-278. Cfr. Ghisalberti, La teoria del notorio, cit., p.424-426.

Anche la *flagrantia* – come il notorio – schiude le porte a un procedimento sommario⁹³; la portata del concetto è comunque piuttosto ampia, giacché la *deprehensio* può avvenire «in ipso actu» ma anche immediatamente prima della consumazione⁹⁴: essere sorpresi in effusioni amorose può già integrare la notorietà di adulterio e stupro, sebbene in questi casi il giudice tenda a irrogare una pena straordinaria⁹⁵. Più grave l'ipotesi prospettata dalla Nov.117 di Giustiniano, che i criminalisti continuano a considerare attuale⁹⁶. Un marito che nutre sospetti può intimare a un uomo di non frequentare sua moglie; dopo tre contestazioni scritte, se i due saranno nuovamente sorpresi a discorrere, egli potrà chiedere al giudice di punire «nulla alia ratione quæsita» avvalendosi di tre testimoni fededegni che affermino la flagranza⁹⁷. In questo caso, il grado di certezza è tale che «sufficit ad indicendam poenam illam capitalem»⁹⁸. Simile discorso vale per chi di notte appone scale sui muri «sive ex causa amoris, sive etiam ex causa furandi, sive aliud maleficium committendi»⁹⁹.

Gran clamore ha destato in tutta Italia il caso napoletano di Colantonio Brancaccio. Non ancora trentenne, fu sorpreso dai birri mentre saliva con una corda alla finestra di alcune «virgines honestissimæ, ac formosæ», peraltro d'illustre casato¹⁰⁰. Era il 1548; l'inflessibilità della condanna capitale aveva suscitato l'opposizione aristocratica e le critiche dei giuristi: almeno tre attenuanti avrebbero potuto giovare al reo. Nobiltà, amore ed età potevano far propendere per una pena arbitraria, ma il castigo fu esemplare. Nonostante una parte consistente della dottrina si mostrasse contraria¹⁰¹, l'autorità di Tommaso Grammatico aveva difeso quella sentenza, cui si era giunti *ex abrupto*, senza concedere alcuna difesa. La Vicaria, dopo aver sommariamente esaminato il reo, ordinò la pena di morte immediata, noncurante dell'appello che la famiglia aveva proposto al Sacro Regio Consiglio: la flagranza, unita al *notorium iuris* indotto dalla confessione spontanea, troncava in radice qualunque impugnazione¹⁰². La corte, d'altra parte, si limitò ad applicare un recente bando di Pedro de Toledo (1542), chiarissimo nel comminare *ex abrupto* la

⁹³ Con la notevole eccezione francese, lì dove «encores que la femme aye esté prince sur le fait» l'ufficiale regio non può portare in giudizio l'adultera contro la volontà del marito: si ricordano ben tre arresti in tal senso (1558, 1563 e 1575). Cfr. Papon, Recueil d'arrests, cit., lib.XXIC, tit.II, arr.VI, p.1307.

⁹⁴ Follerio, Practica criminalis, cit., secunda pars secundæ partis, rubr.Item quod fuit captus in flagranti crimine, n.9, p.195. Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XXI, n.156, p.291.

⁹⁵ «Deprehensus in rebus Venereis dicitur deprehensus in adulterio», spiega Farinacci, specificando però «quando dicti actus sunt propinqui ipsi copulæ (...) secus autem ec actibus remotis, ex quibus minime carnalem copulam dici probatam». Esempi per eccellenza *osculum* e *amplexus*, ma anche *colloquia*, *convivia* e *tactus*: Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXXVI, nn.193-198, p.433 e q.CXXI, nn.42-43 e 108, pp.149-150 e 156.

⁹⁶ Ne parlano Choveron, De publicis concubinariis, cit., p.64; Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXXVI, n.116, p.428. In Castiglia, il contenuto della Novella era stato sostanzialmente recepito da Partidas, 7.17.12.

⁹⁷ Nov.117.15.

⁹⁸ Menochio, De præsumptionibus, coniecturis, signis, et indiciis commentaria, Ginevra 1614, lib.V, præ.s.XLI, n.9, pp.507-508.

⁹⁹ Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XX, n.145, p.273.

¹⁰⁰ Grammatico, Decisiones, cit., dec.XXXVI, n.1, fol.45A.

¹⁰¹ *In primis* Claro, Practica, cit., par. Finalis, q.LXVIII, n.4, fol.289A. «Talis sententia iudicio Italiæ fuit visa nimis sævera et crudelis»: Farinacci, Praxis, cit., pars tertia, q.XCVIII, nn.89-90, p.210.

¹⁰² Laddove, peraltro, la confessione spontanea «factam absque tormentis vel metu ipsorum» non necessitava di successiva ratifica per poter costituire notorio: Grammatico, Decisiones, cit., dec.XXXVI, n.60-67, foll.47B-48A.

decapitazione per i nobili e la forca per i popolani. Una vera e propria *escalation* giustificava il provvedimento: negli ultimi due mesi, nella sola città di Napoli, erano state «scalatæ» nottetempo ben 24 case più alcuni monasteri femminili¹⁰³. Non solo per l'estrema atrocità, ma anche «ob delictorum fræquentiam (...) iura transgredi liceat». Il bando, poi, era tanto più legittimo in quanto il vicerè, rappresentante del sovrano, dispone di libero arbitrio e può modificare procedure e pene¹⁰⁴. Proprio uno dei punti più contestati – l'aver giudicato irrilevante il ceto del responsabile – costituisce un elemento chiave per penetrare il caso. L'aristocrazia partenopea lamentava la continua umiliazione subita dai vicerè, tesa a un livellamento che avrebbe favorito i poteri statali. In quanto tale, la condanna costituiva uno dei tanti sgarbi che l'amministrazione spagnola riservava alla nobiltà di spada¹⁰⁵. Non si tratta soltanto di una prova di forza: disciplinare l'aristocrazia significa domarne lo spirito eccentrico, ma anche trasformarla da corpo intermedio a classe dirigente inquadrata nei ranghi dello Stato. Fenomeno del tutto parallelo a quello che si consuma nella Chiesa tridentina tra vertici e clero locale¹⁰⁶.

D'altra parte, bisogna accreditare la giustizia pubblica presso una comunità che esige vendetta ed è pronta a farla da sé, rendendo la funzione del giudice meramente esecutiva,

¹⁰³ Simili imprese si erano diffuse già sotto il governo di Filiberto de Chalons (1528-1530), grazie alla sostanziale impunità concessa ai nobili; l'atteggiamento del cardinal Colonna (1530-1532) si dimostrò egualmente indulgente. La svolta avvenne, non a caso, con Toledo (1532-1553), la cui politica si contraddistinse per l'affermazione perentoria dell'autorità monarchica. Strategia che suscitò un profondo malcontento nei suoi confronti. «Atramentum adhuc non erat exiccatum» ma il fenomeno resta così preoccupante che, nel 1560, Pedro Afan de Ribera (1559-1571) pubblica una nuova prammatica *de scalarum prohibitione noctis tempore*: de Franchis, Decisiones, cit., dec.CCCXXXIII, n.4, fol.165B. Il testo è in Giustiniani, Nuova collezione delle prammatiche del Regno di Napoli, t.XIV, Napoli 1805, tit.CCLXI, pragm.I, p.30. Cfr. Giannone, Istoria civile del Regno di Napoli, II, Lugano 1837, pp.389-390; Cernigliaro, Patriæ leges, cit., pp.170-171, n.453.

¹⁰⁴ Grammatico, Decisiones, cit., dec.XXXVI, nn.1-13, foll.45-46A. Il Viceré aveva dichiarato «che per lui non ci sono capitoli ne costituzioni ne altro, et gli è licito far ciò che vole», lamentano gli oppositori che denunciano una deriva tirannica: cit. in Cernigliaro, Patriæ leges, cit., p.161.

¹⁰⁵ Sul conflitto tra centralismo vicerale ed aristocrazia, cfr. Cernigliaro, Sovranità e feudo, cit., pp.325-349; Id., Patriæ leges, cit., pp.3-234. In modo decisamente più benevolo si sarebbe risolta la successiva vicenda riportata da de Franchis, Decisiones, cit., dec.CCCXXXIII, fol.165: protagonisti due poveri che, tramite una scala, avevano fatto scendere una *virgo* e una *vidua* congiungendosi ad esse *sine vi*. Essi non erano stati colti sul fatto, per cui si dubitò circa l'applicazione della prammatica. Fu pertanto ammesso quell'appello al Sacro Regio Consiglio che, nella *decisio XXXVI* del Grammatico, era stato negato. La suprema corte napoletana, considerando la mancata flagranza, escluse la sanzione capitale, optando per una più benevola *poena stupri sine vi*. Al di là della non sussumibilità della fattispecie concreta in quella astratta – *questio iuris* su cui il Consiglio fonda la sentenza – il caso rivela maggior indulgenza verso le classi umili. Il fenomeno era stato, infatti, tipicamente nobiliare: minore allarme poteva destare da parte di popolani che avevano agito, tra l'altro, col consenso delle donne. Nel 1586, come testimonianza lo stesso de Franchis, «quidam barbitonsor (...) habens uxorem deflorasset virginem honestam, primo loco ingrediens per viridarium, et secundo loco cum schala»: la Magna Curia lo condannò a morte, ma il Sacro Regio Consiglio riformò la sentenza limitandosi alle triremi perpetue. Anche in questo caso, la Prammatica resta disattesa.

¹⁰⁶ Queste le conclusioni che Oscar Di Simplicio trae dalla sua analisi di lungo periodo sul caso senese: «Incalzata dalle norme costruttive dello Stato mediceo la nobiltà modifica il suo sregolato stile di vita ed elabora modelli di atteggiamento che faranno di essa una classe dirigente responsabile dell'ordine pubblico. Nel Settecento, il ceto privilegiato appare destinato a fornire esempi nuovi di condotta a cui si riferiranno i gruppi umani situati più in basso nella gerarchia sociale». Di Simplicio, Peccato, cit., pp.23-25, 29-31 e 59-62. Sulla necessità di disciplinare la nobiltà, ceto inevitabilmente reattivo alla logica statualista, cfr. Reinhard, Storia del potere politico, cit., pp.249-277; Angelozzi – Casanova, La nobiltà disciplinata: violenza nobiliare, procedure di giustizia e scienza cavalleresca a Bologna nel XVII secolo, Bologna 2003; Fosi, La giustizia del Papa, cit., pp.67-88.

ricognitiva o persino superflua. Assecondare gli umori, facendo però la voce grossa ed apponendo il proprio sigillo, rappresenta una condizione necessaria per l'affermazione dello Stato moderno.

5. Il procedimento sommario per notorio e flagranza

Regola vuole, quindi, che nei delitti notori o flagranti «ordo iuris non servatur»¹⁰⁷: ciò significa negare *citatio*¹⁰⁸, *probatio*¹⁰⁹, *defensio*¹¹⁰, *sententia*¹¹¹ e *appellatio*¹¹². Detta così, l'intervento della corte sembra ridursi a mera esecuzione: «talìa ordinaria inducta sunt ad finem indagandi veritatem» ma «veritate notoria existente frustra talis ordo adhibetur»¹¹³. Le cose, nel Cinquecento, non vanno esattamente così. Prima di procedere sul fatto, il giudice deve comunque «sumere informationes, et eas apud acta redigi facere»: e se il *notorium facti permanentis* può essere semplicemente allegato dopo aver interrogato testimoni non giurati, le altre forme di notorio vanno invece provate con due testi giurati dopo aver citato la parte¹¹⁴. Non si tratta di provare il fatto in sé, ma di dimostrarne la

¹⁰⁷ Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XXI, n.60 e 133, pp.281 e 288. Cfr. Marsili, Repetitiones, cit. r. legis unicæ C. de raptu virginum, n.120, fol.88B; Bossi, Tractatus, cit., fol.62A; Follerio, Practica criminalis, cit., secunda pars secundæ partis, rubr.Item quod fuit captus in flagranti crimine, n.3, p.195; Claro, Practica, cit., par. Finalis, q.VIII, n.1, fol.112A e q.IX, n.1, fol.113A.

¹⁰⁸ Grammatico, Decisiones, cit., dec.XXXVI, nn.28-40 e 58 e 73, foll. 46B-47A, 47B e 48A; Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XXI, n.66 e 134, pp.282 e 289.

¹⁰⁹ Choveron, De publicis concubinariis, cit., p.576; Bossi, Tractatus, cit., fol.62B; Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XXI, n.79, p.283. Già la decretale *Tua* (X.3.2.8) aveva escluso la necessità di testi in caso di *notorium*, differenziandolo così dalla *fama*.

¹¹⁰ Marsili, Repetitiones, cit. r. legis unicæ C. de raptu virginum, n.118, fol.88B; Grammatico, Decisiones, cit., dec.XXXVI, nn.53-54, fol.47B; Follerio, Practica criminalis, cit., secunda pars secundæ partis, rubr.Item quod fuit captus in flagranti crimine, n.2, p.195; Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XXI, n.77 e 142, pp.283 e 289.

¹¹¹ Grammatico, Decisiones, cit., dec.XXXVI, n.59, fol.47B; Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XXI, n.112 e 153, pp. 286 e 290.

¹¹² Marsili, Repetitiones, cit. r. legis unicæ C. de raptu virginum, n.119, fol.88B; Choveron, De publicis concubinariis, cit., p.575; Follerio, Practica criminalis, cit., secunda pars secundæ partis, rubr.Item quod fuit captus in flagranti crimine, n.4, p.195; Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XXI, n.117, p.287. Così già *Decr. C.2, q.VI, c.41*.

¹¹³ Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XXI, n.65, p.282. Difende il principio per cui sui delitti notori e flagranti non c'è pronuncia, ma mera esecuzione Grammatico, Decisiones, cit., dec.XXXVI, nn.42-47, fol.47A. «Cum de iure certum sit, notorium non indigere probatione, imo in notorijs proceditur ad executionem poenæ, nullo servato iuris ordine (...) notorium dicitur probatio probata (...) nam stante notorio, causa non indiget disputatione (...) Quinimo in notorijs iudicis sententia non est proprie sententia, sed potius quædam iuris executio»: Deciani, Tractatus, cit., t.I, lib.II, cap.XIV, nn.17-18, p.52. A questo punto, l'autore si chiede se questo meccanismo smentisca il principio che vincola il giudice a pronunciarsi *iuxta alligata et probata*. La risposta è negativa: il *notorium facti* è una scienza pubblica, non già una conoscenza privata del giudice.

¹¹⁴ Il notorio, infatti, è «qualitas tribuens iurisdictionem» che «semper in primis probanda est antequam iurisdictione exercentur»: Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XXI, nn.85-101 e 109-110, pp.284-286. Cfr. Follerio, Practica criminalis, cit., secunda pars secundæ partis, rubr.Item quod est notorius delinquens, n.13, p.200. La stessa prova si rende necessaria – persino in caso di *notorium facti permanentis* – laddove il reo neghi la notorietà. «In questo modo i giureconsulti (...) avevano aggirato il divieto di prova del fatto con l'ammissione della prova del notorio»: Ghisalberti, La teoria del notorio, cit., pp.443-444. Cfr. Choveron, De publicis concubinariis, cit., p.577. Come conferma Claro, Practica, cit., par. Finalis, q.IX, n.3,

notorietà: la formula utilizzata è strana, perché i testi non depongono *de auditu* sul fatto, ma riferiscono una conoscenza *de visu* che però non è propria, ma pubblica¹¹⁵. Il teste, in teoria, potrebbe non aver visto nulla: ma sa che altri hanno visto. La prova diretta della notorietà assicura, dunque, quella indiretta del fatto. Nonostante l'*evidentia facti*, il reo potrebbe disporre di *excusationes* o *circumstantiæ* ignote ai più: in questo caso bisogna ammetterne la proposizione¹¹⁶. I criminalisti difendono il principio per cui il dubbio o la negazione fanno scattare un minimo formale: tuttavia, non escludono la prospettabilità di casi che meritano di essere risolti *ex abrupto*. In tale ipotesi – e solo in esse – la sentenza potrà essere sostituita da decreto o ordinanza; viceversa, occorrerà comunque una sentenza che si pronunci sul notorio¹¹⁷. Una sentenza, però, che si qualifica *declaratoria* e non di condanna. Cosa che la dice lunga su chi ha già emesso il verdetto: la comunità.

La grande differenza tra il procedimento per *notorium* e quello per *flagrantia* sta nell'uso della tortura. Con una logica opposta alla nostra, il giurista di diritto comune ritiene più sicura la *famosa insinuatio* che non la flagranza. Per cui se nel primo caso i tormenti appaiono superflui¹¹⁸, nel secondo possono rivelarsi utili (persino nell'interesse del reo)¹¹⁹. Ciò si spiega perché gli Stati del tempo non dispongono di una polizia sufficientemente strutturata, e la flagranza è immaginata più al cospetto dei privati che non degli ufficiali¹²⁰.

fol.113A la citazione non è necessaria per l'informazione iniziale, ma si rende necessaria nei casi dubbi e comunque prima di emanare la sentenza.

¹¹⁵ «Licet testes debeant deponere de visu, et præsentia populi in facto: non tamen est necesse, quod ipsi directe deponant de facto: quia probata directe notorietate facti resultat indirecta probatio ipsius delicti»: Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XXI, n.107, p.286. Follerio, Practica criminalis, cit., secunda pars secundæ partis, rubr.Item quod est notorius delinquens, n.15, pp.201-202; Claro, Practica, cit., par. Finalis, q.IX, n.4, fol.113. Cfr. Ghisalberti, La teoria del notorio, cit., p.442. In questo la differenza con la prova della fama, dove il teste dichiara di aver udito la *vox populi*.

¹¹⁶ Bossi, Tractatus, cit., fol.62B; Follerio, Practica criminalis, cit., secunda pars secundæ partis, rubr.Item quod est notorius delinquens, n.6, p.199; Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XXI, nn.49-51 e 72, pp.281 e 283. C'è spazio, così, per una certa attività difensiva che presuppone la previa trasmissione della «copia indiciorum» e la fissazione di un termine: Claro, Practica, cit., par. Finalis, q.IX, nn.2 e 5, fol.113. Cfr. Ghisalberti, La teoria del notorio, cit., p.443. È chiaro che queste difese sono più congeniali ad ipotesi dubbie – come *notorium facti interpolati* o *transeuntis* – che non al caso di *notorium facti permanentis*, lì dove i margini si restringono visibilmente.

¹¹⁷ Claro, Practica, cit., par. Finalis, q.VIII, n.5, fol.112A e q.IX, n.7, fol.113B; Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XXI, nn.116-117 e 153, p.287.

¹¹⁸ «Nec debeat procedi, nec habeat locum tortura: sed sola condemnatio, quia cum tortura detur ad investigandam veritatem, veritate manifesta et notoria non habet locum tortura»: Follerio, Practica criminalis, cit., secunda pars secundæ partis, rubr.Item quod est notorius delinquens, n.2, p.198. L'antica certezza, in realtà, sembra subire qualche ripensamento nel Cinquecento: in Carolina, 16 si stabilisce, per i delitti notori, la possibilità di sottoporre il reo a interrogatorio e tortura. Sulla possibilità di tortura nei delitti flagranti: Follerio, Practica criminalis, cit., secunda pars secundæ partis, rubr.Item quod fuit captus in flagranti crimine, n.12, p.195; Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XXI, n.148, p.290.

¹¹⁹ «Deprehensio in crimine non facit plenam probationem, sed tantum modo operatur, ut reus possit torqueri (...) Et ideo debet iudex bene advertere, ne statim procedat ad executionem»: Claro, Practica, cit., par. Finalis, q.VIII, n.2, fol.112A.

¹²⁰ «La giustizia punitiva faceva in questi secoli ancora grande assegnamento sul concorso dei privati, tanto incerto e pericoloso quanto infido era quello degli ufficiali inferiori, mal reclutati, peggio pagati, in combutta coi delinquenti»: Salvioli, Storia della procedura, cit., parte II, p.377. Nondimeno, è proprio in quest'epoca che i corpi di polizia urbana conoscono un certo rafforzamento: Lebigre, La police: une histoire sous influence, Paris 1993; Antonielli (cur.), La polizia in Italia nell'Età moderna, Soveria Mannelli 2002; Antonielli – Donati (curr.), Corpi armati e ordine pubblico in Italia (XVI-XIX sec), Soveria Mannelli 2003; Sbriccoli, Polizia, in Id., Storia del diritto penale, cit., I, pp.381-387.

La stessa cattura può avvenire da parte di un privato presente – parte lesa o meno che sia – senz'alcun mandato¹²¹. In deroga al generale divieto di carcere privato (C.9.5.1), sia il marito che il padre dell'adultera possono imprigionare il drudo colto *in flagrancia*¹²². Il giudice, è chiaro, non si fiderà ciecamente di un meccanismo così incerto. È questo il motivo per cui la compressione dell'*ordo* propria della flagranza si accosta più alla disciplina del *notorium facti transeuntis e interpolati* che non a quella del *notorium facti permanentis*. In pratica, negando quanto gli addebita il suo detrattore, il *deprehensus* recupera una minima facoltà difensiva¹²³. Fino alla riforma tridentina, ad esempio, il matrimonio presunto permetteva una facile *excusatio* a due giovani colti durante l'amplesso. Lo *stuprum* veniva infatti escluso allegando il precedente connubio: a ciò il giudice era tenuto a credere «*concurrentibus aliquibus indicijs*»¹²⁴.

Va sottolineato, però, che le garanzie faticosamente ricavate dalla dottrina possono saltare ogniqualvolta ragioni di opportunità consiglino di non ritardare il castigo del reo. «*Ratione enim scandali evitandi multa in iura permittuntur, quæ alias de sui natura illicita et prohibita*»: lo scandalo comporta un «*præiudicium reipublicæ*» ma soprattutto un turbamento popolare¹²⁵. Attraverso una valvola quanto mai flessibile, il giudice può conciliare l'interesse politico con la più veemente domanda di giustizia, espressa da queste due forme di pregiudizio sociale.

6. *Dal Laterano a Trento: strategie cattoliche di disciplinamento*

È attraverso il notorio che le istituzioni ecclesiastiche conducono la loro battaglia moralizzatrice. L'edonismo rinascimentale, che aveva contagiato la stessa curia romana, s'era spinto finanche all'ostentazione. Il disciplinamento cattolico passa, dunque, per due strade: la confessione, per i peccati occulti e la correzione individuale; il procedimento *ex officio e sine figura iudicii*, per gli scandali e la moralità collettiva. Questo secondo

¹²¹ Follerio, *Practica criminalis*, cit., *secunda pars secundæ partis*, rubr. *Item quod fuit captus in flagranti crimine*, n.5, p.195; Farinacci, *Praxis*, cit., *partis primæ tomus primus*, q.XXI, nn.137-140, p.289. Che la cattura sia l'elemento caratteristico della flagranza è dimostrato, peraltro, da una deroga significativa: anche un laico, senza incappare nella scomunica, può catturare un chierico e condurlo al tribunale ecclesiastico: Marsili, *Repetitiones*, cit. r. *legis unicæ C. de raptu virginum*, n.116, fol.88B; Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.574.

¹²² Trattenendolo per non più di 20 ore e poi chiedendo un giudizio sommario: in tal caso, la misura assume finalità prettamente cautelari. Farinacci, *Praxis*, cit., *pars quarta*, q.CXXI, nn.13 e 75, pp.147 e 154.

¹²³ Farinacci, *Praxis*, cit., *partis primæ tomus primus*, q.XXI, nn.143-144, pp.289-290. Per questo, Choveron precisa che la «*sola deprehensio non reddit crimen publicum, vel notorium*»: persino scoprire un uomo e una donna nudi nello stesso letto non può assicurare la certezza assoluta di un adulterio o di uno stupro consumato. Cfr. Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.576. Il *deprehensor* deve produrre dei testi che hanno assistito alla cattura sul fatto, il reo li può *reprobare*: Farinacci, *Praxis*, cit., *partis primæ tomus primus*, q.XXI, nn.143 e 150, pp.289-290.

¹²⁴ Tra i quali il previo fidanzamento. Cfr. *l'additio* n.9 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par. *Stuprum*, fol.93A.

¹²⁵ Farinacci, *Praxis*, cit., *partis primæ tomus primus*, q.XXI, nn.73-74 e 145-146, pp.283 e 290. Cfr. Claro, *Practica*, cit., par. *Finalis*, q.VIII, n.3, fol.112A.

percorso viene battuto tramite gli strumenti messi a punto dai concili Lateranense V e Tridentino i cui presupposti, già tracciati nel Medioevo, vengono ora estesi.

Alla base delle innovazioni cinquecentesche, infatti, bisogna individuare il capitolo *Si quisquam sacerdotum* di Eugenio III (promulgato nel Concilio di Reims del 1148) che, vagamente ispirato alla Nov.117.15, prevedeva la scomunica per un chierico sorpreso a confabulare con una donna sospetta. La procedura prevista mostrava due peculiarità. Anzitutto, non occorre che la congiunzione carnale fosse certa: per configurare un'ipotesi di *notorium præsumptionis* atto a legittimare l'azione, ci si contentava di una frequentazione assidua (peggio ancora, della convivenza se la donna fosse perpetua del reo). Una seconda specificità consiste nel subordinare la pena a una triplice *monitio*: se, ciononostante, il chierico perseverasse nella relazione, l'ordinario avrebbe provveduto alla scomunica *ferendæ sententiæ*, senza particolari formalità d'accertamento. È bene sottolineare che la procedura sommaria era prescritta per i soli consacrati, mentre le donne restavano sottoposte alle forme ordinarie. La norma, recepita nel *Liber Extra*, restò fonte di riferimento per tutto il Medioevo¹²⁶: la medesima procedura fu ribadita dai capitoli *Clericos, Sicut* e *Si autem* di Alessandro III che minacciavano, però, dapprima sospensione e interdetto, poi la deposizione¹²⁷. La XX Sessione del Concilio di Basilea (1435) torna sul punto, con un decreto che stabilisce un mix di pene *ipso facto* nei confronti dei chierici concubinari¹²⁸. È ribadito il meccanismo della *monitio*, ma non ne viene specificato il

¹²⁶ X.3.2.2. Cfr. Deciani, *Tractatus*, t.II, lib.VI, cap.XXI, n.9, pp.71-72. «Tuttavia i preti che mantengono concubine e discendenza sono ancora molti nel secolo XIII; le *Lamentations de Mahieu*, opera di un prete di Boulogne che il Concilio di Lione del 1274 costringe a scegliere tra moglie e prebende, testimoniano della loro difficoltà a dividersi tra le aspirazioni profane e gli obblighi dello stato ecclesiastico»: Klapisch-Zuber, *La donna e la famiglia*, cit., p.332.

¹²⁷ Cfr. X.3.2.3; X.3.2.4; X.3.2.6. Il regime delineato da Alessandro III (1159-1181) accenna alla scomunica solo per i *relapsi*: ma è chiaro che anche il depresso *incoregibilis* rischia scomunica e anatema in base alla successiva decretale *Cum non ab homine* (X.2.1.10) di Celestino III (1191-1198). Tuttavia, rispetto al capitolo *Si quisquam sacerdotum*, tale censura si trasforma in *extrema ratio*.

¹²⁸ Concilio di Basilea, sess.XX (=Liber Septimus, 5.16.1): «Quicumque clericus, cuiuscumque status, conditionis, religionis, dignitatis, etiamsi pontificalis vel alterius præeminentiæ existat, qui post huius constitutionis notitiam, quam habere præsumatur, per duos menses post publicationem eiusdem in ecclesiis cathedralibus, quam ipsi diocesani pervenerit, fuerit publicus concubinarius, a perceptione fructuum omnium suorum beneficiorum trium mensium spatio sit ipso facto suspensus, quos suos superior in fabricam vel aliam evidentem ecclesiarum utilitatem, ex quibus hi fructus percipiuntur, convertat: nec non et huiusmodi publicum concubinarium, ut primum talem esse innotuerit, mox suos superior monere teneatur, ut brevissimum terminum concubinam dimittat. Quam si non dimiserit, vel dimissam aut aliam publice resumpserit, iubet hæc santa synodus ut ipsum suis omnibus beneficiis omnino privet. Et nihilo minus hi publici concubinari, usquequo cum eis per suos vitæ emendationem, fuerit dispensatum, ad susceptionem quorumcumque bonorum, dignitatum, beneficiorum vel officiorum sint inhabiles. Qui si post dispensationem recidivo vomitu ad huiusmodi publicum concubinatum redierint, sine spe alicuius dispensationis ad prædicta prorsus inhabiles existant. Quod si hi, ad quos talium correctio pertinet, eos, ut prædictum est, punire neglexerint, eorum superiores tam in ipsos de neglectu, quam in illos pro concubinatu, modis omnibus digna punitione animadvertant. In conciliis etiam provincialibus et synodalibus adversus tales punire negligentes, vel de hoc crimine diffamatos, etiam per suspensionem a collatione beneficiorum vel alia condigna poena severiter procedatur. Et si hi, quorum destitutio ad summum pontificem spectat, per concilia provincialia aut suos superiores propter publicum concubinatum reperiantur privatione digni, statim cum processu inquisitionis ipsi summo pontifici deferantur. Eadem diligentia et inquisitio in quibuscumque capitulis generalibus et provincialibus quoad suos servetur, poenis aliis contra prædictos et alios non publicos concubenarios statutis in suo robore permansuris. Publici autem intelligendi sunt non solum hi quorum concubinatus per sententiam aut confessionem in iure factam, seu per rei evidentiam, quæ nulla possit

numero¹²⁹, né si fa cenno alla scomunica¹³⁰. L'ammonizione stessa conterrà il «brevissimum terminum» entro il quale adempiere, dopodiché scatterà la sanzione¹³¹. Per sanare la propria posizione, ai concubinari tocca una «concupinarum dimissionem manifestamque vitæ emendationem»¹³². In linea con la tradizione appare la pubblicità del concubinato, che implica una nozione un po' slabbrata di *notorium*¹³³, mentre del tutto

tergiversatione celari, notorius est, sed qui mulierem de incontinentia suspectam et infamatam tenet, et per suum superiorem admonitos ipsam cum effectu non dimisit. Quia vero in quibusdam regionibus nonnulli iurisdictionem ecclesiasticam habentes, pecuniarios quæstus a concubinariis percipere non erubescunt, patiendos eos in tali foeditate sordescere: sub poena maledictionis æternæ præcipit, ne deinceps sub pacto, compositione, aut spe alicuius quæstus, talia quovis modo tolerent aut dissimulent: alioquin ultra præmissam negligentiae poenam, duplum eius quod propterea acceperint, restituere ad pios usus omnino teneantur et compellantur. Ipsas autem concubinas, seu mulieres suspectas, prælati modis omnibus curent a suis subditis etiam per brachii sæcularis auxilium, si opus fuerit, penitus arcere: qui etiam ex tali concubinato procreatos filios apud patres suos cohabitare non permittant. Iubet insuper hæc sancta synodus, ut etiam in prædictis synodis et capitulis hæc constitutio publicetur, et quilibet suos subditos ad ipsarum concupinarum dimissionem moneat diligenter. Iniungat præterea omnibus sæcularibus viris, etiamsi regali præfulgeant dignitate, ne ullum quaecumque inferant impedimentum, quocumque quæsito colore, prælatis qui ratione sui officii adversus suos subditos pro huiusmodi concubinato procedunt. Et cum omne fornicationis crimen lege divina prohibitum sit, et sub peccati mortalis poena necessario evitandum, monet omnes laicos tam uxoratos quam solutos, ut similiter a concubinato absterneant. Nimis enim reprehensibilis est qui uxorem habet, et ad alienam mulierem accedit: qui vero solutus est, si continere nolit, iuxta apostoli consilium, uxorem ducat. Pro huius autem divini observatione præcepti, hi, ad quos pertinet, tam salutaribus monitis quam aliis canonicis remediis omni studio laborent».

¹²⁹ La formula «mox suus superior monere teneatur, ut brevissimum terminum concubinam dimittat» fa pensare a una sola ammonizione, mentre i principi generali del diritto canonico lascerebbero propendere per le consuete due. Il nodo è preso in considerazione da Choveron che, però, scrive però dopo più di un secolo dal Concilio. Personalmente, ritiene sufficiente una sola *monitio*, considerando la straordinarietà del procedimento e la «vis peremptorij» che può assumere il provvedimento giudiziale: esso ha dunque la capacità di sommare, in un unico atto, la forza di tre ammonizioni. Lo stesso si dovrà ammettere per la *monitio* fatta durante un sinodo; la stessa bolla, d'altra parte, contemplava la competenza *ratione personæ* dei concili provinciali. Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., pp.399-401 e 602-603

¹³⁰ Sebbene il testo faccia espressamente salve le pene previgenti – quindi anche la scomunica del capitolo *Si quisquam sacerdotum* – il suo uso immediato appare pleonastico. Conformemente alle decretali di Alessandro III, *suspensio e depositio* – espressamente citate dal canone – sembrano prioritarie.

¹³¹ Il giudice stabilirà i tempi per l'allontanamento «inspecta qualitate personarum, et criminis»: Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.403. Dopo la scadenza, scatta la *suspensio* (pena *ipso facto*, che opera in virtù del decreto, non della *monitio* né di alcuna sentenza). Il chierico che allontana tempestivamente la concubina, ma poi la riassume, sarà punito senza aspettare la scadenza: la sua ostinazione prova, infatti, l'assenza di pentimento. Giuridicamente parlando non si configura nemmeno un'interruzione del rapporto, proprio come accade alle donne che «calore iracundiæ» abbandonano il tetto coniugale salvo poi ritornarvi presto. Per poter procedere secondo la lettera del canone, però, è necessario che la riassunzione avvenga pubblicamente: se invece sarà segreta, «non via huius constitutionis procedendum est contra tales, sed alias iure communi, sicut in simplicibus fornicatione». Id., *De publicis concubinariis*, cit., pp.422-426.

¹³² Choveron sostiene che – anche in seguito alla condanna – basti una vita casta per integrare l'emenda. Si tratta di un'interpretazione benevola, che stride coi toni del decreto. Condivisa, invece, è l'opinione per cui il chierico non dev'essere obbligato all'abiura. Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., pp.441-443; Rebuffi, *Concordata*, cit., p.225.

¹³³ «Publici autem intelligendi sunt, non solum ii, quorum concubinatus per sententiam, aut confessionem in iure factam, seu per rei evidentiam, quæ nulla possit tergiversatione celari, notorius est, sed etiam, qui mulierem de incontinentia suspectam et diffamatam tenent». Per costituire *notorium iuris*, la sentenza dev'essere definitiva: Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.549. La confessione, invece, va resa «coram Officiali in forma Iudicij»; una confessione stragiudiziale non basta neanche come indizio a tortura (diversamente da quanto avviene per i laici), a meno che non sia resa al cospetto di un numero tale di persone da costituire un'ipotesi di *notorium facti*. Se poi il contenuto della confessione stragiudiziale integra un'autonoma fattispecie di reato (come nel caso del chierico che si vanta di aver commesso adulterio: X.5.31.9), la dichiarazione è sufficiente per punire il reo: Id., *De publicis concubinariis*, cit., pp.552-560. L'*evidentia rei* è legata all'indifendibilità del comportamento: come nel caso in cui «præbyter scientibus et

nuovo è il divieto di composizione, giacché l'esperienza insegna come «nonnulli jurisdictionem Ecclesiasticas habentes, pecuniarios quæstus a concubinariis percipere non erubescunt, patientes eos in tali foeditate sordescere». La norma richiama al proprio dovere i principi, tenuti a prestare il *brachium* all'autorità ecclesiastica e a favorire l'allontanamento delle stesse concubine (per le quali, però, non sono dettate sanzioni precise)¹³⁴. Preoccupazione centrale è la disciplina dei consacrati, eppure al termine del decreto fa capolino una fugace ammonizione rivolta ai laici «tam coniugatos, quam solutos, ut similiter a concubinato absterneant». Ma, sebbene i Padri riconoscano la particolare repressibilità del concubinato adulterino¹³⁵, nessuna novazione particolare interviene nei confronti dei fedeli. Insomma: il concubinato dei laici (specie se non coniugati) resta una pratica illecita ma sostanzialmente tollerata, mentre tra i chierici persiste una diffusa impunità¹³⁶.

Il Cinquecento si apre con una spiccata ansia di rinnovamento. Lutero non ha ancora manifestato le sue tesi, ma negli ambienti ecclesiastici più sensibili la crisi viene denunciata con chiarezza. È in questo contesto che s'innalza, coraggiosa, la denuncia di Savonarola¹³⁷. Il discorso di Egidio da Viterbo, pronunciato il 3 maggio 1512 nella

videntibus vicinis, frequentabat domum ipsius concubinæ, et cum ea versabatur, ei præstando alimenta, et spurios ex eo procreatos nutriendo»: Id., *De publicis concubinariis*, cit., pp. 565-566. Ma non sempre i fatti sono così certi da risultare inconfutabili: la complicazione del procedimento, prevista in via generale per tutte le ipotesi controverse di *notorium facti*, si ripropone in caso di concubinato. Di certo ai chierici è imposto il divieto di convivere con donne sospette o diffamate (lo stabiliva già *Decr. D.32, c.16*); in linea con il capitolo *Si quisquam sacerdotum*, anche il canone di Basilea ritiene sufficiente una violazione di questo divieto per integrare il *notorium presumptionis*. È il voto di continenza a giustificare tale scelta. La Storia biblica, da Adamo a Erode, è ricca di uomini accecati dalla seduzione femminile: assai stolto è l'uomo di Chiesa che presume di poter convivere con tali donne senza cadere nel peccato. A ragione, la comunità presume l'inevitabile infrazione quando la donna è giovane e non consanguinea. A ben vedere, i deliberati conciliari non si limitano a sanzionare la convivenza, ma più in generale il mantenimento: la «suspectam et diffamatam» potrebbe abitare anche altrove, ma a spese del chierico. Id., *De publicis concubinariis*, cit., pp.591-594. Cfr. Rebuffi, *Concordata*, cit., p.231. La soluzione sarà confermata da Concilio di Trento, sess.XXV, cap.XIV *de reformatione generali*. Cfr. Farinacci, *Practica*, cit., q.CXXXVIII, nn.74 e 86, pp.447-448.

¹³⁴ L'espressione «poenitus arcere», nel testo, indica una chiara costrizione fisica: Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.649. Nel canone, però, non si fa riferimento esplicito ad alcuna pena.

¹³⁵ «Nimis enim reprehensibilis est, qui uxorem habet, et ad aliam uxorem seu mulierem accedit». La formula è ampia, e ricomprende la stessa bigamia: cfr. Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., pp.853-858.

¹³⁶ Nonostante il tema cominci a suscitare l'interesse dottrinale: García y García – Alonso Rodríguez, *Un tratado salmantino del siglo XV sobre los clérigos concubinarios*, in *Rivista internazionale di diritto comune*, 4/1993, pp.65-96.

¹³⁷ «Et così in questa vigna, sono entrati huomini vitiosi, lussuriosi, come porci. Huomini soperbi, et di costumi bestiali, sono entrati qua dentro. Ogni cosa è andata a male, ogni cosa è andata sotto sopra (...) Et hanno dato tanto scandolo, al popolo di Dio. Ei fanno i peccati, apertamente. Ogn'uno gli vede giocare, et tenere le Concubine, et attendono alle sodomie. E non è bastato à costoro, che con li peccati si sono lasciati pigliare: et attirare al Diavolo, ma con loro mal essemplio, hanno fatta questa cattività perfetta (...) Non fu mai anchora, la maggiore lussuria, che fanno cose, che non è meretrice che non si vergognasse. Guarda, che vanno hora in San Pietro le meretrici; ogni prete ha la sua Concubina. Et è pubblicata la lussuria di Roma, dell'Italia, et degli sacerdoti, per tutto il mondo. Et è diffuso questo veneno: per tutto, in modo ch'ogni cosa, è avvelenato. Et e tanto veneno a Roma, che ha pieno tutto il mondo. Ha diffuso in Francia, in Lamagna, et per tutto il suo veneno, et ennè venuto il fetore, infino al cielo. Che non vi è cento meretrici, non ve nè dugento, non trecento, non mille, non do mille, non quattro mille: ma ve nè più di diece mille. Et dieci mille, sono poche a Roma. Dodici mille, sono poche. Quattordici mille, sono poche. Et i garzoni, sono fatti femmine. Et non basta questo, ma il padre la figliuola, il fratello la sorella. Non vi è distinzione di sesso, né di cosa più alcuna (...) Roma, ha confuso tutti i vitii insieme. Ella ha confusa tutta la scrittura, ella ha confusa

Basilica di San Pietro, inaugura il Lateranense V auspicando una *reformatio in capite et in membris*. Suscitando la viva emozione dei presenti, l'Agostiniano avverte l'urgenza del problema, sottolineando lo stato di profonda corruzione in cui versa il popolo di Dio. Quel Concilio si sarebbe concluso sotto il pontificato di Leone X, figlio cadetto di Lorenzo il Magnifico. Papa umanista controverso quanto raffinato: di certo, l'uomo meno adatto per l'auspicata moralizzazione. Eppure, i deliberati lateranensi mostrano in modo inequivocabile che il clima è cambiato. Essi non sono promulgati sotto forma di canone, ma di bolla pontificia: segno evidente dell'assolutismo romano. Per quanto attiene la materia sessuale, la bolla *Supernae Dispositionis* (1514), dopo aver prescritto castità e continenza ai chierici, ribadisce in via generale le disposizioni vigenti su sodomia e concubinato¹³⁸. Due anni dopo, l'intero decreto contro i concubinari – approvato a Basilea 80 anni prima – viene trasposto nel Concordato di Bologna (1516). Il documento – formalmente una bolla papale, ma di fatto uno scambio alla pari tra Leone X e Francesco I – sana la frattura sorta dalla Prammatica sanzione di Bourges (1438) e dalle relative pretese gallicane. L'inserimento di quel decreto si pone, quindi, nel contesto di una regolazione delle reciproche competenze, con un *appeasement* che rafforza la collaborazione dei due centri a discapito delle articolazioni locali: i vescovi negligenti vengono severamente puniti¹³⁹. La conclusione del Concordato è un evento centrale nella trama del Lateranense V: dopo un'intimazione formale alla Francia, nel corso dell'undicesima sessione i Padri

ogni cosa. Ma che diciamo noi di quelli che giuocano la notte, et tengono le Concubine, et poi la mattina vanno a dire la messa? Et colui vede il sacerdote là, a dire messa, et dice, ei viene adesso, dalla Concubina (...) Et si soleva dire già, si non caste, tamen caute, et volevano parere al mancho di fuori, buoni. Hora non si fa, né caste, né caute. Ogni cosa si fa a fronte aperta. Ogni cosa è palese (...) Vadino costoro alli roffiani, et meretrici, et vedranno la vita sua essere più larga, che quella di coloro. Guardate, che sceleratezze si fa, nelle Chiese. Le meretrici, non vengono a profanare templi, et i Roffiani non vengono a vituperare le Chiese (...) Costoro hanno soperati, et vinti i Roffiani, le meretrici, gli infideli, et ribaldi, perché hanno fatto: et fanno molto peggio»: Savonarola, Oracolo della renovatione della Chiesa, Vinetia 1543, lib.III, parte IV, foll.79B-80A e 81B-82B.

¹³⁸ «Concubinarii autem, sive laici sive clerici fuerint, eorumdem canonum poenis multentur, neque superiorum tolerantia seu prava consuetudo, quæ potius corruptela dicenda est, a multitudine peccantium, aliave quælibet excusatio eis aliquo modo suffragetur, sed iuxta iuris censuram severe puniantur. Ad bonum vero et quietum regimen civitatum ac locorum omnium Romanæ Ecclesiæ subiectorum, constitutiones bonæ memoriæ Ægidii episcopi Sabiniensis, olim editas, innovamus, easque inviolabiliter servari præcipimus et mandamus»: bolla *Supernae Dispositionis*, par.36, in *Magnum Bullarium Romanum*, t.I, cit., p.554.

¹³⁹ «Episcopus qui talia crimina non corrigit, magis dicendus est canis impudicus, quam Episcopus, et suspendi debet»: Farinacci, *Practica*, cit., pars IV, q.CXXXVIII, n.78, p.447. La bolla di Basilea, oltre a sanzionare la negligenza, riconosceva una certa giurisdizione di primo grado al papa e affermava l'obbligo di concedere il braccio regio. Cose che interessano a Roma, ma non dispiacciono neanche a Parigi. Nel periodo intercorso tra Bourges e Bologna i re di Francia s'erano fatti paladini dei deliberati conciliari. Al di là di evidenti convenienze politiche, la Prammatica era stata frutto del caos scaturito in Svizzera, con la scissione del sinodo e la successiva elezione dell'antipapa Felice V. Pur non aderendo allo scisma, Carlo VII si era posto a tutela della Chiesa gallicana, introducendo la libera elezione di vescovi e abati e proclamando la superiorità del Concilio. Francesco I ritiene più utile un'intesa con Roma in chiave assolutista che assecondare pericolose tendenze assembleari (non a caso favorite dal Parlamento di Parigi). Col Concordato, il Re rinuncia a entrambe le pretese della Sanzione ma ottiene, tra le altre cose, il diritto di nomina dei vescovi, che saranno poi esaminati e investiti dal papa e giureranno fedeltà alla corona. Che il compromesso avesse una matrice squisitamente politica lo dimostra anche Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., pp.793-839. Resterà in vigore fino al 1790. Cfr. Padoa Schioppa, *Storia del diritto*, cit., pp.233-234

condannano l'empietà della Sanzione ed approvano il Concordato, ivi compreso il titolo sul concubinato¹⁴⁰.

Il provvedimento conosce un'eco straordinaria tra i giuristi: nel 1536 il Concordato viene pubblicato con l'imponente apparato di Pierre Rebuffi, mentre nel 1550 Bermond Choveron dà alle stampe un minuzioso commentario sul titolo *de publicis concubinariis*, pretesto per un'ampia dissertazione sui *delicta carnis*. Compito dei giuristi è collocare correttamente la bolla nel contesto giuridico, evidenziando la continuità coi principi comuni e rimarcando le novità. Proprio questo sguardo d'insieme permette loro di stigmatizzare l'imprecisione terminologica del testo. Il Papa, per definire l'amante del chierico, parla di «concubina»: a rigore, però, è tale solo la convivente «soluta et corrupta» con la quale non si commette alcun peccato diverso dalla *fornicatio simplex*. Essa ha un suo ruolo sociale preciso, inferiore a quello di una *uxor* eppure riconosciuto: il modo stesso di presentarla ai vicini le dona una certa rispettabilità, evitandole la qualifica di *meretrix* e garantendole persino alcuni diritti patrimoniali. La definizione di «concubina» adoperata nella bolla, pertanto, non può coincidere con la ristretta etichetta civilistica¹⁴¹: altrimenti, si escluderebbero dal campo d'applicazione proprio i casi più scandalosi. Sarebbe più corretto parlare di «focaria»: termine generico che comprende qualsiasi convivente impudica, anche adultera o incestuosa¹⁴². I giuristi cominciano a interrogarsi sulla perseguibilità femminile, che la lettera del provvedimento aveva lasciato in ombra; si va verso l'ampliamento della punibilità, riconoscendo la concorrenza del giudice ecclesiastico e di quello secolare¹⁴³. La bolla comporta, in capo al vescovo, l'obbligatorietà dell'azione penale, introducendo un giudizio sommario caratterizzato dall'immediatezza¹⁴⁴. Una giustizia inesorabile verso i concubinari notori è, per converso, una giustizia che non si

¹⁴⁰ Col documento *Pastor aeternus gregem* del 19 dicembre 1516. Il paragrafo sul concubinato, del tutto eguale al testo di Basilea, è riportato in *Liber Septimus*, 5.16.1.

¹⁴¹ Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., pp.409-411 individua nove requisiti per poter definire *de iure civili* una concubina. Siamo ormai agli sgoccioli: la repressione tridentina trasformerà ogni concubina in *dishonesta*; ma nelle pagine di questi autori, che scrivono pochi anni prima del grande Concilio, il concubinato romano è ancora visibile.

¹⁴² «Papa hic improprie et incivilter loquitur, eo, quia talis mulier proprie non dicitur concubina, sed potius lex illam appellat focariam»: Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.405. Cfr. anche le pp.406-418. Dello stesso avviso Rebuffi, *Concordata*, cit., p.225. Che la *ratio perseguendi* ruoti intorno allo scandalo è ben chiaro ai giuristi. «Tria mala oriuntur (...) Primum quod propter istum concubinatum publicum corda aliorum maxime laicorum scandalizantur. Secundo vituperatur officium ecclesiasticum. Tertio praebetur aliis materia peccandi»: Rebuffi, *Concordata*, cit., p.229. Cfr. Farinacci, *Practica*, cit., pars quarta, q.CXXXVIII, n.6, p.441.

¹⁴³ La concubina, non rientrando nella *familia* del chierico, non gode del privilegio del foro: per questo la competenza ecclesiastica non è esclusiva. Ella ha trasgredito una «lex regni facta a Papa et Rege»: pertanto, il giudice secolare è abilitato castigarla, purché il fatto sia notorio. Laddove non sorge lo scandalo, invece, conviene che la punizione sia riservata alla Chiesa, che agirà con maggiore discrezione. Rebuffi, *Concordata*, cit., pp.232-233; Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., pp.651-655.

¹⁴⁴ Il testo si limita ad utilizzare l'avverbio «mox», che nel vocabolario giuridico del tempo implica un procedimento sommario. «Mox, idem significat, quod confestim (...) importatque ministerium iuris, et iudicium summarium (...) Et ideo lex dicit, tale quid fiat, mox, ut in isto textu non desiderat strepitum iudicij». Di certo, il termine rimane generico, per cui sarà l'*arbitrium praelati* a definire il momento opportuno per inoltrare la *monitio*. Resta però, come il dato di fondo, «ut summarie et ordine iuris non servato procedat». Più avanti, la bolla adopera la clausola «omnibus modis» che implica la negazione di ogni eccezione, dispensa, grazia e appello. Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., pp.391-395, 589 e 637-637.

ritorce contro chi sa occultare il peccato¹⁴⁵. Troppe volte i tribunali ecclesiastici hanno proceduto senza previa *monitio*, o nei confronti di crimini occulti: la bolla, rigorosamente interpretata, non consente usi persecutori¹⁴⁶. Ciò non toglie che, in queste opere, si coglie uno spirito nuovo, che prelude alla Controriforma. Pierre Rebuffi invoca il castigo divino contro tali chierici «*furiosos*», verso i quali ci si è mostrati troppo indulgenti: come la tela del ragno, la giustizia ecclesiastica «*capit parvas muscas, et magnas dimittit*». Adesso, però, è tempo che i vescovi comincino «*a maioribus (...) ut alii in exemplo illorum terreantur*»¹⁴⁷. Con velenosa allusione, il canonista di Montpellier stigmatizza alcuni agostiniani «*magis voluptatibus additi, et cum mulieribus conversantes, quam seculares*»¹⁴⁸. Anche nei confronti dei laici, però, la tolleranza si sta esaurendo. Se a Basilea i Padri si erano limitati a un semplice richiamo, Choveron approfitta per specificare che nemmeno ai re, per ragioni dinastiche, è consentito sposare una seconda moglie, data la sterilità della prima. Si tratta di una norma di *ius divinum* da cui nemmeno il papa può dispensare. Implicita la polemica contro Enrico VIII che, frattanto, aveva allontanato Caterina d'Aragona per Anna Bolena (1533)¹⁴⁹.

Mentre la dottrina s'interessa alla questione, anche l'azione disciplinare conosce una svolta: alcuni vescovi, come il veronese Gian Matteo Giberti (1524-1543), inaugurano le prime campagne di moralizzazione¹⁵⁰. Il caso fiorentino mostra un incremento numerico dei procedimenti *ex officio* per trasgressioni sessuali – ivi compreso lo *stuprum* – già a partire dal 1517 (data in cui vengono promulgate le costituzioni diocesane sotto gli auspici del futuro Clemente VII). «Sono anni cruciali, che segnano una fase di passaggio dalla

¹⁴⁵ «In foro contentioso iura punientia absolute concubinarios, intelliguntur præcipue de publicis, et non de occultis; quia peccata latentia in hoc seculo non habent vindicta (...) quia ecclesia non iudicat de occultis, sed iudicio divino relinquit»: Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.279.

¹⁴⁶ Così Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., pp.397-399. In passato Alessandro Tartagni, distorcendo la lettera dei capitoli *Sicut* e *Si autem*, aveva ritenuto «in arbitrium prælati prius monere, vel privare, vel suspendere»; sia Choveron che Rebuffi si mostrano contrari a tale compressione del procedimento, che finisce per ridursi alla mera condanna. Cfr. Rebuffi, *Concordata*, cit., p.225. Tartagni, è bene sottolinearlo, scrive dopo Basilea ma ne trascura totalmente il decreto: evidentemente, i deliberati di quel Concilio così tormentato avevano avuto scarso seguito. La bolla di Leone X, benché ripetitiva, si rende necessaria per dare forza a quel canone caduto in oblio (tra i criminalisti, solo Deciani ne ricorda l'origine svizzera: gli altri lo ricordano come opera di papa Medici). Un'operazione riuscita: a partire dal Concordato, la dottrina comincia a prendere sul serio la procedura ivi prescritta.

¹⁴⁷ Rebuffi, *Concordata*, cit., p.230: da notare l'invocazione a Dio con la formula «*Exurge Domine*» (Sal XLIV) che, evidentemente, richiama un provvedimento ben più famoso.

¹⁴⁸ «Non insequentes suum magnum beatum Augustinum, sed animas diabolis committentes. Prohdolor videre albis vestibus indutos, tot inquinamentis denigratos, totque mala exempla præbentes, non cogitantes se morituros, et de omnibus rationem reddituros (...) nisi convertantur ad Dominum». Bersaglio della polemica è, senza dubbio, Martin Lutero che nel 1525 aveva sposato l'ex monaca Caterina Bora, da cui ebbe sei figli. L'autore scrive nel 1536, dopo il clamoroso matrimonio ma prima della morte del teologo. I toni sono esasperati, ma l'arringa si conclude con una pallida speranza di ravvedimento: Rebuffi, *Concordata*, cit., p.232.

¹⁴⁹ Commentando la formula «*Monemus omnes laicos, tam uxoratos, quam solutos, ut similiter a concubinato abstineant: nimis enim reprehensibilis est, qui uxorem habet, et ad aliam uxorem seu mulierem accedit*» scrive Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., pp.858-859: «Papa non potest dispensare pro Rege habente sterilem uxorem, ut aliam ducat in uxorem, vel teneat concubinam (...) concubinatus est sub præcepto Decalogi, contra quod Papa non potest dispensare». In punto di diritto, la situazione dell'adultero Enrico è peggiore di quella di Lutero. Il celibato, infatti, è norma di *ius humanum*, quindi teoricamente dispensabile da parte del papa.

¹⁵⁰ Romeo, *Amori proibiti*, cit., p.1.

tolleranza (...) ad un atteggiamento di più rigida moralizzazione di costumi»¹⁵¹. Quella pazienza di cui aveva parlato l'Abbas, alle soglie del Concilio di Basilea, comincia a sembrare «doctrina periculosa»: non si può soprassedere sul cattivo esempio in nome del male minore¹⁵². La polemica protestante aveva preso di mira la condiscendenza cattolica, dietro la quale si celavano non pochi abusi¹⁵³. Nel 1523, la Dieta di Norimberga, presieduta da Carlo V, elabora i suoi *Centum gravamina* indirizzati al pontefice Adriano VI. Nel chiedere un Concilio per risolvere lo scisma, i principi sottolineano in ben tre punti l'esigenza d'intervenire seriamente sul concubinato di chierici e laici. Oggetto delle doglianze l'avidità dei giudici ecclesiastici, pronti a chiudere un occhio in cambio di un periodico esborso di danaro¹⁵⁴. Talora, l'irragionevole pretesa si rivolge contro gli stessi celibi, assumendo le sembianze di una vera e propria estorsione¹⁵⁵.

¹⁵¹ «Le costituzioni sindodali fiorentine del 1517 (...) segnarono un momento alto della volontà di repressione. Quel che è interessante osservare è che il controllo su bigami, concubini, adulteri, seduttori, mogli in fuga non è successivo al concilio di Trento. Gli anni Trenta-Sessanta del Cinquecento sono fitti di procedimenti ex officio, oppure su querela ma poi assunti in prima persona dal giudice»: Lombardi, *Matrimoni di Antico Regime*, cit., pp.164-165.

¹⁵² Se ne convincerà Farinacci, *Practica*, cit., pars IV, q.CXXXVIII, n.79, p.448: ma Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., pp.307-308 aderisce ancora alla tesi del Panormitano.

¹⁵³ Da parte sua, Lutero provò a risolvere il problema in radice, consentendo il matrimonio ai pastori; già nello scritto *Alla nobiltà cristiana di nazione tedesca* (1520) aveva condannato come tirannico l'obbligo di celibato, imposto dal Papato medievale. Nondimeno, restava una feroce ostilità verso quanti intrattenevano relazioni *more uxorio*. «Los clérigos romanos a menudo mantenían concubinas o, cosa aún peor, satisfacían pasiones sexuales antinaturales con otros hombres. Resultaba irónico, declaró Melanchthon, que el celibado no promoviera en absoluto la pureza sexual, pues las personas casadas eran, frecuentemente, más castas que el clero célibe (...) Por consiguiente, la Reforma ofreció a los sacerdotes que tenían concubinas la oportunidad de regularizar su situación doméstica y al mismo tiempo de legitimar a sus retoños. Tal fue una oportunidad que aceptó un número considerable de clérigos»: Brundage, *La ley*, cit., p.546.

¹⁵⁴ «Præterea officiales auri sacra pellecti fame, usuras ac pecuniæ foenus illicitum nedum non interdunt, sed et passim permittunt, fovent ac tutantur. Insuper etiam clericos religiososque et seculares, accepto ab eisdem annuo censu, publice cum suis concubinis, pellicibus, et aliis id genus meretricibus, illegitime cohabitare, liberosque procreare sinunt: quæres ambæ quantum scandali, periculi, detrimenti, fortunis, animabus, et corporibus pariant, non est quod recenseatur: cum nemo id, nisi talpa cæcutiat magis, non videat»; «Præterea contigit aliquando: quod alter conjugum belli, votorum, seu alia quapiam causa peregre proficiscatur: qui si aliquando diutius, quam alterius conferat libidini, absit, tum officialis alteri, pacta tamen numerataque prius mercede satis magna, cum alia victitare persona ac cohabitare indulget, non præhabita prius diligenti vestigatione, superstesne sit absens conjunx, an naturæ concesserit. Et ne hoc eorum factum a quoquam calumniari possit, tolerantia nomen ei, non sine magno mortalium offendiculo, sanctique matrimonii contemptu indiderunt»: Sacri Romani Imperii principum ac procerum gravamina centum, capp.LVII, parr.LXXV-LXXVI, in Georgii, *Imperatorum Imperiique principum ac procerum totiusque nationis germanicæ gravamina adversus Sedem Romanam totumque ecclesiasticum ordinem*, Francofurti – Lipsiæ 1725, pp.466-471. Tali abusi, in realtà, vanno posti in stretta connessione con la prima rimostranza proposta dal documento: l'uso disinvolto della dispensa, che in via di principio può derogare alle regole di diritto umano. Chiaro che si può essere dispensati dal celibato: ma per consentire un matrimonio, non certo un concubinato! Ferma rimane, d'altra parte, l'esecrabilità di un permesso accordato per pure ragioni di lucro. I *Gravamina* sono espressione di una fase ancora acerba: si confida nel Concilio per superare la crisi (posizione di Carlo V), ma le questioni sollevate rispecchiano a pieno le insofferenze protestanti (di cui si fanno portavoce diversi principi). L'atto, però, non sembra focalizzarsi troppo su aspetti teologici, quanto su quelle forzature giuridiche – più o meno abusive – che hanno destato il malcontento tedesco: decime, benefici, giustizia ecclesiastica, elemosine.

¹⁵⁵ «Item in locis plerisque Episcopi et eorum officiales non solum sacerdotum tolerant concubinatum dummodo certa persolvatur pecunia: sed et sacerdotes continentis, et qui absque concubinis degunt, concubinatus census persolvere cogunt: asserentes, Episcopum pecuniæ indigum esse: qua soluta, licere sacerdotibus, ut vel celibe permaneant, vel concubinas alant. Quam res hæc sit nefanda, nemo non intelligit»:

Il clima si è arroventato da tempo: nondimento, il 1563 segna una data fondamentale per la repressione delle relazioni illegittime. Nella Sessione XXIV del Concilio di Trento viene finalmente promulgata la riforma del matrimonio, ivi compreso un importante capitolo su adulterio e concubinato notori. La norma mostra l'impronta della tradizione fin qui descritta, ma evidenzia un elemento di assoluta novità: a differenza dei decreti lateranensi, il procedimento sommario non si rivolge ai chierici, ma ai fedeli. Anche per questo, la condanna delle convivenze adulterine è più marcata. Sin dalle prime sedute del 1547, i Padri avevano pensato specificamente a tale aspetto: solo in seguito decidono di ampliare la portata, sanzionando anche il concubinato tra *soluti*¹⁵⁶. La relazione *more uxorio* preoccupa più dell'adulterio *una tantum* perché in grado di costituire un'alternativa a quel Sacramento che si vuol disciplinare: ciò giustifica un procedimento sbrigativo ed efficace. L'*iter* da osservare è descritto in modo puntiglioso: di fronte alla pubblicità del reato, il vescovo – senza attendere alcuna formalità probatoria – può attivarsi *ex officio* inviando tre successive *monitiones*. In caso di riluttanza si procederà alla scomunica, che sarà tolta solo qualora cessi lo stato di peccato. Passato un anno dalla censura, però, l'ordinario dovrà procedere severamente ricorrendo alla coazione e alle sanzioni vendicative (la norma fa espressamente salve le «*aliis poenis, contra adulteros et concubinarios inflictis*»). Importante notare come questo meccanismo valga anche per le donne: mentre i concili precedenti avevano considerato le concubine come soggetto meramente passivo – destinatarie dell'esecuzione (separazione forzosa) senz'alcun coinvolgimento nella procedura pregressa – a Trento si precisa che le ammonizioni vanno rivolte anche nei loro confronti, prima di procedere all'allontanamento dalla città o dalla diocesi¹⁵⁷. C'è, però, un'altra grave conseguenza: in via generale, una norma della sessione successiva considera sospetto di eresia chi resta impenitente a un anno dalla censura: cosa che legittima l'inquisizione antiereticale contro l'*insordesciente*¹⁵⁸.

Sacri Romani Imperii principum ac procerum gravamina centum, cit., cap.LXX, par.XCI, pp.486-488. Cfr. Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXX, n.8, p.137.

¹⁵⁶ Zarri, *Recinti. Donne, clausura e matrimonio nella prima età moderna*, Bologna 2000, pp.203-205. Sulla normativa tridentina, cfr. Romeo, *Amori proibiti*, cit., pp.19-21

¹⁵⁷ Concilio di Trento, sess.XXIV, cap.VIII de reformatione circa matrimonium: «Grave peccatum est, homines solutos concubinas habere, gravissimum vero et in huius magni sacramenti singularem contemptum admissum, uxoratos quoque in hoc damnationis statu vivere, ac audere, eas quandoque domi, etiam cum uxoribus, alere et retinere. Quare ut huic tanto malo sancta synodo opportunis remediis provideat, statuit, huiusmodi concubinarios, tam solutos quam uxoratos, cuiuscumque status, dignitatis et conditionis existant, si, postquam ab ordinario, etiam ex officio, ter admoniti ea de re fuerint, concubinas non eiecerint, seque ab earum consuetudine non se iunxerint, excommunicatione feriendos esse, a qua non absolvantur, donec re ipsa admonitioni factæ paruerint. Quodsi in concubinato per annum, censuris neglectis, permanserint, contra eos ab ordinario severe pro qualitate criminis procedatur. Mulieres, sive coniugatæ sive solutæ, quæ cum adulteris seu concubinariis publice vivunt, si ter admonitæ non paruerint, ab ordinariis locorum, nullo etiam requirente, ex officio graviter pro modo culpæ puniantur et extra oppidum vel diocesim, si id eisdem ordinariis videbitur, invocato, si opus fuerit, brachio sæculari, eiiciantur; aliis poenis, contra adulteros et concubinarios inflictis, in suo robore permanentibus».

¹⁵⁸ Chiamando in causa, laddove presente, il Sant'Uffizio: Concilio di Trento, sess.XXV, cap.III de reformatione generali. Tuttavia, una pronuncia del Sant'Uffizio datata 1588 esclude che questo meccanismo generale possa essere attivato contro i concubini ostinati. Nel 1629, la Congregazione torna sul punto esprimendosi in senso opposto: Romeo, *Amori proibiti*, cit., pp.22-23 e 153. Le fonti d'archivio attestano il ricorso a tale procedura. Non per questo si può concludere – come sostiene Canosa, *Sessualità e inquisizione*, cit., pp.171-176 – che i giudici ecclesiastici sfruttino l'eresia come pretesto per forzare i concubini. A ben

D'altro canto, l'esperienza dimostra una spiccata resistenza da parte dei concubini. Questo perché «nella maggior parte dei casi siamo di fronte a una separazione di fatto: una delle parti è già sposata e vive separata dal coniuge legittimo (...) si tratta spesso di vedove bianche, i cui coniugi sono assenti da molti anni, scomparsi o lontani per cause di forza maggiore o per scelta, oppure, viceversa, presenti e vicini, ma incapaci o maldisposti a condurre una vita di coppia»¹⁵⁹. Talora si tratta di rapporti tra chierici e perpetue, magari dotate di una certa stabilità¹⁶⁰. Spesso accade che le donne si difendano sostenendo l'inevitabilità della scelta: ragioni di sussistenza che, pur trovando comprensione nella comunità, lasciano indifferenti le corti¹⁶¹. Ma se il risultato è inflessibile – e non potrebbe non esser tale in un procedimento per notorio – molto meno scontata *ex ante* è l'attivazione del procedimento. Le ricerche hanno ampiamente smentito l'inesorabile automatismo di questi meccanismi: se disciplinamento fu, non sembra invece corretto parlare di una soffocante «caccia ai concubini» senza quartiere e senza eccezioni¹⁶². Il margine di mediazione, apparentemente assente, è garantito dall'intreccio tra il concetto di notorio e quello di scandalo. Laddove la relazione non desti particolare allarme, vuoi per il comportamento dei concubini vuoi per la maggior accondiscendenza del vicinato, il fatto non turba le coscienze e non assurge a *notitia criminis*. Logico che il parroco – che è ufficiale del vescovo – conosce abbastanza bene ciò che avviene nel suo territorio. Ma «il livello di tolleranza, da parte del clero secolare, è alto, soprattutto quando entrambi i partner sono celibi». Ad ogni modo, il curato proverà ad agire come giudice della coscienza, intimando la separazione in confessionale; non di rado, di fronte a un impegno del penitente, non differirà nemmeno l'assoluzione. È solo con l'insorgere dello *scandalum* che questa sopportazione, per forza di cose, viene meno: egli è tenuto a denunciare un fatto

vedere, i casi narrati dallo Studioso dimostrano esattamente il contrario. Il Sant'Uffizio – appurato che il reato era sì avvenuto, ma senza convinzioni eterodosse – rilascia il reo senza sentenza, limitandosi ad alcune raccomandazioni. Anche il caso narrato da Fosi, *La giustizia del Papa*, cit., pp.45-47 mostra una delimitazione ben precisa tra «scandalo» ed «eresia».

¹⁵⁹ Luperini, *Il gioco dello scandalo. Concubinato, tribunali e comunità nella diocesi di Pisa (1597)*, in Seidel Menchi – Quaglioni, *Trasgressioni*, cit., p.387. Ma anche la dottrina sa bene quanto i conviventi siano restii alla separazione. «Quos diabolus coniunxit, difficile est separare, ut sunt hi concubinarii (...) Et sicut ebrius non posset se dissolvere statim a vino, ita fatuus concubinarius a sua ganea»: Rebuffi, *Concordata*, cit., p.216.

¹⁶⁰ Relazioni che non necessariamente destano l'indignazione della parrocchia, se il curato è ben voluto: Di Simplicio, *Peccato*, cit., pp.119 e 165-173. Il fenomeno aveva assunto proporzioni enormi: secondo il rappresentante del Duca di Baviera al Concilio, in quel territorio il 96% dei chierici manteneva una concubina. Per questo, a Trento, alcuni si erano interrogati sull'abolizione del celibato: Brundage, *La ley*, cit., pp.556-557.

¹⁶¹ Frequentemente le donne sostengono che il concubinato evita loro il meretricio, cui sarebbero condannate da una vita grama: un male minore che la Chiesa non può accettare. Cfr. il caso esaminato da Luperini, *Il gioco dello scandalo*, cit., pp.389-391.

¹⁶² Come fa invece Brambilla, *La giustizia intollerante*, cit., p.156. Di Simplicio, *Peccato*, cit., pp.186-187 e 198-199 delinea un capillare sistema burocratico capace di condizionare il comportamento della società e scatenare un «clima di isteria» collettiva e delazione diffusa: ma stesso i dati citati a p.185, n.6 sembrano smentire tale conclusione, testimoniando piuttosto l'inerzia dei parroci. Le ricerche di Romeo, *Amori proibiti*, cit., pp.38-39, 119, 125 e 129 dimostrano che nella Diocesi napoletana, nella fase 1563-1600, la Curia rimane sostanzialmente inerte (16 procedimenti in tutto). A partire da inizio Seicento i numeri crescono sensibilmente: ogni anno vengono attivate centinaia di procedure (343 solo tra 1613 e 1614, in un biennio particolarmente intenso). Fino a metà Settecento, il ritmo si mantiene costante (l'Autore stima, in tutto, circa 7000 cause). Ciononostante, anche nell'capitale del Mezzogiorno si registrano resistenze significative (pp.116-117) che sminuiscono il paradigma repressivo o, quanto meno, la sua effettiva efficacia.

ormai notorio, che perciò non ricade sotto il sigillo confessionale¹⁶³. Un salto di qualità che, evidentemente, non è nelle mani delle istituzioni. È la comunità, coi suoi umori inevitabilmente variabili, ad essere protagonista dello scandalo, vero arbitro della sua intollerabilità. Il popolo non protesta contro il fatto in sé, ma contro una condotta sfacciata che turba la sua tranquillità; non di rado, dietro l'indignazione si nascondono motivi più profondi, legati a una cattiva integrazione dei concubini nel tessuto sociale. Il pregiudizio sulla persona resta criterio che assomma accusa, prova e giudizio: di fronte a questo, il potere si limita ad eseguire un ostracismo che proviene dal basso¹⁶⁴. Il notorio, allora, è uno strumento nelle mani della comunità vicinale, mentre il disciplinamento si rivela processo biunivoco: l'offerta di strumenti correzionali soddisfa la domanda popolare, in un circolo in cui è difficile stabilire priorità cronologiche.

Sembra opportuno, a questo punto, chiarire alcuni equivoci che Elena Brambilla ha più volte proposto nella sua disamina del procedimento tridentino¹⁶⁵. La Studiosa si sofferma sul ruolo dei parroci come rete inquisitoriale diffusa sul territorio: in merito ai reati sessuali, parla di una vera e propria «polizia correzionale o di buon costume»¹⁶⁶. Gli esempi adottati giustificano solo in parte il discorso, giuridicamente piuttosto impreciso. Per prima cosa, va specificato che i canoni tridentini stabiliscono l'uso della *monitio*, mentre tacciono del *præceptum*: entrambi costituiscono *remedia poenalia*, ma solo il secondo prevede l'automaticità della pena (quindi, la scomunica *ipso facto* per inadempienza)¹⁶⁷. L'ammonizione, invece, è solo un richiamo preliminare: per giungere

¹⁶³ Lombardi, Matrimoni di Antico Regime, cit., p.166. A Siena, un provvedimento vescovile del 1598 sanziona le mancate denunce con la pena di 5 scudi: Di Simplicio, Peccato, cit., p.183.

¹⁶⁴ «Il fatto che tutti i processi riguardino coppie che da molto tempo ormai vivono in concubinato lascia pensare che tanto la repressione ecclesiastica quanto il controllo comunitario mostrassero inizialmente una certa tolleranza verso quelle di formazioni più recente, forse nell'attesa che esse regolarizzassero in breve la loro unione o forse – e questo (...) è il sentimento più diffuso – perché in realtà il concubinato non rappresentava di per sé motivo di scandalo. A ben vedere, infatti, i processi vengono istruiti quando i comportamenti sono devianti rispetto agli equilibri e alle regole locali: per esempio, se le gravidanze di una concubina sono molte, troppe per poter essere tollerate. I concubini che conducono una vita discreta e prudente non devono temere le ire e i sospetti della comunità. Quello che sta a cuore, infatti, è la tutela della pacifica convivenza comunitaria e delle regole ad essa sottese; quanto pertiene alla vita intima, privata diremmo, non costituisce di per sé un parametro di giudizio (...) La comunità ha dunque un ruolo attivo perché, decidendo quando gridare allo scandalo e quando restare passiva nei confronti delle autorità, costruisce, a suo modo, i criteri che regolano non solo l'intervento della giustizia, ma anche i comportamenti interni dei suoi membri»: Luperini, Il gioco dello scandalo, cit., pp.392-399. Anche nei confronti dei chierici concubinari «i disordini sessuali sono una delle voci ricorrenti, ma non l'elemento di rottura (...) Sono altre le cose gravi per le comunità, nel governo delle Chiese locali: l'avidità, l'amministrazione autoritaria della confessione dei peccati, la pretesa di scegliere i predicatori quaresimali senza tener conto delle loro richieste. Il carattere strumentale di una parte consistente delle querele a sfondo sessuali risalta con chiarezza ancora maggiore nei centri agricoli, dove spesso il clero locale gestisce proprietà terriere e svolge attività economiche»: Mancino – Romeo, Clero criminale, cit., pp.95-96, 152-162 e 166-173 (la cit. è a pp.153-154).

¹⁶⁵ Brambilla, I casi morali, cit., pp.536-537; Ead., La giustizia intollerante, cit., pp.149-153.

¹⁶⁶ Brambilla, La giustizia intollerante, cit., p.149. La definizione, di per sé, non sembra impropria: il concetto di buon costume, tipico dei codici ottocenteschi, compare per la prima volta in questi anni con specifico riferimento a Roma e ai birri del Tribunale del Vicario. L'Età confessionale vede crescere la regolamentazione di feste, balli, prostituzione, taverne: e tutto questo costituisce la materia di una nuova scienza che prende il nome di *politia*. Cfr. Schiera, Nascita della modernità e scienza di polizia, in Filosofia politica, II (1988), 2, pp.141-147.

¹⁶⁷ Questo genere di scomunica, che scatta dopo la scadenza di un termine perentorio, costituisce un *tertium genus* rispetto alla scomunica *sententiae ferendae* e *late sententiae*: de Dicastillo, Tractatus, cit., de censuris,

alla scomunica *sententiae ferendae* sarà necessario un provvedimento *ad hoc*. Non è vero, dunque, che la *monitio* sia una censura¹⁶⁸ né che comporti la scomunica *ipso facto*¹⁶⁹; questo risultato, però, lo si può raggiungere tramite precetto¹⁷⁰. Fuorviante è l'affermazione per cui la scomunica può essere irrogata anche dal parroco¹⁷¹: questi è giudice del foro interno, non del foro esterno. Può dunque informare il tribunale diocesano – ma solo in casi notori, altrimenti violerebbe il segreto confessionale¹⁷² – ma non può emettere alcun *remedium*, né condannare a titolo personale. Il concetto è chiaro alla dottrina, che al più ammette la delega di giurisdizione¹⁷³ ma non la qualifica di giudice ordinario¹⁷⁴. Il Concilio, d'altro canto, era stato chiaro: «excommunicationes illæ, quæ monitionibus

disp.I, dub.XII, appendix dubium, p.31. Nel precetto può essere minacciata anche la carcerazione per chi non ottempera nei termini. La lettera di Trento, parlando di *monitio*, richiede invece una scomunica *sententiae ferendae*. Né si può invocare, in contrario, il meccanismo elaborato per i chierici da Concilio di Basilea, sess.XX: lì, infatti, la scomunica *ipso facto* non scaturisce dall'ammonizione, ma dal canone stesso.

¹⁶⁸ Come afferma Brambilla, I casi morali, cit., p.538. Le *censuræ* ecclesiastiche altro non sono che le *poenæ medicinales*, mentre la *monitio* è un *remedium*: cfr. de Dicastillo, Tractatus, cit., de censuris, disp.I, dub.II, pp.3-6.

¹⁶⁹ Come sostiene invece Brambilla, I casi morali, cit., p.536; Ead., La giustizia intollerante, cit., p.150.

¹⁷⁰ Tecnica diffusa nella prassi, ma non in virtù dei deliberati conciliari. Il precetto si offriva come uno strumento aggravato rispetto all'ammonizione, adoperato laddove si disperasse dell'efficacia concreta di quest'ultima. Di fronte ad esso, però, i destinatari non restano passivi: il *præceptum* ammette l'opposizione, che può indurre alla revoca del provvedimento. Tra le *excusationes* più comuni: il famulato, la collaborazione, la mancata convivenza, l'età avanzata e persino il pubblico meretricio. Cfr. i casi citati da Di Simplicio, Peccato, cit., pp.169-172, 187-195, 229; Bellabarba, I processi, cit., pp.219-220.

¹⁷¹ Come invece sostiene Brambilla, I casi morali, cit., p.536; Ead., La giustizia intollerante, cit., p.150 e 152.

¹⁷² Così va inteso il caso citato da Brambilla, La giustizia intollerante, cit., pp.164-165: *de iure* il parroco non va a rompere il sigillo, perché non riferisce ciò che sa tramite confessione; riporta, piuttosto, un'*evidentia facti* che tutti conoscono. La consegna annuale della lista degli inconfessi può essere un altro meccanismo che fa scattare il procedimento *ex officio*: in questo caso, però, la *notitia criminis* emerge solo in modo indiretto. Generalmente i parroci non precisano la ragione dell'inadempimento della confessione di precetto: è la Curia che, insospettata, può risalire alla causa. Cfr. Romeo, Amori proibiti, cit., pp.162-163.

¹⁷³ «Sic etiam maritatus tenens concubinam, potest ab Episcopo excommunicari (...) et istud fit per curatos ecclesiarum parochialium diebus dominicis, quibus concubinarij per statuta synodalia iuri conformia excommunicantur»: Choveron, De publicis concubinariis, cit., p.651. In un altro passo, l'Autore è più chiaro nel precisare che il parroco non sta condannando, ma si limita ad una *declaratio*, resa peraltro in nome altrui. La pena, dunque, o è già stata irrogata da altri o è scattata *ipso facto* per manifesta inosservanza del precetto episcopale. «Consuetudo curatorum ecclesiarum parochialium, hoc nobis clare demonstrat, qui singulis diebus dominicis autoritate episcopali in sui acongijis excommunicant, hoc est, declarant excommunicatos concubinarios manifestos»: Id., De publicis concubinariis, cit., pp.114-115.

¹⁷⁴ Il problema si pone con una certa urgenza nel caso di grandi parrocchie o abbazie territoriali. La prassi remota conosce arcipreti e abati che usano poteri di censura analoghi a quelli del vescovo. La dottrina chiarisce che si tratta sempre di delegazione, anche se tollerata a titolo di consuetudine. Si tratta, però, di eccezioni. Diverso è il caso del vicario, che esercita i suoi poteri in nome del vescovo. «Asserendum est (...) omnes qui habent Iurisdictionem Ecclesiasticam ordinariam in exteriori foro habere potestatem ordinariam ferendi Censuras. Huiusmodi sunt Papa, Patriarca, Archiepiscopus, Episcopus (...) Parochi, etiamsi sunt instituti de Iure Divino, non habent potestatem in foro exteriori (...) Posse etiam ferre Censuras omnes illos, qui per delegationem, seu commissionem accipiunt potestatem talem ab illis Prælatiis, qui eam habent ordinariam»: de Dicastillo, Tractatus, cit., de censuris, disp.I, dub.VI, nn.112, 121-122, pp.16-17. «Ad ferendam censuram necessariam esse jurisdictionem fori contentiosi (...) Parochus, sicut non habet potestatem ferendi excommunicationem majorem, ita neque minorem»: Suárez, De censuris, Venetiis 1749, disp.XXIV, sec.III, p.358.

præmissis ad finem revelationis (...) a nemine prorsus præterquam ab episcopo decernantur (...) totum hoc in eius arbitrio et conscientia sit positum»¹⁷⁵.

Al netto di queste osservazioni, che pure smorzano certe interpretazioni troppo esasperate, resta l'impressione che il Concilio inauguri una stagione di moralizzazione attuata con strumenti assai più invasivi di quelli precedenti¹⁷⁶. Rispetto alla lettera dei decreti, peraltro, emerge una prassi alquanto divergente: è l'*arbitrium* a giustificare il ricorso a strumenti generali (come il precetto) che consentono maggior celerità ed efficienza¹⁷⁷. Il procedimento per notorio scaturito a Trento – replicato dai sinodi diocesani¹⁷⁸ e riadattato nella prassi – costituisce, senza dubbio, l'elaborazione penale più avanzata nella lotta agli adulteri, e si rivela davvero capace di penetrare nella quotidianità dei laici. La sua diffusa applicazione garantisce al disciplinamento cattolico un sostanziale successo, col trionfo del matrimonio tridentino.

Parallelamente, la Chiesa si concentra anche sul celibato dei chierici. La successiva Sessione XXV, infatti, integra la normativa sul concubinato prendendo di mira i consacrati¹⁷⁹: rispetto al silenzio di Basilea, si prevede espressamente la duplice *monitio*,

¹⁷⁵ Concilio di Trento, sess.XXV, cap.III *de reformatione generali*. Anche presso i Luterani, d'altra parte, le scomuniche maggiori sono prerogativa dei concistori, non dei parroci: Prodi, Una storia della giustizia, cit., p.259. Non convince neanche l'asserzione per cui il precetto imporrebbe già in sé una *cautio de satisfactione* come garanzia per l'interruzione del concubinato: Brambilla, I casi morali, cit., p.536; Ead., La giustizia intollerante, cit., p.151. Come dimostrano i casi esaminati da Di Simplicio, Peccato, cit., p.229 e Romeo, Amori proibiti, cit., p.114, la *cautio* va prestata dopo che la scomunica è intervenuta, per ottenerne l'assoluzione. A ben vedere, la Studiosa è smentita dalla stessa fonte che allega a suo sostegno: circa la *cautio*, il *Tractatus de casibus reservatis* di Oliverio Mazuchello recita «ea exigenda est in absolutione a quacumque excommunicatione» (il passo è riportato rispettivamente alle note 31 e 7).

¹⁷⁶ Come rilevano Mancino – Romeo, Clero criminale, cit., pp.68-72, la stagione postconciliare vede un significativo aumento delle cause penali nei fori ecclesiastici.

¹⁷⁷ Nella seconda edizione della *Praxis Archiepiscopalis Curiae Neapolitanæ* (1609), «Genovese osservava (...) che i vescovi erano obbligati alla triplice ammonizione formale dei concubini solo quando volevano attivare le procedure di scomunica. Se invece intendevano multarli, erano autorizzati ad intervenire subito, nonostante il decreto conciliare». L'ardita teoria scompare dalle successive versioni, ma testimonia la mentalità arbitraria del tempo. Romeo, Amori proibiti, cit., pp.122-124.

¹⁷⁸ Bellabarba, I processi, cit., pp.198-199 fa l'esempio delle costituzioni della Diocesi di Trento volute da Ludovico Madruzzo (1593). Il capitolo 8 parafrasa il testo conciliare e, rispetto alle precedenti costituzioni di Bernardo Clesio (1538), si caratterizza proprio per l'introduzione della procedibilità *ex officio*: «Mulieres sive conjugatae, sive solutae, quae cum adulteris, seu concubinariis publice vivunt, si ter admonitae non paruerint, ab Ordinariis locorum nullo etiam requirente, ex officio graviter pro modo culpae puniantur, et extra oppidum, vel Diocesim, si id eiusdem Ordinariis videbitur, invocato (si opus fuerit) brachio saeculari, eijciantur; aliis poenis contra adulteros et concubinarios inflictis in suo robore permanentibus».

¹⁷⁹ Concilio di Trento, sess.XXV, cap.XIV *de reformatione generali*: «Quam turpe, ac Clericorum nomine, qui se divino cultui addixerunt, sit indignum, in impudicitiae sordibus, immundoque concubinato versari, satis res ipsa, communi fidelium omnium offensione, sommoque Clericalis militiae dedecore, testatur. Ut igitur ad eam, quam decet, continentiam, ac vitae integritatem ministri Ecclesiae revocentur; populosque hinc eos magis discat revereri, quo illos vita honestiores cognoverit: prohibet sancta Synodus quibuscunque Clericis, ne concubinas, aut alias mulieres, de quibus possit haberi suspicio, in domo, vel extra detinere, aut cum iis ullam consuetudinem habere audeant; alioquin poenis, a sacris Canonibus, vel statutis Ecclesiarum impositas, puniantur. Quod si, a Superioribus moniti, ab iis se non abstinuerint; tertia parte fructuum, obventionum, ac proventuum beneficiorum suorum quorumcunque, et pensionum ipso facto sint privati; quae fabricae Ecclesiae, aut alteri pio loco arbitrio Episcopi applicentur. Sin vero in delicto eodem cum eadem, vel alia foemina, perseverantes secundae monitioni adhuc non paruerint; non tantum fructus omnes, ac proventus suorum beneficiorum, et pensiones eo ipso amittant, qui praedictis locis applicentur; sed etiam a beneficiorum administratione, quoad Ordinarius, etiam uti Sedis Apostolicae delegatus, arbitrabitur, suspendantur; et, si ita

fissando un ordine di sanzioni per ogni successivo inadempimento e precisando la scomunica in caso di recidiva¹⁸⁰. La vera innovazione sta, però, nel venir meno ad ogni parametro di pubblicità. Apprendo all'*occultum*, la norma adotta le precauzioni suggerite da Díaz, qualche decennio addietro, per l'*adulterium*: i vescovi «sine strepitu et figura iudicii, et sola facti veritate inspecta, procedere possint». Agli antipodi del notorio, il processo camerario ne sperimenta – paradossalmente – la stessa sommarietà¹⁸¹.

7. *Processi sommari e concubinato: dall'ispirazione canonica al protagonismo statale*

È possibile riscontrare una versione laica dei modelli di Basilea e Trento? L'intera Storia del *notorium*, come abbiamo visto, è Storia dell'appropriazione laica di un'elaborazione canoninistica. Il caso delle relazioni concubinarie ed adulterine, esaminato dal punto di vista dell'ordinamento castigliano, mostra che tale processo non si riduce a mera imitazione, ma vede un significativo apporto dei poteri secolari, in un intreccio biunivoco di prestiti e innovazioni. Per certi aspetti, la legislazione iberica sembra persino precedere i tempi: come la *Suprema* innova l'Inquisizione medievale e fa da traino al Sant'Uffizio, così le prammatiche dei Re Cattolici prendono l'esempio da Basilea, ma si traducono in strumenti più efficaci, anticipando i concili del XVI secolo. La monarchia spagnola si conferma terreno privilegiato per lo studio di questi fenomeni, perché matura una "spiritualizzazione giuridica" particolarmente precoce¹⁸².

suspensi, nihilominus eas non expellant; aut cum iis etiam versentur; tunc beneficiis, portionibus quibuscunque Ecclesiasticis perpetuo priventur, atque inhabiles, ac indigni quibuscunque honoribus, dignitatibus, beneficiis, ac officiis in posterum reddantur; donec post manifestam vitæ emendationem ab eorum Superioribus cum iis ex causa visum fuerit dispensandum. Sed si, postquam eas semel dimiserint, intermissum consortium repetere, aut alias hujusmodi scandalosas mulieres sibi adungere ausi fuerint: præter prædictas poenas, excommunicatonis gladio plectantur; nec quavis appellatio, aut exemptio prædictam executionem impediatur, aut suspendatur: supradictorumque omnium conditio, non ad Archidiaconos, nec Decanos, aut alios inferiores, sed ad Episcopos ipsos pertineat: qui sine strepitu, et figura iudicii, et sola facti veritate inspecta, procedere possint. Clerici vero beneficia Ecclesiastica, aut pensiones non habentes, juxta delicti, et contumaciæ perseverantiam, et qualitatem ab ipso Episcopo carceris poena, suspensione ab Ordine, ac inhabilitate ad beneficia obtinenda, aliisve modis, juxta sacros Canones, puniantur. Episcopi quoque, quod absit, si ab hujusmodi crimine non abstinerint, et a Synodo Provinciali admoniti, se non emendaverint; ipso facto sint suspensi: et, si perseverent, etiam ad Sanctissimum Romanum Pontificem ab eadem Synodo deferantur; qui pro qualitate culpæ, etiam per privationem, si opus erit, in eos animadvertat».

¹⁸⁰ Contro la quale, peraltro, è testualmente precluso qualsiasi appello: conclusione coerente col regime del *notorium*, come evidenzia Farinacci, *Practica*, cit., pars quarta, q.CXXXVIII, n.80, p.448.

¹⁸¹ Cfr. Farinacci, *Practica*, cit., pars quarta, q.CXXXVIII, n.35, p.444.

¹⁸² Cfr. Escudero López (cur.), *Perfiles jurídicos de la Inquisición española*, Madrid 1986; Bennassar, *Storia dell'Inquisizione spagnola*, Milano 1994; Pérez García, *La criminalización de la sexualidad*, in Fortea Pérez – Gelabert González – Mantecón Movellán (curr.), *Furor et rabies: violencia, conflicto y marginación en la Edad Moderna*, Santander 2002, pp.355-402; Candau Chacón, *Un mundo perseguido: delito sexual y justicia eclesiástica en los tiempos modernos*, in Fortea Pérez – Gelabert González – Mantecón Movellán (curr.), *Furor*, cit., pp.403-432; Dedieu, *La sexualidad ante la Inquisición*, in Fortea Pérez – Gelabert González – Mantecón Movellán (curr.), *Furor*, cit., pp.433-458; García Marín, *Proceso inquisitorial – proceso regio. Las garantías del procesado*, in Romano (cur.), *Intolleranza religiosa e ragion di Stato nell'Europa mediterranea. Inquisizione e Sant'Uffizio*, Milano 2002, pp.39-60; Gacto, *Sobre algunos aspectos del proceso inquisitorial*, in Romano (cur.), *Intolleranza*, cit., pp.15-37; Barahona, *Sex crimes, honour and the law in Early Modern Spain: Vizcaya (1528-1735)*, Toronto 200; Gacto E., *Estudios jurídicos sobre la inquisición española*, Madrid

All'avvento di Ferdinando e Isabella, le relazioni *more uxorio* erano già state prese in considerazione da due disposizioni castigliane. Con la legge di Barbiesca (1387), Giovanni I sanciva la perseguibilità *ex officio* del «hombre casado» che «tenga manceba publicamente»¹⁸³; la norma veniva integrata da una successiva legge di Enrico III (1400) che aggiungeva il caso del celibe convivente con una «muger casada»¹⁸⁴. La donna restava esclusa da tali provvedimenti: proprio come accadrà a Basilea di lì a poco, essa rivestiva un ruolo del tutto passivo agli occhi della giustizia. Il Concilio quattrocentesco poneva il problema della perseguibilità femminile, senza risolverlo: le concubine andavano allontanate, certo, ma sulla configurabilità di un procedimento a loro carico aleggiava un assordante silenzio. Prim'ancora che i commentatori del Lateranense V risolvessero la questione interpretativamente (e che Trento la dirimesse positivamente), i Re Cattolici avevano già chiarito che la «manceba de Clerigo, o Frayle, ò casado» può essere perseguita non solo su accusa o denuncia di qualsivoglia privato, ma anche *ex officio*¹⁸⁵. Fa eccezione la *casada* che convive con un ecclesiastico, la quale può ancora farsi scudo dell'esclusività dell'accusa in capo al marito¹⁸⁶. Ciononostante, rispetto alla normativa precedente, colpisce la sollecitudine nei confronti di quante convivono coi consacrati: il diritto laico comincia a considerare le concubine perché non può aggredire chi gode del *privilegium fori*. Agendo sulla donna, realizza indirettamente lo stesso risultato. Nel giro di una ventina d'anni – tra il 1480 e il 1503 – i sovrani spagnoli mettono a punto una normativa disciplinante che ha come destinatari immediati i sudditi laici, senza però rinunciare a una pressione inedita sugli ecclesiastici. Da veri monarchi moderni, si pongono come tutori delle istituzioni spirituali e concepiscono, allo stesso tempo, la necessità di moralizzare i non consacrati¹⁸⁷. In tal senso, il loro zelo prende sul serio le indicazioni di Basilea e le reinterpreta, precludendo alle istanze del Lateranense V. La procedura descritta appare solo in parte debitrice dell'esempio canonico: quando una «muger sospechosa» convive con un ecclesiastico, i giudici «amonesten apartadamente à las tales mugeres que salgan, i aparten de la casa de tal Clerigo; i si no lo hicieren, que les ponga termino, i pena para que lo hagan; i si dentro del dicho termino no salieren, executen en ellas la dicha pena (...) i las

2012; Álvarez Urcelay, Causando gran escandalo e murmuraçion. Sexualidad y su castigo en Gipuzkoa, Bilbao 2012.

¹⁸³ Nueva Recopilación, 8.19.5.

¹⁸⁴ Nueva Recopilación, 8.19.6.

¹⁸⁵ Nueva Recopilación, 8.19.1.

¹⁸⁶ Nueva Recopilación, 8.19.2. Un compromesso per aggirare casi troppo scabrosi, lì dove la Monarchia rischierebbe di scontrarsi con gli interessi di Chiesa e famiglia; in questo caso, è più prudente lasciare la procedura *ex officio* alle miti corti vescovili. Eccezione strettissima, che esclude ipotesi assai prossime: sia la *coniugata* che convive con un laico, sia la *soluta* che convive con un chierico rientrano infatti nella procedibilità d'ufficio dei tribunali secolari.

¹⁸⁷ Non solo la disciplina sessuale fa dei Re Cattolici dei veri “genitori della Modernità”. Anche l'omogeneizzazione religiosa, con l'introduzione dell'Inquisizione e la cacciata dei Sefarditi, rappresenta un tratto indiscutibilmente confessionale. La spiritualizzazione del diritto si manifesta precocemente nella Penisola iberica: ma questo, forse, non è un caso. Proprio qui, nella seconda metà del Duecento, le *Siete Partidas* avevano introiettato nella legislazione regia interi settori del diritto canonico, pur salvaguardando la competenza dei tribunali ecclesiastici. Alfonso X aveva descritto – con sostanziale fedeltà all'originale – persino la disciplina sessuale dei chierici (*Partidas*, 1.6) e la separazione del toro (*Partidas*, 4.9). Una secolarizzazione parziale, ossequiosa, priva di effetti pratici (si ricordi il ruolo meramente sussidiario dell'opera): ma ideologicamente pregna di significato.

compelan todavia à que se aparten»¹⁸⁸. C'è dunque il meccanismo della *monitio* plurima, ma il *notorium facti permanentis* non si riduce a una negazione del contraddittorio. Diversamente da quanto avviene nei vari canoni conciliari, la legislazione spagnola conserva espressamente alcuni passaggi di garanzia. Come più volte invocato dalla dottrina in tema di *notorium*, restano la citazione, un interrogatorio che permette di scusare le proprie azioni¹⁸⁹ e persino un margine ristrettissimo per l'appello¹⁹⁰. È testuale che il giudizio non possa ridursi a una mera esecuzione¹⁹¹.

Nelle grandi ordinanze d'inizio secolo non si fa cenno al crimine di concubinato, che inizia a comparire in alcuni statuti italiani non senza ambiguità di fondo. Quelli di Pavia (1505) si limitano a sanzionare le concubine dei chierici¹⁹². Quelli di Chiusi (1538) e di Macerata (1553) continuano, romanisticamente, a sanzionare chi conosce la serva o concubina altrui¹⁹³: tali norme sembrerebbero proteggere la relazione, se non fossero poi contraddette da successivi divieti. Nella piccola realtà toscana si assiste a un più esplicito capitolo contro il concubinato e le convivenze adulterine¹⁹⁴. Relatore Egidio Bossi, una pronuncia del Senato di Milano ammette la punibilità del coito tra *uxoratus* e concubina, a patto che la donna sia mantenuta «in domo cum uxore»¹⁹⁵. Nel suo trattato sul regime giuridico dei figli spuri (1550), l'arcivescovo bolognese Gabriele Paleotti sostiene l'automatica recezione del divieto canonico in ambito secolare, considerando la gravità del peccato¹⁹⁶.

Si tratta, però, di casi isolati. In una realtà significativa come quella napoletana, il *votum IV* di Tommaso Grammatico rifiuta chiaramente le nuove tendenze: la difesa dell'accusato consiste nel dimostrare la *purgatio stupri* e l'esistenza degli altri requisiti del

¹⁸⁸ Nueva Recopilación, 8.19.3.

¹⁸⁹ «Mandamos à las nuestras Justicias que cada i quando esto supieren, llamadas, i oidas las tales personas, i condenadas (...) executen en ellos las penas»: Nueva Recopilación, 8.19.2.

¹⁹⁰ Nueva Recopilación, 8.19.4. La norma, in realtà, è concepita per limitare al massimo le impugnazioni, viste come dispendioso strumento di dilazione da parte di concubine indifendibili. Ma, *a contrario*, ne confermano la presenza.

¹⁹¹ «Las dichas penas no sean executadas, sin lo que primero sean juzgadas»: Nueva Recopilación, 8.19.1.

¹⁹² Statuti di Pavia, 2.25.

¹⁹³ Statuti di Chiusi, 3.23; Statuti di Macerata, 3.96. Dopo Trento, Farinacci, *Practica*, cit., pars quarta, q.CXLI, n.94, p.473 continuerà a giudicare punibile questo coito, escludendone però la sussumibilità all'adulterio.

¹⁹⁴ Statuti di Chiusi, 3.23: «Se alcuno havente moglie terrà concubina pubblicamente nella casa dove tiene moglie sua sia punito per ciascuno giorno che la terrà in soldi vinti, et se quella terrà in altra casa appartata o in altro loco caschi in pena di soldi dieci el dì: nela quale pena similmente incurgha decta donna consentiente ale cose predecite in caso non habbia marito; ma si alcuni terrà concubina neli modi predeciti e non havarà moglie sia condannato nela metà manco di decta pena tanto l'homo quanto la donna non havente marito».

¹⁹⁵ Ci si limita però a un'ipotesi strettissima, sfruttando l'appiglio di C.5.26.1: «Nemini licentia concedatur constante matrimonio concubinam penes se habere». Lo stesso Bossi ammette che «cæterum ubi ad eam accederet extra domum, ut sæpe amatores ad amicas suas accedere solent, tunc esset stuprum si concurrent qualitates stupri». Fuori da questo caso, il tradimento resta impunito. Scopo della pronuncia, a ben vedere, non è quello di affermare l'adulterio maschile, né quello di vietare le relazioni *more uxorio*, ma di perseguire una scandalosa bigamia di fatto. Nondimando, l'Autore ritiene impunito l'uomo *solutus* che mantiene due concubine. Cfr. Bossi, *Tractatus*, cit., fol.190A e 191B.

¹⁹⁶ «Debet Ius civile in hac re cum Iure Canonum omnino consentire, cum ubi peccati suspicio aliqua subest, una omnibus prævaleat lex Pontificia»: Paleotti, *Tractatus de nothis et spuris filiiis*, Francoforti 1597, cap.XII, n.11, p.80

concubinato, presupponendone la liceità¹⁹⁷. Anche dopo Trento (1563), il delitto sarà introdotto solo in poche realtà particolarmente esposte alla tensione confessionale¹⁹⁸: lo stesso Pio V circoscrive quel canone alla giustizia ecclesiastica¹⁹⁹. In quei luoghi, peraltro, il decreto conciliare funge più da stimolo che da modello. Si resta nel campo del *notorium*, senza tuttavia imitare pedissequamente le scansioni del procedimento tridentino.

Il fenomeno si rivela più marcato nei territori protestanti, dove il depotenziamento della giustizia ecclesiastica permette alle corti laiche la cognizione di ogni trasgressione sessuale. L'illiceità penale del concubinato non suscita alcun dubbio: in Sassonia, l'*Ordinatio provincialis* di Maurizio I (1550) esplicita l'introduzione del divieto²⁰⁰. L'esigenza disciplinare si esprime in tempi persino anteriori alla svolta tridentina. Con la *Constitutio Electoratus* (1572), Augusto I vieterà persino la *fornicatio simplex*: si distingue tra prostituzione pubblica e trasgressione privata, ma in entrambe sono previste pene afflittive, sia per le donne che per gli uomini. Si configura un procedimento sommario: il meretricio, per sua stessa natura, è notorio; nell'altra ipotesi, si procede solo in caso di *deprehensio*²⁰¹. Anche qui, l'imitazione dei meccanismi canonici risulta imperfetta (a maggior ragione in virtù dello scisma): ma più esplicito appare l'intento di secolarizzarne le fattispecie sostanziali. La spiritualizzazione del diritto è uno strumento chiave per la costruzione dei nuovi ordinamenti tedeschi. Comportamenti tradizionalmente esclusi dal raggio d'azione secolare – un tempo lasciati a una giustizia canonica più o meno distratta – diventano la nuova frontiera del penale laico, mai come adesso intriso di moralismo²⁰².

¹⁹⁷ Non riuscendo a dimostrare alcuni requisiti, il reo perde la causa. Ma proprio questo dimostra come il concubinato fosse ancora lecito: Grammatico, *Consilia*, cit., vot. IV, foll.129B-131B. Posizione successivamente ribadita da de Franchis, *Decisiones*, cit., dec.CCXL, n.17, fol.129B.

¹⁹⁸ Ad esempio: nel 1570, Statuti di Rovereto, 2.224; nel 1580, Statuti di Roma, 2.54. A Milano, Giulio Claro – che pubblica la *Practica* cinque anni dopo la chiusura del Concilio – continua risolutamente a negare la competenza secolare. «Atque ita videmus servari de consuetudine, quæ est optima legum interpres, quia iudices seculares regular iter hoc crimen non puniunt nisi quatenus requisiti ab ecclesiasticis brachium suum impartiuntur»: Claro, *Practica*, cit., par.Fornicatio, n.6, fol.54A. Posizione rigidamente tradizionale, d'impronta laica, che tace sul parziale distinguo suggerito dal predecessore Bossi, *Tractatus*, cit., fol.190A: «quod concubinæ clericorum sunt puniendæ per ecclesiasticum, intelligo de secretis, et non de patentibus». La questione sembra parzialmente riaperta dalla successiva *additio* n.9, fol.36B di Baiardo, che riprende l'intuizione di Bossi: «Iudex secularis non potest procedere ex officio contra mulierem occulte fornicantem, cum clerico in sacris, sive in minoribus constituto: secus autem, si clericus notorie, et publice cum ea fornicetur quia tunc iudex secularis illam mulierem punire poterit».

¹⁹⁹ «Monemus præterea omnes locorum Ordinarios, et in virtute sanctæ obedientiæ eis præcipimus ut statuta Tridentini Concilii contra concubenarios, tam clericos quam laicos, edita, districtè faciant observari reddituri Deo ac nobis, si id omiserint, rationem». Il capitolo 11 della bolla *Cum primum apostolatus* non suscita dubbi: laddove il Papa vuol vincolare i giudici secolari in virtù della sua potestà temporale, lo specifica. Cfr. *Magnum Bullarium Romanum*, t.II, cit., p.180. Appare dunque isolata l'affermazione «concubinatum omni jure prohibitum» di Farinacci, *Practica*, cit., pars quarta, q.CXXXVIII, n.32, p.444. L'Autore, tra i giuristi italiani, si conferma il più incline all'aspirazione religiosa del diritto penale.

²⁰⁰ Lo attesta Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXX, nn.38-42, p.139.

²⁰¹ *Constitutio Electoratus*, 4.28. Cfr. Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXX, nn.15-34 e 43, pp.137-139.

²⁰² Carpzov cita i trattati politici di Bucero ed Heresbach per suffragare la sua contrarietà alla prostituzione: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXX, n.13, p.137. Che la tendenza italiana e perfino pontificia sia perlopiù diversa, è confermato da Caballo, *Resolutiones*, cit., cent.II, casus CC, n.85, p.383: «Non obstat quod iure canonico omnis coitus præter uxorium sit reprobatus (...) quia hoc verum est respectu peccati, et in foro poli, non autem respectu poenæ in foro fori imponendæ, quia etiam in terris in temporalibus Ecclesiæ suppositis

8. Un procedimento per i miserabili

La logica solidarista su cui si fondavano gli ordinamenti medievali sopravvive in Età moderna, laddove l'*égalité* non ha ancora spazzato via gli *status*. Così, è possibile identificare un altro tipo di processo sommario, a tutela delle *miserabiles personæ*. Regole valide sia nel civile che nel penale, nell'interesse dei più deboli (sia attori che convenuti). Sommandosi ai relativi privilegi del foro, costituiscono un vantaggio di non poco conto, che merita di essere analizzato sotto la lente dei *delicta carnis*: come abbiamo visto, vedove, vergini e, talora, perfino meretrici rientrano nel novero dei miserabili²⁰³.

Nel Medioevo, le corti vescovili avevano garantito loro una tutela sussidiaria, laddove le istituzioni secolari fossero rimaste inerti²⁰⁴. Nel Cinquecento, questa competenza viene assorbita dallo Stato²⁰⁵; tuttavia restano chiari i segni dell'influenza canonica. «Nam in causis talium Miserabilium Personarum in utroque foro iudicandum est, secundum jus canonicum, etiam quod contradicitur civili»: questo perché l'ordinamento della Chiesa si mostra «magis placidum, et non tam rigorosus, prout sunt leges civiles». Per questo motivo, in loro favore, bisogna sempre preferire l'*æquitas* alla norma scritta, purché ciò non leda i terzi²⁰⁶. Dal diritto canonico deriva anche la possibilità di procedere *ex officio*, ma sempre se ciò avviene «pro earum utilitate»: cosa tanto più mirabile in quanto stabilito persino *in civilibus* (si pensi a cause circa gli alimenti o la dote, che possono scaturire dai crimini di adulterio e stupro)²⁰⁷. Il rito è quello sommario, lì dove si procede «sola facti veritate attenta²⁰⁸. Si procede «sine figura iudicii» sostituendo al libello una semplice *petitio*: se però il miserabile è convenuto e non attore, sarà necessaria una *citatio* tale da garantirgli la difesa²⁰⁹. Se è la corte avviare il procedimento, specificherà nella citazione il nome del soggetto miserabile nel cui interesse è promossa la causa²¹⁰. Potrà pertanto

impunibilis est concubitus cum publicis meretricibus, ut omnes sciunt, quod et de concubinato in foro seculari non puniendo, licet iure canonico prohibitus sit».

²⁰³ Se a Napoli era stata la costituzione *Omnes* di Federico II a qualificare le prostitute in quanto miserabili, a Milano esse cominciano a godere di una procedura semplificata – ma non del *privilegium fori* – a partire dalle *Constitutiones Domini Mediolanensis*, 4.15.14: «Iurisdicentes ordinarij Civitatum, et locorum, executores erunt horum ondinum, et iudicare habent inter meretrices. Et si oriatur lis, vel controversia inter ipsas meretrices, seu cum alijs personis cuiuscunque conditionis sint, tam civilis, quam criminalis, ipsi soli, et absque Consilio Sapientis causam cognoscant, et sine debito terminet, procedendo, exequendo, et puniendo, summarie, et de plano, sine strepitu, et figura iudicij, omnique iuris, et statutorum solemnitate ommissa, etiam diebus feriatis, et non feriatis».

²⁰⁴ Funzione attestata ancora dall'Abbas, *Commentaria*, cit., t. I, super secunda Primi libri Decretalium, rubr. de officio et potestate iudicis delegatis, c. significantibus, foll.153-154A.

²⁰⁵ Lombardi, *Matrimoni di Antico Regime*, cit., pp.163-164.

²⁰⁶ Novario, *De privilegiis*, cit., priv.LXXVI, n.4, p.147; priv.LXXIX, n.3, p.150 e priv.LXXV, nn.12-13, p.146.

²⁰⁷ Novario, *De privilegiis*, cit., priv.LIX, nn.1-4, p.115. Cfr. Álvarez de Velasco, *De privilegiis*, cit., pars III, fol.6A.

²⁰⁸ Indicazione scaturita dalla canonistica, ma talora esplicitata dalla legislazione locale. Novario, *De privilegiis*, cit., priv.IX, n.1, p.44 fa l'esempio degli Statuti di Parma.

²⁰⁹ Novario, *De privilegiis*, cit., priv.XI, nn.5-6, p.45.

²¹⁰ «Omnino Iudex debet impartiri officium suum etiam non requisitus in causis istarum miserabilium personarum»: Novario, *De privilegiis*, cit., priv.LVIII, nn.2-4 e 9, pp.113-114.

supplire a tutte le sue mancanze, specie quando bisogna difendere l'interesse alla dote²¹¹. I giudici si pronunceranno «more Arbitratoris» (cioè «super causa probata, etiam non deducta in libello») ma anche «more Principis» («secundum conscientiam non se astringentes ad allegata et probata»)²¹². Dispensata da tutte le spese processuali, la miserabile si giova – in diversi ordinamenti – di un Avvocato dei poveri²¹³. Ma il principale vantaggio, a ben vedere, consiste in un regime probatorio di estremo favore. Regola vorrebbe che «accusatore non probante, Reum absolvendum esse, et si nihil pro sua innocentia produxerit, aut probaverit»: in questo caso, però, l'onere probatorio è ribaltato per cui, salva la dimostrazione contraria, si crede sempre a ciò che afferma la parte debole²¹⁴. Ad ogni modo, «in dubio iudicandum est in favorem Miserabilium Personarum»²¹⁵. Infine, bisogna ricordare che ad esse è concesso l'appello «omisso medio, et per saltum» alle corti superiori, cosa generalmente negata ai soggetti non privilegiati²¹⁶.

9. *Nell'empireo del penale egemonico: gli atrocissima e il procedimento sommario*

Non di rado, nel Medioevo, i giudizi sommari erano sorti per offrire un vantaggio al privato²¹⁷; nel Cinquecento, però, si sono perlopiù trasformati in strumento repressivo, capace di sbilanciare gli equilibri processuali in favore del *publicum*. L'*extraordinarium* moderno non si limita alle sole ipotesi di notorio e flagranza, ma si esprime soprattutto nel campo dei delitti atrocissimi. Confrontandoli col regime di adulterio e stupro, si percepisce meglio la varietà delle procedure criminali dell'epoca. Siamo al culmine del disvalore penale, lì dove è lecito accantonare le regole consolidate non solo *in puniendo*, ma anche *in procedendo*²¹⁸. Su tale flessibilità si appunterà la critica illuminista: al di là di tutto, si tratta di un terreno fertile di sperimentazione, comunque soggetto ai principi di fondo dell'*ordo*

²¹¹ «Nam publice interest dotes mulieribus conservari, ne indotatae remaneant»: Novario, De privilegiis, cit., priv.LVIII, nn.8 e 11-12, p.114.

²¹² Novario, De privilegiis, cit., priv.XI, nn.1-4, p.44.

²¹³ A Napoli la carica è istituita già con la costituzione *Lege praesenti*: Liber Augustalis, 1.34.1. Cfr. Pescione, Corti di giustizia, cit., p.113.

²¹⁴ «In aliis Personis non privilegiatis actricibus incumbat onus probandi»: Novario, De privilegiis, cit., priv.LVI, nn.5-6, p.112.

²¹⁵ Novario, De privilegiis, cit., priv.LXXVIII, n.1, p.149. Cfr. Nevizzano, Sylva, cit., VI, n.27, p.573.

²¹⁶ Novario, De privilegiis, cit., priv.LXI, nn.1-7, pp.118-119.

²¹⁷ Come ricorda Pertile, Storia, cit., V, pp.124-125. Tale vocazione resta visibile nel caso dei miserabili.

²¹⁸ «Notissimum est, quod in delictis atrocissimis, propter criminis enormitatem jura transgredi liceat» scrive Carpzov. Da parte sua, il Sassone limiterebbe la deroga alla sola punizione, o quantomeno ai casi in cui la responsabilità è certa. Tale soluzione sarebbe senz'altro più equa, tuttavia la prassi mostra «quod nempe in criminibus atrocissimis permittatur iudicibus, jura transgredi etiam in procedendo»: Carpzov, Practica, cit., pars III, q.CII, n.68, p.14. Sin dal 1313, le due costituzioni di Enrico VII *Qui sint rebelles* e *Ad reprimendum* hanno concesso la facoltà di modificare l'*iter* in caso di lesa maestà: Sbriccoli, L'inquisizione, cit., I, pp.143-144. L'*arbitrium in procedendo* è quindi «assegnato per consentire la modificazione del rito processuale in relazione ad esigenze concrete di maggiore efficienza e velocità»: Meccarelli, Arbitrium, cit., p.71. Sono le *clausolae diminuentes iuris ordinem (summario, simpliciter, de plano, sine strepitu, sine figura iudicii, sola facti veritate inspecta)* a conferire tale *arbitrium*: originariamente distinte, nel XVI secolo finiscono per essere percepite come un insieme unitario: Id, Arbitrium, pp.255 e 273. Cfr. Manzini, Trattato, cit., p.62.

*iuris*²¹⁹. Lo Stato moderno può crescere solo affrontando a viso aperto quelle resistenze politico-criminali che ne corrodono l'autorità. Chi trasgredisce ponendo in essere un reato gravissimo va considerato «hostis publicus»²²⁰ e merita «una pari barbarie»²²¹. Lesa maestà ed eresia, accomunati da un medesimo spirito sovversivo, sono il bersaglio principale di questa guerra alla disobbedienza. Ma nel vortice della repressione straordinaria vengono risucchiati anche due crimini sessuali che destano particolare preoccupazione: ratto e sodomia. Nel primo caso, un atto intrinsecamente violento sfida le istituzioni, tutrici della tranquillità pubblica: ne risulta una facile assimilazione al *crimen læsæ maiestatis*. Nel secondo, ad essere violato è l'ordine naturale che Dio stesso ha imposto nella creazione del maschio e della femmina: ne consegue un parallelo con l'eresia. In queste ipotesi, sommarietà significa eliminare la bipartizione del rito inquisitorio, ma anche procedere senza corpo del delitto, interrogare il reo senza *charta* e facilitare il ricorso alla tortura²²². Se l'impulso iniziale può venire da soggetti cui normalmente è inibita l'accusa – e comunque, sempre, *ex officio* – per la condanna ci si contenta di presunzioni, congetture e *testes inhabiles*. Negati appello e perdono, la macchina della giustizia celebra la sua efficienza eseguendo la condanna sul luogo del delitto²²³.

Il vizio nefando è tra le condotte stigmatizzate da Pio V nella bolla *Cum primum apostolatus* (1566), vero e proprio manifesto della politica rigorista di papa Ghislieri²²⁴. A tre anni dal Concilio, il provvedimento ne declina lo spirito moralizzatore in chiave d'intransigenza giuridica. A suscitare clamore non sono i castighi previsti²²⁵, ma un

²¹⁹ Pertanto, la dottrina ammette la possibilità di derogare al diritto civile e delle genti, ma non a quello naturale. La soggezione dell'*extraordinarium* all'*ordo* segna la sua sottrazione alla sfera del potere indiscriminato, che caratterizza l'idea contemporanea di stato d'eccezione. Cfr. Meccarelli, Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale. Una prospettiva storico-giuridica, in Quaderni storici, 131/2009, pp.495-500.

²²⁰ Così viene definito il *raptor mulierum* da Deciani, Tractatus, cit., t.II, lib.VIII, cap.VIII, n.1, p.305.

²²¹ «Contro i sovvertitori dell'ordo (...) quasi con matematica consonanza viene meno l'ordo processuale»: Lacchè, Ordo non servatus, cit., pp.364 e 381.

²²² Claro, Practica, cit., par.Primus, n.9, fol.1B; Carpozov, Practica, cit., pars III, q.CII, n.68, p.14. Non concedendo la *charta*, la corte occulta gli elementi a carico: la difesa si riduce al dovere di rispondere, senza poter predisporre alcuna strategia. Inoltre, negli *atrocissima*, la tortura è concessa sin da subito, anche in base ad indizi lievi (di regola insufficienti). Per la sodomia, in caso di violenza si riteneva sufficiente l'affermazione del soggetto leso: De Rosa, Criminalis decretorum praxis, cit., lib.I, cap.VII, nn.14-15, p.62.

²²³ In questo, anche la necessità di dare soddisfazione alle vittime ed esempio agli astanti: Lacchè, Ordo non servatus, cit., pp.381-383.

²²⁴ «Emanata a pochi mesi dall'intronizzazione (...) racchiude i principali intenti di correzione morale che il pontefice si prefiggeva ed esprime efficacemente le sue prioritarie preoccupazioni di riforma e rigenerazione»: Noto, Viva la Chiesa, mora il Tiranno. Il sovrano, la legge, la comunità e i ribelli, Napoli 2010, p.45.

²²⁵ Da questo punto di vista, infatti, la bolla si limita a confermare le precedenti sanzioni, talora cadute in disuso ma di certo mai abrogate: «Idcirco ne qui forsan ex tolerantia sperare impunitatem audeant, scientes plerosque, poenarum gravitate, magis quam Dei timore arceri solere a voluntate peccandi: omnes et singula sententias, censuras et poenas contra eos, qui talia delinquerit, latas confirmamus et Apostolica auctoritate innovamus, nec de earum rigore quicquam relaxamus; admonemusque eos, qui talia perpetrare veriti non fuerint, non solum subituros eas poenas, quæ Sacris sunt Canonibus constitutæ, sed eas etiam, quas leges civiles comminantur, et nostri quoque arbitrii discretio pro personarum qualitate constituet». Per quanto attiene la sodomia, è implicita la pena di morte: «Si quis crimen nefandum contra naturam, propter quod ira Dei venit in filios diffidentia, perpetraverit, curia seculari puniendus tradatur; et si clericus fuerit, omnibus ordinibus degradatus, simili poena subiiciatur». Il testo della *Cum primum apostolatus* è in Magnum Bullarium Romanum, t.II, cit., pp.178-180.

accorgimento procedurale che segna una netta frattura col passato. In caso di sodomia, la *notitia* può sorgere «non solum per accusationem, et inquisitionem, sed etiam ad simplicem et secretam denuntiationem». Imitando il regime del *crimen hæresis*, la delazione segreta – generalmente esclusa – è ammessa anche per simonia e blasfemia, non per il concubinato. Segno evidente che quest’ultimo, pur contemplato nel paragrafo immediatamente precedente, non merita di essere collocato nel novero degli *atrocissima*. L’anonimato garantisce da ritorsioni, ma favorisce usi strumentali del processo. La pericolosità del meccanismo è chiara ai contemporanei, per niente rassicurati dalla contromisura escogitata dal Papa (ovvero, il taglione). Il testo, estremamente sintetico, solleva dubbi inquietanti, perché nel riferimento alla delazione sembra nascondersi un’implicita estensione delle competenze del Sant’Uffizio. Nel testo non se ne fa menzione, ed anzi s’individuano come destinatari «quoscumque Iudices, alias tamen de iure competentes»: ma la preoccupazione popolare sembra piuttosto fondata, perché già da qualche anno i tribunali di fede spagnoli hanno cominciato ad occuparsi di sodomia²²⁶. Non a caso, le stesse autorità ecclesiastiche si riferiscono al provvedimento coi nomi di *Bolla de la Inquisitione* e *Bolla contra li Vitii*. Un altro punto oscuro riguarda il regime probatorio. Nella «indeterminatezza, forse voluta, della norma» aleggia il sospetto che l’affermazione del delatore bastasse per la condanna, senza essere corroborata da due testimoni o da diversa prova legale; a torto o a ragione, molti temono che le scarse parole di Pio V celino l’introduzione del “modo di Spagna”²²⁷. La bolla è vincolante per tutte le *potestates* laiche ed ecclesiastiche dello Stato Pontificio, mentre i sovrani sono caldamente esortati a recipirla²²⁸. Se nel Mezzogiorno il Duca di Alcalà negherà l’*exequaturs*, a Milano i buoni uffici di Carlo Borromeo eviteranno la recezione, resa peraltro inutile da una politica diocesana non meno vigorosa di quella romana. Nello Stato della Chiesa, però, la bolla ha forza di legge: il malumore sfocerà in sporadici tumulti che, pur non

²²⁶ Bartolomé Clavero sintetizza le principali deroghe procedurali che interessano i reati contro natura nella prassi iberica: «cualquiera puede acusar, incluso los infames, los excomulgados o los esclavos que ordinariamente non tenían acceso al juez. Se acentúa en ée la posición inquisitiva o persecutoria que ya le es entonces propia. Se admiten pruebas generalmente excluidas como la de testigo único o la de meros indicios (...) Cabe suspensión de fueros y otros privilegios procesales de los que gozaban entonces las clases superiores. Se considera delito consumado, como pecado cometido, la simple maquinación». Le pene stesse «afectaban a valores de honor y (...) podía extenderse la condena a la familia y descendencia del ejecutado»: Clavero, *Delito y pecado*, cit., pp.76-77.

²²⁷ Uno spettro che turba gli Italiani da qualche decennio, se sia Napoli (1510, 1547, 1564) che Milano (1563-1564) s’erano già sollevate contro i presunti tentativi della Corona. Significative le rimostranze riferite da Noto, *Viva la Chiesa*, cit., p.203.

²²⁸ «Mandantes civitatum et locorum Status nostri Ecclesiastici pro tempore Ordinariis et Gubernatoribus, illis quidem sub poena suspensionis a divinis, his vero excommunicationis latæ sententiæ, ut quos debitum Deo cultum in ecclesiis non tribuere, aliisque nefandis criminibus pollutos esse compererint, comprehendi curent, poenis afficiendos competentibus (...) Mandamus autem principibus, comitibus et baronibus omnibus, S.R.E. feudatariis, sub poena privationis feudo rum, quæ ab ipsa Ecclesia Romana obtinent; reliquos vero principes christianos et terrarum dominos hortamur in Domino, et in virtute sanctæ obedientiæ mandamus ut, pro divini nominis reverentia et honore, præmissa omnia in suis dominiis ac terris exactissime servari faciant».

rappresentando una seria minaccia, testimoniano in maniera eloquente la tensione politica del momento²²⁹.

L'altro delitto carnale computato tra gli *atrocissima* è, come abbiamo visto, il ratto. Il suo disvalore è tale che già la Nov.128 di Giustiniano ne aveva legittimato la perseguibilità *ex officio*²³⁰. Diversamente dallo stupratore, il *raptor* non gode del diritto d'asilo: il giudice laico può ordinarne la cattura nonostante l'immunità dell'edificio ecclesiastico²³¹; una serie di *specialia* – ivi compresa la massima «*raptor potest ubique puniri*» – delineano un regime estremamente duttile che facilita la repressione²³². Nel Cinquecento, il reato desta particolare allarme, tanto che le Costituzioni milanesi lo contemplan tra le ipotesi che Anziani e Consoli sono obbligati a denunciare²³³. In Sicilia, ratto e congiunzione violenta consentono al giudice di procedere *modo palatino*, senza formalità²³⁴. Spesso, si ravvisa nel ratto una manifestazione di banditismo: com'è noto, il più spinoso problema criminale del tempo²³⁵. Contro questo fenomeno è possibile procedere *de facto*, con formule sommarie che si traducono talora in una vera e propria giustizia militare²³⁶. «Mentre per reati come l'eresia o la lesa maestà il processo penale, pur se sommario, gioca comunque un qualche ruolo» in questi si giunge ad una «negazione del processo»: il banditismo «viene affrontato sul campo, manu militari e con corti speciali» tanto che la legislazione

²²⁹ Le sollevazioni beneventane del luglio 1566 mostrano chiaramente lo scontro tra due concezioni opposte: quella della sovranità statale, che esige pronta obbedienza, e quella della soggezione contrattata, che scorge nell'imposizione della bolla una violazione delle libertà comunali, un atto tirannico che giustifica la resistenza. Le tensioni costituzionali, esplodono proprio per timore di una procedura in deroga alle consolidate previsioni statutarie. Procedura buona per gli eretici, sostengono i beneventani, non per una città cattolica. Il «modo di Spagna» è intollerabile per una comunità fedele alla Chiesa e rappresenta un vero e proprio affronto all'onore. Cfr. Noto, *Viva la Chiesa*, cit., p.127.

²³⁰ Nov.128.21: «Iubemus autem omnes iudices tam militares quam civiles per se requirere eos qui latrocinia aut violentias aut rapinas rerum aut feminarum aut alia quaelibet inlicita in provinciis committunt et supplicia eis legitima inferre». Lo ricorda Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CIII, n.30, p.18.

²³¹ Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., pp.226-227; Deciani, *Tractatus*, cit., t.II, lib.VIII, cap.IX, n.4, p.307; Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLV, n.69, p.535. Sul diritto d'asilo, cfr. Latini, *Il privilegio dell'immunità. Diritto d'asilo e giurisdizione nell'ordine giuridico dell'Età moderna*, Milano 2002.

²³² I caratteri principali sono descritti da Deciani, *Tractatus*, cit., t.II, lib.VIII, capp.VIII-IX, pp.305-309.

²³³ Tutte fattispecie violente: «omnes violentias, robarias, invasiones, agrorum depopulationes, assassinamenta, homicidia, raptus virginum et mulierum, incendia, vulnera cum sanguine, insultus cum armis, fustibus, vel lapidibus, percussiones etiam sine sanguine»: *Constitutiones Domini Mediolanensis*, 4.1.2. Il ratto è l'unico delitto carnale ad essere preso in considerazione.

²³⁴ Basilico, *Decisiones criminales*, cit., dec.XV, n.17, p.197 sottolinea la differenza con lo stupro *sine vi*, dove invece si giudica *modo processivo* (ma con largo uso della custodia in carcere).

²³⁵ «La storia della nozione penalistica di banditismo, rispetto all'epoca indagata, è (...) innanzitutto la storia di un'assenza»: tuttavia «non si può dire che i giuristi del XVI o del XVII secolo non si fossero accorti dell'esistenza dei banditi». C'è la percezione chiarissima del fenomeno, mentre manca una tipizzazione unitaria: «ci troviamo in presenza di una sorta di recinzione di comportamenti particolari (...) costruiti dogmaticamente per fattispecie autonome». In effetti, una *scientia iuris* informata al retribuzionismo stenta a concepire «una fattispecie criminale come l'associazione per delinquere, che è tipicamente di pericolo», ritenendo più logico sanzionare le singole condotte tramite la compartecipazione e «con l'aggravante del crimen plurium»: Sbriccoli, *Brigantaggio e ribellismi nella criminalistica dei secoli XVI-XVIII*, in Id., *Storia del diritto penale*, cit., I, pp.297-298 e 308-309. Approfondisce il tema Lacchè, *Latrocinium. Giustizia, scienza penale e repressione del banditismo in Antico regime*, Milano 1988.

²³⁶ Le deroghe sono sostanzialmente le stesse che abbiamo citato a inizio paragrafo, con la contrazione ulteriore dei tempi: Sbriccoli, *Brigantaggio*, cit., I, pp.316-319.

d'emergenza definisce tale procedura *ad modum belli*²³⁷. Il significato politico di tali innovazioni emerge con chiarezza dalle vicende che ne hanno segnato la nascita: se il banditismo è favorito dai baroni ed «inserito nel più ampio progetto (...) di resistenza ai poteri statali»²³⁸, le procedure *ex abrupto* si rivolgono indifferentemente a nobili e popolani, rivelando la propria «inclinazione ad abbattere le barriere di ceto»: le rimostranze del Parlamento siciliano mostrano la netta opposizione a un rito percepito come strumento tirannico²³⁹.

Nonostante i malumori, tra fine Cinquecento e inizio Seicento, il Regno di Napoli introduce il ratto tra le fattispecie perseguibili *ad modum belli*. La Prammatica gli 89 capitoli (1616)²⁴⁰, promulgata dal vicerè Pedro de Castro, risolve i conflitti di giurisdizione del secolo precedente, stabilendo nelle provincie una delega permanente in favore di presidi e Regie Udienze; in Terra di Lavoro, invece, la Magna Curia continuerà a esercitare i suoi poteri tramite il Tribunale di Campagna, che ne è emanazione²⁴¹. La Prammatica fornisce un elenco tassativo di ipotesi in cui procedere *ad modum belli*²⁴²: tutti reati di strada, tra cui i «ratti violenti fatti in campagna a donne di qualsiasi condizione»²⁴³.

²³⁷ Alla clausola *ad modum belli* si combinano le formule *ex abrupto, levato velo, brachio regio, statim, ex informata conscientia*: in ogni caso, s'intende un giudizio che va ben oltre le vecchie *clausolae diminuentes iuris ordinem*. Cfr. Lacchè, *Ordo non servatus*, cit., pp.365, 367-368 e 378-379; Id., *Latrocinium*, cit., pp.246-251; Meccarelli, *Arbitrium*, cit., p.298. Secondo Rovito, *Il vicereame spagnolo di Napoli. Ordinamento, istituzioni, culture di governo*, Napoli 2003, pp.37 e 384 nessuno dei giuristi che s'interroga su tali novità è «in grado di spiegare in cosa questi procedimenti straordinari consistessero o quali ne fossero i limiti»: si arriva così ad una sorta di «terrorismo giudiziale» di fronte al quale i giuristi più sensibili non possono che mostrare profondo imbarazzo. Tra i meridionali, spicca la trattazione di Eliseo Danza, *De pugna doctorum*, t.I, Montisfusculi 1645, tit. De potestate ad modum belli, capp.I-VII, pp.390-436.

²³⁸ Lacchè, *Ordo non servatus*, cit., p.369.

²³⁹ Bellabarba, *La giustizia nell'Italia moderna*, cit., pp.108-115. Sul tema, Sciuti Russi, *Astrea in Sicilia. Il ministero togato nella società siciliana dei secoli XVI e XVII*, Napoli 1983, pp.41-42 e 144.

²⁴⁰ Il testo è in Giustiniani, *Nuova collezione*, t.IX, cit., tit.CXCIX, pragm.XII, pp.355-369. Il provvedimento trae spunto dalla *Ley de Hermandad*, promulgata dai Re Cattolici nelle Cortes de Madrigal (1476). La Fratellanza costituisce un precoce corpo di polizia, con specifiche attribuzioni in campagna e sulle strade: la monarchia intende rafforzarsi assicurando il controllo del territorio e debellando la piaga del banditismo. Sottratti alla giurisdizione ordinaria, i reati previsti dalla legge vengono affidati alla cognizione dell'Alcalde de Hermandad, che li risolve con procedura sommaria e pena immediata. Tra questi la «fuerça de qualesquier mugeres que no sean mundarias publicas, haziendose lo susodicho en yermos, ò en despoblados, ò en qualesquier lugares poblados; si los malhechores salieren al campo (...) con las tales mugeres que assi ovieren sacado por fuerça»: *Nueva Recopilación*, 8.13.2. Cfr. Rodríguez Ortiz, *Mujeres*, cit., pp.50-51, 54-55 e 103.

²⁴¹ Per tutto il Cinquecento, la Vicaria aveva delegato la sua *universalis cognitio* (con tanto di *præminentia*) ai propri commissari inviati nelle provincie. Ne era sorto un contenzioso con baroni e Regie Udienze, risolto infine con una soluzione che – pur decentrando – rafforza comunque l'apparato statale. Questo perché il preside, che è sempre un capo militare, ha facoltà di giudicare anche nei territori infeudati. Cfr. Feola, *Aspetti della giurisdizione delegata*, cit., pp.26-31; Colussi, *Diritto, istituzioni, amministrazione*, cit., pp.54 e 62-63. La *delegatio iurisdictionis* si conferma strumento privilegiato per trasferire verso il basso l'*arbitrium liberum* della Corona (che, disponendo di pieni poteri, è *legibus soluta* anche *in procedendo*): Meccarelli, *Arbitrium*, cit., pp.302-306. Pur aprendo una breccia nella regolarità di competenze e procedure, «finiva quasi per divenire (...) un fattore di razionalità e di superamento politico della ordinaria giurisdizione feudale»: Lacchè, *Ordo non servatus*, cit., p.370, n.32.

²⁴² Al di fuori della quali, però, è consentito richiedere una delegazione specifica: «Nei delitti di mal esempio, e che meritino rigore straordinario, ce ne diano avviso, acciocchè si possa loro concedere delegazione, e dar potestà di procedere ad modum belli».

²⁴³ Oltre al ratto, rientravano nel provvedimento «i furti che si commettono in strada pubblica ed in campagna. Gl'incendi così di case, o di pagliari dentro o fuori de' luoghi abitati, come di selve, di boschi, di

Nonostante l'estrema semplificazione del rito, il provvedimento impone la ripetizione dei testi ogniqualvolta l'imputato ne faccia richiesta: formalità che viene meno in caso di confessione. Dettaglio non da poco, in un rito che anticipa e facilita la tortura; rimane fermo, però, il termine per ritrattare²⁴⁴.

L'exasperazione penale trasforma il processo fino ad annichilirlo. Procedure rigide e formali convivono con soluzioni talmente fulminee da non sembrare giuridiche. Quando alcuni giuristi teorizzeranno la facoltà di disporre «*contra juris naturalis decreta*», dell'ordine medievale non resterà che il vuoto simulacro²⁴⁵.

10. *La modernità penale tra vertice e comunità: una riflessione*

Il sistema criminale dei secoli XVI-XVII, che resta duttile e plurale, è segretamente attraversato da una tensione verso l'omogeneità e la razionalizzazione. Fenomeno che non riguarda solo istituzioni e procedure, ma gli stessi comportamenti umani. I conflitti tra Stato e Chiesa non sono un semplice *revival* di vecchie dispute medievali, «ma il continuo tentativo di conquistare il monopolio nel modellamento dell'uomo moderno mediante gli strumenti elaborati nei secoli precedenti»²⁴⁶. Come abbiamo visto, però, solo all'apice del disvalore (eresia e sodomia, *crimen læsæ* e ratto) il paradigma della disobbedienza legittima risposte ispirate alla mera efficacia e alla soggezione verticale²⁴⁷. Viceversa, sia le persistenze accusatorie sia una genuina interpretazione delle dinamiche inquisitorie rivelano la dimensione comunitaria dell'offesa. Nella maggior parte dei casi, «justice-making consists of searching for and finding the adequate solution to restore social peace as well as the balance between social bodies»²⁴⁸: il giudice, più che dispotico padrone di un giudizio votato alla violenza, è colui che contempera i diversi interessi.

seminati o di vittuaglie riposte nell'aere, purché siano pensatamente fatti e non casuali. I ricatti ancorché non esatti con effetto, purché si sia venuto a atto di sequestrar la persona in parte rimota, asportandola de loco ad locum. L'armare per la campagna con armi proibite a modo di fuorusciti in comitiva e numero di quattro persone almeno, quando però col detto armare commetteranno delitto, etiam che non siano pigliati in flagranti colle dette armi, così se armeranno dentro come fuori di strada (...) I delitti che si commettono more piratico in mare comprendendo in tutti i sudetti casi etiam i complici».

²⁴⁴ «Si ordina di più, che quando le dette Regie Udienza, o uno degli Uditori procedano ad modum belli, o per delegazione, debbano ripetere i testimonj esaminati contra gl'inquisiti, che non li vorranno dar per ripetuti, non ostante qualsivoglia osservanza, e stile, che vi fosse in contrario. Dichiarando però, che, quando ci sarà la confessione del Reo legittimamente fatta, non sia necessaria altra ripetizione di testimonj, ma solamente si debba dare il termine ad verus confessionem». Cfr. Feola, *Aspetti della giurisdizione delegata*, cit., pp.45-48.

²⁴⁵ L'espressione di Francesco Rocco, in contrasto con le tesi di Matteo d'Afflitto, è cit. in Feola, *Aspetti della giurisdizione delegata*, cit., pp.46-47, n.123. Il Giurista scrive nel 1669: le tensioni confessionali si sono smorzate, l'assolutismo è maturo, il Re Sole adorna Versailles e s'appresta alle *Ordonnances*. Sembra di essere, ormai, in un'altra epoca.

²⁴⁶ Prodi, *Presentazione*, in Id. (cur.), *Disciplina dell'anima*, cit., p.15.

²⁴⁷ *Aspetti che pure restano caratteristici del periodo in esame*, come evidenzia Sbriccoli, *Giustizia criminale*, cit., I, pp.18-21.

²⁴⁸ Meccarelli, *Dimension of Justice*, cit., pp.59-60.

Questo dato rispecchia la realtà sociale di Antico Regime, nei fatti assai lontana dal riduzionismo hobbesiano²⁴⁹. Lo spazio del diritto non è ancora quello newtoniano, ma è frastagliato in città e campagne, vicinati e parrocchie che pulsano di vita in comune, relazioni giuridiche, privilegi e consuetudini²⁵⁰. Manca, in definitiva, l'idea d'individuo isolato: l'animale sociale teorizzato dagli Scolastici agisce in un mondo concepito ancora come κόσμος giuridicamente articolato²⁵¹. Un mondo che si sta aprendo a nuovi orizzonti geografici, ma che si continua a percepire come insieme di piccolissime *patria*. Lo spazio in cui si muovono uomini e donne è sempre quello delle strade cittadine affollate e vivaci, o dei villaggi dove tutti si conoscono; i confini tra vita pubblica e vita privata sono sfumati. Tali legami costituiscono una risorsa – anche economica – ma celano continui pericoli per la morale sessuale. D'altra parte, è difficile che in questo contesto le trasgressioni passiano inosservate. Sia i casati nobiliari che i gruppi forestieri preferiscono strutturarsi secondo modalità patriarcali: in entrambi i casi, il sangue richiama origini comuni e giustifica «una fortissima solidarietà di gruppo». Talora, sono gli stessi patrimoni comuni a cementare gli affetti e le identità²⁵². Ma anche laddove prevalgono nuclei più ristretti, come in città, i rapporti sociali si confermano strettissimi. Sin dal Medioevo, i centri urbani s'innerbano di confraternite²⁵³: l'adesione al vicinato o alla contrada implica una solidarietà collettiva che protegge, controlla, punisce. Il vicino è responsabile della pace familiare, è mediatore fin tanto che non esplodano liti e scandali: lo stesso ruolo di paciere o delatore spetta tanto al parroco quanto ai priori. All'interno del vicinato i giovani si conoscono in chiesa, alle feste o ai mercati, intrecciando i propri rapporti amorosi: le statistiche relative alla Francia moderna mostrano che l'endogamia parrocchiale raggiunge la soglia del 70% dei matrimoni. Ma anche adulterio e stupro, come rivela il caso veneziano, «avvenivano perlopiù in seno al quartiere»²⁵⁴.

La dimensione comunitaria del quotidiano si riflette sul piano penale. Fissare l'*accusatio* dei congiunti come condizione di procedibilità significa anteporre l'onore delle

²⁴⁹ Il superamento della dimensione comunitaria, non a caso teorizzato al termine della Prima età moderna, si realizzerà definitivamente solo con la Rivoluzione francese: è questa la tesi di Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., pp.67-145 che, per certi aspetti, sviluppa le geniali intuizioni proposte da Alexis de Tocqueville ne *L'Antico Regime e la Rivoluzione*.

²⁵⁰ In tal senso le brillanti considerazioni di Costa, *Uno spatial turn per la Storia del diritto? Una rassegna tematica*, in Meccarelli – Solla Sastre (eds.), *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History. Research Experiences and Itineraries*, Frankfurt am Main 2016, pp.34-41.

²⁵¹ Eloquenti le parole con cui Lancelotto Corradi inaugura il suo *Templum omnium iudicum pontificiæ, caesariæ, regiæ, inferiorisque potestatis, Venetiis 1575* (manca la numerazione delle pagine iniziali): «Ordo est propria natura, rerum naturalium», scrive il giurista lombardo, ribadendo l'antico assioma per cui l'ordine presuppone diversità e gerarchia: «Bonum universi, in ordinatione consistere: quia omnia ordinem habent, licet in diverso modo». Non manca il riferimento dionisiano al modello celeste: «Universitatem creaturarum, non posse alia ratione subsistere, nisi eam magnus ordo differentiae, servaret: prout Coelestium militiarum exemplar, non instituit, quia dum sunt Angeli, sunt Archangeli, qui in Potestate et Ordine, non sunt æquales».

²⁵² Un'analisi della situazione francese, accorta alle differenze tra Nord e Sud, città e campagna è in Goubert – Roche, *L'Ancien Regime*, II. *Cultura e società*, cit., pp.171-177.

²⁵³ La Controriforma ne segna una ripresa: Angelozzi, *Le confraternite laicali. Un'esperienza cristiana tra Medioevo ed Età moderna*, Brescia 1978; Montanari, *Disciplinamento in terra veneta. La diocesi di Brescia nella seconda metà del XVI secolo*, Bologna 1987, pp.209-225; Black, *Le confraternite italiane del Cinquecento*, Milano 1992; Zardin, *Il rilancio delle confraternite nell'Europa cattolica cinque-seicentesca*, in Mozzarelli – Zardin, *I tempi*, cit., pp.107-144

²⁵⁴ Rossiaud, *Il cittadino*, cit., pp.178-180.

famiglie alla meccanica intransigenza statale. Specie tra i nobili, la sensibilità barocca considera vigliacco l'uomo che ricorre al giudice, suggerendo una più virile giustizia privata: il marito tradito che vendica l'onta è un eroe tragico²⁵⁵, quello che porta la causa in giudizio un debole o un avido²⁵⁶. Come spiegherà lucidamente il cardinal De Luca, nei due reati in esame «ed in altri simili delitti, i quali portano qualche macchia considerabile, da non lavarsi col solo gastigo giudiziale» è più opportuno «dissimularli, e seppellirli sotto la segretezza». «La legge dell'onestà e della convenienza» consiglia «di non mettere in pubblico quelle cose, le quali si devono tenere occulte» lasciando libertà di scelta a mariti e padri – veri arbitri della questione – e restringendo i margini per l'intervento *ex officio*²⁵⁷.

Più che imposizione dall'alto, anche il processo inquisitorio si legittima come risposta a una domanda che sorge dal basso. Fuori da questa dinamica, l'*inquisitio* ha scarse probabilità di conseguire l'effetto sperato ed è percepita come un'odiosa intrusione. Ogni condanna necessita di prove: ma la disponibilità dei testimoni dipende tutta dall'orientamento del vicinato. Come lo scandalo può scatenare un «roccioso ostracismo comunitario» verso il colpevole, così una bonaria tolleranza può rendere arduo il lavoro del giudice. Specie nelle campagne, la procedura deve fare i conti con gli umori collettivi e rinunciare a qualunque ostinazione unilaterale. Cadono nelle maglie della giustizia solo coloro che la comunità ha già riprovato come forieri di cattivo esempio, che turbano la convivenza con l'ostentazione della volgarità²⁵⁸. L'inquisizione era nata affermando *fama*, *manifestum* e *notorium* come surrogati dell'iniziativa privata: il clamore, si diceva, fa le veci dell'accusa. I tre concetti – dapprima confusi, poi precisati – sono valvole giuridiche capaci di dar voce a un'insofferenza diffusa. Rappresentano un canale tra società e diritto che smentisce, almeno in parte, l'idea di inquisizione «come una macchina del potere in grado di cancellare gli individui»: questo dato smussa le differenze col rito accusatorio, nel

²⁵⁵ Emblematica la figura di don Gutierre, protagonista di *El médico de su honra* (1637) di Calderón de la Barca. Nel caso veronese ricostruito da Bellabarba, Nobiltà, giustizia e letteratura. Un processo per adulterio a Verona nel tardo Cinquecento, in Chiodi – Povoletto (curr.), L'amministrazione della giustizia penale nella Repubblica di Venezia (secc.XVI-XVIII), II. Retoriche, stereotipi, prassi, Verona 2004, pp. 311-348 l'adulterio emerge incidentalmente solo dopo l'omicidio di un mezzano. Sin da principio, il marito mostra la chiara intenzione di non accusare. Entrambi i reati resteranno impuniti: la giustizia pubblica non punirà né il tradimento, né il sangue versato. Marito ed amante continueranno a scambiarsi cartelli di sfida, per risolvere la questione come si conviene tra aristocratici.

²⁵⁶ «Al contrario, con denunce lacrimevoli le donne potevano spendere l'immagine socialmente desiderabile di loro stesse presso la giustizia maschile e trarne vantaggio». È per questo che abbondano i processi avviati dalle *stuprate*: Dinges, Usi della giustizia, cit., p.308.

²⁵⁷ De Luca, Il dottor Volgare, IV, Firenze 1843, lib.XV, cap.I, n.15, p.319 e lib.XV, cap.V, n.5, p.358. «Che però sarebbe troppo gran'imprudenza di quel giudice o magistrato, il quale senza querela mettesse mano a sì fatta sorte di delitti, per inquisizione, ogni volta che la pubblicità, ed il sospetto di lenocinio non richiedesse diversamente»: Id., Il dottor Volgare, IV, cit., lib.XV, cap.I, n.15, p.319. Il medesimo concetto è ribadito al successivo cap.V, n.5, pp.358-359, laddove si stigmatizza il comportamento di quei giudici che «o per zelo indiscreto, o per imprudenza, ovvero per tristizia di fare dell'estorsioni» procedono senza querela, cagionando non solo il disonore del coniuge tradito ma anche un'inutile spargimento di sangue.

²⁵⁸ Queste le conclusioni che Bellabarba, I processi, cit., pp.220-224 trae dalla sua analisi dei processi per adulterio nei villaggi della Diocesi tridentina. «È soprattutto la sessualità disordinata a essere oggetto di controllo e repressione e, con essa, la prostituzione e la moralità del clero (...) Le denunce provengono dal vicinato, per invidia, per inimicizie inveterate, per disturbo del quieto vivere»: Fosi, La giustizia del Papa, cit., 30-31. Come nota Romeo, Amori proibiti, cit., pp.74-82, generalmente si procede per più imputazioni: concubinato, blasfemia, violazione dei precetti alimentari delineano il profilo dei «mali cristiani».

segno di una comune apertura agli impulsi provenienti dalla società²⁵⁹. La pubblicità del reato, nelle sue varie declinazioni, è uno strumento in mano alla comunità, che può mettere a tacere le voci quanto suscitare il clamore: le istituzioni, in questo senso, giocano un ruolo marginale²⁶⁰.

La parola chiave è *scandalum*: denominatore comune dei tre gradi di pubblicità, è un concetto relativo che si rapporta alle contingenze. Lo scandalo turba non tanto per l'intrinseca negatività del fatto, quanto per il timore di reazioni violente o, peggio, di contagio. Una nozione così sfumata non conduce a una sistematica repressione, ma ad oscillazioni nel tempo e nello spazio. Il giudice interviene per evitarne la deflagrazione e sedarlo²⁶¹: ma si astiene se la sua attività ne causerebbe uno maggiore. Per sua stessa natura, più che ferire le istituzioni, lo *scandalum* agita la comunità: è il popolo di Antico Regime, con le sue stratificazioni e i suoi umori mutevoli, a costituire parametro di legittimazione per l'azione *ex officio*. In caso di notorio, lo scandalo è già insorto ed esige pronta risposta: la «publica seu famosa insinuatō vel proclamatio» proviene infatti «ex evidentiā rei» e non può essere celata. Progressivamente meno allarmanti il *manifestum* («publica seu famosa insinuatō vel proclamatio communis ex certa scientia et certis auctoritatibus proveniens») e la *fama* («publica seu famosa insinuatō, vel proclamatio communis ex sola suspiciōe et incerto auctore proveniens»): la risposta procedurale si adegua all'intensità della mormorazione, che in queste due ipotesi è spia di uno scandalo ancora in potenza²⁶².

²⁵⁹ «Come in parte succedeva nell'accusa, anche nella procedura inquisitoria, in sostanza, non si danno fatti totalmente separati dalla persone» per cui il processo «non diventa mai un puro strumento conoscitivo in mano all'autorità, ma resta un campo di tensioni fra persone che si affrontano secondo le regole discorsive e narrative che richiedono in via diretta (nelle accuse) o indiretta (nell'inquisizione) di reinserire i fatti nelle storie da cui sono stati separati»: Vallerani, *La giustizia pubblica*, cit., pp.12 e 101. Condivisibile l'analisi dello studioso, rispetto alla quale sembra forse necessario rimarcare la natura giuridica – e non meramente politica o fattuale – di tale condizionamento.

²⁶⁰ Non sempre la *fama criminis* costituisce una forza indomabile, esterna ai protagonisti del conflitto. Talora può essere diffusa ad arte da chi intende attivare il processo (o quanto meno minacciarlo) senza esporsi in qualità di accusatore: mogli cui è preclusa l'azione penale, ad esempio, che si lamentano apertamente coi vicini per la condotta libertina del marito. Cfr. i casi narrati da Artico, «Io sono padrone di gridare et contrastare con far quello mi pare et piace con mia moglie»: *ius corrigendi* e strategie familiari per la conservazione dell'ordine familiare nella signoria di Duino tra XVII e XVIII secolo, in *Historia et Ius*, 8/2015, paper 22, pp.6-8 e 12. In uno stadio persino precedente, fama e infamia realizzano «effetti di etichettamento e di separazione ancor prima di un intervento del potere legale»: Migliorino, *Fama e infamia*, cit., pp.21-22. In questo senso, esse esprimono la capacità pregiudiziale della comunità.

²⁶¹ «Iudex propter magnum scandalum evitandum, potest ex officio inquirere et prohibere, ne scandalum committatur absque accusatore»: Maranta, *Speculum*, cit., fol.89A. «Quando clamor validus pervenit ad iudicem, quod eius subditus est infamatus de aliquo delicto, debet tunc procedere ad inquirendum contra illum (...) Est enim ratio, quod eo casu tunc iudex debeat ad specialem inquisitionem descendere, quia tunc non potest sub dissimulatione transiri. Nec iudex debet dimittere ius Reipublicæ indiscussum, et potissime quando scandalum vel periculum posset oriri»: Follerio, *Canonica Criminalis Praxis*, cit., pars II, cap.6, nn.27-28, p.85. Ha sottolineato l'importanza dello *scandalum* nella procedura bassomedievale Natalini, «Pericula obviare et scandala remove». Note sul processo medioevale tra diritto e potere, in Dilcher – Quaglionni (curr.), *Gli inizi del diritto pubblico*, III. Verso la costruzione del diritto pubblico tra medioevo e modernità, Bologna-Berlin 2001, pp.245-271.

²⁶² Le definizioni, mutate dal cardinale Ostiense, sono citate da Migliorino, *Fama e infamia*, cit., p.57. È pertanto possibile tracciare una gerarchia tra i tre concetti in base alla diffusione della *notitia criminis*, cui si presume corrispondere un pari grado di certezza. Cfr. Ghisalberti, *La teoria del notorio*, cit., pp.413-416.

Il notorio è indice del massimo ostracismo sociale nei confronti del reo: una sentenza già scritta che ha il popolo come giudice e la sua *vox* come prova infallibile²⁶³. Bastano due testimoni, radicati sul luogo del misfatto, per asserire il notorio²⁶⁴: ma essi depongono sulla *scientia* di tutti o della *maior pars*²⁶⁵. Una certezza che risulta già soddisfatta dalla presenza sul fatto di dieci persone: «*talis enim numerus facit populum (...) sic etiam decem homines faciunt parochiam*»²⁶⁶. Il concetto di notorio è dunque elastico: a seconda del tipo di delitto, *populus* e *maior pars* saranno quelli di una provincia, di una città o soltanto di una parrocchia o vicinia; i crimini sessuali rientrano in quest'ultimo caso²⁶⁷. La fama invece, per assurgere a *preambulum*, dev'essere veemente – «*talis quod scandalum generaret*»²⁶⁸ – ma dimostrata tramite almeno due testimoni deponenti «*quod illam a majore parte populi, vel publice audiverint*». Il *clamor* deve comunque sorgere tra persone oneste, prudenti, veridiche e fededegne²⁶⁹. Non solo il giudice non può allegare una fama non provata²⁷⁰, ma i testi devono provenire dal vicinato o dalla parrocchia, perché è lì che la notizia di un fatto nasce, si diffonde e suscita lo scandalo²⁷¹.

²⁶³ «Era la sentenza del popolo, al quale si doveva credere in quanto univa all'apparenza della verità, che aveva in comune con la fama, anche la certezza dell'esistenza di questa verità»: Ghisalberti, *La teoria del notorio*, cit., p.417. Cfr. Salvioli, *Storia della procedura*, cit., parte II, pp.456-460.

²⁶⁴ Il numero dei testi, in realtà, è piuttosto controverso in dottrina e non manca chi propone di ricorrere all'*arbitrium*. Farinacci, *Praxis*, cit., *partis primæ tomus primus*, q.XXI, n.47, p.280; Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.578. Ma è necessario che esse provengano dal vicinato, come conferma Follerio, *Practica criminalis, secunda pars secundæ partis*, rubr.Item quod est notorius delinquens, n.18, p.202: «*Et sic debet iudex examinare omnes de illa vicinia, vel parochia, ubi delictum est commissum*».

²⁶⁵ «Notorius non dicitur nisi de eo sit notitia in tota civitate, vel eius maiori parte (...) essentia notorii est, ut de eo universus populus, vel maior pars possit esse testis»: Farinacci, *Praxis*, cit., *partis primæ tomus primus*, q.XXI, n.43, p.280.

²⁶⁶ «*Restat ergo, quod ad inducendum notorium, sufficiunt decem homines*»: Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., pp.577-578.

²⁶⁷ Farinacci, *Praxis*, cit., *partis primæ tomus primus*, q.XXI, n.45, p.280. Questo significa che nei villaggi inferiori a dieci abitanti non potrà mai formarsi il notorio, così come sarà arduo parlare di notorio per fatti commessi *in domo* o *de nocte*: circostanze frequenti nei *delicta carnis*, che impediscono la *certa scientia* e alimentano i dubbi. Cfr. Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., pp.569, 578-579; Farinacci, *Praxis*, cit., *partis primæ tomus primus*, q.XXI, nn.56-59, p.281. Al contrario, un fatto avvenuto in piazza o in chiesa «*congregato populo*» è detto notorio: Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.578; Farinacci, *Praxis*, cit., *partis primæ tomus primus*, q.XXI, n.46, p.280.

²⁶⁸ Farinacci, *Praxis*, cit., *partis primæ tomus primus*, q.IX, nn.5-7, pp.106-107.

²⁶⁹ Carpozov, *Practica*, cit., *pars III*, q.CVIII, n.51, p.63. «*Non enim potest ad inquisitionem procedi, nisi præcesserit publica fama tanta quæ offendiculum populo præbeat, adeo ut absque periculo tolerari non possit*»: de Damhouder, *Praxis*, cit., cap.VIII, nn.8 e 10, fol.5A. Cfr. Maranta, *Speculum*, cit., fol.82A. Circa il numero dei testi, in realtà, si registrano opinioni differenti: ne fa una rassegna de Damhouder, *Praxis*, cit., cap.IX, nn.11-13, fol.6A.

²⁷⁰ «*Nec credatur iudici asserenti in inquisitione famam præcessisse, nisi de ea aliunde appareat per testes*»: Farinacci, *Praxis*, cit., *partis primæ tomus primus*, q.IX, n.7, p.106. Cfr. Maranta, *Speculum*, cit., fol.82A. In ambito canonico però, sulla base di X.5.34.10, si suole affermare che «*in Ordinario sufficit sola assertio infamiæ, non autem probatio*»: affermazione che però lascia perplesso Follerio, che la prenderebbe «*cum grano salis*». Non sempre, infatti, il pastore «*cognoscit oves suas, et vocem earum audit, et nominatim eas vocat*»: Follerio, *Canonica Criminalis Praxis*, cit., *pars II*, cap.6, nn.34-35, pp.87-89.

²⁷¹ «*Debet iudex de ista diffamatione inquirere a vicinis, et alijs scire debentibus*»: Follerio, *Canonica Criminalis Praxis*, cit., *pars II*, cap.6, n.29, p.85. De Damhouder, *Praxis*, cit., cap.IX, n.11, fol.6A. Lo stesso Alberto Gandino aveva definito la fama come «*communis viciniæ proclamatio*»: cfr. Migliorino, *Fama e infamia*, cit., pp.61-63. La fama, pertanto, può essere «*intesa come meccanismo di valutazione collettiva*»: Vallerani, *La giustizia pubblica*, cit., p.36.

Notorio e fama, due presupposti fondamentali del rito *ex officio*, sono tarati su uno spazio ristretto e non statale, in osmosi con le aspettative di un *populus* che è ancora quello delle relazioni *face to face*. Si potrebbe obiettare che, nel Cinquecento, si è ormai affiancato un altro *preambulum* capace di vanificarli: gli indizi raccolti durante l'*inquisitio generalis*. Nondimeno, il pregiudizio sociale resta determinante: anche laddove non depongano *de fama*, sono i vicini a trasmettere informazioni preziose alle istituzioni²⁷². Inoltre, per passare all'inquisizione speciale, contro gli uomini di mala fama «leviora sufficiunt inditia»²⁷³, mentre «adversus nobiles aut honestioris conditionis homines majora requirantur»²⁷⁴. Nel prosieguo del giudizio, l'opinione comune è ancor più decisiva. Rientra in gioco nella fase probatoria, come presupposto per la tortura e persino come criterio per assolvere o condannare: l'*infamia* di cui è macchiato l'imputato è essa stessa un indizio, e in mancanza d'altro orienta le scelte del giudice. La *veritas*, esaltata come obiettivo categorico dell'*inquisitio*, si smorza in una logica pregiudiziale che coinvolge inevitabilmente il nome del reo, spostandosi dalla fama del fatto a quella del soggetto: due concetti, teoricamente distinti, che vengono a sovrapporsi²⁷⁵.

Queste osservazioni – valide in generale per ogni delitto – trovano un'ulteriore specificazione per adulterio e stupro: per questi reati, nei tribunali laici l'iniziativa d'ufficio è perlopiù esclusa, in quelli vescovili è perlopiù subordinata al filtro del *manifestum*. Ciò che non si vede – e ciò che non si vuole dire – continuano a mantenere una certa impermeabilità. Persino due istituti potenzialmente invasivi come *denuntiatio evangelica* e visite pastorali si rivelano estremamente flessibili. Nel primo caso, abbiamo un formidabile strumento di controllo sociale che riconosce ad ogni fedele, in nome della carità, il potere di avviare un'azione penale. Lo zelo, però, non può essere imposto: finché i peccatori non daranno fastidio ci si aspetta un buon grado di sopportazione. Nel secondo caso, non c'è da immaginarsi un'intrusione violenta del potere, ma un intervento mirato ai casi più eclatanti: una campagna di moralizzazione che funziona perché richiesta²⁷⁶.

In realtà, l'analisi delle procedure stempera l'indissolubilità granitica del binomio potere – *inquisitio*, restituendo a quest'ultima (almeno in parte) la sua origine comunitaria; contribuisce, inoltre, a dissipare lo stereotipo di un'epoca a tinte fosche dove tutto il sesso è messo indiscriminatamente “al rogo”. Come s'è visto, repressione e tolleranza si alternano secondo registri complessi, talora variabili, mai casuali. Le novelle cinquecentesche sorridono ancora alle avventure galanti di vergini e adultere, raccontando

²⁷² Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.IX, n.21, p.109.

²⁷³ Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.I, n.49, p.8.

²⁷⁴ Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CVIII, n.64, p.64.

²⁷⁵ Vallerani, *La giustizia pubblica*, cit., pp.49, 95 e 100.

²⁷⁶ La stessa flessibilità si registra nelle visite tridentine studiate da Marco Bellabarba, dove ci si dedica perlopiù a «donne che generavano scandalo e spingevano le altre a mal fare»: Bellabarba, *I processi*, cit., pp.199-200. I parroci – lungi dal costituire quella rete di delatori descritta da certa storiografia – sono pronti a soprassedere, adeguando la propria tolleranza a quella dei parrocchiani. «Finché la comunità non considerava scandalosi questi comportamenti – ciò accadeva per lo più quando sopravvenivano altri motivi di conflitto, giudicati più gravi – il clero locale non si metteva in moto per reprimerli»: così, in base agli studi compiuti sulla Diocesi fiorentina, Lombardi, *Giustizia ecclesiastica e composizione dei conflitti matrimoniali*, in Seidel Menchi – Quaglion (curr.), *I tribunali*, cit. p.586.

una realtà non troppo distante da quella dei *fabliaux* medievali²⁷⁷. Gli approcci tra giovani – che prim’ancora di formalizzare le nozze si frequentano, si toccano, si conoscono proprio come avveniva alle generazioni preconciliari – non vengono percepiti come *stuprum*, ma bonariamente tollerati da famiglie e vicini, che li considerano utili ad intrecciare rapporti umani e, perché no, alleanze²⁷⁸. Se un adulterio può essere sottaciuto per quieto vivere e un concubinato tollerato se non troppo sfacciato, una gravidanza indesiderata crea invece serie difficoltà, denunciando la trasgressione in modo ineludibile. Ma anche qui, il buon inserimento della donna può agevolarne la posizione: la società protegge chi si dimostra integrato ed utile al bene comune²⁷⁹. Quando serve, padri e mariti possono ricorrere a forme di giustizia negoziata: per questo, «la giustizia penale era una risorsa utilizzata soltanto come ultima istanza a fini del controllo sociale»²⁸⁰. Più che improvvise fiammate d’intransigenza, che pure vi sono, dietro l’intervento della giustizia criminale si nascondono strappi imprevisi, capaci di suscitare agitazione. Donne sedotte da tempo col tacito consenso parentale, poi abbandonate con o senza *sponsio*; «vergini folli (...) vittime del loro corpo»: situazioni prima accettate, poi deplorate²⁸¹. Concubine – o prostitute – volgari e pettegole che «fanno la cattiva vicinanza»²⁸². Vedove che mettono a repentaglio la successione. Contingenze economiche sfavorevoli che suscitano l’insofferenza verso i soggetti *border line*²⁸³.

Tutto questo, ovviamente, sfugge all’analisi delle *practicæ*: esse, però, non sono astratte in un discorso asettico e cristallizzato. Sapientemente allineate al contesto storico, riescono a sublimare il problema su un piano scientifico: offrono alla prassi gli strumenti tecnici che permettono alla società di esprimere tutte le sue tensioni, e la sua complessiva armonia.

²⁷⁷ Tra i vari autori spicca Matteo Bandello, domenicano come molti inquisitori; ma la produzione boccaccesca del tempo conta innumerevoli epigoni, da Doni a Lasca, da Straparola a Basile. Cfr. Patrizi, *Forme ed esperienze narrative: la novella*, in Borsellino – Pedullà (curr.), *Storia generale della letteratura italiana*, IV, Milano 2004, pp.487-518.

²⁷⁸ Goubert – Roche, *L’Ancien Regime*, II. *Cultura e società*, cit., pp. 168 e 174; Rossiaud, *Il cittadino*, cit., p.195.

²⁷⁹ Dinges, *Usi della giustizia*, cit., pp.302-303. È il caso di ricordare i meccanismi assistenziali in favore delle ragazze madri: “vittime” di stupri consensuali, ma oneste e perciò meritevoli di protezione economica. Cfr. Fubini Leuzzi, *Condurre a onore. Famiglia, matrimonio e assistenza dotale a Firenze in Età Moderna*, Firenze 1999.

²⁸⁰ Dinges, *Usi della giustizia*, cit., p.306.

²⁸¹ Goubert – Roche, *L’Ancien Regime*, II. *Cultura e società*, cit., p. 169.

²⁸² Come nella causa pisana analizzata da Luperini, *Il gioco dello scandalo*, cit., p.395.

²⁸³ Bellabarba, *I processi*, cit., pp.224-225; Dinges, *Usi della giustizia*, cit., p.305.

Capitolo V

LA PENA ORDINARIA TRA DIRITTO CANONICO E DIRITTO CIVILE

1. “*Plus charitas quam potestas*”? *L’adulterio dei laici nelle corti ecclesiastiche*

La *poena* costituisce un punto di osservazione privilegiato per comprendere le trasformazioni del diritto cinquecentesco. Mentre i giuristi cominciano a interrogarsi sui suoi scopi¹, la prassi sperimenta l’interazione continua tra i “due diritti”. Il penale laico cresce sensibilmente: tuttavia, almeno per quanto attiene i *delicta carnis*, il diritto criminale canonico svolge ancora un ruolo significativo e, per certi aspetti, paradigmatico. Consapevoli di questo, la nostra su analisi prenderà avvio dalle misure ecclesiastiche, per poi soffermarsi su quelle secolari.

In generale, le corti vescovili dispongono di un articolato ventaglio sanzionatorio. Da una parte, infatti, resta ben radicata la vocazione correzionale, che si esprime nelle *poenae medicinales* o *censuræ*²; dall’altra si potenziano le *poenae vindicativæ*, tese a ristabilire l’ordine turbato indipendentemente dal ravvedimento³. La differenza teleologica è cruciale, perché mentre il giudice è obbligato ad assolvere dalla censura ogniqualvolta cessi la *contumacia* (cioè lo stato di disobbedienza, che viene opportunamente emendato), le pene vendicative colpiscono invece in modo inesorabile (sebbene nei reati minori si possa dispensare). A fronte di un’*absolutio* che è atto di giustizia dovuto, abbiamo una *dispensatio* che è atto di grazia facoltativo, e comunque subordinato a una giusta causa⁴. Poiché la censura non persegue una «*culpa præterita*», ma una trasgressione presente, ne consegue che essa non può avere un limite temporale preciso: anche laddove il termine sia determinato, essa è sempre rinnovabile in base al perdurare della *contumacia*⁵.

¹ Cfr. Pietro Gregorio, *Syntagma iuris universi*, Lugduni 1587, pars III, lib.XXXI, cap.II, nn.7-9, pp.224-225; Carpzov, *Practica*, pars III, q.CI, nn.11-19, pp.2-3. Entrambi propongono una tripartizione delle *causae puniendi*: κόλασις (“correzione”), τιμωρία (“castigo”) e παράδειγμα (“esempio”). Rispetto ai giuristi precedenti (ivi compresi Claro e Deciani), la riflessione sulla pena acquista una certa profondità. Filosofi, teologi e *politiques* contribuiscono al dibattito, ispirando i due autori: ma è determinante la formazione culta del Tolosano, che dichiara il suo debito verso Aulo Gellio. La trasformazione è colta da Ghisalberti, *Pena* (Diritto intermedio), in *Novissimo digesto italiano*, XII, Torino 1965, p.815 secondo il quale «si passa, cioè, sempre più coscientemente dalla tesi espressa nella proposizione *punitur quia peccatum est* a quella sintetizzata nell’altra e più complessa frase *punitur ne peccetur* che lascia intravedere le più vaste finalità della pena in una concezione della giustizia non più rigidamente sinallagmatica».

² Già dal Medioevo, l’*emendatio* costituisce l’elemento caratterizzante la giustizia canonica: Schiappoli, *Diritto*, cit., pp.761-784; Carbasse, *Histoire*, cit., pp.281-284. Nel periodo in esame, è la Santa Inquisizione a rappresentare la massima espressione di questa logica, finalizzata al recupero del peccatore (ma capace di severità estrema contro l’incorreggibile): cfr. Tedeschi, *Il giudice*, cit., pp.97 e 120

³ Esse hanno, perciò, carattere retributivo: Schiappoli, *Diritto*, cit., p.778.

⁴ Una panoramica in Tesauro, *De poenis ecclesiasticis*, cit., pars prima, pp.36-378. Cfr. Bertola, *Pena canonica*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XII, cit., p.844-846.

⁵ «*Censura, quæ propter contumaciam imponitur, cum primum homo resipuerit, et parere voluerit, auferenda est (...)* Unde proprius terminus Censuræ tantum debet esse, quantum contumacia duraverit. Atque hinc fit, quod nec Censura, quæ proprie sit Censura imponi possit pro certo, et determinato tempore, quo elapso cesset, etiamsi contumacia duret; neque si contumacia cesset, potest licite differri Censuræ absolutio (...) Esset enim hoc contra finem Censuræ, qui est comprimere contumaciam, et contra rectitudinem Iustitiæ;

Il fine correzionale della censura è espresso nella condanna paolina contro il fornicatore di Corinto, lì dove sono già presenti i tratti essenziali della sua *species* più nota: la scomunica⁶. Il primato della mitezza e della persuasione è più volte affermato dalla canonistica, anche in riferimento alla materia sessuale⁷; una logica ribadita con mirabile chiarezza in un decreto tridentino, che esorta i vescovi a comportarsi da «pastores, non percussores (...) hortando, et monendo (...) Sin autem ob delicti gravitatem virga opus fuerit; tunc cum mansuetudine rigor (...) ut sine asperitate, disciplina populi salutaris, ac necessaria conservetur; et qui correcti fuerint, emendentur; aut, si resipiscere noluerint, cæteri, salubri in eos animadversionis exemplo, a vitiis deterreantur»⁸. Uno strano amalgama tra *æquitas* e rigore permea il diritto tridentino. A mali estremi, i vescovi della Controriforma non disdegnano l'uso della coazione: non tutti dispongono di propri famigli, ma possono comunque invocare il braccio secolare⁹. In alcune diocesi, diventano frequenti le sanzioni corporali, che pure un illustre canonista del passato come Innocenzo IV aveva escluso¹⁰. Ad ogni modo, anche le *poenæ vindicativæ* vanno applicate ed eseguite con

daretur enim occasio peccatori perseverandi in sua contumacia, si nosset elapso tempore Censuram cessare debere, et prius non esse tollendam, quantumvis resipiscat»: de Dicastillo, Tractatus, cit., de censuris, disp.I, dub.II, n.15, p.3.

⁶ «Tradere huiusmodi Satanæ in interitum carnis, ut spiritus salvus sit in die Domini (...) Ne commisceamini fornicariis (...) Nunc autem scripsi vobis non commiseri, si is, qui frater nominatur, est fornicator aut avarus aut idolis serviens aut maledicus aut ebriosus aut rapax; cum eiusmodi nec cibum sumere (...) Auferte malum ex vobis ipsis!»: 1Cor V, 1-13. Sin dalle origini, la scomunica costituisce lo strumento precipuo per il disciplinamento dei fedeli.

⁷ *Decr.* C.23, q.IV, c.26: «non semper in eos, qui peccant, vindicandum, quia nonnumquam amplius prodest clementia, tibi ad pacienciam, quam lapsio ad correctionem»; *Decr.* C.33, q.II, c.8: «Non enim vult Deus mortem peccatoris, sed ut convertatur ad penitentiam, et vivat».

⁸ Concilio di Trento, sess.XIII cap.I *de reformatione*: «Eadem sacrosanta Tridentina Synodus (...) intendens nonnulla statuere, quæ ad jurisdictionem pertinent Episcoporum, ut, juxta proximæ Sessionis decretum illi in commissis sibi Ecclesiis eo libentius resideant, quo facilius, et commodius sibi subjectos regere, et in vitæ, ac morum honestate continere potuerint; illud primum, eos admonendos censet; ut se pastores, non percussores esse meminerint, atque ita præesse sibi subditis oportere, ut non eis dominantur, sed illos, tamquam filios, et fratres diligant: elaborentque, ut hortando, et monendo ab illicitis deterreant; ne, ubi delinquerint, debitis eos poenis coercere cogantur, quos tamen, si quid per humanam fragilitatem peccare contigerit, illa Apostoli est ab eis servanda præceptio; ut illos arguant, obsecrent, increpent in omni bonitate, et patientia: cum sæpe plus erga corrigendos agat benevolentia quam austeritas; plus exhortatio, quam comminatio; plus charitas, quam potestas. Sin autem ob delicti gravitatem virga opus fuerit; tunc cum mansuetudine rigor, cum misericordia iudicium, cum lenitate severitas adhibenda est; ut sine asperitate, disciplina populi salutaris, ac necessaria conservetur; et qui correcti fuerint, emendentur; aut, si resipiscere noluerint, cæteri, salubri in eos animadversionis exemplo, a vitiis deterreantur; cum sit diligentis, et pii simul pastoris officium, morbis ovium levia primum adhibere fomenta; post, ubi morbi gravitas ita postulet, ad acriora, et graviora remedia descendere; sin autem ne ea quidem proficiant illis submovendis, cæteras saltem oves contagionis periculo liberare».

⁹ Per l'Italia, è stato dimostrato come gran parte delle diocesi disponesse di forze proprie. I birri del vescovo agiscono nei confronti dei consacrati e, talvolta, anche nei confronti dei laici (come dimostra Romeo, *Amori proibiti*, cit., pp.114 e 155-158). In una monarchia forte come la Francia la polizia vescovile è del tutto assente. Cfr. Brambilla, *La polizia*, cit., pp.73-81 e 88-89; Ead., *I poteri giudiziari dei tribunali ecclesiastici nell'Italia centrosettentrionale e la loro secolarizzazione*, in Donati – Flachenecker (curr.), *Le secolarizzazioni nel Sacro Romano Impero*, Bologna Berlin 2005, pp.105-106; Ead., *I casi morali*, cit., pp.521-576; Fosi, *La giustizia*, cit., p.29; Mancino – Romeo, *Clero criminale*, cit., pp.209-211.

¹⁰ L'opinione del Pontefice è ricordata da Pietro Follerio, per poi passare in rassegna una serie di ipotesi che la smentiscono. Infine, il giurista salernitano conclude che «ecclesiæ citra vindictam sanguinis, licet imponere poenam corporalem»: Follerio, *Canonica Criminalis Praxis*, cit., pars II, cap.9, nn.7-11, pp.131-132. C'è chi ha parlato, per il periodo in esame, di «fase islamica del diritto canonico»: affermazione un po'

mittezza, secondo una logica *latu sensu* correzionale¹¹. Al contempo, il carattere immediatamente correzionale delle *censturæ* non significa tenuità degli effetti, poiché comportano una *demenutio* giuridica, economica e sociale tutt'altro che trascurabile¹².

Entrambe le categorie comprendono sia sanzioni speciali contro i chierici – e in tal senso il diritto canonico è un diritto ceto che vigila sulla condotta dei suoi esponenti – sia sanzioni comuni – giacché ogni battezzato è membro del Corpo mistico, pertanto soggetto alla giurisdizione della Chiesa. È quindi necessario tener presente che emenda e castigo s'intrecciano in modo differente, in base allo stato secolare o consacrato del reo¹³. Cominciamo a interrogarci circa le pene inflitte agli adulteri laici. Una tradizione consolidata stabiliva la scomunica maggiore per entrambi gli amanti¹⁴, assolti solo in seguito a una penitenza settennale¹⁵. Tale durata è ormai indicativa, essendo rimesso all'*arbitrium* una determinazione più calzante¹⁶.

enfatica, che non manca di cogliere alcuni tratti salienti. In effetti, i mezzi afflittivi non sono più marginali, ma acquistano una centralità tale da sfumare le differenze col penale laico: mentre gli Stati secolarizzano istituti canonici, la Chiesa “canonizza” strumenti temporali. È una tendenza che si rispecchia soprattutto nell'ambito dei peccati sessuali: Di Simplicio, Peccato, cit., pp.181 e 368-370. Al di là del rigore sanzionatorio, anche la generale convergenza tra *lex divina* e *lex humana* potrebbe corroborare il parallelo col sistema islamico. Nondimeno, l'etichetta appare forzata: è proprio nel Cinquecento che tramonta qualsiasi pretesa papale di *potestas directa in temporalibus*. D'altra parte, come nota lo stesso autore a p.393, non tutti i vescovi cattolici riescono ad imporre pene vendicative *in laicos*: il fenomeno va circoscritto a precise realtà territoriali (in particolare, l'Italia centrale); lì dove lo Stato ha ridimensionato le competenze ecclesiastiche, non restano che le censure. La confessionalizzazione, perciò, costituisce un fenomeno ben più articolato e problematico di una presunta «fase islamica».

¹¹ Secondo Díaz la pena pecuniaria «causa correctionis fiat, et ex fonte charitatis procedat». Ma anche la «detrusionis in monasterio poena (...) ad eorum emendationem salubrior esset»: Díaz de Lugo, *Practica*, cit., pp.656 e 662.

¹² Chi subisce la scomunica maggiore, ad esempio, è «inabilitato a compiere atti legali – contrarre matrimonio, comparire in giudizio, fare atti e contratti – e in più bollato d'infamia dall'affissione e divulgazione del nome»: Brambilla, *La polizia*, cit., p.83. I fedeli non possono intrattenere rapporti amichevoli con costui, che viene (almeno in teoria) ostracizzato. Come il bando espelle dalla comunità politica, la scomunica esclude dalla comunità spirituale. Cfr. Geremek, *L'emarginato*, cit., p.397; Bellabarba, *La giustizia nell'Italia moderna*, cit., p.65; Migliorino, *Il nastro di Moebius e i margini del diritto. Scomunicati e infami nell'ordine giuridico medievale*, in Cassi (cur.), *Ai margini della civitas. Figure giuridiche dell'altro tra medioevo e futuro*, I, Catanzaro 2013, pp.105-116. Per un consacrato, tale scomunica comporta anche la sospensione da ufficio e beneficio. Sul piano spirituale, «quando quis excommunicatur, statim desinit esse membrum Dei, et incipit esse membrum diaboli»: Follerio, *Practica criminalis*, cit., prima pars secundæ partis, rubr. Audiantur excusatores, nn.50-52, p.67.

¹³ Ovviamente, nel nostro caso, ciò che può mutare è lo *status* dell'adultero o dello stupratore. La donna, infatti, è sempre laica: altrimenti ricadremmo nella più grave fattispecie del *sacrilegium*.

¹⁴ *Decr. C.32, q.V, c.23; X.5.16.6; X.5.16.6*. «Tam masculus quam foemina, pro adulterio excommunicatur»: Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, n.23, p.467. Cfr. Barbier, *Aureum viatorium utriusque iuris*, 1595, rubr.2, n.22, p.18; Grillando, *Tractatus*, cit., fol.78A; Covarrubias, *In librum quartum Decretalium*, cit., pars secunda, cap.VII, par.VII, n.20, fol.112A; Claro, *Practica*, cit., par. Adulterium, n.7, fol.4B; Menochio, *De arbitrariis iudiciis*, cit., lib.II, cent.V, casus 419, n.73, p.603; Lancellotti, *Institutiones iuris canonici*, *Francofurti ad Moenum* 1591, lib.IV, tit.VIII, p.1; Cucchi, *Institutionum iuris canonici*, *Venetii* 1564, lib.IV, cap.IX, fol.80B. Cfr. Lucchini, *Adulterio*, cit., p.215.

¹⁵ *Decr. C.32, q.V, c.4*. Cfr. de Damhouder, *Praxis*, cit., cap.LXXXIX, n.97, fol.98A; Gonzalez Téllez, *Commentaria*, cit., t.V, tit.XVI, cap.III, n.2, p.211.

¹⁶ «Omnes poenitentiae, etiam a iure Canonico statutae, hodie sint arbitrariae, idest arbitrio episcopi»: Tesaurio, *De poenis ecclesiasticis*, cit., pars prima, p.6.

Benché irrogata dal giudice, la *poenitentia* è richiesta e accettata dal reo: la volontarietà ne costituisce, pertanto, il carattere distintivo. «Poenitentia est quædam dolentis vindicta, semper puniens in se quod dolet commississe»: poiché rende soddisfazione a Dio – non alla parte lesa o alla collettività – essa opera su un piano “altro”, realizzando una commutazione capace di ridurre la pena temporale ultramondana¹⁷. Certo, le misure concretamente adottate sono così gravose da apparire persino peggiori della stessa *poena medicinalis*: digiuni, pellegrinaggi, oboli, preghiere, mortificazioni e astinenza sessuale possono sembrare troppo duri per esser frutto di un pentimento spontaneo (anche perché s’innestano in procedimenti *ex officio* o su istanza altrui, tesi evidentemente a forzare il ravvedimento). Tra Cinque e Seicento, sembra proprio che le corti vescovili usino la *poenitentia* come surrogato di pena vendicativa; non è però corretto confondere i concetti o desumere l’irrelevanza del reciproco discrimine¹⁸. E questo non solo perché la dottrina resta fedele all’impostazione consolidata¹⁹, ma anche perché la storiografia ha riscontrato non pochi esempi di scomunicati impenitenti, capaci di rifiutare l’emenda per lunghi anni salvo cambiare idea al momento opportuno, magari in età avanzata²⁰. Nonostante ogni ritrovato giuridico – strumenti appuntiti, capaci d’incutere serio timore – l’emenda non diventa obbligatoria, e la penitenza rimane libera. Poiché il suo fine è prettamente spirituale, il parametro per definirne il *quantum* non può limitarsi alla materia del delitto, ma deve riflettere soprattutto il grado di colpevolezza e resipiscenza: in questo, il giudice di foro esterno agisce come il confessore. La regola fondamentale impone che «pro manifesto peccato poenitentia publica imponi debet», mentre il peccato occulto va mondato con una penitenza segreta²¹. È il Concilio di Trento ad aver revocato in uso la penitenza pubblica, seguito da altri sinodi locali: la logica, espressa, è quella di ammonire quanti potrebbero subire il contagio dello scandalo. Ma lo stesso canone abilita il vescovo alla commutazione, confermando la centralità dell’*arbitrium*: la convenienza del caso concreto può suggerire per un peccato manifesto una penitenza segreta, che non macchia l’onore del reo²². Al contrario, la penitenza

¹⁷ Tommaso d’Aquino, *Summa totius theologiæ*, cit., Tertia pars, q.85, art.3, pp.246-247. Pertanto, essa non ha natura medicinale, ma vendicativa: Schiappoli, *Diritto*, cit., p.788.

¹⁸ Non sembrano perciò corrette le affermazioni di Carbasse, *Histoire*, cit., p.283.

¹⁹ Scrive Tesaurò, *De poenis ecclesiasticis*, cit., pars prima, p.4: «Poenitentia (...) est dolentis vindicta puniens in se quod dolet commississe (...) Differt autem poena a poenitentia, Primo quod poenitentia imponitur ut satisfiat Deo, et animæ: Poena autem, ut satisfiat Reipublicæ ideo poenitentia non excusat a poena (...) Secundo, Poena infligitur invito, et independenter ab eius voluntate: poenitentia autem acceptatione indiget, et consensu poenitentis; imo regulariter ab ipso delinquente accipit executionem».

²⁰ Casi simili persino in una ricostruzione a tinte fosche come quella offerta da Di Simplicio, *Peccato*, cit., pp.229-234

²¹ Fagnani, *Commentarium in quintum librum*, cit., tit. de Poenitentij et remissionibus, cap. Manifesta, nn.1 e 15, pp.288-289. Cfr. X.5.38.1.

²² Concilio di Trento, sess.XXIV, can.VIII *de reformatione*: «Apostolus monet, publice peccantes palam esse corripiendos. Quando igitur ab aliquo publice, et in multorum conspectu crimen commissum fuerit, unde alios scandalo offensos, commotosque, fuisse non sit dubitandum; huic condignam pro modo culpæ poenitentiam publice injungi oportet; ut quos exemplo suo ad malos mores provocavit, suæ emendationis testimonio ad rectam revocet vitam. Episcopus tamen publicæ hoc poenitiæ genus in aliud secretum poterit commutare, quando ita magis judicaverit expedire». Brambilla, *I casi morali*, cit., pp.563-564 scorge in questa norma la chiave per punire severamente i «poveri senza onore» e dispensare i membri dei ceti agiati: nondimeno, tale *arbitrium* appare coerente con la flessibilità canonica, da cui peraltro non ci si può attendere un egualitarismo antistorico. Richiamate la penitenza pubblica e quella privata, il Concilio non

pubblica si fonda sull'umiliazione e sulla pubblica ammenda: scalzi e con la camicia dei disciplini, gli adulteri assistono alla Messa – spesso quella *in Coena Domini* – reggendo un cero in mezzo alla navata, genuflessi e col capo piegato. Corda al collo e formule di contrizione possono completare il quadro, che culmina nell'abiura. Il rituale, più o meno colorito, varia in base agli usi locali, non di rado assumendo fattezze simili alle pene infamanti di diritto secolare²³. La condanna canonica, d'altronde, colpisce i peccatori con la pena accessoria dell'*infamia iuris* e della conseguente *irregularitas*²⁴. L'uso di tagliare loro i capelli e reciderne le vesti mostra un chiaro scopo infamante; inoltre, il giudice può assicurarne la separazione con la pena del bando²⁵. Nonostante il silenzio dei canoni, sin dal Quattrocento alcune corti irrogano una *mulcta*, pena vendicativa devoluta ad opere pie²⁶. In fondo, la *poena adulterii* è divenuta arbitraria.

Va specificato, però, che già il *Corpus iuris canonici* aggrava il trattamento sanzionatorio della *uxor adultera*²⁷. Come già detto, il marito non può soprassedere: deve anzi forzarne l'emenda, portandola in giudizio²⁸. Se il crimine è occulto, un processo discreto stabilirà una penitenza segreta: se il marito è ben disposto, la convivenza non

rinnova la penitenza solenne, un tempo prevista per peccati gravissimi (come sacrilegio e incesto) e adesso desueta: cfr. Fagnani, *Commentaria in quintum librum*, cit., tit. de Poenitentijs et remissionibus, cap. Manifesta, nn.3-12, pp.288-289. «Cogi potest delinquens pro crimine publico, et scandaloso ab Episcopo seu Praelato per censuras Ecclesiasticas ad acceptandam, et perficiendam poenitentiam publicam (...) quod puto intelligendum non solemni, nam solemnes poenitentiae hodie desuetudine abrogatae sunt (...) Episcopus potest tales publicas poenitentias a iure statutas commutare in secretas, quando sibi visum fuerit expedire»: Tesaurò, *De poenis ecclesiasticis*, cit., pars prima, pp.5-6.

²³ Bellabarba, *I processi*, cit., p.196-197; Brambilla, *I casi morali*, cit., pp.500 e 539; Di Simplicio, *Peccato*, cit., pp.220-221. Nei Paesi Bassi è frequente la prassi di porre un "pietra di giustizia" sulle spalle degli adulteri, costringendoli a girare intorno al cimitero: una prassi non troppo dissimile da quelle francese, che impone come pena secolare di girare nudi per le strade della città: Daumas, *Adulteri e cornuti*, cit., p.102. Ad Alessandria, nel 1574, la Curia condanna le adulate ad assistere alla Messa «rasate a zero, con la testa coperta da un coperchio d'orinale»: Romeo, *Amori proibiti*, cit., p.27.

²⁴ L'*infamia iuris* per gli adulteri è testuale in *Decr.* C.6, q.I, c.17. Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, n.25, p.467; Tesaurò, *De poenis ecclesiasticis*, cit., pars secunda, p.122. Essa comporta «la cessazione del diritto alla stima presso le persone oneste» e pertanto implica una limitazione della capacità di agire. «In ossequio al principio infamibus non pateant dignitatem il principale effetto della pena d'infamia – oltre all'antichissima interdizione degli ordini sacri – era quello di chiudere l'accesso a tutti gli uffici pubblici, sia ecclesiastici che civili (...) Tra gli altri effetti della pena, bisogna ricordare l'incapacità ad essere giudice ed avvocato, come pure attore, accusatore o testimone in giudizio»: Dalla Torre, *Infamia (Diritto canonico)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol.XXI, Milano 1971, pp.388-389.

²⁵ Già *Decr.* C.32, q.I, c.5 prevedeva il taglio dei capelli ed esortava i vescovi a separare gli adulteri costringendo uno di essi a migrare. «Sindunt in pannis ante et retro»: Barbier, *Aureum viatorium*, cit., rubr.2, n.22, p.18.

²⁶ Daumas, *Adulteri e cornuti*, cit., pp.102-103. Anche l'Abbas aveva riconosciuto ai tribunali ecclesiastici la facoltà d'irrogare pene pecuniarie. Un secolo dopo, la materia sarà approfondita dal Díaz de Lugo, *Practica*, cit., p.655-657 e da Follerio, *Canonica Criminalis Praxis*, cit., pars II, cap.33, nn.126-137, pp.288-289: «Item potest imponi poena pecuniaria, etiam per iudices ecclesiasticos; quam dicunt in usus pios convertere (...) Item possunt iudices ecclesiastici imponere poenas pecuniarias ne dum clericis, sed etiam laicis, etiam non subiectis temporaliter». Il giurista salernitano testimonia che le costituzioni sinodali napoletane prevedono spesso la pena della multa.

²⁷ Ciò sembra contraddire l'equiparazione ai fini dell'*accusatio* («In utroque sexu adulterium pari ratione punitur»: *Decr.* C.32, q.V, c.23), ristabilendo una sperequazione sul piano sanzionatorio.

²⁸ Coerentemente col dettato civilistico, anche il diritto canonico obbliga i mariti all'accusa. Soluzione non replicata, però, nel foro interno: non compie peccato mortale il marito che ritiene l'adultera senza pretendere l'emenda. Cfr. Savelli, *Summa*, cit., I, par.*Adulterium*, n.12, p.90.

viene interrotta, fermo restando il divieto di consumare rapporti fino al termine della misura. Se il crimine è manifesto, invece, neanche il marito più mite può risparmiare alla donna una penitenza in monastero²⁹: nella trama del processo criminale, a prova raggiunta, interviene un provvedimento di separazione temporanea. Al termine, il marito può «recipere peccatricem»³⁰. La revoca della separazione, però, resta nelle mani del marito, che può negarla³¹. In tal caso, la fedifraga è destinata a restare in monastero, per scontare una «perpetuam poenitentiam»³². Eseguita all'interno di strutture specifiche (i Monasteri delle Convertite), la misura ricalca la Nov.134.10 di Giustiniano, rispetto alla quale differisce per la durata più lunga del periodo in monastero³³. La norma canonica, infatti, sottende un periodo di sette anni, mentre la novella si limita a un biennio. Di primo acchito, sembra che stavolta nello *ius canonicum* non prevalga affatto la mitezza. Bisogna considerare, però, anche un'altra prospettiva: nella logica della Chiesa un tempo più lungo può salvaguardare il matrimonio, perché placa le ire del marito. Viceversa, la soluzione romanista è più spiccia: un marito che ha fretta (e che al contempo desidera il sangue del drudo) non esiterà a ricorrere al giudice laico³⁴.

A partire dal 1563, questo ventaglio sanzionatorio di origine medievale si arricchisce di altre misure: il Concilio dispone un rito più snello e pene più efficaci in ipotesi di pubblico concubinato e convivenze adulterine. Si tratta di un registro speciale, disciplinato in forma piuttosto vaga ed allusiva, ma pervaso di uno spirito sommario e afflittivo. Di fatto, è una svolta. Per quanto attiene gli uomini, dopo la triplice *monitio*, il giudice

²⁹ Covarrubias, In librum quartum Decretalium, cit., pars secunda, cap.VII, par.VII, n.20; fol.112A; Menochio, De arbitrariis iudiciis, cit., lib.II, cent.V, casus 419, n.74, p.603; Gonzalez Téllez, Commentaria, cit., t.V, tit.XVI, cap.III, nn.10 e 12, p.214.

³⁰ X.5.16.3: «Si vir sciens, uxorem suam deliquisse, quae non egerit poenitentiam, sed permanet in fornicatione sua, vixerit cum illa: vir reus erit et eius peccati particeps. Quodsi mulier dimissa egerit poenitentiam, et voluerit ad virum suum reverti, debet, sed non saepe, recipere peccatricem, quae poenitentiam egit». Le lacrime della penitenza hanno infatti mondato ogni macchia, cosicché la donna non merita più il nome di adultera. Cfr. *Decr.* C.32, q.I, c.4; *Decr.* C.32, q.I, c.7; *Decr.* C.32, q.I, c.8; *Decr.* C.32, q.I, c.10.

³¹ «Cum per poenitentiam delicta aboleantur, recte potest maritus uxorem adulteram, sed poenitentem recipere. (...) Nunquam debere innocentem recipere nocentem. Si autem velit innocens nocentem recipere, tenetur nocens eum sequi, quia sententia divortii tantum prolata est in favorem innocentis». Tuttavia, «sunt etiam casus, in quibus innocens omnino cogitur recipere peccatricem emendatam. Primus est, si suspectus sit de propria incontinentia. Secundus, si innocens etiam adulterium commisit ante, vel post sententiam divortii, quia tunc etiam innocens infert injuriam conjugii dimisso, et paria delicta mutua compensazione tolluntur»: Gonzalez Téllez, Commentaria, cit., t.V, tit.XVI, cap.III, n.11, p.214. La seconda eccezione è desunta da X.5.16.6.

³² Così X.3.32.19: «Gaudemus in Domino. Mulieres vero, quae relicto maritali toro lapsu carnis ceciderunt, si mariti earum, a te diligenter commoniti, eas ad frugem melioris vitae conversas noluerint recipere propter Deum, in claustris cum religiosis mulieribus studeas collocare, ut perpetuam poenitentiam ibi agant». Ma la medesima soluzione è già attestata in *Decr.* C.32, q.I, c.5. Cfr. Claro, Practica, cit., par. Adulterium, n.7, fol.4B; Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLI, n.24, p.467. Anche in tal caso si evince una certa confusione tra *poena* e *poenitentia*: dato che la misura riveste carattere obbligatorio, non sembra corretto il *nomen iuris* utilizzato da Gregorio IX.

³³ La sua matrice civilistica è colta da Gonzalez Téllez, Commentaria, cit., t.V, tit.XVI, cap.III, n.9, p.213 che però la qualifica vera e propria *detrusio in monasterium*, quindi (sul modello giustiniano) pena vendicativa e non penitenza.

³⁴ Perché «si agatur de poena sanguinis, solus iudex secularis cognoscet», come sottolinea Choveron, De publicis concubinariis, cit., p.68. Senza dimenticare che, secondo alcuni statuti, anche l'adultera è rea di morte.

irrognerà la scomunica maggiore: «quod si in concubinato per annum, censuris neglectis, permanserint; contra eos ab Ordinario severe pro qualitate criminis procedatur». Per quanto riguarda la donna, invece, nulla è detto in merito alla scomunica: ma, in caso di *contumacia*, dopo tre ammonizioni, verrà irrogato il bando dalla città o dalla diocesi «invocato, si opus fuerit, brachio seculari»³⁵. Quando i Padri, laconicamente, affermano che «aliis poenis, contra adulteros, et concubinarios inflictis, in suo robore permansuris» e si appellano alla severità, intendono certo salvare la disciplina tradizionale come regime sussidiario e generale, ma allo stesso tempo lasciano aperta una breccia per l'espansione delle pene vendicative *in laicos*³⁶.

I silenzi del legislatore, infatti, sono presto colmati. Grazie al combinato con un capitolo successivo³⁷, la norma viene interpretata come foriera di pene corporali e pecuniarie, concorrenti o persino privilegiate rispetto alle censure. Una pronuncia della Congregazione del Concilio, depositaria dell'interpretazione autentica, recide secoli di dibattito canonistico. Contro la vecchia opinione di Innocenzo IV e Pietro d'Ancharano – ancora sostenuta nel 1550 da Choveron³⁸ – la commissione cardinalizia precisa che, dopo Trento, non è più lecito dubitare «quod Ecclesia in causis mixtis procedit etiam contra laicos ad personalem distractionem, et punitionem»: pertanto, ai vescovi sarà lecito non solo «carceri mancipare, et corporaliter punire», ma anche «in bonis mulctare»³⁹. Sul punto, l'appassionata dissertazione di Fagnani finisce per sostenere una conclusione persino rivoluzionaria: se prima del Concilio «de jure communi censura erat remedium

³⁵ Secondo Farinacci, però, vige anche la tradizionale penitenza del monastero femminile: Farinacci, *Practica*, cit., pars quarta, q.CXXXVIII, nn.76-77, p.447 e pars quarta, q.CXLI, n.45, p.469. Cfr. Marchisello, *Alieni thori violatio*, cit., p.172.

³⁶ Concilio di Trento, sess.XXIV cap.VIII *de reformatione*. Tuttavia, secondo Luperini, *Il gioco dello scandalo*, cit., p.391, la prassi si mostra restia ad applicare «le pene più umilianti» e rigorosa, invece, nell'irrogare il bando perpetuo alle donne e la multa agli uomini (che si commuta in bando annuale «se non si assolve alla sanzione pecuniaria»).

³⁷ Ovvero Concilio di Trento, sess.XXV, cap.III *de reformatione*: «Quamvis excommunicationis gladius nervus sit Ecclesiasticæ disciplinæ, et ad continendos in officio populos valde salutaris, sobrie tamen, magnaue circumspectione exerendus est; cum experientia doceat, si temere, aut levibus ex rebus incutiatur, magis contemni, quam formidari; et perniciem potius parere, quam salutem (...) In causis vero judicialibus mandatur omnibus Judicibus Ecclesiasticis, cujuscunque dignitatis existant, ut quandocunque executio realis, vel personalis in qualibet parte judicii propria auctoritate ab ipsis fieri poterit, abstineant se tam in procedendo, quam definiendo, a censuris Ecclesiasticis, seu interdicto: sed liceat eis, si expedire videbitur, in causis civilibus, ad forum Ecclesiasticum quomodolibet pertinentibus, contra quoscunque, etiam laicos, per multas pecuniarias, quæ locis piis, ibi existentibus, eo ipso quod exactæ fuerint, assignentur; seu per captionem pignorum, personarumque distractionem, per suos proprios, aut alienos executores faciendam, sive etiam per privationem beneficiorum, aliaque juris remedia procedere, et causas definire. Quod si executio realis, vel personalis ad versus reos hac ratione fieri non poterit, fitque erga Judicem contumacia; tunc eos etiam anathematis mucrone, arbitrio suo, præter alias poenas ferire poterit. In causis quoque criminalibus, ubi executio realis, vel personalis, ut supra, fieri poterit; erit a censuris abstinendum: sed si dictæ executioni facile locus esse non possit; licebit Judici hoc spirituali gladio in delinquentes uti; si tamen delicti qualitas, præcedente bina saltem monitione, etiam per edictum, id postulet».

³⁸ «Laicus committens adulterium debet excommunicari: quia excommunicatio est ultimus mucro ecclesiæ, nec ultra excommunicationem habet quid faciat»: Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.57.

³⁹ E questo anche laddove si fossero astenuti da tempo da simili misure. La valenza universale del Concilio, infatti, s'impone in ogni diocesi. Il semplice non uso, peraltro, non può determinare una prescrizione negativa, che peraltro sarebbe esclusa dalla pubblicazione annuale della bolla *In coena Domini*. Queste le argomentazioni di Fagnani: ma la realtà è ben diversa, e la recezione dei deliberati tridentini sarà problematica e differenziata Stato per Stato: Prosperì, *Il Concilio di Trento: una introduzione*, cit., pp.95-113

ordinarium, quia eo iudex Ecclesiasticus primario uti debebat pro executione suae sententiæ, et pro sua jurisdictione (...) districtio vero personalis, seu invocatio brachii sæcularis erat remedium extraordinarium», adesso invece «executio realis, vel personalis effecta est remedium ordinarium, et excommunicatio remedium extraordinarium, et subsidiarium». Il capitolo III della Sessione XXV non sembra lasciar dubbi in proposito. Fortemente voluta dagli emissari di Filippo II, la norma esprime la necessità di allentare quei lacci che avevano suscitato la protesta luterana: meglio accettare i poteri coercitivi del vescovo che non l'eccesso di scomuniche. Posizione che lascia stupiti, se pensiamo che la proposta viene dalla Monarchia più potente del tempo; difatti, anche nei possedimenti spagnoli, sorgerà ben presto la reazione dei tribunali secolari. Tra un conflitto e l'altro, però, diverse corti diocesane si adeguano alla nuova impostazione. E se nello *stuprum* questa tassonomia delle pene sarà scrupolosamente osservata, nell'*adulterium* – nonostante le esortazioni di Fagnani⁴⁰ – le cose procedono in modo un po' diverso.

In effetti, come abbiamo già rilevato, il procedimento tridentino contro concubini e pubblici adulteri viene ulteriormente semplificato dalla prassi. Sostituite le ammonizioni con il *præceptum*, accade che nello stesso atto si ingiungano contestualmente più pene. Se la *contumacia* non cessa entro il termine fissato – e dunque il reo non si presenta per l'opposizione, o non si separa dall'amante – scatta automaticamente la scomunica maggiore, di solito combinata con una *poena vindicativa*: i vescovi sono soliti minacciare la multa o il carcere⁴¹. Ma se la censura opera *ipso facto*, multa e carcere necessitano pur sempre di esecuzione materiale: e di solito il margine di attesa è piuttosto lungo⁴². I vescovi temporeggiano, minacciano, possono perfino emanare ulteriori precetti. Raramente ricorrono direttamente alla coazione. Il vero fine è pur sempre il ravvedimento, che va forzato in ogni modo. Per quanto vindicative, queste misure si accompagnano alla scomunica e rivelano, perciò, un fine *latu sensu* medicinale. Non sembra eccessivo, anzi, affermare che l'idea di carcere-emenda scaturisca proprio dall'esperienza canonica, lì dove il confine tra prigione e monastero, pena e penitenza, retribuzione e correzione si fa più

⁴⁰ Cfr. Fagnani, *Commentaria in quintum librum*, cit., tit. de Adulterio ed Stupro, cap. Pervenit, nn.9-44, pp.148-152.

⁴¹ Brambilla, *La polizia*, cit., pp.85-86. Non a torto, quindi, l'Autrice mette in rilievo la novità di certi strumenti postconciliari. È anche vero che la scomunica assume nuove sembianze: non più esito di un processo ordinario, ma strumento d'intimazione, essa non sembra la stessa misura di un tempo. Va meglio precisata, però, l'affermazione a p.83, per cui «nella variante usata dai tribunali vescovili la scomunica non era affatto una pena, bensì uno strumento di procedura: era la sanzione o censura che il giudice minacciava per chiamare in giudizio». *In primis*, la censura è una pena, per cui ciò che si nega all'inizio lo si afferma alla fine. Inoltre – quando il fatto è notorio – non occorre alcuna verifica: la scomunica, in tal caso, non è concepita come mezzo procedurale, ma come vera e propria pena per un delitto certo. A ben vedere, la prassi cui allude la Studiosa può riferirsi a delitti non notori (un esempio in Di Simplicio, *Peccato*, cit., p.171, laddove furono ascoltati dei testimoni): se il giudice, nelle more dell'indagine, ordina comparizione o separazione, può minacciare la scomunica per mera disobbedienza (*contumacia*, nel lessico canonico: Follero, *Canonica Criminalis Praxis*, cit., pars II, cap.10, n.8, p.145 e pars II, cap.33, nn.140 e 143-144, pp.289-291); anche in tal caso, però, si tratta di *poena*.

⁴² Cfr. Di Simplicio, *Peccato*, cit., pp.193-194.

sfumato⁴³. La prassi tridentina, nonostante tutto, non dimentica la *salus animarum*, perseguita però con caparbia volontà disciplinante⁴⁴.

2. *Disciplinare il clero: adulterio e concubinato nei tribunali vescovili*

Diverso il registro che le corti ecclesiastiche osservano per punire i chierici. Nei loro confronti, il vescovo dispone di poteri coercitivi indubitati, ma anche di pene speciali che vanno ad intaccare il ruolo ricoperto nella gerarchia. Certo, il carattere conferito col Sacramento dell'Ordine è irrevocabile: nondimeno è possibile infliggere una serie di sanzioni più o meno gravose che limitano le facoltà del reo, fino ad escluderlo dal ceto⁴⁵.

Il consacrato che adultera una *nupta* può dirsi sacrilego per due motivi: «tum quia ipse peccat in corpus suum, quod est sacrum (...) tum etiam quia corrumpit matrimonium, quod est sacrum»⁴⁶. L'analogia col *sacrilegium* giustifica allora un trattamento severo: come sono deposti, *detrusi in monasterium* a vita, ma non scomunicati, quanti fornicano «cum monialibus, vel incarcerata, vel filia spirituali»⁴⁷, così anche chi si unisce alla donna altrui⁴⁸. A tutto ciò, ovviamente, si somma la penitenza⁴⁹. I riferimenti testuali nel *Decretum* non danno adito a dubbi⁵⁰ ed evidenziano una differenza di non poco conto rispetto al trattamento dei laici: mentre questi sono ben presto sottoposti a scomunica – non avendo la Chiesa medievale, nei loro confronti, la stessa capacità afflittiva rivendicata in Età tridentina – per i chierici si preferisce ricorrere alle *poenae vindicativæ*. In questo caso, la deposizione s'intende tanto dall'ufficio quanto dal beneficio, perciò priva il reo sia della

⁴³ È chiaro ai canonisti moderni che la prigione inflitta dalla Chiesa rappresenta qualcosa di più complesso rispetto al carcere-custodia del diritto laico. Secondo Díaz de Lugo, *Practica*, cit., pp.562-563, il carcere può essere considerato in tre modi diversi: *ad custodiam*, *in poenam criminis* e *ad afflictionem corporis*. Proprio grazie ad esso «præterita purgantur vitia, et præsentia impediuntur fieri, ac futura sæpius post liberationem sui memoria vitari solent»: Fagnani, *Commentaria in quintum librum*, cit., tit. de Adulterio ed Stupro, cap. Pervenit, n.35, p.151. «Il sistema della prigionia, escogitato dal Diritto canonico, passò nelle varie legislazioni penali ed è la base del nostro sistema penitenziario, con la differenza che, mentre il Diritto canonico voleva che il reo espiasse la sua colpa con le mortificazioni della carne e con la preghiera, il Diritto attuale mira alla rigenerazione del condannato mediante il lavoro»: Schiappoli, *Diritto*, cit., p.625; cfr. anche le pp.789-791. Cfr. Calisse, *Principii di diritto penale nei giuristi del Rinascimento*, in *Studi di storia e diritto in onore di Arrigo Solmi*, Milano 1941, I, pp.15-17; Carbasse, *Histoire*, cit., pp.282-283.

⁴⁴ Il controllo non cessa neanche dopo la cessazione dalla pena, giacché il vescovo può imporre una cauzione in denaro o stabilire il *remedium* della *vigilantia*. Strumenti atti a prevenire la ricaduta, ma senz'altro invasivi. Cfr. Brambilla, *La polizia*, cit., pp.84-85.

⁴⁵ Strumenti che, poi, costituiranno un modello per le pene disciplinari interne allo Stato: Jannitti Piromallo, *Disciplina nella Pubblica amministrazione*, in *Novissimo digesto italiano*, V, Torino 1960, p.1070.

⁴⁶ Deciani, *Tractatus*, cit., t.II, lib.VI, cap.XXIII, n.14, p.78.

⁴⁷ Follerio, *Canonica Criminalis Praxis*, cit., pars II, cap.33, n.30, pp.274-275. Il riferimento è a *Decr.* C.27, q.I, c.1 e *Decr.* C.30, q.I, c.9.

⁴⁸ Il parallelo è immediatamente colto da Follerio, *Canonica Criminalis Praxis*, cit., pars II, cap.33, n.31, p.275. Cfr. Menochio, *De arbitrariis iudiciis*, cit., lib.II, cent.V, casus 419, n.71, p.603.

⁴⁹ Penitenza un tempo decennale, poi settennale, ma ormai arbitraria: Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.69.

⁵⁰ *Decr.* D.81, c.10; *Decr.* D.81, c.11; *Decr.* D.81, c.12; *Decr.* D.81, c.13.

sua posizione, sia del suo sostentamento⁵¹. La conseguente *infamia iuris* ed *irregularitas* lo rende inabile ad ottenere future prebende⁵². La soglia della punibilità è molto avanzata: «procedant dictæ poenæ in Clerico, etiam si iactet se commisisse adulterium, si ex illo sequutum est scandalum»⁵³. In presenza di giusta causa, però, il reo può giovare della *dispensatio*, eccezionalmente ammessa per un delitto grave come l'adulterio⁵⁴.

⁵¹ Un trattamento decisamente severo, perché la *depositio* è considerata la sanzione vendicativa più grave dopo la *degradatio actualis*. Rispetto ad essa, non comporta la perdita del privilegio del foro e si realizza in forme meno solenni (cfr. Concilio di Trento, sess.XIII, cap.IV *de reformatione*); ma, al suo pari, rimuove il chierico «ab ordine, iurisdictione, vel beneficio in perpetuum, et sine spe remissionis»: de Dicastillo, *Tractatus*, cit., de censuris, disp.VI, dub.I, pp.408-409.

⁵² «Efficitur etiam infamis clericus pro adulterio, si fuerit condemnatus sicut pro quocumque alio crimine publico»: Deciani, *Tractatus*, cit., t.II, lib.VI, cap.XXIII, n.14, p.79. Cfr. Covarrubias, *In librum quartum Decretalium*, cit., pars secunda, cap.VII, par.VII, n.19, fol.112A; Díaz de Lugo, *Practica*, cit., p.395; Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, n.25, p.467. Da parte sua, il diritto civile non punisce i laici adulteri con la privazione dell'ufficio: Droghi, *Consilium*, cit., p.38. Tuttavia, nello Stato della Chiesa, per una costituzione di Niccolò V «fuit provisum, quod officiales tenentes concubinas incurrant poenas privationis officiorum, et declarari debeant ad officia inhabiles»: *additio* n.5 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par. Fornicatio, fol.36B. Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXXXVII, n.40, p.440. Anche questo esempio mostra come i possedimenti papali, già nel Quattrocento, avevano maturato una precoce spiritualizzazione del diritto, trasferendo il modello canonico in ambito secolare. Una costituzione del 1510 stabilisce effetti analoghi in caso di molestie che, pur non consumando lo *stuprum*, arrecano comunque disonore alla *soluta*. «Et insuper infamiæ, et privationis omnium officiorum, beneficiorum, et dignitatum, quas habent in communi: et in posterum reddantur inhabiles ad officia, dignitates, honores, et beneficia in communi obtinenda: et non habeant vocem in consilijs activam, neque passivam»: *Constitutiones Marchie Anconitanæ*, 4.72.

⁵³ Toschi, *Practicarum*, cit., I, concl.225, n.46, p.110. Comportamento che, pur non integrando neanche il tentativo, è idoneo ad infangare l'immagine della Chiesa.

⁵⁴ Già *Decr. D.50, c.29* prevedeva la possibilità di dispensare in caso di adulterio, ma solo dopo una dura penitenza. L'istituto trova, però, la sua *sedes materia* in X.2.1.4: «At si clerici coram sæculari iudice convicti fuerint vel confessi de crimine, non sunt propter hoc a suo episcopo aliquatenus condemnandi. Sicut enim sententia a non suo iudice lata non tenet, ita nec facta confessio coram ipso. Si vero coram episcopo de criminibus in iure confessi sunt, seu legitima probatione convicti, dummodo sint talia crimina, propter quae suspendi debeant vel deponi, non immerito suspendendi sunt a suis ordinibus, vel ab altaris ministerio perpetuo removendi. De adulteriis vero et aliis criminibus, quæ sunt minora, potest episcopus cum suis clericis post peractam poenitentiam dispensare, ut in ordinibus suis deserviant; sed non debet quemlibet depositum pro suis excessibus, quum suo sit functus officio, nec duplici debeat ipsum contritione contere, iudici tradere sæculari». Di regola, insomma, i crimini atroci non sono passibili di dispensa; per l'adulterio però si fa eccezione, considerata la debolezza della carne e la frequenza del delitto. Al reo interessato ad ottenere il provvedimento non è concessa un'azione, ma una supplica: infatti la *dispensatio* non costituisce un atto dovuto da parte del vescovo, ma una manifestazione di misericordia facoltativa subordinato a giusta causa. D'altra parte, la dispensa va negata laddove rischia di scatenare uno scandalo. Ma quali effetti comporta? «Omnis macula purgantur per dispensationem, et eradicatur ac si nunquam esset», scrive Filippo Decio: è pertanto corretto qualificarla come «iuris communi relaxatio». In concreto, essa fa cessare la pena della *depositio*, ma anche l'*irregularitas*. Determina insomma la riabilitazione del reo e, di conseguenza, la restituzione della fama. Anche la penitenza può essere oggetto di dispensa, purché il reo ne abbia già scontato un *minimum*. Di regola, la dispensa interviene dopo l'irrogazione della pena: quindi, come sostengono sia Decio che l'Abbas, anche dopo la deposizione *propter adulterium* (ma non dopo la degradazione attuale); nulla impedisce, però, che venga concessa anche prima (magari in caso di prova insufficiente). Poiché «episcopus super criminibus maioribus adulterio dispensare non potest», ne consegue che lo *stuprum sine vi* è passibile di clemenza, mentre non lo sono congiunzione *cum vi*, ratto, sacrilegio, incesto e sodomia. Molto spesso, però, si dà il caso di adulterio misto a incesto, come quando «quis cognovit consanguineam maritatum»: è possibile dispensare? Sul punto Decio si discosta dall'Abbas, considerandolo caso più grave e per questo esorbitante rispetto al testo della decretale. La *dispensatio* – atto grazioso che coinvolge solo l'interesse pubblico – non può essere osteggiata dall'accusatore privato, che non se ne può considerare pregiudicato. Decio, *In decretales*, cit., c.at si clerici, par. de adulteriis, nn.3-5, foll.198A-202A; cfr. Abbas, *Commentaria*, cit., t.III, super prima Secundi libri Decretalium, rub. de iudicijs, c.at si clerici, par.

I criminalisti moderni non dimenticano tali capisaldi: la *communis opinio* ha sempre ravvisato nella deposizione la *poena adulterii*, e sembra avventato esprimersi diversamente⁵⁵. Ma già a fine Quattrocento, l'occitano Jean Barbier aveva proposto una soluzione più strutturata, basata su un ordine di sanzioni sempre più aspre in base al perdurare della *contumacia*⁵⁶. Da principio, quindi, meglio ricorrere a una misura più lieve, la *suspensio*: pena medicinale che – nelle more della disobbedienza – priva il chierico di ufficio e beneficio, ma è passibile di pronta assoluzione in caso di emenda. Diversamente dalla *depositio*, non è votata alla mera afflizione, ma al ravvedimento⁵⁷. Se questo non interviene, sarà possibile procedere prima alla deposizione, poi in caso di *incoregibilitas* alla degradazione. In sostanza, dall'ammonizione benigna si può lentamente scivolare verso la consegna alla curia secolare (e alla pena di morte): più cresce la *contumacia*, più assume l'aspetto di una ribellione⁵⁸. Ma è chiaro che i più scaltri sapranno dosare peccato e respiscenza, pronti a conversioni di comodo che garantiscono – più o meno – l'impunità.

Adulterium, n.2, foll.21A-24A. È chiaro però che un simile istituto, specifico del diritto canonico e proprio dei soli chierici, finisce per destare una certa insofferenza. I provvedimenti indulgenziali della giustizia laica non sono così diffusi (mentre ogni vescovo può dispensare, solo il Principe può concedere la grazia) e ne consegue un certo risentimento verso questo ceto privilegiato. Con inconfondibili tratti protestanti – rigorismo etico misto a pessimismo antropologico – Carpozov stigmatizza la prassi cattolica della *dispensatio*, peraltro legittimata da un pontefice. «Non enim adulterii turpitudine in naturali intemperantia collocatur, sed in sacrilegio, injuria et thori alieni stupratione, ad quæ vitia homines naturaliter proclives non magis sunt, quam ad iram et homicidia (...) nec quicquam quo naturalius est, eo majorem excusationem meretur, nisi vitia anteferre velimus, quia omnis nostra natura post lapsus vergit ad malum, et proclivior est ad vitia, quam virtutes»: Carpozov, *Practica*, cit., pars II, q.LI, n.32, p.4.

⁵⁵ Díaz de Lugo, *Practica*, cit., pp.394-395; Lancellotti, *Institutiones*, cit., lib.IV, tit.VIII, p.237; Cucchi, *Institutionum*, cit., lib.IV, cap.IX, fol.80B.

⁵⁶ «Clericus autem luxuriose vivens, et publice in scandalum ecclesiæ adulterans vel fornicans posse suspendi ab officio et inde crescente contumacia deponi (...) qui si incorregibilis efficiatur propter notorium scandalum, quod causatur ex eius publica et notoria fornicatione, potest degradari (...) Et ratio est quia ex tali rebellionem contumacia perseverata et obstinata causatur quidam contemptus clavium ecclesiæ, quæ quidem contemptus sapit hæresium tanto maiorem quanto maius est delictum»: Barbier, *Aureum viatorium*, cit., rubr.II, n.23, p.18. A ben vedere, la soluzione ricorda quella prescritta dal capitolo *Sicut* (X.3.2.4) per i chierici concubinari.

⁵⁷ La sospensione è una «ecclesiastica censura, qua persona Ecclesiastica ob culpam suam prohibetur uti potestate illi congruenti ratione Clericalis officii, aut beneficii»: de Dicastillo, *Tractatus*, cit., de censuris, disp.IV, dub.I, p.336; cfr. anche de censuris, disp.I, dub.II, pp.3-4. Pertanto, mentre la «depositio aufert ipsum titulum, sive Ius beneficij, et consequenter eius administrationem, fructuumque perceptionem, et insuper reddit personam inhabilem (...) non ita se habet in suspensione; cum hæc solum intelligatur esse a fructibus manente interim radicali Iure, seu titulo ipsius beneficij»: Id., *Tractatus*, cit., de censuris, disp.VI, dub.I, p.408.

⁵⁸ Verrebbe da dire, di una lesa maestà. E non a caso Barbier associa l'incorreggibilità al *contemptus clavium* e all'eresia. In realtà, già l'Abbas aveva ritenuto possibile la consegna del chierico adultero alla curia secolare. Per lui, non è necessaria nemmeno una degradazione attuale: il *privilegium fori* può essere negato anche a un deposto piuttosto ostinato, che persevera nell'*incoregibilitas*. Abbas, *Commentaria*, cit., t.III, super prima Secundi libri Decretalium, rub. de iudicijs, c.at si clerici, par. Adulterium, n.2, fol.21B. Ma si ritiene che, prima della consegna, siano sempre necessarie scomunica e anatema, secondo il meccanismo previsto dalla decretale *Cum non ab homine* (X.2.1.10). Ad ogni modo, fino a metà Seicento, si registrano numerosi casi di chierici giustiziati per adulterio: «erano gli stessi giudici ecclesiastici a spedire l'imputato alla giustizia secolare, perché il processo si concludesse con una condanna a morte». Così descrive la situazione francese Daumas, *Adulteri e cornuti*, cit., p.120, sottolineando che questo rigore è frutto delle lacerazioni confessionali e dell'esigenza di mostrarsi irreprensibili. Secondo Barbier, anche i laici adulteri possono essere dichiarati incorreggibili e consegnati alle corti laiche: Barbier, *Aureum viatorium*, cit., rubr.II, n.22, p.18. L'affermazione non trova seguito nei trattati del Cinquecento. D'altra parte, laddove i vescovi tridentini riescono a imporre la coazione fisica o pecuniaria, essa rende pleonastico il ricorso ai tribunali

Al di là del tradizionalismo dei più, l'opinione di Barbier si fa largo. Nel 1536 Paolo Grillando la puntella con una serie di riferimenti testuali, peraltro piuttosto instabili: a suo giudizio, la *poena adulterii* è la *suspensio*⁵⁹. La posizione dell'Abruzzese trova vasta eco tra i giuristi successivi, che la riconoscono «magis æquior et humanior»⁶⁰, ma restano perplessi di fronte all'evidenza di riscontri testuali opposti. Deciani prende di mira il «deceptus» Grillando, smontandone una ad una tutte le argomentazioni⁶¹. La prassi, però, sembra dar ragione alla «svolta medicinale»: tutti ricordano l'ironia di Alciato, secondo il quale, se davvero si applicassero *depositio* e *monasterium*, non resterebbero più chierici per via⁶². All'alba del XVII secolo, la questione teorica è ancora aperta. Farinacci, al solito, cerca di conciliare le posizioni: per lui, la *depositio* va intesa come pena ordinaria, la *suspensio* come pena straordinaria in caso di *semiplena probatio*⁶³. Di fatto, la pena è arbitraria.

Un registro diverso è previsto se il chierico non commette adulterio *una tantum*, ma intrattiene una vera e propria convivenza. Come già visto, le norme sul concubinato dei consacrati si sviluppano cronologicamente prima rispetto a quelle destinate ai laici. Già il Lateranense V – replicando i deliberati di Basilea – aveva infatti fissato procedure e sanzioni *ad hoc*⁶⁴. Passati due mesi dalla pubblicazione del decreto, qualunque pubblico concubinario s'intende *ipso facto* sospeso, per tre mesi, dalla percezione dei frutti dei propri benefici⁶⁵. Appena però il giudice ha notizia del delitto, compiuta la dovuta *monitio*

secolari. Viceversa, laddove il vescovo preveniente dispone delle sole censure, essi possono integrare *ex officio* la condanna canonica. In entrambi i casi, la formalità suggerita da Barbier finisce per essere superflua.

⁵⁹ Grillando, Tractatus, cit., foll.78A-80A ricorre a *Decr.* D.50, c. 29; X.2.14; X.5.1.23; X.5.16.5.

⁶⁰ Choveron, De publicis concubinariis, cit., p.71; cfr. l'*additio* l.b di López a Díaz, Practica, cit., p.399; Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLI, nn.29 e 31, pp.467-468.

⁶¹ Deciani, Tractatus, cit., t.II, lib.VI, cap.XXIII, n.14, pp.78-79.

⁶² «Dicebat tamen Alciatus, quod si hodie clerici propter adulterium detrudentur in monasteria, pauci eorum ambularent»: Claro, Practica, cit., par. Adulterium, cit., n.7, fol.4B. Cfr. l'*additio* l.b di López a Díaz, Practica, cit., p.399; De Luca, Il dottor volgare, cit., IV, lib.XV, cap.V, n.5, p.358. Anche un ecclesiastico come Choveron ammette con franchezza che «certe hodierni temporis pauci essent sacerdotes, qui non paterentur poenam depositionis»: Choveron, De publicis concubinariis, cit., p.71.

⁶³ «Opinio quod, si clericus pro adulterio non deponatur, locum habere, quando clericus non est ore proprio confessus, sed tantum infamatus aut convictus: sola enim infamia non sufficit ad indicendam clerico poenam adulterii ordinariam, sed tantum purgationem, in qua si deficeret, deberet suspendi, et postea agi ad certam poenam». In questo, Farinacci si rivela coerente col capitolo *Significasti* (X.5.16.5). Cfr. Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLI, nn.29-33, pp.467-468. Come nota giustamente Marchisello, Alieni thori violatio, cit., pp.161-162, l'Avvocato mostra una certa simpatia per la tesi della *suspensio*, pur non potendola accogliere del tutto. Questa tesi ricalca, ma non in modo pedissequo, quella di Choveron, De publicis concubinariis, cit., pp.72-74: anche il canonista francese si era personalmente espresso per una sanzione più mite, considerando la difficoltà di provare il reato.

⁶⁴ Che però non abrogano le più antiche pene. «Poenis aliis contra (...) publicos concubinarios jure statutis, in suo robore permansuris»: Liber Septimus, 5.16.1 (=Concilio di Basilea, sess.XX).

⁶⁵ Liber Septimus, 5.16.1 (=Concilio di Basilea, sess.XX): «Post duos menses, post earundem præsentium publicationem in Ecclesiis cathedralibus factam (...) publicus concubiniarius a perceptione fructuum omnium beneficiorum suorum, trium mensium spatio sit ipso facto suspensus, quos suus superior in fabricam, vel aliam evidentem Ecclesiarum utilitatem, ex quibus ii fructus percipiuntur, convertat». Cfr. Deciani, Tractatus, cit., t.II, cap.XXI, n.11, p.72. Una sospensione che, però, non determina inabilità, giacché «licet in casu huius constitutionis clericus notorius concubiniarius, possit suspendi a fructibus suorum beneficiorum, poterit tamen eligere, et eligi, et acquirere beneficium durante tempore suspensionis (...) et ratio est: quia ista non est vera suspensio, sed quædam honorum subtractio in poenam, quod secus est, si clericus esset simpliciter suspensus a beneficijs sine alia determinatione»: Choveron, De publicis concubinariis, cit., p.353. «Vigore dictæ bullæ

e fissato un termine per allontanare la concubina, si procederà con la deposizione da ogni beneficio⁶⁶. La notorietà del delitto giustifica infamia ed *irregularitas*⁶⁷: tuttavia, il canone permette espressamente la *dispensatio*, purché vi sia penitenza pubblica⁶⁸. Per i *relapsi*, però, viene meno qualsiasi misericordia⁶⁹. Tra le righe, il canonista francese fa capire che, in questo caso, nulla può risparmiare al chierico la consegna alla curia secolare⁷⁰.

Più elaborato, e meno brusco, il meccanismo stabilito a Trento nel 1563. Le ammonizioni diventano due: dopo la prima, si è sospesi *ipso facto* dalla percezione della terza parte dei frutti; dopo la seconda, si è sospesi *ipso facto* dai frutti e dall'amministrazione del beneficio per tutto il tempo «quoad Ordinarius (...) arbitrabitur». Perdurando la *contumacia*, il chierico sarà deposto da ogni officio e beneficio e dichiarato inabile. «Post manifestam vitæ emendationem», sarà possibile accordare la *dispensatio*: ma «si postquam eas semel dimiserint, intermissum consortium repetere, aut alias hujusmodi scandalosas mulieres sibi adjungere ausi fuerint; præter prædictas poenas,

ad privandum Concubinarium Clericum ista portione fructuum non videatur necessaria monitio»: Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXXVIII, nn.44-46, p.445.

⁶⁶ Liber Septimus, 5.16.1 (=Concilio di Basilea, sess.XX): «Et si illum non dimiserit, vel dimessa seu aliam publice resumpserit, jubemus ut ipsum omnibus suis beneficiis omnino privet». Cfr. Rebuffi, Concordata, cit., p.225; Deciani, Tractatus, cit., t.II, cap.XXI, n.12, p.72; Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXXVIII, nn.50-51, p.445. Nonostante i dubbi che potrebbero sorgere dal tenore letterale del canone – e in particolare del termine «omnino» – Choveron ritiene che tale pena necessiti di una sentenza declaratoria, sebbene gli effetti decorrano dalla scadenza del termine: Choveron, De publicis concubinariis, cit., pp.427-429, 433 e 435-437.

⁶⁷ Rebuffi, Concordata, cit., p.226; Choveron, De publicis concubinariis, cit., pp.448-449; Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXXVIII, n.54, pp.445-446.

⁶⁸ Liber Septimus, 5.16.1 (=Concilio di Basilea, sess.XX): «Et nihilominus ii publici concubinarii, usquequo cum eis per suos superiores, post ipsarum concubinarum dimissionem, manifestamque vitæ emendationem fuerit dispensatum, ad susceptionem quorumcunque honorum, dignitatum, beneficiorum, officiorumve sint inhabiles». Secondo Choveron, De publicis concubinariis, cit., p.447 il testo è così specifico da non ammettere che la dispensa possa sminuire la penitenza stessa, ma esclusivamente la pena. Il concubinato pubblico, pertanto, non può che essere emendato con una penitenza pubblica, senza alcuna eccezione. Cfr. Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXXVIII, n.87, p.448.

⁶⁹ Liber Septimus, 5.16.1 (=Concilio di Basilea, sess.XX): «Qui si post dispensationem residuo vomitu ad hujusmodi publicum concubinatum redierint, sine spe alicujus dispensationis ad prædicta prorsus inhabiles existants». Quindi, oltre all'irregolarità, saranno deposti per sempre da officio e beneficio. Interessante la metafora medica del vomito, colta da Choveron: «et sicut iudicio medicorum in infirmitatibus corporalibus, recidivatio est periculosior et difficilior in curando, quam sit prima infirmitas (...) ut experientia docet, quia homo ex infirmitate iam habita, est melius dispositus ad malas impressiones et ægritudinem suscipiendas, quam esset ante infirmitatem: sic etiam spiritualiter contigit ad recidivationem spiritualis infirmitatis (...) Patet ergo, quod clericus concubinarius post confessionem et peractam poenitentiam de concubinato, si ad illud redierit per recidivationem, maximam incurrit ingratitude apud Deum»: Choveron, De publicis concubinariis, cit., p.451. Cfr. Rebuffi, Concordata, cit., p.226; Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXXVIII, nn.88, p.448.

⁷⁰ Infatti tale «reiteratio videtur inducere incorregibilitatem»: Choveron, De publicis concubinariis, cit., p.454. Immediato il rimando alla decretale *Cum non ab homine* (X.2.1.10). In queste considerazioni si concentra la logica della *reiteratio*, che va punita più severamente non tanto perché sintomo di maggior danno o pericolo, ma soprattutto in quanto prova d'irredimibilità. È per questo che il canonista Fagnani rilegge la massima tradizionale *poena est commensuranda delicto* con una prospettiva che valorizza la repressibilità soggettiva. «Poenæ ita debent adæquari, et commensurari delictis, ut quod sceleratius est commissum, gravius vindicetur (...) Ex iteratione delicti poenæ augeantur (...) quia iteratio transit in consuetudinem peccandi»: Fagnani, Commentaria in secundum librum Decretalium, Venetiis 1724, tit. de Judiciis, cap. Cum non ab homine, nn.57-59, p.14.

excommunicationis gladio plectantur»⁷¹. La pena spirituale, *in clericos*, si conferma l'ultimo strumento: aggredire i loro interessi economici produce, infatti, effetti ben più rapidi⁷². Anche laddove il chierico non disponesse di benefici o pensioni, però, non si ricorre subito alla scomunica: i Padri, piuttosto, comminano la *poena carceris*, la sospensione dall'ordine, l'inabilità⁷³.

A ben vedere, il regime speciale del Lateranense V e del Tridentino – più fulmineo il primo, più scaglionato il secondo – non si discosta troppo da quello descritto da Barbier per l'*adulterium*. Già a fine Quattrocento il registro ordinario si era trasformato nella prassi. Restano differenze importanti. Procedurali: perché i riti conciliari sono sommari, l'altro no. Sanzionatorie: perché le pene conciliari sono tutte *ipso facto* (pur necessitando di una declaratoria, hanno effetto retroattivo⁷⁴), mentre le pene tradizionali restano *ferendæ sententiæ*. Canoni e prassi si rincorrono in un processo di reciproco apprendimento, che rinnova l'ordinamento. E così, nemmeno il Tridentino costituisce l'ultimo approdo: la prassi del *præceptum* è pronta a diffondersi anche *contra clericos*, rendendo così superflua perfino la declaratoria; il bando diventa la misura più diffusa⁷⁵. È un penale che muta senza sosta, e che solo per poco riesce a contentarsi dell'angusta previsione positiva: anche se viene da un legislatore autorevole come quello conciliare.

Comparando le pene *in clericos* con quelle *in laicos*, questi cambiamenti rivelano un processo, acerbo ma in atto. Mentre cresce l'uso della scomunica a danno dei consacrati (cosa che già si faceva coi laici), si afferma a gran voce il diritto d'infliggere pene vendicative ai laici (come già succedeva coi consacrati): la diseguaglianza di trattamento resta, ma tende ad assottigliarsi. Un processo che riflette – ma solo in modo sbiadito – il livellamento egualitario protestante, dove la gerarchia ecclesiastica è abbattuta e i privilegi dissolti⁷⁶.

⁷¹ Concilio di Trento, sess.XXV, cap.XIV *de reformatione*.

⁷² Un principio che, per i pubblici concubinari, si rinviene già nella decretale *Clericos* (X.3.2.3): ma mentre quel testo medievale allude a una scomunica *ferendæ sententiæ*, i giuristi moderni pensano piuttosto a una scomunica *ipso jure*: cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXXXVIII, n.42, p.445.

⁷³ Concilio di Trento, sess.XXV, cap.XIV *de reformatione*: «Clerici vero beneficia Ecclesiastica, aut pensiones non habentes, juxta delicti, et contumaciæ perseverantiam, et qualitatem ab ipso Episcopo carceris poena, suspensione ab Ordine, ac inhabilitate ad beneficia obtinenda, aliisve modis, juxta sacros Canones, puniantur». Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXXXVIII, nn.40, 47, 53, 72 e 75, pp.444-447; de Dicastillo, *Tractatus*, cit., de censuris, disp.VI, dub.I, p.409. Nella stessa Sessione, d'altra parte, era stata accordata ai vescovi la facoltà di ricorrere anche al carcere-custodia in questo tipo di procedimenti *in clericos*. «In criminibus tamen ex incontinentia provenientibus, de qua in decreto de concubinariis, et in atrocioribus delictis depositionem, aut degradationem requirentibus, ubi de fuga timetur, ne judicium eludatur, et ideo opus sit personali detentione, possit initio solus Episcopus ad summariam informationem, et necessariam detentionem procedere: servato tamen in reliquis ordine præmisso. In omnibus autem casibus ea ratio habeatur, ut juxta qualitatem delicti, ac personarum, delinquentes ipsi in loco decenti custodiantur»: Concilio di Trento, sess.XXV, cap.VI *de reformatione*.

⁷⁴ Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXXXVIII, n.66, p.446.

⁷⁵ «È l'esilio temporaneo la soluzione adatta, perché acquieta le tensioni senza esporre più di tanto chi le ha provocate e permette agli interessati di ravvedersi»: Mancino – Romeo, *Clero criminale*, cit., p.117. Cfr. anche le pp. 113-114.

⁷⁶ Se la teologia sacramentale nega l'Ordine, l'ecclesiologia ripudia la distinzione tra sacerdoti e laici. Cfr. le riflessioni di Caporali, *Uguaglianza*, Bologna 2012, pp.76-80. Venuto meno il privilegio del foro, scompare

3. *Il diritto canonico e lo stupro*

La congiunzione *cum vidua* non è qualificata come vero e proprio *stuprum* dal diritto canonico: il reo – chierico o laico – sarà pertanto sottoposto alla *poena fornicationis*, che è arbitraria⁷⁷. Più problemi sorgono per lo *stuprum virginis*.

In clericos, mancando una norma specifica, si pone il problema d'individuare la sanzione. Dalla canonistica tardomedievale, si ricava la fustigazione pubblica⁷⁸ e soprattutto – per analogia con la *poena adulterii* – la deposizione⁷⁹. Tuttavia, come avviene per quel reato, anche qui il rigore sembra ormai sfumare verso soluzioni più elastiche: è ragionevole ricorrere prima alla sospensione e, solo *in extremis*, alla *depositio*⁸⁰. La logica afflittiva viene quindi subordinata a quella medicinale: ravvedimento e penitenza possono essere forzati anche con l'uso della scomunica⁸¹. La “svolta medicinale” rischia però di compromettere la deterrenza *ex ante*: perciò la dottrina suggerisce l'irrogazione immediata di una «poenam pecuniariam: quia propter illam clerici facilius retrahentur a talibus excessibus (...) quia sacerdotibus sicut senes et mulieres regulariter sunt avari et ambitiosi»⁸². D'altra parte, «si non solveret luet in corpus»⁸³: resta lo spettro della verga,

anche la necessità di una pena *ad hoc* per i pastori, che possono subire le stesse sanzioni degli altri fedeli (sia da parte dei tribunali secolari, sia da parte dei concistori). L'eguaglianza di fronte alle legge penale è tale da non risparmiare loro neanche la morte. «Omnes, etiam clerici adulteri, huic poenæ subjecti; nullibi enim ab ea hi excipiuntur, nec speciale privilegium iis tributum repetitur. Tantumque abest, clericos in terris reformatorum Principum ac Statuum Imperii a poena mortis eximi, ut potius contrarium haud obscure sancitum sit in Electoratus Saxonici Ordinatio ecclesiastica (...) ex quibus verbis evincitur, clericos poena quoque corporali ac mortis, a magistratu tamen politico, affici posse (...) Quin et in crimine adulterii, aliisque quibuscunque delictis omnem respectum personarum in terris Electoratus Saxonici abrogatum esse»: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXII, nn.21-23, pp.82-83.

⁷⁷ Solitamente, multa e penitenza. «Arbitraria poena puniendum censeo: sicut pro crimine fornicationis»: Díaz de Lugo, *Practica*, cit., p.384. Cfr. Lancellotti, *Institutiones*, cit., lib.IV, tit.VIII, p.237; Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.13, p.556.

⁷⁸ Questa l'opinione di Giovanni d'Andrea, Antonio da Budrio, Francesco Zabarella e Giovan Battista Caccialupi: la ricorda Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.61, p.560. Ne evidenzia la *ratio* Díaz de Lugo, *Practica*, cit., p.379: «Cum clericus non possit ducere eam in uxorem, deberet corporaliter fustigari».

⁷⁹ Così la *communis opinio*, che rimanda a *Decr.* D.81, c.10 e *Decr.* C.2, q.VII, c.44. Cfr. Grillando, *Tractatus*, fol.82A; Díaz de Lugo, *Practica*, cit., p.379; Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.224; Menochio, *De arbitrariis iudiciis*, cit., lib.II, cent.III, casus 288, n.8, p.433; Gutierrez, *Canonicarum quæstionum utriusque fori, Francofurti 1607*, lib.I, cap.XXXVII, n.3, p.196; Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.62, p.560; Fagnani, *Commentaria in quintum librum*, cit., tit. de Adulterio ed Stupro, cap. Pervenit, n.9, p.148; Toschi, *Practicarum*, cit., VII, concl.709, n.25, p.469; Gonzalez Téllez, *Commentaria*, cit., t.V, tit.XVI, cap.II, n.6, p.210. Cfr. Massetto, *I reati*, cit., p.484.

⁸⁰ Grillando, *Tractatus*, cit., fol.82A caldeggia questa soluzione progressiva, già sostenuta nel precedente capitolo sull'adulterio.

⁸¹ Anche in caso di stupro, la penitenza non è più decennale o settennale, ma *arbitrio iudicis*: Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.223.

⁸² Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.224. Cfr. Pietro Gregorio, *Syntagma*, cit., pars III, lib.XXXVI, cap.IX, n.5, p.385. Ma la sanzione pecuniaria può essere irrogata insieme alla *depositio*? Sì, secondo l'*additio* I.a di López a Díaz, *Practica*, cit., p.383. Soluzione considerata ridicola da Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.64, p.560: una pena così afflittiva come la deposizione basta per vendicare il reato. La multa, pertanto, serve solo a corroborare le censure (*suspensio* o *excommunicatio*).

sebbene Farinacci la ritenga desueta nella città di Roma⁸⁴. Anche in questa ipotesi, il contemperamento delle domande e dei fini non si realizza nella previsione legislativa, ma nella determinazione arbitraria⁸⁵. In caso di *vis*, le cose si aggravano sensibilmente: il chierico, senz'altro deposto, è richiuso in monastero o in carcere⁸⁶.

Fin qui il profilo disciplinare, che tocca essenzialmente i consacrati⁸⁷. Non di rado, però, il giudizio assume natura contenziosa, specie se è la *stuprata* ad agire: in tal caso, la giustizia canonica suole colpire tanto i chierici quanto i laici. Dalla *lex divina* – fonte che assume valore paradigmatico tanto nel Duecento ierocratico quanto nel Cinquecento confessionale – scaturisce la sanzione del *ducere et dotare*, assimilata già dai capitoli *Si seduxerit* e *Pervenit*⁸⁸. Il loro tenore letterale circoscrive l'applicabilità della misura all'ipotesi di *deceptio*⁸⁹: resterebbero esclusi, pertanto, i casi di *vis* e di libero consenso⁹⁰.

⁸³ Così, seguendo l'opinione dell'Abbas, Grillando, *Tractatus*, cit., fol.82A; Díaz de Lugo, *Practica*, cit., p.379; Gutierrez, *Canonicarum quæstionum*, cit., lib.I, cap.XXXVII, n.4, p.196; Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLII, nn.63 e 108, p.560 e 564.

⁸⁴ «Fustigationis autem poenam, de qua supra tanquam nimis ignominiosam, nunquam in urbe vidi servatam in Clericis»: Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.65, p.560. Ma la considera ancora praticabile Cucchi, *Institutionum*, cit., lib.IV, cap.IX, fol.80B.

⁸⁵ Menochio, *De arbitrariis iudiciis*, cit., lib.II, cent.III, casus 288, n.6, p.437; Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.65, p.560.

⁸⁶ Díaz de Lugo, *Practica*, cit., p.379; Gutierrez, *Canonicarum quæstionum*, cit., lib.I, cap.XXXVII, n.5, p.196; Pietro Gregorio, *Syntagma*, cit., pars III, lib.XXXVI, cap.IX, n.5, p.385; Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.68, p.560; de Dicastillo, *Tractatus*, cit., de censuris, disp.IV, dub.I, n.10, p.409.

⁸⁷ In via di principio, nulla impedisce che il tribunale vescovile vigili sulla disciplina dei laici, esigendo l'emenda degli stupratori: ma si tratta di un aspetto marginale, un po' per motivi giuridici (il reato cade spesso nell'*occultum*), un po' per ragioni di priorità. In età tridentina destano ben altra preoccupazione concubinato, adulterio e bigamia. È su questi delitti che i vescovi concentrano il disciplinamento del laicato.

⁸⁸ Es XXII, 15-16: «Si seduxerit quis virginem necdum desponsatam dormieritque cum ea, pretio acquirat eam sibi uxorem. Si pater virginis eam dare noluerit, appendet ei pecuniam iuxta pretium pro virginibus dandum». Dt XXII, 28-29: «Si invenerit vir puellam virginem, quæ non habet sponsum, et apprehendens concubuerit cum ea, et res ad iudicium venerit, dabit, qui dormivit cum ea, patri puellæ quinquaginta siclos argenti et habebit eam uxorem, quia humiliavit illam: non poterit dimittere eam cunctis diebus vitæ suæ». X.5.16.1: «Si seduxerit quis virginem nondum desponsatam, dormieritque cum ea, dotabit eam, et habebit eam uxorem. Si vero pater virginis dare noluerit, reddet pecuniam iuxta modum dotis, quam virgines accipere consueverunt»; X.5.16.2: «Pervenit ad nos, quod Felix nepos tuus quandam virginem, quod nefas est dici, stupro decepit. Quod si verum est, quamvis grave esset de lege poena plectendus, nos tamen, aliquatenus legis duritiam mollientes, hoc modo disponimus, ut aut quam stupravit uxorem habeat, aut certe, si renuendum putaverit, districtius ac corporaliter castigatus excommunicatusque, in monasterio, in quo agat poenitentiam, retrudatur, de quo ei nulla sit egrediendi sine nostra præceptione licentia».

⁸⁹ Lo ricordano Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.36, p.558 e Savelli, *Summa*, cit., IV, par.Stuprum, n.35, p.272.

⁹⁰ Che ricadrebbero, quindi, nella competenza secolare; ma la prassi concede il *ducere et dotare* anche in caso di *vis* (in parallelo con quanto dicono i teologi circa gli obblighi di restituzione *in conscientia*). Il consenso non viziato dalla seduzione, invece, pur non escludendo la pena pubblica – «non enim voluntas consocij criminis debet excusare a poena delicti, quando culpa illius (...) consistit (...) in reprobatione actus», scrive Gómez – libera invece da quella privata (qual è il *ducere et dotare*). Che questo risultato scaturisca dall'interazione tra pensiero giuridico e teologico è chiaro nell'*additio* l.c di López a Díaz de Lugo, *Practica*, cit., p.386. Rompendo con la condanna oggettiva medievale (la vergine è sempre *decepta*), il primo a porre in evidenza il problema della *voluntas* femminile è Díaz (che, nel 1543, s'interessa del foro esterno); lo segue de Soto, *De iustitia et iure*, cit., lib.IV, q.VII, art.I, fol.128B (che, giusto dieci anni dopo, tocca il problema in foro interno). La soluzione è valida per gli ecclesiastici, «quod sicut talis clericus in foro conscientiae est liber a præstatione dotis (...) sic et eodem modo videtur absolvendus in foro contentioso per Iudicem ecclesiasticum quem decet semper sequi veritatem»: Díaz de Lugo, *Practica*, cit., pp.380-381. Ma è valida anche per i laici: «item cessaret obligatio dotandi in utroque foro, si puella libere consensit stupratori absque

Si tratta di una vera e propria *poena*, comminata nell'interesse della parte lesa ma *latu sensu* anche della comunità ecclesiale. Pur potendo ottenere simili risultati tramite un processo civile⁹¹, alla parte lesa conviene attivare un giudizio criminale, considerando la maggior incisività del rito e della sanzione⁹².

L'interpretazione delle due norme, tuttavia, pone alcuni interrogativi: matrimonio riparatore e dote sono pene cumulative o alternative? La congiunzione *et* va intesa in senso copulativo o disgiuntivo? Il testo dà adito a dubbi, perché prevede espedienti per non soddisfare integralmente la doppia sanzione. Al netto di un lungo dibattito dottrinale⁹³, in Età moderna prevale l'idea che lo stupratore «jure canonico tenetur simul dotarem, et in uxorem accipere», ma che mentre «ad dotandum præcise potest compelli (...) ad

aliquo dolo, vel deceptione»: Savelli, Summa, cit., IV, n.7, par.Stuprum, p.269. Si può muovere forse un rimprovero «si in domus alicuius veniunt gallinæ vel pulli alterius?». O se qualcuno «liberum hominem volentem retinuit»? No, secondo l'insegnamento esplicito del Digesto. Così la donna non può avanzare pretese, se è stata lei stessa ad offrirsi, magari entrando in casa dell'amante: in questo senso, nel 1555, Gómez, Ad leges Tauri, cit., p.560. Per la stessa ragione, «si de precio stupri conventum esset cum virgine vel parentibus, quod tunc sola precij præstatione liberaretur ab onere dotandi accusatus, ab eo, cum quo conventionem facit: dum tamen conventio solius filiæ parentibus non noceat, nec e converso»: Díaz de Lugo, Practica, cit., p.381. La proposta del canonista ispalense, comunque, deve fare i conti con le riserve di alcuni giuristi e teologi. Juan Gutierrez, che scrive nel 1587, la correda con limitazioni così incisive da renderla residuale. Ferma restando seduzione e relativa presunzione *in dubio*, l'opinione di Díaz trova spazio nei casi in cui «aperte constat et probatur, quod ipsa mulier se ingessit et consensit absque aliqua violentia, dolo vel persuasione ex parte viri»: «advertit tamen, quod licet ista conclusio possit sustineri, multum tamen debent iudices advertere, antequam illam ad praxim adducant in istu casu, propter difficultatem sufficientis probationis». Se *in foro conscientie* la soluzione di Díaz procede *de plano*, nel foro esterno bisogna agire con maggiore prudenza. D'altra parte, il Placentino distingue un caso ulteriore: «quando mulier (...) deficiente seductione, dolo, fraude atque nimia persuasione vel prece, sed verbis blandis leviter rogata libere stupro consensit»: in questo caso, Gutierrez segue Soto nell'escludere l'obbligo *in conscientia*, ma non segue Díaz nell'escluderlo anche *in foro externo*. L'Autore, a ben vedere, dissimula una strenua difesa dell'impostazione tradizionale. Ciò viene in luce quando passa a considerare la posizione dei genitori: finché la *puella* non è «sui iuris», nonostante la «libera voluntas», «debeatur illi æstimatio damni sibi provenienti (...) hi habent ius et actionem ad prædictam dotem petendam, quandoquidem sunt offensi et damnificati in eo: ergo eis satisfaciendum est». Gutierrez, *Canonicarum quæstionum*, cit., lib.I, cap.XXXVII, nn.22-26, pp.198-200; cfr. anche Id., *Illustres at canonicæ quæstiones*, Venetiis 1618, tr.de Impedimentiis matrimonii, cap.LXXXVI, nn.18-20, p.240. La strada, però, è segnata. Anche la giustizia laica, quando si appropria della sanzione canonica, la limita ai casi di *deceptio* fissando, al contempo, la presunzione di seduzione. Per vincerla, è necessario dimostrare con certezza che è stata lei a prendere l'iniziativa «aperte et abiecto omni pudore»: solo in tal caso non si dubita del libero consenso, e la donna non può invocare giustizia. Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.VII, n.19, p.332. Contrario a tali sottigliezze salmantine Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXVIII, nn.27-30 e 41-42, pp.123-124: la lettera di *Constitutio Electoratus*, 4.27 parla genericamente di stupro non violento, senza distinguere tra seduzione e volizione piena: in entrambi i casi, allora, scatta il *ducere vel dotare*, persino se è stata la donna a offrirsi. Ma quest'ultimo, come suggerisce Matthes, resta comunque un caso limite: e forse non si può più nemmeno parlare di *stuprum*, giacché la condotta è tanto sfacciata da mettere in discussione il requisito dell'onestà, che resta comunque necessario sul piano sostanziale. «Si vero probetur, quod virgo non erat honestæ vitæ, vel vilis persona, tunc deflator non tenebitur, neque ad ducendam uxorem, neque ad dotandam»: Basilio, *Decisiones criminales*, cit., dec.XV, n.21, p.198.

⁹¹ «Stuprata possit etiam civiliter agere contra stupratorem, ut illam dotet»: Savelli, Summa, cit., IV, par. Stuprum, n.7, p.269.

⁹² «Bene verum, quod actio civilis non est ita pinguis, et proficua stupratæ, sicut est actio criminalis»: Rinaldi, *Observationes criminales*, cit., lib.II, cap.XXIII, nn.244-255, p.300. Carcere-custodia, speditezza e tortura: «diversi elementi sembravano favorire il ricorso alla procedura criminale, nel foro secolare quanto in quello ecclesiastico», annota Lombardi, *Il reato di stupro*, cit., pp.356-357.

⁹³ Le diverse posizioni, con l'indicazione dei rispettivi fautori, sono riassunte da Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, nn.97-98, p.563 e da Toschi, *Practicarum*, cit., VII, concl.709, nn.28-29, p.469.

contrahendum cum ea matrimonium, si omnino stuprator renuerit, finaliter non est cogendus»⁹⁴. Ciò vuol dire che la dote verrà inesorabilmente corrisposta, mentre è possibile evitare le nozze. La sentenza di condanna fissa un termine per decidere circa il matrimonio⁹⁵. Non si tratta, però, di una semplice opzione: se ci si vuole sposare, si pagherà comunque la dote; se non ci si vuol sposare, scatteranno in subordinate pene piuttosto gravose⁹⁶: la *fustigatio*, la scomunica minore⁹⁷ e persino la *destrusio in monasterium*, che per alcuni è «ad tempus, donec poeniteat», per altri perpetua «donec revocetur»⁹⁸. Nulla esclude, peraltro, l'irrogazione *arbitrio iudicis* di una multa o dell'*exilium*⁹⁹.

Di per sé, non sorprende l'uso di tali mezzi afflittivi¹⁰⁰: ciò che lascia perplessi i giuristi è il loro uso sussidiario rispetto al matrimonio. Il principio della *libertas nubendi*, solennemente ribadito dal Concilio di Trento, sembra cozzare con la minaccia di pene tanto dure contro lo stupratore renitente¹⁰¹: la sua volontà non rischia di essere coartata? La contraddizione è stridente, e i giuristi si sforzano di sminuirla. La dote non costituisce una punizione sufficiente – argomenta Fagnani – ed inoltre «qui defloravit virginem, non compelli præcise cum ea matrimonium contrahere, sed causative, si non vult pati poenas»¹⁰². La misura corporale, peraltro, «non statuitur in poenam non contracti matrimonii, sed potius in poenam illati stupri (...) non quia non duxit, sed quia seduxit». Non c'è diretta coazione psicologica, ma solo un «metus justus» che non vizia la volontà. La deflorazione comporta iniuria verso tutta la comunità: il matrimonio può sanare la

⁹⁴ Fagnani, *Commentaria in quintum librum*, cit., tit. de Adulterio ed Stupro, cap. Pervenit, nn.1-2, p.148.

⁹⁵ Savelli, *Pratica Universale*, cit., par. Stupro, n.20, p.321.

⁹⁶ «Veritas est, quod si vult ducere uxorem, tenetur etiam dotare eam, si vero non vult ducere, sed tantum eam dotare, et tunc patitur poenas»: Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.99, p.563. Cfr. Savelli, *Summa*, cit., IV, par. Stuprum, n.7, p.269.

⁹⁷ Come attesta una sentenza francese del 1548: Papon, *Recueil d'arrests*, cit., lib.XXII, tit.IX, arr.IX, p.1265.

⁹⁸ Fagnani, *Commentaria in quintum librum*, cit., tit. de Adulterio ed Stupro, cap. Pervenit, n.2, p.148. Cfr. Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., pp.216-217; Lancellotti, *Institutiones*, cit., lib.IV, tit.VIII, p.238; Cucchi, *Institutionum*, cit., lib.IV, cap.IX, fol.80B; Toschi, *Practicarum*, cit., VII, concl.709, n.26, p.469; Gonzalez Téllez, *Commentaria*, cit., t.V, tit.XVI, cap.II, n.7, p.210. La canonistica bassomedievale aveva risolto in modo piuttosto diverso il rapporto fra queste pene (già contemplate dal capitolo *Pervenit*), *ducere e dotare*: «quod si stuprator vult dotare stupratam, etiam quod non ducat eam in uxorem, non debet pati poenas (...) et quod econtra, si vult pati poenas, non tenetur dotare». Lo ricorda Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, nn.103-104, p.563: ma si tratta, ormai, di un'opinione superata.

⁹⁹ Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, nn.100-102, p.563.

¹⁰⁰ Tenacemente difesi da Cartari, *Decisiones*, cit., dec.LXXVII, pp.440-445. Il giurista nega alla alle corti vescovili la «potestatem ferendi sententiam sanguinis», ma rivendica a gran voce di poter «alias poenas corporales laicis infligere citra mortem, et membrorum truncationem (...) Et ideo dicimus licere Iudici ecclesiastico inquirere adversus laicos stupri, vel raptus reos, eosque poenis etiam corporalibus, aut pecuniariis coercere». Così si fa a Milano, dove l'Autore ricopre il ruolo di vicario criminale in nome di Carlo Borromeo. Anche a Piacenza, dove le istituzioni secolari hanno limitato i poteri coercitivi del vescovo, restano eccettuati tre casi in cui è ammessa la carcerazione dei laici: «videlicet hæresis, sacrilegij, et stupri».

¹⁰¹ Si pone il problema Gonzalez Téllez, *Commentaria*, cit., t.V, tit.XVI, cap.II, n.4, p.210: «Matrimonia omnino libera esse debent, nec quis compelli debet ad matrimonium contrahendum». Il difetto della volontà, infatti, renderebbe nullo il contratto.

¹⁰² Fagnani, *Commentaria in quintum librum*, cit., tit. de Adulterio ed Stupro, cap. Pervenit, n.2, p.148. «Coactionem de qua hic, non esse præcisam, seu causativam, et ita libertatem matrimonii non impedire»: Gonzalez Téllez, *Commentaria*, cit., t.V, tit.XVI, cap.II, n.8, p.210.

ferita, ma in caso di rifiuto «ita omnibus satisfaciendum esse»¹⁰³. Le misure afflittive garantiscono allora un doppio effetto. Incutono timore: e quindi inducono alle nozze, riparando una frattura sociale e sistemando fanciulle oneste (ma non più vergini e magari gravide, perciò poco appetibili sul mercato matrimoniale). Allo stesso tempo, sono la via di fuga da matrimoni impossibili: come nel caso di una forte opposizione familiare o di significativa disparità cetuale¹⁰⁴. Per quanto si possa insistere, minacciare, castigare, il matrimonio resta un atto incoercibile¹⁰⁵: ma prima di gettare la spugna si tenterà qualsiasi espediente¹⁰⁶. Si discute però sullo stupro qualificato da promessa di matrimonio: mentre la dottrina reclama l'esecuzione in forma specifica, la prassi giudiziaria si mostra assai più moderata¹⁰⁷. Se invece il condannato si dichiara disposto alle nozze, ma non adempie entro

¹⁰³ Gonzalez Téllez, *Commentaria*, cit., t.V, tit.XVI, cap.II, n.8, p.210. L'Autore ricorda anche l'opinione di Innocenzo IV, secondo il quale «in ipsa delicti perpetratione virum libertatem amisisse»: lo stupro integrerebbe infatti una forma di consenso tacito. Chiaramente, in quelle considerazioni si sente l'eco del matrimonio presunto, ormai tramontato dopo il Concilio.

¹⁰⁴ Come nel caso narrato da Ferrante, *Il matrimonio*, cit., pp.920-921: lo stupratore vorrebbe sposare la fanciulla, ma è costretto a rinunciare, perché il padre minaccia di diseredarlo. Farinacci e Carpozov ribadiscono con forza che l'origine vile della donna non esime l'uomo dal *ducere et dotare*, nemmeno se esso è nobile: un obbligo che diverrebbe insostenibile, in assenza di scappatoie. «Non conditionem, nativatem, ac generis nobilitatem: sed qualitatem morum ac honestatem tantummodo respici; adeoque etiam puellam ac viduam humilem et vilem comprehendi, in aperto est. Ergo nec virginem in obscuro et humili loco natam, impune stuprare licet, sicut nec famulam seu ancillam: sed stuprator, licet genere sit nobilis, eam nihilominus vel ducere, vel dotare tenetur». Si coglie, insomma, la pretesa di far rispettare a chiunque l'autorità di una legge che si esprime per «verba generalia»: ma, allo stesso tempo, il bisogno di fare i conti con una realtà sociale di stampo cetuale. Cfr. Carpozov, *Practica*, cit., pars II, q.LXVIII, nn.57-59, p.125. In nome dei principi cristiani, giunge alla stesse conclusioni anche Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.VII, n.20, p.332.

¹⁰⁵ La Sacra Rota, con una pronuncia del 1588, ribadisce che dallo stupro non sorge un dovere di celebrare le nozze: Alessi, *Il gioco degli scambi: seduzione e risarcimento nella casistica cattolica del XVI e XVII secolo*, in *Quaderni storici*, 75/1990, pp.809-810.

¹⁰⁶ La stessa *custodia* in carcere è frequentemente usata per forzare il matrimonio: Lombardi, *Il reato di stupro*, cit., p.355.

¹⁰⁷ «Quando sotto promessa di matrimonio, o sponsali, de' quali consti validamente contratti, e con libero consenso, segue la copula, e lo stupro, resta confermata, e deve farsi adempiere la promessa da chi s'aspetta con rimedij opportuni, si per esser così di ragione in pena dello stupro (...) come anco perché secondo li Sacri Canoni, li sponsali, benché semplici, e non giurati si devono mantenere (...) Potrebbe lo stupratore essere forzato anco dal Giudice laico con cominazione di pene, ed in questo modo esser necessitato all'osservanza della promessa fatta»: Savelli, *Practica Universale*, cit., par. Stupro, nn.26-27, pp.321-323. Il nodo è cruciale: da una parte il Concilio di Trento aveva affermato la *libertas matrimonii*, dall'altra «non si era pronunciato in materia di sponsali e quindi rimaneva in piedi il carattere vincolante della promessa che poteva essere sciolta solo con un formale pronunciamento delle corti ecclesiastiche ed in presenza di specifici motivi»: Lombardi, *Introduzione*, in *Arrivo, Seduzioni*, cit., p.IV. Non mancano casi in cui, intervenuti sponsali e convivenza, la celebrazione con parole *de presenti* tarda ad arrivare: onde evitare scandali e probabili stupri, i tribunali ricorrono al precetto per intimare le nozze o la cessazione della coabitazione: cfr. Di Simplicio, *Peccato*, cit., pp.261-262. «Tuttavia la prassi giudiziaria dimostra che, soprattutto nel foro ecclesiastico, i giudici interpretavano con elasticità il dettato della legge, evitando di imporre l'esito obbligato del matrimonio a chi opponeva un netto rifiuto»: Lombardi, *Il reato di stupro*, cit., p.357. Nonostante qualunque minaccia, per celebrare il rito occorre pur sempre le parole dello sposo: il matrimonio non può sorgere per sentenza costitutiva. Così, di fronte all'ostinazione dello *stuprator*, la Sacra Rota interpretò in modo elastico le cause di scioglimento degli sponsali. Lo registra anche Savelli, esaminando alcune decisioni rotali raccolte da Emerix de Matthiis. «Judex potest cogere stupratorem ad contrahendum matrimonium, ut supra dictum est, aliquando tamen potest ex justis causis abstinere a coactione (...) Et justa causa est apertus, et fortis animus stuprantis potius moriendi, quam ducendi (...) Et quando intercedit impedimentum consanguinitatis (...) Item odium, et inimicitiae capitales subortae inter stuprantem, et stupratam (...) Item vita inhonesta stupratae superveniens post stuprum»: Savelli, *Summa*, cit., IV, par.Stuprum, n.34, p.272. Dopo Trento cresce, in modo evidente, «la diffidenza della Chiesa per i matrimoni

il termine prestabilito, il processo conosce un'appendice esecutiva: «debet stuprata immitti in possessionem bonorum stupratoris, quia eidem interim competit super illis actio pro alimentis»¹⁰⁸. Anche questo è un mezzo per forzare un atto di per sé libero.

Ci sono casi in cui, però, il matrimonio non può essere celebrato. Già il capitolo *Si seduxerit* stabiliva che il padre della ragazza ha facoltà di opporsi: ferma restando la dote, in tal caso lo stupratore non patisce altre pene, considerata la sua personale disponibilità. Il riconoscimento sempre più spiccato della volontà femminile, tipico dell'età tridentina, fa sì che anche alla donna sia concesso un analogo potere di veto¹⁰⁹. In due ipotesi, poi, lo *status* del reo impedisce le nozze: se il reo è *clericus* o *coniugatus*. In entrambe, la dote sarà irrogata insieme a castighi fisici e pecuniari¹¹⁰.

Siffatte misure, però, rivestono un ruolo ancillare. Nei processi canonici per stupro la domanda di giustizia della parte lesa è visibilmente anteposta all'interesse pubblico della Chiesa e mira a due obiettivi: matrimonio e dote. Non sembra di percepire alcun furore moralista: prevale, piuttosto, un approccio pragmatico a un problema sociale¹¹¹. Pur mancando qualsiasi apertura libertaria o individualista, qui la giustizia canonica non persegue né l'espiazione né la disciplina: semplicemente, intende evitare alle donne un futuro solitario e sanare il *vulnus* secondo una logica prettamente commutativa. Certo, l'onore femminile sarebbe meglio tutelato con le nozze riparatrici: ma già il conferimento della dote basta come attestato di onestà e monda la reputazione della fanciulla. Non è più *virgo*, ma non è *meretrix*: pertanto risulta ancora desiderabile per la sua morigeratezza e affidabilità. È caduta per debolezza: ma ciò può essere compreso da un futuro pretendente, specie se lo *stuprator* ha costituito una dote sostanziosa¹¹². Questa somma avvantaggia la

coatti»: Alessi, Il gioco degli scambi, cit., p.810. A fine Seicento, Rinaldi giudicherà valido il matrimonio contratto in carcere da parte di uno *sponsus*, ma nullo quello imposto dal padre in caso di flagranza: Rinaldi, *Observationes criminales*, cit., lib.II, cap.XXIII, nn.68-77, p.308 e lib II, suppl.V ad cap.XXIII, nn.1-64, pp.330-332. Cosa accade nel mondo luterano, dove la *libertas matrimonii* è meno sentita? «Idque adeo verum esse puto, ut stuprator, si matrimonium cum stuprata contrahere renuat, ad hoc compelli debeat carcere: perinde ac sponsus publicis sponsalibus contractis cogi potest, ut sponsalia adimpleat (...) neque enim in arbitrio partis est poenitere, et a promissione semel facta desistere (...) et, si sponsus incarceratus obtemperare nolit, et in obstinatione perseveret (...) hoc casu perpetuo relegari possit»: Carpozov, *Practica*, cit., pars II, q.LXVIII, nn.91-92, p.127. Il tono è netto: la promessa è irrevocabile e va adempiuta a tutti i costi. Forte enfasi, che però conduce ad esiti non troppo diversi rispetto a quelli cattolici (si può evitare il matrimonio, ma si patisce una gravosa *relegatio*).

¹⁰⁸ Rinaldi, *Observationes criminales*, cit., lib.II, cap.XXXIII, nn.292-203, p.302.

¹⁰⁹ Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.105, p.563; Fagnani, *Commentaria in quintum librum*, cit., tit. de Adulterio ed Stupro, cap. Pervenit, n.7, p.148; Gonzalez Téllez, *Commentaria*, cit., t.V, tit.XVI, cap.II, n.1, p.210. Anche Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.VI, n.18, pp.331-332 ammette l'«argumentum a patre ad filiam».

¹¹⁰ Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, nn.65, 107-108 e 110-111, pp.560 e 563-564. Ma abbiamo visto come, solitamente, ai chierici sia risparmiata la verga.

¹¹¹ «La determinación de la verdad de lo sucedido no es el principal objetivo de estos procesos; en cierto modo, ni siquiera es su objeto la determinación de la culpabilidad de unos y la condición de víctima de otras (...) El principal objeto de estos procesos en estos no es sino la resolución del conflicto, la restauración del orden»: Medina Plana, *Engaños*, cit., p.632.

¹¹² «Si giustifica in questo modo l'accento posto nelle deposizioni più sulla fedeltà ad un unico uomo che sulla importanza della verginità: alcune donne che pure hanno già avuto una sfortunata relazione sentimentale e sessuale non vengono ritenute per questo necessariamente disonorate, e non si vedono precluse altre possibilità matrimoniali. La fedeltà al nuovo partner può renderle desiderabili come spose, tanto più nei casi

puella, ma anche il *pater*, sollevato dal proprio *onus dotandi*: segno inequivocabile della dimensione familiare dell'offesa¹¹³. Per forza di cose, la cifra comprende e supera la somma che sarebbe stata corrisposta senza lo stupro¹¹⁴.

Se, fisiologicamente, la *dos* è «misura puntuale della casta obbedienza della donna (...) premio della giustizia paterna per il comportamento verginale della figlia»¹¹⁵, nella patologia di un giudizio penale essa diviene *poena privata* mista di elementi afflittivi e

frequenti in cui l'uomo che ha interrotto la relazione costituisce una dote che assume il significato di un riconoscimento pubblico della propria responsabilità e della buona fede della donna»: Cavallo – Cerutti, *Onore femminile*, cit., p.353.

¹¹³ «Qui virginem corrupti, damnum dedit, non solum illi, verum, et parentibus ejus»: Gonzalez Téllez, *Commentaria*, cit., t.V, tit.XVI, cap.II, n.4, p.210.

¹¹⁴ «Nam maior dos requiritur post deflorationem, cum virginitas sit secunda dos»: Nevizzano, *Sylva*, cit., III, n.24, p.220. Ma la formula è coniata dall'Abbas: cfr. Cazzetta, *Præsumitur seducta*, cit., p.50. «Nam pater formosam et bene educatam habens filiam, datis tantum trecentis aureis pro dote, eam viro cuidam honeste locare potuisset: sed stuprata, mille etiam aureis in dotem datis, vix elocari poterit; æquum igitur est, ut stuprator majorem dotem solvat, hocque interesse puellæ stupratæ resarciat»: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXVIII, n.16, p.122. Tuttavia, la dote corrisposta dallo stupratore supera la dote ordinaria solo se il reo rifiuta le nozze: bisogna infatti favorire la sistemazione della donna tramite un *quid pluris*. Invece, in caso di matrimonio riparatore o di rifiuto della parte lesa, la somma sarà uguale alla dote ordinaria.. Cfr. Díaz de Lugo, *Practica*, cit., p.388; Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.216; Menochio, *De arbitrariis iudiciis*, cit., lib.II, cent.III, casus 288, nn.18-19, p.433; Savelli, *Summa*, cit., IV, par. Stuprum, n.7, p.269; Id., *Practica Universale*, cit., par. Stupro, n.9, p.320. La liquidazione della cifra spetta al giudice: mentre l'attrice gioca al rialzo nella domanda, il convenuto punta al ribasso; «el juez negocia entre ambas partes, buscando la resolución del conflicto: su papel se acerca así al del árbitro; el ejercicio de su arbitrio desplazándose hacia el arbitraje»: Medina Plana, *Engaños*, cit., pp.645-646. In genere, si considerano *facultas* del reo e *dignitas* della stuprata. La valutazione – pur tenendo presente la consuetudine locale – deve ponderare bene il profilo di entrambi i soggetti, ond'evitare l'assurdo di lasciare senza dote le ragazze povere, o di condannare i miseri a sanzioni insostenibili. È invece irrilevante l'ipotetica dote che avrebbe costituito il *pater*: Cacherano d'Osasco, *Decisiones Senatus Pedemontani*, Lugduni 1579, dec.CVII, pp.273-274. Cfr. l'*additio* l.g di López a Díaz de Lugo, *Practica*, cit., pp.388-389; *additio* n.17 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.Stuprum, fol.93B; Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, cap.CXLVII, nn.124-126, p.565. Soluzione favorevole alla *virgo*, perché le assicura una dote potenzialmente maggiore rispetto a quella che avrebbe ottenuto altrimenti. Così molte popolane riescono ad ottenere somme di tutto rispetto da giovani aristocratici, ovviamente riluttanti al matrimonio riparatore. Contro la soluzione elaborata dal Senato pedemontano, però, si registra la posizione di Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXVIII, nn.13-16, p.122: per il criminalista sassone la dote va parametrata alla disponibilità paterna e deve essere «talem nimirum, quam verisimiliter pater puellæ (...) dedisset» (ma è chiaro che la sua opinione, così come le pronunce citate, non si fondano più sul diritto canonico, ma sulla lettera della *Constitutio Electoratus*).

¹¹⁵ Alessi, *Il gioco degli scambi*, cit., p.815. Come rileva Arrivo, *Seduzioni*, cit., p.190 «l'importanza della dote per l'accesso al mercato matrimoniale non era legata solo ai ceti possidenti. Seppure di minima entità (...) rappresentava per le donne dei ceti popolari una chance importantissima per conquistarsi l'ambita condizione matrimoniale». Ecco perché, in caso di stupro, «nessuna cifra era troppo bassa per non essere oggetto di contesa: essa sarebbe stata comunque sufficiente per acquistare il tanto agognato letto, quasi sinonimo di casa in una realtà dominata dall'affollamento abitativo e dal subaffitto». Cfr. Brandileone, *Studi preliminari sullo svolgimento dei rapporti patrimoniali tra coniugi in Italia*, in *Archivio giuridico*, LXVII (1901), pp.201-281; Ercole, *L'istituto della dote nella pratica e nella legislazione dell'Italia superiore*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XLV (1908) e XLVI (1909); Bellomo, *Ricerche sui rapporti patrimoniali tra coniugi*, Milano 1961; Id., *Dote (Diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano 1965, pp.8-32; Pene Vidari, *Dote, famiglia e patrimonio fra dottrina e pratica in Piemonte*, in *La famiglia e la vita quotidiana in Europa dal '400 al '600*, Roma 1986, pp.109-121; Valsecchi, *L'istituto della dote nella vita del diritto del tardo Cinquecento: i Consilia di Jacopo Menochio*, in *Rivista di Storia del diritto italiano*, LXVII (1994), pp.205-282; Massetto, *Il lucro dotale nella dottrina e nella legislazione lombarde dei secoli XIV-XVI*, in *Ius Mediolani. Studi di Storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano 1996, pp.190-364; Lanaro –Varanini, *Funzioni economiche della dote nell'Italia centro-settentrionale*, in Cavaciocchi (cur.), *La famiglia nell'economia europea. Secc.XIII-XVIII*, Firenze 2009, pp.81-102.

risarcitori. A una qualificazione più coerentemente penale si contrappone un'impostazione di stampo privatistico, fortemente influenzata dal dibattito salmantino sugli obblighi di restituzione. Da tale ambiguità derivano una serie di problemi interpretativi, che restano controversi per tutto il periodo in esame¹¹⁶.

È Bernardo Díaz ad aprire verso la concezione privatistica. Tra le righe, s'intuisce una certa indulgenza verso le debolezze del proprio ceto. Tutto il discorso è volto ad alleviare il giogo sulle spalle dei chierici stupratori¹¹⁷: rileggendo la *poena dotis* in termini di risarcimento, ne derivano vantaggi di non poco conto. Così, il chierico non sarebbe tenuto a pagare se «post corruptionem mulier invenit virum eiusdem conditionis et qualitatis, ac si esset virgo» perché – nonostante la deflorazione – non sembra patire alcun danno¹¹⁸. In sintonia con l'insegnamento neoscolastico, il reo non deve corrispondere l'intera dote, ma solo quel *quid pluris* che integra la dote paterna e colma la lesione¹¹⁹. Un discorso potenzialmente esplosivo, capace di scardinare il meccanismo sanzionatorio. Nonostante la contrarietà di Antonio Gómez¹²⁰, questa tesi troverà non pochi sostenitori. La prassi toscana, ad esempio, sembra orientata in tal senso¹²¹.

Dalla diversa qualificazione scaturisce un'ulteriore conseguenza. Chi aderisce all'impostazione tradizionale, ritiene necessario versare la dote «statim et absque omni dilatione»¹²². Chi caldeggia la prospettiva risarcitoria, invece, sostiene soluzioni opposte:

¹¹⁶ Cfr. Cazzetta, *Præsumitur seducta*, cit., pp.125-132.

¹¹⁷ Va specificato che tutta la *Practica* di Díaz dà poco spazio al trattamento dei laici. D'altra parte, il discorso può essere interpretato in modo estensivo: ricostruendo le posizioni del canonista andaluso, Farinacci le intende applicabili anche ai laici. Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, nn.127-128, p.565.

¹¹⁸ Viceversa, se «propter stuprum nupsit viro deterioris conditionis, tunc crederem arbitrio iudicis esse satisfaciendum ei cum constet eam pati damnum ex inæqualitate mariti, puta si propter hoc virum pauperiorem sortita est, a quo debiliora alimenta recipit, imo si non pauperiorem, sed ignobiliorem virum sortiretur, adhuc crederem esse satisfaciendum sibi, quia vere passa est damnum in honore»: Díaz de Lugo, *Practica*, cit., pp.381-382. Così anche Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.216. Cfr. Cazzetta, *Præsumitur seducta*, cit., p.130.

¹¹⁹ A meno che la fanciulla non sia povera: in tal caso il chierico è tenuto a prestare tutta la somma necessaria al matrimonio, esonerando il padre. Díaz de Lugo, *Practica*, cit., p.382.

¹²⁰ «Quæro, si forte ista virgo postquam fuit corrupta contraxit matrimonium cum alio, et non cum ipso corrompente, et habet dotem competentem a patre vel matre, vel ex suo patrimonio, an talis corrumpeus teneatur eam dotare (...) et videtur quod non (...) quia cessat ratio fundamentalis illius capituli, nam ipsa mulier iam est nupta, et impossibile est de iure quod corrumpeus ducat eam in uxorem. Item iam est dotata et reperit cui nubere possit: ergo non superest aliquid agendum ab ipso corrompente (...) Sed ego teneo contrarium, imo quod adhuc teneatur ipse corrumpeus eam dotare: quia licet ipsa aliunde fuerit dotata, non tamen eximitur ipse ab obligatione quam de iure incurrit nec est inconveniens, quod constante matrimonio ipsa mulier nupta recipiat dotem vel augmentum dotis»: Gómez, *Ad leges Tauri*, cit., p.560. Ma anche Farinacci, confortato dalla prassi romana, contesta le tesi di Díaz, che paiono valide «in foro conscientiae, non autem in foro contentioso»: «dotem a stupratore, stupratæ puellæ constituendam esse, non in subsidium ipsa, aut parentibus (...) sed simpliciter in odium, et poenam sui delicti». Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.129, p.565.

¹²¹ Al netto di una sentenza di segno opposto (1670), gli Otto di Balìa hanno più volte aderito alle soluzioni di Díaz: partigiano della ricostruzione privatistica è Marcantonio Savelli, per il quale «dicta dos constituatur potius ratione damni, quam poenæ». Cfr. Savelli, *Summa*, cit., IV, par.Stuprum, n.9, pp.270-271.

¹²² «Ex quo sequitur porro, si mulier stuprata, priusquam nubuit, moriatur, dotem hanc ad infantem vel alios heredes transmitti». Infatti, mentre di regola la dote paterna è costituita *sub conditione matrimonii*, in questo caso lo stupratore non deve aspettare le nozze, né può ripetere la somma versata in caso di mancata celebrazione. «Dos, quam stuprator solvere tenetur, non ex promissione, aut sub certa conditione, si mulier

versamento condizionato all'eventuale matrimonio, intrasmissibilità, ripetizione¹²³. Secondo i critici, però, tale impostazione favorisce le frodi: pur di non pagare, lo stupratore farà di tutto per impedire alla donna di sistemarsi. È per questo che la dote va corrisposta subito, o quantomeno depositata presso terzi¹²⁴. Accentuare i profili risarcitori significa, inoltre, riconoscere più spazio alla *remissio dotis*: istituto contestato *ab imis* da Baiardo, secondo il quale la dote, pur giovando alla fanciulla, è stabilita a causa del bene pubblico¹²⁵.

Sul crepuscolo del XVII secolo, Gian Domenico Rinaldi proverà a fare ordine in questo conflitto dottrinale. Con sguardo retrospettivo, intuirà che la confusione è sorta non solo per la natura ibrida della sanzione, ma anche per la scarsa distinzione tra azione civile e criminale. Per conciliare le diverse posizioni, proporrà di attribuire i rigorosi profili penalistici alla dote che scaturisce dal rito criminale, i più benevoli profili risarcitori a quella che scaturisce dal rito civile¹²⁶. Sarà una (pregevole) razionalizzazione *a posteriori*: in realtà, considerate le polemiche dei giuristi precedenti, sembra proprio che essi non intendessero distinguere.

4. *La pena canonica nel diritto secolare: l'intreccio*

stuprata nupserit, sed ex dispositione juris pure debetur, seu poena stupri (...) neque enim hæc dos futurum matrimonium respicit»: Carpov, *Practica*, cit., pars II, q.LXVIII, nn.32-40, pp.123-124.

¹²³ Savelli, *Pratica Universale*, cit., par. Stupro, n.21, p.321 che cita a suo favore alcune pronunce degli Otto di Balìa.

¹²⁴ *Additio* n.24 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.Stuprum, fol.93B. Scettico anche Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.VII, n.22, pp.332-333. Ad ogni modo, indipendentemente dagli intrighi del reo, potrebbe accadere che la donna non trovi davvero nessuno: il reo resterebbe impunito, cosa inammissibile per i giuristi più rigorosi. Cfr. Carpov, *Practica*, cit., pars II, q.LXVIII, n.33, p.123; Basilico, *Decisiones criminales*, dec.XVI, n.18, p.197.

¹²⁵ «Licet puella stuprata liberaret stupratorem, nihilominus ipse dotem dare tenetur, patre ita volente (...) sed ego teneo contrarium, quod scilicet eam dotare teneatur, etiam patre nolente, quia poena (...) non fuit impositam ad vindictam, sed a bonum publicum, et spirituale (...) et licet Díaz (...) primam opinionem tenere videatur, eam limitando; tamen ego in opinione mea persisto eo maxime, quod Díaz præsupponit, statutum esse ad favorem stupratæ, ut a stupratore dotanda sit; et quod ideo favori suo renuntiare possit, quod minime dicendum est, eum introductum fuerit ob bonum publicum, et spirituale (...) Posset tamen pater, et filia favori suo tacite renuntiare nihil petendo»: *additio* n.19 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.Stuprum, fol.93B.

¹²⁶ «Competit stupratæ etiam contra ipsum stupratorem viventem duplex actio criminalis scilicet, et civilis, et quacumque vult, potest stuprata contra stupratorem experiri (...) Siquidem si intentetur pro stupro actio criminalis, dos debetur ratione poenæ, cum dotatio (...) sit indicta, et subrogata a Pontifice in locum poenæ severioris, quæ statuta, et determinata erat de jure civili (...) et propterea debetur statim, depositanda tamen ne interim consumetur (...) et debetur etiam si stuprata jam fuerit alio desponsata (...) et transit ad hæredes, etiamsi non nupserit, vel nupta sine liberis decesserit (...) etenim poena hunc effectum præfert in odium delinquentis (...) Si vero intenterur actio civilis dos debetur ratione damni (...) in tantum enim iudex civilis potest se ingerere in hujusmodi causis, in quantum coram eo instituitur actio rei persecutoria ad damna et interesse ex delicto provenientia (...) et isto casu potest procedere opinio eorum, qui dicunt dotem non deberi, nisi sequutis nuptiis: non deberi si stuprata sit nupta Viro æqualis conditionis: solutam posse repeti, quando non fuit sequutum matrimonium: et esse reversuram ad stuprantem, quando nupta sine liberis decessit»: Rinaldi, *Observationes criminales*, cit., lib.II, cap.XXIII, nn.244 e 249-253, p.300.

Le divergenze non sorgono solo dall'*arbitrium* o dalle novità salmantine, ma anche dagli interrogativi posti della criminalistica secolare. Infatti la pena del *ducere et dotare*, stabilita nel foro ecclesiastico per sovvenire alla durezza delle sanzioni laiche¹²⁷, conosce un processo di evidente secolarizzazione positiva. Avviatosi già nel XIII secolo¹²⁸, tra Cinque e Seicento può dirsi ormai compiuto in tutta l'Europa di diritto comune: i giuristi annotano che la regola per cui lo *ius canonicum* s'impone alle corti laiche soltanto *in terris Ecclesiae* subisce, in questo caso, un'eccezione¹²⁹.

Castiglia¹³⁰, Catalogna¹³¹, Francia¹³², Paesi Bassi¹³³, Piemonte¹³⁴, Milano¹³⁵, Toscana¹³⁶, Napoli¹³⁷, Sicilia¹³⁸, Corsica¹³⁹: talora per espressa sanzione di legge, più spesso per prassi, lo stupro *sine vi* è perseguito con le misure introdotte dai canoni. Non si tratta di mera recezione, ma di trasformazione: solitamente, la pena s'intende in senso alternativo¹⁴⁰. In Sassonia, la *Constitutio Electoratus* dispone la pena del *ducere vel dotare*

¹²⁷ Come dichiara lo stesso capitolo *Pervenit*: X.5.16.2.

¹²⁸ A Barcellona è Usatges, 108 a recepire la disposizione canonica, con alcuni aggiustamenti: l'ambito di applicazione non è ristretto allo *stuprum in virginem*, ma è limitato alle condotte violente; si accorda la facoltà alternativa di combinare il matrimonio con un terzo (edizione di riferimento: Valls Taberner, *Los Usatges de Barcelona. Estudios, comentarios y edición bilingüe del texto*, Barcelona 1984). Cfr. Alessi, *Stupro non violento*, cit., p.632; Pacheco Caballero, *El derecho catalán y las mujeres (Edad Media y Moderna)*, in Id. (cur.), *Mujeres*, cit., p.336.

¹²⁹ «Quicquid sit de jure, in practica servatur contrarium, quia etiam in terris Imperii servatur jus Canonicum, ut scilicet stuprator non teneatur alia poena, nisi stupratam ducere in uxorem, aut eam dotare»: Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, nn.113-116, p.564. Fagnani, *Commentaria in quintum librum*, cit., tit. de Adulterio ed Stupro, cap. *Pervenit*, nn.5-7, p.148. Cazzetta, *Præsumitur seducta*, cit., p.122.

¹³⁰ Gómez, *Ad leges Tauri*, cit., pp.559-560; Gonzalez Téllez, *Commentaria*, cit., t.V, tit.XVI, cap.II, n.6, p.210. Cfr. Sainz Guerra, *La evolución*, p.683.

¹³¹ De la Peguera, *Decisiones auræ, Francofurti ad Moenum 1609, dec.XLII, n.4, p.205. Sullo stylus del Regio Consiglio Criminale e sulla dottrina catalana*, cfr. Alessi, *Stupro non violento*, cit., pp.631-636.

¹³² Papon, *Recueil d'arrests*, cit., lib.XXII, tit.IX, arr.IX, p.1265; Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.216

¹³³ Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.VII, n.17, p.331.

¹³⁴ Tesauo, *Novæ decisiones*, cit., dec.III, n.3, fol.14B.

¹³⁵ Claro, *Practica*, cit., par.*Stuprum*, n.3, fol.92A. Cfr. Massetto, *I reati*, cit., p.484.

¹³⁶ Caballo, *Resolutiones*, cit., cent.II, casus CXCVII, n.12, p.356.

¹³⁷ Grammatico, *Decisiones*, cit., dec.CVII, n.1, fol.173A.

¹³⁸ Cumia, *In ritus*, cit., cap.LXXI, n.12, p.359; Basilico, *Decisiones criminales*, cit., dec.XV, nn.1-4, p.193.

¹³⁹ «Chiunque verrà ad atto carnale con alcuna femmina pulcella, nel quale atto essa consenta, sia obbligato a prenderla per moglie, non essendo maritato, e sia in grado di poterla prendere, quando però la femmina a ciò consenti; e non seguendo il matrimonio, sia obbligato a dotarla congruamente, secondo le condizioni della pulcella, a giudizio del magistrato; e più, incorra in pena da lire cinquanta sino in cento, in arbitrio del giudicante, applicate alla Camera, il quale non pagando fra un mese sia frustato; dichiarando che, seguendo il matrimonio, non sia obbligato a dote alcuna, ma solamente alla detta pena»: *Statuti di Corsica*, 2.41 (1572; edizione di riferimento: *Statuti civili e criminali di Corsica*, Lione 1843).

¹⁴⁰ Cfr. Bonacchi, *Legge e peccato*, cit., p.76. Così dispongono nel 1570 gli Statuti di Rovereto, 2.226: «Item si quis seduxerit aliquam mulierem virginem et eam carnaliter cognoverit de eius voluntate et non coacte, teneatur eam ducere vel competenter dotare». Soluzione frequente in tutta Italia: Pertile, *Storia*, cit., V, pp.514-515. Ma anche in Germania: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXVIII, n.6, p.121. «Credo quod ubique observetur, non quidem ut cogatur stuprator præcise ad ducendum puellam in uxorem, sed alternative ad eam ducendam in uxorem, vel condecenter dotandam»: Claro, *Practica*, cit., par.*Stuprum*, n.3, fol.92A. «Hæc poena stupri de iure Canonico, quod teneatur dotare, et in uxorem ducere, licet solum habeat locum in terris Ecclesiae, quia est poena iuris Canonici, tamen consuetudine quasi ubique servatur in stupro non violento, ut alternative, vel ducat in uxorem, vel dotet»: Savelli, *Summa*, cit., VII, conl.709, n.17, p.409. Una correzione legittima della *lex divina*, sostiene Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.VII, n.17, p.331: «nihil me videre, quod vetet legislatorem disiungere, quæ lex divina coniunxerat». La cosa si era resa

e gli alimenti per eventuali figli: attribuita alle corti laiche, viene contestualmente sottratta ai concistori¹⁴¹. La pena canonica, innestata in un altro contesto, causa inevitabilmente problemi di raccordo con l'ordinamento che la assorbe¹⁴². Molto spesso il giudice secolare non si limita alla sua irrogazione, ma le aggiunge una sanzione ulteriore per affermare il profilo pubblicistico della pena¹⁴³.

tanto più opportuna in quanto «virgines fiducia legis divinæ licentius peccent (...) Ita enim in Hollandia contigisse Grotius narrat».

¹⁴¹ Constitutio Electoratus, 4.27. Cfr. Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXVIII, nn.8-10, p.121. Da parte loro, però, i concistori cominciano ad irrogare la *Kirchenbusse*: il reo di stupro deve «publice in templo coram Altari se sistere, et delictum ac scandalum id datum deprecari»: Id., Practica, cit., pars II, q.LXIX, nn.55-56, p.134. Raramente i tribunali cattolici utilizzano la penitenza pubblica per questo delitto: sembra quasi che la giustizia ecclesiastica luterana, compressa dallo Stato, cerchi di recuperare un suo spazio.

¹⁴² In Sassonia, il carattere alternativo del *ducere vel dotare* determina una divergenza rispetto alla dottrina di *ius commune*: l'uomo ha libertà di scelta e così la *puella*, se rifiuta le nozze proposte, perde anche la dote. «Et si aliud asseremus, sequeretur, stupratori non competere electionem»: Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXVIII, n.85, p.127. Nel Sacro Romano Impero, suscita perplessità anche la congiunzione tra *coniugatus* e *virgo soluta*. Se lo *ius civile* non avrebbe punito il tradimento ma solo lo stupro, quello canonico non avrebbe esitato a negare il *ducere* ma ad imporre il *dotare* (pur prescrivendo le penitenze salutari che spettano ai fedifraghi). In forza della *Carolina*, però, l'ipotesi si configura come *adulterium*; per questo, secondo Carpzov, «poena stupri prorsus cesset, minus dubium est». Ciò significa lasciare del tutto insoddisfatta la *puella*, che d'altra parte «damnum hoc sua culpa sentit; sibi enim imputet, quod cum tali rem habuit quem scivit maritum sibi esse non posse: igitur revera damnum sentire non videtur»: Id., Practica, cit., pars II, q.LXVIII, nn.66-74, pp.125-126. Interpretazione di per sé coerente con la visione pubblicistica dell'Autore. L'assurdo, però, è dietro l'angolo: semmai intervenisse una *remissio coniugis* – istituto che il criminalista tedesco ammette e sostiene – il reo godrebbe di una parziale impunità (è per questo che Böhmer, correggendo Carpzov, riterrà necessaria la dote). Un terzo ordine di problemi interessa il rapporto tra *ducere vel dotare* e violenza carnale. Di regola, la legislazione laica distingue nettamente il trattamento sanzionatorio dello *stuprum sine vi* da quello dello *stuprum cum vi*. Alla dicotomia legislativa, però, non corrisponde un'eguale nitidezza processuale. Gli archivi testimoniano racconti confusi, in cui l'aggressione si somma alla seduzione: in questi casi, i giudici preferiscono irrogare il *ducere vel dotare*. Sanno, infatti, che il racconto delle accusatrici non corrisponde al vero ma segue un canovaccio preciso, volto a fugare qualsiasi sospetto sulla propria onestà; mirando in alto, esse confidano di ottenere il minimo. Cfr. Medina Plana, Engaños, cit., pp.647-650. Il quarto nodo è costituito dalla congiunzione *cum vidua*, alla quale i tribunali vescovili non applicano il *ducere et dotare* (considerandola *fornicatio simplex*, al massimo, irrogano la multa *arbitrio iudicis*). Le corti secolari invece, attenendosi alla definizione romanista, ammettono lo *stuprum in viduam* e cominciano a punirlo col *ducere vel dotare*. La tutela per le vedove emerge soprattutto in caso di *vis* o di promessa: come nel caso fiorentino descritto da Savelli, Summa, cit., par.Stuprum, t.IV, n.1, p.265. In Sassonia, Constitutio Electoratus, 4.27 prevede espressamente, in favore della *in vidua*, la pena del *ducere vel dotare*: Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXVIII, nn.23-26, pp.122-123. Favorevole all'estensione della pena anche Matthes, De criminibus, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.VII, n.21, p.332.

¹⁴³ Nel caso napoletano descritto da Grammatico, Decisiones, cit., dec.CVII, n.1, fol.173, la Vicaria aveva condannato il reo alla dote e alla relegazione triennale «in insulam Liparis». Molto interessante la vicenda descritta da Basilico, Decisiones criminales, cit., dec.XV, nn.1-4, p.193. Nel 1639, Pietro Margiotta accusa Giovanni Ventura di aver stuprato la figlia Flavia *sub spe matrimonij*. Viene adita la Curia arcivescovile di Palermo che, sulla scorta delle prove raccolte nella fase informativa, ammonisce il defloratore a sposare la giovane. Negando di averla conosciuta carnalmente, questi rifiuta categoricamente il matrimonio. La corte procede allora alla sentenza di condanna, secondo la consolidata pena canonica. Ma il reo non si dà per vinto, e trascina la causa per altri tre gradi di giudizio, che però lo vedono sempre soccombere. Paradossalmente, la sanzione irrogata dal vescovo viene aggravata dalle corti superiori. Applicata nella formula alternativa del *ducere et dotare*, essa viene integrata col bando «in defectu matrimonij». Cosa è accaduto? Lo stupratore, pur di non cedere alla controparte, ha impugnato la sentenza ecclesiastica presso il Tribunale della Regia Monarchia e da qui, successivamente, è passato per il Tribunale del Regio Concistorio fino alla Magna Regia Curia: *iter* possibile, grazie all'Apostolica legazia di cui godono i re di Sicilia per concessione papale. Un tribunale laico, quindi, riforma una pronuncia canonica: nel farlo, però, non si risparmia una corporosa pena pubblica.

In generale, le corti laiche dispongono di mezzi più incisivi per forzare al matrimonio¹⁴⁴: ciò non causa, comunque, il declino del foro episcopale, che resta il luogo tradizionalmente deputato per questo genere di controversie. Spesso le parti colludono per far scattare la *præventio* in favore del vescovo¹⁴⁵: e siccome la Chiesa tende a concedere il *ducere et dotare* anche in caso di *vis*, la condanna canonica potrebbe perfino salvare la vita a un reo che, altrimenti, rischierebbe un processo secolare e la morte¹⁴⁶.

5. *Stuprum: le pene secolari tra ius commune e iura propria*

Per quanto attiene lo stupro i giuristi avvertono il bisogno di definire prima la pena di diritto romano, per poi scendere nei meandri delle disposizioni locali. Le indicazioni giustiniane appaiono univoche: «lex irrogat peccatoribus, si honesti sunt, publicationem partis dimidia, bonorum, si humiles, corporis coercionem cum relegatione»¹⁴⁷. La pena muta in base allo *status* dell'uomo, mentre la *virgo* o *vidua* dev'essere necessariamente *honestas* (altrimenti la condotta resterebbe irrilevante). La viltà dello stupratore rende il reato degno di un castigo maggiore: un onesto che si unisce ad un'onesta suscita meno biasimo di un vile che si unisce ad un'onesta¹⁴⁸. Peraltro, si suppone che un uomo vile abbia ben poco denaro, per cui la confisca rischierebbe di arrecargli ben poco danno. I giuristi concordano nel ritenere che questo delitto, pur colpito da sanzioni tutt'altro che lievi, non sia tanto atroce da meritare la morte¹⁴⁹; tuttavia, in quanto crimine pubblico,

¹⁴⁴ Savelli, *Pratica Universale*, cit., par. Stupro, n.28, p.323. Cfr. Alessi, *Stupro non violento*, cit., p.631.

¹⁴⁵ Conviene a entrambe; l'uomo è pronto a sborsare una dote più alta, a patto che la donna rinunci espressamente al matrimonio: così, scamperà qualsiasi pena pubblica. Nel caso Nigri del 1590, il Senato pedemontano rileva la frode ed integra la dote – già irrogata dal vescovo – con una multa di cento libbre: «est enim causa ista magis temporalis, quam spiritualis». Cfr. l'*additio* l.d di Gaspare Antonio Tesaurò ad Antonino Tesaurò, *Novæ decisiones*, cit., dec.III, fol.15B.

¹⁴⁶ Ma sappiamo che, proprio per evitare simili scappatoie, le corti laiche si riservano di verificare se la pena canonica sia sufficiente o necessiti di un'integrazione. L'*escamotage* potrebbe dilatare i tempi, ma non funzionare. Tutto dipende dall'*arbitrium* del giudice prevenuto. In concreto, il matrimonio irrogato dal vescovo potrebbe davvero evitare la pena di morte, se tutti si ritengono soddisfatti dall'equilibrio raggiunto (semmai, un diverso castigo fisico o pecuniario potrebbe bastare per ribadire l'*interesse Reipublicæ*). Si tratta, però, di valutazioni che risentono delle contingenze. Certo è che gli archivi diocesani non mancano di attestare processi per stupro violento, benché la dottrina rivendicasse la competenza secolare qualora il reo fosse laico.

¹⁴⁷ I.4.18.4. Cfr. de Damhouder, *Praxis*, cit., cap.XCII, n.4, fol.103B; Claro, *Practica*, cit., par.Stuprum, n.3, fol.92A; Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.6, p.555; Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXVIII, n.3, p.121; Cumia, *In ritus*, cit., cap.LXXI, n.11, p.359; Gonzalez Téllez, *Commentaria*, cit., t.V, tit.XVI, cap.II, n.6, p.209. Qualche giurista moderno interpreta la norma specificando che la *relegatio* va irrogata a entrambi: per l'onesto sarà *ad tempus*, per il vile *perpetua*. Così Menochio, *De arbitrariis iudiciis*, cit., lib.II, cent.III, casus 288, n.10, p.433; Vivio, *Decisiones Regni Neapolitani, Venetiis 1602*, lib.II, dec.CCXCIX, nn.6-7, pp.405-406. Diversamente Grammatico, *Consilia*, cit., vot.IV, n.23, fol.131A; Caballo, *Resolutiones*, cit., cent.II, casus CC, n.24, p.375; Savelli, *Summa*, cit., IV, par.Stuprum, n.6, p.268.

¹⁴⁸ Farinacci, come sempre, ha cura di ricordare che non è la povertà a privare dell'onestà: Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.6, p.555. Ma, con maggior pragmatismo, Basilico ne fa una questione cetuale. Gli umili sono «plebeia conditionis», gli onesti «altioris ordinis»: Basilico, *Decisiones criminales*, cit., dec.XV, n.11, p.195.

¹⁴⁹ Grammatico, *Consilia*, cit., vot.IV, n.23, fol.131A; Menochio, *De arbitrariis iudiciis*, cit., lib.II, cent.III, casus 288, n.11, p.433; Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.7, p.555.

anch'esso determina l'*infamia iuris*¹⁵⁰. Ciò che contraddistingue tale azione è l'assoluta irrilevanza del consenso femminile ai fini della perseguibilità. Mentre per l'ambigua pena del *ducere vel dotare* si ammette una *probatio diabolica* che scrimini la condotta, questa sanzione romanista non si cura della volontà della *patiens*, ma punisce a prescindere¹⁵¹. La sua logica è identica a quella dell'adulterio non violento: solo che qui la parte lesa non è il marito, ma il padre.

Ciò non significa, ovviamente, che la contrarietà femminile non rilevi affatto. Come nell'adulterio, la *vis* costituisce un fattore determinante: sul punto, anzi, si apre un dibattito rovente. Lo *ius civile* non qualificava la congiunzione violenta come *stuprum*; la riconduceva, piuttosto, all'alveo della *vis publica*: ne conseguiva l'*interdictio aquae et ignis*¹⁵². Sebbene il dettato romanistico fosse piuttosto esplicito, l'*interpretatio* medievale aveva mischiato le carte. Complice l'influenza canonica e teologica, il disvalore veniva identificato più nella lussuria che non nell'aggressione. Da variante sessuale della *vis*, questa condotta diventava aggravante violenta dello *stuprum*; su questa trasformazione incideva il modello del ratto, fattispecie enucleata per la prima volta da Giustiniano e poi mutuata dalla Chiesa. Nel Medioevo si era perciò consolidata l'idea che lo *stuprum cum vi* andasse punito in modo speculare al *raptus*: la glossa testimonia questo parallelismo che, concretamente, si traduceva nella pena di morte¹⁵³. Tra i due i delitti restava una differenza rilevante: se nel ratto un eventuale consenso non intaccherebbe affatto la *poena capitis*, nello stupro – pur non scriminando – determinerebbe l'applicazione delle più benigna pena prevista da I.4.18.4. La gravità assoluta dell'*abductio* impone infatti una protezione rigida, che non conosce sfumature soggettive¹⁵⁴; diversamente laddove la donna non venisse sottratta alla famiglia. A garantire questa impostazione si era impegnato Bartolo: per comprovare la pena di morte, il Marchigiano aveva brandito il paragrafo *Qui puero* della *lex Sollicitatores*, che riferiva *tout court* alla congiunzione violenta. Benché chiaro quanto

¹⁵⁰ Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.V, n.9, pp.318-319; Gonzalez Téllez, *Commentaria*, cit., t.V, tit.XVI, cap.II, n.6, p.209.

¹⁵¹ «Etiam si mulier honesta volens cognita fuerit: quia habebit locum tali poena, sive volens sive nolens»: Grammatico, *Consilia*, cit., vot.IV, n.23, fol.131A. «Stuprum puniatur, non solum si puella stuprata renuerit, sed etiam si consenserit»: Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.54, p.559. Cfr. Savelli, *Summa*, cit., IV, par.Stuprum, n.6, p.268. Tra le due misure resta una differenza genetica: una nasce nel diritto canonico ed ha natura ambigua, quasi privatista; l'altra sorge dal diritto romano e mostra un carattere marcatamente pubblicistico. Da ciò scaturisce la differente capacità scriminante accordata al consenso femminile.

¹⁵² Ovvero la deportazione. D.48.6.3.4: «Præterea punitur huius legis poena, qui puerum vel feminam vel quemquam per vim stupraverit»; D.48.5.30.9: «Eum autem, qui per vim stuprum intulit vel mari vel feminæ, sine præfinitione huius temporis accusari posse dubium non est, cum eum publicam vim committere nulla dubitatio est»; D.48.6.10.2: «Damnato de vi publica aqua et igni interdicatur».

¹⁵³ La gl. *Sine vi* ad I.4.18.4 conferma la sanzione per i casi non violenti, mentre rimanda alla disciplina del ratto (C.9.13.1) per quelli violenti. De Damhouder, *Praxis*, cit., cap.XLII, n.5, fol.103B dà conto del magnetismo esercitato dal ratto, che attrae lo *stuprum cum vi* nell'orbita della pena di morte. Farinacci, pur condividendo questa sanzione, non ritiene corretto il procedimento logico utilizzato per arrivare al risultato. «Non inferendum de graviori ad minus grave»: non si può desumere da una fattispecie più atroce (il ratto) la sanzione di quella inferiore (lo stupro). Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.26, p.557.

¹⁵⁴ C.9.13.1.3: «Si enim ipsi raptores metu atrocitatis poenæ ab huiusmodi facinore temptaverint se, nulli mulieri sive volenti sive nolenti peccandi locus relinquatur, quia hoc ipsum velle mulieri ab insidiis nequissimi hominis qui meditatur rapinam inducitur. Nisi etenim eam sollicitaverit, nisi odiosis artibus circumvenit, non facit eam velle in tantum dedecus sese prodere».

agli effetti, il frammento non sembrava perfettamente calzante rispetto alla fattispecie: il testo, infatti, discorre di *persuasio*, non di forza fisica¹⁵⁵. Baldo era intervenuto a correggere l'insegnamento del maestro: se l'*interpellatio* maschile precede il consenso bisogna ritenere lo stupro violento, se viceversa è la donna a proporsi si ricade nell'ipotesi non violenta. Bartolo ignorava la *persuasio*; Baldo la assimilava alla violenza, moltiplicando le possibilità di impugnare il gladio¹⁵⁶. Bisognava giustificare la morte in base a D.47.11.1.2 e, allo stesso tempo, mantenere uno spazio di applicazione per I.4.18.4. Entrambe le interpretazioni, con evidenti forzature, tentavano di quadrare il cerchio: conciliando le due norme con *distinctio* e accantonando la *vis publica*, ne risultava una bipartizione tra *stuprum cum vi* e *sine vi* (quindi: tra pena di morte e confisca/*relegatio*). L'opinione di Bartolo, poco aderente ai testi, è considerata una «divinatio»: tuttavia, essendo più congeniale ai bisogni del tempo, trova riscontri nella prassi¹⁵⁷.

All'alba del XVI secolo, comunque, la disputa non è ancora sopita. Matteo d'Afflitto, parlando di *vis interpretativa*, sostiene Baldo¹⁵⁸. Ma Bossi, confortato dagli Statuti milanesi, rigetta con fermezza questa soluzione¹⁵⁹; un sano realismo sconsiglia di sopravvalutare la *persuasio*, perché l'esperienza insegna che ogni approccio galante necessita di blandizie, promesse, regali: non per questo concretizza un plagio paragonabile a un'aggressione. Talora, anzi, le donne fingono un'affettata ritrosia: vogliono essere corteggiate con insistenza, se non con forza, ma in fondo desiderano concedersi¹⁶⁰.

¹⁵⁵ D.47.11.1.2: «Qui puero stuprum abducto ab eo vel corrupto comite persuaserit aut mulierem puellamve interpellaverit quidve impudicitiae gratia fecerit, domum praebuerit pretiumve, quo is persuadeat, dederit: perfecto flagitio punitur capite, imperfecto in insulam deportatur: corrupti comites summo supplicio adficiuntur».

¹⁵⁶ Cosa, in fondo, coerente col paradigma inflessibile del ratto: solo una *probatio diabolica* poteva perciò salvare l'uomo dall'estremo castigo. È difficile sapere chi dei due abbia compiuto l'*avance*. *In dubio*, si presume colui che si reca in casa dell'altro; ma se il rapporto avviene *extra domum*, allora si presume che la volontà maschile preceda quella femminile. È per questo che i pratici consigliano agli stupratori, come *cautela*, di invitare le donne a casa propria. Cfr. Cazzetta, *Præsumitur seducta*, cit., pp.27 e 44-45.

¹⁵⁷ Riassume il dibattito medievale Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, nn.8-9 e 32, pp.555 e 557.

¹⁵⁸ «Si stuprum sit commissum per honestum virum honestae mulieri sine interpellatione mulieri facta, vel sine sollicitatione, et sine alliciamentis, et sine dolosis artibus, quod est, quando mulier adamasset virum, et ipsa accessisset ad domum viri, et carnaliter voluit se cognosci a viro, tunc vir non punitur poena mortis, sed tantum punitur medietate bonorum omnium suorum fisco applicanda (...) sed si præcessissent promissiones viri, per quas ipsa fuisset seducta a viro, et illa accessisset ad domum viri, et fuisset a beo stuprata, tunc vendicaret locum poena dicta l.I.C.de rap. virginum, quia illa promissio et seductio est vis interpretativa»: d'Afflitto, *In utriusque Siciliae*, cit., prima pars, lib.I, rubr.XIX, n.9, fol.82B. Il suo prestigio influenza solo in parte lo *stylus partenopeo*: segue questa opinione Vivio, *Decisiones*, cit., lib.II, dec.CCXCIX, nn.6-7, pp.405-406; la contraddicono Grammatico, *Consilia*, cit., vot.IV, n.23, fol.131A e vot.XVII, nn.1-3, fol.149A; Sanfelice, *Decisionum*, cit., II, dec.CCXLV, n.7, p.136. Creatosi questo dissidio teorico, la Vicaria sottopone la questione al Sacro Regio Consiglio che, nel 1594, si esprime a favore dell'interpretazione di Bartolo: de Franchis, *Decisiones*, cit., dec.DXXXIV, foll.244B-245A.

¹⁵⁹ «Vim tantum atrocem punimus. Et si aliter diceremus, posset capite puniri universus fere mundus. Et facit ad rem valde, quod talis voluntas coacta sive violentia, dicitur aliqua violentia, non violentia ipsa»: Bossi, *Tractatus*, cit., fol.187B. «Licet etiam multae subtilitates ad hoc adduci possent: tamen in practica non obtinerentur, et si obtinerentur omne stuprum esset violentum, et statutum nostrum esset elusorium in distinctione quam facit»: Id, *Tractatus*, cit., fol.192B. Il lodigiano Corradi, però, sposa la tesi di Baldo: Corradi, *Prætorium*, cit., lib.I, cap.IX, par.III, de Stupratoribus, nn.9-10, pp.387-388.

¹⁶⁰ Dumas, *Adulteri e cornuti*, cit., pp.254-260 parla di una particolare «propensione allo stupro», tipica di questa epoca: «con una donna occorre sempre usare, più o meno, la forza; tutto insomma contribuiva a sminuire la gravità della violenza». Brântome, autore del licenzioso *Le dame galanti*, «si dedica a

Etichetta vuole che una donna onesta si mostri diffidente, e che l'uomo faccia sempre il primo passo. L'incastro tra norme giuridiche e convenienze sociali non permette vie d'uscita: l'unico modo per non incappare nella giustizia è rispettare i tempi, ottenere il consenso paterno, conservare la castità prematrimoniale. Ma se qualcosa va storto, i pratici – con comprensibile equilibrio – si mostrano prudenti prima di chiedere la pena di morte. «Non dicitur violentia, si non intervenit resistentia», taglia corto Baiardo¹⁶¹.

Nel 1582 viene dato alle stampe il *Syntagma iuris*, un ponderoso trattato che – adottata la partizione istituzionale – si propone di sintetizzare tutto il diritto umano e divino. L'autore, Pietro Gregorio, si mostra imbevuto di classicismo: padroneggia le fonti medievali, ma il taglio dell'opera è squisitamente culto. Un'opera erudita, molto lontana dalle esigenze del foro: non a caso, è proprio qui che torna in auge il nesso tra congiunzione violenta e *vis publica*, e si torna a parlare di *interdictio aquae et ignis*¹⁶². Lo stesso anno, a Padova, muore Tiberio Deciani, il più fine tra i criminalisti moderni: lascia incompiuto il suo *Tractatus*, pubblicato otto anni più tardi. Nello scritto rifulge l'umanesimo del suo autore, scrupoloso conoscitore del diritto romano che non teme di smentire gli intepreti del passato¹⁶³. Senza alcun timore reverenziale, Deciani afferma che Bartolo «male intellexit» il paragrafo *Qui puero*; per quanto riguarda Bossi, invece, è ancora più tranciante: «non puto eum legisse dicta iura». La norma è chiara, e non fa alcun riferimento alla violenza: semplicemente, commina la pena di morte in caso di *persuasio*. A differenza di Baldo, però, l'Udinese tiene distinta questa ipotesi dalla violenza materiale, che ricade nel regime della *vis publica*¹⁶⁴. La bipartizione dello *stuprum* definita da giuristi medievali – seppur in termini differenti – diviene così una tripartizione, con un effetto pratico aberrante: la *persuasio* è punita con la morte, la *vis* con la deportazione. Questa tesi troverà un tenace estimatore in Matthes¹⁶⁵, ma i più la respingono con forza. Farinacci la

un'autentica apologia della violenza sessuale. Sottolinea in particolare che le donne provano piacere nell'essere costrette e che anzi le più esperte fanno finta di resistere per esasperare il desiderio dell'uomo».

¹⁶¹ Una conclusione di buonsenso, che però aggrava la posizione dell'attrice. Diversamente dalla *persuasio*, la violenza è come il libero consenso: va dimostrata. Poiché «mulieri asserenti, se vim passam (...) non creditur», occorrono allora segni concreti di resistenza: *additiones* nn.40-41 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.Stuprum, fol.94A. Cfr. Cazzetta, *Præsumentur seducta*, cit., pp.68-70. La necessaria *resistentia*, d'altro canto, mal si concilia con l'*excusatio* del *metus*, riconosciuta ma sottovalutata.

¹⁶² Pietro Gregorio, *Syntagma*, cit., pars III, lib.XXXVI, cap.IX, n.2, p.385 ricava da D.48.6.10.2 la sanzione della deportazione.

¹⁶³ Sull'umanesimo di Deciani, non disgiunto da interessi pratici, cfr. Biocchi, *Alla ricerca*, cit., pp.235-236; Pifferi, *Generalia delictorum*, cit., pp.49-54.

¹⁶⁴ Riferendosi al paragrafo *Qui puero*, scrive: «textum ille punit persuadentem stuprum et obtinentem malis artibus, puta precio, corruptione et alijs similibus artibus, quae sunt proximæ violentiæ (...) certum est ergo, quod illa iura non loquuntur de stupro violento». Cfr. Deciani, *Tractatus*, cit., t.II, lib.VIII, cap.XV, n.7, p.319. Citando D.48.6.3.4 e D.48.5.30.9, afferma: «qui ergo per vim vel foemina vel puerum vel quemquam stupraverit, punitur lege Iulia de vi publica». Cfr. Id., *Tractatus*, cit., t.II, lib.VIII, cap.XV, n.6, p.318. In altri termini, l'autore distingue una *vis compulsiva* (quando il consenso viene forzato: si osserva il paragrafo *Qui puero*) da una *vis ablativa* (quando si realizza un'aggressione fisica: si segue la disciplina della *vis publica*): Id., *Tractatus*, cit., t.II, lib.VIII, cap.XV, n.4, p.318. Cfr. Cazzetta, *Præsumentur seducta*, cit., p.26.

¹⁶⁵ Che, oltre ad essere tra i pochi seguaci di Deciani, ne condivide il gusto umanistico. L'Olandese prova a difendere il paradosso: «nam et lege Solonis (...) gravius puniebatur persuasio, quam violentia: quod violentia corpus duntaxat, persuasio et animum corrumpat». L'affermazione può trovare sostegno in D.11.3.1.3: «Persuadere autem est plus quam compelli atque cogi sibi parere». Più avanti, però, l'autore sembra confondersi: accetta la tripartizione in base al dato testuale, ma si domanda perché la pena dello

liquida in poche, velenose righe, per poi concludere lapidario che, se un fiscale come lui proponesse le sottigliezze di Baldo e Deciani, i giudici lo deriderebbero¹⁶⁶. È questa soluzione, infedele al testo ma ragionevole, a prevalere: il dibattito si assesta sulla bipartizione bartolistica, attribuendo la pena di morte alla sola *vis vera et atrox*¹⁶⁷.

Secondo i criminalisti, la violenza *in virginem* merita questo castigo: conclusione inevitabile, considerando il clima di particolare allarme che attraversa la Prima età moderna¹⁶⁸. Tempi pericolosi, che esigono una ferrea risposta da parte della legislazione:

stupro cum vi sia inferiore a quella del ratto. «Num levius vi stuprare, quam abducere?»: Matthes, De criminibus, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.V, nn.8-9, pp.317-318. Cfr. Cazzetta, Præsumitur seducta, cit., pp.36-37.

¹⁶⁶ «Decianus (...) Bartolum male intellexisse illum text. nimis audacter affirmet. Vellem enim ab eo scire, si non sic ille text. intelligendus est, quomodo debet intelligi; ut evitetur contrarietas notata per Clarum eo loci, d. § Item lex Iulia, Institut. de publ. judic. in quo cavetur, poenam stupri, non capitis, sed mitiorem esse»: Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.9, p.555. S'intreccia un suggestivo confronto fra i tre grandi della criminalistica italiana. In nome di Bartolo, Farinacci si fa scudo di Claro, Practica, cit., par.Stuprum, n3, fol.92A per scagliarsi contro Deciani. Ha gioco facile: la risposta che chiede non potrà mai arrivare, perché l'Udinese è morto qualche anno prima che Farinacci pubblicasse la *Praxis et theorica criminalis*. È noto, però, che il *Tractatus* stimolò la riflessione dell'Avvocato. Si deve perciò pensare a una critica mirata, consapevole, volta a difendere il primato della prassi. Più avanti, Farinacci disamina la posizione di Baldo, anch'essa scartata. «Sed dicant Doctores quicquid velint, præmissa ampliatio in practica non servatur, prout si in practica servaretur, omnia fere supra capitali poena plecterentur, quia nulla fere reperiuntur stupra, in quibus stupratoris voluntas non præcesserit, aut saltem non sit dubium cujus voluntas præcesserit. Ideo sive stupratae voluntas præcesserit, sive etiam stupratoris, alia non interveniente extranea, et manuali vi, deriderer hodie a iudicibus Ego Prosper Farinacius, si instarem hujusmodi stupratores morte puniri». Richiamando Bossi, Farinacci smentisce anche d'Afflitto e Baiardo: non bastano doni e promesse per parificare seduzione e violenza. Id., Praxis, cit., pars quarta, q.CXLVII, nn.33-36, p.558. Cfr. Cazzetta, Præsumitur seducta, cit., pp.46-47.

¹⁶⁷ D'altra parte «durissimum esset (...) quod poena mortis, quæ est omnium terribilissima irrogetur illi, qui virginem volentem defloraret, cui malo posset, vel ducendo in uxorem, vel dote congrua reparare, inter enim delictum, et poenam debet esse commensurata proportio (...) et in ambiguis legis ea significatio accipienda est, quæ vitio caret et sit benignior interpretatio»: Basilico, Decisiones criminales, cit., dec.XV, nn.5, 11 e 13-14, pp.194-196. «Et ego ubi non apparet de aliquo actu violento, alias fere omnia supra possent dici violenta, cum semper interveniant blanda verba, et suasiones dolosæ, ad consequendum intentum (...) et ita semper servari vidi imponendo his casibus poenas arbitrarias mitiores»: Savelli, Summa, cit., IV, par.Stuprum, nn.4-5, p.267. «Incidenter, sed tamen plene fuit discussum in Sacro Consilio ad relationem Magnæ Curia, quæ poena fuerit imponenda pro stupro, et fuit dictum, veram esse distinctionem»: «quando stuprum est commissum sine vi» va applicata la pena desunta da I.4.18.4 (confisca/*relegatio*), «quando vero cum vi» va applicato il paragrafo *Qui puero* (cioè la «capitalis poena») «prout ita illum textus intelligit Bartolum»: de Franchis, Decisiones, cit., dec.DXXXIV, n.1, foll.244B-245A. Cfr. de la Peguera, Decisiones auræ, cit., dec.VII, nn.6 e 10, pp.42-43; Cumia, In ritus, cit., cap.LXXI, nn.5-8 e 26-29, pp.358 e 360. Per questo, pur sostenendo la maggior correttezza filologica di Deciani, Gian Domenico Rinaldi dovrà riconoscerne l'inapplicabilità concreta: Rinaldi, Observationes, cit., lib.II, cap.XXIII, nn.20-29 e 34 o 94, pp.293 e 295.

¹⁶⁸ In ciò si riflette l'idea di pena come *παράδειγμα*, che implica efferatezza ed esemplarità. Ritengono che la deterrenza prevalga sulle altre *causæ puniendi*: Calisse, Storia del diritto penale italiano dal secolo VI al XIX, Firenze 1895, pp.173-178; Id., Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII, in Pessina (cur.), Enciclopedia del diritto penale italiano, II, Milano 1906, pp.434-436; Carbasse, Histoire, cit., pp.285-288; Dani, Il Cinquecento, cit., p.49. «Exempli dandi ratio haud exigua est, ut mali deterreantur ab improbitate, et boni sint in virtute constantes»: de Damhouder, Praxis, cit., cap.CLV, n.22, fol.172A. «In poenis dictandi non modo delinquentis personam ac corpus esse considerandum, sed ipsum *παράδειγμα*, quo alii meliores reddantur, et a criminibus deterreantur»: Carpov, Practica, cit., pars III, q.CI, n.2, p.1. È proprio questa concezione ad ispirare quella selva di bandi che, tra Cinque e Seicento, cercano di affrontare l'emergenza. Parlando delle prammatiche *de ascendentibus cum schalis*, l'inasprimento di procedure e pene «ob frequentiam delictorum» è difeso da Grammatico, Decisiones, cit., dec.XXXVI, foll.45-46A. Le istituzioni dichiarano guerra ai disobbedienti: Sbriccoli, Giustizia criminale, cit., I, pp.20-21; Id., La benda della Giustizia. Iconografia, diritto e leggi penale dal

talvolta, ratto e stupro *cum vi* sono disciplinati nel medesimo articolo. Ordinanze e statuti, comunque, non mancano mai di provvedere¹⁶⁹.

Più dubbi sorgono sull'opportunità di conservare la pena pubblica per la congiunzione non violenta: non è divenuta forse superflua, una volta assorbita nell'ordinamento secolare la misura del *ducere vel dotare*? E non si rischia di violare la regola «quæ neminem ob unicum delictum duabus vult poenis affligi»¹⁷⁰? «Auiourd'hui n'y ha autre loy ny peine en usage que d'estre contrainct de marier et doter la fille, ou de l'espouser», annota Papon osservando la giurisprudenza francese¹⁷¹. Claro e Matthes gli fanno eco¹⁷². Questa tendenza, che mira a relegare lo *stuprum sine vi* in una dimensione privata, è fermamente contrastata dai giuristi più rigorosi. Un conto è la soddisfazione della parte lesa, sottolinea Carpzov, un conto la vendetta pubblica: le due cose non sono fungibili e non vanno confuse. Lo Stato non può contentarsi della prima: il suo compito è non lasciare i delitti impuniti. Considerando tale dimensione pubblica, si capisce che il *ne bis in idem* non è violato: le due pene possono cumularsi perché tendono a risultati riversi¹⁷³.

In effetti lo *ius proprium* è intervenuto sul punto, con soluzioni più miti di quelle giustiniane. Solitamente, la confisca è sostituita dalla multa¹⁷⁴; talora è irrogata la *relegatio ad tempus*¹⁷⁵. In Sassonia si susseguono provvedimenti volti a definire la *poena*

Medioevo all'Età moderna, in Id., Storia del diritto penale, cit., I, p.197; Alessi, Il processo penale, cit., p.73; Carbasse, Histoire, cit., pp.290-291. Eppure è proprio questa logica intimidatoria a far sì che «selezionati i casi (...) politicamente o socialmente significativi (...) un uso duttile dello strumento giustizia si sarebbe applicato per la restante, vasta sfera della penalità»: Alessi, Il processo penale, cit., p.99.

¹⁶⁹ Constitutiones Marchiæ Anconitanæ, 4.69 e Constitutiones Domini Mediolanensis, 4.4.1 dispongono la pena di morte per ratto e stupro violento, in un unico articolo. Viceversa Carolina, 119-120 scinde le fattispecie, pur comminando la stessa sanzione. L'estremo supplizio è irrogato anche da: Ritus Magnæ Curie Siciliæ, 71 (= Capitula Regni Siciliæ, 166; edizione di riferimento: Cumia, In ritus, cit.); Statuti di Trento, 3.68 (1527; edizione di riferimento: Statuta civitatis Tridenti, Tridenti 1614); Statuti di Rovereto, 2.225; Statuti di Roma, 2.5; Bannimenta generalia di Bologna, 2.23.2 (edizione di riferimento: Bando generale dell'illustrissimo, et reverendissimo sig. Benedetto card. Giustiniiano, Bologna 1610). In questo senso anche il bando toscano di Cosimo I (1558): Fasano Guarini, The prince, the judges and the law: Cosimo I and the sexual violence, in Dean – Lowe (curr.), Crime, society and the law in Renaissance Italy, Cambridge 1994, pp.121-141. Più raramente si opta per la pena pecuniaria: Statuti di Chiusi, 3.23. Il Senato pedemontano non irroga la sanzione capitale neanche «quando stuprum etiam cum magna vi cum minis de occidendo, et percussionibus est patratum»: *additio* l.d di Gaspare Antonio Tesauro ad Antonino Tesauro, Novæ decisiones, cit., dec.III, fol.15B.

¹⁷⁰ Se lo domanda Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXIX, n.4, p.130.

¹⁷¹ Papon, Recueil d'arrests, cit., lib.XXII, tit.IX, arr.IX, p.1265.

¹⁷² Claro, Practica, cit., par.Stuprum, n.3, fol.92A; Matthes, De criminibus, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.VII, n.23, p.333.

¹⁷³ «Hæc regula tunc vera esse potest, quando utraque poena ad eundem tendit effectum, unaque poena delictum sufficienter punitum est. Aliter vero res se habet, si quælibet poena suum peculiarem assequatur finem, ut quod una ipsum coerceatur delictum, altera vero parti satisfiat (...) illa siquidem privatam injuriam, privatum interesse respicit: hæc autem publicam vindictam concernit, quæ delicta haud impunita relinquit (...) Quin et dotatio stupratae muliebri, nec non alimentatio partus, in utriusque et matris et infantis favorem peculiariter recepta est; adeoque cum poena legali nequaquam confundi, vel ab eadem absorbere poterit»: Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXIX, nn.3-9, pp.130-131.

¹⁷⁴ Gli statuti di Chiusi, 3.23 e di Pavia, 2.79 impongono una multa di 200 lire, che salgono a 500 in quello di Firenze, 3.112 (edizione di riferimento: Statuta populi et communis Florentiæ, I, Friburgi 1778). Cfr. Pertile, Storia, cit., V, p.515.

¹⁷⁵ Ritus Magnæ Curie Siciliæ, 71 (= Capitula Regni Siciliæ, 166): «Item si committitur stuprum sine raptu et violentia, punitur maleficus ad relegationem in quinquennium». Cumia, In ritus, cit., cap.LXXI, nn.18,

publica. L'*Ordinatio provincialis* (1543) la *Constitutio Electoratus* (1572) impongono la carcerazione: di regola, gli scabini non eccedono i 15 giorni¹⁷⁶. I provvedimenti successivi innalzano la pena: l'*Ordinatio ecclesiastica* (1580) prevede un mese di carcere a pane ed acqua¹⁷⁷, mentre un rescritto di Cristiano II (1609) e l'*Ordinatio matrimonialis* (1625) consentono di sommare la *relegatio* al carcere¹⁷⁸. La fustigazione è sempre dietro l'angolo, laddove le circostanze lo richiedano¹⁷⁹. Più che la gravità, colpisce il netto rifiuto della multa, tassativamente interdotta per tutti i reati sessuali: c'è, dunque, una deliberata opzione per la pena fisica, che risponde a una concezione precisa¹⁸⁰. Altrove, in mancanza di legislazione specifica, è l'*arbitrium* ad adattare le indicazioni romanistiche¹⁸¹.

Il diritto criminale dei secoli XVI-XVII, però, s'interroga anche sullo stupro della vedova. Ipotesi ereditata dal diritto romano, che suscita non poche diffidenze. La vedova «è la donna ambigua per eccellenza a cui, non a caso, vengono attribuiti caratteri di sfrenatezza e rapacità sessuali»¹⁸². Sorgono dubbi sulla sua onestà, perché essa ha già conosciuto il piacere, ed è incline a ricadervi¹⁸³. La sua condizione soggettiva è troppo diversa da quella della *virgo*. Non c'è dubbio che in caso di *vis* lo stupratore va punito¹⁸⁴,

p.359 si domanda se, adottando un'interpretazione conforme allo *ius commune*, è lecito aggiungere anche la confisca; conclude che bisogna rispettare la lettera dello statuto e limitarsi all'esilio. Concorda Basilico, *Decisiones criminales*, cit., dec.XV, nn.4 e 12, pp.194 e 196.

¹⁷⁶ *Ordinatio provincialis*, tit. von Straffe des Jungfrauenschwachsens; *Constitutio Electoratus*, 4.27. Cfr. Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXIX, nn.10, pp.131.

¹⁷⁷ *Ordinatio ecclesiastica*, tit. von Ehegeldbnissen, rubr. von Straffe der Unzucht und des Ehebruchs. Cfr. Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXIX, n.11, p.131.

¹⁷⁸ *Ordinatio matrimonialis*, 4. Cfr. Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXIX, n.12, p.131.

¹⁷⁹ *Constitutio Electoratus*, 4.27. Cfr. Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXIX, n.21, p.132.

¹⁸⁰ È il rescritto di Cristiano II, poi confermato dall'Ordinanza matrimoniale, ad abrogare la sanzione pecuniaria. «Ubi tamen notandum, poenam hanc carceris in pecuniariam mulcta commutari non posse; quamvis enim pecuniaria mulcta poenae carceris adaequata sit, et in aliis criminibus iudici permissum, harum poenarum alterutram eligere, ac reo indicere (...) attamen in stupro, aliisque delictis carnis, pecuniaria mulcta prorsus abrogata est»: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXIX, n.17, pp.131-132.

¹⁸¹ «Hodie tamen dictae poenae confiscationis medietatis bonorum, fustigationis et exilii non sunt in usu, sed illarum loco imponuntur aliae poenae sive pecuniariae, sive confinii ad tempus arbitrio iudicis iuxta qualitatem facti»: Savelli, *Summa*, cit., IV, n.6, p.268. Per quanto attiene la Castiglia, una regola espressa ci sarebbe ma è del tutto desueta. *Partidas*, 7.19.2 contemplava per lo *stuprum sine vi* una disciplina analoga a quella romanista: «hombre honrado debe perder la mitad de todos los bienes e deben ser de la cámara del rey (...) hombre vil, debe ser azotado públicamente e destarrado en alguna isla por cinco años». Però «la práctica judicial se reducía a obligar al violador a dotar a la violada librándole de la dote si contraía matrimonio con ella y a añadir el pago de una multa o quedar desterrado»: Sainz Guerra, *La evolución*, cit., p.683.

¹⁸² «Essendosi staccata dal proprio gruppo familiare con il matrimonio, alla morte del marito non può vantare una chiara appartenenza né alla famiglia di origine né a quella di adozione: quindi, il controllo sul suo onore se non è assente è indefinito»: Cavallo – Cerrutti, *Onore femminile*, cit., p.352. Cfr. Alonso Romero, *La condición*, cit., p.291

¹⁸³ Nondimeno, ricade sempre sullo stupratore l'onere di provare la disonestà: Savelli, *Summa*, cit., IV, par.Stuprum, n.1, p.265.

¹⁸⁴ Carolina, 119 minaccia il gladio a chiunque «mulieri aut virgini non diffamatae vim adversus eius voluntatem intulerit». Allo stesso modo Bannimenta generalia di Bologna, 2.23.3. Ma sia gli Statuti di Trento, 3.68 che gli Statuti di Rovereto, 2.225 prevedono solo una multa di 200 libbre per la violenza *in viduam* (ma nella riedizione del 1610, la multa è sostituita dalla galera triennale).

ma sembra difficile affermare lo stesso in caso di rapporto consensuale: i più ritengono la fattispecie ormai desueta¹⁸⁵. Qua e là, però, la punibilità riemerge sottoforma di *mulcta*¹⁸⁶.

6. *Adulterium: le pene secolari tra ius commune e iura propria*

Uno dei primi nodi da sciogliere, per i giuristi laici, è definire quale sia la pena *de iure communi* per l'adulterio. Le indicazioni provenienti dal diritto romano appaiono contraddittorie, tanto che il criterio cronologico – generalmente poco usato – risulta l'unica via d'uscita. Una soluzione corroborata dalla ricerca dei Culti, che avevano dimostrato come la legislazione in materia fosse mutata nel tempo. Sulla sanzione augustea si possono avanzare solo congetture ma, da un punto di vista pratico, la soluzione rimane indifferente. Ciò che conta è il materiale confluito nel *Corpus*, lì dove il nucleo più risalente è costituito dai frammenti dottrinali del Digesto: la *communis opinio* desume, dalla *lex Si quis viduam*, la *deportatio in insula*¹⁸⁷. Le costituzioni del *Codex*, tutte posteriori, segnano una svolta. La lettera della *lex Quamvis* di Costantino non dà adito a dubbi: «sacrilegos autem nuptiarum gladio puniri oportet»¹⁸⁸. Anche le Istituzioni si esprimono in questo senso¹⁸⁹, confermando un regime severissimo «tam in masculo, quam in foemina». «Sed hodie secundum ius Authenticorum in foemina propter sexus fragilitatem commutata est poena»¹⁹⁰; perciò, al netto della novella *Ut nulli iudicum*, i criminalisti fissano così la disciplina di *ius civile*: il drudo va punito con la morte; la donna, adeguatamente fustigata, sarà *destrusa in monasterium*. Entro un biennio il marito ha facoltà di *recipere uxorem*; scaduto questo termine, la donna, tonsurata, dovrà indossare l'abito monastico e restare lì in perpetuo¹⁹¹.

¹⁸⁵ Gómez, *Ad leges Tauri*, cit., p.561; Claro, *Practica*, cit., par.*Adulterium*, fol.92A; Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.13, p.556; Toschi, *Practicarum*, cit., VII, concl.709, nn.12-13, p.468.

¹⁸⁶ In caso di rapporto consensuale, Statuti di Chiusi, 3.23 equipara la pena pecuniaria di adulterio, *stuprum in viduam* e *stuprum in virginem*. Savelli, *Practica universale*, cit., par. *Stupro*, n.2, p.319 riporta diversi casi giudicati dagli Otto di Balìa nel 1673, tutti puniti con multa (questa corte, d'altro canto, si mostra particolarmente interessata al reato: impone anche il *ducere vel dotare*).

¹⁸⁷ Così Claro, *Practica*, cit., par.*Adulterium*, n.7, fol.4A; Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, nn.13-15, pp.465-466; Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LII, nn.27-28, pp.9-10. Pur favorevoli a questa tesi, essi si mostrano tuttavia consapevoli dei dissensi dottrinali. Il riferimento è a D.48.18.5. Cfr. Marchisello, *Alieni thori violatio*, cit., pp.149-151.

¹⁸⁸ C.9.9.29.4. Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, nn.17-18, p.466; Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LII, n.39, p.11.

¹⁸⁹ I.4.18.4: «Item lex Iulia de adulteriis coercendis, quæ non solum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, sed etiam eos qui cum masculis infandam libidinem exercere audent». Cfr. de Damhouder, *Praxis*, cit., cap.LXXXIX, n.67, fol.97A; Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LII, nn.11-15 e 24-38, pp.8-10; Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.II, n.1, pp.287-290.

¹⁹⁰ Claro, *Practica*, cit., par.*Adulterium*, n.7, fol.4A.

¹⁹¹ Nov.134.10 (= *auth. post* C.9.9.30). Cfr. Claro, *Practica*, cit. par.*Adulterium*, n.7, fol.4A; de Damhouder, *Praxis*, cit., cap.LXXXIX, n.17, fol.94A; Menochio, *De arbitrariis*, cit., lib.II, cent.V, casus 419, nn.57-61, p.602; Pietro Gregorio, *Syntagma*, cit., pars III, lib.XXXVI, cap.VI, n.9, p.379; Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, nn.19 e 21, pp.466-467; Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LII, n.40, p.11 e pars II, q.LIII, nn.7-8, p.17. Emerge, dunque, una differenza sostanziale rispetto alla misura canonica: qui il marito può accorciare i tempi del monastero e riassumere presto sua moglie, lì deve aspettare la conclusione del periodo penitenziale.

Rinchiudere la peccatrice sembra opportuno anche ai moderni, che scorgono nella sanzione un carattere del tutto affine alla penitenza canonica: «ratio est spes emendationis», rileva Carpzov¹⁹². Baiardo, tuttavia, teme un effetto perverso: nel chiostro, invece di redimersi, l'adultera può contagiare quelle vergini innocenti consacrate a Dio¹⁹³. Questa opinione, a ben vedere, sottende una distinzione tra le misure afflittive secolari e quelle penitenziali canoniche. È forse per questo che il Senato di Milano si rifiuta di applicare l'Autentica¹⁹⁴? Farinacci risolve le preoccupazioni, sottolineando che le adultere non sono rinchiusi in conventi ordinari, ma nei Monasteri delle Convertite: istituti ad hoc che ospitano anche concubine, prostitute, stuprate e malmaritate¹⁹⁵. La sanzione conserva tutto il suo spirito religioso pur svolgendosi in luoghi concepiti, ormai, come centri specializzati: nasce il penitenziario, che garantisce una rieducazione cristiana a servizio del diritto laico¹⁹⁶. L'ascesa di questa pena correzionale è un fenomeno tipicamente moderno, come dimostra il caso francese¹⁹⁷: in realtà, è in atto la sovrapposizione tra tribunali laici e

¹⁹² «Non enim constitutæ sunt poenæ, nisi in hominum emendationem»: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LIII, n.9, p.17

¹⁹³ L'Autentica «non debet servari; non enim decet, quod adultera, quæ per legem divinam lapidabatur, nunc in monasterium ad corrumpendas sacras, et sanctas Moniales deputetur (...) non enim incorruptus permanere potest, qui corruptis sociatur». Opportunamente, l'Autore ricorda «quod ista poena intrusionis in monasterium non habet locum, quando actum esset ad separationem tori; quia tunc invita non tenetur intrare monasterium, sed tantum causa continentie observandæ»: *additiones* nn.50-51 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.Adulterium, fol.8B. Cfr. de Bohier, *Decisiones*, cit., dec.CCXCVIII, n.4, p.627.

¹⁹⁴ «In Senatu autem ego nunquam videri servari hanc poenam detrusionis in monasterium, sed quandoque mulieres de adulterio convictæ, fuerunt condemnatæ in fustigationem et exilium arbitrarium». Nel 1559, «Margarita China confessa adulterium cum incestu, non fuit nisi biduo virgis cæsa»: Claro, *Practica*, cit., par.Adulterium, n.7, fol.4A. In effetti, *Constitutiones Domini Mediolanensis*, 4.6.32 demanda agli statuti locali la pena per l'adultera. Perciò, la prassi del Ducato non è affatto omogenea; diversamente da Claro, Corradi testimonia l'applicazione dell'Autentica: *Massetto, I reati*, cit., pp.366-367.

¹⁹⁵ L'Avvocato fa riferimento a Statuti di Roma, 2.50: «mulier tonsa in loco malæ nuptis deputato, vel alio sibi pro carcere deputando, detrudatur». Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, n.20, pp.466-467. Soggette ad una regolamentazione canonica, queste strutture fioriscono in tutta Europa. La loro funzione è penitenziale per le prime tre categorie, assistenziale per le altre due. I penitenti sono tradizionalmente assimilati, sotto diversi profili, ai membri del clero; queste strutture possono perciò qualificarsi monasteri. «Tholosæ est monasterium huic simile, quod vulgo dicitur, Mariæ Magdalænæ, aut des filles repenties»: Pietro Gregorio, *Syntagma*, cit., pars III, lib.XXXVI, cap.VI, n.12, p.379. La Santa, già meretrice, è nell'iconografia del tempo la penitente per antonomasia (Tiziano, Caravaggio, Gentileschi). A Napoli le prime fondazioni risalgono al Trecento. Grammatico, *Decisiones*, cit., dec.XXXI, n.8, fol.35B narra le sorti di Cassandra, condannata in primo grado al flagello e al monastero. «A qua poena dissentire mihi fuit visum, cum fustigata per civitatem, et sic notorie infamis effecta, impossibile foret reperire monasterium, imo nec domum honestam, quæ ipsam introduceret: et sic cum non turpis aspectus esset de facili meretrix evaderet, quod permittendus non est: sed bene conclusi esse in monasterium detrudendam sed minime fustigandam. Et ab eiusmodi condemnatione appellatum fuit, et demum transmissa fuit ad hospitale incurabilium per eandem magnam curiam, et minime fustigata». L'Ospedale era sorto solo pochi anni prima, nel 1522: i suoi *magistri* reggevano un monastero penitenziale, come conferma di Franchis, *Decisione*, cit., dec.LXVIII, n.11, fol.42A. Cfr. Ferrante, *L'onore ritrovato*, in *Quaderni storici*, 1983, pp.499-528; Ead., *Malmaritate tra assistenza e punizione (Bologna sec.XVI-XVIII)*, in Fanti (cur.), *Forme e soggetti dell'intervento assistenziale in una città di Antico regime*, Bologna 1986, pp.65-198; Groppi, *I conservatori delle virtù. Donne recluse nella Roma dei Papi*, Roma Bari 1994; Brambilla, *I casi morali*, cit., pp.556-557.

¹⁹⁶ I primi istituti penitenziari – destinati ad educare anche altre categorie marginali come mendicanti, oziosi e vagabondi – sorgono nella seconda metà del Cinquecento. Il fenomeno è particolarmente diffuso in area protestante: de Notaristefani, *Penitenziari*, in Lucchini (cur.), *Il digesto italiano*, vol.XVIII, parte II, Torino 1910, pp.14-16.

¹⁹⁷ «In Gallia, ut plerumque sequimur iuris novellarum Iustinearum in puniendis adulteriis regulas»: Pietro Gregorio, *Syntagma*, cit., pars III, lib.XXXVI, cap.VI, n.38, p.381. Per il Senato di Bordeaux, cfr. de Bohier, *Decisiones*, cit., dec.CCXCVII, n.12, p.624; Papon, *Recueil d'arrests*, cit., lib.XXII, tit.IX, arr.I-II e V-VI,

vescovili, penitenza canonica e “pena dell’Autentica”, monastero ordinario e penitenziario¹⁹⁸.

Ma davvero l’adultero è sempre punito con la vita, come vorrebbe il *Codex*? In effetti, molti statuti medievali avevano optato per la multa¹⁹⁹. Entrambi gli adulteri, così, hanno salva la vita: ma ciò non esclude sofferenze di altro genere. Il Cinquecento eredita dal Medioevo un ventaglio di sanzioni meno violente, ma più umilianti rispetto a quelle romane. Poiché l’adulterio rientra tra i crimini pubblici, la condanna comporta l’*infamia iuris perpetua*²⁰⁰. Pena accessoria ma non irrilevante, considerate le notevoli ripercussioni giuridiche e sociali che ne derivano. In un ordinamento che si fonda sulle disparità cetuali, per i nobili può risultare persino intollerabile²⁰¹. Non a caso, usi e statuti non risparmiano

pp.1259-1261 e 1262-1265. «Nel XVI secolo, l’irrigidimento della legislazione regia nei confronti dell’adulterio condusse alla sistematica reclusione delle donne riconosciute colpevoli in monasteri o luoghi di ricovero – una pratica sempre esistita ma attuata solo in maniera occasionale (...) Nel XV secolo partì dai giuristi l’iniziativa di ripristinare la cosiddetta pena dell’autentica». La prassi transalpina mostra alcune particolarità: «anche dopo il termine dei due anni il marito, fino alla morte, aveva la facoltà di reclamare la moglie (in quanto “sua moglie è una sua proprietà e la sua compagnia può essere necessaria a confortare la sua vita”). La moglie richiamata dal coniuge recuperava tutti i suoi diritti, quella che restava reclusa, alla morte del marito, poteva ritornare in libertà solo a seguito di seconde nozze. Nel complesso si trattava di un castigo molto duro»: Daumas, *Adulteri e cornuti*, cit., pp.114 e 116-117. «Dans les couches élevées de la société, les mari, au lieu d’intenter une action judiciaire rendant public son déshonneur, sollicitait des lettres de cachet pour obtenir l’enfermement de l’épouse volage dans un monastère»: Laingui – Lebigre, *Historie*, cit., I, p.168.

¹⁹⁸ Nella Germania luterana, però, i monasteri sono stati soppressi: i beni sono incamerati dai principi, poi rivenduti, mentre le consacrate tornano alla vita laicale (da qui nasce il termine *Säkularisation*). Dove collocare le adulate? Pistorius aveva suggerito una misura transitoria: «licet monasteria ad eum modum, quo olim in Papatu, hodie apud nos in usu non sint; quia tamen ædificia monasteriorum nihilominus adhuc restant, in quibus mulieres quæ olim moniales fuere, hodie vero habitum monialem deposuerunt, vivant, et alimentantur, foeminas adulteras virgis cæsas in ejusmodi monasteria bene posse detrudi». Ma è chiaro che, nel lungo periodo, bisognerà far fronte al problema con una soluzione diversa. È la giurisprudenza (Sassonia, Wittemberg, Halle, Magdeburgo, Jena, Francoforte sull’Oder) a offrire la risposta, che sarà poi suffragata dalla dottrina di Carpzov. «Sed compertum est, ne quidem foeminas, quæ habitum monialem deposuerunt, in omnibus locis reformatarum ecclesiarum, hodie alimentari in ædificiis monasteriorum. Ex iisque plerumque ædes ad usum privatorum effectas, et monasteria in habitationes laicorum pariter ac clericorum fuisse immutata. Rectius ergo alii existimant, uxores adulteras virgis cædi, ac in perpetuum relegari debere (...) Quæ poena sicut supplicio Justiniano per omnia fere æquiparatur, (nam et uxore relegata, scandalum ab incolis aufertur, existente tantum differentia quoad hoc, quod rea non sit certo loco adstricta)»: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LIII, nn.30-35, pp.19-20. Così, la *relegatio in perpetuum* sostituisce il monastero di Giustiniano, ferme restando le verghe.

¹⁹⁹ Persino *Constitutiones Marchiæ Anconitanæ*, 4.69 non si era spinta oltre: «Uxorem alterius quis retinens volentem absque voluntate mariti, libidinis causa, in centum florenis auri; et carnaliter cognoscens, et non retinens in vigintiquinque florenis. Uxorem propriam dimittens, et concubinam retinens, in triginta florenis auri poena condemnatur: et nihilominus concubinam dimittere, et uxorem recipere, et retinere cogatur». In sostanza, gli statuti avevano pubblicizzato il guidrigildo, senza adottare i suggerimenti romanisti della dottrina; al massimo, comminavano al drudo l’esilio temporaneo.

²⁰⁰ Sanzione desunta da D.48.1.7, ma profondamente trasformata dall’evoluzione che il concetto di infamia subisce nell’Età di mezzo. Cfr. Corradi, *Prætorium*, cit., lib.I, cap.IX, par.III, de Adulterio, n.18, p.382; Farinacci, *Practica*, cit., pars quarta, q.CXLI, n.25, p.467; Gonzalez Téllez, *Commentaria*, cit., t.V, tit.XVI, cap.III, n.7, p.213. Ma se la donna è sorpresa in flagranza, «adultera est infamis ipso iure etiam non condemnata»: resterà tale persino se il processo si concluderà con un’assoluzione. «Sed adulter non est infamis, nisi per sententiam»: *additio* n.78 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., fol.9A. Cfr. Migliorino, *Fama e infamia*, cit., p.97 e, in merito alla differenza tra *infamia per sententiam*, *ipso iure* ed *ex genere poenæ*, p.86; Bettoni, *Fama*, cit., nn.21-36.

²⁰¹ «Per gli strati sociali superiori l’equivalente della pena di morte per i diseredati (...) Proviamo ad immaginare quali effetti spaventosi produca l’infamia nel caso di individui che conducono la loro esistenza

le varie pene infamanti. Un po' ovunque si ricorre alla fustigazione, che può sommarsi pubblico ludibrio²⁰². Denudare le donne, tagliare loro i capelli, imporre simboli penitenziali o di scherno: è la legge del contrappasso che colpisce la vanità delle mogli lascive, e talora punisce anche i correi, in una sorta di espiatione per soddisfare una domanda che viene dal popolo²⁰³. Come lo *chivari* comunitario – di cui costituisce la versione istituzionale – questa pratica trae origine dalla consuetudine germanica²⁰⁴. All'alba dell'Età moderna, diversi tribunali francesi sono ancora soliti imporre agli adulteri di correre nudi per le strade, mentre «un banditore precede il corteo, suonando la tromba per invitare la popolazione a partecipare allo spettacolo»²⁰⁵. Vergogna, disprezzo, emarginazione: lo stesso effetto garantito dal marchio, che rende la peccatrice immediatamente riconoscibile, proprio come una *meretrix*²⁰⁶. Anche se particolarmente degradante, l'*obtruncatio nasi*

nel pieno godimento dei diritti civili e politici, che poggiano la loro fortuna economica sulla rispettabilità (...) che occupano nella gerarchia sociale un ruolo di comando, forti della solidarietà del gruppo familiare e consortile (...) Sull'infame ricadono una serie rilevante di incapacità di diritto pubblico, privato e processuale: perde dignità ed uffici e non può rivestire incarichi onorifici; non può postulare in favore di altri; non può promuovere un giudizio in veste di accusatore, né prestare una valida testimonianza; perde il diritto di fare testamento; se è nominato erede, contro di lui spetta ai fratelli e alle sorelle del defunto la querela inofficiosi testamenti. L'infamia chiude ogni porta, espelle dal ceto di appartenenza chi non se ne è saputo dimostrare degno, avvia, insomma, una vera e propria mobilità sociale verso il basso»: Migliorino, Fama e infamia, cit., p.19.

²⁰² Esposito, Adulterio, cit., pp.30-31.

²⁰³ «In quibusdam locis Franciæ est consuetudo mulieri adulteræ capillos incidere, et vestes ante et retro in eius ignominiam scindere, et sic per totam villam ducere (...) consuetudinem esse in civitate Coloniae, quod mulier adultera adducatur ignominiose per civitatem cum candelis in manu ad ecclesiam». Con l'assurdo che, talora, anche il cornuto è chiamato a pagare il prezzo della sua debolezza: «In tota Cathalonia, et in multis aliis partibus (...) vir per uxorem cocurbitatus, licet hoc invitatus et ignorans patiat, soluit fisco quadraginta solidos de proprio»: de Bohier, Decisiones, cit., dec.CCXCIV, n.13, pp.624. Cfr. de Damhouder, Praxis, cit., cap.LXXXIX, nn.88 e 91-92, fol.97B; Pietro Gregorio, Syntagma, cit., pars III, lib.XXXVI, cap.VI, n.29, p.381. È la pena della vergogna, che implica «a large community participation» e stigmatizza chi devia dalla morale condivisa. Carica di *vis* umiliante ed inibitoria, è tipica delle comunità medievali, contraddistinte da un forte organicismo e, perciò, di formidabili poteri di emarginazione. «The execution of a shame punishment (flogging, pillory) is usually public and the whole community is necessarily part of it. The community is not only the audience, it is instead an indispensable instrument for its execution. If there was no community, shame punishments would have no reason to exist»: Bettoni, Fama, cit., nn.3 e 35. Rispetto a questo quadro – che la Studiosa delinea in riferimento all'Età di mezzo – è possibile interpretare le persistenze moderne sia come lunga durata delle stesse dinamiche, sia come prova di forza degli apparati, che mostrano al *populus* castighi esemplari. Le due logiche s'intrecciano, senza escludersi.

²⁰⁴ Lo assicurano Tiraqueau, De legibus connubialibus, cit., fol.145A; Pietro Gregorio, Syntagma, cit., pars III, lib.XXXVI, cap.VI, n.30, p.381; Farinacci, Practica, cit., pars quarta, q.CXLI, n.26, p.467.

²⁰⁵ Daumas, Adulteri e cornuti, pp.106-109. Cfr. Carbasse, Carrant nudi. La répression de l'adultère dans le Midi médiéval, in Poumarède – Royer (curr.), Droit, Histoire et Sexualité, Paris 1987, pp.83-102. Ma anche gli statuti promulgati nel 1430 da Amedeo VIII di Savoia – destinati a regolare tanto i territori di lingua italiana quanto quelli di lingua francese – confermano questa pratica. Qui, concubini e conviventi adulteri sono oggetto di una precoce criminalizzazione laica. Il procedimento è sommario ed *ex officio*. Mentre gli uomini scontano qualche giorno di carcere a pane ed acqua, le donne pagano un prezzo decisamente più salato. In caso di concubinato semplice, «per vicum magis publicum loci publice deducantur tuba præcedente, per humeros discopertos virgis vel funicoli flagellandæ»; mentre in caso di relazione adulterina «ad pilarium deducantur ibidem ligandæ per tres horas». Le sanzioni si aggravano per la recidiva, fino al bando settennale: Statuta Sabaudia, 3.38 (edizione di riferimento: Decreta seu Statuta vetera, Augusta Taurinorum 1586). Il Duca asceta si mostra in sintonia con lo spirito che animerà l'imminente Concilio di Basilea (inaugurato nel 1431, nel 1435 promulgherà il decreto contro il concubinato). Nel 1438 un gruppo di Padri ribelli gli offrirà la tiara, e Amedeo diverrà antipapa col nome di Felice V.

²⁰⁶ Migliorino, Fama e infamia, cit., p.16. Ma bisognerebbe compiere ricerche più approfondite sulla pratica del marchio in Età moderna: non c'è dubbio che le prostitute debbano portare segni di riconoscimento (anche

resta una pena piuttosto radicata in alcune realtà europee²⁰⁷. A Napoli, è la costituzione *Legum asperitate lenita* a disporla: ma lascia al marito la facoltà di optare per la più mite fustigazione; la morte è comunque esclusa²⁰⁸.

A leggere i criminalisti in modo acritico, sembrerebbe che rispetto al Medioevo non sia cambiato nulla. Cravetta e Volpelli assicurano che la spada del boia non si abatterà sull'adultero: per soddisfare il proprio debito con la giustizia basta aprire la borsa. Tiraqueau propone un elenco di località italiane dove il reato è sanzionato con la multa: lo seguono in coro Damhouder, Menochio, Farinacci e Carpzov. La Penisola pare quasi benevola verso tali condotte²⁰⁹. Ma bisogna passare al setaccio le informazioni che vengono dai giuristi. Cravetta e Volpelli scrivono *pro parte*: hanno un chiaro interesse a prospettare la soluzione più rosea possibile²¹⁰. Gli altri parlano *de relato*: ripetono una testimonianza tralattizia, fondata su autori quattrocenteschi o trecenteschi, senza porsi lo scrupolo di aggiornarla o porla in questione²¹¹. La storiografia sembra averla presa troppo

non particolarmente invasivi, come un fazzoletto o il «mantelletum» di seta bianca prescritto da *Constitutiones Domini Mediolanensis*, 4.17.5), ma circa le adultere la criminalistica si fa silenziosa. Per quanto attiene i ladri (cui gli adulteri sono spesso assimilati), i monarchi spagnoli si oppongono ripetutamente alla richiesta delle Cortes, che invocano l'apposizione del marchio per identificare i recidivi: Tomás y Valiente, *El derecho penal*, cit., pp.345-346. Ma per i bigami, *Ordenanzas Reales de Castilla*, 8.15.6 prevede «que lo hierren en la frente con un hierro caliente, fecho à señal de, q, pubblicamente por justicia». «Illa lex communiter practatur»: Gómez, *Ad leges Tauri*, cit., pp.564-565.

²⁰⁷ Nevizzano ne coglie il senso: siccome «chi ha caval bianco, e bella moglie, non he mai senza pensiero» allora il marito geloso fa bene a deturpare il volto di una donna troppo piacente. «Quidam nobilis de dioecesi Taurinensi uxori suæ adulteræ nasum abscidit, ut ob deformitatem amatores eam relinquerent»: Nevizzano, *Sylva*, cit., II, n.86, pp.176-177. A Gand la *poena nasi* è ormai desueta, secondo de Damhouder, *Praxis*, cit., cap.LXXXIX, n.49, fol.96A. In realtà, i giuristi ne avvertono la contrarietà a C.9.47.17, la disposizione con cui Costantino vietava qualsiasi marchio in faccia «quæ ad similitudinem pulchritudinis cælestis est figurata». *Partidas* 7.31.6 l'aveva espressamente interdotta. Nondimeno, gli statuti che dispongono il contrario vanno ottemperati. Cumia, *In ritus*, cap.LXXI, nn.24-25, p.365 ne assicura l'effettiva applicazione nella Sicilia barocca. A Napoli, un famoso giurista aveva difeso la pratica, giacché «mulier non est imago Dei»: d'Afflitto, *In utriusque Siciliae*, cit., secunda pars, lib.III, rubr.XLII, n.8, fol.173B.

²⁰⁸ *Liber Augustalis*, 3.74.1. «Adultera est tradenda viro, nullatenus sævituro vitæ periculo, nisi ad nasi truncationem; et si vir in eam vindictam dare noluerit, publice est fustiganda»: additio n.46 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.*Adulterium*, fol.8B. Cfr. d'Afflitto, *In utriusque Siciliae*, cit., secunda pars, lib.III, rubr.XLII, n.2, fol.173A.

²⁰⁹ Tiraqueau, *De legibus connubialibus*, cit., fol.147A. «Sed quicquid sit secundum iuris communis dispositionem, hodie videmus in omnibus fere provincijs immutatam esse poenam mortis pro adulterio, et impositam esse poenam pecuniariam, et ita communiter observari ex statutis Italiae»: Claro, *Practica*, cit., par.*Adulterium*, n.7, fol.4A. «Ista consuetudo non videtur nulla nec iniusta, imo per rationem introducta et ad bonum finem, quia alias maxima hominum multitudo periret, agitur enim de vitio Veneris ad quod natura procliviores omnes sumus, et quod si ad eam acrimoniam plecteretur, non mediocriter mortalium numerus fieret diminitus: itaque iusta est consuetudo minuens poenam favore multitudinis conservandæ»: Cravetta, *Consilia*, cit., cons.CXXXVII, n.10, col.498.

²¹⁰ Un *responsum* Volpelli, *Responsorum et allegationum criminalium*, Venetiis 1581, resp.XCIV, nn.9-10, fol.72B; un *consilium pro parte* Cravetta, *Consilia*, cit., cons.CXXXVII, coll.496-499 (non a caso il Regio Fisco si era espresso diversamente, invocando la pena di morte). Vale, qui, il suggerimento di Ascheri, *Introduzione storia al diritto moderno*, cit., p.33: «i consilia pro veritate sono i più rappresentativi dello stato del diritto comune, perché il giurista doveva correttamente dire qual era lo stato del dibattito sul punto sottoposto alla sua cognizione; quelli pro parte, invece, (...) forzavano le argomentazioni a favore della parte richiedente (e pagante profumatamente)».

²¹¹ Tiraqueau scrive nel 1513. È Giovanni da Anagni a convincerlo che, per consuetudine, in Italia l'adultero è punito con la sola multa: Tiraqueau, *De legibus connubialibus*, cit., fol.147A. Questa opinione è corroborata da Barbato da Sulmona, Signorollo degli Omodei, Pier Filippo Corneo, Andrea Barbazza. Tutti nomi che saranno pedissequamente ripetuti da: de Damhouder, *Praxis*, cit., cap.LXXXIX, nn.82-85, fol.97B;

alla lettera, senza confrontarla con due fenomeni che attraversano il XVI secolo, intrecciandosi: la svolta confessionale e il rinnovamento legislativo²¹².

Di entrambi, i giuristi sono protagonisti: nella sterile ripetizione di formule stereotipate, instillano una critica pungente al passato, e una proposta precisa *de iure condendo*. Menochio conclude la sua rassegna con una posizione netta: «iustiores ego semper existimavi leges illas vel municipales, vel communes, quæ acerbissima poena adulteria mulctantur: quandoquidem sit adulterium crimen gravissimum»²¹³. Nota è l'obiezione che Alciato aveva mosso ai legislatori: se l'adulterio è più grave del furto, perché oggi il primo è punito con la multa e il secondo con la forza²¹⁴? Viene meno la proporzionale commisurazione tra pena e delitto. È questa la perversione del «nostro infelicissimo seculo», che bada più al denaro che alla virtù. Una tirata moralista che non risparmia nemmeno i giudici, complici degli adulteri con la propria debolezza. Garantendo una sostanziale impunità, non solo generano l'erronea convinzione che si tratti di «peccata (...) leviuscula», ma causano l'ira celeste che – implacabile – si abbatte su quei popoli che non puniscono i malefici e non osservano i precetti divini²¹⁵. Sorge il sospetto che essi stessi non siano immuni da tale peccato! «Considerent igitur ac tota mentis acie perspiciant Iudices suam potestatem a Domino Deo emanasse, qua non licet ipsis temere abuti (...) Quum igitur a Deo potestatem habeant, curent (rogo) quæ lex divina pariter et humana iubent, totis viribus adimplere, neque sua, imo divina potestate abutantur in suam,

Menochio, *De arbitrariis*, cit., lib.II, cent.V, casus 419, nn.80-86, p.604; Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, nn.67 e 69-70, p.471; Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LIV, n.6, pp.23-24.

²¹² Non sembrano cogliere l'evoluzione Lucchini, *Adulterio*, cit., p.216; Massetto, *I reati*, cit., pp.368-369; Marchisello, *Alieni thori violatio*, pp.156-159.

²¹³ Menochio, *De arbitrariis*, cit., lib.II, cent.V, casus 419, nn.87-88, p.604.

²¹⁴ «At hodie in his civitatibus quæ malæ institutæ sunt, maior pecuniæ, quam morum ratio habetur, furesque laqueo strangulantur, adulteri mulctantur pecunia»: Alciato, *De verborum significatione*, Lugduni 1572, in *lex Probrum*, n.7, p.269. Ripete questa «querela» Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LIV, n.2, p.23, ma con una sfumatura non indifferente: mentre il Milanese argomenta sulla base dello *ius naturale*, il Sassone fonda il suo rimprovero sulla *lex divina*. Lo seguirà Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.II, n.4, p.294.

²¹⁵ «Discordias, bella, scismata, pestes, aliasque morborum genera infinita» colpiranno l'intera comunità. Non bisogna sottovalutare il ruolo giocato dalla paura nel determinare la torsione moralista del penale. L'uomo dei secoli XVI-XVII crede al castigo soprannaturale, e lo vede concretizzarsi nella discordia religiosa, nelle guerre continue (non ultima, quella dei Trent'anni), nella minaccia turca (assedio di Vienna del 1529, battaglia di Lepanto del 1571), nelle carestie di fine secolo (sopra tutte, quella del 1590), nella peste (la più nefasta nel 1630). Cfr. Delumeau, *Il peccato e la paura. L'idea di colpa in Occidente dal XII al XVIII secolo*, Bologna 1987. «Hoc tamen nostro infelicissimo seculo apud quosdam Iudices tam parvi fiunt adulteria, ut quasi parum ipsis insit sceleris, et quasi peccata sint leviuscula ob hoc quod sint frequentia, et a multis citra conscientia stimulum perpetrata (...) Hinc sit, ut vitia quæ severissimam merentur punitionem, neglecta et quasi impunita relinquuntur: quum tamen Deus ea severissime puniant, et puniendi potissimum in veteri lege esse voluit: adeo ut nisi per acerbam punitionem populus ab adulteris se coerceat. Deus sinat nobis evenire discordias, bella, scismata, pestes, aliasque morborum genera infinita». Rimandando alla gl. *Pacem* ad VI.2.14.2 de Damhouder sviscera le sei «caussæ, propter quas pax inter homines in terris non colescat»: tra esse «quod (...) hominum non puniantur maleficia» e «quia non servamus præcepta Dei». «Quodcirca si Deo Optimo Maximo ita visum esset, ut suam ustionem ferret tantum in sceleratos, et ad huiusmodi adulteria dissimulantes Iudices, qui sua negligentia dictorum malorum sunt authores, et non in communem et inculpatam plebeculam: æquius puto, et vigilantius per acres punitiones, adulteriorum frequentiam compescerent»: de Damhouder, *Praxis*, cit., cap.LXXXIX, nn.5-6, fol.93B. In queste osservazioni coesistono: l'auspicio a ristabilire la proporzione tra l'assoluta atrocità del male ed il castigo (ond'evitare l'intervento suppletivo di Dio); la pena come *territio* (funzione sintetizzata dal verbo *compesco*); la responsabilità pedagogica dei giudici, che attraverso l'esempio devono rafforzare quella percezione del bene e del male insita nella sinderesi.

suorumque subditorum perniciem». Il discorso non potrebbe essere più chiaro, e non a caso si apre con una constatazione tutt'altro che neutra: la *lex divina* punisce gli adulteri con la morte per lapidazione²¹⁶.

Riprendendo siffatte argomentazioni, Carpzov stigmatizza l'escheraile allontanamento dal paradigma mosaico. Ciò è avvenuto persino in alcune località tedesche, «quorum statuta parum convenire (...) antiqui Germanorum moribus, ubi, Tacito auctore olim paucissima adulteria»²¹⁷: ma si tratta di un fenomeno tipicamente italiano, frutto avvelenato della corruzione romana²¹⁸. Gli argomenti del cattolico Damhouder, innestati nel discorso del protestante Carpzov, assumono una precisa inclinazione confessionale. I riformatori, nell'esaltare la condizione matrimoniale, avevano invocato il pugno duro contro qualunque trasgressione sessuale; se *La vita coniugale* di Lutero (1522) fonda i principi di una nuova teologia del matrimonio, Bucero ne trae le conseguenze: agli adulteri bisogna applicare la pena di morte²¹⁹. Pur di far cassa, il permissivismo cattolico aveva tollerato tutto: con denaro si pagava la pena secolare, la pena canonica (dispensa), la pena eterna (assoluzione), la pena temporale (indulgenza). Poco importa se poi si camuffava questo commercio dell'impunità sotto forma di multa o elemosina. Il rigore invocato per quanto attiene la *poena adulterii*, col ritorno alla *voluntas* scolpita nella Scrittura, è coerente con l'impianto complessivo della protesta. «Verum, si quis sacrum codicem oculis sanioribus inspexerit, manifeste deprehendet, capitale supplicium adversus adulteros in sacris literis fundamentum habere»²²⁰: né il perdono che Cristo concesse all'adultera ha

²¹⁶ De Damhouder, Praxis, cit., cap.LXXXIX, nn.5, 7 e 4, fol.93. Cfr. Lv XX, 10: «Si moechatus quis fuerit cum uxore alterius et adulterium perpetrarit cum coniuge proximi sui, morte moriantur et moechus et adultera»; Dt XXII, 22: «Si inventus fuerit vir dormiens cum uxore alterius, uterque morietur, id est adulter et adultera; et auferes malum de Israel»; Ez XVI, 40: «Et convocabunt contra te congregationem et lapidabunt te lapidibus et trucidabunt te gladiis suis». Si ricorre al rogo in Gn XXXVIII, 24: «Producite eam, ut comburatur».

²¹⁷ Non stupisce la sfumatura nazionalista del discorso: la rottura degli universalismi porta ad esaltare il carattere germanico dell'Impero, complice una Riforma che lo stesso Lutero aveva presentato come intrinsecamente tedesca. (si pensi al libello *Alla nobiltà cristiana della nazione tedesca* del 1520). Non a caso, i territori cui Carpzov rimprovera un trattamento penale troppo lieve sono: la Baviera, il Tirolo, Friburgo in Bressgovia, Strasburgo (roccaforti cattoliche) e Lubeca (principato vescovile cattolico, convertito al Protestantismo nel 1586).

²¹⁸ «Et quid mirum, si hoc scelus Itali tam levi poena coerceant, cum Alexander III illud inter leviora et minoris momenti crimina reposuerit?»: Carpzov ha gioco facile nell'impugnare il controverso capitolo *At si clerici*. Cfr. Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LIV, nn.1-7 e 15, pp.23-24. Cfr. Arnisæus, De iure connubiorum, Argentorati 1636, cap.V, sect.VIII, nn.60-63, pp.257-258. Ma la rivalità confessionale si nasconde anche dietro la *querelle* tra Curzio Picchena e Giusto Lipsio circa la pudicizia dei Germani di Tacito. Tornando sulla questione, Matthes afferma che furono i soldati romani a contagiare quelle terre immacolate con la piaga della lussuria e della pederastia. Strumentalizzazione della Storia antica per battaglie attuali: i criminalisti di area tedesca condannano la sodomia come tipico vizio italiano. Cfr. Matthes, De criminibus, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.VII, n.27, pp.338-339.

²¹⁹ «Los reformadores y sus partidarios trataron con considerable dureza el sexo extramarital y no mostraron paciencia ante la resignada tolerancia de algunos escritores católicos. La fornicación, declaró Lutero, era mala: era nociva para el cuerpo, el alma, la familia, la fortuna y el honor. También Zuinglio se opuso a la licencia sexual y, en Zurich, decretó severos castigos contra todo acusado de seducción (...) Bucer sostuvo que las autoridades civiles debieran castigar con la muerte el adulterio»: Brundage, La ley, cit., pp.547-548.

²²⁰ «Nonne pro vindicta adulterii, in uxorem Levitæ facti, necati sunt nomine 20000? (...) nonne Deus flagellavit totam domum Pharaonem ob sublatam uxorem Abrahæ? (...) ut taceam de conflagrationem Sodomæ, et severitatem atque horrorem diluvii»: Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LII, n.17, p.8. Il riferimento è a Gdc XIX-XX; Gn XII,17; Gn XVIII-XIX.

riformato il precetto. Egli non è venuto né per surrogare i magistrati, né per abrogare la legge mosaica. La sua grazia opera su un piano diverso: il Vangelo rende il cristiano libero dal peccato, senza però sottrarlo né alla Torah né alla legge umana, che restano vigenti per la condanna dei malvagi. Il Redentore provoca i Farisei per smascherarne l'ipocrisia: «interim tamen nihil prorsus detrahebat legi Mosaicæ»²²¹. Al di là della nuova teologia della *lex divina*²²², in poche righe, sono condensate tre tesi fondamentali del Riformatore: la libertà del cristiano, la separazione tra i due regni, l'ossequio alla legge scritta e all'autorità²²³. Questo passo, perciò, costituisce la quintessenza del luteranesimo applicata al diritto²²⁴.

«Intellegimus, eam esse huius criminis magnitudinem, ut non nisi morte reorum expiari possit»: Matthes si unisce agli «orthodoxi Theologi» (nel suo caso sono calvinisti, e in specie Beza) che «uno quasi ore contemptum divinæ legis deplorent, poenam gladii in usum fori revocandam clamitent». Gli statuti che comminano la pena pecuniaria, più che frenare, offrono occasione di peccato²²⁵: vanno emendati – se non considerati addirittura nulli – perché contrari alla retta ragione, allo *ius gentium* ma soprattutto alla legge divina²²⁶. La soluzione è una sola: «revertamur ad constitutionem Constantini», a quella splendida *lex Quamvis* che un imperatore cristiano aveva promulgato traducendo fedelmente il comando celeste²²⁷.

²²¹ «Multo minus vero Christo legem Mosaicam abrogavit, aut magistratibus officium in adulterio puniendo sustulit, ignoscendo adulteræ, ejusque peccatum remittendo (...) ut qui non venerat judicare aut condemnare, quam potestatem magistrati relinquebat, præterea nec condemnare volebat, testimoniis et scientia facti destitutus»: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LII, n.17, p.8.

²²² La teologia protestante rivaluta Legge divina antica, che i Cattolici invece ritengono abrogata dalla Legge divina nuova (cioè dal Vangelo, che Lutero espelle dal piano giuridico per proiettarlo su quello della grazia). Rispetto all'Antico Testamento, come abbiamo visto, sia San Tommaso che i Salmantini hanno una posizione molto più critica. Per Vitoria, *Relectio de homicidio*, n.14, in *Id.*, *Relectiones*, cit., p.407 Cristo ha senz'altro abrogato la pena di morte contro l'adultera (sebbene essa resti lecita *de iure naturali* e, perciò, ripristinabile da parte del legislatore umano).

²²³ Su questi presupposti teologici, cfr. Villey, *La formazione*, cit., pp.247-263.

²²⁴ Alle spalle di Carpzov c'è la solida riflessione di Henning Arnisæus, filosofo e giurista che aveva dedicato un'opera corposa all'importanza del matrimonio nell'assetto politico dei Principati protestanti. Riflettendo sul brano evangelico, aveva sottolineato che «remissio enim peccatorum non tollit officium magistratus (...) cum gladium magistratus frustra non gerat»: per cui la «condonationem culpæ spiritualem» non va confusa «cum conniventia et gratia politica». È una rivendicazione consapevole del ruolo dello Stato, che altrove la Chiesa Cattolica indebolisce in nome di Cristo. Arnisæus, *De iure connubiorum*, cit., cap.V, sect.VIII, n.14, p.247. Il passo commentato è Gv VIII, 3-11.

²²⁵ Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.II, nn.4 e 3, pp. 293 e 291.

²²⁶ Testuale Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.II, n.4, p.292. L'Autore non considera questa legge divina «mere forensis (...) solisve Iudæis scripta, sed cum ratione naturali constet, et pertineat ad tuitionem septimi præcepti, mixti generis censenda est, partim forensis, partim moralis, cuius generis leges hodieque nos obligent». «De jure Divino in adulteris mortis supplicium statutum reperiatur, nihil autem æquius sit, quam eo modo de criminibus haberi, quo absolutissima Divini iudicii æquitas sancivit»: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXI, n.69, p.79.

²²⁷ «Aurea profecto constitutio, atque pudicitie matronalis unica custos, omnibusque Christiani orbis Principibus, atque rebuspublicis commendanda, quandoquidem divinæ legis præscriptum in vindicando adulterio sequitur»: Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.II, nn.5 e 3, pp.294 e 290. Il che significa, però, contestare anche l'Autentica giustiniana, troppo morbida con le mogli infedeli. Se la legge mosaica non fa distinzione, quella umana non può appellarsi a una presunta *infirmitas sexus*. «Ubi agitur de jure Divino et naturali, contra quæ tendit adulterium (...) nulla valet excusatio, quæ ignorantia patitur, aut imbecillitate». Ed anzi, proprio perché le donne sono più inclini alla lussuria, è bene che anche la loro pena

Priva di basi teologiche così profonde, la domanda di inasprimento sanzionatorio s'innalza anche nei Paesi cattolici²²⁸. Quando Tesauro, riecheggiando Giovenale, annota che «commune est illud proverbium, Legem Iuliam dormire», ha cura di precisare «quod non sine magno politici detrimento»²²⁹. Claro si rammarica della scarsa incisività delle pene e, condannando l'indolenza dei regnanti, invoca leggi severissime e, persino, una riforma disciplinare della *Respublica Christiana*: auspicio non casuale, perché l'autore lavora alla *Practica* negli stessi anni in cui si conclude il Concilio di Trento²³⁰.

Concretamente, che impatto ha questa battaglia dottrinale? Provoca una nuova risposta sanzionatoria o resta *flatus vocis*? Un'indagine sulla legislazione cinquecentesca può rendere conto della svolta. In merito all'adulterio, la *Carolina* è lapidaria nel ristabilire le pene di diritto romano. Nel riferirsi al passato, Carlo V si qualifica erede legittimo della tradizione imperiale, ed è chiaro che il suo ideale di *maiestas* trova riscontro in un impianto sanzionatorio rigoroso e religiosamente ispirato: la pena di morte è uno strumento per affermare il suo potere²³¹. Il richiamo generico agli «iura maiorum nostrorum», però, lascia due punti oscuri. La *Constitutio* riconosce espressamente la perseguibilità in caso di congiunzione tra *uxoratus* e *soluta*, che non è contemplata dalle fonti romane. Mancando la pena legale, bisognerà perciò affidarsi all'*arbitrium* dei giudici²³².

sia tanto dura da trattenerle: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LIII, nn.10-19, pp.17-18. In questo caso, la deterrenza prevale sulla *spes correctionis*, che pure viene considerata nella ponderazione degli argomenti a favore dell'Autentica. Sorge allora il sospetto, insinuato velenosamente da Bodin, che non vi sia proprio alcuna ragione che giustifichi il trattamento di favore: vera artefice della novella è Teodora, che «omnia beneficia mulieribus adversus maritos tribuit». Si mostra scettico Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LIII, n.20, p.18. Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.II, n.3, pp.291-292 ritiene invece possibile questa spiegazione, considerando quel Principe «stupido sane ac illiterato»; ma ricorda che «non desunt, qui existimant, in gratiam Episcoporum hanc constitutionem a Iustiniano promulgatam; fuisse enim iam tum Episcopis summæ curæ, adulteria excusare». La denigrazione di Giustiniano è un altro motivo che il giurista di Utrecht desume dai Culti. Questa proposta di inasprimento nei confronti delle donne avrà scarso seguito.

²²⁸ Con scarsa *vis* e poca originalità, anche Farinacci ricorda il dettato veterotestamentario e si domanda: «quod si de jure divino erat poena mortis pro adulterio, quomodo hodie potest per statuta tali poena mutari?». Senz'altro vanno deprecati i giudici negligenti, che non procedendo con un «durissimum iudicium» finiscono per scatenare la vendetta privata: Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, nn.12 e 67, pp.465 e 471.

²²⁹ Tesauro, *Quæstiones forensium*, Genève 1655, lib.III, q.XCVIII, p.503.

²³⁰ La pubblicazione è del 1568, ma il manoscritto era pronto già da qualche anno. I deliberati conciliari sono approvati nel 1564, con la bolla *Benedictus Deus* di Pio IV. «Et certe maxime dolendum est his temporibus, in quibus passim fere apud omnia tribunalia adulteri impune evadunt, imo de ipso crimine gloriantur; illi vero, quorum uxores adulteræ sunt, accusationem proponere non audent, ne in perpetuam infamiam, ita volente prava consuetudine, incurrant. Quapropter ego semper fui in hac sententia, quod principes huius temporis, qui hoc gravissimum crimen severissimis legibus non coercent, illasque exequi non faciunt, gravissime peccent. Et iudicio meo iste est unus ex casibus, in quibus Christiana respublica indigeret reformatione»: Claro, *Practica*, cit., par.Adulterium, n.7, fol.4A. Il Senatore, da buon conoscitore dell'ordinamento e delle sue falle, non si limita a reclamare leggi, ma ne auspica l'applicazione concreta.

²³¹ *Carolina*, 120: «Quam maritus quem ob adulterium cum uxorem sua commissum criminaliter accusaverit, et convicerit, is adulter pariter cum adultera secundum leges et iura maiorum nostrorum puniri debent. Simili modo fiat, si uxor maritum, illam ve personam cum qua adulteratus est, accusaret».

²³² Certo, lo *ius commune* avrebbe qualificato questo coito *stuprum*, se la donna paziente fosse vergine o vedova: pertanto all'*uxoratus* sarebbe stata applicata la *poena stupri*. «Ipsissima tamen veritas, jurisque Divini autoritas me verum fateri cogit, maritum scilicet ad virginem aut viduam prolapsam, thorum ac fidem conjugalem violando, adulterium respectu suæ conjugis æque committere». Per dimostrarlo, Carpzov ricorre alla *lex divina* (Mt IX, 9; Mc X, 11; Cor VII, 3-4) ma anche alle autorità patristiche del *Decretum* (*Decr. C.32, q.6, c.2; Decr. C.32, q.4, c.4*). Tuttavia, questo tradimento causa meno danni, perché non rischia di

La difficoltà maggiore, tuttavia, emerge nel caso in cui la donna sia *nupta*. La norma revoca in uso la *lex Quamvis* per entrambi o convalida il combinato tra questa e l'Autentica? In altre parole: anche l'adultera dev'essere giustiziata? Qualche indicazione può venire dall'articolo successivo in tema di bigamia, ma la norma non sembra decisiva²³³. La dottrina tedesca non appare concorde. La *Nemesis* di Georg Remus attribuisce la pena di morte ad entrambi i correi; in essa, la *paraphrasis* dell'articolo 120 mostra come la spiritualizzazione incida sulla *Carolina* (nell'interpretazione ancor più che nella redazione): la disposizione vi appare come una mera replica del sesto comandamento²³⁴. Carpzov, invece, opta per un'interpretazione letterale: l'articolo non richiama esclusivamente la *lex Quamvis*, ma l'intero ordinamento romano, perciò bisogna tener conto anche della Novella²³⁵. Ma non bisogna fraintendere la sua posizione: un conto è ciò che afferma da interprete della *Carolina*, un conto ciò che auspica a titolo personale. Il giurista sassone non fa mistero di essere favorevole al patibolo per le donne. Per questo, nel commentare la legislazione del suo Elettorado, può dirsi soddisfatto. Qui, alcuni principi hanno mostrato tanto odio per questo reato da disporre la *poena gladii* indistintamente per uomini e donne, e in tutte le tre varianti dell'adulterio²³⁶. Qui, dove

contaminare la stirpe altrui. «Poena (...) semper debet correspondere delicto»: pertanto, gli scabini sono soliti irrogare la fustigazione e la *relegatio in perpetuum*. Per quanto attiene le *solutæ* che si sono unite ai coniugati, «unanimis est Doctorum opinio, eas hoc casu poena arbitraria, vel carceris, vel temporalis relegationis afficiendas esse». Sono cioè punite con la stessa misura che colpisce, in Sassonia, le *stupratæ* o le *fornicatae*. Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LIII, nn.48-68, pp.21-23.

²³³ *Carolina*, 121: «Quanquam ius Cæsareum et leges nullam adversus eiusmodi flagitium poenam capitalem irrogant (...) non secus minusve atque adulteros capitali poenam plectendos esse». L'uso del plurale maschile potrebbe essere riferito anche alle donne.

²³⁴ «Quæ severissima coelitus tradita Lex est, οὐ μοιχεύσεις, præterquam quod vagas inhibet scortationes, adulterium, abominandum et execrabile coram Domino malum, Summus Legislator per Mosen repetita voluntate, mortis poena plectendum, testato præcepit. Et fortasse vel Augustus Cæsar Lege Julia mitiorem, quam tantum mereatur crimen, poenam sanxit, vel mores a severi tate legis et constitutionem, pravitate hominum, deviantes, molliciem secuti sunt: merito hanc præposteram lenitatem indignam suis moribus et temporibus judicat sapientissimus Imp. Constantinus M. qui se divinis jussionibus parere debere agnovit, emendavit, et coelesti voluntati correspondens supplicium in alienarum nuptiarum sacrilegos æterna lege sanxit, quæ in Codice Justiniano inter alias fulget. Nos itaque eandem in usum revocantes, utriusque Decalogi tabulæ vindices non agnoscentes, constituimus, ut si maritus quem de adulterio, reum capitis peregerit, is adulter eaque adultera secundum dictam saluberrimam et consultissimam Constitutionem morti debitæ addicantur. 1. Vicissim pari jure in causa utetur contra maritum adulterum foemina: quem cum ea alterius mariti uxore, qua cum adulteratus sit, ad poenam deposcere per judicis notionem potest. Divina enim lex ita duos in unum matrimonium, quod est in unum corpus, pari jugo conjungit, ut adulter habeatur, qui compagem corporis diversa distraxerit, et peregrino partu contaminare nisus sit. Quibus neminem Christianam jure reluctari facile animum inducimus». Remus, *Nemesis Carolina*, in Gobler – Remus, *Interpretationem Constitutionis Criminalis Carolinæ*, Heidelbergæ 1837, pp.131 e 133. Anche Bömher, correggendo Carpzov, accederà a questa interpretazione.

²³⁵ Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LIII, nn.26-27, p.19. L'autore, in più occasioni, si mostra fedele alla lettera della legge; specie quando si tratta di materie odiose, come la pena di morte, nega con decisione l'interpretazione estensiva. Non se ne può fare, certo, un esegeta pedissequo: l'orizzonte è sempre quello della tradizione bartolistica, peraltro arricchita da una corposa giurisprudenza locale. Ciononostante, il suo approccio pare innovativo: la *Practica nova* dialoga fittamente con la *Carolina* e la *Constitutio Electoratus*, diversamente da tutte le altre *practicæ* del tempo.

²³⁶ Con la parziale eccezione dell'adulterio del *coniugatus cum soluta*, dove l'uomo è soggetto alla pena di morte, mentre la donna è punita con fustigazione e relegazione perpetua. Per quanto attiene invece la posizione del *coniugatus*, «nullum esse discrimen quoad poena gladii indicendam» perché in ogni caso «fidem coniugalem violat». La secolarizzazione di questo adulterio (un tempo riservato alla cognizione canonica) e la tendenziale parificazione sanzionatoria tra l'uomo e la donna rispondono ad un'assiologia nuova, di cui Carpzov è consapevole. La logica dell'*immixtio prolis*, volgarmente legata ad interessi

Lutero è nato ed ha insegnato, la Legge Giulia non dorme affatto, ed anzi è stata giustamente esasperata: con una punta di orgoglio, Carpzov afferma che la *querela* di Claro non riguarda la sua terra, dove la *reformatio* si è tradotta in un'inedito rigorismo penale. Dal 1543 al 1624, il legislatore è tornato ben quattro volte sul punto, confermando una scelta «dura et rigorosa» e tuttavia «stricte observanda»²³⁷. Ma anche altri territori dell'Impero confermano questa tendenza, dal Palatinato ai Paesi Bassi²³⁸. L'evoluzione è confermata da Matthes. Nel 1550, gli Statuti di Utrecht punivano l'adulterio con la cifra irrisoria di 10 carlini: ma nel 1584 – tre anni dopo l'Atto di Abiura – gli Ordini provinciali inaspriscono la sanzione²³⁹.

Ma la Monarchia cattolica, da cui gli Olandesi calvinisti si erano dissociati, non pare agire in modo troppo diverso. Nel promulgare la *Nueva Recopilación*, Filippo II ribadisce una soluzione già consolidata nella legislazione castigliana²⁴⁰. Dopo un regolare processo, «tam adulter quam adultera per sententiam iudicis ponitur in potestatem mariti, ut de eis et de eorum bonis faciat quidquid vellet: unde poterit eos occidere vel aliam quamlibet offensam vel iniuriam inferre». La derivazione divina di questa pena è difesa a gran voce da Gómez²⁴¹. Due dettagli non trascurabili, però, marcano la differenza con l'esperienza

successori, è stata scartata: «serenissimi tamen ac sapientissimi Electores Saxoniae hanc rationem tanti ponderis ac momenti non judicarunt (...) quippe in adulterio per violationem thori ac fidei conjugalis, injuria conjugum inferitur, et unitas carnis dividitur, in eoque potissimum qualitas et substantia hujus delicti consistit». E questa scelta è tanto più santa in quanto coerente con la *lex divina*, le cui parole sono «clara et manifesta, atque a Spiritu Sancto prolata». Cfr. Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LIV, nn.15-41, pp.25-27.

²³⁷ *Ordinatio provincialis*, tit. von Straffe des Ehebruchs; *Constitutio Electoratus*, 4.19; *Ordinatio ecclesiastica*, tit. von Ehegeldbnissen, rubr. von Straffe der Unzucht und des Ehebruchs; *Ordinatio matrimonialis*, 4. Cfr. Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LIV, nn.15-18, pp.24-25.

²³⁸ Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.II, n.3, p.290. L'autore ricorda che anche nel Belgio di Filippo II fu introdotta la «poena gladii in adulteros», ma che i giudici tendono a surrogarla con una sanzione arbitraria: è la tormentata sorte dello *Style criminele*.

²³⁹ «Si alterius maritus alterius polluerit uxorem, adulter gladio feriatur, adultera aeterno damnetur exilio. Sin caelebs alterius uxorem vitiaverit, ut adulter prima vice C Carolinis, nec non carcere dierum XIV: secunda vice CC Carolinis, nec non exilio decennali plectantur; adultera vero prima vice carcere dierum XIV, secunda exilio decennali plectantur. Quod si maritus cum innupta congressus fuerit, ut praeter infamiam, quam ipso facto incurrit, prima vice condemnetur in C Carolinos: secunda in CC, et perpetuum exilium. Mulier vero innupta cum qua rem habuit, eadem poena punitur, qua nupta, qua rem habuit cum caelibes». Rispetto alla legislazione sassone, la norma sfuma le posizioni ed è certamente meno brusca nel comminare la morte. Nondimeno, aggrava la posizione femminile e considera il caso dell'*uxoratus cum soluta*. Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.II, n.3, p.291 e cap.VII, n.1, p.325.

²⁴⁰ *Nueva Recopilación*, 8.20.1: «Si muger casada ficiere adulterio, ella, i el adulterador ambos sean en poder de el marido, i faga dellos lo que quisiere, i de quanto han, assi que no pueda matar al uno, i dexar al otro; pero si hijos derechos ovieren ambos, ò el uno dellos, hereden sus bienes; i si por ventura la muger no fue en culpa, i fuere forzada, no aya pena». La prima versione della norma risale al 1255: *Fuero Real*, 4.7.1. Diversamente da quanto stabilito nelle *Partidas* (dove, romanisticamente, si fissava l'alternativa secca tra *ius occidendi* e pena pubblica: *Partidas*, 7.17.13 e 15), nella legislazione forale re Alfonso escogitò questa soluzione che mescola processo e giustizia privata. Così, pur placando la sete di vendetta, si affermava l'interesse pubblico: per favorire tale opzione rispetto ai tradizionali metodi stragiudiziali, assicurò al marito un vantaggio patrimoniale di non poco conto. La norma – già riformulata a fine Quattrocento da *Ordenanzas Reales de Castilla*, 8.15.2 – viene poi confermata *en passant* da *Leyes de Toro*, 82. Cfr. Gonzalez Téllez, *Commentaria*, cit., t.V, tit.XVI, cap.III, n.8, p.213. Però «con la intención de disuadirlo, la ley 96 de Estilo le prohibió, en caso de que uno de ellos escapara, matar al que hubiese sido en sus manos por el juez, después de ser juzgado y condenado, hasta que no le fuera entregado el otro en las mismas condiciones»: Collantes de Terán, *El delito*, cit., p.220.

²⁴¹ «Nec mirum quod talis poena imponitur, cum de iure divino poena mortis et lapidationis pro adulterio erat statuta»: Gómez, *Ad leges Tauri*, cit., p.573. Cfr. Farinacci, *Practica*, pars quarta, q.CXLI, n.71, p.471.

tedesca. Ottenuta la condanna, il marito «haga lo que quisiere, ò matarlos, ò perdonarlos»²⁴²: la genealogia medievale della norma riflette una discrezionalità privata piuttosto ampia, lì dove l'esito sanzionatorio non è ineluttabile. D'altra parte, in linea con lo *ius civile*, la disciplina spagnola continua ad escludere la perseguibilità dell'*uxoratus cum soluta*.

Una panoramica sugli Statuti contribuisce a smentire il mito dell'impunità, costruito dai giuristi – con voluta approssimazione – per invocare pene più aspre. A ben vedere, lo scenario si rivela complesso già nel Medioevo, e non mancavano testi che comminavano la morte²⁴³. Tra Cinque e Seicento, in Italia, le opzioni restano diverse tra città e città: c'è chi dispone la pena capitale e chi si limita alla multa, purché il rapporto non sia violento²⁴⁴. Tracciare una linea comune, perciò, appare difficile: pesa la frammentazione politica, che neanche il crescente fervore tridentino sembra travolgere nell'omologazione. Qualcosa si coglie nell'introduzione, in alcune località, di rubriche contro il concubinato adulterino²⁴⁵ o addirittura contro l'adulterio *cum soluta*²⁴⁶. Condotte vietate anche da gli Statuti della Corsica (1572), che spiccano per intransigenza: dispongono con larghezza la pena di morte in caso di tradimento e giungono finanche a sanzionare con multa la *fornicatio*²⁴⁷. Piuttosto aspra anche la legislazione genovese (1556)²⁴⁸. Cosa accade, intanto, nella Roma dei papi?

²⁴² Pradilla Barnuevo, *Suma de las leyes*, Madrid 1644, cap.IX, n.5, fol.5B.

²⁴³ Ne cita due lo stesso Menochio, *De arbitrariis*, cit., lib.II, cent.V, casus 419, nn.79 e 85, p.604: Statuti di Pavia, 2.79 (sul punto, la soluzione del 1393 sarà confermata nel 1505); Statuti di Brescia, 3.71 (le riforme del 1535 e del 1621 non modificheranno la norma del 1470; edizione di riferimento: *Statuta magnificæ civitatis Brixixæ*, Brixixæ 1722).

²⁴⁴ Per problematizzare le affermazioni di Tiraqueau e Menochio, analizziamo altri statuti scelti della medesima area centrosettentrionale che essi avevano considerato. Gli Statuti di Bergamo, 9.72 (1493; edizione di riferimento: *Statuta magnificæ civitatis Bergomi*, Bergomi 1727) comminano la morte persino all'adultera. La pena pecuniaria è invece prevista da Statuti di Gubbio, 4.22 (1624; edizione di riferimento: *Conciolo*, *Statuta civitatis Eugubij*, Gerundæ 1685); Statuti di Trento, 3.66. Emblematici gli Statuti di Rovereto, 2.120-121: «si quis cognoverit carnaliter et violenter mulierem virum habentem (...) sibi caput debeat amputari»; «si quis cognoverit aliquam mulierem virum habentem de sua voluntatem, vel non coacte (...) condemnatur in libris centum». A Benevento, enclave pontificia nel Regno di Napoli, gli Statuti del 1441 (art.131) comminavano sia al drudo che all'adultera la pena pecuniaria, mentre quelli del 1588 (3.16) introducono la «poena iuris».

²⁴⁵ Statuti di Chiusi, 3.24: «Se alcuno havente moglie terrà concubina pubblicamente nela casa dove tiene la moglie sua sia punito per ciascuno giorno che la terrà in soldi vinti, et se quella terrà in altra casa appartata o in altro loco caschi in pena di soldi dieci el di: nela quale pena similmente incurgha decta donna consentiente ale cose predecite in caso non habbia marito; ma si alcuno terrà concubina neli modi predeciti e non havarà moglie sia condannato nela metà manco di decta pena tanto l'huomo quanto la donna non havente marito».

²⁴⁶ Nel 1570, gli Statuti di Rovereto, 2.224 si limitavano a punire il coniugatus che mantenesse una concubina; la riforma del 1610 sanziona anche il tradimento occasionale. «Quia sicuti contra mulieres adulterantes, ita etiam expedit contra viros extra proprium thorum, vel contra legem matrimonij committentes providere, statuimus, et ordinamus, quod si aliquis vir uxoratus cum soluta se carnaliter commiscuerit, puniatur in libris 50. Si vero uxoratus, vel etiam solutus cum nupta adulterium commiserit, condemnatur in libris centum. Quod si vir uxoratus tenuerit publice, et palam, vel etiam occulte in concubinato, condemnatur in libris centum, et banniatur a Iurisdictione Roboreti per annum. Quod si uxoratus, vel etiam solutus tenuerit in concubinato coniugatam, poena dupplicetur, quæ poena toties in casibus suis imponantur, quoties in tali malo proposito perseveraverit».

²⁴⁷ Statuti di Corsica, 2.41: «Se la donna maritata, ed uomo maritato commetteranno adulterio, siano condannati alla morte, e nella medesima pena incorrano uomonni maritati che commettessero adulterio con una donna che non fosse maritata».

²⁴⁸ Statuti criminali di Genova, 2.3: «Nupta non coacta si adulterium commiserit, capite plectatur (...) Vir, si alibi, quam domi, quam ipse habitat, alteri nuptam carnali copula cognoverit, summo adficiatur supplicio (...)

Gli Statuti del 1580, emanati da Gregorio XIII, dispongono multa ed esilio, graduando la pena in base alla condizione sociale²⁴⁹. Ma nel novembre 1586, Sisto V – già esponente di ferro dell’Inquisizione – pubblica la bolla *Ad compescendam*. Dopo aver dedicato il primo anno di pontificato alla repressione del brigantaggio, è giunta l’ora dei *delicta carnis*: segnatamente adulterio, concubinato, lenocinio e stupro. Nella sua terribile intransigenza, il *motu proprio* è un manifesto del disciplinamento e costituisce una testimonianza eccezionale dello spirito che anima la legislazione del tempo: pedagogia e deterrenza s’intrecciano nel giustificare la moltiplicazione della pena di morte. Limitato alla sola città di Roma, che per la sua missione universale è tenuta a risplendere di virtù, il provvedimento riguarda solo una tipologia specifica di rapporti: quelli consumati dopo la *separatio thori* o in frode all’autorità giudiziaria²⁵⁰. Si percepisce che, nelle preoccupazioni papali, la purezza sessuale si accompagna all’obbedienza per le istituzioni²⁵¹. Nonostante

Si vir domi suæ aliter, quam per vim, alteri nuptam carnali copula cognoverit, quinquaginta libris usque ad quingentas mulctetur, vel fustigetur, nisi eas intra dies quindecim soluerit».

²⁴⁹ Ma sanzionando più l’aristocrazia che la plebe. Statuti di Roma, 2.29: «committens autem simpliciter adulterium cum muliere honesta; si Plebeius, aut vilis conditionis sit, poenam ducentorum aureorum incurrat; et in exilium per triennium mittatur; si Nobilis, duplum, et per sexennium; si Baro aut de genere Baronum, triplum et per novennium in exilium huiusmodi mittatur».

²⁵⁰ Come fa notare Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLI, nn.27-28, p.467 il testo contiene una specifica clausola che salva le disposizioni precedenti, in quanto compatibili. Poiché la lettera del provvedimento si riferisce a casi ben delimitati, bisogna desumere che lo Statuto operi *de residuis* per ogni altro adulterio non qualificato. Perciò non è possibile affermare che, a Roma, viga indiscriminatamente la *poena capitis*. Oltretutto, «in dubio deberet intelligi de minori, et ita semper praticari vidi in urbe (...) Viri enim aut exilio aut pecuniaria poena mulctati fuerunt, foeminæ autem aut fustigatæ, aut in Monasterium detrusæ, aut enim in exilium missæ». Con queste osservazioni, l’Avvocato smentisce la superficiale *additio* n.56 di Baiardo a Claro, Practica, cit., par.Adulterium, fol.8B, che aveva sostenuto la generale introduzione della pena di morte nella Città eterna. Cfr. Marchisello, Alieni thori violatio, cit., pp.153-155.

²⁵¹ La bolla si compone concettualmente di quattro parti. Nella prima (proemio e paragrafo I), Sisto V esplicita le ragioni che spingono alla riforma. Già dall’*incipit* emerge lo scopo primario: *compescere e contenere* la lascivia, uno dei vizi più perniciosi per un uomo la cui natura è «fragilis et fluxa (...) et ad malum prona, nisi divina bonitas adiuvet, et eorum qui præsumunt, frænum cohibeat». Tocca al pastore vigilare e rimuovere «a Christi fidelibus peccati et scandali occasionem»: ciò costituisce un *munus* provvidenziale, dotato del carattere della carità paterna. L’adulterio, «præsertim si publico scandalo impudenter committatur», corrompe la pubblica onestà, danneggia il pudore e la disciplina cristiana, è pericoloso per le anime: non a caso, è dannato dalle leggi umane e divine. Numerosi gli esempi biblici che confermano le preoccupazioni del Papa. Chiamato a stornare quella «divinæ maiestatis iram, indignationem, atque flagella» che suole ricadere sui peccatori, egli riconosce che «si ulla unquam tempora fuerunt, quæ iudiciorum, et legum severitatem requirent», questi sono certamente quelli attuali. Infatti, si è tanto diffusa la «peccandi consuetudinem» che «improbi nomine tantum ibi sumpserunt, ut sperarent quicquid esi libitum esset, id se impune perpetrare posse». Che sia in gioco la credibilità delle istituzioni – più che la salvezza delle anime – è dimostrato dall’immediato riferimento alla repressione del latrocinio nel suburbio, che aveva impegnato il Pontefice nell’anno precedente. È giunto il momento di dedicarsi all’Urbe, «caput Orbis» e sede di Pietro: è infatti vergognoso che una città santa e sacerdotale si macchi di tanta lussuria. Roma dev’essere un esempio per il mondo, così che i pellegrini non mirino solo le bellezze artistiche, ma «disciplinam, mores, regulam, normamque vivendi» dei suoi abitanti. Proprio per questo, Roma necessita di una normativa speciale, che non si applicherà nel resto dello Stato ecclesiastico. «Pravi abusus et publice ignominie labe (...) exterminentur, et perpetuo exulent, ac potius hæc Alma Urbs nostra omni virtutum genere florens, pura et immaculate luceat splendore et munditia honestatis suæ, omnesque externas gentes ad sui imitationem convertat»: questa “Città di Dio” brillerà di virtù, ma prima bisogna purgare ogni male. Inizia così la seconda parte, quella dei precetti penali (paragrafi II-VII). Qui il testo rivela un marcato interesse al rispetto dei tribunali ecclesiastici, che hanno l’esclusiva assoluta in fatto di separazione. Pertanto, se qualcuno oserà dividersi dal coniuge senza previa sentenza, sarà punito arbitrariamente. Chi invece, intervenuta la *separatio*, commette adulterio sarà punito con la morte: il fatto stesso costituisce una presunzione *iuris et de iure* che il provvedimento non sia stato chiesto per giusta causa, ma per peccare più facilmente. La spada di Damocle pende, allo stesso modo,

gli auspici di perpetuità formulati dal Pontefice, la sua morte (1590) travolgerà un testo troppo aspro: revocato il testo, si torna al più mite regime statutario²⁵².

Il discorso dei giuristi, quindi, provoca *ex ante* – e corrobora *ex post* – le scelte legislative dei principi. Confrontandosi con le realtà locali, più spesso, cede il passo ad altre logiche²⁵³. Ma non resta privo di effetti, come constata lo stesso Menochio²⁵⁴. Anche negli ordinamenti dove la legge non guida una virata rigorista, si coglie una tendenza giurisprudenziale favorevole alla pena di morte. Così a Napoli, dove la Vicaria castiga il drudo in base a un'interpretazione severa della costituzione *Legum asperitate lenita*. Il ragionamento della corte mira a limitare l'estensione soggettiva della disposizione federiciana, per recuperare un margine di applicazione alla *lex Quamvis*²⁵⁵. Le cose stanno cambiando anche in Francia. Qui, in pieno Trecento, il cancelliere Jean Favre lamentava un

su mogli e mariti. Spesso, nelle more del giudizio di separazione, le donne vengono sistemate in Monastero: semmai fuggissero, e si dedicassero a vita impudica, saranno anch'esse punite con la morte. Lo stesso trattamento spetta a chi ha fatto carcerare i congiunti di una *virgo* o di una *uxor aliena* per profittare liberamente di essa. La pena di morte, infine, ricade su mariti e genitori che esercitano il lenocinio. La terza parte della bolla (paragrafi VIII-XIII) regola il rapporto con le norme più antiche, fissa i criteri applicativi, dispone le modalità di pubblicazione. Una misura transitoria permette la respiscenza entro nove giorni a chi già si trova in condizione irregolare. Da monarca assoluto, il Pontefice ordina ai giudici un'osservanza letterale della bolla e ne specifica la forza, tale da derogare qualunque statuto, consuetudine o privilegio pregresso (nondimeno, il Papa si riserva il potere futuro di derogare in forma espressa e speciale). Infine, nella quarta parte (paragrafo XIV) comanda l'obbedienza generale, ricordando che i trasgressori susciteranno l'indignazione di Dio Onnipotente e dei suoi apostoli Pietro e Paolo: sembra un dettaglio superfluo, ma la formula costituisce quella *sanctio poenalis* che, secondo la teologia coeva, assicurava l'obbligatorietà in *conscientia* di queste disposizioni. Cfr. *Magnum Bullarium Romanum*, t.II, cit., pp.559-560.

²⁵² Bellabarba, I processi, cit., p.200.

²⁵³ La comunità auspica una lezione che sia esemplare (per questo invoca le pene infamanti), può pretendere l'allontanamento di chi dà scandalo (per questo ammette l'esilio), può auspicare la multa: ma raramente accetta la morte per uno dei suoi membri. È noto che anche i malfattori più esecrabili fossero accompagnati al patibolo da manifestazioni di simpatia popolare. La logica organicista della città medievale sopravvive nell'*humus* di Antico Regime, laddove l'impersonalità del potere scende a patti con un fitto intreccio di relazioni personali e consortili.

²⁵⁴ Così, di fatto, smentendo ciò che afferma al *casus CCCCXIX* (e dimostrando il tono retorico di quella doglianza). «Non etiam verum est poena adulterij in desuetudinem abiisse, quoniam quotidie videmus adulteros puniri»: Menochio, *De arbitrariis*, cit., lib.II, cent.IV, casus 398, n.25, pp.578-579.

²⁵⁵ Attestano l'uso della pena capitale *in viros*: d'Afflitto, *In utriusque Siciliae*, cit., secunda pars, lib.III, rubr.XLII, n.6, fol.173B; Grammatico, *Decisiones*, dec.XXXI, n.3, fol.35B. L'ermeneutica della disposizione creava da problemi da tempo, perché già Andrea da Isernia segnalava l'esistenza di lezioni diverse nei codici manoscritti. La mitigazione di cui parla l'*incipit* è rivolta solo alle *adulteras* o in generale agli *adulteros* (maschile che comprende anche le donne)? La prima lettura appare assurda, perché manterrebbe il gladio per il drudo e sottoporrebbe la donna alla *truncatio nasi* (testualmente prevista): ma allora la costituzione non sarebbe affatto lenitiva rispetto al precedente combinato tra *lex Quamvis* ed Autentica. La seconda interpretazione, invece, finirebbe per mitigare solo il trattamento maschile, rimettendo la pena fisica e comminando la confisca dei beni: ma poiché la norma fa salvi i diritti successori di eventuali figli legittimi, di fatto l'adultero potrebbe subire un pregiudizio risibile. La questione rimane controversa, tanto che nel 1435 la Magna Curia di Palermo ne richiede l'interpretazione autentica a re Alfonso, poi confluita in *Ritus Magnae Curiae Siciliae*, 72: «Constitutio locum habeat tam in adultero quam in adultera: verum quod si adulter habuerit filios legitimos, quod tunc eo casu puniatur arbitrio iudicis, et non publicatione bonorum». Questa lettura si consolida nell'ordinamento siciliano: Cumia, *In ritus*, cit., cap.LXXII, n.1-13, pp.362-364. A Napoli, però, l'influenza di Matteo d'Afflitto orienta la giurisprudenza verso la prima interpretazione: limitando alla sola adultera l'ambito applicativo della *Legum asperitate lenita*, la *lex Quamvis* può ripandersi a scapito del drudo.

lassismo totale. Alcuni ripetono ancora quelle parole²⁵⁶, ma Tiraqueau garantisce che «in nostro senatu Parisiensi, non omnino abire impunitos adulteros», anche se difficilmente la sanzione eccede le verghe²⁵⁷. Di lì a qualche anno, però, il clima si arroventa. Il *Recueil d'arrest* prova un inedito fervore nel perseguire il reato: a ben vedere, però, la forza è irrogata solo nei casi aggravati. Non di rado le corti sovrane si appropriano di vecchi meccanismi penitenziali, imponendo agli adulteri una «amende honorable» nei confronti di Dio e della parte lesa, ma soprattutto del Re e della giustizia²⁵⁸. E se a Grenoble la multa è assicurata da un privilegio²⁵⁹, altrove si assiste a una prassi sempre più aspra. «Desormais tous adulteres sans distinction de sexe seroient punis de mort», proclama il Parlamento di Rennes nel 1568²⁶⁰. Le guerre di religione contribuiscono all'exasperazione, in un gioco delle parti dove ognuno vuol mostrarsi più ligio dell'altro²⁶¹. Nella seconda metà del XVI

²⁵⁶ «Ex consuetudine in Regno Franciæ adulteros non puniri»: Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLI, n.67, p.471.

²⁵⁷ Tiraqueau, De legibus connubialibus, cit., fol.147A.

²⁵⁸ «Fut par Arrest condamné a faire amende honorable, estant teste, et pieds nuds, et en chemise, ayant le corde au col, tenant en ses mains une torche allumee du poids de deux livres de cire, sur table de Marbre, aux grands degrez du Palais, au Chastelet à iour de plaids, et iceux tenans, et devant le portail de nostre Dame de Paris, et pour ce faire ester conduit depuis la Conciergerie: et en chacun deidits lieux à genoux, dire, et declarer à haute voix, que follement, temerairement, malicieusement, et audacieusement il avoit commis ledit adultere, et autres cas non contenus au proces, et qu'il s'en repent et requiert mercy, et pardon à Dieu, au Roy, Iustice, et audit Galliot» (cioè il marito). Descrive scrupolosamente questo rituale Papon, Recueil d'arrests, cit., lib.XXII, tit.IX, arr.II, p.1260. Cfr. Carbasse, Histoire, cit., p.291. La misura mostra chiaramente la secolarizzazione dell'*emendatio* canonica. È un segno dei tempi: proponendosi come educatore dei sudditi, lo Stato contende il pastorale alla Chiesa e il penale diventa uno strumento di *disciplina*. «Con l'assimilazione all'interno della monarchia (...) dei concetti di *auctoritas* e di *potestas* che erano alla base dell'ambigua distinzione tra le due sfere (...) nell'età precedente, nasce una nuova sacralità: più precisamente il potere, la politica diventa anche instructio, cioè pretesa di modellare l'uomo dalla nascita alla morte nella sua formazione e nei suoi comportamenti»: Prodi, Sul concetto di secolarizzazione, in Donati – Flachenecker (curr.), Le secolarizzazioni nel Sacro Romano Impero e negli antichi Stati italiani: premesse, confronti, conseguenze, Bologna Berlin 2005, p.329. Cfr. Calisse, Svolgimento, cit., p.434; Hespanha, De la iustitia a la disciplina, in Sexo barroco, cit., pp.175-186; Schiera, Specchi della politica, cit., pp.76-78; Brambilla, La polizia dei tribunali ecclesiastici e le riforme della giustizia penale, in Antonielli – Donati (curr.), Corpi armati e ordine pubblico in Italia (XVI-XIX sec.), Soveria Mannelli 2003, pp.103-107; Bodei, Geometria delle passioni, cit., pp.233-234; Witte, Diritto e protestantesimo, cit., pp.28-29; Berman, Diritto e rivoluzione, II, cit., pp.135, 145-146 e 175-176. Basti esaminare la κόλασις di Pietro Gregorio per intuirne la profonda ispirazione canonica: Pietro Gregorio, Syntagma, cit., pars III, lib.XXXI, cap.II, n.1, p.223.

²⁵⁹ Papa, Decisiones, q.CCVI, nn.1-2, p.124.

²⁶⁰ Papon, Recueil d'arrests, cit., lib.XXII, tit.IX, arr.I, p.1260. Ma gran parte delle condanne a morte vengono inflitte ai contumaci, più per dissuaderli dal ritorno che per castigarli: Laingui – Lebigre, Histoire, cit., I, p.167.

²⁶¹ La battaglia propagandistica di entrambi si combatte sul terreno degli scandali: sul popolo fa più colpo la sodomia dei cardinali o l'incontinenza di Lutero che non le raffinate controversie teologiche (che pure ebbero una certa eco). Discorsi che non mancano d'influenzare il diritto. Il nesso tra scontro confessionale e inasprimento penale è nitidissimo nella riflessione di Carpzov, che rivendica alla fazione protestante il merito di aver interrotto l'impunità degli adulteri. Ha suscitato clamore un caso accaduto nel 1563 ad Orléans, dove una coppia di amanti «in publica platea laqueo suspensi essent». La sentenza, dura ma necessaria per ragioni di esemplarità, era stata emessa da Pigriterio «prisci moris ac severitatis viro». Costui era preposto del principe di Condé Luigi di Borbone, capo del partito ugonotto. «Aulam regiam adeo male illud accepisse, ut plerique summa impudentia palam testarentur, se a Protestantibus (...) semper alienos futuros, et vel ob eam causam nunquam in eorum verba juraturos esse, quia adulteriis hucusque impunitis, nova et apud Gallos inaudita severitate, poenam capitis statuerent». Non c'è da stupirsi se la corte parigina reagì con tanto fastidio. Prima di tutto, perché il giudice non aveva tenuto conto dell'estrazione nobiliare dei rei, che poteva costituire un'*excusatio* o quantomeno risparmiare l'infamia della forza. Ma c'è un motivo più sottile, che suscita la riprovazione di Carpzov: «nec lenitatem Gallorum in puniendis adulteriis quispiam miretur, cum

secolo, Bernabé Brisson e Christophe de Thou definiscono ridicola e pericolosa la voce per cui i tribunali francesi non punirebbero questo peccato: parola di due *premier présidents* del Parlamento di Parigi²⁶².

Tirando le somme, nei secoli XVI-XVII si pone con particolare urgenza il problema di una pena criminale pubblica. La dottrina lo avverte con chiarezza, e se ne fa portavoce; ma anche legislazione e giurisprudenza testimoniano la crescita di questo spazio, che corrisponde all'interesse statale²⁶³. Nondimeno, non si capirebbe la realtà di questi reati se si prescindesse dalle pene private: l'*amissio dotis* (per l'adulterio) e il *ducere vel dotare* (per lo stupro) restano il principale obiettivo delle parti lese. Sono queste domande a sommergere le cancellerie di lavoro: raramente ai privati interessa una *vindicta publica* esemplare, mentre le istituzioni non intervengono in modo sistematico, ma solo quando appare opportuno per ragioni di *territio* o di *correctio* (è la logica dello *scandalum* che si è trasferita dal diritto canonico a quello secolare)²⁶⁴. Mentre per l'adulterio si assiste all'ascesa (non generalizzata, ma evidente) della pena di morte, lo stupro conosce un'aggravamento minore. Se subentra la violenza, però, entrambi i delitti suscitano la vigorosa reazione degli apparati, chiamati a garantire la pubblica tranquillità. Per ragioni politiche e teologiche, questa evoluzione è più marcata negli Stati forti o coinvolti nella polemica confessionale. La pena ordinaria, fissata nelle ordinanze e nel diritto romano, cerca riscontri nella *lex divina*: i legislatori ne raccomandano l'osservanza, perché la legge è uno strumento formidabile al servizio del potere.

inauditum apud eosdem non sit, Aulam ipsam fecisse lenocinium». Sono noti gli intrighi di Caterina de' Medici che, con torbido machiavellismo, si era servita di alcune vergini del suo seguito. Persino una sua pupilla era stata usata come spia, per infiammare «acrioribus stimulis» Luigi di Borbone e penetrarne i segreti. La leggenda nera che avvolge la Regina risuona nella *Practica nova*, per denunciare una politica – pragmatica e amorale – che oscillò fra tolleranza religiosa e persecuzione (gli ugonotti attribuirono a Caterina la Strage di San Bartolomeo del 1572). Solo grazie allo stimolo protestante, «curiæ coactæ fuerint, ad graviores quandoque progredi poenas (...) attamen vix ultra virgas processerunt». Carpozov, *Practica*, cit., pars II, q.LIV nn.8-11, p.24. Cfr. Arnisæus, *De iure connubiorum*, cit., cap.V, sect.VIII, n.39, pp.252-253.

²⁶² Cfr. Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.II, n.3, p.290.

²⁶³ Già dall'ultima decade del Duecento, la massima «publice interest ne maleficia remaneant impunita» (Gandino, *Tractatus*, cit., rubr.De poenis reorum in genere et de percussione et insultu, n.2, II, p.210) divenne vettore della pubblicizzazione del penale. Tra Cinque e Seicento questo processo è ancora incompleto, ma assume un'attualità particolare alla luce delle evoluzioni costituzionali. Cfr. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, cit., p.18; Id., *Vidi communiter observari*, cit., I, pp.102-110

²⁶⁴ È il caso di sottolineare come, al di là dell'irrogazione, la funzione correzionale si riverbera anche negli istituti clemenziali. Grazia e commutazione tornano utilissime per mostrarsi magnanimi verso i redenti, e suscitare una devozione riconoscente. Illuminanti le considerazioni di Hespanha, *De la Iustitia a la Disciplina*, cit., pp.175-186. Proprio in relazione allo stupro violento, in Castiglia si concede il perdono in cambio del servizio temporaneo agli ordini della Corona. Il perdono reale restituisce la buona fama (oltre ai beni confiscati), mondando il reo dalla sua «culpa». Rodríguez Ortiz, *Mujeres*, cit., pp.106-107.

Capitolo VI

LA COMMISURAZIONE DELLA PENA ATTRAVERSO L'ARBITRIUM IN PUNIENDO

1. *Iuxta conditionem personarum: ponderare l'identità soggettiva*

La costruzione del soggetto giuridico unico rappresenta un tratto distintivo dell'Illuminismo, che proprio nel penale salderà l'*égalité* con ragioni di garantismo e legalità¹. Principi che taluni criminalisti intravedono, ma non considerano prioritari né rigidamente vincolanti. La persona umana – concetto pur sostenuto dalla speculazione teologica – assume mille specificazioni, ciascuna dotata del suo trattamento giuridico (*cuique suum*)². Non si tratta solo di valutare l'appartenenza cetuale, ma anche la concreta posizione del singolo nella fattispecie delittuosa. La *conditio personarum* – del reo, della parte lesa e talora del correo – è un “accidente essenziale” nel determinare le conseguenze sanzionatorie³.

Anzitutto, si pone il problema di determinare la giusta pena laddove il tradimento non avvenisse tra coniugi, ma tra fidanzati *de praesenti*⁴ (laddove invece l'infedeltà riguardasse

¹ Tarello, Storia della cultura giuridica moderna, Bologna 1976, pp.383-483; Alessi, Il processo penale, cit., pp.115-133; Cavanna, Storia del diritto, cit., II, Milano 2005, pp.128-130, 145-157, 190-222, 292-393 e 474-514; Di Simone, Le riforme del Settecento, in AA. VV., Profilo di Storia del diritto penale, pp.53-71. La storiografia sottolinea come questi principi – evidenti in Montesquieu, Voltaire, Filangieri e Beccaria – siano il precipitato della speculazione giusnaturalista, che già a partire dalla seconda metà del XVII secolo aveva costruito il soggetto giuridico unico (Wolff), esaltato il volontarismo legislativo (Pufendorf), invocato riforme radicali e secolarizzanti (Thomasius). Tutte queste novità trovano una radice comune nel genio di Hobbes.

² Sui presupposti teorici che, nella concezione scolastica, giustificano questa coesistenza di piani, cfr. Maritain, Tre riformatori. Lutero, Cartesio, Rousseau, Brescia 1964 pp.58-67. Secondo il filosofo francese, è proprio l'insegnamento luterano a determinare una rottura verso l'individualismo moderno. È il caso di aggiungere che, al di là di alcune ricadute immediate, la novità filosofica avrà bisogno di secoli per determinare un definitivo cambio di paradigma sul piano giuridico.

³ Cfr. Tomás y Valiente, El derecho penal, cit., pp.331-333.

⁴ Da questo discorso sull'*adulterium cum sponsa* va eccettuata la Castiglia, dove la *Nueva Recopilación* ribadisce una specifica pena legale. La norma risale al 1385 e va a correggere Fuero Real, 4.7.2, da una parte aggravando la sanzione, dall'altra limitandola agli *sponsalia de praesenti*. Il riferimento all'età dei due *sponsi de praesenti* aiuta a comprendere il cuore del problema: due nubendi biologicamente puberi, ma sostanzialmente troppo acerbi per costituire una famiglia, si scambiano la promessa in modo definitivo, ma differiscono consumazione e convivenza. Tutto lascia pensare ad unioni combinate: in questo lasso di tempo, le passioni della giovinezza possono indurre a piaceri illeciti. *Nueva Recopilación*, 8.20.3 (= Ordenanzas Reales de Castilla, 8.15.2): «Contienese en el fuero de las leyes, que si la muger que fuere desposada hiciere adulterio con alguno, que ambos à dos sean metidos en poder del esposo, assi que sean sus siervos; pero que no los pueda matar: i porque esto es exemplo, i manera para mucha dellas hacer maldad, i meter en ocasion, i verguenza à los que fuessen desposados con ellas, porque no puedan casar en vida dellas; por ende tenemos por bien, por escusar este yerro, que passe de aqui adelante en esta manera: que toda muger, que fuere desposada por palabras de presente con hombre, que sea de catorce años complidos, i ella de doce años acabados, è hiciere adulterio, si el esposo los hallare en uno, que los pueda matar, si quisiere, ambos à dos; assi que no pueda matar al uno, i dexar a l'otro, pudiendolos à ambos à dos matar: i si los acusare à ambos, ò a qualquier dellos, que aquel, contra quien fuere juzgado, que lo meten en su poder, y haga de èl, i de sus bienes lo que quisiere; i que la muger no se pueda escusar de responder à la acusacion del marido, ò del

gli *sponsi de futuro*, è sufficiente la *poena stupri*⁵). Il giudice, nell'esercitare il suo arbitrio, tiene presenti le indicazioni che provengono dalla dottrina, dalla giurisprudenza consolidata, dalla stessa *lex divina e naturalis: auctoritates* affidabili da contemperare con *prudencia*, ma non strettamente vincolanti. Il Deuteronomio, in questo caso, suggerisce la perfetta equiparazione con l'adulterio, mentre il diritto romano riconosce il delitto, ma è laconico sulla sanzione⁶. Il Cinquecento, però, ha scavato un solco più profondo tra matrimonio e sponsali: il giudice non può non tenerne conto, così come non può ignorare la consuetudine locale⁷. Valutando la gravità della condotta, che si rivela maggiore rispetto a un semplice stupro ma inferiore all'adulterio, il risultato porta a una misura intermedia. Visti i precedenti giudiziari, per Carpzov può ben essere la fustigazione con esilio perpetuo⁸. Come comportarsi, invece, quando il rapporto avviene tra *sponsi*? In questo caso, per essere illecito, occorre che il reato intervenga tra fidanzati *de futuro*⁹. Al di là del *ducere et dotare*, che come abbiam visto si fa più stringente, sembra opportuno applicare una pena pubblica, ma più lieve rispetto a quella che colpirebbe due *soluti*¹⁰.

esposo porque diga que quisiere probare que el marido, ò el esposo cometi adulterio». L'effettività di questa norma a fine Cinquecento è testimoniata da Pérez, Ordenanzas Reales de Castilla recopiladas, y compuestas por el doctor Alonso Díaz de Montalvo, Madrid 1780, III, p.299.

⁵ «De ejusmodi sponsalibus de futuro hic non valde laborandum, cum hæc ob defectum puræ voluntatis contrahentes non multum stringant (...) nec hoc casu severiorem aliquam, præter stupri poenam, infligendam esse, facile concesserim»: Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LVI, n.25, p.42. Con una conseguenza: la fidanzata *de presenti* patisce un supplizio più grave; la fidanzata *de futuro* potrebbe restare impunita e combinare un altro matrimonio (con lo stupratore): l'unica vera sanzione che sconterebbe è di carattere civilistico (restituzione dei doni allo *sponsus* tradito).

⁶ Dt XXII, 23-24: «Si puellam virginem desponsatam viro invenerit aliquis in civitate et concubuerit cum illa, educetis utrumque ad portam civitatis illius et lapidibus obruetis, et morientur: puella quia non clamavit, cum esset in civitate, vir quia humiliavit uxorem proximi sui; et auferes malum de medio tui». D.48.5.14.3: «Divi Severus et Antoninus rescripserunt etiam in sponsa hoc idem vindicandum, quia neque matrimonium qualecumque nec spem matrimonii violare permittitur». Cfr. Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LVI, nn.28-29, pp.42-43.

⁷ «Hodie certe, ubi sponsalia de præsentibus nuptiæ ac matrimonium vere non sunt, neque adversus corruptorem sponsæ, neque adversus sponsam corruptam, gladii poena animadvertendum est: ne scilicet violatores sponsaliorum et matrimonii pari poena plectantur, inter quos tamen differentia talis existit, qualis est inter ipsa sponsalia et matrimonium»: Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LVI, n.33, p.43.

⁸ «Quod et in hisce ac vicinis locis arbitrari fuere Scabini, quibus poenam fustigationis hoc casu adulteriis sponso ac sponsæ infligi sufficere visum fuit (...) non poena adulterii ordinaria, nec poena stupri, sed inter stuprum et adulterium alia poena intermedia, minori quam adulterii, majori autem quam stupri, puta fustigatione et relegatione». Va precisato, però, che in Sassonia la *Constitutio Electoratus* e l'*Ordinatio matrimonialis* avevano positivizzato tali misure. Carpzov parte con la sua *interpretatio*, continua parlando di *arbitrium*, finisce per esaltare la ragionevolezza del suo diritto patrio, che ha colmato una lacuna dello *ius commune*. Ma lo spazio dell'opinabile si riapre poco dopo: queste pene vanno applicate anche nel caso, meno grave, della congiunzione tra uno *sponsus* e una *soluta* (che fa il paio con l'adulterio del *coniugatus cum soluta*)? Gli scabini ritengono di sì per quanto riguarda l'uomo (che comunque viola una promessa); «in foemina vero soluta, sponsum alieno admittente, poena fustigationis ceu nimium rigorosa (...) quapropter relegatio temporalis hoc casu sufficiens visa fuit»: Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LVI, nn.38-51, pp.43-44.

⁹ Viceversa, nel caso di *sponsi di presente*, il rapporto non solo è necessario per perfezionare il matrimonio, ma è perfino doveroso, rientrando nel debito coniugale. Da qui anche la difficoltà a configurare la violenza sessuale: Sainz Guerra, La evolución, cit., p.680.

¹⁰ Per Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXIX, nn.46, p.134 bisogna perciò abbreviare le due settimane di carcere che si è soliti irrogare agli stupratori. La minor gravità del fatto, *ex ante* o *ex post*, giustifica un trattamento più morbido (e tuttavia è significativo che, in ogni caso, non si rinunci a una sanzione simbolica). «Non solum vero stupri poenam exasperare, sed et, si res et circumstantiæ hoc postulant, eam mitigare judex

L'onestà è un requisito soggettivo fondamentale per configurare il reato di *stuprum*¹¹: si tratta di un *habitus*, uno stile di vita che gode dell'apprezzamento sociale e merita un *favor* giuridico. È sempre possibile contestarlo, derubricando il reato a mera *fornicatio*. «En definitiva, a la hora de la verdad de hecho todo podría quedar reducido a un problema de prueba», quindi di testimoni o di fama, che le parti potevano allegare a proprio vantaggio: la donna disonesta è, di converso, *meretrix*¹². Alle prostitute vere e proprie¹³, il diritto romano assimila una serie di «*personæ viles, veluti in cauponis, et tabernis servientes*» e persino le ancelle: il fatto non sarà punito a titolo di stupro, perché costoro non hanno un'onestà da difendere¹⁴. Alcuni criminalisti precisano che un conto è la *vilitas* immeritevole di tutela, un altro la *paupertas*: nulla esclude che una fanciulla povera possa essere onesta¹⁵. Stuprare una nobile, però, è reato senz'altro più grave¹⁶.

potest; utrumque enim ipsius officio incumbere». Se occorre, l'*arbitrium* può tradursi in un'arma tagliente, ma più spesso stempera il rigore legislativo.

¹¹ «*Stuprum esse corruptionem virginis, vel viduæ honestæ, ut agnoscat non esse reos stupri, qui cum foeminis inhonestis congressi fuerint*»: Gonzalez Téllez, *Commentaria*, cit., t.V, tit.XVI, cap.II, n.5, p.210

¹² La prova del meretricio rappresenta una delle questioni più dibattute in fatto di *delicta carnis*. Le teorie più restrittive richiedono che il *turpis questus in lupanari vel loco publico* sia continuato; altri definiscono *meretrix* anche la donna che ha conosciuto *sine pretio* più di un uomo. Si discute se sia sufficiente il meretricio occulto o sia necessario quello pubblico. Una tale disparità di opinioni condiziona pesantemente la portata della tutela penale: Alonso Romero, *La condición*, cit., pp.303-306. La questione non si sviluppa diversamente nelle pagine di Carpzov, che pure vorrebbe sganciare l'onestà dal giudizio sociale per ancorarla all'integrità fisica. In fin dei conti, per questi *delicta difficilis probationis*, è sempre difficile ottenere dati certi su cui basarsi. Come sapere se la ragazza era davvero vergine e la vedova era continente? Bisognerà far tesoro anche degli elementi più deboli, e in ultimo attenersi alla presunzione. «*In dubio vidua honesta et puella virgo præsumitur; ideoque stupratori contrarium dicenti, et stupratam antea quoque ab aliis fuisse vitiatam asserenti, onus probandi incumbit*»: Carpzov, *Practica*, cit., q.LXVIII, nn.76-83, pp.126-127.

¹³ Anche quelle *virgines* che si prostituiscono per la prima volta: il fatto di aver pattuito un prezzo le rende già *dishonestæ*: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXVIII, n.87, p.127 (è forse a questo caso che si riferisce la gl. *Viduam* ad I.4.18.4 quando parla di *virgo meretrix*?). D'altro canto, l'impunità maschile è assicurata ogniqualvolta «*stuprata mulier post stuprum meretrix evasit*»: la condotta successiva purga il primo reato, a vantaggio del reo. Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.79, p.561.

¹⁴ Gonzalez Téllez, *Commentaria*, cit., t.V, tit.XVI, cap.II, n.5, p.210. I riferimenti giustinianeî sono D.47.10.25: «*Si stuprum serva passa sit, iniuriarum actio dabitur*»; D.48.5.6: «*Inter liberas tantum personas adulterium stuprumve passas lex Iulia locum habet. Quod autem ad servas pertinet, et legis Aquiliæ actio facile tenebit et iniuriarum quoque competit nec erit deneganda prætoria quoque actio de servo corrupto: nec propter plures actiones parcendum erit in huiusmodi crimine reo*»; C.9.9.24: «*Etsi libidine intemperatæ cupiditatis ex actorum lectione exarsisse te cognitum est, tamen cum ancillam comprehendisse et non liberam stuprasse detectum sit, ex huiusmodi sententia gravatam potius opinionem tuam quam infamia adflictam esse manifestum est*». La dimensione sociale dell'onestà si riflette anche su quelle ragazze non più vergini che però, occultati i propri peccati, godono di buona fama; si discute circa la possibilità di configurare o meno lo *stuprum*. Una soluzione intermedia afferma che il reo «*in foro conscientiæ, et quoad poenam criminalem, non tamen excusatur, quin teneatur satisfacere boni viri arbitrio hoc damnum infamiæ sua culpa contractum*». Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, nn.88-90, pp.561-562.

¹⁵ Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXXI, n.67, p.153; Berlich, *Conclusiones practicabiles*, pars V, *Coloniæ Agrippinæ* 1693, concl.XXXVIII, n.77, pp.9-10; Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXVIII, nn.53-60, p.125.

¹⁶ «*Concurreret qualitas personarum offensarum, quæ erant nonnullæ sorores, ac neptes nobiles, et virgines honestissimæ, ac formosæ (...) qualitas pariter delictum aggravat, cum illud dicatur maius vel minus secundum conditionem personæ, in quam delinquitur*»: Caballo, *Resolutiones*, cit., cent.I, casus XCVII, nn.11, p.147.

Come agire, invece, in caso di *coniugata meretricio more vivente*¹⁷? Qui l'autorità giustiniana si contraddice: due frammenti configurano l'impunità dell'adulterio, un altro ne riconosce la perseguibilità¹⁸. Nella prima metà del Cinquecento, autorevoli giuristi si erano espressi per la prima soluzione: il primo tradimento della *meretrix* ha già rotto il toro, per cui il secondo rapporto andrebbe considerato in quanto fornicazione, impunito per entrambi i correi¹⁹. Successivamente, però, prevale un'interpretazione più aspra, favorevole alla pena arbitraria se non a quella ordinaria. La criminalistica d'inizio Seicento sembra compatta nel distinguere la posizione della *meretrix nupta* da quella del drudo (eventuale cliente, se il rapporto è venale)²⁰. La prima non evita la pena ordinaria «quia impudica vita uxoris, injuriam maritali thoro factam non lenit, sed exasperat magis et

¹⁷ Anche qui, il vocabolo *meretrix* va inteso in senso lato, tanto che Carpzov preferisce parlare di «iis, quos antea quoque adulterii reos fuisse». In questa nuova formula, peraltro, spicca l'uso del maschile per sottolineare che il problema va affrontato con un approccio più generale: anche gli uomini possono essere *meretricio more viventes*. Coerentemente con questo assunto, Carpzov estende ad essi e alle corree la medesima disciplina che attribuisce alle *meretrices* e ai rispettivi correi. Talora, nella filigrana della *Practica nova*, già s'intravede il soggetto giuridico unico: da questo punto di vista, Carpzov è il più moderno dei criminalisti. Per quanto possa apparire una posizione di principio (e non lo è: l'autore richiama ben 5 sentenze emesse tra il 1628 e il 1631), si tratta di una scelta densa di significato. Nessun altro criminalista si stacca dall'interpretazione tradizionale, per cui solo la donna può essere *meretrix*. Cfr. Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LVII, nn.1 e 37-42, pp.48 e 52.

¹⁸ C.9.9.22: «Si ea quae tibi stupro cognita est passim venalem formam exhibuit ac prostituta meretricio more vulgo se praebuit, adulterii crimen in ea cessat»; C.9.9.28: «Quae adulterium commisit, utrum domina cauponae an ministra fuerit, requiri debet, et ita obsequio famulata servili, ut plerumque ipsa intemperantiae vina praebuerit: ut, si domina tabernae fuerit, non sit a vinculis iuris excepta, si vero potentibus ministerium praebuit, pro vilitate eius quae in reatum deducitur accusatione exclusa liberi qui accusantur abscedant, cum ab his feminis pudicitiae ratio requiratur, quae iuris nexibus detinentur et matris familias nomen obtinent, hae autem immunes ab iudiciaria severitate praestentur, quas vilitas vitae dignas legum observatione non crediti». Al contrario D.48.5.14.2: «Sed et in ea uxore potest maritus adulterium vindicare, quae vulgaris fuerit, quamvis, si vidua esset, impune in ea stuprum committeretur».

¹⁹ Corradi, *Prætorium*, cit., lib.I, cap.IX, par.III, de Adulterio, n.21, p.384; Bossi, *Tractatus*, cit., fol.190B; Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., pp.55-56. Anche Grillando segue questa linea, con una precisazione. Se il primo rapporto illecito fosse avvenuto *ante nuptias*, non andrebbe computato ai fini dell'impunità dell'adulterio *post nuptias*. Il matrimonio, infatti, purga le macchie del passato e conferisce alla donna l'onesta qualifica di *mater familias*; l'uomo che sposa una *meretrix* si aspetta da essa una nuova vita, per cui è legittimato ad accusarne il primo tradimento seguente. Viceversa, se dopo il matrimonio «iam ceperat iterum meretricari et reverti ad veterem impudicam vitam» la condotta va considerata mera *fornicatio*, impunita per il diritto secolare, ma sanzionata *de iure canonico*: Grillando, *Tractatus*, cit., fol.80. Lo seguono Claro, *Practica*, cit., par.Adulterium, n.3, fol.4A e Deciani, *Tractatus*, cit., t.II, lib.VIII, cap.VII, n.14, p.300. Ne riassumono le posizioni, senza dividerle: Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, nn.82-83, pp.472-473; Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LVII, nn.6-8, p.49. Cfr. Massetto, *I reati*, cit., pp.363-364.

²⁰ Questa *distinctio*, già sostenuta da Gambiglioni, ha il pregio di comporre l'antinomia romanista: trova riscontro, a inizio Cinquecento, in una celebre pronuncia del Sacro Regio Consiglio. Il caso è intricato, perché alla questione della punibilità si somma un conflitto di competenza. La donna era stata deferita alla Vicaria dal marito: ma Gaspare di Toralto, che aveva in appalto la gabella delle meretrici, ne rivendicava la giurisdizione privata. «Videtur concludere, quod cum meretrice nupta, non puniatur adulterium (...) unde meretrix etiam nupta regulatur secundum leges meretricales, ideo debet hæc remitti ad iudicem meretricum. Hoc non obstante, fuit decisum, quod causa huiusmodi non debebat remitti, ex quo hæc meretricando non potuit auferre viro ius faciendæ querelæ in magna Curia. Et non est verum, quod cum meretrice committatur adulterium impunitum (...) quod quoad ipsam meretricem, est punibile, sed quo ad accedentem ad eam, non»: Capece, *Novæ decisiones, Francofurti ad Moenum 1573*, dec.XLIV, n.4, p.70. Cfr. d'Afflitto, *In utriusque Siciliae*, cit., secunda pars, lib.III, rubr.XLII, n.5, fol.173.

aggravat»: sarebbe ridicolo se dalla reiteratio non scaturisse durezza, ma clemenza²¹. Ma se nei confronti del marito la donna resta una *uxor*, nei confronti del correo può ben figurarsi *soluta*: pertanto, quest'ultimo è scusato dalla pena. La soluzione piace a Farinacci, che la considera prassi dell'Urbe «quæ omnium aliarum civitatum magistra est», mentre lascia parzialmente insoddisfatto Carpzov, che auspica una pena arbitraria per il drudo spudorato²². Anche il diritto canonico, d'altra parte, non risparmia i chierici che si uniscono a una *meretrix nupta*²³.

La *qualitas personarum*, però, può anche aggravare la posizione del reo: effetto che si rende palese soprattutto nei luoghi dove la pena ordinaria – pecuniaria – si tramuterebbe nell'estremo supplizio. Il diritto romano puniva duramente il rapporto tra un *servus* e la sua

²¹ Infatti, ad ammettere la prima di tesi, «sequeretur absurdum, quod, mulier publica adultera, et magis libere, ac luxuriose vivens, minus puniretur, quam mulier non sic publice cognosci se pariens»: con questo *argumentum ab absurdo* smonta la soluzione indulgenzialista Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLI, n.85, p.473. L'*additio* n.27 di Baiardo a Claro, Practica, cit., par.Adulterium, fol.8A sostiene l'opportunità di una pena straordinaria «quia res est mali exemplo». Francesco Vegio, invece, rivendica a gran voce la pena ordinaria per entrambi: Vegio, Responsorum, cit., lib.I, cons.LXVI, nn.221 e 230, fol.175. «Nam alioqui fieret, ut luxuria et sæpius reiteratum delictum melioris esset conditionis, quam castitas, vel delictum semel commissum: quod tam rationi, quam regulis juris adversatur, quæ geminationem et reiterationem delicti poenam aggravare, docent»: Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LVII, nn.12-13, p.49.

²² Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLI, nn.85 e 87, p.473. Cfr. Marchisello, Alieni thori violatio, cit., pp.163-164. L'impunità del correo è quindi ancora giustificata sulla base di un precedente adulterio, che ha rotto il toro: perciò nei suoi confronti la *meretrix nupta* è come se fosse *soluta*. Ma questa, fa notare Carpzov, è solo una *fictio iuris*: finché non interviene una sentenza di divorzio del tribunale ecclesiastico, il vincolo non è disciolto. Il drudo commette lo stesso reato della *meretrix*, perciò va castigato con una pena inferiore a quella dell'adulterio, ma superiore a quello dello stupro: la giurisprudenza sassone propende per *fustigatio* e *relegatio perpetua*. Questo regime va applicato sia in caso di meretricio palese, sia se la donna occulta la propria vita lussuosa; sia se ha compiuto innumerevoli adulteri, sia se ne ha commessi due; sia se la donna ha abbandonato il tetto coniugale, sia se coabita col marito; sia se questi è ignaro, sia se consapevole. Il cliente va punito anche se il marito è connivente, «adeoque ei veluti scienti ac volenti minor fit iniura»: allargando la punibilità, si scoraggia con più efficacia la piaga del lenocinio coniugale. Come sempre, le soluzioni prospettate da Carpzov sembrano terribili: nondimeno, all'atto pratico, l'autore riconosce un'ampia possibilità di sfruttare l'attenuante, concessa anche in base a presunzioni ed indizi. In un memorabile caso del 1628, egli stesso si era trovato a decidere le sorti di undici *soluti* che si erano uniti alla stessa *nupta*. La donna, rea confessa, non ricordava con quale di essi avesse consumato il primo tradimento: dettaglio fondamentale, perché solo costui avrebbe pagato con la pena di morte, mentre i restanti dieci avrebbero scontato la sanzione straordinaria. «Nos habita deliberationem, in dubio omnes ab ordinaria poena adsolvendos esse, arbitrati fuimus». Sarebbe stato «inhumanum ac rigorosum» estendere a tutti la pena ordinaria: meglio irrogare a tutti quella arbitraria. Cfr. Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LVII, nn.14-20 e 23-28 e 76-81, pp.50 e 55.

²³ Paolo Grillando aveva tagliato corto, sostenendo la punibilità *de iure canonico* di questo adulterio, tanto per i laici quanto per i consacrati. Successivamente nelle parole di Díaz de Lugo, Practica, cit., p.395 si coglie un tentativo di ammorbidire la pena facendo perno sull'*ignorantia*: se il chierico non è al corrente della stato coniugale della donna da lui conosciuta come *meretrix*, non può patire la pena ordinaria. Pochi anni dopo, sembra più dura la posizione di Choveron, De publicis concubinariis, cit., p.72: «Clericus constitutus in sacris scienter committens adulterium debet a ministerio altaris removeri saltem de iure canonico, licet mulier esset meretrix, et impudica: quia propter hoc præbyter non excusaretur (...) clericus adulter gravius puniretur, quam laicus, qui si cognoscat mulierem coniugatam, si esset meretrix publica, vel prostituta, excusaretur ab adulterio». Ma si tratta di un contrasto solo apparente, come rileva Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLI, n.89, p.473: perché se il *Doctor Hispanus* aveva scusato l'ignoranza, il canonista francese aveva posto l'accento sulla *scientia*. In ogni caso, va rilevato che *in foro conscientie* l'adulterio con una donna *meretricio more vivente* non sarebbe scusato: Valero, Differentiæ inter utrumque forum, Carusia Maioricarum 1616, cit., par.Adulterium, diff.IV, fol.27B.

*domina*²⁴. Qualunque sia l'originaria portata della norma, i giuristi moderni sanno piegarla bene ai propri interessi. Da una parte, infatti, permette di dar valore alla disparità cetuale tra rei; dall'altra rassicura i capifamiglia: i palazzi nobiliari pullulano di domestici, precettori, dipendenti di vario genere che potrebbero profittare della propria intimità con le donne di casa: coniugate, figlie ma anche nubili e vedove che convivono sotto lo stesso tetto. Per questo, la disposizione qualifica sia l'*adulterium* che lo *stuprum*, determinando la durissima risposta dei tribunali. La questione sembra preoccupare soprattutto la Francia. Le consuetudini di Bordeaux sottolineano la violazione dell'obbligo di *custodia*: i servitori «tantum falsarij et infidi capite luunt». A Parigi, nel 1551, il Parlamento non risparmia la forza a un «institor cauponæ, qui cum domina adulterium commisisset»; lo stesso accade a Tolosa, dove uno scrivano aveva profittato della moglie del suo padrone²⁵. Il *famulus* deve riverenza al suo padrone: un simile delitto costituisce un tradimento della *fides*; ma anche le ragioni dell'onore pesano su questa condotta, rendendolo particolarmente odiosa²⁶. Per questo motivo, la stessa durezza non si ripete nel caso opposto: il padrone di casa che si unisce alla propria ancella è punito *extra ordinem*²⁷. L'onestà della casa è offesa anche se un servo o una serva consumano il rapporto «in domo sui patroni». Il Sacro Regio Consiglio napoletano, accertato che la serva è «vilem et levissimæ famæ», assolve il reo

²⁴ C.9.11.1. «Qui cum domina stuprum commisisset servus, ex constitutione Constantini comburitur, domina capite plectitur»: Pietro Gregorio, *Syntagma*, cit., pars III, lib.XXXVI, cap.IX, n.12, p.386. Cfr. Menochio, *De arbitrariis iudiciis*, cit., lib.II, cent.III, casus 288, n.27, p.434. La teologia morale, in questo caso, individua una «circumstantiam graviter augentem peccatum»: Azor, *Institutionum moralium*, cit., pars III, lib.III, cap.XXIX, col.220. In questo caso, è il dettato normativo a ispirare la riflessione dei moralisti.

²⁵ Pietro Gregorio, *Syntagma*, cit., pars III, lib.XXXVI, cap.VI, n.20, p.380. Il caso parigino è meglio descritto da Papon, *Recueil d'arrests*, cit., lib.XXII, tit.IX, arr.IV, pp.1261-1262. «In Gallia apud Curias supremas sæpe contra famulos concumbentes cum Domina, fuisse servatum rigorem capitalis poenæ»: Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, n.57, p.470.

²⁶ «Nempe quo vilior est adulter, eo etiam graves injurias suas mariti æstimare solent. Itaque si vir fortis, aut princeps uxorem alicuius vitiaverit, scelus quidem indignum videtur, utcumque tamen concoquitur iniuria: enimvero si vilis et infirmæ fæcis nebulo id fecerit, tum mariti inextinguibilem animo concipiunt dolorem»: Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.VII, n.9, pp.327-328.

²⁷ «En cuanto a los señores, aun que, en principio, estaban obligados a velar por la vida honesta de sus criadas, y así se especificaba en los contratos que formaban, solían abusar sexualmente de estas personas que quedaban a su arbitrio y que, frecuentemente, tan sólo eran niñas de corta edad»: Rodríguez Ortiz, *Mujeres*, cit., p.52. Il problema non si pone per lo stupro violento, la cui tutela è stata estesa dallo *ius proprium* persino alle prostitute (la violenza contro l'ancella è espressamente contemplata da Statuti di Macerata, 3.96). Piuttosto, la questione verte sulla fattispecie non violenta, e soprattutto su quel *ducere vel dotare* che rischierebbe di mettere in serio imbarazzo il padrone. Perciò, attenendosi alla presunzione romanista per cui tutte le ancelle sono vili, scrive Pietro Gregorio, *Syntagma*, cit., pars III, lib.XXXVI, cap.IX, n.12, p.386: «non ita puniatur dominus, qui propriam ancillam stupraverit». La ragione è chiara: «ancillæ et famulæ sunt meretrices», secondo Bossi, *Tractatus*, cit., fol.191A. «Stuprantem ancillam sclavam suam puniri extra ordinem», sostiene invece Menochio, *De arbitrariis iudiciis*, cit., lib.II, cent.III, casus 293, n.1, p.443. Lo stesso Farinacci, che aveva condannato l'assimilazione tra *vilitas* e *paupertas*, aveva però eccettuato le *ancillæ* dal novero delle *honestæ* (e perciò dalla pena ordinaria dello stupro): Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXXI, n.67, p.153; Id., *Consilia sive responsa, Coloniae Allobrogum 1649*, t.I, cons.XC, pp.557-560. Nel Seicento, i giuristi appaiono meno tolleranti verso queste condotte. Secondo la giurisprudenza sassone, «nec virginem in obsuro et humili loco natam, impunem stuprare licet, sicut nec famulam seu ancillam: sed stuprator, licet genere sit nobilis, tam nihilominus vel ducere, vel dotare tenerur»: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXVIII, n.59. «Vilitatem intelligit respectu meretriciæ vitæ, et non vilitatis personæ, vel abjectæ fortunæ, nisi ageretur de ancilla, et ministra alicujus cauponæ, alias absurdum esset, et iniquum admittere impunitatem stupri in aliis ancillis, et puellis humilis conditionis, sed honestis, quamvis majori poena dignus sit, qui nobilem stuprat, quam qui ancillam, vel aliam abjectam mulierculam»: Savelli, *Summa*, cit., IV, par.Stuprum, n.1, p.266. L'*impasse*, però, si protrae fino al Settecento: Arrivo, *Seduzioni*, cit., p.45.

dallo stupro, ma dispone che «pro iniuria illata patrono (...) ultra carcerationem fere annalem esse condemnandum ad exilium per annum continuum»²⁸.

Il valore della *fides* è sotteso anche in altre ipotesi. Tradire un vincolo di vassallaggio²⁹, tutela³⁰ o curatela³¹ determina un significativo inasprimento sanzionatorio.

²⁸ La sentenza riforma la precedente condanna emessa dalla Vicaria: Grammatico, Decisiones, cit., dec.CVII, nn.1 e 9, fol.173. In generale, si può ricorrere all'*actio de servo corrupto*, ex D.11.3.2. Corradi, Prætorium, cit., lib.I, cap.IX, par.III, de Stupratoribus, n.12, p.388 suggerisce anche l'esperibilità dell'*actio legis Aquiliae* o dell'*actio iniuriarum*. In Castiglia due norme regolano la questione. La più antica è del 1386, poi confluita in Ordenzas Reales de Castilla, 8.15.1: «Porque acaesce à las veces, que los que viven con otros se atreven à hacer maldad, y fornicio con las barraganas, ò con las pazienta, ò con la sirvientas de casa; y de esto suele venir muerte, de los Señores, y otros males, y daños. Por ende establescemos, y mandamos, que qualquier, que ficiera fornicio con la barragana conocida del Señor, ò con doncella que crie en su casa, ò con cobijera de la Señora de quello que la tienen, ò con la parienta de aquel con quien viviere, morando la parienta en casa del Señor, ò con el ama que cria à su fijo, o fija en quanto le diere leche, que lo maten por ello. Y la que este yerro ficiera, que sea puesta en poder de aquel con quien viviere, que le de la pena que quisiere, tambien de muerte, como de otra manera. Y al que hiciere tal maldad con la sirvienta de casa, que no sea de las sobredichas, que le den à casa uno de ellos cien azotes publicamente, por la Villa. E si fuere fijo dalgo el que este yerro hiciere con la sirvienta, como dicho es, y ella fuere fija dalgo, que yaga un año en la cadena. E qualquier de ellos, que non fuere fijo dalgo, que le den cien azotes. E si qualquier de estos, que viven con otro, se desposaren, ò casaren con la fija, ò parienta, que tenga en su casa de aquel con quien viviere sin su mandado, que aquel que este yerro ficiera sea echado del Reyno para siempre. Y si tornare, que las justicias lo maten; y ella sea desheredada, y hayan sus bienes sus parientes mas propinocs. Y esto que lo pueda acusar el padre, ò la madre, ò el Señor, o la Señora con quien viviere. E si a quel ò quello con quien vivieren no lo acusaren, que lo pueda acusare qualquier de los parientes mas propino fasta tercero grado. Pero si el padre, ò la madre, ò el Señor con quien viviere la perdonare, que otro no la peda acusar». La seconda è promulgata da Filippo II nel 1565 e viene raccolta in Nueva Recopilación, 6.20.4: «Mandamos que el criado, ò persona, que sierven en qualquier servicio, ò ministerio que sea, que se embolviere, i tuviere aceso carnal con alguna muger, ò criada, ò sirvienta de la casa de su Señor, i Amo, no siendo hombre Hijodalgo, le sean dados cien azotes publicamente, i sea desterrado por dos años, i que la misma pena aya la dicha criada, ò muger: pero siendo hombre Hijodalgo, la saquen à la verguenza, i sea desterrado pro un año del Reino, i quatro años del Lugar, dò esto acaesciere: pero que lo susodicho acaesciere con parienta del Señor, ò Amo, ò doncella que cria en su casa, ò ama, que le cria su hijo, que en esto se proceda, i haga justicia con mas rigor, segun la calidad del caso lo requiere, i que en la mesma pena cayan, è incurran lo criados, ò criadas, que se probare, ò constare aver sido terceros, ò medianeros, para que otros de fuera de casa cometan, i hagan el dicho delito». Cfr. Tomas y Valiente, El derecho penal, cit., p.321. Per arbitrio, le corti sono solite aggiungere la cavalcata dell'asino: Medina Plana, Engaños, cit., p.640.

²⁹ Il signore che adultera la moglie del suo vassallo o ne stupra la figlia perde il dominio diretto: la parte lesa è sciolta dal vincolo di subordinazione e giurisdizione, e consolida la piena proprietà del beneficio. Viceversa, se è il vassallo a conoscere o persino insidiare le familiari del *senior*, perde il dominio utile. Lealtà richiesta anche dopo la morte del signore: chi si unisce alla vedova è egualmente punito. La sanzione scaturisce da Libri Feudorum, 1.5.1: «Item si fidelis cocurbitaverit dominum idest cum uxore eius concubuerit vel concumbere se exercuit aut cum ea turpe luserit: vel si cum filia aut nepte ex filio: aut cum nupta filio: aut cum sorore domini concubuerit (hec ita obtinent si domo domini maneat) iure feudi amittere censetur». È comunemente ricordata dai criminalisti: de Damhouder Praxis, cit., cap.LXXXIX, n.32, foll.94B-95A e cap.XCII, nn.10-11, fol.104A; Menochio, De arbitrariis iudiciis, cit., lib.II, cent.III, casus 288, n.23, p.434; Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLI, n.48, p.469. Cfr. Marchisello, Alieni thori violatio, cit., pp.160-161.

³⁰ Il tutore che si unisce alla pupilla è sottoposto a pene gravissime. C.9.10.1: «Si tutor pupillam quondam suam violata castitate stupraverit, deportatione subiugetur atque universæ eius facultates fisci viribus vindicentur, quamvis eam poenam debuerit sustinere, quam raptori leges imponunt». La ratio è chiara: «quia tutor est loco patris, et principaliter datur personæ, ut eam doceat in bonis et honestis moribus, et non in luxuria, et vita impudica»: Choveron, De publicis concubinariis, cit., p.237. Questo rapporto si consuma infatti «quasi incestuose»: de Damhouder, Praxis, cit., cap.XCII, n.9, fol.104A. Cfr. Claro, Practica, cit., par.Fornicatio, n.23, fol.34B; Pietro Gregorio, Syntagma, cit., pars III, lib.XXXVI, cap.IX, n.5, p.385. La teologia morale, ispirata dal diritto secolare, individua una circostanza aggravante: Azor, Institutionum moralium, cit., pars III, lib.III, cap.XXIX, col.220. Cosa accade, invece, quando tutore e pupilla si uniscono

La stessa logica sorregge la costruzione interpretativa di altre due fattispecie: il cocchiere che violenta la donna che gli viene affidata³² e il custode del carcere che si unisce alle prigioniere³³: siamo ai limiti del tradimento, e la reazione può talora schizzare fino alla pena capitale³⁴.

Un rovente dibattito infiamma quest'epoca: qual è il supplizio per chi stupra una *virgo non viripotens*? Il diritto romano prevedeva la *relegatio in insula* per gli *honestiores*, la *damnatio in metallum* per gli *humiliores*³⁵. Una pena legale che lascia insoddisfatti non pochi giuristi, consapevoli di quanto sia odioso questo peccato: la misura, oltretutto, sembra incoerente rispetto alla *poena capitis* praticata per lo *stuprum cum vi*. La *non viripotens* non ha ancora 12 anni: come può capire e volere un simile rapporto? Non è, necessariamente, oggetto di violenza? Contro la lettera del Digesto, si può impugnare il Vangelo, che pare suggerire una rigorosa *suspensio*³⁶. Ad inizio Cinquecento, Matteo d'Afflitto, convinto che un'età tanto acerba costituisca un'aggravante nei *delicta carnis*, si

in matrimonio? Il diritto canonico ammette le nozze, mentre lo *ius civile* fissa una causa d'impedimento: in un caso ricordato da Bossi, Tractatus, cit., fol.191B, il Senato di Milano punisce il tutore *arbitrarie*, con la catena. Menochio, De arbitrariis iudiciis, cit., lib.II, cent.III, casus 288, n.13, p.433 considera ripugnante tale pronuncia, richiamando sul punto l'insegnamento di Choveron, De publicis concubinariis, cit., p.239: «quando ius civile et canonicum contrariantur in matrimonialibus, aut alijs spiritualibus, tunc iuri canonico et non civili standum est».

³¹ Per analogia con la tutela, si punisce il curatore che si unisce alla donna «durante cura vel ea finita»: Gómez, Ad leges Tauri, cit., p.564.

³² «Et de auriga, seu Cochiero vim inferente mulieri honestæ, ejus custodiae ad vehemendum commissæ poena mortis puniendo, si flagitium perfecit; alias autem publice verberibus afficiendo, et ad remigandum transmittendo pro aliorum exemplo, et terrore»: Savelli, Summa, cit., IV, par.Stuprum, n.5, p.268.

³³ Gómez esplicita la derivazione di questa ipotesi dalla legge costantiniana sui tutori: «si custos carceris habeat accessum ad mulierem captam vel incarceratam sub custodia sua, acriter deberet puniri: imo de consuetudine puniretur poena mortis». La gravità della condotta è tale che questa circostanza «procedat etiam si talis mulier sit inhonesta, imo publica meretrix (...) quod tamen intellige quando talis mulier meretrix quæ capta cognoscitur invita et per vim: secus vero alias, quia mitius deberet puniri». Non pochi dottori si erano espressi su tale circostanza che, in ultima analisi, si traduceva in un'infedeltà verso le istituzioni (e per questo toccava le corde della lesa maestà). «Ego tamen dico, quod cum iste casus a iure non sit decisus, puniretur custos carceris poena quandam arbitraria, secundum qualitatem personarum et carceris»: Gómez, Ad leges Tauri, cit., p.564. Ma se *de iure communi* la pena è arbitraria, la legge sassone ha positivizzato anche questa ipotesi. Constitutio Electoratus, 4.25 ha infatti previsto la fustigazione per il custode, quando «incarcerata se sponte a custode cognosci patitur»; invece, in virtù di Constitutio Electoratus, 4.30, «si custos vim incarceratæ inferat, stuprumque violentum committat: poenam fustigationis non sufficere, sed stupratorem gladio plectendum esse, dubiam non est»: Carpozov, Practica, cit., pars II, q.LXIX, n.29, p.133. De Bohier, Decisiones, cit., dec.CCCXVII, pp.660-665 si sofferma sui togati: in caso di congiunzione *cum vi*, il giudice (tra le altre cose) è privato dell'ufficio; non così se il rapporto è consensuale (può essere però ricusato *causa amicitiae*). Alla violenza è assimilata la seduzione, magari con «pacto de ipsa a carcere relaxanda et absolvenda». Cfr. Choveron, De publicis concubinariis, cit., p.238; Papa, Decisiones, cit., dec.CCCCXLVIII, n.3, p.365.

³⁴ In Castiglia, Partidas, 2.14.1-4 avevano affrontato il caso di congiunzione con una donna appartenente alla casa reale. La collocazione stessa della disciplina dimostra l'attrazione di queste fattispecie nell'alveo del *crimenlesæ*. Lo stupro violento è qualificato *traición*, la seduzione *aveve*: nel primo caso si comminava la morte, nel secondo la pena restava ad arbitrio del monarca (purché il fatto non fosse accaduto in «casa de la reina»: la particolare riprovevolezza, allora, giustificava la condanna capitale). Cfr. Rodríguez Ortiz, Mujeres, cit., p.102.

³⁵ D.48.19.38.3: «Qui nondum viripotentes virgines corrumpunt, humiliores in metallum damnantur, honestiores in insulam relegantur aut in exilium mittuntur». Cfr. de Damhouder, Praxis, cit., cap.XCII, n.8, fol.103B; Pietro Gregorio, Syntagma, cit., pars III, lib.XXXVI, cap.IX, n.9, p.386.

³⁶ Mt XVIII, 6: «Qui autem scandalizaverit unum de pusillis istis, qui in me credunt, expedit ei, ut suspendatur mola asinaria in collo eius et demergatur in profundum maris».

schiera per la pena di morte³⁷. A metà Seicento, invece, Anthon Matthes ritiene che la soluzione romanista sia già di per sé un'*exasperatio* rispetto alla fattispecie base³⁸. Non dobbiamo pensare, però, a un'evoluzione: la questione, in realtà, resta sempre controversa. C'è un partito fedele a Giustiniano ed uno moralista: in mezzo, chi invoca l'*arbitrio* per cercare un compromesso. Tutti ricordano una sofferta sentenza grazianopolitana, datata 1461: risultò decisivo il parere del *président*, che corroborò il contestatissimo frammento romano riallacciandolo al paragrafo *Qui puero*: il primo prevedeva la *relegatio in insula*; così anche il secondo, in caso di delitto tentato. I responsi, entrambi di Paolo, parevano incastrarsi perfettamente: a detta del magistrato, in una *non viripotens* il delitto non può mai essere perfetto, giacché essa non perde la *virginitas*. Ci si appellava alla precedenza del dato morale su quello fisico³⁹: il caso fa scuola, sebbene il consesso di Grenoble fosse spaccato al suo interno. Nel riportare la *decisio*, Guido Papa non trascura di riferire l'opinione minoritaria: «in talibus attendi debet etiam voluntas cum aliquo actu extrinseco, licet actus non perficiatur»⁴⁰. Su questa pronuncia si fonda la sentenza adottata, ottant'anni più tardi, dal Sacro Regio Consiglio. Nonostante l'insistenza del fisco, che invoca l'estremo castigo, l'opinione di Tommaso Grammatico risulta decisiva per confermare la sentenza di primo grado: il reo è condannato a sette anni sulle regie triremi e a dotare la *puella*⁴¹. Pur proclamandosi fedele a Paolo, il Giudice partenopeo sta in realtà adattando la pena agli usi correnti: come nota Menochio, sul punto non c'è troppa distanza tra i fautori della soluzione romanista e i sostenitori dell'*arbitrium*⁴². Anche il Senato pedemontano

³⁷ D'Afflitto, In utriusque Siciliae, cit., prima pars, lib.I, rubr.XIX, nn.16-17, fol.83B. Come molti altri, il giudice ricorda la severa opinione di Baldo: contraddicendo Guglielmo da Cuneo, il Perugino dichiarò che, se i rei di siffatto reato gli fossero capitati tra le mani, li avrebbe appesi al laccio senza indugio. Su questa linea troviamo Bossi, Tractatus, cit., fol.192B; Deciani, Tractatus, cit., II, lib.VIII, cap.VII, n.35, p.305. Le Constitutiones Marchiae Anconitanæ, 4.71 comminano la morte naturale a tutti «taliter, quod anima a corpore separetur, et si fuerit vilis persona, furca suspendatur in exemplo, et pro publica vindicta». La norma, formulata dal cardinal legato Rodolfo Pio, viene introdotta nel *corpus* normativo nel 1544. Anche altri statuti propendono per la morte: Pertile, Storia, cit., V, p.522

³⁸ Pur non negando che, in alcuni casi particolari, si possa arrivare alla *poena capitis*. Sul punto, comunque, non si discosta dalla mera esposizione del dettato giustiniano. Matthes, De criminibus, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.V, n.8, p.317.

³⁹ Pur non condividendola, Gómez ne spiega la logica: il reo merita una pena più mite «quia cum talis virgo non sit potens ad copulam, non videtur amittere suam virginitatem, nec videtur damnum irreparabilem: unde delictum non dicitur consummatum, sed magis attentatum»: Gómez, Ad leges Tauri, cit., p.570. Cfr. Menochio, De arbitrariis, cit., lib.II, cent.III, casus CCXCIV, n.4, p.443. Interpretazione coerente, da una parte, con l'impostazione complessiva dell'*honestas*; ma contraddittoria con la sanzione regolarmente irrogata nello *stuprum cum vi*: anche la donna violentata non perde la sua integrità morale, nondimeno l'uomo viene mandato al patibolo. Si coglie un evidente tentativo di salvare la vita al reo (al quale, comunque, non vengono risparmiate pene fisiche piuttosto gravose). In realtà, su questo punto si deve registrare una distanza incolumabile tra l'assiologia contemporanea e quella di Età moderna: alla valutazione del danno resta estranea qualunque considerazione di carattere psicologico, mentre si dà peso al giudizio sociale (che non condannerà l'innocente).

⁴⁰ Da un punto di vista formale, quindi, i *dissentientes* non dubitavano che il reato fosse imperfetto: piuttosto, facevano perno sul dolo. Papa, Decisiones, cit., q.DLV, pp.460-461.

⁴¹ Grammatico, Decisiones, cit., dec.XXII, fol.25A. Misura dura, ma comunque preferibile alla condanna capitale. Col risultato paradossale che, a Napoli, i violentatori cominciano ad allegare l'età immatura della *puella* per alleggerire la propria posizione e scampare la pena dello *stuprum cum vi*: de Franchis, Decisiones, cit., dec.DXXXIV, n.2, fol.245A

⁴² Menochio, De arbitrariis, cit., lib.II, cent.III, casus CCXCIV, n.3, p.443. Nel 1556, lo stesso Menochio difende la causa di un presbitero pavese, condotto davanti al suo vescovo per il tentato stupro di una bambina

riforma una condanna a morte, irrogando dieci anni di triremi: stavolta, però, il giudice Tesauro non teme di affermare con chiarezza che la condanna è stabilita *iudicis arbitrio*⁴³. Claro registra l'incostanza milanese, che in tre sentenze rese tra il 1555 e il 1558 oscilla dalla galera alla decapitazione. Anche lui sostiene l'*arbitrium*, ma con una netta distinzione tra *conatus* e deflorazione, stavolta intesa in senso prettamente fisico: nel primo caso meglio il remo, nel secondo l'ultimo supplizio⁴⁴. Nel frattempo, si battono altre strade: Antonio Gómez pensa di poter distinguere, anche nello *stuprum cum non viripotens*, un'ipotesi violenta da una non violenta: nella prima si applicherebbe la pena di morte (la stessa normalmente prevista per le deflorazioni *cum vi*), nella seconda l'alternativa giustiniana tra *relegatio in insula* e *damnatio in metallum*: entrambe le ipotesi soggette, perciò, a pena ordinaria⁴⁵. La distinzione trova seguito, fino ad essere consacrata nella legislazione sassone⁴⁶.

Infine, un'ipotesi particolarmente detestata è quella del coito tra giudei e cristiane. Il vivo interesse che la questione suscita nei criminalisti è lo specchio della crescente ostilità antiebraica propria del XVI secolo. Tra le righe, si precisa che la fattispecie si estende anche agli islamici: ma evidentemente la cosa interessa meno. Nelle città europee gli Ebrei sono numerosi e, proprio in questi anni, vengono rinchiusi nei ghetti. Di per sé, anche la

di otto anni: con gli stessi argomenti del *président*, domanda l'applicazione della pena straordinaria. L'episodio è riferito nell'*additio* l.q di López a Díaz, *Practica*, cit., p.384.

⁴³ Ed è bene che, laddove si proceda in tal modo, il giudice non si spinga *usque ad mortem* (auspicio ricorrente nel diritto comune, la cui osservanza andrebbe verificata specie da parte delle supreme corti). Anche in questo caso, il *fiscus* aveva chiesto la massima pena. Tesauro, *Novæ decisiones*, cit., dec.CXLVIII, foll.126B-127A.

⁴⁴ «Præterea crederem hoc relinquendum esse iudicis arbitrio, qui inspecta qualitate facti et personarum, illam poenam imponderet, quæ ei videtur. Ego tamen semper fui in voto, quod ubi esset solum conatus ad deflorandum, non puniretur poena mortis, sed alia, citra mortem gravi puta triremium perpetuo, vel per decennio. Ubi vero frangeret pudenda, nullo modo evadere deberet poena ultimi supplicij»: Claro, *Practica*, cit., par.Stuprum, n.9, fol.92. Cfr. massetto, *I reati*, cit., pp.486-487.

⁴⁵ Gómez, *Ad leges Tauri*, cit., pp.570-571; Id., *Commentarium variarumque resolutionum iuris*, *Francofurti ad Moenum* 1572, III, cap.I, n.60, p.445.

⁴⁶ Così il Sacro Regio Consiglio nel 1594, riformando la prassi inaugurata 53 anni prima con Tommaso Grammatico: de Franchis, *Decisiones*, cit., dec.DXXXIV, n.2, fol.245A. Con qualche variante, Menochio, *De arbitrariis*, cit., lib.II, cent.III, casus CCXCIV, pp.443-444: vi aggiunge la terza ipotesi della *non viripotens rapta*, in cui consiglia la pena di morte; per quanto riguarda la *stuprata cum vi*, invece, distingue tra *vis publica* e *vis privata*, ma in entrambi i casi nega la *poena capitis*. L'opinione «multum placet» anche a Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, nn.43-47, pp.558-559. Riprende la bipartizione Savelli, *Summa*, cit., IV, par.Stuprum, n.5, p.268: «Quod stuprum Virginis immaturæ puniatur poena mortis naturalis, intellige concurrente raptu, violentia, consuetudine delinquendi, aut effractura pudendorum puellæ, ita ut inutilis reddatur ad concipiendum, nam concurrente aliqua ex istis qualitatibus locus est dictæ poenæ mortis, alias autem poenæ arbitrarie mitiori». Allo stesso modo Carpzov, che però si fonda sulla lettera di *Constitutio Electoratus*, 4.31: la norma punisce con fustigazione ed esilio perpetuo i casi *sine vi*, col gladio i casi *cum vi*. Tuttavia, il giurista precisa che con bambine fino a sei anni compiuti non può mai darsi un rapporto non violento, «quia enim ejusmodi infantula consentire nequit»: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXIX, nn.38-41, p.133 (Farinacci aveva parlato di «puella non doli capax»). In virtù di *Constitutio Electoratus*, 4.26 la stesso trattamento si ripete per «qui mulierem mente captam carnaliter cognoscit»: anche qua opera un'opinabile distinzione tra *volens* e *vi passa*, poco compatibile con lo stato psicologico della donna. Analogicamente, verghe ed esilio perpetuo spettano a chi provoca l'ubriachezza di una donna per poterla stuprare; così decidono gli scabini sassoni nel 1621: Berlich, *Conclusiones practicabiles*, pars IV, *Francofurti-Coloniæ* 1598, concl.XXXVII, n.6, p.194; Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXIX, nn.33-36, p.133. D'altra parte, mentecatte e ubriache – prive di ragione e perciò di dolo – non saranno punite: Tomás y Valiente, *El derecho penal*, cit., pp.336-337.

fornicatio tra un giudeo e una cristiana «soluta, et meretrice» sarebbe punibile: a maggior ragione se la differenza religiosa va ad aggravare reati come l'adulterio o lo stupro⁴⁷. La pena ordinaria non può bastare per pagare il prezzo del delitto: ma se Claro prospetta una vita sulle galere⁴⁸, Farinacci si fa promotore convinto della pena di morte ogniqualvolta si vada oltre la *fornicatio*. «Et hæc ampliatio apud me est verissima, et si iudex essem, eam omnino de facto servarem». Si potrebbe obiettare che tanta violenza è sproporzionata, perché di regola lo stupro consensuale non è punito col gladio; molto spesso, persino l'adulterio è sanzionato con la multa. «Ego tamen non per hoc, hunc Judæum in præmissis casibus a poena mortis salvarem (...) quia delictum in eo gravius reputatur propter Judaicam qualitatem (...) Aliter dicere, esset ridiculum. Et hæc delicti gravitas debet augere poenam, etiam usque ad mortem inclusive»⁴⁹.

2. *Iuxta conditionem personarum: indagare il dolo*

Tutte le ipotesi finora analizzate sono cucite addosso all'identità delle parti, come fattore intrinseco di disvalore⁵⁰. Vi sono, poi, una serie di *causæ mitigantes poenam* che scaturiscono dalla carenza di dolo. Per essere colpito con sanzione ordinaria, il *crimen* necessita di una volizione determinata e consapevole: precipitato del rapporto osmotico col *peccatum*, la responsabilità soggettiva marca la frattura col diritto germanico⁵¹. Ma se

⁴⁷ Talora, i giuristi trattano il *coitus cum Iudæis* come una fattispecie autonoma: così Farinacci, *Practica*, cit., pars quarta, q.CXXXIX, pp.451-455. Claro parla di «duplex crimen» anche se, in sostanza, lo affronta come aggravante: Claro, *Practica*, cit., par.Adulterium, n.9, fol.5A. Cfr. Id., *Practica*, cit., par.Fornicatio, n.25, foll.34B-35A.

⁴⁸ Diverso sarebbe se l'adulterio avviene tra giudei. In questo caso non bisogna strumentalizzare lo *ius commune*, cercando di applicare la pena capitale in luogo dell'eventuale multa che lo statuto stabilisce per i *cives*. In tal caso «debent Iudæi iudicari secundum leges, quibus iudicantur alij de civitate»: Claro, *Practica*, cit., par.Adulterium, n.9, fol.5A.

⁴⁹ Evita la pena di morte il *Judæus uxoratus* che conosce una *soluta Christiana* (adoperando una qualificazione civilistica, commette mera *fornicatio*): Farinacci, *Practica*, cit., pars quarta, q.CXXXIX, nn.19-25, p.453. Ma come comportarsi con un cristiano *solutus* che si unisce a una giudea *uxorata* o *virgo*? In realtà Farinacci si disinteressa totalmente dell'onore delle donne ebrae, ed infatti trascura l'ipotesi (nonostante la sua vena casuista). De Bohier, *Decisiones*, dec.CCCXVI, n.5, p.658 ricorda casi in cui qualunque copula (anche «sub velamine matrimonij») tra persone di religione diversa era stata punita con la morte: in pieno Cinquecento, ai tempi dell'arcivescovo parigino de Bellay, viene messo al rogo un cristiano che aveva avuto diversi figli da una giudea. Egli stesso, però, riconosce che la prassi non è costante.

⁵⁰ Esse, pertanto, sembrano del tutto slegate da implicazioni di ordine psicologico. I giuristi non giustificano mai queste *causæ* in base all'intensità della malizia: non è questa la ragione essenziale che muove l'*arbitrium*. In realtà, però, il fantasma del dolo aleggia su di esse. Figure come quelle del «servus callidus» o del «perfidus Iudæus» sono stereotipi tanto popolari da risultare impliciti. È evidente che il tutore o il cocchiere agiscono con quell'*animus* fraudolento che integra un dolo particolarmente subdolo: già Deciani, parlando in generale, aveva sottolineato i rapporti tra *dolus* e *fraus*, qualificando la seconda come effetto della prima e connotandola per la sua natura «contra fidem». Deciani, *Tractatus*, cit., t.I, lib.I, cap.V, nn.3 e 10, pp.8-9. Con un'opera di razionalizzazione giuridica *a posteriori*, Matthes rileggerà tutte queste ipotesi aggravate in nome dell'«improbior dolus»: Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.V, n.8, p.317. Un comun denominatore che il casuismo precedente non aveva messo in luce.

⁵¹ Se il *peccatum* generico implica sempre una *culpa*, il *peccatum mortale/crimen* richiede il *dolus*. È l'influenza canonico-teologica a valorizzare questo aspetto, contribuendo alla valorizzazione di un principio già enunciato in D.48.8.14: «In maleficiis voluntas spectatur, non exitus». Abbandonata una prospettiva puramente compositiva, il dolo acquista nuova rilevanza. «Diversamente, il diritto delle popolazioni barbariche (...) punisce un fatto ritenuto non giusto sul presupposto dell'evento dannoso e della lesione

l'elemento dell'intenzionalità si era già fatto largo nel Basso Medioevo, è significativo che emerga in modo più consapevole nell'età della spiritualizzazione giuridica. Col *De poenis temperandis* (1559), André Tiraqueau pone il tema al centro del dibattito⁵²: ogniqualvolta la condotta difetti di un sufficiente grado di volizione, è necessario ricorrere alla pena straordinaria o scusare del tutto. Anche qui, sarà l'*arbitrium* a misurare caso per caso il grado di repressibilità, stabilendo la risposta corrispondente⁵³. Alcune di queste *causæ* mostrano una particolare incidenza su adulterio e stupro⁵⁴.

Essi, crimini *de iure divino, naturali et gentium*, si presumono compiuti con scienza e dolo. La loro condotta costituisce un *per se malum* immediatamente percepibile: come potrebbe non esserci malizia in chi li pone in essere? Tocca al reo dimostrare la sua innocenza, ricorrendo a quelle poche *causæ excusationis* che potrebbero smentire l'intenzione malvagia⁵⁵. Di certo, non l'*ignorantia legis*, perché il diritto naturale è scritto

effettiva e materiale»: Pifferi, *Generalia delictorum*, cit., p.226. Cfr. Calisse, *Principii*, cit., pp.5-9; Mereu, *Culpa = colpevolezza. Introduzione alla polemica sulla colpevolezza fra i giuristi di diritto comune*, Bologna 1973; Marongiu, *Dolo penale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol.XIII, Milano 1964, pp.731-733; Tomás y Valiente, *El derecho penal*, cit., pp.307-311; Demuro, *Il dolo*, I. *Svolgimento storico del concetto*, Milano 2007, pp.79-134.

⁵² L'importanza dell'opera è sottolineata da: Alessi, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra Evo medio e moderno*, Napoli 1979, pp.88-95; Laingui, *Le De poenis temperandis de Tiraqueau*, Paris 1986. Cfr. Rossi, *Incunaboli della modernità. Scienza giuridica e cultura umanistica in André Tiraqueau (1488-1558)*, Torino 2007. Si evidenzia con chiarezza nel titolo X della *Praxis* di Farinacci, chiamato appunto *de poenis temperandis*. L'Avvocato esordisce: «Poenas ex causa posse augeri, et etiam temperari (...) Prima se offert causa minuendi poenam carentia doli»: Farinacci, *Praxis*, cit., pars tertia, q.LXXXVII, n.1, p.92. Prim'ancora di Tiraqueau, a dire il vero, già Carerio aveva fornito una nutrita lista di *causæ excusationis*, ma il suo campo d'indagine si era limitato all'omicidio. Con queste ricostruzioni, un elemento sostanziale come il dolo comincia ad assumere un'inedita centralità nella speculazione dottrinale: il tema, però, è sempre declinato in modo piuttosto casuistico. Ha invece carattere generale l'approccio di Deciani, nei capitoli IV-VI del *Tractatus*. Come giustamente rileva Pifferi, *Generalia delictorum*, cit., pp.230-230, l'Udinese è uno dei pochi teorici capaci di astrazione, mentre per i pratici «l'elemento soggettivo non è inteso astrattamente, come presupposto comune di imputabilità, ma come criterio d'individuazione concreta dei differenti modi di commettere il reato e come fattore di determinazione della pena».

⁵³ Cfr. Meccarelli, *Arbitrium*, cit. pp.228-232.

⁵⁴ Che, in quanto *crimina*, postulano la necessità del dolo: D.48.5.13 e D.48.5.44. «Sine dolo adulterium non committitur»: Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, n.100, p.474. «Non sufficit, temeratas esse alienas nuptias, sed requiritur, ut dolo malo, et animo sacrilego fuerint temerata»: Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.II, n.5, p.294.

⁵⁵ «Non autem omnis actus, nec omnis affectus, suscipit mediocritatem. Sunt enim affectus nonnulli, qui continuo nomine suo sunt cum pravitate connexi, ut malevolentia, ut invidentia: et actus identitem, ut adulterium, furtum homicidium. Hæc enim universa, et talia ita dicuntur, quia ipsa sunt prava, sed non exuperationes ipsorum, atque defectus. Circa igitur talia nullum est tempus recte agendi, sed semper delinquitur. Neque fit ut quisquam bene, vel male talium quicquam agat, qui cum oportet, et quando, et ut oportet adulterium committendo: sed simpliciter quicquid istorum efficiatur, delinquitur»: Aristotele, *Etichorum ad Nicomachum*, in Saenz de Aguirre (cur.), *Philosophia moralis ab Aristotele tradita*, Romæ 1698, t.I, lib.II, cap.6, pp.79-80. «Aliter esse non possunt, nisi quod ex animo, et dolo patrata fuerint»: Farinacci, *Praxis*, cit., pars tertia, q.LXXXVIII, n.8, p.102. Come nota Diego de la Cantera, risulta decisivo il concetto aristotelico-tomista di *per se malum* (o *intrinsece malum*): un fatto la cui natura oggettivamente cattiva è incompatibile con la buona volontà (o, dalla prospettiva inversa, l'azione non può divenire buona o permessa a certe condizioni o se praticata con buoni propositi). Rispetto ai crimini *de iure humano* si ribalta l'onere probatorio (in quelle fattispecie, tocca all'accusa dimostrare il dolo vero; in caso di *semiplena probatio*, e quindi di dolo presunto, è possibile irrogare una pena straordinaria; se manca qualsiasi elemento a carico, bisogna assolvere). Cfr. Ortego Gil, *Frágiles y sagaces. Notas sobre dolo y punición de las mujeres en la Edad Media*, in Pacheco Caballero (cur.), *Mujeres*, cit., pp.200-201, 204-205 e 217-218. Per usare categorie contemporanee, si può concludere che solo nei crimini *de iure humano* si ha presunzione

nel cuore di ognuno⁵⁶; «excusat tamen ignorantia facti», perché per compiere dolosamente questi reati occorre una «certa scientia»: *nihil volitum nisi præcognitum*⁵⁷. L'*excusatio* può risultare molto conveniente, perché «in criminalibus lata culpa non æquiparatur dolo»: la negligenza non basta per punire⁵⁸. Non si tratta di ipotesi astratte: ed anzi è proprio la prassi a stimolare la riflessione dei giuristi. Il caso Guerre (1561) ha fatto scalpore: una donna viene assolta per errore, dopo aver convissuto dieci anni con un uomo che credeva suo marito⁵⁹: la decisione tolosana trova pieno sostegno in una dottrina incline ad ammettere la *deceptio* a scapito delle donne⁶⁰. L'ignoranza scusa anche quando, convinti che il coniuge sia morto, ci si unisce ad altri⁶¹. Specularmente, non c'è malizia se si ignora

d'innocenza relativamente al dolo, mentre nei crimini *de iure divino, naturali vel gentium* l'autore di un fatto si presume soggettivamente responsabile (resta onere dell'accusa allegare le prove del fatto).

⁵⁶ Ortelio Gil, *Frágiles y sagaces*, cit., p.241. Questa posizione rigorosamente oggettivista, però, viene moderata dalla teologia morale barocca: a partire da Antonio da Cordova e Gabriel Vázquez, si comincia a profilare uno spazio – temporaneo e circoscritto a circostanze particolari – di *ignorantia invincibilis* circa il precetti del Decalogo: Vereecke, *Da Guglielmo d'Ockham*, cit., pp.588-592.

⁵⁷ Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, n.97, p.474. Cfr. Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXI, n.43, p.77. Su questi concetti, è fondamentale il contributo teologico. «Per ignorantiam, aut tolli ex toto, aut minui ex parte voluntarium»: Azor, *Institutionum moralium*, cit., pars I, lib.I, cap.XII, col.36.

⁵⁸ Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.LXXXIV, n.1, fol.331B. Specificamente sull'impunità dell'adulterio colposo: Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.121; *additio* n.31 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.Adulterium, fol.8A. Gli stessi autori, però, limitano questa affermazione in caso di *amissio dotis*, dove l'*ignorantia crassa et supina* non scusa.

⁵⁹ «Vidi ego Tholosæ agitatatum iudicium (...) adeo marito vero per omnia similis, ut non nisi redeunte a bello marito et ægre agnito, fraus detecta fuerit (...) Fallunt nos sæpe formarum similitudines, ut errantium facilis sit venia»: Pietro Gregorio, *Syntagma*, cit., pars III, lib.XXXVI, cap.VI, n.17, p.380. Il caso è raccontato da Corasio, *Arrest memorable du Parlement de Toulouse contenant une histoire prodigieuse de nostre temps*, Lyon 1561. Martin Guerre, partito per la guerra, era stato via di casa per più di dieci anni. Nel frattempo, la moglie Bertrande aveva convissuto Arnaud du Tilh, che si spacciava pubblicamente per Martin: i due avevano avuto una figlia. Al ritorno del vero Martin, Arnaud fu condannato a morte. All'adulterio si sommarono la sostituzione di persona e la circonvenzione di eredità: questa condotta così fraudolenta non poteva ottenere venia. Il Parlamento, però, salvò la donna: forse per convinzione, forse per convenienza. Probabilmente giocò in suo favore la pietà verso la figlia, che in caso di condanna sarebbe divenuta bastarda. Di certo, la corte evitò di interrogare Arnaud, forse per evitare che accusasse Bertrande come correa. Lo stesso Martin non credette alla buona fede di sua moglie. Cfr. Zemon-Davis – Carrière – Vigne, *Le retour de Martin Guerre*, Paris 1982. Come nota Daumas, *Adulteri e cornuti*, cit., pp.36-38 Bertrande si giovò della presunta irrazionalità muliebre, ma si trattò di una decisione “politica” (o, più propriamente, di bilanciamento).

⁶⁰ Aveva già prospettato l'ipotesi Barbier, *Aureum viatorium*, cit., rubr.2, n.25, p.19. «Ratio istius limitationis est; quia adulterium non committitur sine dolo malo, et consensus (...) sed ignorans non dicitur habere consensum»: Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.120 (l'Autore, però, riferisce l'*excusatio* all'*amissio dotis*). «Decepta (...) adulterium iuxta carnem et mundum (non secundum mentem et spiritum) committat. Non enim coinquinatur corpus, nisi de consensu mentis»: de Damhouder, *Praxis*, cit., cap.LXXXIX, n.42, fol 95B. Dopo il caso Guerre, si sofferma sull'ipotesi Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, n.96, p.474. «Si quis per errorem cognoverit non suam, aut si quæ per errorem substraverit se non suo, non decepti, sed deceptores poena capitis adficiendi sunt»: Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.II, n.5, p.294.

⁶¹ «Mulier committens adulterium tempore, quo credebat maritum suum esse mortuum, ut erat fama, et publice dicebatur, non potest puniri de adulterio, sed de fornicatione, et si confessa fuisset adulterium, probata dicta fama, confessionem revocare poterit»: *additio* n.48 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., fol.8B. «Ob levitatem» Carpzov consiglia invece una pena arbitraria, superiore a quella per la fornicazione: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LVIII, n.41, p.59. «Noc etiam ut adultera damnanda (...) nisi fictam induxerit mortem, ut argumentum secundis daret nuptiis»: Pietro Gregorio, *Syntagma*, cit., pars III, lib.XXXVI, cap.VI, n.18, p.380. Da un siffatto adulterio a una bigamia inconsapevole il passo è breve. Anche qui «mulier (...) ab omni poena excusari, si verisimiliter credidit, primum virum mortuum esse, cum ex hac credulitate excusat etiam a dolo»: ma il diritto canonico aveva imposto regole ben precise per provare la morte e poi

che la donna è *uxor*, *virgo* o *vidua*. In tal caso, bisogna punire in base all'intenzione⁶²: capita spesso ai clienti delle prostitute, che ne ignorano lo stato coniugale o verginale⁶³. La *vestis meretricalis* è il segno visibile della disonestà, e tanto basta al reo per non nutrire sospetti⁶⁴. Correlativamente, bisogna punire per adulterio o stupro chi, per errore, ha consumato un coito meno grave⁶⁵: l'*arbitrium*, però, corregge alcuni integralismi che conducono a risultati aberranti⁶⁶.

Non c'è dolo in caso di costrizione fisica, diretta «*contra animi consensum et voluntatem*»: resta impunita la *vi passa*, che può perdere la verginità fisica, ma duplica la

convolare a seconde nozze: Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXL, nn.42-76, pp.460-462. Cfr. Collantes de Terán, El delito, cit., p.212.

⁶² Josse de Damhouder pone il *casus*: Sempronio, innamorato di una vergine, chiede alla moglie di Mevio di intercedere ed organizzare un incontro notturno. Costei, approfittando delle tenebre, si sostituisce *in lecto* alla vergine. Sempronio consuma il rapporto senza accorgersi di nulla: non può essere punito per adulterio, ma per stupro. Cfr. de Damhouder, Praxis, cit., cap.LXXXIX, n.43, fol.95B. Né vale, in contrario, la *lex Cornelia de sicariis*, che commina la pena ordinaria a chi, per errore, uccide la persona sbagliata. In quel caso, infatti, l'*animus occidendi* è ben presente. «At non habuit animum adulterandi, qui Titiam stuprare voluit (...) ita nec gladio puniendus ille, qui stuprare voluit, si præter expectationem adulteravit»: Matthes, De criminibus, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.II, n.5, p.294. Nel 1552, il Senato lusitano assolve un uomo capace di provare l'errore: la donna, «marito absente», si era trasferita in un nuovo villaggio «ubi non maritatum censebatur, nec vitam ducebat coniugalem». De Gamma, Decisiones Supremi Senatus Regni Lusitaniæ, Barcinone 1597, dec.CLXIX, p.144.

⁶³ L'attività disonesta lascia pensare che siano *solutæ*. «Adeoque reus ignorantiam prætendens, non nisi ob fornicationem poena arbitraria, utpote carcere, communiter tamen relegatione, ad evitandum scandalum, a Scabinis puniri solet»: Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXI, nn.42-44, p.77. L'Autore considera la realtà sassone, dove anche la *fornicatio* è sanzionata: altrove, l'ignoranza porterebbe all'impunità totale. Il discorso si ripete *in clericos*, secondo lo stesso principio: chi conosce una *nupta* reputandola *soluta* sarà punito – «quia de iure canonico coitus etiam cum meretrice est prohibitus» – ma non patirà la *poena adulterii*: Deciani, Tractatus, cit., t.II, lib.VI, cap.XXIII, n.14, pp.78-79. L'*excusatio* era stata prospettata da Díaz de Lugo, Practica, cit., p.395.

⁶⁴ Cfr. l'*additio* n.4 di Baiardo a Claro, Practica, cit., par.Stuprum, fol.93A. «Et si quis innuptam existimaverit feminam, quæ nuptam erat, forte quod prostaret in lupanari, aut pro stola gestaret togam, excusandus est a poena capitis»: Matthes, De criminibus, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.II, n.5, p.294. Aperta una falla nella presunzione di dolo, questo impianto così gravoso rischia di cedere. A ben vedere, svincolarsi dalla pena ordinaria è meno difficile di quanto sembri. «Neque semper conjecturæ ac præsumptiones adsunt, ex quibus ignorantia colligi potest»: perciò, nel dubbio, «credendum est juramento eam allegantis (...) Proinde adulter prætendens se nescivisse, foeminam, cum quam rem habuit, fuisse conjugatam, juramento sese purgare, et ignorantiam juraro, obtinere debet. Consistit ignorantia in animo; et quæ in animo alicujus sita sunt, juramento probari debet»: Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXI, nn.50-51, p.78.

⁶⁵ La soluzione nasce in ambito canonico, con Giovanni da Anagni. Nel Cinquecento, se ne fa divulgatore Díaz de Lugo, Practica, cit., p.395: «Quando autem clericus cognovit mulierem solutam, quæ ab ipso, et communiter reputatur uxorata, tunc enim uti adulterum poena iuris communis puniendum esse». Lo seguono in ambito secolare Corradi, Prætorium, cit., lib.I, cap.IX, par.III, de Adulterio, n.21, p.383 e Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLI, n.102, p.474: «Bene intrat poena adulterii, quando quis cognoscit solutam, quam credebat esse nuptam». Tesi che non piace a Matthes, De criminibus, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.II, n.6, p.295: «Verum hi non JC manu, sed ut philosophi mente maleficium hoc metiri videntur, dum solam cogitationem ad poenam gladii sufficere puntant (...) Factum igitur hæc lex exigit, ne dolus pro facto habetur: secus in Lege Cornelia, ubi dolus pro facto accipitur». L'Olandese indovina un principio di offensività che il diritto del tempo non sembra affatto cogliere: l'accento posto sulla *prava voluntas* aveva distolto lo sguardo dalla lesione all'intenzione. Gli sfugge, però, che questa distorsione non è (solo) vezzo da filosofi, ma eredità della speculazione canonica. Nella logica della penitenza pubblica, ha senso punire l'*animus* indipendentemente dall'evento: la deformazione nasce quando certe *rationes* ecclesiastiche vengono assimilate dal diritto secolare.

⁶⁶ Se è vero che bisogna guardare l'*animus*, allora la donna che tradisce il marito credendolo vivo patirebbe la pena ordinaria anche se, poi, si scopre che è morto. Ma gli scabini sassoni, in due sentenze datate 1629 e 1630, commutano la *relegatio* in carcere: Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LVIII, nn.42-43, p.59.

castità morale⁶⁷. Anche il *metus* scusa, ma solo nel giudizio criminale⁶⁸. Molto complessa la condizione muliebre: essere donne basta per scampare la pena ordinaria? Antonio Gómez è convinto che, semmai si punisse lo *stuprum in vidua*, bisognerebbe colpire quest'ultima con la stessa pena comminata allo stupratore; d'altra parte, nemmeno la vergine sarebbe al sicuro⁶⁹. Validi argomenti supportano questa tesi: sia la legge mosaica che quella romana riconoscono l'impunità della violentata, ma prospettano il castigo della consenziente⁷⁰. Sebbene il diritto canonico escluda ogni misura contro la *virgo volens*⁷¹,

⁶⁷ De Damhouder, Praxis, cit., cap.LXXXIX, n.41, fol.95B. *Dictum ante Decr.* C.32, q.V, c.1: «Quod autem pudicitia violenter eripi non possit, multorum auctoritatibus probatur. Est enim virtus animi, que violentiam non sentit. Corpori namque vis infertur, non animo. Unde, quamvis corpus violenter corrumpatur si pudicitia mentis servetur illesa, tamen castitas duplicatur. Sicut Beata Lucia fertur dixisse Pascasio: "Si invitam me feceris uiolari, castitas michi duplicabitur ad coronam". De sensibus enim et voluntatibus iudicat Deus». «Duplex est pudicitia corporis et animi (...) Quæ vero est animi (...) non potest per violentiam auferri, quia animus vim pati non potest extrinseca»: Deciani, Tractatus, cit., t.II, lib.VIII, cap.XV, n.5, p.318. Cfr. Marc, Decisiones auræ, cit., dec.DXIX, n.6, p.399. L'impunità è garantita anche alla *uxor* violentata: D.48.5.14.7 e D.48.5.40. «Illa est ratio rationis, quia qui coacte deliquit, contra animum suum deliquit: atque ita dolo caret»: Menochio, De arbitrariis, cit., lib.II, cent.IV, casus 354, nn.9-10, p.507. «Violentia excusat uxorem ab adulterio, et illius poena, etiam quod violentiam præsciens illam effugere non curaverit»: Id., De arbitrariis, cit., lib.II, cent.IV, casus 328, n.7, p.479. Anche per quanto attiene il rapporto tra *vis* e *voluntas* è importante la riflessione teologica: «vis (...) cum eo, quod voluntarium est pugnat; violentum enim est, quod est ab externo agente»: Azor, Institutionum moralium, cit., pars I, lib.I, cap.IX, col.22. Benché consapevole della propria impunità, può accadere che la violata non accusi, temendo conseguenze sociali disonorevoli: «aunque fuese contra su voluntad, una relación sexual ignominiosa quedaba marcada para siempre». La notizia, se diventa pubblica, può indurre ad una scelta drastica: «sólo el convento le servirá de refugio después de haber perdido la honra». Rodríguez Ortiz, Mujeres, cit., pp.44 e 39.

⁶⁸ Ai fini della condanna alla pena ordinaria serve, infatti, il dolo. «Poena adulterij non habet locum, quando mulier passa est, prout Lucretia Romana; quia cum adulterium requirat dolum, ad poenam incurrendam, non sufficit culpa»: Savelli, Summa, cit., I, concl.225, n.14, p.110. Tuttavia, nel foro interno, si pretende che la donna subisca persino il martirio, pur di non peccare mortalmente. «Mulier nupta, si per metum conditionalem consentiat adulterio, non dicitur adultera quoad forum Iudiciale (...) In foro vero penitentiali, est vere adultera»: Valero, Differentiæ, par.Adulterium, diff.VII, fol.28B. Per scusare il peccato, infatti, la teologia morale richiede la resistenza (anche tramite *clamor*): «tunc igitur quis erit immunis a peccato, quando non solum voluntate repugnabit, set etiam cæteras corporis facultates omnes, et vires ab actu malo externo submovebit. Quod si ipsis etiam membris externis, et facultatibus vis afferatur, nullum erit peccatum». Azor, Institutionum moralium, cit., pars I, lib.I, cap.IX, coll.23-24. Così anche nelle azioni civili: «talís metus excuset a poena legali, et criminali ipsius adulterij, non autem excuset a poena amissionis dotis, et separationis thori». Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLI, n.95, pp.474-475. Cfr. Marchisello, Alieni thori violatio, cit., p.142.

⁶⁹ Riferendosi a Partidas, 7.19.2 nota Gómez, Ad leges Tauri, cit., p.559: «eadem poena imponitur ipsi mulieri: quia dicitur delinquere et committitur stupri». Circa la vedova, scrive: «nam si quis habeat accessum ad viduam honeste viventem, ambo committunt delictum et crimen stupri, et uterque tenetur et punitur poena supradicta, quæ de iure civili est imposita pro stupro commisso cum virgine» (ovvero la sanzione *ex* I.4.18.4): Id., Ad leges Tauri, cit., p.561.

⁷⁰ Dt XXII, 20-21: «Quod si verum est, quod obicit, et non est in puella inventa virginitas, educent eam ad fores domus patris sui, et lapidibus obruent viri civitatis eius, et morietur, quoniam fecit nefas in Israel, ut fornicaretur in domo patris sui; et auferes malum de medio tui». Così anche per la *sponsa*: Dt XXII, 23-24. C.9.9.20: «Foedissimam earum nequitiam, quæ pudorem suum alienis libidinibus prosternunt, non etiam earum, quæ per vim stupro comprehensæ sunt, inreprehensam voluntatem leges ulciscuntur, quando etiam inviolatæ existimationis esse nec nuptiis earum aliis interdici merito placuit».

⁷¹ Qualcuno ricorda che i più antichi concili avevano fissato una penitenza: Gonzalez Téllez, Commentaria, cit., t.V, tit.XVI, cap.II, n.9, pp.210-211. Ma nel Medioevo si era consolidata una tendenza favorevole all'impunità, come attesta de Platea, Commentaria in quattuor libros Institutionum, 1507 (manca il luogo di edizione), tit. de publicis iudiciis, par.Item lex Iulia, fol.130B. Di fatto, si era esclusa in radice la possibilità di una *virgo volens*. Nel corso del Cinquecento, come abbiamo visto, si comincia ad ammettere il libero consenso femminile: ma questa svolta, pur liberando l'uomo dal *ducere et dotare*, ma non conduce mai alla punibilità femminile.

molti giuristi laici non condividono questa indulgenza: la condotta femminile potrebbe tradire un consenso così libero da non potersi celare dietro la seduzione. Le soluzioni offerte, però, sono discordanti: c'è chi infliggerebbe la stessa pena dello stupratore, chi suggerisce il monastero «sicut pro adulterio» e chi si trae d'impaccio ricorrendo alla pena arbitraria⁷². Tutto questo dissenso rivela, in controluce, un dato inoppugnabile: le corti, di solito, non puniscono le vergini. Distinguere il piano probatorio da quello sanzionatorio appare quasi impossibile: in giudizio, al di là dei virtuosismi dottrinali, la presunzione di seduzione sembra quasi invincibile. Se alcuni ne fanno una questione di principio (la consenziente va castigata perché nessun crimine deve restare impunito), non pochi assumono una posizione pragmatica, riconoscendo l'impunità. Al primo partito si iscrive Carpzov, coerente con la sua concezione penale: posizione non isolata tra i tedeschi, e comunque corroborata da legge e giurisprudenza⁷³. Nel secondo milita Farinacci, che confessa francamente di non aver mai visto, a Roma, una ragazza condannata per stupro⁷⁴.

⁷² Disamina queste opinioni Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.49, p.559. Favorevole a una pena speculare rispetto a quella maschile (I.4.18.4) Pietro Gregorio, Syntagma, cit., pars III, lib.XXXVI, cap.IX, n.5, p.385; Grammatico, Consilia, cit., vot.IV, n.23, fol.131A suggerisce velatamente questa possibilità; più chiaro Vivio, Decisiones, cit., lib.II, dec.CCXCIX, n.4, p.405: «etiam eadem regula obtinere tunc locum suum in foemina stuprata, ut etiam indubitanter quidem punienda etiam eademmet poena, qua punitur stuprans». Propongono il monastero de Platea, Commentaria, cit., tit. de publicis iudiciis, par.Item lex Iulia, fol.130B; Corradi, Prætorium, cit., lib.I, cap.IX, par.III, de Stupratoribus, n.11, p.388; Vegio, Responsorum, cit., lib.I, cons.LXVI, n.206, fol.173A. Si schiera per la pena arbitraria Toschi, Practicarum, cit., VII, concl.709, n.24, p.468: «poena mulieris circa stuprum est minor, quam poena adulterij, et ideo cum in muliere fuerit poena remissa, ut detrudatur in monasterium, alia poena habebit locum in muliere committente stuprum ne maior sit poena delicti minoris».

⁷³ La sua opinione è radicale, perché invoca una pena non solo per la *volens*, ma anche per la *seducta*. «Sed meo iudicio non fallunt, qui mulierem stupratam stupri quoque poena teneri asserunt (...) quis enim inficias ibit, mulierem blandimentis etiam, aliisque persuasionibus inductam, copiam sui facente stupratori, peccare, et delictum stupri promovere, quod invita ea stuprator perficere nequivisset? Et, si maxime stuprum a solo viro dicatur committi, stuprata tamen in id consentit, coeundo cum stupratore: at omnis coitus illicitus damnatur, ac poenam meretur»: Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXIX, nn.57-64, pp.134-135. Meno rigoroso era stato Berlich, Conclusiones practicabiles, pars V, cit., concl.XXXVIII, n.122, p.13 che aveva distinto tra la consenziente e la sedotta: «priori casu mulier merito pro arbitrio iudicis, vel carcere, vel mulcta pecuniaria, vel etiam relegatione temporali puniatur, non item in posteriori casu». Così anche Matthes, De criminibus, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.V, n.5, pp.315-316. Indipendentemente dalle interpretazioni dottrinali, comunque, in Sassonia vige Ordinatio ecclesiastica, tit. von Ehegeldbnissen, rubr. von Straffe der Unzucht und des Ehebruchs, che commina il carcere anche alle *stupratæ*. Nel 1629 un editto di Giovanni Giorgio I ribadisce questa pena sia per le vergini che per le vedove: Pietro Teodorico, Iudicium, cap.VI, aphor.IV, n.41, p.816. Nel 1630, gli scabini aggiungono anche la *relegatio* per il particolare scandalo che ha suscitato il delitto. Anche in Italia alcuni statuti puniscono vedove e vergini, ricorrendo perlopiù alla pena pecuniaria (dalla multa fino alla più grave confisca): Pertile, Storia, cit., V, p.516.

⁷⁴ Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.52, p.559. D'Afflitto, Super tres Feudorum libros, Francofurti 1598, lib.III, cap.XXXIII, par. Condemnatorum, n.4, p.783 aveva sostenuto che, non essendo previsto nulla testualmente, non è cauto punire vergine e vedove. Nevizzano, Sylva, cit., lib.III, n.22, p.219 affermava che, *de iure civili*, bisognerebbe irrogare il monastero a vedove e vergine, ma sottolineava che «talīs æquiparatio sit de iure communi. Tamen statutum imponens poenam pecuniariam adulteræ non habet locum in puella vel vidua patiente se stuprari». Pertanto, *de iure proprio*, esse rimarrebbero esenti da castigo. Oltretutto, compiuta la maggiore età (25 anni), la ragazza resta senz'altro impunita: cfr. le additiones nn.13-14 e 23 di Baiardo a Claro, Practica, cit., par.Adulterium, fol.93B. Scrive Savelli, Summa, cit., IV, par.Stuprum, n.6, p.268: «intellige prædicta de poenis stupri quoad ipsos stupratores, non vero quoad virgines, vel viduas stupratas, nam illarum respectu (quicquid aliqui contrarium senserint) etiamsi voluntarie stuprum commiserint, non est punibile in ipsis stupratis» a meno che non intervenga una *circumstantia mutans speciem* che trasformi il rapporto in adulterio, incesto o sacrilegio (le monache, infatti, sono gravemente punite). Certo, «conveniens esse, ut et ipsæ puniantur, cum pariter delinquant, maxime, quando impudentissime se obtulerunt, vel post stuprum in concubinato diu permanserunt»: ma ciò resta solo un

Nonostante crescano i dissensi e le perplessità, resta un certo imbarazzo nel qualificare la *stuprata* come *socia criminis*⁷⁵, soprattutto se essa è vergine⁷⁶. E, tuttavia, è chiaro a tutti che essa non è sempre vittima.

Troppo diversa la posizione della *volens* da quella della *vi passa*. La figura sfuggente della *seducta* permette di salvare l'onore di molte, ma resta un paradosso sospetto: un compromesso buono per il diritto criminale, che s'infrange contro la concretezza della giustizia economica e dello *ius privatorum*. Non solo il padre potrà provvedere ad una *verberatio* esemplare, ma «non teneatur alere vel dotare filiam intelligite minorem, quæ passa fuit se carnaliter cognosci ab aliquo»; secondo alcuni statuti, può perfino diseredarla⁷⁷. Perché tale schizofrenia nell'ordinamento? Tutto dipende da una colonna portante della punibilità criminale: l'imputabilità soggettiva. La vergine può essere oggettivamente responsabile: ma come poterle addebitare una volizione piena? Come poter pensare che una giovane *fatua* possa davvero comprendere il disvalore del fatto, se per natura non sa discernere il bene dal male⁷⁸? Le corti non proteggono la sua *libera voluntas* – che non rileva perché, in fin dei conti, non può nemmeno esserci – ma offrono una tutela oggettiva. Al giudice penale non interessa indagare le reali intenzioni. Sa che è stato violato quell'ordine giusto che interessa alla famiglia e alla giovane: la verginità prematrimoniale, che garantisce un buon matrimonio. Ma sa anche che è stato offeso lo

auspicio, perché «ex usu iudiciorum, stupratas etiam sponte consentientes non punitur». «Le opinioni di quanti rivendicano una pena nei confronti della donna consenziente allo stupro sono minoritarie (...) la convergenza verso la non punibilità della donna che consente al ratto e allo stupro è comunque netta»: Cazzetta, *Præsumitur seducta*, cit., p.72.

⁷⁵ In un *consilium pro veritate*, Caballo *Resolutiones*, cit., cent.II, casus CC, nn.124-128, pp.387-388 qualifica la *stuprata* «*socia criminis*»: poiché in generale «*nominatio facta per socium criminis non facit indicium ad torturam contra nominatum*», prima di tormentare l'inquisito «*prius ego torqueri fecissem Mariam, ut viderem an hanc nominationem confirmasset in tortura, quia ad hoc ut dictum socii criminis faciat fidem, et indicium contra consocium nominatum, opus est quod in tormentis confirmetur per eum*». Come nota Savelli, si tratta di una lieve tortura «*ad purgandam maculam infamiæ ob hujusmodi delictum incursum*» (*de iure*, non può nemmeno qualificarsi pena): nondimeno, il giurista toscano si scaglia contro tale prassi, contestandola proprio a partire dall'impunità femminile. «*Verum cum (...) in stuprata non consideretur delictum punibile, puella stuprum passa præsumatur seducta, et si delinquerit, non efficitur infamis, nec inhonestas*»: ragion per cui «*cum adminiculis fides præstari ad faciendum inditium sine alia tortura; absque vero adminiculis nequaquam, et sic sæpissime servatum vidi, et ipse servavi Florentiæ*»: Savelli, *Summa*, cit., IV, par. *Stuprum*, n.3, p.267.

⁷⁶ Farinacci, infatti, tenta di comporre i contrasti dottrinali proponendo di distinguere nettamente lo *stuprum in virginem* da quello *in viduam*: assicurare l'impunità della prima, ma sanzionare la seconda. Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.52, p.559. La vedova non merita una tutela così generosa. La ragione è chiara: «*nimirum quod in virgine simplicitas quædam præsumatur, nulla punitione ferenda. Siquidem honesta præsumitur lenociniis verborum exarmata et seducta, nec sponte consentisse deflorationi (...) In vidua vero quæ primitias veneris non tantum degustavit, sed sæpius delicias illas experta fuit, minus toleranda mollities effusaque libido severiore aliqua lege coercenda*»: Pietro Teodorico, *Judicium*, cap.VI, aphor.IV, n.41, p.816.

⁷⁷ I canonisti aggiungevano che «*tamen si filia poenituerit, et ad vitam laudabilem reversa et emendata fuerit, et in ea appareant signa poenitentia, debeat alimentari et dotari a patre quia cessat causa*»: Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.230. Cfr. Pertile, *Storia*, cit., V, p.516.

⁷⁸ Il risultato è considerevole, perché ribalta la presunzione di dolo che caratterizza i crimini *de iure naturæ*: in questo caso, la *puella* si presume innocente (come abbiamo visto, taluni ritengono persino irrilevante la prova contraria). Questa *excusatio* ha radici in ambito teologico: la *culpa* di Eva era stata inferiore a quella di Adamo, dotato di più raziocinio. Josse de Damhouder, sul punto, si mostra cosciente dell'importanza di ciò che dicono i teologi, i quali «*statuunt virum per omnia omnibus paribus gravius peccare, quam foeminam, causamque assignant imbecillitati muliebri*»: de Damhouder, *Praxis*, cit., cap.LXXXIX, nn.113-114, p.99. Cfr. Marchetto, *Sine matrimonio*, cit., pp.125-127; Ortego Gil, *Fragiles*, cit., pp.190-191.

Stato, che comanda ai suoi sudditi una condotta disciplinata. Di questo pagheranno il prezzo i soggetti attivi, che nei rapporti sessuali sono sempre gli uomini.

Ecco perché gli archivi testimoniano cause di donne evidentemente consenzienti, e tuttavia attrici. Accusano senza temere conseguenze penali: al peggio, non otterranno la dote. Ma questa «protezione incondizionata da parte dell'ordinamento»⁷⁹ – oggetto di inevitabili strumentalizzazioni e, a partire dal Settecento, di feroci critiche⁸⁰ – pur coerente con la presunta *imbecillitas*, entra in palese corto circuito col trattamento riservato alle adultere. Per costoro l'*excusatio* è più debole: nessuno crede alla loro fatua ingenuità, ed anzi è probabile che siano state loro a prendere l'iniziativa ed irretire l'amante: tuttavia, tenuto conto della loro concupiscenza libidinosa, si opta per una sanzione diversa, più adatta *propter infirmitatem sexus*⁸¹. In entrambi i casi si conferma il sillogismo tra debolezza psicologica e mitigazione sanzionatoria, seppur in modo difettoso e contraddittorio⁸².

Una certa benevolenza viene riconosciuta anche in caso di *minoritas*⁸³. Poiché dotati di poca discrezione ed inclini al desiderio, «*adolescentes mitius ex delicto sunt puniendi (...) ideo si quid peccaverit adolescens, magis est ascribendum ætatis vitio, quam pertinaci malitiæ, et improbitati*»: così si era espresso Tiraqueau, ricordando che anche gli uomini più illustri sono rinsaviti dopo una gioventù dissoluta. La lussuria è uno dei vizi tipici di quell'età: la *spes emendationis* giustifica una pena ridotta, ma impone alla famiglia il

⁷⁹ Cazzetta, *Præsumitur seducta*, p.24.

⁸⁰ Sul crepuscolo dello *stuprum*, cfr. Alessi, *L'onore riparato. Il riformismo del Settecento e le ridicole leggi contro lo stupro*, in Fiume (curr.), *Onore e storia nelle società mediterranee*, Palermo 1989, pp.129-142; Ead., *Processo per seduzione. Piacere e castigo nella Toscana leopoldina*, Catania 1988; Arrivo, *Seduzione*, cit., pp.66-82; Peccianti, *Gli inconvenienti della repressione dello stupro nella giustizia criminale senese: il dilagare delle querele nel Settecento*, in Berlinguer – Colao (curr.), *Criminalità e società*, cit., pp.477-515. A questa polemica contro lo *stuprum sine vi*, però, non corrisponde affatto un declino numerico delle cause: rispetto agli altri reati carnali, ormai rarissimi, la domanda di giustizia resta alta fino all'abrogazione. Cfr. Medina Plana, *Engaños*, cit., p.629.

⁸¹ D'altra parte, poiché l'adulterio è crimine *de iure naturali*, non si dubita che la *nupta* ne percepisca l'illiceità: è la regola aurea a renderne scontata l'intelligenza. Piuttosto, secondo i criminalisti, è l'inclinazione fisica alla lussuria ad aver spinto Giustiniano a surrogare la pena di morte col monastero. Contraddittorio il trattamento delle vedove. Da una parte, come abbiamo visto, potevano chiedere il *ducere vel dotare*. Dall'altra avrebbero potuto subire una sanzione penale in quanto *sociæ criminis* (come propone Farinacci, che dubita della loro buona fede): ma questa pena è sporadica (Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXIX, n.64, p.135 testimonia un caso del 1609). Ma, soprattutto, sono punite *civiliter* con l'*amissio dotis*, se il rapporto avviene entro un anno dal lutto. Le tre azioni entrano in un conflitto logico, frutto di una confusione sostanziale sulla natura del reato (nelle prime due equiparato allo *stuprum*, nella terza all'*adulterium*). Allo stesso tempo, e seconda del punto di vista, la vedova è parte lesa, agente libera e rea.

⁸² Non sembrano pienamente condivisibili le osservazioni di Ortego Gil, *Fragiles*, cit., pp.194-195 e 233-236: lo studioso nega il *favor mulieris* in caso di delitti carnali, ma non tiene conto della larga impunità per lo stupro, né tantomeno raffronta la *poena adulterii* femminile con la corrispettiva maschile. La mitigazione per i reati sessuali – parziale, ma non assente – conferma un dato più generale: la condizione femminile non scusa sempre o in modo pieno. Ci sono reati squisitamente femminili – come l'aborto e l'infanticidio – che non meritano alcuna attenuante; ci sono crimini *de iure humano* la cui *ignorantia* è presunta e consente alle donne un'*excusatio* piena. Nel mezzo, ipotesi di punibilità ridotta. Sul tema, cfr. Sbriccoli, "Deterior est condicio foeminarum". La Storia della giustizia penale alla prova dell'approccio di genere, in Id., *Storia del diritto penale*, cit., II, pp.1259-1260.

⁸³ Sul tema, cfr. Pace Gravina, *Il discernimento dei fanciulli. Ricerche sulla imputabilità dei minori nella cultura giuridica moderna*, Torino 2000, pp.11-22.

compito dell'educazione⁸⁴. In Castiglia, una disposizione regola espressamente la punibilità minorile nei *delicta carnis*⁸⁵; la *Carolina* detta una norma generale, che affida la *mitigatio* all'arbitrio del giudice⁸⁶. Si discute anche sulla *senectus*: Aristotele insegna che gli anziani, sotto molti aspetti, tornano bambini. Anche qui *imbecillitas* e *laevitas animi* possono far accantonare la pena ordinaria? Sembrerebbe di sì, «quia bonam partem consilii, mentisque amiserunt, sed etiam quia difficiles veneris insaniam sustinent»; persino il vecchio Salomone «propter mulieres idola adoravit, et templum eis aedificavit (...) quis modo tutus erit?». D'altro canto, se «ratio praecipua» dell'adulterio è l'*immixtio sanguinis*, «ad senio confectos nomine, qui natura plerumque sunt debiles et impotentes, extendi non posset»: cessata la *ratio poenae*, cesserebbe anche l'effetto. La soluzione, però, non convince i giuristi più sensibili ai valori spirituali: l'*altera ratio*, la *violatio thori*, non può restare impunita. L'esperienza insegna che ci sono vecchi più che ottuagenari perfettamente lucidi: «in quibus adulterium gravius videtur esse puniendum, quam in aliis, tanquam perpetratum ab iis, qui plus cognoscentes, minus delinquere debebant». In crimini analoghi, come omicidio e furto, l'età senile non costituisce «justam causam minuendi poenam»: perciò, conclude uno scettico Carpzov, la demenza non va presunta, ma dimostrata⁸⁷.

La diminuzione del libero arbitrio giustifica anche un'altra, singolare, *causa mitigationis*. Ne aveva parlato, di sfuggita, Lodovico Carerio, qualificandola «lascivia»⁸⁸. Con ben altra profondità, Tiraqueau parla di «amor». Nelle sue parole, emerge tutta l'influenza che la filosofia antica esercita sulla criminalistica: Platone, «sapientiae antiste», è l'autorità su cui costruire la censura dell'ἔρωσ volgare⁸⁹. «Amor sit quaedam furoris speciem (...) Nihil hoc furore vehementius, quem retinere est perfectae philosophiae»: si fa largo l'anelito all'ἔρωσ celeste, che si raggiunge reprimendo quello venereo, tramite una

⁸⁴ «Quoniam spes est emendatiores futuros, vitiaque una cum adolescentia deposituros. Cum ergo poena ob id inter coetera delinquentibus imponatur, ut emendatiores fiant, ut alibi latius dicemus, restat, ut cessante ea causa, quia videlicet citra poenam futurum sit, ut emendatur, debeat cessare poena, aut certe minui»: Tiraqueau, *De poenis temperandis*, Venetiis 1560, causa VII, pp.35-40. «In delictis carnis, et etiam in crimine adulterii, in quo (quamvis inter atrociora reponatur) minores tamen 25 annorum mitius puniendos esse»: Farinacci, *Praxis*, cit., pars tertia, q.XCII, n.77, p.143.

⁸⁵ *Partidas*, 7.1.9. Gli impuberi non patiscono alcuna pena (il riferimento alla pubertà innalza la soglia dell'impunità assoluta a 14 anni per i maschi e 12 per le femmine, in deroga alla regola generale che, negli altri delitti, la fissa a 10 anni e mezzo). I minori di 17 anni si giovano di una riduzione di pena: a vantaggio dei giovani, la pretesa debolezza psicologica. Cfr. Tomás y Valiente, *El derecho penal*, cit., pp.340-341; Rodríguez Ortiz, *Mujeres*, cit., p.86. Condivide solo parzialmente questa scelta Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXII, nn.50-58, pp.85-86: a suo giudizio, se è ragionevole concedere l'impunità agli impuberi, bisogna però sottoporre a pena ordinaria i minori puberi. In suo sostegno allega D.4.4.37.1: «Sed ut ad legis Iuliae de adulteriis coercendis praecepta veniamus, utique nulla deprecatio adulterii poenae est, si se minor annis adulterum fateatur».

⁸⁶ *Carolina*, 179.

⁸⁷ Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXII, nn.26-41, pp.81-84 83-84.

⁸⁸ Carerio, *Practica*, cit., tr. de homicidio, par.Decimo excusat, nn.1-3, fol.187B. L'autore pensa all'omicidio ed ha, in proposito, un valido argomento a suo supporto: D.48.8.4.1 prevede un corposo sconto di pena per chi uccide *causa lasciviae*. Ma la sua analisi cade in una certa incongruenza: Carerio riconosce portata generale all'*excusatio*, salvo poi enumerarne le possibili limitazioni. Tra queste, indica la violenza sessuale (l'autore ricorda Liber Augustalis, 1.20.1): con l'assurdo che un'omicidio passionale è punito con *relegatio*, la congiunzione *per vim* col gladio.

⁸⁹ Platone (*Fedro*, *Simposio* e *Repubblica*) è il più citato da Tiraqueau, ma non mancano Aristotele (*Etica nicomachea*) e Cicerone (*Tuscolanae disputationes*). Anche Menochio (*casus CCCXXV* e *CCXXVII-XXXXXIX*) testimonia l'assoluta rilevanza di Platone nell'indagine sulla responsabilità soggettiva.

secolarizzazione della *disciplina* monastica che diventa, ora, filosofica⁹⁰. La condanna oggettiva delle passioni smodate si trasforma, però, in una paradossale *excusatio*: la follia amorosa è un'impeto irrefrenabile, che riduce l'imputabilità soggettiva. Ad essa deve corrispondere una pena ridotta, così come avviene coi pazzi e i dormienti. Pensata innanzitutto per gli omicidi passionali, l'*excusatio* può ben applicarsi a sortilegi, furti, libelli famosi⁹¹: ma può trovare spazio nei *delicta carnis*? Si rischia un pericoloso corto circuito, perché l'*excusatio* potrebbe lasciare impunita qualunque fattispecie del genere: è difficile tener distinti *amor* e *luxuria*. Claro cita la *decisio XXXVI* di Tommaso Grammatico, ricordando come la passione non giovò «illis nobilibus Neapolitanis, qui posuerunt schalas ad domum amasiarum suarum»⁹². Ma i più sembrano ammetterne l'operatività. «Vinum et mulieres apostatare faciunt sensatos»: l'amore di un folle mette in pericolo l'intera *res publica*⁹³. Una pronuncia del Regio Consiglio catalano (1583) mitiga la pena a un contadino, reo di aver baciato una fanciulla *cum vi*: se non fosse stato vinto dal desiderio, non avrebbe certo attentato all'altrui pudicizia in pubblica strada⁹⁴. È serrata la

⁹⁰ Che il disciplinamento moderno affondi le sue radici nei chiostrini medievali è stato dimostrato da Knox, *Disciplina: le origini monastiche e clericali del buon comportamento nell'Europa cattolica del Cinquecento e del primo Seicento*, in Prodi (cur.), *Disciplina dell'anima*, cit., pp.63-99. Ma se Tiraqueau, facendo proprie le parole di Baldo, ritiene che «philosophicum esse, non muliebre, huiusmodi affectum intra debitos limites carcerare», i riformatori più infervorati (sia laici che ecclesiastici, sia protestanti che cattolici) prospettano invece una sorta di correzione collettiva.

⁹¹ «Propterea non temere (ut reor) contenderim, eum levius esse puniendum, ne dicam impunitum relinquendum, qui præ nimio ardentiorique amore quicquam deliquerit, veluti non ex animi sententia, sed furore concitatus ad ipsum admiserit»: Tiraqueau, *De poenis*, cit., causa IV, pp.21-24. Il Francese ricorda che Oldrado aveva difeso le sorti di un uomo, reo di aver invocato i demoni pur di ottenere i favori dell'amata. *Crimen sortilegii*, dunque: il reo scampò il peggio perché i giudici riconobbero il fine non eretico, ma superstizioso, della pratica. «Itaque si furore amoris aliquis perturbatus, offensione scilicet, aut zelotypia, vel desperatione, verba dixerit hæretica, defendi nonnunquam poterit, ne hæreticus esse credatur (...) Idemque erit, si quispiam amore nimio insaniens, amicæ imagine adoraret, aut aliqua verba emiserit, quæ idololatriam sonent. Est enim hoc eius, qui vehementer amat, ut horreat metuatque: deinde inspiciens dilectam, ut eam tanquam Deum colat, et nisi vereretur insanix crimen, sacra amatæ non aliter, quam Dei statuæ faceret»: Simancas, *De catholicis institutionibus*, Romæ 1575, tit.XVII, nn.44-45, p.123. Ma se l'altrui bellezza può turbare tanto da scusare, c'è da interrogarsi su chi si unisce ad una donna brutta: il ragionamento è paradossale, ma coerente con la logica del dolo. «Non tam graviter peccare, qui cum formosa muliere congregitur, quam qui cum deformi: cum plura sint, pulchritudo scilicet et libido, quæ cum illa persuadent commiseri, quam cum ista». Non mostra più malizia chi ruba poco rispetto a chi ruba molto? Disprezzerà forse l'oro chi non disprezza l'argento? Così de Damhouder, *Praxis*, cit., cap.LXXXIX, nn.125-126, fol.101A, richiamando Tiraqueau, *De legibus connubialibus*, cit., fol.19.

⁹² Claro, *Practica*, cit., par.Finalis. q.LX, n.10, fol.257B. Al contrario, il giudice ricorda come nel 1554 «in casu cuiusdam Baptistæ Gazani, qui libellum famosum publicaverat contra quandam puellam, cuius amore captus erat, fuit enim absolutum (...) tamquam quod ex nimia amoris vehementia non esset mentis suæ compos. Bene verum est, quod habebat remissio a parte offensa, alias forte hæc excusatio illi non profuisset».

⁹³ Sir XIX, 2. Troia è caduta per la smodata passione di Paride che, col ratto di una bellissima uxor, ha scatenato una lunghissima guerra. «Quid enim Appio Claudio Iurisconsulto, qui amore virginis captus, omne fas atque nefas miscuisse»: de Bohier, parafrasando D.1.2.2.24, ricorda che la sua bramosia per la virgo Virginia determinò la fine del decemvirato. «Unde amor puer pingitur, quia est irrationabilis et stultus. Cupidinem dicunt deum fornicationis, quem idem alatum pingunt: quoniam cupidine calentibus nihil levius, nihilque mutabilius invenitur. Sagittam in manu tenere fingitur, quotiano cor vulnerat, faciemque infiammat»: de Bohier, *Decisiones*, cit., dec.XXIII, nn.75-76, p.55

⁹⁴ «Ratio autem et causa præcipua fuit, quod illud attentatum osculi cum ampexu, fuit primus motus hominis causatus ex amoris, et libidinis furore. Qui furor inhonestæ libidinis et animi perturbationis, ipsius attentantis ostenditur, ratione viæ publicæ ab itinerantibus frequentatæ: in qua hoc delictum commissum fuit. Solent enim hæc clam communiter ob rei turpitudinem committi: ille vero delinquens palam, amoris et libidinis furore commotus, in strata publica virginis pudicitiam attentavit (...) At cum primi motus non sint in

dimostrazione di Menochio, che intreccia strettamente l'ἔρωσ ad altre *excusationes* indubitate: pertanto, «is pro nimio ardore delinquens puniendus non sit, vel si puniendus est, mitiori poena iudicis arbitrio»⁹⁵. La demonologia denuncia un nesso tra stupro violento e possessione, tramite l'influenza nefasta di succubi ed incubi⁹⁶. Farinacci insiste nel paragone con l'*ebrietas*, altra *excusatio* comunemente ammessa nelle aule dei tribunali: bisogna castigare *extraordinarie* non solo l'*osculum* e lo *stuprum*, ma persino l'atrocissimo *raptus*⁹⁷. Carpzov aggiunge esplicitamente anche l'adulterio: capita spesso i giovani vengano sedotti da donne coniugate. Di fronte a certe persuasioni lascive, come si può resistere⁹⁸? Per ammettere l'alterazione psichica, però, è necessario che il fatto sia compiuto «ex subito et improvviso impetu»; viceversa, la premeditazione esclude qualsiasi clemenza⁹⁹. L'operatività di questa *excusatio* richiede un ruolo particolarmente solerte del giudice, che deve evitare di farne una comoda scappatoia. Al di là delle raffinatezze platoniche, i giuristi sanno che l'amore, di per sé, è un accidente vago e troppo fragile per

potestate hominis (...) et hi amantes in illo instant tanquam ebrij, furiosi et mente capti ratione carere videantur, merito hac ratione concludendum est, aliqua ex parte eis parcendum: saltem ne pro attentato et delicto non consummato poena arbitraria puniantur: sed alia extraordinaria arbitrio iudicis»: de la Peguera, Decisiones auræ, cit., dec.VII, nn.18-21, p.46. L'estrazione contadina del reo richiama, inoltre, l'attenuante della *rusticitas*.

⁹⁵ «Si ergo per furorem agit, non dicitur delinquere, et per consequens nec meretrix, nec turpis persona». Al di là del *furor*, l'amore può paragonarsi alla *vis* («quæ amore capta sui copiam facit, vi et amoris potentia cogitur, cum sit amor ipso igne potentior»), o ad un'*excusatio ope legis naturæ* («sequitur ergo mulierem hac altera lege puniri non posse, cum lege amoris permittente et coacta hoc egit»: affermazione pericolosa, perché mette in dubbio l'illiceità naturale del sesso extraconiugale), al comando di un superiore («qui sui superioris mandato obedivit, culpa carere dicitur (...) amore captam, esse amoris servam»), alla forza maggiore («impossibile nulla est obligatio (...) sed impossibile est mulierem amorem captam, se posse continere»). Così, non senza sfoggio di riferimenti culti, Menochio, De arbitrariis, cit., lib.II, cent.IV, casus 329, pp.478-479.

⁹⁶ «En los documentos castellanos el término de “instinto diabólico” es el que con más frecuencia se encuentra para referirse al deseo que se apoderaba del violador»: Rodríguez Ortiz, Mujeres, cit., p.53. Ai fini dell'impunità, bisogna però distinguere la possessione dalla tentazione vincibile.

⁹⁷ Farinacci, Praxis, cit., pars tertia, q.XCVIII, nn.77, 84 e 86-87, pp.209-210.

⁹⁸ «Accidit sæpius, ut foeminæ conjugatæ persuasionibus lascivis, et gestibus venereis alliciant juvenes, qui ad libidinem attracti et incitati, si cum iisdem cuncumbant, adulteriumque committant, pro arbitrio iudicis, deposita poenæ asperitate, mitius puniendi sunt. Parcendum siquidem est amoroso, qui furore libidinis et amoris aliquid prohibitum fecit, cum id videatur fecisse quasi furiosus et demens»: Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXI, nn.58-59, p.78.

⁹⁹ Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXI, n.61, p.79. «Quia talis subitus furor, et impetus ipsum excusare videtur, sicut excusat eum, qui subita ira, vel dolore commotus aliquod delictum committit»: Farinacci, Praxis, cit., pars tertia, q.XCVIII, n.91, p.210. Torna il parallelo con l'omicidio, che può essere scusato per un accesso di rabbia. Sia il giurista romano che quello sassone ragionano sulla stessa fonte: il manuale inquisitoriale di Diego Simancas, che aveva offerto una corposa analisi sulla *defensio reorum*. Era stato il Vescovo di Beja il primo a denunciare «qui amoris prætextu aliquid præmeditatum committat», e inoltre a differenziare l'incontinenza imprevista – «veluti cum speciosam mulierem viderimus, et confestim afficiamur, et ab affectu erumpit impulsus ad aliquid perpetrandum, quod fortasse non expediat» – da quella congenita nei «frigidis et melanchonicis»: la prima può risultare inevitabile persino ai virtuosi più zelanti, l'altra cade sotto la spada delle repressibilità (nell'analisi dell'*incontinentia*, l'autore dichiara il suo debito con la *Grande Etica* di Aristotele). Cfr. Simancas, De catholicis institutionibus, cit., tit.XVII, n.45, p.124. Questa distinzione sempre troppo sottile a Farinacci, che si mostra più comprensivo, perché l'amore «semper amantes obcæcat, licet magis uno tempore quam alio, ideo sic semper iuxta temporis qualitatem, et animi perturbationem miserendum, et mitius agendum est»: Farinacci, Praxis, cit., pars tertia, q.XCVIII, n.92, p.210. Lo riprende quasi alla lettera Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXI, n.62, p.79.

sminuire l'atrocità del delitto. Generalmente, ne riconoscono l'operatività laddove si somma ad altre attenuanti (come l'età, il sesso, la nobiltà, il tentativo, la persuasione)¹⁰⁰.

Lo stato di indigenza esclude il dolo? Tiraqueau aveva preso sul serio la questione, finendo per prospettare una *temperatio poenæ*: «*is tamen levius peccat, qui ob paupertatem (...) quicquam admittit: ideoque et semper levius puniendus*». «*Necessitas non habet legem*» e la povertà, «*quæ et necessitatis est species, a multis alioquin prohibitis excusat, multaque contra regulas iuris inducit*»¹⁰¹. In caso di adulterio, però, il dato testuale impedisce qualsiasi benevolenza: si rischia di trasformare la *paupertas* in un salvacondotto per la *meretrix nupta*¹⁰². Un conto è la posizione di chi ruba per fame, un conto quella di chi vende il proprio corpo: l'adulterio resta più grave del furto, ed in quanto «*per se malum*» non c'è buon fine che possa scusarlo¹⁰³, «*quia debet pati quis potius omnia mala pati, quam peccato consentire*»¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Sono soprattutto donne e giovani a trarne vantaggio, data la loro particolare debolezza: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXI, n.60, p.79. Nel caso catalano, l'amore si somma al *conatus*: de la Peguera, *Decisiones auræ*, cit., dec.VII, n.21, p.46. Quando Farinacci sostiene la scusabilità del ratto, adducendo l'esempio di Roberto d'Altemps, ricorda che il duca di Gallese fu liberato da Castel Sant'Angelo «*tum ex causa amoris, tum ex alijs causis, quibus iure poena minuenda erat*». Era il 1585: in suo favore giocavano, *de iure et de facto*, gli illustri natali (era figlio legittimato del potente cardinale Marco Sittico). Gli fu imposto di servire «*pro Generali Duce, et Capitaneo*» ad Avignone (città di cui il padre era legato perpetuo), mantenendo le stesse mansioni svolte a Roma come governatore di Borgo: un esilio dorato «*et sic loco poenæ dignitatem, et honorem reportavit*». Farinacci, *Praxis*, cit., pars tertia, q.XCVIII, n.87, p.210. La notizia è scarna, ma traspare un certo sarcasmo per l'esito della vicenda: in realtà, l'Avvocato maschera la soddisfazione per aver vinto una causa disperata. La vicenda segnerà la sua ascesa professionale. Cfr. Mazzacane, Prospero Farinacci, in *Dizionario biografico degli italiani*, XLV, Roma 1995, pp.1-5.

¹⁰¹ «*Inter cæteras autem necessitates nulla est sævior, miseriorque quam fames*». Anche in questa *causa*, enorme è l'influenza di Platone: nelle *Leggi*, l'Ateniese insegna che i peccati dei poveri saranno castigati con meno durezza, una volta nell'Ade. Tiraqueau, *De poenis*, cit., causa XXXIII, pp.186-190.

¹⁰² Sul punto, è esplicito D.23.2.43.5: «*Non est ignoscendum ei, quæ obtentu paupertatis turpissimam vitam egit*».

¹⁰³ Merita di essere seguita l'argomentazione di Menochio, *Consiliorum sive responsorum*, t.I, *Francofurti* 1605, cons.XXXII, nn.30-32, fol.80A: l'Autore offre il suo *consilium* in un processo per *amissio dotis*, ma sul punto non c'è differenza col giudizio criminale. «*Si furari necessitate famis licet, non tamen conceditur fornicari, et se ipsam prostituere (...) hanc excusationem esse levem et frivolam: atque ita non excusare ab adulterio (...) Furtim ideo reprobatur, quod proximo iniuriam et detrimentum adfert. Hæc iniuria et damnum cessat ex consensus domini expresso, vel tacito. Atqui necessitatis tempore debet dives pauperi succurrere, et auxilium ferre. Qui ergo alienum accepit ob necessitatem, accipere dicitur ex tacito consensu domini, qui ob id quod debet succurrere, videtur accipienti consentire. At in fornicatione et adulterio, quæ per se mala sunt, diversum est. Nam illa malitia humanam voluntate tolli non potest: ob id voluntas viri vel mulieris non tollit illam circumstantiam malitiæ, quæ alias facit ob necessitatem licitum, quod illicitum est, rem alienam furari (...) His infertum, verum non esse, quod ex adverso pro Catharina dicebatur, causam iustam imo et ingiusta ac bestialem excusare a dolo, et per consequens a delicto. Nam illud non procedit, cum quis peccat contra præcepta iuris naturalis*». Menochio, tra i giuristi più dotti del tempo, fonda le sue riflessioni sul teologo complutense Juan de Medina, *De restitutione et contractibus*, Salmantica 1550, cap.XIX, fol.62B e sul canonista salmantino Diego de Covarrubias, *In regulæ peccatum*, Lugduni 1560, pars II, par.Primus, nn.5-7, pp.71-79: su questo punto, la speculazione neoscolastica risulta profonda e incisiva. Cfr. l'*additio* n.76 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.*Adulterium*, fol.9A.

¹⁰⁴ Covarrubias, *In regulæ peccatum*, cit., pars II, par.Primus, nn.5-7, pp.71-72, 75 e 79. Meglio la morte terrena che quella eterna. «*Cur malum hoc fornicationis non fiat licitum, et amittat propriam malitiam ex circumstantia necessitatis extremæ ad vitæ periculum effugiendum (...) quia malum est adulterium ipsu, et mala est ipsa fornicatio: quorum malitia voluntate et consensu humano tolli non potest: ideoque nec mariti consensu, nec ipsius foeminæ voluntas sufficit*». «*Nec Deum ipsum posse super divinis præceptis decalogi dispensare*»: la dispensa è solo apparente in quei casi che sembrano eccettuati (come il furto per necessità o

Ma se la *paupertas* non può scusare, cosa dire della *nobilitas*? Le due questioni mostrano una certa affinità, e i giuristi sono soliti avvicinarle a costo di andare fuori dal seminato: in gioco, qui, non c'è la colpevolezza, ma l'onore. Il problema teorico si pone perché non poche leggi, romane e statutarie, discriminano il trattamento in base al ceto. Per lo stupro, la disparità sembra testuale (I.4.18.4): per l'adulterio no. Ma se i nobili che commettono omicidio son condannati all'esilio – non al supplizio capitale – «multo magis in crimine adulterii a poena ordinaria exempli erunt, si a maiori ad minus argumentari licet»¹⁰⁵. Non ci sono riferimenti testuali, nel *Corpus*, che contraddicano questa interpretazione: ma l'atteggiamento dei criminalisti appare piuttosto scettico¹⁰⁶. Una certa polemica contro i privilegiati scorre tra le righe in senso egemonico, ammantandosi però di motivazioni spirituali: non è il *Decretum* ad insegnare «quod propter altitudinem dignitatis, homo Christianus fortiter cadit in peccatum»? E non è il *Liber Extra* a punire più severamente chi, per la sua dignità, invece di dar l'esempio induce allo scandalo¹⁰⁷? Di fronte a Dio, pecca forse di meno il nobile del plebeo¹⁰⁸? La *causa mitigandi* rischia perciò di tramutarsi perfino in *causa exasperationis*: ma si tratta solo di provocazione¹⁰⁹. Il tracciato verso l'eguaglianza penale è visibile, sebbene la strada sia irta e piena di ostacoli: «in supplicio uniformi, et taxato a lege vel statuto (...) non habenda distinctio et respectus personarum»¹¹⁰. Ma la sperequazione è pronta a riaffermarsi¹¹¹. Resta convinzione diffusa

l'omicidio per difesa). In realtà, in essi manca proprio la *malitia*, quindi il peccato. Ma nell'atto extraconiugale non può mai mancare la *malitia*: perciò il peccato carnale offre meno vie di scampo rispetto a fattispecie pur gravi come quelle del quinto e del settimo comandamento (ragionando da giurista, Menochio sostiene che l'adulterio sia inferiore solo alla lesa maestà). L'Arcivescovo dipana il suo ragionamento avvalendosi di teologi (Tommaso d'Aquino, Domingo de Soto, lo stesso Juan de Medina) ma anche canonisti (avevano affrontato il problema Giovanni d'Andrea e il Panormitano).

¹⁰⁵ Così ragiona Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXII, nn.4-5, p.81. Il trattamento sanzionatorio di altre fattispecie potrebbe corroborare questa attenuante: Id., *Practica*, cit., pars III, q.CXLVIII, n.33, p.340.

¹⁰⁶ La gl. *Deportandum est* aveva interpretato D.48.18.5 come attenuante in caso di *adulterium cum incestu*: ai nobili la deportazione, agli altri la morte. Ma si tratta di una lettura ormai desueta: Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, n.15, pp.465-466. Approcciando questa *causa excusationis*, Carpzov mostra sin da subito la sua perplessità, «attamen quia suos habent defensores, nec dubio omni ex parte carent, ideo de iis jam pauci dispiciendum est»: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXII, n.1, p.80.

¹⁰⁷ Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CXLVIII, nn.34-35, p.340. Il riferimento è a *dictum ante Decr.* D.40, c.6 e X.2.24.12. Tanto più significativo questo riuso del diritto canonico da parte di un giurista luterano che – insieme al *favor nobilitatis* – nega anche il *favor clericatus*, in una prospettiva di generale livellamento: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXII, nn.15-25, pp.82-83.

¹⁰⁸ Circa il foro penitenziale, aveva già manifestato la sua riserva Tiraqueau, *De poenis*, cit., causa XXXI, n.37, pp.182-183: «magis puniendus est nobilis, et in dignitate constitutus, ut qui plus cæteris per omnia paribus, peccare videtur: tum quia magis contemnit, qui plus recipit a Deo, nec recognoscit, ideo maior est ingratitude illius».

¹⁰⁹ «Eo gravior puniendus esse, non absurd quis existimaverit, quo magis ii delinquendo sese commaculant, et adulterio dignitatem et nobilitatem contaminat, suoque exemplo humiliores ad delinquendum provocant». Con ulteriori riferimenti canonistici, il Sassone introduce il profilo teleologico dell'esemplarità penale. È un discorso volutamente parossistico, giacché «rectius ergo (...) indifferenter nobiles, atque ignobiles poena mortis in adulteros statuta afficiendos esse, quæ sententia longe verissima est»: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXII, nn.6-7, p.81. Come insegna Aristotele, infatti, nel punire l'adulterio la legge deve guardare il «nocumentum», non la persona: «Nihil enim refert, si probus pravo detraxerit, an pravus probus: neque si adulterium probus, an pravus commiserit. Sed ad differentiam nocumenti lex respicit tantum, et utitur ut æqualibus sint, si hic injuriam facit afficiatur, ille patitur: et si hic nocuit, ille est læsus. Quare injustum hoc, cum sit iniquum, iudex æquare conatur»: Aristotele, *Etichorum ad Nicomachum*, cit., t. I, lib.V, cap.4, p.210. Il passo è citato da Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CXLVIII, n.36, p.340.

¹¹⁰ Nel caso sassone, l'eguaglianza culmina in quella *Ordinatio politica* del 1612 che abroga espressamente il «respectu personarum quoad poenæ impositionem, in quibusvis indiscriminatim delictis»: Carpzov, *Practica*,

che non convenga comminare la pena corporale agli ottimati, specie se infamante. Alle verghe dei plebei corrisponde la multa o l'esilio, secondo un regime che si pretende di adeguatezza, non di favore¹¹². L'Antico Regime resterà a metà del guado, raggiungendo la perfetta eguaglianza soltanto *in atrocissimis*¹¹³.

Nei Paesi protestanti, la divaricazione confessionale favorisce un regime più elastico rispetto ad alcune circostanze che il mondo cattolico ritiene, invece, del tutto influenti. Scaturito dal presupposto teologico del *per se malum*, il principio «*potius omne malum pati, quam adulterium committere*» – già riscontrato in relazione alla *paupertas* – si applica nei processi di separazione ed *amissio dotis* presso le corti vescovili. Da qui, si riflette anche nei giudizi criminali. Perciò, nei Paesi cattolici, la cattiva condotta del proprio coniuge non giustifica né sminuisce la responsabilità dell'adultero: non giova eccipere le sevizie altrui (bisognerebbe chiedere, semmai, la *separatio thori*); non giova l'inadempimento del debito coniugale (nel caso, bisognerebbe pretenderlo, finanche con mezzi processuali); non giova l'altrui abbandono (anche qui, ci sono strumenti per imporre l'obbligo di convivenza)¹¹⁴. Radicalmente opposto il discorso di Carpzov. Sebbene l'autore

cit., pars II, q.LXII, nn.13 e 10, p.81. Ma già von Beust, *Tractatus de iure connubiorum*, Lipsiæ 1592, pars II, cap.XIX, pp.121-122 si era pronunciato per l'applicazione indifferenziata della pena di morte per l'adulterio *ex Constitutio Electoratus*, 4.19.

¹¹¹ Come ammette lo stesso Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CXLVIII, nn.38-41, pp.340-341: ciò che vale per la Sassonia e per l'adulterio non vale indiscriminatamente. L'*excusatio* torna alla ribalta ogniqualvolta la legge affidi all'*arbitrium* il compito di determinare la sanzione *ex qualitate personarum*.

¹¹² Si sviluppa, perciò, un dibattito sull'adeguatezza delle sanzioni da irrogare a nobili e plebei. «*Son algunos de opinion, que la pena mas a proposito para la enmienda del rico es la del destierro, y al pobre la del dinero, porque el pobre sentirá mas la hazienda que le falta, y el rico el sossiego que desea. A otros le parece lo contrario, que el pobre sea desterrado, y el rico en dinero condenado, y en que no salga de la ciudad por algun tiempo: porque la privacion de la libertad le es de mayor timor y castigo*»: Castillo de Bobadilla, *Politica para corregidores*, Amberes 1704, t.I, Lib.II cap.13, n.57, p.388. «*In poenis pecuniariis pauperes et ignobiles mitius puniri vult, quam divites et nobiles (...) e contra nobiles mitius coerceri quam personas ignobiles, quando agitur de poena corporali*»: Carpzov, *Practica*, cit., pars III, q.CXLVIII, n.37, p.340; allo stesso modo Farinacci, *Praxis*, cit., pars III, q.XCVIII, nn.102 e 100, p.212. Cambiano i punti di vista, ma non si può affermare che la nobiltà goda di un favore assoluto. Al contrario, la dottrina sembra preoccuparsi di una prudente relativizzazione del castigo. Le multe irrogate ai nobili sono salate, così come dure sono le vergate per la plebe: vale il principio *qui non habet in aere, luat in corpore*. Se le triremi inflitte ai popolani son giudicate terribili, non meno invisa è la *relegatio*, che priva il nobile del suo prestigio, strettamente radicato sul territorio. Ponderando la gravità della pena nell'ottica di allora, non sembra condivisibile l'opinione di Tomás y Valiente, *El derecho penal*, cit., pp.317-322 che enfatizza troppo i vantaggi della nobiltà.

¹¹³ «*La Monarquía absoluta utilizó como arma de política penal la supresión de toda posible garantía general o de privilegio particular en quello delitos que por su gravedad o por su frecuencia quería combatir a toda trance*»: Tomás y Valiente, *El derecho penal*, cit., pp.317-322. Ad esempio, Nueva Recopilación, 8.2.1 commina il rogo per tutti i sodomiti, senza differenziazioni di sorta. Le prammatiche napoletane sul ratto *cum schalis* seguono la stessa logica.

¹¹⁴ Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, nn.59-60, p.470. Cfr. le *additiones* nn.18 e 75 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.Adulterium, foll.7B e 9A; Savelli, *Summa*, cit., par.Adulterium, n.12, p.90. Come precisa il Parlamento del Delfinato, tali comportamenti sono certamente repressibili, ma costituiscono solo cause remote dell'altrui adulterio; ben diverso sarebbe «*quando maritus est occasio immediata adulterij*»: se fa prostituire sua moglie o la induce al tradimento, essa può ben esercitare la ripulsa (il crimine sarebbe comunque punito *ex officio*). Cfr. Marc, *Decisiones auræ*, cit., dec.DXIX, nn.1-2, p.398. Ma non mancano voci isolate che criticano questo regime troppo inflessibile. Per Gómez Arias, *Subtilissima necnon valde utilis glosa*, Compluti 1542, p.323 una donna espulsa ingiustamente da casa non può essere accusata di adulterio. C'è chi si atteggia ad esperto conoscitore delle dinamiche di coppia: raramente, le mogli tradiscono quando i mariti riservano loro le dovute sollecitudini. La donna che pecca è una donna esasperata, che non sa più come reagire di fronte a un marito violento, assente, troppo casto o libertino. Quante volte le adultere

cerchi appiglio in qualche massima di *ius commune*, le soluzioni concrete sono decisamente dirompenti. La sua analisi si dipana tra citazioni di teologi e giuristi protestanti (Lutero, Melantone, Beza, Wigand, Mentzer; Gentili, Mauser, Schneidewein, von Beust e Arnisæus): la nuova concezione del matrimonio porta con sé un diverso regime di *separatio* e *divortium*, determinando ulteriori ripercussioni sul piano criminale. Il Sassone dà un'occhiata alla giurisprudenza e ne desume nuove *excusationes*¹¹⁵. Il

sono accusate da uomini dalla coscienza sporca? «Iniquiores quoque sunt ipsi Iudices, qui istis non consideratis, ad primas talium maritorum delationes et quærimonias, uxores ilico ex rigore iustitiæ damnant, et per hoc infames reddunt»: de Damhouder, Praxis, cit., cap.LXXXIX, nn.36-38, fol.95A. Preoccupazione condivisa da Pietro Gregorio, che propone una via di mezzo: nell'*amissio dotis* riconoscere pienamente le ragioni di chi viene tradito, nel giudizio criminale mitigare il castigo. «Possunt et supremi potissimum iudices, interdum leviozem, interdum graviorem poenam imponere pro modo delicti, et consideratione habita personarum et peristaseon: veluti, si quando vir debitum non reddat uxori coniugale, leges castitatis uxor violaverit. Tunc enim quodammodo excusanda, et culpa in marito reiicienda. Qui enim occasione damni dat, damnum dedisse videtur»: Pietro Gregorio, Syntagma, cit., pars III, lib.XXXVI, cap.VI, n.39, p.382.

¹¹⁵ Sevizie coniugali ed odio capitale giustificano l'attenuazione della pena per il coniuge adultero che li ha subiti (nel 1624, gli scabini optano per la *relegatio* in luogo del gladio); analogicamente, anche *lepra*, *morbus contagiosus* e *furor* – che giustificano la *separatio thori* – possono scusare il peccato di chi non ne è afflitto (Carpzov deve fare i conti con Aristotele, che nell'*Economica* raccomandava fedeltà anche nelle avversità economiche, fisiche e mentali). Il rifiuto del debito libera dalla pena ordinaria non solo chi tradisce, ma anche il correo (Carpzov brandisce le parole di Sant'Agostino, ma la sua dottrina è desunta da Pietro da Ravenna, che dal 1503 al 1506 aveva lasciato il segno nella neonata Università di Wittemberg). Analogicamente, bisogna concedere l'attenuante in caso di *impotentia coeundi*. Qui Carpzov rivela quella fobia per demoni e streghe che percorre Germania e Francia a inizio Seicento: i freschi sposi sono terrorizzati dagli incantatori che «ex ligatura magica» ne causano l'incapacità riproduttiva. Se essa precede le nozze, resta la disciplina del *ratum et non consummatum*; se invece sopravviene, pur non potendo rompere il vincolo, bisogna comprendere le ragioni del coniuge fertile che cade in adulterio. «Remedio ustionis et ope coniugalis destitutus, si extra conjugium libidine irritatus cum alia persona se commisceat, et adulterium committat, poenam ordinariam nequaquam incurrit, sed mitiori poena (...) pro arbitrio iudicis plecti debet (...) quod hoc casu maritus sive uxor non tam malitiose ac temere (...) ignoscendum est enim ei, qui causa aliqua commotus et irritatus delinquit». Partendo dalla dottrina paolina del *remedium concupiscentiæ*, aggravata dalla teoria luterana della depravazione totale, il Sassone riprende di fatto l'attenuante della *lascivia*: impulso fisico irrefrenabile da parte del servo arbitrio. Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXI, nn.14-29 e 55-57, pp.75-76 e 78. Decisamente innovativo anche il trattamento sanzionatorio in caso di *desertio*: si aggrava la posizione di chi ha abbandonato il coniuge per dedicarsi alla lussuria, mentre si concede l'attenuante a chi, abbandonato, cade in adulterio. La *ratio* risiede, anche qui, nell'invincibilità delle passioni, che il *desertus* incolpevole non può sfogare nel matrimonio. Più in profondità, la giustificazione si fonda su un'interpretazione estensiva di 1Cor VII, 12-16, sostenuta da Lutero in persona e nettamente contraria alla lettura tradizionale: in quel passo, San Paolo permetteva di risposarsi al coniuge cristiano abbandonato da un pagano. La canonistica cattolica ammette il privilegio paolino in nome del *favor fidei*, sciogliendo un vincolo che rischia di diventare pericoloso per chi si è convertito. Per i Protestanti, qualunque «desertor non inepte pro infideli habeatur (...) quia fidem non ex verbis æstimamus, sed ex factis (...) desertor, qui admonitionem ecclesiæ negligens, non revertitur ad suos (...) habendus est instar ethnici ac publicani». In questa accezione lata, nei tribunali riformati il privilegio paolino costituisce la seconda ipotesi di *divortium*. Se l'*absentia* non dipende da giusta causa (come guerra, studio, prigionia, lavoro), ma da *impatientia* o *malitia*, «nequaquam laquei conscientie innocenti personæ injiciendi sunt propter aliena delicta». Se il *desertus* ha facoltà di domandare lo scioglimento, non bisogna essere severi laddove commetta adulterio prima di avviare la procedura: bisogna ricorrere alla pena straordinaria. Clemenza che giova anche al correo: «sufficit autem leviuscula etiam causa ad purgationem doli et poenæ mitigationis». In concreto, però, le pene non sono affatto lievi: scampata la morte, restano la *relegatio perpetua*, il carcere, talora le verghe. La dissertazione di Carpzov si frammenta nella casuistica: la pena potrebbe essere nuovamente aggravata in base allo *status* del correo (coniugale, virginale o vedovile) o in caso di condotta evidentemente dolosa (a Wittemberg, nel 1596, un marito abbandonato viene condannato perché, pur sapendo dove dimorasse la moglie, non aveva sollecitato il giudice ecclesiastico per ripristinare la convivenza: il suo adulterio merita la pena capitale). D'altra parte, la *poena adulterii* per il *desertor* è esasperata: ma, se non si riuscirà a provarne l'illecito carnale, sarà comunque punito con la fustigazione perché «est enim ipsa desertio malitiosa delictum», come sancisce l'*Ordinatio*

volontarismo teologico travolge l'*intrinsicè malum*, mentre il servo arbitrio disegna l'uomo come schiavo della *concupiscentia*¹¹⁶.

3. *Iuxta qualitatem facti: soppesare la condotta*

Anche il fatto può assumere connotazioni tali da incidere sulla sanzione¹¹⁷. Piuttosto ristretto è l'ambito applicativo di una circostanza che interessa solo l'adulterio: la nullità del vincolo. Appoggiandosi al diritto romano¹¹⁸, la *communis opinio* ritiene sufficiente il matrimonio putativo per irrogare la pena ordinaria: anche le apparenze hanno il proprio valore, in una società che soffre lo scandalo e teme il disonore. In Castiglia, i Re Cattolici si sono espressi con fermezza: nessun impedimento – e segnatamente parentela, affinità, vincolo precedente, voto religioso o di castità – è idoneo all'*excusatio*¹¹⁹.

Il metodo casuista, refrattario alle costruzioni generali, caratterizza anche i profili oggettivi del reato. La disciplina del *conatus*, ad esempio, è costruita coi mattoni di

ecclesiastica. Posto questo rapporto tra *causa divortii* e *causa mitigationis*, l'autore ha gioco facile nel concedere la pena arbitraria anche quando l'adulterio segue l'altrui tradimento (i Protestanti concedono lo scioglimento del vincolo *propter fornicationem*). Analogicamente se l'adulterio segue una *separatio quoad thoram et mensam* o la condanna a morte del proprio coniuge. Cfr. Id., *Practica*, cit., pars II, q.LVIII, nn.30-41, 1-69; 53-54,74-79, pp.55-62.

¹¹⁶ Da una parte, affermare il primato della volontà significa negare l'oggettività del bene e del male: Widow, *La libertad y sus servitumbres*, Santiago del Chile 2014, p.174. Dall'altra, ogni discorso sul dolo è destinato a sfumare se l'uomo, *simul iustus simul peccator*, non ha libertà di scegliere. Tutto ciò, complessivamente, permette la moltiplicazione delle *excusationes*, fino a giungere a un'esito paradossale: la giustizia sassone – quella con le leggi più aspre e "rivelate" d'Europa – è anche quella che riconosce più circostanze, con un'estrema frammentazione della pena ordinaria.

¹¹⁷ Il rapporto tra circostanze del fatto e pena straordinaria è delineato da Meccarelli, *Arbitrium*, cit., pp.232-235.

¹¹⁸ L'argomento si ricava da D.48.5.14.4: «Sed et si ea sit mulier, cum qua incestum commissum est, vel ea, quæ, quamvis uxoris animo haberetur, uxor tamen esse non potest, dicendum est iure mariti accusare eam non posse, iure extranei posse».

¹¹⁹ Nueva Recopilación, 8.20.4 (= Leyes de Toro, 81): «Si alguna muger, estando con alguno casada, ò desposada por palabras de presente en haz de la Santa Madre Iglesia, cometiere adulterio, que aunque se diga, i pruebe por algunas causas, i razones que el dicho matrimonio fue ninguno, ora por ser parientes en consanguinidad, ò afinidad dentro del quarto grado, ora porque qualquiera dellos sea obligado antea à otro matrimonio, ò aya fecho voto de castidad, ò de entrar en Religion, ò por otra cosa alguna, pues yà por ellos no quedò de facer lo que non devian, que por esto no se escusen à que el marido pueda acusar de adulterio, assi la muger, como al adultero, como si el matrimonio fuere verdadero: i mandamos que en estos tales, que assi avemos por adulteros, i en sus bienes, se execute lo contenido en la lei del fuero de las leyes, que fabla de los que comieten delito de adulterio». Cfr. Collantes de Terán, *El delito*, cit., pp.215-216. Rileggendo questa legge alla luce dei canoni, Antonio Gómez distingue gli esempi citati dalla nullità per difetto di consenso: un matrimonio contratto in condizioni di minorità o sotto violenza non è degno di alcuna tutela penale. «Hodie tamen in regno nostro (...) licet matrimonium ex aliqua causa non valeat, maritus possit accusare uxorem et adulterum (...) Quam tamen legem intellige quando matrimonium non valet propter aliquod legitimum impedimentum consanguinitatis vel affinitatis: secus vero si propter defectus consensus». Riacciandosi all'Abbas, lo Spagnolo spiega che «si per vim contraxit, non potest accusari de adulterijs. Item infero quod si commisit adulterium in minore ætate (...) Confirmatur enim, quia fortius est matrimonium contractum inter prohibitas personas quam ex defectu consensus». La spiegazione non può che fondarsi sul diritto canonico: «quia primo casu non fit separatio absque iudicio ecclesiæ et oritur publicæ honestatis iustitia (...) secundo vero casu non, quando matrimonium est nullum ex defectu consensus»: Gómez, *Ad leges Tauri*, cit., pp.574-575. Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, nn.62-63, p.470.

decisiones e consilia: anche chi s'industria in sintesi di ampio respiro, come Farinacci e Carpzov, non può prescindere. Il diritto romano, cementato dalla speculazione tomista, offre un pilastro teorico fondamentale: il principio «cogitationis poenam nemo patitur»¹²⁰. Inoltre, «conatus et nixus (...) pro actu perfecto seu consummato non punitur (...) de consuetudine generali conatus non punitur, nisi sequatur effectus»¹²¹. Evento e pena ordinaria *simul stabunt et simul cadunt*: il giudice ricorrerà alla sanzione arbitraria sia se la condotta è compiuta, sia se si è limitata ai preparativi; sia se la *poenitentia* del reo ha impedito il risultato, sia se questo non sopraggiunga per circostanze esterne¹²². Il diverso disvalore sarà opportunamente ponderato. Esulano da questo quadro i delitti atrocissimi, nei quali «licitum est transgredi iura»: in tal caso basta un *actum proximum* e *de presenti* per imporre la pena legale¹²³. Ciò porta a un sensibile aggravamento in caso di sodomia, bestialità e ratto¹²⁴.

¹²⁰ D.49.19.18. Tommaso d'Aquino, *Summa totius Theologiæ*, cit., Prima Secundæ, q.91, art.4, p.453: «de his potest homo legem facere, de quibus potest iudicare: iudicium autem hominis esse non potest de interioribus motibus, qui latent, sed solum de exterioribus actibus, qui apparent». A questo insegnamento si allaccia espressamente la gl. *Non merescit pena* ad Partidas, 7.31.2: «et tantum ad perfectionem virtutis requiritur, quod in utrisque actibus homo rectus existat, et ideo lex humana non potuit cohibere, et ordinare sufficienter interiores actus: sed necessarium fuit, quod ad hoc superveniret lex divina». La norma di riferimento (promulgata nello stesso anno in cui Tommaso cominciava la *Summa*) è testimonianza notevole del principio di esteriorità della condotta: «Pensamientos malos vienen muchas vezes en los coraçones de los omes: de manera, que se afirman en aquello que piensan para lo cumplir por fecho. E despues asman, que silo cumplissen que farian mal, e arrepientense: e porende decimo, que qualquier ome que se arrepiente del mal pensamiento, ante que començasse a obrar por el, que non merescit pena porende: porque los primeros movimientos de las voluntades non son en poder de lo omes». Il principio trova il suo equivalente canonico nella formula *Ecclesia de occultis non iudicat*, con una rilevante eccezione: l'eresia. «Motus cogitandi non sunt in potestate nostra, tamen ego dico idem in deliberativis motibus, quod puniuntur, nisi sint in nostra potestate. Et ratio est: quia in delictis puniendis iure fori, spicimus passum, sed hic ex tali delicto mentali nullus patitur, et nemo offenditur, merito non punitur. Istud tamen fallit in hæresi, quia ibi deliberatio mentis sufficit ad perpetrationem delicti, eo quod delictum non requirit aliquid ab extra, sed perficitur sola mentis cogitatione, unde inquisitor hæreticæ pravitatis bene puniret hæreticum in mente, licet in eo non appareant signa de hæresi. Hoc autem potest liquere inquisitori per confessionem hæretici, quia aliter non posset probari cogitatio mentis, quam solus Deus scrutatur»: Baldo degli Ubaldi, *Commentaria in primum, secundum et tertium Codicis librum, Augustæ Taurinorum 1576*, ad libr.I, tit. de Episcopi set clericis, lex Si quis non dicam, n.1, fol.38A. Cfr. de la Peguera, *Decisiones auræ*, cit., dec.VII, nn.2-3, p.42.

¹²¹ De Bohier, *Decisiones*, cit., dec.CCCXVI, n.3, p.657. «Et ista consuetudo est approbata per totum mundum»: Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.XCII, n.1, fol.349A. Cfr. Cumia, *In ritus*, cit., cap.LXXI, n.39, p.361. Il principio è ricavato da D.2.2.1.2.

¹²² L'*arbitrium* è la chiave di volta che permette la costruzione del tentativo: Meccarelli, *Arbitrium*, cit., pp.208-209.

¹²³ Che per questi delitti è sempre la morte, più o meno esasperata. «Solus tractatus et sola ordinatio» però, costituendo macchinazioni rivolte al futuro, escludono la pena ordinaria: de Bohier, *Decisiones*, cit., dec.CCCXVI, n.4, p.657. Cfr. Tomás y Valiente, *El derecho penal*, cit., pp.280-286.

¹²⁴ E così, mentre nei peccati contro natura «non requiritur consummatio seu seminis emissio», nel ratto si può procedere al castigo ordinario «de eo qui ivit cum aliis armatis hominibus ad domum muliebri, ut illam raperet, sed ea non invenit»: de Bohier, *Decisiones*, cit., dec.CCCXVI, n.4, p.657. L'equiparazione tra tentativo e delitto perfetto trova riscontro in C.1.3.5 («Si quis non dicam rapere, sed attemptare tantum matrimonii iungendi causa sacratissimas virgines ausus fuerit, capitali poena ferietur»), «ubi attemptata pudicitia puellæ punitur poena mortis, et punitur conatus, etiam non sequuto effectus»: Cumia, *In ritus*, cit., cap.LXXI, n.39, p.361. Ma anche C.9.13.1.1 estende la *poena capitis* al ratto tentato di vergini e coniugate. Fondamentale l'insegnamento di Baldo: «qui cogitat, et agit, sed non consummat delictum, quia non potuit punitur in atrocissimis poenis pro delicto consummato»: Baldo degli Ubaldi, *Commentaria*, cit., libr.I, tit. de Episcopi set clericis, lex Si quis non dicam, n.1, fol.38A. «Scias tamen quod in omnem casum dispositio dicta lex Si quis non dicam rapere, et similium, quæ expresse puniunt solum conatum, etiam non sequuto

Adulterio e stupro – non rientrando tra i *graviora* – conservano la sfasatura tra consumazione e conato¹²⁵. La *lex Sollicitatores*, collocata nel titolo *de extraordinariis criminibus* del Digesto, sostiene questa ricostruzione¹²⁶. Così, in presenza di qualsiasi istigazione, lettera, dono o tocco bisognerà punire per intimidire gli audaci e castigarne il dolo, ma in modo ridotto¹²⁷. Non manca, nella disciplina del conato, una certa vena medicinale¹²⁸; ma la tara retributiva, ereditata dal Medioevo, impedisce di ravvisare lo stesso disvalore della consumazione: il tentativo non realizza la *commixtio sanguinis*, né pregiudica la verginità¹²⁹. Fedeli a questa *ratio*, i giuristi scandagliano le ipotesi più

effectu, semper intelligenda est procedat, quando deventum ad actum proximum maleficio»: Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.XCLII, n.2, fol.349B. Abbiamo già visto che in Castiglia, a Napoli e a Milano si mandano al patibolo anche coloro che, dopo l'*abductio*, non violano la donna. Se nel Medioevo la questione era discussa (all'opinione severa di Baldo si opponeva la clemenza di Giovanni da Anagni), nel Cinquecento prevale la posizione rigorista, in linea con la generale intransigenza verso gli *atrocissima*. Ad inizio secolo Ippolito Marsili aveva proposto una *distinctio*, per conciliare le posizioni e valorizzare anche il profilo soggettivo: «aut copula carnalis non est sequuta post raptum eo quia raptor hoc facere non potuit» (la causa di forza maggiore impedisce la consumazione: pena ordinaria) «aut non fuit sequuta copula carnalis post raptum quia ipse raptor noluit» (il reo si ravvede prima di procedere all'atto sessuale: pena straordinaria): Marsili, *Repetitiones*, cit., r.legis unicæ C. de raptu virginum, nn.302-304, fol.97A. La soluzione trova il consenso di Gómez, *Ad leges Tauri*, cit., p.569.

¹²⁵ «In his vero, quæ atrocissima non sunt, nullo modo debet iudex pro solo conatu poenam mortis imponere (...) et eo etiam casu, non nisi deventum fuerit ad actum proximum et immediatum»: Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.XCII, n.2, fol.349B.

¹²⁶ D.47.11.1: «Sollicitatores alienarum nuptiarum itemque matrimoniorum interpellatores et si effectum sceleris potiri non possunt, propter voluntatem perniciosæ libidinis extra ordinem puniuntur (...) Qui puero stuprum abducto ab eo vel corrupto comite persuaserit aut mulierem puellamve interpellaverit quidve impudicitia gratia fecerit, domum præbuerit pretiumve, quo is persuadeat, dederit: perfecto flagitio punitur capite, imperfecto in insulam deportatur: corrupti comites summo supplicio adficiuntur».

¹²⁷ «Nec adulterium punitur poena ordinaria, quando effectus non est sequutus (...) qui alterius uxorem publice ad adulterium sollicitat, aut inhoneste contrectat, punitur exilio, aut alia poena arbitraria». Ovviamente il giudice sarà più mite in caso di «attentatum per solum actum verbi», più duro se il reo «fuisse descendens ad actum facti»: Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, nn.103, p.474. Cfr. de Damhouder, *Praxis*, cit., cap.LXXXIX, n.47, fol.95B; *additiones* nn.68-71 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.Adulterium, fol.9A; Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.II, n.7, p.295.

¹²⁸ La mette in luce un giurista raffinato come Pietro Gregorio, *Syntagma*, cit., pars III, lib.XXXVI, cap.XII, n.1, p.388. «Sapientis est, non tantum præsentibus malis mederi, sed etiam futuris occurrere. Et proinde legislatores magis solliciti sunt, ne crimina committantur, quam ut puniantur. Ad eum modum futuræ libidini subvenientes, ea quæ eam vel incitant, vel propellunt aut nutriunt, castigant imitati Deum, qui a fundamentis hoc vitium eradicat, iubendo puram habere cum corpore mentem». Qui, l'Autore richiama quei precetti della legge divina che vietano finanche il desiderio. Ovviamente «iurisconsulti et nomothetæ non plane de corde iudicant, nisi per actus externos, quibus ductis coniectant de interiori mente (...) Coniecturas sic capiunt proximi stupri, vel adulterij, ex colloquiis, aspectibus, seu visu, tactu, osculis, quæ postea sequitur factum».

¹²⁹ «Cessante ergo delicto, ipsa quoque poena cessabit, adeoque reus non nisi ob conatum et attentatum adulterij hoc casu supplicium incurrit. Attentatum vero alicujus delicti non poena ordinaria, sed mitius coerceri, certo certius est ex consuetudine generali (...) Facit etiam huc, quod in crimine adulterij de jure Communi injuria fere principalis consistat in suppositione falsi partus et insitione stirpis spuria (...) Atqui in attentato adulterij, crimine non dum consummato, neque commistione sanguinis subsequutam, injuriam hanc non metuendam esse, in aperto est, adeoque nec poena adulterij ordinaria in ejusmodi attentato obtinebit: cessante enim causa alicujus juris aut dispositionis, ipsum jus atque dispositivo cessat». Si può ricorrere a fustigazione, esilio o carcere secondo Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXI, nn.3-13, pp.74-75. La stessa logica vale per lo stupro. In una causa datata 1547, il reo «qui puellæ nobilis lectum ascenderat, et pectus tetigerat, neque ultra progressus fuerat, habita remissione fuit absolutum»: Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.XCII, n.1, fol.349B. D'altra parte, nota Farinacci, nemmeno la sanzione del *ducere et dotare* può essere irrogata in mancanza di consumazione: «Summus Pontifex non contentatur sola seductione puellæ, sed requirit etiam dormitionem; dormitionem autem ibi Canonistæ omnes intelligunt, de corruptione»: Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.73, p.560.

minute, passando dallo scabroso all'inverosimile: il loro impegno rispecchia quello dei moralisti coevi¹³⁰. Resta, tuttavia, un grande interrogativo: la tentata congiunzione violenta può essere assimilata al regime degli *atrocissima*? Il punto resta confuso: la forza magnetica del *raptus* spinge il tentato *stuprum cum vi* verso la pena ordinaria¹³¹. Le leggi non sono univoche; povere di dogmatica, non possono far luce sui dubbi della dottrina¹³².

Questa si aiuta coi casi giudiziari, utili per sviluppare considerazioni più ampie. Mentre i commentatori avevano discusso a lungo sulla *prostratio in terram*, i pratici del Cinquecento s'interrogano soprattutto sull'*osculum impudicum*, anch'esso visto come *conatus* dello stupro o dell'adulterio¹³³. Non c'è dubbio che, benché lascivo, il bacio *sine vi vada* punito *extra ordinem*¹³⁴ «Serenissimus Rex Federicus voluit a me scire (...) quæ

¹³⁰ Alcuni esempi in Díaz de Lugo, *Practica*, cit., p.383; Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXI, n.2, p.74; Matthes, *De criminibus*, cit., lib.LXVIII, tit.III, cap.II, n.10, p.296. Cfr. Verecke, Da Guglielmo d'Ockham, cit., p.668.

¹³¹ Nel Medioevo, il dissenso in merito alla pena del tentato stupro violento si era polarizzato tra l'opinione di Cino e quella di Bartolo: il Toscano sempre favorevole all'*arbitrium*, il Marchigiano sempre incline al *gladium*. Raffaele Cumano riprenderà la tesi di Cino, distinguendo nettamente ratto e stupro in base all'*abductio*. Opinione dogmaticamente precisa, ma assai benevola: nel caso di specie, c'erano stati atti assai prossimi (*prostratio in terram, emissio seminis*) e la consumazione fu impedita solo per intervento di terzi. Cfr. Cumano, *Consilia*, cons.XCVI, in Cumano – Fulgosio, *Consilia*, cit., fol. 48. Baldo invece, assimilando il trattamento dei due delitti, proponeva però una differenziazione tra «actum verbi» ed «actum facti»: se i primi vanno sempre castigati in modo più mite, tra i secondi si rende opportuna un'ulteriore distinzione. «Aut est actus multum principaliter propinquus delicto, et quasi de esse eius, et quasi pars intrinseca eius delicti, ut prostratio in terram in actu carnale, tunc de rigore debet puniri sicut pro actu consummato (...) Si autem est actus magis remotus ut osculum, vel alius actus, tunc mitius punitur»: Baldo degli Ubaldi, *Commentaria*, cit., ad libr.I, tit. de Episcopi set clericis, lex Si quis non dicam, n.5, fol.38B. La questione, in Età moderna, è ancora aperta. Con Cumano si schiera d'Afflitto, *Decisiones*, cit., dec.CCLXXVI, n.7, fol.377A. Segue Baldo, invece, Matthes, *De criminibus*, cit., lib.LXVIII, tit.III, cap.II, n.10, p.296: «Quantulum enim interest raptum et stuprum violentum? Igitur sicut ad raptus poenam conatus sufficit (...) ita etiam ad poenam stupri violenti». Come nel ratto basta l'*abductio*, così nello stupro violento è sufficiente la *prostratio in terram* per irrogare l'estremo supplizio.

¹³² La Carolina, agli articoli 118 e 119, distingue ratto e stupro violento. Se consumati, per entrambi i reati è prevista la morte; in caso di tentativo, l'art.119 affida lo stupratore all'*arbitrium* del giudice, che provvederà «secundum qualitatem et conditionis personæ et attentati facinoris». Decisamente più severa la disciplina romana, che assimila ratto e stupro, consumazione e tentativo. «Si quis stuprandi causa honestæ mulieri vim intulerit, vel invitis parentibus puellas ut pueros abduxerit, aut alias honestas mulieres et pueros rapuerit, aut rapti fecerit, etiam si stuprum non sequatur, furca suspendatur»: Statuti di Roma, 2.51. Anche Partidas, 7.31.2 aveva parificato ratto e stupro violento, comminando la pena ordinaria a chi «començasse a meterlo por obra travando de algunas dellas, para cumplir su pensamiento malo: o levandola arrebatada». Come nel testo romano, manca qualsiasi differenziazione tra atto prossimo e remoto. Tuttavia Gregorio López, nella gl. *Travando de algunas dellas*, interpreta la legge nell'ottica di Baldo: «intellige per actum multum principaliter propinquum delicto, et quasi pars intrinseca illius, ut prostratio in terram in actu carnali, tunc de rigore debet puniri, sicut pro actu consummato (...) Si enim esset actus magis remotus, ut osculum, vel similis actus: tunc mitius punitur».

¹³³ È perciò distinto dall'*osculum causa amicitie*, che non merita alcuna riprensione: Menochio, *De arbitrariis*, cit., lib.II, cent.III, casus CCLXXXVII, n.26, p.432. Stesso discorso per l'*amplexus*: la tradizione canonistica, però, affermava che «si clericus mulierem amplectatur, interpretandum esse, eum causa benedicendi id facere, non causa libidinis». Pietro Gregorio, *Syntagma*, cit., pars III, lib.XXXVI, cap.XII, n.18, p.389.

¹³⁴ Menochio, *De arbitrariis*, cit., lib.II, cent.III, casus CCLXXXVII, n.2, p.430. Tuttavia, «in facto autem non sum memor, quod aliquis pro osculo luxurioso, sine vi, fuerit unquam criminaliter molestatus et punitus»: Caballo, *Resolutiones*, cit., cent.I, casus XCVI, nn.10-11, pp.145-146. Vergini e vedove, a maggior ragione, restano impunte: Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLII, nn.156 e 159, pp.492-493. Diversa la situazione delle *nuptæ* (più spesso perseguite con l'*amissio dotis*), comunque alleggerita riconoscendo il valore del ravvedimento: si ammette l'impunità del bacio quando la copula non si realizza «propter ejus

poena viro danda sit de iure osculanti mulierem virginem sine eius consensu»: così Matteo d’Afflitto inaugura il dibattito. Pur sapendo che Bartolo aveva equiparato il bacio violento al delitto perfetto, invocando la pena di morte, il giudice napoletano si esprime per la sanzione arbitraria: come aveva sostenuto Baldo, tale condotta costituisce un atto remoto, immeritevole del trattamento ordinario. Il combinato tra la *lex Sollicitatores* e la relativa glossa fugherebbero ogni dubbio¹³⁵: la *ratio* stessa giustifica una sanzione ridotta: nel caso concreto, il reo patisce il bando e una multa «moderandam secundum eius divitias, et paupertatem»¹³⁶. Questa opinione conosce una notevole risonanza¹³⁷. Contro questo indirizzo si scaglia Egidio Bossi, sostenendo la *deportatio in insula* per il bacio violento: la questione resta aperta¹³⁸.

poenitentiam; secus quando aliquo timore, vel impedimento superveniente copula carnalis sequita non fuerit»: Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLI, nn.103, p.474. Cfr. Pietro Teodorico, Judicium, cap.VI, aphor.II, n.5, p.716.

¹³⁵ D.47.11.1pr afferma che i rei «si effectu sceleris potiri non possunt, propter voluntatem perniciosæ libidinis extra ordinem puniuntur». La gl. *Propter voluntatem* cita espressamente «colloquium, vel basia, quæ sunt præcedentia veneris». Ovviamente, Matteo d’Afflitto parte dal presupposto che la *lex Sollicitatores*, nel suo complesso, descriva una seduzione del tutto assimilabile alla violenza (*vis interpretativa*).

¹³⁶ «Per stuprum attentatum et non consummatum, sed solum perventum ad osculum et amplexum contra virginem invitam et acclamantem, non maculatur virginitas corporis neque mentis, ergo mitius arbitrarie debet puniri». d’Afflitto, Decisiones, cit., dec.CCLXXVI, pp.377-378. Un dettaglio gioca in suo favore, come più tardi noterà Tommaso Grammatico: avendo commesso il crimine fuori Napoli, non poteva applicarsi quel vecchio capitolo angioino in virtù del quale «imponitur poena capitalis de osculanti virgines». La norma si riferiva alla sola capitale, città popolosa e difficile da governare: in «materia odiosa» non è lecito estenderne la portata a villaggi e città dove le stesse esigenze repressive non si ripetono. In generale, anche il giudice della Vicaria ritiene che la pena capitale sia sproporzionata rispetto al bacio violento: Grammatico, Consilia, cit., cons.XLVIII, nn.1-4, foll.89B-90A.

¹³⁷ Nel 1583 il Regio Consiglio catalano, fondandosi sull’autorità di Matteo d’Afflitto, condanna al bando quinquennale il reo, che aveva pubblicamente abbracciato una ragazza «invitam et acclamantem (...) eius pudicitia attentando». La sanzione, in realtà, è più severa rispetto a quella applicata dai giudici napoletani: stavolta, infatti, il condannato non è bandito dalla propria città, ma «a principatu Cathalonie, et comitatibus Ruscilionis et Ceritaniae». «Iudex in ferenda sententia sequi debeat poenas ordinarias, et in legibus constitutas (...) tamen cum evidenti maximaque ratione potest iudex poenas augere, minuire, variare, inflectere, aut infringere»: nel caso di specie, il reo si giova del tentativo, sul piano oggettivo; dell’amore, su quello soggettivo. De la Peguera, Decisiones auræ, cit., dec.VII, pp.41-47.

¹³⁸ «Credo quod Afflictus non bene aperuit oculos»: a ben vedere, prosegue la disputa tra il Milanese e il Napoletano circa la corretta esegesi della *lex Sollicitatores*. Matteo d’Afflitto (e Baldo) scorgono in D.47.11.1 una fattispecie unitaria, volta alla repressione di una *persuasio* che, per la sua gravità, merita la pena di morte se il delitto è compiuto, quella arbitraria se imperfetto; alla *persuasio-vis interpretativa* è equiparata la *vis vera*. Bossi (e Bartolo) tengono separati D.47.11.1pr da D.47.11.1.2: la prima fattispecie riguarda lo stupro non violento, la seconda quello violento. Perciò è punibile *extraordinarie* in base alla gl. *Propter voluntatem* solo il bacio consensuale, mentre quello violento merita la *deportatio in insula* (o le tirremi, più in uso nel XVI secolo). Questo conflitto si rovescia nell’assurdo. La soluzione di Matteo d’Afflitto rischia di punire come violenti tutti coloro che si uniscono a una *puella*, indipendentemente dal consenso. Ma la soluzione di Bossi si rivela più mite verso i seduttori che consumano il reato (negando la *persuasio*, soffrono al massimo la *relegatio* perpetua di I.4.18.4) che verso chi bacia con violenza (costretti alla deportazione o alla galera). Cfr. Bossi, Tractatus, cit., fol.235. La disputa è ben nota ai giuristi del tempo: cfr. Menochio, De arbitrariis, cit., lib.II, cent.III, casus CCLXXXVII, nn.3-6, p.430. Per Matteo d’Afflitto propendono Claro, Practica, cit., par.Finalis, q.LXXXIII, n.6, fol.328B e Deciani, Tractatus, cit., t.II, lib.VIII, cap.XV, n.8, p.319. «Nihilominus recedendum non est a dicta determinatione Afflicti, quæ communis dici potest» rileva Pietro Caballo, che però prova a smorzare il conflitto: «opinio Bossii in omne eventum quoad effectum non differret ab altera, cum deportationis poena ab usu recesserit, et arbitraria loco successerit». Caballo, Resolutiones, cit., cent.I, casus XCVI, nn.5-7, p.145. Lo stesso afferma Farinacci, pur difendendo *in puncto iuris*, la tesi di Bossi: Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLII, nn.163-166, p.493.

Perché tanta attenzione per un fatto obiettivamente minimo? I giuristi tradiscono inquietudine per una dinamica sociale che pare incontrollabile: nella mentalità comune, anche il bacio compromette l'onestà femminile – ed infatti i giuristi sono particolarmente insistenti nel precisare che così non è, *de iure* – e questa macchia può essere lavata solo col matrimonio. I “furiosi” che, si lanciano verso le concupite hanno un obiettivo preciso: la mano della ragazza. Sanno che, messi alle strette dallo scandalo, i genitori difficilmente potranno rifiutarsi. La scena del delitto non è casuale: nel caso catalano, come in quello napoletano, il preteso *conatus* si realizza sempre «nelle chiese» o in «nelle strade pubbliche»¹³⁹. Alle soglie del Concilio di Trento, e anche oltre, sopravvive l'idea che il toccamano o il bacio *coram populo* perfezioni il matrimonio: non basterà il canone *Tametsi* ad arginare usi così radicati nel popolo¹⁴⁰. Solitamente, al clamore suscitato non corrisponde una reale violenza: le ragazze, spesso, sono complici discrete, e sperano anch'esse di forzare le nozze. Gli stessi giuristi continuano a distinguere l'*osculum causa matrimonii* dall'*osculum causa libidinis*, ammettendo l'impunità ogniqualvolta consti «de mulieri consensu, et præcedente matrimonii tractatu» e seguano giuste nozze¹⁴¹.

Ma dove non arriva l'efficacia, o l'intenzione, della Chiesa provvedono gli Stati: nel corso del secolo si avverte un crescente fastidio tra le righe dei criminalisti¹⁴², ma è la

¹³⁹ Giustiniani, Nuova collezione delle prammatiche del Regno di Napoli, t.XII, Napoli 1805, tit.CCXX, pragm.I, p.175

¹⁴⁰ Di Simplicio, Peccato, cit., pp.256-257 dimostra la lunga durata di questa tradizione citando due casi senesi del 1639 e 1654.

¹⁴¹ Caballo, Resolutiones, cit., cent.I, casus XCVI, n.15, p.146. Ecco perché i giuristi sono inclini, in queste ipotesi, a riconoscere la *causa amoris*: Menochio, De arbitrariis, cit., lib.II, cent.III, casus CCLXXXVII, n.7, p.432; Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLII, n.170, p.493. Fa scuola Grammatico, Consilia, cit., cons.XLVIII, nn.4-5, foll.89B-90A: i due erano già «in tractatu matrimonij, et remanserant iam contenti ad invicem se matrimonio copulare: verum ob impedimentum patris (...) nullatenus volentis in dicto matrimonio assentire, supercessum fuerat». L'*escamotage* era stato architettato dalla stessa ragazza: «si me voi pigliare per mugliere basame in publico, altramente li mei mai mete daranno». Una tipica «inventio mulierum, quæ promptiores sunt ad Venerem». Il ragazzo compie la bravata dichiarando: «stateme testimonij como io la baso cha me è mogliere». Tutto questo si giustifica in nome della vecchia disciplina canonica del *raptus causa matrimonii* e delle nozze clandestine: pratiche depredate, ma non abrogate dal Concilio di Trento. Restano, infatti, l'estremo presidio per quella *libertas nubendi* che gli Stati vorrebbero sopprimere in nome della *patria potestas*.

¹⁴² Ragionando sull'*osculum causa matrimonii*, Farinacci non dimentica l'insegnamento di Grammatico e Caballo. Nella sostanza, le conclusioni sono le stesse: nuovo è lo stile. L'Avvocato pone l'accento su una condotta «contra (...) parentum, et consanguineorum voluntatem»: essa merita esilio, relegazione, confino o triremi oltre a una «poenam pecuniariam mulieri applicandam, ut facilius nubere possit». Precisa che «tunc nulla imponenda erit poena, si præsertim postea matrimonium secutum fuit», ma solo se «præcessisset tractatus et consensus inferendi osculum, ut matrimonium sequatur»: Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLII, nn.168-169, p.493. A Roma, sotto il pontificato di Clemente VIII, un rampollo della famiglia de Molaria è condannato «in poenam vitæ, et confiscationis bonorum» per aver baciato una «nobilem puellam, ut eam uxorem duceret» (la condanna, però, avviene in contumacia: Farinacci dubita che l'esito sarebbe stato egualmente duro, se l'uomo non fosse fuggito). Rilevando la frequenza del delitto, anche Caballo, Resolutiones, cit., cent.I, casus XCVI, nn.11-14, p.146 mostra una certa intolleranza: «vi intercedente, pluries vidi viros inquiri osculis mulieribus dati, et potissimum puellis seu virginibus ætatis nubilis, ut hac via eas in uxores haberent, alias non habituri, et memoria teneo me diversis vicibus votasse, quod damnentur exilio, vel relegatione, aut confinio ad tempus breuius, vel longius, pro ut casus exigere videbatur, et præterea aliqua poena pecuniaria minori vel maiori secundum facultates eorum, et quandoque etiam ultra prædictas poenas, quando foemina est virgo, et pauper, et verisimiliter ob deterioratam eius conditionem ex dicta deosculatione licet violenta, non si reperitura maritum cum ea modica dote, quam habet vel habere potest a parentibus, aliqua summa pecuniarum ut cum ea facilius nubere posset (...) Et cum unus in Aretina ditione, in die

legge a segnare il cambio di passo. Antoine Flores, governatore della Marca, rilevata l'urgenza del problema, provvede ad integrare le Costituzioni egidiane con una norma *ad hoc*. La novella, promulgata a Macerata nel 1510, mostra già tutti i caratteri tipici della moderna politica criminale: alle istanze di carattere repressivo e medicinale si accompagna un divieto fermo – senza distinzione di ceto e senza eccezioni territoriali – sotto pena di fustigazione pubblica, infamia, inabilità, privazione di ogni ufficio, dignità e beneficio. A tutto ciò si somma la *condemnatio in bonis*, metà della quale destinata «in dotem ipsis mulieribus», metà alla Camera Apostolica. Nonostante il diritto canonico, da buon amministratore temporale, il Governatore interdice anche le nozze riparatrici: «mulieres illi nubant, cui parentes, vel coniuncti voluerint (delinquente excepto) neque ex muliebri arbitrio, at voluntate venia delinquenti concedatur»¹⁴³. Con le stesse motivazioni di ordine

festivo, et valde sollenni, in Ecclesia, in qua erat magna personarum multitudo congregata ad audiendam missam, et ad sanctissimam communionem suscipiendam, inter missarum sollennia puellam nubilem ibidem existentem et non consentientem amplexus, et deosculatus fuisset, ut hoc modo eam in uxorem haberet, cum alioquin eius parentes, matrimonio assentire nolle expertus fuisset, fui in voto, quod condemnaretur perpetuo ad trirèmes, et parum defuit, quin votaverim pro condemnatione ad mortem naturalem, id enim mihi in animum venit, et nescio quid me retraxerit». Oltretutto, i criminalisti cominciano a pensare che «in osculo dato puellæ concurrentes magnæ circumstantiæ, aggravantes factum, tunc forsitan posset imponi poenam mortis»: Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLII, nn.162-163 e 167, p.493; così anche Claro, Practica, cit., par.Finalis, q.LXXXIII, n.6, fol.328B. Non ha dubbi, in proposito, Menochio, De arbitrariis, cit., lib.II, cent.III, casus CCLXXXVII, n.10, p.431. Il caso su cui riflettere lo aveva proposto Bossi, Tractatus, cit., fol.235A: Gian Giacomo Trivulzio, che a inizio secolo governava Milano in nome del re di Francia, non aveva esitato a condannare a morte quel «Gallum qui rapuerat osculum dominæ Susannæ Trivultiaë mulieri nuptæ». Essendo sua congiunta, l'ingiuria fu assimilata alla lesa maestà.

¹⁴³ Il divieto di nozze riparatrici è espressamente dettato «insuper ad obviandum tacitis tam mulierum, quam virorum impudicis desiderijs». Il legislatore si mostra scaltro: sa bene che dietro la finta violenza si nasconde la collusione a danno dei genitori, e opta per la soluzione più dissuasiva possibile. Con questa ammissione, però, si rivela la reale intenzione della norma che, pur titolata «de poena inferentium vim mulieribus, et per vim osculantium», di fatto istituisce una presunzione *iuris et de iure* di violenza ogniqualvolta manchi il consenso paterno. Non resta nulla della *libertas nubendi*: lo spirito è tutto secolare. Sorprende, però, l'eccezionale consapevolezza di questo provvedimento così precoce. Popoli ed università sono affidati alla «boni Rectoris cura», e questi provvederà a garantire una convivenza pacifica «sublatis e medio dissensionum causis, iustitiæque in sua sede manente, reddenteque bonis virtutum præmia, et malos pro delictorum qualitate condignis poenis afficiente». Il bene comune resta al centro della politica criminale, ma questa *iustitia* assume già fisionomia distributiva. Emerge, poi, tutto il carattere emergenziale di questa disposizione: «accidit tamen plærumque quod ex nimia Rectorum indulgentia facinorosi viri impunitates delictorum suorum sperantes, in vitia, scelera gravi animadversione digna labuntur: et nonnulli seu libidinis impetu incitati seu honorum adipiscendorum cupiditate ducti (...) insolenter, et temerarie audent, et præsumunt in vijs publicis in conspectu astantium, sub prætextu matrimonij, mulieres, virgines, e viduas, vel aliter solutas amplexari, vel deosculari». Così «ipse mulieres tam enormi, et insigni nota affectæ, ab omnibus reiectæ, ipsis facinorosis viris, qui iniuriam intulerunt (prout nuper accidit) invitæ nubere cogantur»: il legislatore cerca di nascondersi dietro un'affettata tutela della *libertas nubendi*, ma subito riemergono le sue reali preoccupazioni. «Et si ex eo matrimonia non succedant, parentum animis ad ustione potius, quam ad matrimonia contrahenda dispositis, succedunt scandala, et dissensiones, et plerunque hominum cædes, quietem publicam, et privatam turbantes». Perciò «Deo inspirante», il Governatore mette a punto una «salubrem (...) medelam» per questo «morbo» così grave. Il tono del «saluberrimo decreto» è medicinale, ma la sostanza è repressiva: subito si dichiara d'imporre «ausibus tam perniciosi iustitiæ frenum», per proteggere la pudicizia e l'onestà, ma anche affinché «delinquentes huiusmodi metu poenæ vel corrigantur, et emendantur: vel si erraverit, debitis poenis correpti, multati et puniti, cæteris exemplum præbeant ad non peccandum». Come tanti bandi che seguiranno nel corso di questi secoli, si puniscono i correi, i giudici negligenti, si fissa una competenza privilegiata e, soprattutto, una procedura «per inquisitionem, denunciationem, seu accusationem summarie, simpliciter, et de plano, sola facti veritate comperta, omni appellatione, reclamatione, recursu, et nullitatis dictione, aut alio quovis remedio ad executionem impediendam cessante»: Constitutiones Marchiæ Anconitanæ, 4.72.

pubblico, e la medesima preoccupazione per gli «scandali», «volendo provvedere (...) alla quiete de' Sudditi regj, e specialmente a dar loro sicurtà della conservazione dell'onore, e della pudicizia», una prammatica napoletana del 1563 commina «irremissibilmente» la pena di morte ai rei di questo delitto «detestabile, e gravissimo»¹⁴⁴. Posto in questi termini, resta poco del *conatus*: da attenuante che era, l'*osculum* è divenuto un'aggravante.

Anche la «qualitas ascendendi cum schalis» rivela la stessa natura ambigua. Di per sé «aggravat tantummodo principale delictum»¹⁴⁵: ma è raro che venga in luce a reato compiuto, quando la scala generalmente è già stata rimossa. Più spesso, capita di sorprendere il reo mentre sta per entrare dalla finestra, o subito dopo: la circostanza si presenta, così, come una «aggravante dell'attenuante» *conatus*. In questo caso, è opportuno punire l'impudenza, ma non imporre la pena edittale¹⁴⁶. Tuttavia, la frequenza di questo delitto desta particolare allarme nella città di Napoli. La prammatica vicereale del 1560 – anche questa, come la precedente, voluta dal Duca di Alcalà – sposta terribilmente indietro la soglia di assimilazione tra tentativo e delitto perfetto: basta «andare di notte con iscala per dentro questa prefata Fedelissima Città» per incappare *ex abrupto* «nella pena di morte naturale»¹⁴⁷. La disposizione non nasce dal nulla: ha alle spalle una lunga storia di casi

¹⁴⁴ Aggettivi con proprie implicazioni giuridiche, ma ormai slegati dal disvalore intrinseco della condotta: come spiega bene il testo, la disposizione si rende necessaria perché «di giorno in giorno si vanno continuando, e frequentando molti di questi delitti». La norma estende la portata territoriale del vecchio capitolo angioino e restringe i termini per la forgiudica. Anche qui, come nel capitolo marchigiano, si giustifica il provvedimento «a tal che i matrimonj sieno liberi, come debbono essere per le disposizioni delle Leggi Divine, ed umane, e non forzati» e si dichiara che di procedere secondo la «buona amministrazione» della «giustizia». Ma il tono complessivo dimostra come sia lontana la *iustitia* medievale: questa giustizia, ormai, corrisponde all'obbedienza: Giustiniani, Nuova collezione delle prammatiche del Regno di Napoli, t.XII, cit., tit.CCXX, prag.I, pp.175-176. Che riscontri concreti ebbe questa prammatica? Due contemporanei offrono risposte diverse. «Tamen non vidi servari in practica»: additio n.32 di Baiardo a Claro, Practica, par.Finalis, q.LXXXIII, fol.330B. «In hoc Regno adest pragmatica, quod sit poena mortis naturalis quæ poena fuit servata in quodam de Terra Sanzæ»: de Franchis, Decisiones, cit., dec.CCCXXXIII, n.4, fol.164B. Come sempre, questa legislazione d'emergenza, aggressiva a parole, subisce un'applicazione molto disomogenea.

¹⁴⁵ Claro, Practica, cit., par.Finalis, q.LXVIII, n.4, fol.289A. La ragione è spiegata da Pradilla Barnuevo, Suma, cit., pars II, caso IX, n.1, fol.38B: «La casa de cada uno deve serle refugio y seguro de los males que fuera della pueden suceder».

¹⁴⁶ «Eum, qui libidine cuiusdam mulieris accensus, nocte quandam scalam ad murum domus, ubi ea morabatur, apposuit, clamque per fenestram ingressus est, mulieremque amplexari voluit, et ea potiri blanditiis conatus est, et tandem muliere eius voto satisfacere nolente, recessit, poena tantummodo pecuniaria, secundum modum facultatum ipsius, et ulterius relegationis, puniendum esse, et non poena mortis (...) et memor sum, in hoc casu repertos cum scalis ad domum mulierum honestarum etiam citra ingressum, punitos fuisse confinio temporali, et poena pecuniaria simul, et quandoque etiam ad triremes ad tempus, ubi qualitas loci, temporis, personarum, et facti id exigere videbatur (...) Delinquentes sive ex causa amoris, sive ex causa furandi, sive ex causa aliud maleficium committendi, cum scalis non puniuntur poena mortis naturalis, sed alia mitori.»: Caballo, Resolutiones, cit., cent.I, casus XCVII, nn.3-6 e 16-17 e 19, pp. 138 e 146-147. La prassi milanese è orientata verso la pena straordinaria: Claro, Practica, cit., par.Finalis, q.XCII, n.1, fol.349B.

¹⁴⁷ «Perché intendiamo, che molti marioli, ed altri vanno la notte con iscale scalando le case, e rubando, e da qua nasce alcuna sospesione della pudicizia delle donne onorate di questa Magnifica, e Fedelissima Città di Napoli; tal che volendo provvedere per la buona amministrazione della giustizia, per lo presente Bando si ordina, e comanda, che da qua in avanti, niuna persona di qualsivoglia grado, e condizione si sia, ardisca, né presuma andare di notte con iscala per dentro questa prefata Fedelissima Città, e quelli, che si troveranno portare dette scale, incorrano nella pena di morte naturale, ed altra pena a nostro arbitrio riservata»:

giudiziari, di critiche e difese da parte della dottrina¹⁴⁸. Sorge anch'essa dall'emergenza, da una «buona amministrazione della giustizia» che ormai si declina nel registro dell'*extraordinarium*. Ma l'emergenza passa presto. La norma resta impressa nei repertori: pronta a rivivere con una fiammata, è brace che si consuma lentamente nella prassi di giuristi che “normalizzano” l'*extraordinarium*¹⁴⁹.

Superata la dimensione meramente retributiva, il penale moderno s'interroga sul peso da riconoscere alla *reiteratio*¹⁵⁰. Prospettive oggettive e soggettive s'intrecciano nel delineare questa *qualitas*, che dalla ripetizione del medesimo reato desume un giudizio sulla personalità del responsabile: «semel malus, semper præsumitur malus»¹⁵¹. Non si valuta, però, la malvagità o pericolosità complessiva: la regola vale «dummodo simus in eodem, vel simili genere mali, secus in diverso»¹⁵². Ciò che conta è il vizio, ormai così radicato da risultare incorreggibile: concetti che lo *ius criminale* ha ereditato, evidentemente, dalla canonistica medievale¹⁵³. Nelle pagine dei giuristi, il discorso sulla

Giustiniani, Nuova collezione delle prammatiche del Regno di Napoli, t.XIV, Napoli 1805, tit.CCLXI, pragm.I, p.30.

¹⁴⁸ Sono già state citate l'inflessibile decisione di Grammatico e le critiche di Claro. Ma, più indietro, c'è l'opinione di Baldo che, a partire dalla *lex Si quis non dicam rapere*, aveva invocato l'estremo supplizio per chi tentasse di scalare i muri e le finestre delle donne oneste. Nel ricordare questa opinione, anche il toscano Caballo, *Resolutiones*, cit., cent.I, casus XCVII, nn.1-2, 8-15 e 20, pp.146-148 si prodiga in una serrata difesa della soluzione napoletana. Il dissenso di Claro appare immotivato «quia stante edicto Proregis (...) iustissima fuit sententia, cum expresse et verbis claris, illud imponeret poenam mortis in illo casu, nec nimis severa et crudelis fuit, quia processit in executionem banni, quod factum fuerat ob nimiam frequentiam similium delictorum in Civitate (...) et ad reprimendam tantam insolentiam facinorosum hominum, quo casu licet iura transgredi, et facere Statuta contra ius commune, et poenas gravissimas imponere etiam capitales (...) ob frequentiam delicti iudex augere potest poenas, et Principes sancte gravissimas indicere punitiones (...) postquam lex dicta erat, et si dura, servari debebat».

¹⁴⁹ Così arricchendo il diritto di strumenti nuovi, ma neutralizzando gli effetti più dirompenti e pericolosi. I due casi narrati da de Franchis, *Deciones*, cit., dec.CCCXXXIII, fol.165 mostrano chiaramente questa dinamica: sono passati solo due decenni dalla pubblicazione della prammatica, puntualmente ricordata ma disattesa.

¹⁵⁰ Durand, *Arbitraire du juge et consuetudo delinquendi: la doctrine pénale en Europe du XVI au XVIII siècle*, Montpellier 1993. Sul tema, cfr. in particolare i seguenti contributi raccolti in Briegel – Porret (curr.), *Le criminel endurci: récidive et récidivistes du Moyen Age au XXe siècle*, Genève 2006: Sbriccoli, *Periculum pravitatis. Juristes et juges face à l'image du criminel méchant et endurci (XIV-XVI siècles)*, pp.25-42; Rosseaux, *La récidive: invention médiévale ou symptôme de modernité?*, pp.55-80; Grosse, «Obstinés et incorreggibles». *L'impénitence devant le Consistoire de l'Eglise de Genève (XVI siècle)*, pp.81-92; Briegel – Wenzel, *La récidive à l'épreuve de la doctrine pénale (XVI-XIX siècle)*, pp.93-110.

¹⁵¹ Così si esprime Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.XXIII, nn.20-32, pp.298-300: l'autore sottolinea come «delinquendi consuetudo noceat reo, nedum in condemnando sed etiam in procedendo, quia lex præsumit contra eum, qui consuetus est delinquere». Più che di presunzione, però, bisogna parlare di «suspicio» idonea a giustificare la tortura solo in presenza di «aliis adminiculis». Come precisa Sbriccoli, *Periculum*, cit., pp.28-29, questa regola svolge una funzione essenzialmente probatoria, restandole estranea qualsiasi finalità di carattere profilattico.

¹⁵² Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.XXIII, nn.30, p.299. Come nota Tomás y Valiente, *El derecho penal*, cit., p.344 «el hecho de que un hombre que haya cometido un delito, por ejemplo, de adulterio, realice después otro distinto – así, un homicidio – parece impotar poco». Cfr. Sbriccoli, *Periculum*, cit., pp.25-26.

¹⁵³ Cfr. Carbasse, *Histoire*, cit., pp.293-294. Mentre in foro interno il vizio può persino attenuare la responsabilità soggettiva, il foro esterno – benché ecclesiastico – non può mostrare clemenza verso gli incorreggibili. Quando si dispera dell'emenda, tutelare la comunità dallo scandalo diventa un obiettivo prioritario. Regola cardine è *Decr. C.23*, q.IV, c.32: «Sicut enim erga penitentes non severi, sed misericordes esse monemur (...) sic inpenitentibus et obstinatis in malo inpendere prohibemur misericordiam».

reiteratio non procede in modo lineare: poste due regole – «plura delicta non unica, sed plurimis poenis plecti debet» e «delinquendi consuetudo facit, ut reus gravius puniatur»¹⁵⁴ – Farinacci le sbriciola in mille *limitationes*, che disegnano un regime diverso da reato a reato. Lo sforzo di astrazione cozza contro una prassi che parcellizza il diritto. Nel costruire il regime della *reiteratio adulterii*, i giuristi fanno leva sull’analogia col furto, individuando tre diverse ipotesi. Laddove si compiano più azioni materiali in momenti diversi, ma rivolte alla stessa *res furtiva*, «non plura sunt furta» e perciò «unica imponenda est poena». Lo stesso può dirsi in merito all’adulterio commesso più volte con la stessa *nupta*¹⁵⁵. Con più precisione, in questo caso, i giuristi parlano di *continuatio*. Le cose cambiano se un reo, già condannato per adulterio, ricade nello stesso delitto con la stessa donna o con altra¹⁵⁶. Solitamente, gli statuti prevedono che la seconda sanzione sia più grave. La terza volta, il reo è considerato *incoregibilis* e la sanzione è esasperata, talora

Incoregibilis è chi, subito l’anatema, persevera nell’impenitenza (*relapsus*); ma anche chi – già condannato, pentito, assolto e magari dispensato – ricade nello stesso crimine: Abbas, Commentaria, cit., t.III, super prima Secundi libri Decretalium, rub. de iudicijs, c.cum non ab homine, n.27, fol.37B. Tra i canonisti, riecheggiano i versi di Pv XXVI, 11: «Sicut canis, qui revertitur ad vomitum suum, sic stultus, qui iterat stultitiam suam». Tali principi continuano ad essere declinati dalla canonistica cinquecentesca. Il Concordato di Bologna chiarisce che, dopo la prima dispensa, non ci sarà ulteriore misericordia: «Qui si post dispensationis recidivo vomitu ab huiusmodi publicum concubinatum redierent sine spe alicuius dispensationis ad prædicta prorsus inhabiles existant»: Liber Septimus, 5.16.1. Secondo Choveron, De publicis concubinariis, cit., pp.455-458, si agirà «ad similitudinem eorum, qui in hæresim revertuntur, quibus omnis dispensatio et audientia denegatur (...) Sicut enim peccantibus iubemur esse misericordes, sic obstinatis concubinarijs et impenitentibus misericordiam impendere prohibemur (...) Sicut membrum ascissum a corpore (...) clericus recidivans a concubinato, arescet, ut exinde melius ardeat in futuro: quia extrudetur et ignem mittetur, ut habetur Mattæi, 7». Frammentaria la norma pontificia, allusivo il canonista francese. Sarà più esplicito Concilio di Trento, sess.XXV, cap.XIV *de reformatione*: «si postquam eas semel dimiserint, intermissum consortium repetere, aut alias huiusmodi scandalosas mulieres sibi adungere ausi fuerint; præter prædictas poenas, excommunicationis gladio plectantur». Siamo a un passo dalla consegna al braccio secolare. È forse il caso di ricordare che, specularmente, «princeps si semel delinquenti indulgeret, facinoroso autem habenti in consuetudine, minime parcere debet»: Grammatico, Consilia, cit., vot.XVII, n.10, fol.149B.

¹⁵⁴ Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XXII, n.1, p.292 e partis primæ tomus primus, q.XXIII, n.1, p.296. «Ob reiterationem delictorum, poena semper sit augenda et multiplicanda»: Carpozov, Practica, cit., pars II, q.LXII, n.61, p.86.

¹⁵⁵ Che, quindi, è assimilata alla *res furtiva*. «Ex continuatione adulterii cum una, et eadem persona unicum reputatur adulterium, et non plura (...) continuatione quadam plura videantur adulteria: unica tamen tantum poena talis continuatio punienda est»: Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XXII, nn.17-18, p.294. La soluzione risale già alla gl. *Fur erit* ad D.47.2.21; l’aveva divulgata Covarrubias, accostando furto ed adulterio nella categoria dei delitti successivi, «ubi delictum iteratur ex continuatione et perseverantia, considerato eius primo initio, potius quam ex nova eius commissione». Laddove la *poena adulterii* è capitale, il problema diventa puramente formale, giacché la morte «iterari non potest»: Covarrubias, Variarum resolutionum, cit., lib.II, cap.X, n.8, p.166. «Sed pone, quod ex statuto imposita sit poena pecuniaria, vel etiam corporalis, quæ reiterari possit, puta fustigationis, vel huiusmodi; nunquid si aliquis cum uxore alterius pluries rem carnalem habuerit etiam ex intervallo, dicetur plura adulteria commississe, et sic erit poena multiplicanda, vel reiteranda?». La domanda acquista una certa urgenza, soprattutto in Italia. Claro si mantiene fedele alla glossa: «respondeo, quod licet talis dici possit pluries adulterium commississe, non tamen debet puniri, nisi pro adulterio»: Claro, Practica, cit., par.Adulterium, n.12, fol.5A. Così anche Carpozov, Practica, cit., pars II, q.LXII, n.62, p.86. Ma Savelli, Summa, cit., I, par.Adulterium, n.17, p.91 sottolinea giustamente che questa soluzione vale solo in foro esterno: quanto al Sacramento, il numero incide sulla penitenza da scontare.

¹⁵⁶ Infatti «continuatio interrupta, maxime ex eo quod semel fuerit crimen ad iudicium deductum et punitum, secuta postmodum iteratione, novum esset crimen, etiam quo ad punitionem; quod est notandum ad eas constitutiones, quæ de puniendis concubinariis tractant»: Covarrubias, Variarum resolutionum, cit., lib.II, cap.X, n.8, p.166.

fino alla morte¹⁵⁷. Con scarso interesse, la dottrina parifica la disciplina della *reiteratio stupri* a quella dell'adulterio¹⁵⁸.

Infine, la pena può aumentare anche in ragione di altre *causæ* capaci di destare particolare allarme o riprovazione: tempo¹⁵⁹ e spazio¹⁶⁰ risultano, perciò, decisivi.

¹⁵⁷ «Delictorum frequentia delinquentis incorregibilitatem denotat»: Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XXIII, n.20, p.298. Gli Statuti di Utrecht approvati da Carlo V prevedono una multa di 10 fiorini per il primo adulterio, 20 per il secondo: la terza volta scatterà una pena arbitraria: Matthes, De criminibus, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.II, n.3, p.291. A Lubeca il primo adulterio è punito con 60 marchi, il secondo con 30 talleri, il terzo con la *relegatio*: Arnisæus, De iure connubiorum, cit., cap.V, sect.VIII, n.14, p.247. A Civitavecchia, l'adultera è punita la prima volta con la frusta, la seconda con l'*obtruncatio nasi*: Esposito, Adulterio, cit., p.31. Anche questo regime è modellato in analogia col furto, la cui pena ordinaria non è capitale: al terzo furto, però, si procede alla forca. «Humanum enim est peccare, Angelicum se emendare, et diabolicum perseverare», commenta Farinacci. Se nei tribunali canonici l'incorreggibilità risuona simile all'eresia, in quelli laici non mancano richiami alla sedizione. E, tuttavia, proprio per questo non basta il fatto, ma occorre la ripetuta condanna: chi, redarguito, non si ravvede è davvero irrecuperabile. Salta perciò la proporzione tra disvalore e castigo: l'interesse tutelato, ormai, è un altro. Cfr. Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.XXIII, nn.2-18, pp.296-298. Da parte sua, Matthes propone di non attenersi al presupposto della previa condanna. Il giudice che conosce del secondo delitto può esasperare la pena anche se il primo non è stato ancora punito. «Quo ad posterius, si forte reversus ex decennali exilio, tertio adulterio sese foedaverit, absque ulla commiseratione gladio feriendum dicemus. Nam si tertium furtum laqueo punitur, cum tamen adulterio levius sit; utique multo magis tertium adulterium gladio puniendum»: Matthes, De criminibus, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.VII, n.16, p.331. Chiaro che questo regime ha senso solo lì dove c'è la multa. Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXII, nn.64-66, p.86 si mostra contrario a questa esasperazione progressiva che, dal suo punto di vista, ha poco senso: in Sassonia basta un adulterio per far scattare la *poena gladii*, e tanto basta.

¹⁵⁸ Rodríguez Ortiz nota che, in Castiglia, la pena di morte per stupro violento – pur essendo sanzione legale – fu effettivamente eseguita soprattutto in casi di recidiva. D'altra parte, Filippo II aveva permesso ai giudici di commutare la morte in galera in caso di stupro violento: Nueva Recopilación, 8.11.8. Essendo chiamato a valutare «la calidad de los dichos delitos», il giudice tende a concedere la commutazione a chi non è recidivo. Rodríguez Ortiz, Mujeres, cit., p.109. Tuttavia, laddove lo *stuprator* consumasse più rapporti *ex intervallo* con la stessa ragazza, si configura un solo stupro (purché non si configuri il concubinato): c'è, quindi, continuazione. Al contrario, l'uomo che deflora più vergini rischia un sensibile aumento di pena. Fa scuola un *votum* di Tommaso Grammatico che condanna a morte l'inquisito, reo di aver sposato cinque donne oneste. Come noterà lo scettico Farinacci, Practica, cit., pars quarta, q.CXLVII, n.60, p.560 più che di aggravamento dello stupro bisognerebbe parlare di bigamia. Ma se a fine Cinquecento la legislazione ha spesso enucleato una fattispecie autonoma, punendola *capitaliter*, a inizio secolo la bigamia è ancora interpretata come una variante dello stupro, *ex C.9.9.18*. Così l'ha intesa Gambiglioni, e così la intende anche Grammatico. Di conseguenza, bisognerebbe applicare la pena ordinaria *ex I.4.18.4*: ma ciò che il Giudice vuole evitare è proprio un esito così benevolo. Scartata la possibilità di configurare un caso di continuazione, «pondero principaliter, quod si pro pluribus minimis furtis damus ex iuris dispositione poenam mortis (...) multo quidem magis puniendus venit, qui pluries reiterando quamplura stupra commisit (...) Et sic pro pluribus furtis, in quo de pecuniario duntaxat commodo agitur, quis poena mortis affligitur: multo magis dicendum est, ubi de honore tractatur: quia honor commodo pecuniario præferendus». A Grammatico non interessa il cumulo delle singole sanzioni: «sic licet poena stupri esset ei imponenda pro quælibet muliere stuprata ex prædictis quator: attamen ex reiteratione ipsius delicti debet poena reiterari et augeri»: Grammatico, Consilia, cit., vot.XVII, n.5, fol.149.

¹⁵⁹ Come già emerso, le prammatiche *de schalis* precisano che il delitto deve avvenire di notte. La Vicaria tiene presente tale circostanza nel decidere il caso di Colantonio Brancaccio: Grammatico, Decisiones, cit., dec.XXXVI, n.14, fol.46A. «Delictum erat commissum de nocte, quod tempus aggravat omnia maleficia, quæ de nocte acrius puniuntur, quam commissa de die». «La notte (...) è quindi capace di rendere sospetto o addirittura illecito l'ordinario comportamento diurno»: agire nelle tenebre fa sospettare il dolo. Statuti e bandi vietano di aggirarsi nottetempo, specie alle donne. I peccati di lussuria «sembra scelgano la notte come momento più favorevole al loro carattere occulto», ed è per questo che a Venezia i Signori della notte, tra le varie mansioni, vigilano su bigamia, sodomia e adulterio. La paura diventa «pretesto di strategie disciplinanti». Cfr. Sbriccoli, «Nox quia nocet». I giuristi, l'ordine e la normalizzazione dell'immaginario, in Id., Storia del diritto penale, cit., I, pp.261-273.

Autonomamente, bisogna considerare quelle che i moralisti chiamano *circumstantiae mutantis speciem*: se il fatto, cioè, si compie con modalità o persone tali da configurare una fattispecie maggiore¹⁶¹.

4. *Crimen lenocinii e correatà*

Anche per quanto attiene il concorso di persone, il diritto criminale fatica ad elaborare una categoria generale. La dottrina enuclea diverse figure (*mandans, socius, auxiliator, consiliator, receptator*), gradi di compartecipazione differente che meriterebbero un trattamento sanzionatorio proporzionato: ma la logica della deterrenza spinge a parificare la pena dei complici a quella dell'autore¹⁶². Lacunoso e impreciso, il legislatore adotta espressamente tale rigore negli *atrocissima*, specie in tema di banditismo. Fonte d'ispirazione resta la *lex unica de raptu virginum*, inflessibile nel condannare a morte «qui huiusmodi crimen commiserint et qui eis auxilium tempore invasionis praeberint»¹⁶³. Le

¹⁶⁰ Ragione di ordine pubblico conducono a due soluzioni paradossalmente opposte. «Gravius est crimen commissum in civitate, quam extra civitatem», perché causa un turbamento difficile da controllare: Caballo, *Resoluciones*, cit., cent.I, cas. XCII, n.12, p.147. Ma anche l'esecuzione in luogo spopolato desta allarme, riducendo «las posibilidades de defensa y de auxilio a la víctima»; è una circostanza caratteristica del ratto e dei delitti di banditismo. In Spagna, può determinare la competenza dell'Alcalde de Hermandad, giustificandone le procedure sommarie: Tomás y Valiente, *El derecho penal*, cit., p.350. Come abbiamo visto, un reato carnale in pubblica via è giudicato particolarmente odioso, perché desta scandalo. Ma anche corrompere la donna *in domo mariti vel patris* può risultare particolarmente inviso, tanto per l'offesa in sé quanto per l'audace malizia insita nell'atto: Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.VII, n.7, p.326. Se in ambito rurale «los violadores parecen inclinarse más por los espacios abiertos», in città prevalgono i rapporti *in domo*: Rodríguez Ortiz, *Mujeres*, cit., pp.74-76.

¹⁶¹ La sodomia costituisca la massima trasgressione sessuale: su questo nessuno dissente. Perciò, se l'adulterio avvenisse contro natura, sarà punito in quanto crimine nefando: d'Afflitto, *In utriusque Siciliae*, cit., secunda pars, lib.III, rubr.XLII, n.10, fol.173B. Molto complesso è, invece, il caso dell'adulterio o dello stupro con congiunti e affini: la teologia insegna che l'incesto è fattispecie più grave, tale da assorbire il tradimento o la deflorazione; il diritto civile, invece, ne sottovaluta l'atrocità. Così, in un gioco di specchi, gli *accidentalialia* teologici sono i *substantialia* giuridici, e viceversa. Parlando di «duplex crimen», il Digesto (D.48.5.39.1) riconosce un'aggravante sia in caso di *adulterium cum incestu* sia in caso di *stuprum cum incestu*: non scatta, però, un *nomen iuris* diverso. D.48.18.5: «Si quis viduam vel alii nuptam cognatam, cum qua nuptias contrahere non potest, corruerit, in insulam deportandus est, quia duplex crimen est et incestum, quia cognatam violavit contra fas, et adulterium vel stuprum adiungit». Ma, intervenuta la *lex Quamvis*, è chiaro che il testo non può esser preso alla lettera per l'*adulterium cum incestu*: sarebbe assurdo deportare l'adultero incestuoso mentre si manda a morte un adultero qualsiasi. Per lo *stuprum cum incestu*, invece, pare ancora valido. Partendo dal presupposto che adulterio e incesto mostrano, *de iure civili*, la stessa gravità, la Vicaria aveva irrogato l'ultimo supplizio allo stupratore incestuoso. In appello, il Sacro Regio Consiglio opta per la pena *ex* D.48.18.5: Sanfelice, *Decisionum*, III, Lugduni 1676, dec.CCCXVII, nn.17-27, p.358.

¹⁶² Con una limitazione: il correo patisce una pena arbitraria quando il fatto si sarebbe compiuto egualmente senza il suo contributo. Cfr. Calisse, *Principii*, cit., pp.9-14; Tomás y Valiente, *El derecho penal*, cit., p.290.

¹⁶³ C.9.13.1.3: «Poenas autem quas praediximus, id est mortis et bonorum amissionis, non tantum adversus raptos, sed etiam contra eos qui hos comitati in ipsa invasione et rapina fuerint constituimus». Il riferimento al *tempus invasionis*, peraltro, esclude dalla pena capitale quanti non sono presenti sul fatto. La dottrina, inoltre, precisa che l'*auxilium cooperativum* è passibile di pena ordinaria solo se il correo conosce le intenzioni dell'autore: Tomás y Valiente, *El derecho penal*, cit., pp.290-292. Questa sfumatura soggettiva è, peraltro, già esplicitata in Partidas, 7.20.3: «E la pena que diximos de suso que debe aver el que forçasse alguna de las mugeres sobredichas, essa mesma deven aver los que le ayudaron a sabiendas a robarla, o a forçarla». Perciò scrive Marsili, *Repetitiones*, cit. r. legis unicae C. de raptu virginum, n.105, fol.88A: «si quis se reperiatur in societate raptoris dum committit raptus non tamen debet puniri pena raptus alio non constante:

cronache dimostrano che ratto e stupro violento sono generalmente compiuti da bande di «compagnoni»: giovani, perlopiù celibi, che considerano la bravata come un'affermazione di virilità¹⁶⁴.

L'indole casuista e pragmatica, però, riemerge con chiarezza nella singolare disciplina di adulterio e stupro *sine vi*. Qui, le categorie astratte sono bandite: il concorso di persone è ricostruito tramite una fattispecie autonoma, il *crimen lenocinii*. Poco importa se il reato viene esteso a condotte ben diverse dallo sfruttamento della prostituzione: l'esperienza romana aveva lasciato sufficienti appigli per innalzare l'edificio. Il lenocinio è «crimen horribile, pessimum ac crudele», peggiore dell'omicidio e dell'adulterio: «adulter enim in se, leno vero in se et alium peccat». Ben più grave è il peccato del lenone rispetto a quello della meretrice, anche se questa è *nupta* o *virgo*¹⁶⁵: emerge subito, nelle pagine dei criminalisti, la strumentalità del delitto rispetto ad *adulterium* e *stuprum*¹⁶⁶. Il lenone è «pestiferum» perché perverte «puellas simplices»¹⁶⁷ e «matronas probas», turbando un'intera città. Chi restituirà a queste donne l'onestà perduta? Non di rado, profitta della loro indigenza «cum arte et dolo et necessitate», promettendo facili guadagni¹⁶⁸. Talvolta, ricorre alle minacce; ma la sua arma migliore è la corruzione morale¹⁶⁹. Induce al peccato perfino «ecclesiasticos, natura, et moribus continentissimos»: astuto e tentatore, il lenone è immagine del diavolo¹⁷⁰. Pertanto, bisogna purgare le città da questo «genus pessimum, et

quoniam non potest quis puniri de auxilio cooperativo nisi probetur quod ad dictum maleficium committendum præcesserit tractatus».

¹⁶⁴ Daumas, Adulteri e cornuti, cit., pp.260-261.

¹⁶⁵ Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLIV, nn.1-2, pp.519-520. Cfr. Menochio, De arbitrariis, cit., lib.II, cent.VI, casus 534, n.2, p.38; Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXXI, nn.2-4, p.141.

¹⁶⁶ «Nefarium illud scelus, quo quis ex publicis scortationibus, adulteriis et deflorationibus, sibi quæstum facit: non quidem proprio corpore, sed virgines, mulieres, uxores, aut meretrices quæstus gratia ad actum venereum, aut publice, aut occulte, pelliciens, aliisque prostituens». D'altra parte, la donna non è correa di lenocinio; essa sarà punita per stupro, adulterio o (laddove previsto) fornicazione: Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXXI, nn.1 e 54, pp.141 e 145. Cfr. de Damhouder, Praxis, cit., cap.XCI, n.1, fol.102B; Corradi, Prætorium, cit., lib.I, cap.IX, par.III, de Lenonibus, nn.1-2, pp.377-378.

¹⁶⁷ Follerio, Pratica criminalis, cit., secunda pars secundæ partis, rubr.Item quod fuit leno eiusdem, nn.1 e 33, pp.168 e 174. L'argomento è mutuato da Nov.14.1, che definisce i lenoni: «pestiferos et communes vastatores castitatis».

¹⁶⁸ Nov.14: «Agnovimus enim quosdam vivere quidem illicite, ex causis autem crudelibus et odiosis occasionem sibimet nefandorum invenire lucrorum, et circuire provincias et loca plurima et iuenculas miserandas decipere promittentes calciamenta et vestimenta quaedam, et his venari eas et deducere ad hanc felicissimam civitatem et habere constitutas in suis habitationibus et cibum eis miserandum dare et vestem et deinceps tradere ad luxuriam eas volentibus, et omnem quæstum miserabilem ex corpore earum accedentem ipsos accipere et celebrare conscriptiones, quia usque ad tempus, quod eis placuerit, observabunt impiam et scelestam hanc functionem implentes». Difficile riscattarsi da questo degrado: «ita ut etiam quosdam miserantes earum et abducere a tali operatione crebro volentes et ad legitimum deducere matrimonium non sinerent».

¹⁶⁹ «De bonis faciant pravos, et invitias reddant volentes»: de la Peguera, Decisiones, cit., dec.XVI, n.4, p.77. Cfr. Follerio, Pratica criminalis, cit., secunda pars secundæ partis, rubr.Item quod fuit leno eiusdem, n.36, p.175

¹⁷⁰ «Quocirca et si extremam punctionem temporalem hic apud iudicem temporalem evadant, punctionem tam divinam nunquam effugient»: de Damhouder, Praxis, cit., cap.XCI, n.9, fol.103A. «Semper istis tales loenæ decipiunt istas iuenculas sub specie boni, sicut facit diabolus»: d'Afflitto, In utriusque Siciliae, cit., secunda pars, lib.III, rubr.XLIX, n.1, fol.177A.

omnium detestabilius»¹⁷¹. Considerata l'atrocità del reato, si procede *ex officio*¹⁷², senz'alcun riguardo all'eventuale consenso femminile¹⁷³. Si dibatte circa la punibilità «effectu non secuto, utputa quia mulier a lena requisita, et sollicitata noluit consentire»: alcuni spingono per la pena ordinaria, altri per l'arbitrio¹⁷⁴.

Il reato riguarda, innanzitutto, i ruffiani i veri e propri, che traggono profitto dal commercio carnale. Taluni lo fanno in modo pubblico: ma molti, consapevoli del rischio, agiscono nell'occulto¹⁷⁵. Il nesso tra *poena adulterii* e *poena lenocinii*, già fissato nel Digesto¹⁷⁶, giustifica la pena capitale agli occhi dei giuristi moderni¹⁷⁷. Nella prassi, però,

¹⁷¹ Menochio, De arbitrariis, cit., lib.II, cent.VI, casus 534, n1, p.38. «Expellendi sunt a civitatibus, tanquam communes castitatis vastatores»: de la Peguera, Decisiones, cit., dec.XVI, n.4, p.77.

¹⁷² Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLIV, nn.26-28, p.552. Trattandosi di crimine pubblico, chiunque è ammesso all'accusa: Corradi, Prætorium, cit., lib.I, cap.IX, par.III, de Lenonibus, n.8, p.378. Constitutiones Domini Mediolanensis, 4.17.2 stabilisce anche un incentivo: «Quilibet eos lenones, et meretrices contrafacientes, accusare possit, et habebit poenæ medietatem».

¹⁷³ Come nel ratto, si presume *iuris et de iure* che la donna consenziente sia stata sedotta «blandis verbis, promissionibus, muneribus (...) Dicitur enim leno ab alliciendo, eo quia ad stupra, et adulteria alliciat». Ma semmai si dimostrasse la costrizione violenta, il ruffiano «non lenocinii, sed raptus poena tenerentur»: Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLIV, nn.24-26, p.522. Cfr. Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXXI, nn.63-64, p.146.

¹⁷⁴ Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLIV, nn.33-34, pp.522-523. Favorevole alle pena ordinaria de Damhouder, Praxis, cit., cap.LXXXIX, n.48, fol.94A; oscillante Follerio, Pratica criminalis, cit., secunda pars secundæ partis, rubr.Item quod fuit leno eiusdem, nn.2 e 31, pp.168 e 174. I più, però sono favorevoli alla pena arbitraria: Corradi, Prætorium, cit., lib.I, cap.IX, par.III, de Lenonibus, n.3, p.378; Menochio, De arbitrariis, cit., lib.II, cent.VI, casus 534, n.48, p.40; Caballo, Resolutiones, cit., cent.II, casus CLXXI, n.15, p.308; Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXXI, n.48, p.145 che si appella alla disciplina generale del conato. A Roma, la bolla *Sanctissimus Dominus* distingue tra delitto consumato e imperfetto, rifacendosi implicitamente alla *lex Sollicitatores*: «Hi vero qui corrupto comite stuprum puero suaserint, aut puellam virginem super violatione eius pudicitiae interpellaverint, seu ad hoc ei quicquam donaverint, vel pretium, ut id assequerentur dederint, aut domum ad hoc eis commedaverint, seu quicquid aliud ad effectum præmissorum fecerint, flagitio perfecto, capitali poena plectantur, eo autem imperfecto, in aliquam Insulam deportentur, et inibi perpetuo relegentur». Cfr. Magnum Bullarium Romanum, t.II, cit., p.829. La questione del delitto imperfetto si ripropone anche quando, compiuto il rapporto, il cliente non paga. Si può irrogare la pena arbitraria? Una sentenza sassone del 1628 ritiene di no: Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXXI, nn.50-52, p.145.

¹⁷⁵ Cfr. de la Peguera, Decisiones, cit., dec.XVI, n.3, p.77. «Leno dicatur non solum is, qui principaliter lenocinium exercet, sed etiam, qui secundario, et accessorie sub nomine alterius licita exercitii quæstus causa foeminas viri prostituunt (...) exemplo in cauponis, stabulariis, et balneatoribus, qui ad hunc effectum, ut scilicet se viris, quibus servitia ministrant, se prostituunt, foeminas in caupona, seu balneo retinent»: Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLIV, n.21, p.522. Cfr. D.3.2.4.2.

¹⁷⁶ D.48.5.2.2: «Lenocinii quidem crimen lege Iulia de adulteris præscriptum est, cum sit in eum maritum poena statuta, qui de adulterio uxoris suæ quid ceperit, item in eum, qui in adulterio deprehensam retinuerit». D.48.5.30.2-3: «Plectitur et qui pretium pro comperto stupro acceperit: nec interest, utrum maritus sit qui acceperit an alius quilibet: quicumque enim ob conscientiam stupri accepit aliquid, poena erit plectendus. Ceterum si gratis quis remisit, ad legem non pertinet. Qui quaestum ex adulterio uxoris suae fecerit, plectitur: nec enim mediocriter deliquit, qui lenocinium in uxore exercuit». Ma, ai tempi di Ulpiano, la pena per l'adulterio non era capitale.

¹⁷⁷ Con la Nov.14, Giustiniano aveva sottoposto i lenoni alla pena capitale, giustificata in parallelo col latrocinio: «Si enim pecuniarum eos furtorum et latrociniorum emendatores elegimus, quomodo non multo magis castitatis furtum et latrocinium eos cohercere permittimus?». I giuristi moderni preferiscono argomentare a partire dall'adulterio: Gómez, Ad leges Tauri, cit., p.582; Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXXI, n.10, pp.141-142. Non manca, però, chi si rifà allo stupro: lenoni e seduttori praticano, infatti, gli stessi inganni. Chi ritiene la *persuasio* meritevole di pena capitale, non ha difficoltà a sostenere il medesimo castigo per i lenoni: così Follerio, Pratica criminalis, cit., secunda pars secundæ partis, rubr.Item quod fuit leno eiusdem, nn.32 e 36, pp.174-175.

prevalgono fustigazione ed esilio¹⁷⁸. Talora si marca più gravemente l'infamia, apponendo la mitria e imponendo la cavalcata dell'asino¹⁷⁹; a Gand e Bruges si ricorre alla gogna, al cippo, al teatro di giustizia¹⁸⁰. Talora la pena è arbitraria¹⁸¹, più spesso la legislazione locale disciplina espressamente l'ipotesi. Il *Liber Augustalis* minaccia l'*obtruncatio nasi* alla ruffiana che sollecita donne *sub custodia*, ma è più benigno se il lenocinio riguarda donne *a nemine custoditæ*¹⁸². Aspro il castigo per i ruffiani, regolato dalle prammatiche¹⁸³.

¹⁷⁸ De Damhouder, Praxis, cit., cap.LXXXIX, n.48, fol.96A; Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLIV, nn.6 e 11, p.520.

¹⁷⁹ «Quam consuetudinem etiam maiores nostri in hoc regio Consilio introduxerunt, ut exemplo multarum lenarum ipse attestari possum, quas cum mitra per loca solita huius civitatis Barcinonæ fustigari vidi»: de la Peguera, Decisiones, cit., dec.XV, nn.13-14, pp.79-80 che ricorda due casi del 1582 e 1584. Così anche in Toscana, dove si sommano *relegatio*, *fustigatio* e *mitria*: Caballo, Resolutiones, cit., cent.II, casus CLXXI, n.7, p.307. Più duro lo Statuto di Rovereto, 2.227: «Item quoniam sæpenumero contigit quod medio lenarum et malarum mulierum plærunque et virgines et etiam maritatæ vel aliæ seducantur ad committendum stuprum, fornicationem vel adulterium in gravem iniuriam et deflebilem notam suæ familiæ vel parentelæ, ideo statuimus et ordinamus quod si qua muliere vel etiam vir lenocinium committeret de aliqua virgine seu habita et tenuta pro virgine, maritata vel alia, tunc leno vel lena super asino ligata totam civitatem et etiam sibi eruatur unus oculus et perpetuo banniatur ac perpetuo sit infamis et stetur de tali lenocinio dicto vel testimonio ipsius ruffianatæ ed seductæ cum iuramento, concurrentibus aliquibus inditiis». In Castiglia i giudici ecclesiastici, imitando lo *chivari* popolare, ricorrono all'*emplumada*: i ruffiani, unti di miele e coperti di piume, sono messi alla berlina. «La pena de tal delito era de muerte (...) Pero ya por la general costumbre en España, y otras la pena es, que tales ombre viles, è infames, son açotados publicamente por sus mismas mugeres con unas rastras de ajos, y llevan mitras, ò coroças en la cabeça con muchos cerno al cuello y otros son untados con miel, y emplumados»: Pradilla Barnuevo, Suma, cit., cap.X, nn.1-2, fol.6A. I giudici secolari, invece, pur non rinunciando alla pubblica vergogna, sostituiscono la galera all'esilio. Così prevedono Nueva Recopilación, 8.11.5 e 8.11.10: a partire dal 1512, complici le scoperte geografiche, la politica criminale bada più alle necessità della flotta che all'obiettiva portata del crimine. Cfr. Ramos Vázquez, De meretricia, cit., pp.151 e 163-165.

¹⁸⁰ De Damhouder, Praxis, cit., cap.LXXXIX, n.49, fol.96A e cap.XCI, n.8, fol.103A.

¹⁸¹ Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLIV, nn.4 e 12, p.520; Matthes, De criminibus, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.II, n.11, p.296..

¹⁸² Liber Augustalis, 3.84.1. La disposizione federiciana integra una norma più antica, che si limitava punire le «lenas sollicitantes alienas castitatem (...) tanquam ipsas adulteras», cioè con la mutilazione del naso: Liber Augustalis, 3.79.1. La costituzione più recente differenzia il trattamento: l'istigazione è meno grave se interessa una donna libera dalla potestà paterna o dalla mano maritale. In tal caso, la ruffiana sarà segnata in fronte e fustigata. Se condannata una seconda volta, patirà anch'essa l'*obtruncatio nasi* perché, come commenta Matteo d'Afflitto, «delictum reiteratum gravius punitur». Adoperando i verbi *sollicitare* ed *attentare*, la legislazione meridionale sembra punire anche *effectu non secuto*. Ma il giudice napoletano propende per uno sconto di pena: «bene tamen puniretur arbitrarie propter vitium animi»: d'Afflitto, In utriusque Siciliæ, cit., secunda pars, lib.III, rubr.XLIX, nn.2-3, fol.177A.

¹⁸³ Matteo d'Afflitto deduce che, nel silenzio del *Liber Augustalis*, bisognerebbe intendere confermata la pena capitale *ex iure civili*: il legislatore (analogamente a quanto sancito, per le adultere, dalla costituzione *Legum asperitate*) hanno inteso mitigare la pena per le sole donne. D'altra parte «poena nasi non convenit viro, qui est creatus ad imaginem Dei»: ed è proprio in virtù della sua dignità superiore che patisce la pena di morte. D'Afflitto, In utriusque Siciliæ, cit., secunda pars, lib.III, rubr.XLV, n.2, fol.175A e rubr.XLVII, n.2, fol.175B. Sul punto, in realtà, sono recentemente intervenute due prammatiche che il Giudice trascura del tutto. Durissima la prima, promulgata nel 1480 da Ferdinando I. Il Re, sollecito nel garantire la vigenza del «cultum Justitiæ», dispone l'ultimo supplizio per questo genere nefando di corruttori, dediti ai peggiori *scelera* e inclini ad ogni *delictus* (è significativo che a taverne, vino, lussuria, giochi e bestemmie si accostino armi, furti e omicidi: il clima del disciplinamento sta già maturando). Pene severe anche per i ricettatori, «sine quibus leno hujusmodi vitæ genus exercere non potest»: si fissano multe via via più salate per plebei e villani, nobili, baroni e università. «Quando solvendo reperti non fuerint, luant in corpus». Per evitare elusioni, il provvedimento affida la cattura alle autorità locali, ma riserva alla Vicaria custodia e pena: con tale *remissio*, il potere centrale ne risulta rafforzato: Giustiniani, Nuova collezione delle prammatiche del Regno di Napoli, t.VII, cit., tit.CLIX, prag.I, pp.19-20. Follerio, Pratica criminalis, cit., secunda pars secundæ partis, rubr.Item quod fuit leno eiusdem, nn.32-40, pp.174-175 commenta questo provvedimento:

La *Carolina* dispone la pena arbitraria, indicando però alcune opzioni: la mutilazione dell'orecchio, il collare di legno, le cinghiate, l'esilio¹⁸⁴. A giustificare queste misure talora è la pulizia morale, talaltra l'interesse economico al monopolio della prostituzione. Le Costituzioni milanesi, riservato il meretricio ai pubblici postriboli, puniscono i ruffiani «poena ictuum trium funis, vel tiremium, et alia majori arbitrio Senatus»¹⁸⁵. Nel 1558, a Roma, Paolo IV ha comminato la morte a chi sfrutta *pueri o puellæ*¹⁸⁶. Ovunque, i lenoni sono infami *ipso iure*; ogni contratto tra essi e le meretrici non obbliga, e va tenuto per nullo¹⁸⁷. Frequentemente, però, sono proprio le ex prostitute a convertirsi in ruffiane¹⁸⁸.

«In texto (...) duo natantur: primum, quod in hoc crimine ex officio proceditur, et tenentur officiales, sub poena unciarum centum inquirere: secundum, quod officiales inferiores a magna curia Vicaria possunt inquirere, et capere lenones: non tamen possunt contra eos procedere ad punitionem ipsorum: sed debent sic captos bene custoditos remittere ad magnam curiam Vicariam, per eandem plectendos, non obstantibus privilegijs primarum causarum, ac alijs quibuscunque, ut ibi late habetur: quod est mirabile». Nel 1507, il viceré Juan de Ribagorza bandisce i ruffiani da tutto il Regno: in caso di inadempienza, saranno spediti sulle galere: Id., Nuova collezione delle prammatiche del Regno di Napoli, t.VII, cit., tit.CLXXII, prag. II, n.2, p.222.

¹⁸⁴ Carolina, 123: «Quandoquidem sæpenumero imperitæ ac simplices mulierculæ, cum primis autem innocentes puellæ, quarum adhuc integra fama est, a pravis hominibus utriusque sexus pessime ac fraudulenter, quo pudore suo atque honore destituantur, ad nefarios et libidinosos actus perducuntur, attentantur, et circumveniuntur, idcirco lenones ac lenæ, et ii etiam qui scienter et maliciose domicilia sua ad hoc elocant, taliaque in domicilijs suis fieri patiuntur, iuxta conditionem facinoris, et Iureperitorum consilium hac poena corripiantur, ut ditio seu provincia illis interdicitur, publicus et infamis trabes collo injiciatur, auriculæ abscindantur, aut virgis lorisque cædantur, aliave poena adfligantur». «In Saxonia poena lenonum lenarumve esse arbitrariam, vel fustigationis, vel carceris, aut relegationis, pro qualitate lenocinii et arbitrio iudicis»; ma l'*Ordinatio ecclesiastica* ha fissato la fustigazione in caso di *turpis quæstus*: Carpozov, *Practica*, cit., pars II, q.LXXI, n.62, p.146.

¹⁸⁵ *Constitutiones Domini Mediolanensis*, 4.17.3. Cfr. Corradi, *Prætorium*, cit., lib.I, cap.IX, par.III, de Lenonibus, n.6, p.378.

¹⁸⁶ In questo caso, lo spettro della punibilità è delineato dai participi *versantes, agentes, consentientes, assumentes, nutriendes* e *lucrum captantes*: tutti costoro vanno ritenuti parimenti responsabili del delitto. Se invece il lenocinio non interessa *pueri e puellæ*, si ricorre alla fustigazione pubblica e all'esilio perpetuo. I chierici, colpiti con la degradazione, sono consegnati ai giudici secolari e condannati «ipso iure, et facto». La bolla *Sanctissimus Dominus*, successivamente confermata dal paragrafo 8 della bolla *Ad compescendam* di Sisto V, è in *Magnum Bullarium Romanum*, t.II, cit., pp.828-829. Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLIV, n.7, p.520.

¹⁸⁷ «Etsi lenones aliquid ispis puellis dederunt, amittunt, nec repetere possunt»: Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLIV, nn.13-14, pp.520-521. La soluzione, suggerita da Nov.14.1, è replicata da *Constitutiones Domini Mediolanensis*, 4.17.2. Una prammatica napoletana del 1470 mostra quale sfruttamento possa derivare dai mutui contratti dalle prostitute. Spesso i creditori, tramutandosi in lenoni, le vendono agli albergatori: «dette donne eran serve, e schiave di detti Ostieri il più tempo di lor vita, prima che potessero restituire il debito (...) muneravano dette donne di bastonate, et etiam, le ferivano». Per evitare queste conseguenze, il legislatore vieta di prestare alle meretrici più di un'oncia: ogni mutuo dovrà essere approvato dalla Corte. Ogni pattuizione diversa è nulla e non obbliga alla restituzione. Giustiniani, Nuova collezione delle prammatiche del Regno di Napoli, t.VII, cit., tit.CLXXII, prag. I, p.221. Cfr. Menochio, *De arbitrariis*, cit., lib.II, cent.VI, casus 534, nn.35-41, p.40.

¹⁸⁸ Talora gestendo postriboli privati, di cui erano chiamate «abadesas» o «mayoralas». Alcune di esse, «madres de mozas o ponedoras, con la excusa de facilitar muchachas del mundo rural para el servicio doméstico, se dedicaban en realidad a reclutar por los pueblos (...) a futuras ramerías para la ciudad. Debido al alto precio que se pagaba por los desvírgos, señal de pureza y de la juventud, muchas de estas alcahuetas llegaron a hacerse verdaderas expertas en el arte de la «himenorrafia» o zurcido de vírgos. Así podían vender por varias veces como vírgen a una misma chica y enriqueirse»: Ramos Vázquez, *De meretricia*, cit., p.157.

Ben più turpe è lo sfruttamento esercitato da mariti e genitori spregiudicati nel segreto delle proprie case¹⁸⁹. Se per qualificare un lenone occorre una certa *consuetudo*¹⁹⁰, l'intermediazione compiuta dai familiari va punita anche *una tantum*¹⁹¹. Il diritto romano condannava «ad publica metalla» i padri, sottraendo loro la potestà e l'usufrutto sui beni del figlio¹⁹². Agli occhi dei giuristi, però, questa pena stride con quanto previsto da Giustiniano nella Novella 14: perché questi, più abietti, patiscono la morte civile, mentre agli altri ruffiani è inflitta la morte naturale? Per Farinacci l'autentica, più recente e dal tono generico, «sine dubio comprehendit etiam parentes» e mariti¹⁹³. Nella criminalistica tira un vento decisamente favorevole all'exasperazione. «Vidi semel quendam, qui suarum uxoris et filiae leno fuerat, qui combustus fuit», ricorda Follerio, giustificando la terribile sentenza. «Est nam maritus sicut custos in grege»: ma se il pastore diviene «lupus et devorator (...) ipsemet erit vastator castitatis suæ uxoris, ac sui honoris destructor»¹⁹⁴. Non di rado, la legislazione recepisce queste indicazioni, stabilendo una sanzione più grave se il lenocino avviene in famiglia. Nell'Impero, Carlo V sfodera il gladio: così anche Augusto I in Sassonia e Sisto V nell'Urbe¹⁹⁵. Ma non mancano soluzioni meno estreme: a Napoli, le

¹⁸⁹ Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLIV, n.52 e 69, pp.524-525; Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXXI, nn.5-6, p.141. «Satis inhumanum et crudele est hoc peccatum», commenta d'Afflitto, In utriusque Siciliae, cit., secunda pars, lib.III, rubr.XLV, n.1, fol.175A. Il napoletano ricorda il divieto biblico di Lv XIX, 29: «Ne polluas et prostituas filiam tuam, ne contaminetur terra et impleatur piaculo».

¹⁹⁰ Occorrono almeno tre abbozzamenti, secondo Farinacci, Praxis, pars quarta, q.CXLIV, n.35, p.523. I più ne ritengono sufficienti due: de Damhouder, Praxis, cit., cap.XCI, n.6, fol.103A; Follerio, Pratica criminalis, cit., secunda pars secundæ partis, rubr.Item quod fuit leno eiusdem, n.37, p.175; Caballo, Resolutiones, cit., cent.II, casus CLXXI, n.12, pp.307-30. Ne basta uno, secondo Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXXI, nn.72-74, pp.146-147. Per Menochio, De arbitrariis, cit., lib.II, cent.VI, casus 534, n.49, p.40 l'intermediazione *una tantum* può essere punita con l'arbitrio.

¹⁹¹ D.48.5.30.4: «Quæstum autem ex adulterio uxoris facere videtur, qui quid accepit, ut adulteretur uxor: sive enim sæpius sive semel accepit, non est eximendus: quæstum enim de adulterio uxoris facere proprie ille existimandus est, qui aliquid accepit, ut uxorem pateretur adulterari meretricio quodam genere». Cfr. Berlich, Conclusiones practicabiles, pars V, cit., concl.XL, n.34, p.29; Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXXI, nn.19-22. Nell'interpretare la bolla *Ad compescendam*, però, Farinacci pensa che il tenore letterale del paragrafo 7 richieda una pluralità di atti per punire questo lenocinio: Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLIV, nn.36-37, p.523.

¹⁹² Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLIV, nn.53-55 e 71, p.524; Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXXI, nn.7-8, p.141. C.11.41.6: «Lenones patres et dominos, qui suis filiabus vel ancillis peccandi necessitatem imponunt, nec iure frui domini nec tanti criminis patimur libertate gaudere».

¹⁹³ Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLIV, nn.56-57, p.524. Così anche Matthes, De criminibus, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.II, n.11, p.297: «Et licet aliqui existimaverint, capitis poenam non nisi publicis lenonibus irrogandum arg.Nov 14, tamen eorum sententia reiicienda est (...) Neque vero sequitur: publici lenones, id est, qui palam mulieres quæstuaris prostituunt, capite sunt plectendi: non igitur mariti, qui claunculum uni, atque item alteri faciunt copiam uxoris. Nullam enim dicta Nov.14 habet particulam taxativam, qua capitis poena ad publicum lenonem restringitur (...) Ille quoque capitis poena adficiendus videtur, qui uxoris infamandæ gratia adulterium subiecerit: cum enim capitis periculum uxori creaverit, non iniqua talio erit, si patiatur quod fecit».

¹⁹⁴ Follerio, Pratica criminalis, cit., secunda pars secundæ partis, rubr.Item quod fuit leno eiusdem, nn.8-10, pp.169-170

¹⁹⁵ «Qui uxorem, vel liberos turpis lucri gratia, quocunque nomine id appelletur, sponte libidinis actibus utendos præbet, aut prostituit, is turpe est utique, vigoreque communium legum puniatur»: Carolina, 122. Questo richiamo allo *ius commune*, secondo gli interpreti, significa pena di morte. In Sassonia, la pena è comminata da Constitutio Electoratus, 4.29 e ribadita da Ordinatio matrimonialis, 4. Cfr. Berlich, Conclusiones practicabiles, pars V, cit., concl.XL, nn.26 e 31-32, p.29; Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXXI, nn.14 e 17, pp.143-144. «Ac postremo etiam in patrem, matrem, aut virum, qui quæve suæ filiae virginis pudorem, aut propriam uxorem in prædam alienæ libidinis tradiderit, et re ipsa prostituerit, aut

«matres, virgines filias prostitutes» perdono il naso, ma non la vita¹⁹⁶. Altrove si ricorre alle triremi o alle pene infamanti, cui può sommarsi una multa¹⁹⁷. Soluzione praticata anche in Spagna, nonostante il disappunto di Gómez che invoca la pena capitale¹⁹⁸. Il marito lenone, spesso, è sottoposto alla cavalcata dell'asino¹⁹⁹.

Chi vende il corpo della donna, tradendo le proprie responsabilità familiari, merita il disprezzo collettivo: ma come agire con quanti sono costretti dalla miseria? Trattando della *meretrix nupta*, i giuristi avevano invocato il *per se malum* per escludere qualsiasi giustificazione. Coerentemente, alcuni ritengono non scusabili anche i familiari lenoni²⁰⁰. Una costituzione napoletana, però, spinge i giuristi a tornare sul punto, ammettendo l'*excusatio*²⁰¹. *De jure Regni* la cosa non suscita perplessità²⁰²; ma quando alcuni – partendo da Matteo d'Afflitto – provano ad estendere il ragionamento al diritto comune, si crea un vistoso corto circuito. Menochio, che pur aveva rigidamente negato l'attenuante alla *meretrix nupta*, si arrampica sugli specchi per giustificare «parentes illi, qui ob summam inopiam filiam volentes prostituunt». Propone perciò una sottile distinzione tra *paupertas* ed *inopia*: la prima resta inefficace, mentre la seconda – costituendo uno stato di *necessitas* – può scusare²⁰³.

induxerit ut contra ius et fas supra et adulteria, quæstus aut alia quavis causa palam exercent, poena eadem volumus animadverti»: *Magnum Bullarium Romanum*, t.II, cit., p.829.

¹⁹⁶ Liber Augustalis, 3.80.1 ne parifica il trattamento sanzionatorio a quello delle lene. Nonostante il testo nomini solo le figlie vergini, bisogna estenderne la portata anche alle figlie vedove perché «lex adaptatur ad id, quod frequentius accidit»: d'Afflitto, *In utriusque Siciliae*, cit., secunda pars, lib.III, rubr.XLV, n.1, fol.175A. Cfr. Follerio, *Practica criminalis*, cit., secunda pars secundæ partis, rubr.Item quod fuit leno eiusdem, n.29, p.174.

¹⁹⁷ «Parentes filiam prostitutes, et quilibet eorum, virgis cedantur, et etiam graviore poena, arbitrio Principis, vel Senatus, puniantur»: *Constitutiones Domini Mediolanensis*, 4.6.33. Cfr. Corradi, *Prætorium*, cit., lib.I, cap.IX, par.III, de Lenonibus, n.6, p.378. A Chiusi, i familiari sono frustati «per tucta la città in exemplo deli altri» e pagano 50 lire (contro le 10 che toccherebbero ad un estraneo): *Statuto di Chiusi*, 3.25. Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLIV, nn.60-61, p.525.

¹⁹⁸ «In nostro Regno solet praticari quod tam marito quam uxori imponatur poena flagellorum. Sed certe illa poena est irridenda pro tali nefando crimine: unde teneo quo disto casu debeat imponi poena mortis»: Gómez, *Ad leges Tauri*, cit., p.582. «En algunos lugares las mujeres flagellaban a los maridos lenones en una ronda pública por la ciudad, y en otros utilizaban una líneas de ajos a las que se llamaban “rizas de ajos”»: Ramos Vázquez, *De meretricia*, cit., pp.151-153. La galera è prevista da *Nueva Recopilación*, 8.20.9: «Mandamos, que agora y de aquí adelante, a los maridos que por precio consintieren que sus mugeres sean malas de su cuerpo, o de cualquier otra manera las induxeren, o traxeren a ello, demas de las penas acostumbradas, les sea puesta la misma pena que por las leyes de nuestros reynos esta puesta a los ruffiane: que en por la primera vez verguença pública, y diez años de galeras: y por la segunda cien açotes, y galera perpetua».

¹⁹⁹ Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLIV, n.73, p.526.

²⁰⁰ Così Carpov, *Practica*, cit., pars II, q.LXXI, nn.70-71, p.146.

²⁰¹ Liber Augustalis, 3.85.1: «Matres, quæ publice filias prostituunt filias, poenæ nasi truncati (...) subjacere sancimus. Alias enim consentientes, et filias, quas forte propter inopiam, nedum maritare, sed etiam nutrire non possunt, alicujus voluptatibus exponentes, a quo et sustentationem vitæ, et gratiam præstolantur, poenæ subjacere non tam injustum credimus, quam severum».

²⁰² La difende d'Afflitto, *In utriusque Siciliae*, cit., secunda pars, lib.III, rubr.XLIX, fol.177A sottolineando però che la costituzione richiede due condizioni concorrenti per concedere l'impunità: «videlicet voluntate filiarum, et matris inopia».

²⁰³ Nel suo commento a Liber Augustalis, 3.85.1, invece, Matteo d'Afflitto aveva usato indifferentemente i termini *paupertas*, *necessitas* e *inopia*. «Pauper enim et is dicitur, qui habet unde vivat. Et si non commode secundum personæ suæ statum et dignitatem (...) Et propterea paupertas non præbet iustam causam mulieri, ut se prostituat (...) Porro positus in necessitate (...) ille dicitur, cui aliunde succursum non est, aliterque

Bisogna poi considerare la posizione di quanti, con la propria condotta dolosa, agevolano adulterio o stupro. Quanto all'adulterio, la Nov.134 aveva espressamente esteso la pena di morte ai mezzani²⁰⁴. «Eadem poena lenocinii punirentur ii, qui aliquo modo consilio, favore, ope, et consensu lenocinia adjuvarunt, et cooperati sunt»: *mandantes*, *auxialiores* e *consultores* sono perciò assimilati all'autore, anche se la loro condotta è meramente verbale²⁰⁵. *A fortiori*, è punito con pena ordinaria l' «accommodans domum ad committendum adulterium (...) sed etiam (...) stuprum»: costui «dicitur leno» anche se non compie il reato questus casus, ma gratis²⁰⁶. Meno duro il trattamento di chi loca una casa al lenone o alla prostituta: pur consapevole delle scelleratezze che vi si consumeranno, ne è responsabile solo in modo indiretto. Perciò «perdit domum, et pecuniaria poena mulctatur», ma non è messo al patibolo²⁰⁷.

Come già visto, il diritto romano obbligava il marito ad accusare l'adultera, sotto pena di lenocino. In Età moderna, però, questo rigore si è ormai stemperato. Se non percepisce alcunché dal tradimento, «maritus, qui sciens volensque dissimulat, et permitti uxorem

facere non potest (...) necessitatem multis in casibus efficere, ut licitum sit, quod alias erat illicitum. Non enim delinquere dicitur, qui coactus consentit»: Menochio, De arbitrariis, cit., lib.II, cent.VI, casus 534, nn.14-18, p.39. Affermazioni che cozzano con l'intransigenza del già citato *consilium XXXII*.

²⁰⁴ Nov.134.10: «Si quando vero adulterii crimen probetur, iubemus illas poenas peccantibus inferri, quas Constantinus divæ memoriae disposuit; et illis similibus subiciendis poenis, qui medii aut ministri huiusmodi impio crimini facti sunt».

²⁰⁵ «Lenocinii poena intret (...) etiam ad tractandum, et sermonem habendum super committendo stupro»: Farinacci., Praxis, cit., pars quarta, q.CXLIV, nn.30 e 46, pp.522-523. Cfr. de Damhouder, Praxis, cap.XCI, n.7, fol.103A; Caballo, Resolutiones, cit., cent.II, casus CLXXI, n.5, p.307; Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXXI, n.4, p.141; Matthes, De criminibus, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.II, n.11, p.297. «Mandans adulterari debet puniri de ordine, et consilio eadem poena, qua punitur adulter, etiam quod esset statutaria (...) licet mandans adulterari non committat adulterium (...) Sed ego arbitror, quod maiori poena sit puniendus cum in eo sit dolus, vel animus iniuriandi; sed ille, qui adulterium facit lapsu libidinis inducitur, quia naturalis inclinatio inducit homines ad libidinis appetitum»: *additio* n.73 di Baiardo a Claro, Practica, cit., par.Adulterium, fol.9A. Sulla particolare gravità del mandato, cfr. Tomás y Valiente, El derecho penal, cit., pp.287-288. Coerente con questi assunti la bolla *Sanctissimus Dominus*: «qui in præmissis comites corrupti fuerint, eisdem poenis subiaceant». *Magnum Bullarium Romanum*, t.II, cit., p.829.

²⁰⁶ Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLIV, nn.42-45, p.523. «Posse accusari adulterio, non solum illum, qui carnalem adulterium commisit, verum etiam illum, qui domum præbuit, vel hortum, ut in eis adulterium committatur»: Choveron, De publicis concubinariis, cit., p.147. Cfr. Matthes, De criminibus, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.II, n.11, p.297. Testi di riferimento sono: D.4.4.37 e D.48.5.9.

²⁰⁷ Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLIV, n.29, p.522. Cfr. Matthes, De criminibus, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.I, n.15, p.286. Nov.14.1: «Si quis autem patiat in sua domo quandam lenonem et huiusmodi præpositum operationis habere et hæc denunciata cognoscens non de domo sua expulerit, sciat etiam decem librarum auri sustinere poenam et circa ipsam periclitaturum habitationem». *Constitutiones Domini Mediolanensis*, 4.17.1: «Eapropter sancitum est, nemini licere aliquam domum extra postribulum publicum existentem locare alicui meretrici publice quæstum agenti, directe, nec per indirectum, sub poena amissionis domus sic locatæ, quæ ipso jure, et facto, in fiscum perveniat». Bolla *Sanctissimus Dominus in Magnum Bullarium Romanum*, t.II, cit., p.829: «Et qui domos suas eisdem lenonibus, vel lenis de cetero scienter locaverint, vel si ignoranter id fecerint, nisi postquam hoc eis notificatum fuerit illos expulerint, domum sic locatam eo ipso amittant, et ea realiter, et cum effectu priventur, et spolientur, et insuper poenam mille scutorum auri ab eis auferendorum, et in pios usus convertendorum ipso facto incurrant». Carolina, 123 punisce chi «scienter et maliciose domicilia sua ad hoc elocant» con la stessa pena dei lenoni (che comunque non è capitale), senza indicare la confisca.

adulterari» va punito solo con pena arbitraria²⁰⁸. Lo stesso vale per genitori troppo permissivi²⁰⁹.

5. *Nei meandri della casuistica penale: una riflessione*

Se la nostra analisi si fosse arrestata alla pena ordinaria, il quadro che ne avremmo desunto descriverebbe il trionfo di una legge sempre più invasiva e rigorosa, in un contesto di crescente volontarismo giuridico²¹⁰. L'analisi della pena straordinaria complica sensibilmente lo scenario. Se l'ambizione egemonica del legislatore è innegabile, la prassi dei secoli XVI-XVII è ben diversa. Come una tela barocca, il diritto mostra i suoi chiaroscuri irriducibili: per avere una visione d'insieme, luci ed ombre non possono essere scisse, perché le prime si esaltano nelle altre. È la giurisprudenza che fa da contraltare al monarca: braccio che ne regge la spada, ma spina nel fianco che ne vanifica le velleità assolutiste. La pena ordinaria resta un modello: nelle cause di ogni giorno, è destinata ad essere sezionata dall'*arbitrium* delle corti²¹¹.

Questo diritto penale non nasce da teorie razionaliste, ma dall'esperienza. Fondato su una gnoseologia scolastico-realista, conosce la realtà tramite i fatti; pur innalzando sempre più il suo sguardo, il suo metodo resta pragmatico²¹². *Veritas est adaequatio intellectus et rei*. Agli occhi dell'interprete, le cose si rivelano estremamente varie e frammentate: applicare loro una regola rigida significherebbe violare questa natura e, in ultima analisi, non essere

²⁰⁸ Principalmente con l'esilio: de Damhouder, *Praxis*, cit., cap.XCI, n1, fol.101B. Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLIV, nn.78-80, p.526. In Sassonia, *Constitutio Electoratus*, 4.29 prevede fustigazione e relegazione perpetua: cfr. Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXXI, nn.36-38, p.144. Se invece il marito è *patiens* ma contrario all'adulterio, per molti resta esente da qualsiasi pena.

²⁰⁹ Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLIV, n.68, p.525; Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXXI, nn.36-38, p.144. In questo senso anche *Liber Augustalis*, 3.80.1: «Quod si filia se ipsam se prostituerit, mater vero solummodo consentit, iudicis arbitrio relinquatur». Cfr. d'Afflitto, *In utriusque Siciliae*, cit., secunda pars, lib.III, rubr.XLV, n.3, fol.175A.

²¹⁰ Volontarismo nominalista e giuspositivista che, da Occam a Lutero, aveva seminato il germe della Modernità: Villey, *La formazione*, cit., pp.175-289; Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, II. L'età moderna, Roma Bari 2001, pp.7-10 e 33-43; Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., pp.67-78.

²¹¹ «Poena ordinaria dicitur illa, quam leges sanxerunt; quam Principes constituerunt: aut certe quæ longa patriaque consuetudine introduca est (...) Et ideo differt ab extraordinaria, ideo, quod extraordinaria est illa, quam iudex non ex legum, Principumve constitutione, aut ex inolita consuetudine, sed ex proprio arbitrio infert, et imponit»: de la Peguera, *Decisiones auræ*, cit., dec.VII, n.16, p.45. La pena arbitraria può emergere anche in seconda battuta, in sede d'appello. Fanno riflettere gli esempi forniti da Mancino – Romeo, *Clero criminale*, cit., pp.113-130 e 137-138: i due studiosi fanno notare come le più severe condanne di primo grado vengano sistematicamente mitigate in seconda istanza. A loro avviso, ciò dimostra il fallimento delle istanze riformatrici e la prevalenza di una mentalità corporativa, a beneficio del clero criminale. A nostro avviso, nella dialettica tra rigore e indulgenza si può intravedere la pedagogia penale del tempo: minacciare e perdonare, per correggere. Prima di denunciare la parzialità della giustizia canonica, sarebbe necessario verificare se la medesima tendenza si ripete o meno nei confronti dei laici (sia nelle corti ecclesiastiche che in quelle secolari).

²¹² Grazie alle provocazioni culte, la criminalistica inizia a interrogarsi su come riordinare la materia secondo criteri sistematici. In alcuni autori – la minoranza – lo sforzo è visibile: ma anche costoro si limitano a dare nuova forma a vecchi contenuti. Lontani dalla rivoluzione razionalista, assistiamo a timide – ma feconde – sperimentazioni: Tau Anzoátegui, *Casuismo y sistema*, Buenos Aires 1992, pp.458-460.

giusti²¹³. Se la *lex* può essere formulata in modo generale e astratto²¹⁴, la sua applicazione dev'essere flessibile per rispondere alle peculiarità del caso concreto. Per fare giustizia in modo opportuno, serve la mediazione del giudice, perché «poena est commensurando delicto»²¹⁵. Fintantoché questa concezione di *iustitia* resterà viva, l'*arbitrium* si rende strumento vitale e imprescindibile²¹⁶. È attraverso l'*arbitrium in puniendo* che il giudice discerne, soppesa i *substantialia* e gli *accidentalìa*, applica la misura più adatta. Non è mai un esercizio capriccioso: si richiede la *iusta causa*. Proprio perché questa va verificata volta per volta, l'*arbitrium* si presenta come «fenomeno eccezionale e straordinario che vale per il caso specifico e rispetto a questo esaurisce i suoi effetti»²¹⁷.

Volta per volta, la giustizia ri-forma l'ordine turbato. Ma così, nel tempo, si costruisce un'architettura giuridica coerente. Un processo di edificazione *a posteriori*: dall'irrogazione della pena in concreto, si consolida la riflessione sulle *causæ* che ne determinano l'aggravamento o la mitigazione²¹⁸. Più che la vincolatività del precedente, è la persuasività delle *decisiones* a incentivare un dialogo tra corti e dottori: il caso circola, viene studiato alla luce dello *ius commune*, diventa modello²¹⁹. Gli strumenti della logica

²¹³ Se è vero che la giustizia è la «voluntas ius suum cuique tribuens» (I.1.1.0) allora è compito del giudice assegnare a ciascuno il «suum», non l'eguale. «Nel pieno di quel Cinquecento, le comunità, gli integrati, i protetti fanno fatica a considerare giusta una giustizia che non distingue, che non considera, che non guarda bene in faccia alle persone e alla loro qualitas, qualsiasi cosa abbiano fatto. L'imparzialità li inquieta. L'idea di uguaglianza giuridica di cui sembra incinta la giustizia nuova piace a pochissimi e spaventa tutti gli altri»: Sbriccoli, *La benda*, cit., p.201. Persino la legge divina fa i conti col caso concreto: «at licet jure Divino in adulteros mortis supplicium statutum reperiatur, nihil autem æquius sit, quam eo modo de criminibus haberi, quo absolutissima Divini iudicii æquitas sancivit; non tamen putandum est, in legibus Divinis omnem probabilem ac justam causam ac humanitatem, ad mitigationem poenæ ordinariæ magistratum commoventem, excludi»: Carpov, *Practica*, cit., pars II, q.LXI, n.69, p.79.

²¹⁴ Cosa, peraltro, non scontata: contrariamente alle grandi ordinanze d'inizio Cinquecento, la normativa barocca è minuta, casuista, emergenziale. Cfr. le osservazioni di Tau Anzoátegui, *Casuismo*, cit., pp.315-358.

²¹⁵ Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.XIX, n.5, p.247

²¹⁶ «La pena straordinaria rende operativo un principio di commisurazione, perché introduce nel sistema una sanzione modulabile e che riassume in sé le caratteristiche dell'adeguatezza». La modulabilità fa sì che la pena «può essere diversamente calibrata secondo livelli di intensità richiesti dal caso specifico». L'adeguatezza, invece, «indica nella pena una capacità di conformarsi in un rapporto di proporzione al disvalore»: Meccarelli, *Arbitrium*, cit., pp.235-237 (la cit. è a p.235).

²¹⁷ Meccarelli, *Arbitrium*, cit., pp.225-228 (la cit. è alle pp.227-228).

²¹⁸ Cfr. Meccarelli, *Arbitrium*, cit., pp.225-235. Si è preferito non impostare il capitolo secondo categorie contemporanee come «circostanze soggettive», «circostanze oggettive», «cause di giustificazione», «cause di esclusione della colpevolezza», «recidiva», «tentativo», «concorso di persone». Non si tratta di nominalismo, ma di una scelta di metodo. Certamente, la materia di queste categorie è ben presente nella criminalistica. Ma la forma di cui è rivestita è completamente diversa. Diversi manuali, anche recenti, ricostruiscono a ritroso la Storia del penale, partendo dai concetti attuali e ricercandone gli antecedenti. Operazione discutibile, che falsa la sostanza analizzata e contraddice la corretta prospettiva ermeneutica. Partendo da questi assunti, si è costruito il lavoro utilizzando etichette genuine. Ciò che giustifica il superamento dell'*ordinarium* è la *causa*: parola potente, carica di suggestioni aristoteliche, può essere *adgravans* o *mitigans* e riguardare la *conditio personarum* o la *qualitas facti*; il termine *circumstantia* è noto ai giuristi, ma gode di maggior fortuna in confessionale. Nel Seicento comincia a circolare con più frequenza: Tau Anzoátegui, *Casuismo*, cit., pp.72-73 e 501-507. Quando una *causa* mitiga in tutto o in parte le conseguenze sanzionatorie (senza distinguere tra esclusione dell'antigiuridicità, della colpevolezza o della punibilità) la si definisce anche *excusatio*. Tali concetti appaiono più spesso come accidenti della pena del singolo reato che non come categorie generali. È la pena straordinaria a dar loro corpo: per questa ragione li si è collocati all'interno di questa sezione, evidenziandone la dipendenza dal processo e negandone il valore autonomo.

²¹⁹ La giustizia di Antico Regime valuta positivamente il ruolo del precedente e della consuetudine. D'altra parte, come annota Grammatico, *Consilia*, cons.XLVIII, n.2, fol.89B, «poena arbitraria erit illa, quæ pro

vengono in soccorso, per mutuare frammenti di disciplina da altri reati e poi enucleare una *regula*. Da un punto di vista epistemologico e cronologico, perciò, il *casus* precede la *regula* (che, oltretutto, incontra mille *limitationes*). La filosofia – valorizzata dall’apporto culto – offre il suo apporto; le *practicæ* consolidano i risultati²²⁰. L’edificio è solo abbozzato, e saranno altri a coglierne il frutto quando maturerà la stagione del *systema*; sono pochi i criminalisti che offrono qualche categoria generale, mentre i più si limitano a considerare questi elementi nelle pagine sui singoli delitti, in modo più o meno frammentario.

Più che coagulare, i nostri giuristi preferiscono moltiplicare le ipotesi. Da qui il carattere casuistico della criminalistica barocca, che ricorda lo stile dei moralisti coevi²²¹. La dialettica tra pena ordinaria e pena arbitraria trova, nella teologia barocca, il suo corrispondente nel dibattito tra rigoristi e lassisti: i primi fermi nel difendere l’oggettività del precetto, i secondi intenti a moltiplicare i casi di coscienza. Pur non mancando dissensi e reazioni²²², è quest’ultimo indirizzo a prevalere tra Cinque e Seicento. Ecco perché la polemica sulla presunta crudeltà della pena è, fondamentale, mal posta²²³.

similibus imponi consuerit». Sarebbe errato, però, desumerne la vincolatività dello *stare decisis* (eccezion fatta per alcuni Stati): la pronuncia acquista autorevolezza per la sua razionalità, che s’impose sia nell’ordinamento interno, sia al di là dei confini politici. Così Ascheri, I Grandi Tribunali d’Ancien Régime e la motivazione della sentenza, in Id., Tribunali, giuristi e istituzioni dal Medioevo all’Età moderna, Bologna 1989, pp.85-183 e Birocchi, Alla ricerca, cit., pp.86-91 correggono l’analisi di Gorla, Unificazione legislativa e unificazione giurisprudenziale. L’esperienza del diritto comune, in Le nuove frontiere del diritto e il problema dell’unificazione, I, Milano 1979, pp.469-511 e Id., I tribunali supremi, cit., pp.447-532.

²²⁰ «Le *practicæ* criminales sono l’architrave dottrinale della giustizia di apparato e ragione non ultima della sua egemonia. Asseverative e prescrittive insieme, procedono su di un duplice registro: legittimare con la consuetudo praticandi la procedura così come è e dettare al giudice cosa deve decidere – sul punire o no, sul come e sul quanto – davanti alla infinita casistica che gli si può presentare: reato per reato, ipotesi per ipotesi, circostanza per circostanza, senza tralasciare varianti (...) Con le *practicæ* viene governato il processo e da esse via via col tempo si dipanerà – partendo dalla realtà dei fatti – un diritto penale aggiornato, tecnicamente più rigoroso e, soprattutto, autonomo»: Sbriccoli, Giustizia criminale, cit., p.13. Una lettura che rende finalmente giustizia al ruolo fondamentale della criminalistica moderna (ancora denigrata nelle pagine di Cordero, Criminalia. Nascita dei sistemi penali, Roma Bari 1985, pp.280-547; Id., Procedura penale, Milano 1991, pp.21-38).

²²¹ Tomás y Valiente, El derecho penal, cit., p.89 ha sottolineato come giuristi e teologi condividessero il medesimo metodo: «plantaban un supuesto real concreto: el caso. Enunciaban una norma aparentemente resolutive y que convertía el caso en un problema; y luego deshacían el nudo con sutiles distinciones, con una hábil técnica dialéctica (...) Acaso el mérito de unos y otros consistiera en reducir las normas jurídicas y las morales, de rígida enunciación por su tosquedad técnica o por su laconismo axiomático a soluciones flexibles, para una mejor realización de lo justo en concreto». Al netto di questa osservazione, però, lo storico spagnolo non riconosceva un rapporto osmotico tra le due discipline: cosa che, in base alla presente ricerca, non sembra condivisibile. Per quanto attiene le strutture argomentative, Mazzacane, Prospero Farinacci, in Il contributo italiano alla Storia del pensiero. Diritto, Roma 2012, p.155 riscontra nella *Praxis et theorica criminalis* la forte influenza della casuistica gesuita (lo stesso si può dire per la *Practica nova* di Carpzov: non mancava la casuistica protestante). Il Barocco segna l’apoteosi del multiforme, della complessità irriducibile: un approccio “pastorale” si afferma in campo morale, medico, politico e giuridico. Il casuismo dei giuristi si esprime nella formazione universitaria e professionale, nella legislazione, nel processo e nella dottrina: Tau Anzoátegui, Casuismo, cit., pp.39-82, 231-257, 305-308, 315-358, 427-458; 481-541

²²² L’eccessiva frammentazione delle ipotesi e la contraddittorietà delle opinioni precipitano il Realismo medievale in una diffusa sfiducia nella ragione che, nelle sue conclusioni più estreme, postula l’impossibilità di formulare alcuna legge generale (Scetticismo). A questa deriva, si opporono Giansenio in teologia,

Nella Prima età moderna, fare giustizia significa ancora ripristinare l'*ordo*, e perciò tener conto delle diseguaglianza tra fatti e persone di *status* diverso: la pena non dev'essere eguale per tutti, ma differente per ciascuno²²⁴. E questo, nell'ottica del tempo, non è iniquità ma *iustitia*. Certamente, i testi che abbiamo analizzato rivelano un ampliamento semantico di questo termine, ormai capace di assorbire domande ulteriori rispetto a quelle di un tempo: segno di un diritto tutt'altro che incancrenito²²⁵. Di certo, fare giustizia non vuol dire sussumere alla realtà qualcosa di prestabilito, come dimostra efficacemente il regime di *adulterium* e *stuprum*. Essi hanno una pena legale, e per questo son definiti *crimina ordinaria*; allo stesso tempo, però, sono *crimina atrocia*: pertanto attribuiscono al giudice l'*arbitrium in puniendo*. Per questo, al netto delle dispute sulla sanzione ordinaria, i giuristi osservano che, in fondo, la pena è arbitraria²²⁶.

Cartesio in gnoseologia, Domat in giurisprudenza. Una reazione, non un ritorno al passato. Non per niente, la culla di questo movimento è la Francia, dove sorgerà la codificazione.

²²³ Al di là di ciò che è scritto nelle ordinanze, e dei castighi esemplari che volta per volta sembravano opportuni, «frente a la durezza del castigo recogida en la legislación de la época, se arbitraban después soluciones más benignas para el conanado, muchas veces argumentando los tribunales que los hechos non habían quedado suficientemente probados»: Rodríguez Ortiz, Mujeres, cit., p.105. Il penale di Antico Regime conosce uno scarto notevole tra accuse, condanne ed esecuzioni. Quando lo stesso Beccaria, dopo aver denunciato «la crudeltà delle pene» e la loro «fredda atrocità», ne lamenta «l'incertezza» – per poi precisare che «la certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza dell'impunità» – tradisce esattamente questa flessibilità arbitraria, che non di rado s'indirizza *pro reo*. «L'altra conseguenza è che l'impunità stessa nasce dall'atrocità dei supplicii. Gli uomini sono racchiusi fra certi limiti, sì nel bene che nel male, ed uno spettacolo troppo atroce per l'umanità non può essere che un passeggero furore, ma non mai un sistema costante quali debbono essere le leggi; che se veramente son crudeli, o si cangiano, o l'impunità fatale nasce dalle leggi medesime». A ben vedere, nell'economia dell'opera, l'invettiva contro l'atrocità dei castighi riveste un ruolo secondario, senz'altro subordinato a quella contro la «irregolarità delle procedure», le «interessate o capricciose opinioni», «l'interpretazione delle leggi», «lo spirito tenebroso di cabala»: in due parole, contro l'*arbitrium*. Le citazioni sono tratte da Beccaria, Dei delitti e delle pene, Milano 2010, pp.10, 19- 20, 64 e 66. Per questo non ha senso insistere sul «sistema penale duro e arbitrario»; allo stesso modo, sembra eccessiva la polemica contro il «finto garantismo», il «dissimulare onesto» ed il «tartufismo giuridico» sollevata (riecheggiando Franco Cordero) da Giuliano Serges in Alvazzi del Frate – Serges, Garantismo, cit., pp.26-34. Il giudizio di valore su pratiche che (giustamente) riteniamo disumane (dopo secoli di dibattito, e non senza persistenze occulte) non deve spingersi al punto da contestare la complessiva buona fede di quell'ordinamento, tacciato perfino di «ipocrisia».

²²⁴ «La idea de desigualdad aparecía (...) engarzada con las nociones barrocas de movimiento y diversidad»: così conclude la sua analisi del rapporto tra caso e gerarchia Tau Anzoátegui, Casuismo, cit., pp.73-77. Cfr. Tomás y Valiente, El derecho penal, cit., p.317.

²²⁵ Giustizia come ordine pubblico, sicurezza e disciplina: ecco ciò che l'Illuminismo eredita – silenziosamente – dalla Prima età moderna; al contempo, ne condanna a gran voce le idee di gerarchia e diseguaglianza, fondate su una cosmologia ormai rigettata.

²²⁶ Riprendendo Baldo, scrive Toschi, Practicarum, cit., I, concl.225, n.1, p.109: «Poena adulterij est arbitraria etiam usque ad mortem; ideo Iudex pro adulterio potest, si vult, condemnare ad mortem, vel relegare». «Quicquid sit de jure, hodie circumscriptis statutis (ubi enim statuta adsunt, illa servanda esse dubium non est) adulterii poena arbitraria est (...) quod iudices, et potissimum supremi, possunt pro adulteria juxta facti, et personarum qualitatem, modo leviolem, et modo graviorem poenam imponere (...) Ex caussa possit poena adulterii mitigari». Un tempo si affermava che la corte fosse vincolata alla pena ordinaria se il processo fosse iniziato *per accusationem*: ma questa regola è ormai desueta. Farinacci, Practica, cit., pars quarta, q.CXLI, nn.72-73, p.471.

Capitolo VII

L'ALTRA GIUSTIZIA

1. “*Iustitia et pax osculatæ sunt*”

Negli ultimi anni dello scorso secolo, Benoît Garnot ha richiamato l'attenzione sul tema dell'*infrajudiciaire*. I protagonisti di un conflitto si mostravano capaci di fare a meno della giustizia, dirimendo i conflitti senza norme e senza apparati¹. Queste intuizioni parevano confermate dalla mole di documenti che relegavano lo *ius criminale* a fenomeno quantitativamente minoritario, smentendo il consolidato paradigma repressivo. Si assisteva a una realtà significativa, caratterizzata da una lunghissima durata e da una portata spaziale di latitudine continentale: la questione posta da Garnot si presentava come una sfida al diritto e alla sua centralità, mostrando una società che prescinde dalla legge e dallo Stato. Da un certo punto di vista, la provocazione coglieva nel segno².

Nondimeno, l'analisi di Garnot finiva per separare ruvidamente la realtà sociale dal sapere giuridico, senza considerare che quel mondo si concepisce come un insieme di comunità naturalmente ordinate secondo una struttura giuridica³. Benché gran parte delle controversie si risolvessero con ritualità avulse da una procedura legislativamente fissata, ciò non significa che i protagonisti non ravvisassero l'intrinseca giuridicità di quelle forme: prima della codificazione resta ben chiara la differenza di *ius* e *lex*. Contrapporre giustizia e infragiustizia significa perpetuare l'equivoco monista, come ha obiettato Mario Sbriccoli. Da parte sua, lo Studioso suggeriva di «rovesciare la prospettiva (...) e prendere atto che quelle società consideravano giustizia in primo luogo quella comunitaria locale, destinata a risolvere i conflitti tra vicini, mentre vedevano l'azione delle giurisdizioni statali come residuale». Proponeva di riconsiderare il fenomeno sotto un'altra luce, proponendo la categoria di «giustizia negoziata»: i suoi caratteri distintivi – dimensione comunitaria, consenso, tendenziale oralità, finalità satisfattiva – ne delineano l'alterità (ma, al tempo stesso, la possibile complementarietà) rispetto alla «giustizia egemonica». Soddisfazione, peraltro, «dice di più (...) di quanto non dica la nozione strettamente giuridica di risarcimento (...)». E se la componente economica svolge inevitabilmente un ruolo primario, non si può escludere che la soddisfazione passi anche per vie simboliche (...) o attraverso l'umiliazione del colpevole, o con un solenne riconoscimento capace di risarcire un onore

¹ Garnot (cur.), *L'infrajudiciaire du Moyen Age à l'époque contemporaine*, Dijon 1996.

² Per lungo tempo, infatti, una Storia del diritto di matrice positivista aveva trascurato queste pratiche. Tuttavia, non erano mancate alcune ricerche pionieristiche, come quella di Tomás y Valiente, *El perdón de la parte ofendida en el derecho penal castellano. Siglos XVI, XVII e XVIII*, in *Anuario de historia del derecho español*, XXXI (1961), pp.55-114. Nel 1976 Antonio Padoa Schioppa aveva segnalato l'importanza del fenomeno, analizzandolo nell'ottica della *scientia iuris*: Padoa Schioppa, *Delitto e pace privata nel pensiero dei legisti bolognesi. Brevi note*, in *Studia gratiana*, XX (1976), pp.271-287. Nel successivo volume *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna 2003, pp.209-250 l'Autore riprende lo scritto, arricchito con l'analisi della legislazione statutaria lombarda dal Medioevo al Cinquecento.

³ De Benedictis, *Introduzione. Giustizia, società e corpi in Età moderna: alcuni spunti di riflessione*, in *AA.VV., Giustizia, potere e corpo sociale*, cit., pp.12-22.

oltraggiato». Tuttavia, come avvertiva l'Autore, la lunga durata del fenomeno non deve ingannare: l'evoluzione del XVI secolo non manca di influire sulla negoziazione penale, che resta viva ma s'intreccia sempre più col processo. A seconda dei casi, la dimensione "negoziata" si combina diversamente con quella "egemonica": ma entrambe sono percepite come declinazioni di una sola giustizia polimorfa⁴.

Lo strappo che un reato apporta al tessuto comunitario può essere ricucito in modo del tutto esterno al processo; ma più spesso, in questi secoli, l'arma del giudizio viene brandita a fini intimidatori: laddove il negoziato non si sblocca, l'offeso lo attiverà per fare pressione sul reo. «L'incalcolabile brutalità» del risultato non solo spaventa il responsabile, inducendolo a più miti consigli, ma suggerisce alla parte lesa di ricorrervi come *extrema ratio*, nella speranza di mantenere il controllo della processo nonostante i poteri del giudice. Ciò è possibile non solo per la persistenza di meccanismi accusatori, ma anche per la disponibilità delle corti, sostanzialmente disinteressate ad un repressione totale e indiscriminata⁵. Al di là dei casi esemplari, ove le contingenze inducono all'intransigenza, i tribunali favoriscono il compromesso anche attraverso un rallentamento dell'*iter*⁶. Non diversa la strategia dei governanti, propensi a concedere la grazia⁷. Grazia, perdono,

⁴ Sbriccoli, Giustizia negoziata, cit., II, pp. 1228-1229, 1236, 1239 e 1244-1245. «L'emploi (conscient et inconscient) du paradigme de l'État pour l'interpréter menait à des résultats paradoxaux et trompeurs, parce qu'il finissait par placer à l'extérieur de la dimension de la justice quelque chose qui en constituait au contraire la marque caractéristique (...) Dans cette perspective, les formes dans lesquelles cette justice se manifeste, sont aussi bien celles qui présentent des caractères publics – en ce sens qu'elles répondent à la sauvegarde des intérêts collectifs – bien que ne possédant pas les traits du droit public étatique, que celles dont la vocation est plus typiquement privée (...) Dans la reconstruction qu'en fait Sbriccoli, la justice hégémonique et la justice négociée servent à indiquer en même temps la mutation et les piliers de cette dimension plurielle de la justice (...) la justice négociée opère déjà dès la première phase de l'expérience juridique médiévale; la justice hégémonique au contraire, s'affirme entre le XIIIe et le XIVE siècle. Elle côtoie la justice négociée et en prend progressivement la place, constituant la plate-forme sur laquelle sera édifié le pénal à l'époque contemporaine (...) Mais la justice négociée et la justice hégémonique sont des expressions qui indiquent aussi les piliers du système judiciaire entre le Moyen-Âge et l'époque moderne. En effet, celles-ci, bien que portant en elles-mêmes des conceptions opposées de la justice, tendent, en réalité, à se combiner dans un régime relativement variable, mais fondamentalement stable pendant tout l'Ancien Régime»: Meccarelli, La dimension doctrinale du procès dans l'histoire de la justice criminelle. La leçon historiographique de Mario Sbriccoli, in Crime Histoire sociétés, XIII (2009), n.1, <https://chs.revues.org/693>

⁵ Nell'ottica dei privati, «la pace negoziata veniva apprezzata più di una sentenza»; da parte loro, «le corti dedicavano molto più tempo per far ottenere una pace negoziata che per far rispettare la disciplina»: Dinges, Usi della giustizia, cit., pp.285-287, 295, 298 e 317. Cfr. Alessi, La giustizia pubblica come risorsa, cit., p.231. «Non è azzardato sostenere (...) che l'assenza della sentenza non dimostra il fallimento della via giudiziaria, bensì il suo successo, perché segnala che si era giunti a una soluzione del conflitto accettata da entrambe le parti»: Lombardi, Giustizia ecclesiastica, cit., p.592. «Anche i giudici più severi sapevano che l'obiettivo (...) era il mantenimento della pace e, dove possibile, la paziente ricucitura delle ferite della società»: Bellabarba, La giustizia nell'Italia moderna, cit., p.84.

⁶ Portare la disputa in tribunale, pertanto, non significa rinunciare del tutto alla mediazione: il più delle volte, serve invece a «dare forza alle negoziazioni private». Un giudice accorto favorirà una soluzione, condivisa concedendo opportune sospensioni: Lombardi, Giustizia ecclesiastica, cit., p.581. Cfr. Arrivo, Seduzioni, cit., p.139.

⁷ Alessi, Il processo penale, cit., pp.97-104: l'Autrice ridimensiona il peso del deficit di statualità, inquadrando il fenomeno nello spirito di una precisa trama costituzionale. Cfr. Villers, La justice retenue en France. Cours de histoire des institutions politiques ed administraves du Moyen Age et des temps modernes, Paris 1970; Rodríguez Flórez, El perdón real en Castilla (siglos XIII-XVIII), Salamanca 1971; Gauvard, "De grace especial". Crime, etat et société en France à la fin du Moyen Age, Paris 1991; Hespanha, La gracia del derecho. Economía de la Cultura en la Edad Moderna, Madrid 1993; Härter – Nubola (curr.), Grazia e

remissione, pace sono tutti concetti teologici che innalzano la giustizia degli uomini verso le altezze della giustizia divina, quella che si unisce alla misericordia senza contraddirsi⁸: suggestioni che, in un'età dalla forte tensione spirituale, non possono che influire⁹. Cristo stesso ha perdonato l'adultera. L'episodio è un monito per i giuristi: in questi crimini così legati alla dimensione familiare è necessario riconoscere lo spazio della conciliazione.

2. *Fare a meno del giudice*

Nonostante il rafforzamento degli apparati, nel XVI secolo è ancora possibile ovviare a un delitto aggirando completamente l'ostacolo del processo. L'esperienza giuridica mette a disposizione un ricco arsenale di strumenti per dirimere la controversia in modo amichevole. Il fenomeno si fonda sulla consuetudine, più che sulle autorità testuali: per questo, gli stessi *nomina iuris* vengono adoperati in modo promiscuo. Seguendo i criminalisti, proveremo a tener distinte le varie fattispecie: ma bisogna avvertire che, agli occhi dei protagonisti, esse apparivano confuse in un magma unitario.

Il primo istituto da considerare è quello della *pax*: un negozio bilaterale tra individui o fazioni, teso a rimuovere qualsiasi inimicizia tra le parti. La sua portata, in una *civitas* aristotelicamente fondata sull'*amicitia*, esubera i rapporti reciproci ponendo le basi per la convivenza sociale: il rilievo etico, politico e religioso attribuito a questo contratto tra privati è assoluto. Non può esserci concordia pubblica senza pace privata e, viceversa, i rancori conducono alla faida e alla disgregazione¹⁰. La pace determina conseguenze molto concrete: riconciliandosi, le parti abdicano ad ogni risentimento, rinunciando reciprocamente sia ai processi in corso, sia a quelli ancora non intentati (relativamente,

giustizia. Figure della clemenza tra tardo medioevo ed età contemporanea, Bologna 2001; Migliorino, Suppliche e grazia, in Ruggeri (cur.), La preghiera. Manifestazione e/o fattore d'identità, Catania 2012, pp.119-137.

⁸ Cfr. Tommaso d'Aquino, *Summa totius theologiae*, cit., Prima pars, q.21, a.4, pp.165-166. «Iustitia sine misericordia non est iustitia, sed crudelitas: sic contra misericordia sine iustitia non est misericordia, sed fatuitas, et iustitia cum misericordia coambulent» scrive – citando San Giovanni Crisostomo – Josse de Damhouder, *Praxis*, cit., cap.CLV, n.6, fol.170A. Suggestiva la conclusione di Farinacci, *Praxis*, cit., partis primæ tomus primus, q.XVII, n.4, pp.222-223: «Licet proprium Principis sit facere iudicium et iustitia (...) hæc tamen iustitia debet esse dulcedine misericordiae temperata (...) quia iustitia sine misericordia, vertit verum Principem in tyrannum». «Ubi non est pax, ibi non est Trinitas (...) hanc dictionem (Pax) ex tribus litteris constare, videlicet P. quæ significat Patrem, A, quæ significat alium Spiritum sanctum, et X quæ significat Christum»: de Franchis, *Decisiones*, cit., dec.DXXXV, n.2, fol.245A. Brillante la nota di Hespanha, *De la iustitia a la disciplina*, cit., p.177: «esta relación entre castigar y perdonar, entre amenazar y usar de la clemencia es la imagen de (...) las relaciones entre el Padre y el Hijo (...) el Padre que amenaza, que tiene la espada para castigar, el Hijo que perdona».

⁹ Niccoli, *Rinuncia*, cit., p.221. Le implicazioni religiose sono approfondite in Ead., *Perdonare. Idee, pratiche, rituali in Italia tra Cinque e Seicento*, Roma Bari 2007, pp.124-141. «L'ideale di una società cristiana disposta a cancellare le infrazioni più detestabili purché gli uomini trovassero la via sincera del perdono (...) doveva facilmente intrecciare le strade della giustizia laica»: Bellabarba, *Pace pubblica e pace privata: linguaggi e istituzioni processuali nell'Italia moderna*, in Bellabarba – Schwerhoff – Zorzi (curr.), *Criminalità e giustizia*, cit., p.192.

¹⁰ Niccoli, *Rituali*, cit., pp.236-237. È proprio per la sua rilevanza pubblica che la pace incontra il favore delle istituzioni: lungi dal ritenerla una concorrente pericolosa, cercano tuttavia di ricondurla alle dinamiche processuali. Cfr. Ead., *Perdonare*, cit., pp.74-75.

però, a fatti già compiuti). Di solito, contestualmente all'accordo, esse prevedono delle penali per un'eventuale infrazione; talora, invece, sono gli stessi statuti a stabilire sanzioni contro chi rompe la pace¹¹. Rispetto ad essa, la *remissio* si differenzia per la sua natura di negozio unilaterale: c'è dunque un'offesa ben precisa, che la parte lesa perdona al responsabile¹².

Pur trattandosi di atti giuridicamente rilevanti, non necessitano di una forma *ad substantiam*. Talora si trovano sotto forma di *chartæ* notarili, ma non di rado gli autori ricorrono a una scrittura privata. A redigere l'atto può essere anche il parroco¹³, un ufficiale o un qualsiasi mediatore: i conflitti turbano la comunità, e così vicini o notabili si pongono il problema d'intervenire con gli strumenti della persuasione¹⁴. Una dimensione collettiva testimoniata dalla presenza di testimoni e garanti, estratti dall'*entourage* delle parti. Il documento, comunque, ha una mera funzione probatoria: ciò che conta è la volontà, che si può esprimere anche per fatti concludenti, secondo ritualità ben precise. Baciarsi, abbracciarsi, toccarsi le mani, entrare in chiesa in ginocchio: agli occhi di tutti, significa che il conflitto è stato indubbiamente rimosso. La pubblicità di tali manifestazioni rinfranca la società circa la recuperata l'armonia¹⁵.

Manifestazioni gratuite di misericordia, *pax* e *remissio* appaiono pienamente legittimi *ante iudicium*; non solo in quanto espressione di virtù cristiana, ma anche per via di un

¹¹ Vallerani, *La giustizia pubblica*, cit., pp.167-169 e178.

¹² «Pax et remissio ad hunc effectum sunt idem, licet inter se differant; remissio enim fit, cum ab una parte tantum fuit offensio, pax vero, seu concordia cum ex utraque parte»: *additio* n.5 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.LVIII, fol.248A.

¹³ Si registra un acceso dibattito sul rapporto tra la pacificazione reciproca, cui i cristiani son tenuti per precetto evangelico, e questi atti dotati di effetti sul piano esterno. Si chiede Claro: «quid si facta sit remissio iniuriæ sive offensæ in foro conscientia, nunquid propterea censebitur sublatum ius accusandi?». Desideroso di preservare lo spazio della giustizia pubblica, la risposta non può che essere negativa. «Et ratio est, quia (...) non tenetur quis ex præcepto evangelico remittere, nisi rancorem et odio»: Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.LVIII, n.39, fol.246A. Molti teologi, però, insistevano per saldare le due forme di riconciliazione: il confessore, secondo Bartolomé de Medina, non avrebbe dovuto concedere l'assoluzione se il penitente si rifiutava di sottoscrivere la *pax* o comunque desistere dalla querela: Niccoli, *Rinuncia*, cit., pp.245-246; Ead., *Perdonare*, cit., pp.162-166. Anche le missioni, compiute specialmente da Gesuiti, si prefiggono precise finalità di ricomposizione, tanto che non di rado il predicatore si accompagna a un notaio che certifichi l'intesa. Associazioni specifiche si preoccupano di mediare i conflitti e scongiurare il ricorso ai tribunali. A Milano, opera la Confraternita della Concordia che nei suoi Ordini si prefigge di riconciliare anche «mariti et mogli separati». Niccoli, *Rituali*, cit., pp.247-252; Bellabarba, *La giustizia nell'Italia moderna*, cit., pp.90-91.

¹⁴ Lombardi, *Giustizia ecclesiastica*, cit., p.583. L'autorevolezza di certi soggetti consente loro di compiere persino piccole attività d'indagine, così da formarsi una propria opinione sui fatti. Cfr. Niccoli, *Rituali*, cit., pp.227-229. Anche «le donne, ed in particolare le madri, sono spesso protagoniste delle fasi più informali sia della conduzione delle trattative matrimoniali, sia della gestione del conflitto. Alle donne era spesso attribuito l'incarico di occuparsi delle fasi informali degli accordi proprio in quanto la loro parola contava ed impegnava meno ed un loro fallimento non intaccava l'onore familiare (...) Nella fase della crisi in particolare le donne erano incaricate di gestire la voce pubblica. Chiacchiere, lamentele con il vicinato, confidenze alle amiche e parenti contribuivano a creare quella voce favorevole, a diffondere quella versione dei fatti che tanto contava sia come strumento di pressione della comunità sul presunto responsabile, sia come base probatoria in un eventuale processo. In qualche caso sono le donne che si incaricano di fare i cosiddetti chiassi, vale a dire delle vere e proprie scenate»: Arrivo, *Seduzioni*, cit., p.132.

¹⁵ Niccoli, *Rituali*, cit., pp.231, 235-236; Ead., *Perdonare*, cit., pp.76-85; Bellabarba, *Pace pubblica*, cit., pp.192-193.

solido principio giuridico: «quilibet potest renuntiarum favori suo»¹⁶. Assai più discutibile è invece la possibilità di conseguire lo stesso effetto tramite un terzo istituto, stavolta oneroso: la *transactio*. Non c'è dubbio che le parti siano abilitate a transigere quando il processo è già avviato; più imbarazzo suscita invece l'ammissibilità di un'intesa *ante iudicium*. C'è il rischio di aggirare le istituzioni, senza garantire una vera concordia e assicurando l'impunità a chi può comprarla. Nonostante «de iure loquendo» questa transazione dovrebbe reputarsi nulla, Claro riconosce che la prassi si orienta in senso opposto¹⁷.

Per mezzo di questi tre istituti, la parte lesa rinuncia preventivamente all'accusa: per cui, semma la inoltrasse, il reo potrebbe eccepire la ripulsa in sede di *litiscontestatio*¹⁸. In un sistema che ha ampiamente introiettato il principio inquisitorio, tuttavia, ciò non pregiudica l'iniziativa *ex officio*¹⁹. Ma mentre pace e remissione si caratterizzano per la loro liberalità, la natura onerosa di una *transactio* induce il sospetto che chi paga sia davvero colpevole: se un giudice intende agire, potrà valutare la soddisfazione resa alla stregua di una confessione stragiudiziale²⁰? Il rischio è concreto, e infatti la dottrina suggerisce una serie di cautele volte a scongiurare questo capovolgimento paradossale. Chi transige avrà cura di specificare, preferibilmente per iscritto, che cede pur di evitare un eventuale processo, senza per questo ammettere alcuna responsabilità. Oppure che sta semplicemente pagando le spese altrui, non la soddisfazione. Ancor più diffusa – «sed ista est mera fraus et simulatio» – è la prassi di fingere la gratuità dell'atto – che quindi rivestirà l'apparenza di *pax* o *remissio* – e contestualmente redigere un «separatum instrumentum mutui»: è per questo che gli archivi abbondano di *chartæ pacis* dove si tace o nega qualunque esborso di denaro²¹. Dietro la misericordia, dunque, può celarsi la negoziazione, che è *iustitia* perché provvede a dare il *suum* alla parte lesa. Può celarsi, però, anche l'*iniustitia*: perché «di fatto, appena la *charta pacis* viene sottoscritta tra

¹⁶ Deciani, *Tractatus*, cit., t.I, lib.III, cap.XXXIV, n.7, p.197.

¹⁷ Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.LVIII, n.2, fol.243B.

¹⁸ «Accusator cum quo facta est transactio non poterit amplius accusare»: Deciani, *Tractatus*, cit., t.I, lib.III, cap.XXXIV, nn.9-10, p.198.

¹⁹ «Parum prodesset partis remissio quo ad impediendum processum, quia iudex ea non obstante procederet ex officio»: per suffragare la sua affermazione, Claro cita un rescritto del Senato del 1546. Cfr. Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.LVIII, n.1, fol.243B. «Transactio impediatur ipsum reum, ne possit accusare vel accusationem prosequi, alios autem non, neque etiam ipsum iudicem (...) Quia cum publice intersit delicta puniri, tale ius publicum pactis privatorum tolli non potest. Transactio non estingui crimen, sed quilibet alius ex novo processu poterit accusare (...) etiam super eodem processu iudex poterit procedere»: Deciani, *Tractatus*, cit., t.I, lib.III, cap.XXXIV, nn.35-37, pp.201-202. Di fatto, però, le parti non sembrano temere più di tanto l'intervento delle corti. Le manifestazioni plateali che accompagnano tali accordi palesano la fiducia che il giudice sarebbe rimasto inerte rispettando l'autonomia dei privati. Specie nei centri più periferici, non si teme che la pubblicità del rito costituisca *notitia criminis* per l'*inquisitio ex officio*. Cfr. Bellabarba, *Pace pubblica*, cit., p.197; Id., *La giustizia nell'Italia moderna*, cit., pp.92-93.

²⁰ Sul punto Marchetti, *Testis contra se*, cit., pp.121-125.

²¹ Deciani, *Tractatus*, cit., t.I, lib.III, cap.XXXIV, nn.65-70, p.203. Cfr. le osservazioni di Bellabarba, *Pace pubblica*, cit., pp.198-199. Simili cautele sono adottate anche in Castiglia, dove vige l'istituto transattivo dell'*avenencia*: Tomás y Valiente, *El perdón*, cit., p.66.

persone che non hanno la stessa qualifica di ceto, può rivelarsi tutto fuorché un lieto fine»²².

Ma quali reati sono passibili di *pax*, *remissio* e *transactio*? Claro testimonia che la consuetudine italiana, ormai, le ha ammesse per ogni fattispecie penale²³. Anche qui, come per l'*inquisitio*, non è il caso di prendere alla lettera le indicazioni del Senatore. Un riferimento romanistico resta noto a tutti, anche se dilatato per ammortizzarne le conseguenze paradossali. La *lex Transigere*, infatti, permetteva di applicare questi istituti a tutti i crimini capitali: l'assurdo era di ricondurvi le ipotesi più atroci e di escludere quelle più lievi²⁴. E benché la dottrina moderna tenti di spiegare che a ciascuno dev'esser lecito redimere il proprio sangue e scampare la morte, la soluzione appare comunque piuttosto bizzarra²⁵. Ragioni di opportunità consigliano un'interpretazione estensiva: si giunge così a comprendere ogni delitto che comporti una sanzione corporale²⁶. Nonostante questa tendenza, però, i giuristi tengono ferma una significativa eccezione desunta dal *Codex*: l'adulterio²⁷. La logica è chiara: il marito che sa e non accusa è reo di lenocinio; egli, pertanto, ha l'obbligo di attivarsi²⁸. Nonostante la vecchia opinione di Azzone, Deciani è categorico nell'escludere non solo la *transactio* – che, essendo onerosa, realizza un vero e proprio lenocinio *post factum* – ma qualunque atto gratuito, che facilmente si presterebbe alla frode: la lettera della legge, d'altro canto, è chiarissima²⁹. Qual è, invece, il regime di

²² Come avverte Bellabarba, *La giustizia nell'Italia moderna*, cit., p.99.

²³ «Hodie ex generali consuetudine Italiae licitum est facere pacem pro quocunque crimine»: Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.LVIII, n.14, fol.244B.

²⁴ C.2.4.18: «Transigere vel pacisci de crimine capitali excepto adulterio non prohibitum est. In aliis autem publicis criminibus, quæ sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet citra falsi accusationem». Cfr. Deciani, *Tractatus*, cit., t.I, lib.III, cap.XXXIV, n.10, p.198.

²⁵ Meccarelli, *Le categorie dottrinali*, cit., p.585.

²⁶ E non solo in riferimento alla pena legale, ma anche nel caso la sanzione è inasprita in virtù di un'aggravante: Deciani, *Tractatus*, cit., t.I, lib.III, cap.XXXIV, n.25, pp.200-201.

²⁷ C.9.9.10: «De crimine adulterii pacisci non licet et par delictum accusatoris prævaricatoris et refugientis veritatis inquisitionem est. Qui autem pretium pro comperto stupro accepit, poena legis Iuliae de adulteriis tenetur»; ma anche C.2.4.18 esplicita l'eccezione. Cfr. Minnucci, Alberico Gentili, cit., p.69.

²⁸ Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.LVIII, n.11, fol.244A; *additio* n.119 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.Adulterium, fol.10A; Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLI, n.74, p.483; Toschi, *Practicarum*, cit., I, concl.347, n.11, p.197. Diversamente, Carpozov ritiene impunito di lenocinio il marito che, suo malgrado, ha subito l'affronto e poi decide di rappacificarsi o transigere coi rei. «Diversissima liquide sunt hæc duo, adulterium conjugis perpetrandum adhuc lucri et turpis quæstus causa permettere ac probare: et adulterium, inscio marito perpetratum, uxori adulteræ condonare (...) Proinde, licet maritus non vindicet (...) sed taceat, uxorem retineat, et cum adultero paciscatur; ipsum tamen propterea lenonem non esse, nec lenocinii poenam incurrere, existimo (...) Hocque est, quod in adulterio transactionem hodie impune fieri (...) Leges enim ac mores suum habent ævum ac fatum, unde fit, ut, quod quandoque inhonestum visum est, deinde honeste fieri putetur»: Carpozov, *Practica*, cit., pars II, q.LXXI, nn.31-34, p.143. Intermedia la posizione di Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.I, n.14, pp.285-286 e cap.II, n.11, pp.296-297: pur sapendo che il diritto romano considera lenone «eum, qui pretium pro comperto stupro accepit», ritiene però «iniquissimum» parificare il marito complice con quello che transige «post adulterium ipso invitissimo commissum». Il primo vende la pudicizia coniugale, l'altro riceve solo un «solatium»; «ille enim improbius, cum ad flagitium invitet: hic minus improbus, dum maluit quovis modo pacisci, quam domesticum dedecus in publicum proferre». Perciò, ad uno spetta la pena capitale, all'altro una sanzione «extra ordinem».

²⁹ Deciani, *Tractatus*, cit., t.I, lib.III, cap.XXXIV, nn.31 e 33, p.201. Ma anche Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.LVIII, n.19, fol.244B specifica che «in casibus, in quibus non est licitum transigere, neque etiam licet gratuito pacisci». Allo stesso modo bisogna escludere l'ipotesi in cui «uxori adulteræ parcat maritus ea conventionem, ut penes eum maneat bonorum lucrum»: una forma di transazione che cerca di

questi istituti rispetto allo *stuprum*? Anche qui si profila il pericolo del lenocinio: tuttavia, poiché le fonti romane nulla dicono, i giuristi ne ammettono la piena applicazione³⁰.

Ci son diverse ragioni che inducono le parti a preferire una soluzione stragiudiziale. *In primis*, perché l'azione penale è rischiosa e può capovolgere nel discredito in caso di sconfitta; al contrario, le soluzioni amichevoli lavano l'onta del disonore³¹: la pace è l'altra faccia della vendetta, e come tale apprezzata soprattutto dai nobili. In realtà, è chiaro che nello *stuprum* – ma persino nell'*adulterium*, nonostante il divieto formale – la via della mediazione riesce a conseguire i suoi effetti preclusivi: trattandosi di reati perseguibili essenzialmente a querela, il silenzio degli interessati spegne la questione sul nascere. L'*inquisitio*, che in genere può prescindere dalla conciliazione delle parti, può ben poco quando l'impulso privato è posto come condizione di procedibilità. Trovata un'intesa, le parti si acquietano in attesa che maturi la *praescriptio*³². E questo conviene «tutte le volte in

conseguire un effetto analogo all'*amissio dotis*, senza esperirla: *additio* n.117 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.*Adulterium*, fol.10A.

³⁰ Claro, *Practica*, cit., par.*Finalis*, q.LVIII, n.14, fol.244B; Savelli, *Summa*, cit., IV, par.*Stuprum*, n.24, p.271. Fuori dal coro, Urceoli sostiene che ratto e *stuprum cum vi* andrebbero eccepiti come l'*adulterio*, rispetto al quale appaiono oltretutto più gravi: Urceoli, *Tractatus de transactionibus*, *Coloniae Allobrogum* 1701, q.LVI, n.57, p.228.

³¹ Cfr. le osservazioni di Arrivo, *Seduzioni*, cit., p.193; Niccoli, *Rituali*, cit., p.243.

³² La prescrizione, che opera *ipso iure* ma può ben essere eccepita dal reo, libera «non solum ab ordinario supplicio, sed etiam ab omni alia poena». Una volta maturata, mette al riparo da qualunque accusa o inquisizione, estinguendo il crimine, pregiudicando il processo e impedendo la pena. Scaduti i termini, nemmeno confessione o notorio giustificano il perseguimento del delitto. Regola vuole che, *in criminalibus*, la prescrizione maturi dopo 20 anni: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LIX, nn.7, 29-40 e 48, pp.63-66. Cfr. de Bohier, *Decisiones*, cit., dec.XXVI, nn.2-4, p.62; Deciani, *Tractatus*, cit., t.I, lib.III, cap.XXXVII, nn.2 e 5, p.216. Peralto, in virtù di D.48.5.30.6 e D.48.5.30.7, *adulterio*, *lenocinio* e *stupro* godono di un regime particolarmente favorevole: si prescrivono, infatti, nel volgere di soli 5 anni (fermo restando che, nei confronti della moglie adultera, marito e padre dovrebbe esercitare l'*accusatio iure mariti vel patris* entro 2 mesi dalla *notitia criminis*, mentre qualunque altra accusa *iure extranei* risulta esperibile non oltre i 4 mesi seguenti: ma, come già visto, si tratta di reliquie del diritto romano ormai travolte dallo *ius proprium*). Scaduto il termine quinquennale – che si computa dalla consumazione del reato (ma in caso di *reiteratio*, si calcola dall'ultimo atto) – viene meno anche lo *ius accusandi*. La soluzione, già sancita da D.48.5.30.5, è ribadita dalla criminalistica: Claro, *Practica*, cit., par.*Adulterium*, n.20, fol.5B; *additio* n.124 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.*Adulterium*, fol.10A; Deciani, *Tractatus*, cit., t.I, lib.III, cap.XXXVII, nn.1 e 6, pp.216-217; Garoni, *Observationes*, cit., in tit. de *accusationibus et denuntiationibus*, art.32, nn.20-21 p.134; Farinacci, *Praxis*, cit., partis primae tomus primus, q.X, nn.15-16, p.112; de Rubeis, *Tractatus*, cit., cap.XII, n.1, pp.51-52; Pietro Teodorico, *Judicium*, cit., aphor.III, cap.VI, nn.22 e 27, pp.748 e 751; Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LIX, nn.1-6 e 41, pp.62 e 65; Savelli, *Summa*, cit., I, par.*Adulterium*, n.18, p.91. In Sassonia, però, in caso di *adulterio doppio* la prescrizione aumenta a 20 anni: *Constitutio Electoratus*, 4.19. Emerge il particolare disvalore della fattispecie, che impedisce qualsiasi scappatoia procedurale (tra cui la *remissio coniugis*, come vedremo più avanti). Un'interpretazione restrittiva della norma, limitata al suo tenore letterale, consente però ai giuristi di recuperare il termine quinquennale di diritto comune per quanto attiene l'*adulterio semplice*; in tal senso si esprimono gli Scabini di Lipsia nel 1602, nel 1610 e nel 1628. Cfr. Pietro Teodorico, *Judicium*, cit., aphor.III, cap.VI, nn.23 e 25, p.749; Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LIX, nn.9-24 e 44-51, pp.63-64 e 66. A ben vedere, però, già lo *ius commune* indicava diverse eccezioni al termine di 5 anni. Se aggravati da *vis*, *adulterio* e *stupro* s'intendono imprescrittibili per la loro maggior gravità. D.48.5.30.9: «Eum autem, qui per vim *stuprum* intulit vel mari vel feminæ, sine præfinitione huius temporis accusari posse dubium non est, cum eum publicam vim committere nulla dubitatio est». Cfr. de Bohier, *Decisiones*, cit., dec.XXVI, n.14, p.63; Deciani, *Tractatus*, cit., t.II, lib.VIII, cap.XV, n.12, p.319; *additio* n.127 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.*Adulterium*, fol.10A; Farinacci, *Praxis*, cit., partis primae tomus primus, q.X, n.18, p.113; Savelli, *Summa*, cit., I, par.*Delictum*, n.7, p.502 e IV, par.*Stuprum*, n.18, p.271. Essi si pongono come *crimina excepta*, al pari di eresia, lesa maestà, parto supposto, parricidio, assassinio, simonia, apostasia, concussione, aborto e falsa moneta (fattispecie elencate da Farinacci, *Practica*, cit., partis

cui non viene messa in discussione – e in pericolo – la trasmissione legittima del nome e del patrimonio»³³.

La pace tra le parti, peraltro, schiude le porte alla grazia del *princeps*, che il reo può impetrare anche se non è già stato condannato: in tal caso, non chiede un'*indulgentia a poena* ma un'*indulgentia a delicto*, che cancella per sempre la macchia e la sua perseguibilità processuale³⁴. Come nota Bellabarba, le paci cinque-seicentesche mostrano un «progressivo assorbimento della pace privata entro la procedura di grazia»³⁵: in altre parole, il lento snaturamento di un istituto comunitario attratto dal magnetismo della nascente statualità.

primæ tomus primus, q.X, n.29, p.114). Ogniquale volta adulterio e stupro risultino aggravati da un altro reato concorrente e più grave (esempio classico è l'*adulterium cum incestu*) la prescrizione sale a 20 anni: de Bohier, Decisiones, cit., dec.XXVI, nn.12-13, pp.62-63; Deciani, Tractatus, cit., t.I, lib.III, cap.XXXVII, n.22, p.217; Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.X, n.19, p.113; Pietro Teodorico, Judicium, cit., aphor.III, cap.VI, n.26, p.746; Savelli, Summa, cit., I, par.Adulterium, n.18, p.91. C'è poi da considerare il regime canonistico. Trattandosi di due crimini per cui è comminata la deposizione, il giudizio criminale contro i chierici non potrà mai cadere in prescrizione: essi, pertanto, rischieranno d'incappare nella pena vendicativa. Inoltre, sia per i consacrati che per i laici, la *salus animæ* determina l'imprescrittibilità di qualsiasi azione volta ad infliggere la penitenza. Cfr. Follerio, Canonica Criminalis Praxis, cit., pars II, cap.4, n.73, p.57; de Bohier, Decisiones, cit., dec.XXVI, n.7, p.62; Deciani, Tractatus, cit., t.I, lib.III, cap.XXXVII, n.19, p.217; Farinacci, Practica, cit., partis primæ tomus primus, q.X, n.31, p.114. Regola che riveste un'enorme importanza nei Paesi luterani, lì dove la *Kirchenbusse* è usata con frequenza. Una decisione sassone – riportata da Pietro Teodorico, Judicium, cit., aphor.III, cap.VI, n.24, p.749 – mostra chiaramente come questo strumento possa supplire all'impotenza dei tribunali laici, impediti dalla prescrizione (in un contesto in cui, oltretutto, la giustizia ecclesiastica è ricondotta al principe). Ai tribunali cattolici, d'altra parte, spettano anche alcune azioni civili. La *separatio thori propter adulterium* va considerata una causa spirituale, del tutto analoga a quelle matrimoniali: per la sua peculiare natura, risulta imprescrittibile. L'*amissio dotis* può essere eccepita dagli eredi del marito nei confronti di un'adultera che chiede la restituzione della dote *post mortem*: anche qui vien meno qualunque limite temporale. Cfr. Follerio, Canonica Criminalis Praxis, cit., pars II, cap.4, n.73, p.57; *additiones* nn.125-126 di Baiardo a Claro, Practica, cit., par.Adulterium, fol.10A; Farinacci, Practica, cit., partis primæ tomus primus, q.X, n.20, p.113; Pietro Teodorico, Judicium, cit., aphor.III, cap.VI, n.26, p.746; Savelli, Summa, cit., I, par.Adulterium, n.18, p.91. Infine, bisogna considerare le querele volte ad ottenere, in seguito allo *stuprum*, la pena del *ducere vel dotare*. Si tratta di una sanzione ambigua, che la dottrina fatica a qualificare in modo netto: «licet respectu rei pro poena etiam haberi possit; respectu tamen stupratae satisfactio est injuriæ illatae». Questa strano ibrido, sospeso tra pena pubblica e pena privata, può risultare tanto da un'azione criminale, tanto da un'azione civile. Prerogativa un tempo delle corti ecclesiastiche, si è ormai affermata anche nel foro secolare. Insistendo sul suo carattere privato, la criminalistica tedesca sostiene che – diversamente dalle sanzioni pubbliche – essa non si prescrive in 5 anni, ma 20. «Nemini obscura esse potest ratio diversitatis inter criminalem et civilem actionem; siquidem hæc satisfactionem injuriæ illatae respicit, et favorabilior est, adeoque longius durare potest, quam criminalis actio, quæ meram vindictam continet»: Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LXVIII, nn.44-47, p.124. Cfr. Pietro Teodorico, Judicium, cit., aphor.III, cap.VI, n.26, p.746. Parole che possono sorprendere, ma che confermano come la risposta penale non sia sempre privilegiata.

³³ Fazio, Percorsi, cit., p.189.

³⁴ Deciani, Tractatus, cit., t.I, lib.III, cap.XXXV, nn.45 e 67, pp.208 e 211. A Milano, come previsto dalla *Nova constitutio de abolitione criminum* del 1554, la conciliazione tra le parti è condizione necessaria per ottenere la grazia. «In tal modo la pace privata tornava ad influire, in modo determinante, sulla sorte dei reati più gravi: proprio quei reati per i quali la pace era esclusa» da Constitutiones Domini Mediolanensis, 4.1.26: Padoa Schioppa, Italia ed Europa, cit., pp.245-246. Lo testimonia Claro, Practica, cit., par.Finalis, q.LVIII, n.1, fol.243B. Anche altrove l'intesa tra le parti schiudeva le porte alla grazia: Tomás y Valiente, El perdón, cit., p.89; Fosi, La giustizia, cit., pp.34-35; Bellabarba, La giustizia nell'Italia moderna, cit., p.100.

³⁵ Bellabarba, Pace pubblica, cit., p.207; Padoa Schioppa, Italia ed Europa, cit., pp.249-250.

3. Perdonare l'adulterio tra le pieghe del processo criminale

Per quanto attiene l'adulterio, qualcosa è cambiato rispetto al rigore romanistico: la prassi ha sconvolto l'antico divieto della *lex Transigere*, e la dottrina non può che adeguarsi³⁶. In via di principio, gli accordi onerosi restano preclusi, ma con alcune eccezioni. Innanzitutto, se hanno a oggetto un adulterio tentato³⁷, poi se all'intesa partecipa anche il fisco: in tal caso, a rigore, non si parla di *transactio* ma di *compositio*, che generalmente interviene in luogo della condanna, a prova raggiunta³⁸. Poiché soddisfa sia l'interesse privato che quello pubblico, essa mette al sicuro dai rischi di collusione; sostituendo la pena fisica in pecuniaria, d'altro canto, si traduce in un vantaggio per l'erario³⁹.

La novità principale, però, si registra sul versante della misericordia. Si ammette infatti la *remissio*, ma con effetti processuali diversi a seconda dei luoghi. Negli ordinamenti in cui la natura privata del delitto è più marcata, l'intesa gratuita estingue il processo e libera da ogni pena⁴⁰: è così in Castiglia, dove l'istituto dell'*avenencia* prevede testualmente alcuni *specialia adulterii*⁴¹. Anche i parlamenti francesi si attestano su questa linea: così due arresti delle corti di Bordeaux (1523)⁴² e di Tolosa (1548)⁴³. Le ragioni

³⁶ Lo testimonia de Rubeis, Tractatus, cit., cap.XIV, n.1, p.19: «pendente iudicio, et priusquam feratur sententia, solent sæpe partes invicem transigere, vel concordare, iniuriamve adulterij sibi remittere».

³⁷ De Rubeis, Tractatus, cit., cap.XIV, n.2, p.61; Toschi, Practicarum, cit., concl.347, n.13, p.197.

³⁸ Se dunque la transazione riguarda la *res dubia*, la composizione attiene la *res certa*. Claro, Practica, cit., par.Finalis, q.LVIII, n.11, fol.244B; Farinacci, Praxis, cit., partis primæ tomus primus, q.IV, n.36, pp.33-34; Carpzov, Practica, cit., pars III, q.CXLVIII, n.14, p.339.

³⁹ Cfr. le osservazioni di D'Amelio, Indagini sulla transazione nella dottrina intermedia con un'appendice sulla scuola di Napoli, Milano 1972 e Alessi, I patti, cit., pp.305-335 che hanno sottolineato le peculiarità napoletane, laddove la *compositio* si presenta come una delle pratiche più frequenti nelle avide corti baronali.

⁴⁰ Mentre nei reati perseguibili d'ufficio «post coeptum autem iudicium, sive per viam accusationis, sive per viam inquisitionis» negoziazione e misericordia risultano irrilevanti ai fini della prosecuzione, nelle azioni civili e nei reati perseguibili su istanza di parte l'accusatore non smarrisce la disponibilità della causa: potrà perciò determinarne l'interruzione in seguito ad accordo col reo. Claro, Practica, cit., par.Finalis, q.LVIII, nn.2-3, fol.243B. A Bologna, le Costituzioni del Tribunale del Torrione (1560) ribadiscono che il processo si estingue se l'accusatore rinuncia prima della fase probatoria: Niccoli, Rinuncia, cit., 224-226. Simili accorgimenti sono adottati «in multis locis præsertim in statu Ecclesiastico»: *additio* n.12 di Baiardo a Claro, Practica, cit., par.Finalis, q.LVIII, fol.248B. Al privato resta, perciò, un margine considerevole per strumentalizzare il processo a fini di negoziazione e conciliazione. È comunque uno spazio che si va restringendo; nel Medioevo, autorevoli giuristi avevano sostenuto il ben più ampio principio *transactio omnibus præiudicet*: Padoa Schioppa, Italia ed Europa, cit., pp.218-224; Meccarelli, Le categorie dottrinali, cit., pp.585-588.

⁴¹ Partidas, 7.1.22: «E pues guisada cosa es e derecha que todo hombre puede redimir su sangre, tenemos por bien que si la avenencia fuere hecha antes que la sentencia sea dada sobre tal yerro como éste, valga quanto para no recibir por esto pena en el cuerpo el acusado, salvo si el yerro fuese de adulterio. Pues en tal caso como éste, no puede ser hecha avenencia por dineros, mas bien la puede quitar de la acusación del marido a la mujer si quisiere, no recibiendo precio ninguno por ello». Rientrano nell'ambito applicativo dell'*avenencia* tutti i reati caratterizzati da una pena corporale. In generale, essa garantisce la mitigazione della sanzione dopo aver corrisposto un *precio* alla parte lesa: il processo prosegue per accertare la colpevolezza e fissare la pena pubblica. Per l'adulterio, tuttavia, la legge impone la gratuità del perdono, che fa cessare il giudizio. La dottrina, inoltre, ritiene che il perdono concesso ad uno dei correi s'intende tacitamente esteso all'altro. Cfr. Tomás y Valiente, El perdón, cit., pp.58-61, 70 e 81-83.

⁴² Allo stesso tempo, però, la Corte nega che la riconciliazione *post sententiam* possa impedire l'esecuzione della *poena fustigationis*: la donna evita solo quella *detrusio in monasterium* che, cumulativamente alla fustigazione, costituiva la sanzione edittale di Giustiniano (Nov.134.10.1). Più che effetto di una misericordia

della pubblicizzazione e della disciplina, però, spingono in senso opposto: in Italia, non manca chi giudica la riconciliazione mera attenuante, incapace di pregiudicare la prosecuzione del processo⁴⁴. Sovente gli statuti precisano questa soluzione in caso di adulterio violento⁴⁵. Alfiere del rigore è Benedict Carpzov che, pur proclamandosi altrove paladino dell'*accusatio*, non transige sulla necessità di proseguire l'azione penale fino in fondo. Il ragionamento, al solito, è finemente articolato. La clemenza, a suo dire, si poggia su validi fondamenti: già la Novella 134.10 ha introdotto un regime più elastico, ormai lontano dal rigido obbligo di accusare a pena di lenocinio⁴⁶. L'etica dell'*humanitas* e della *pietas* mostrano quanto sia illogico disconoscere valore a un'armonia familiare ristabilita, e la stessa Scrittura convalida un approccio benevolo: il divieto di riprendere con sé la «contaminata», sancito dal Deuteronomio, era stato già infranto da Davide e Mikal. Dio stesso perdonerà i Giudei, adulteri per antonomasia, e mangerà con loro, purché si pentano. Seguendo l'esempio di Cristo, pertanto, è bene perdonare il tradimento coniugale⁴⁷. Tutto questo, però, deve necessariamente avvenire all'interno di una dinamica processuale. La legge ha a cuore il ruolo della famiglia: se i coniugi intendono salvare il matrimonio, essa mitigherà le pene evitando drammatiche rotture. Tuttavia, lo Stato non può abdicare alla sua funzione esemplare, e si riserverà di garantire un'adeguata realizzazione dell'interesse pubblico⁴⁸. Dietro l'apparenza delle premesse, emerge la risoluta intenzione di preservare la centralità del giudizio, le cui logiche assorbono e superano il valore della misericordia.

che retroagisce sulla sentenza, questo sconto di pena va considerato nell'ottica dell'Autentica, che lasciava al marito la facoltà di *recipere uxorem intra biennium*. Cfr. de Bohier, Decisiones, cit., dec.CCXCVIII, nn.3-4, p.617. Cfr. l'*additio* n.13 di Baiardo a Claro, Practica, cit., par.Adulterium, fol.7B.

⁴³ Papon, Recueil d'arrests, cit., lib.XXII, tit.IX, arr.XII, p.1266. «Ego tamen in contingentia facti nunquam vidi reici remissiones factas a maritus pro adulterio, quinimo dicit Papo (...) quod quodocunque maritus remittat ante sententiam, mulier non punitur»: Claro, Practica, cit., par.Finalis, q.LVIII, n.11, fol.244B.

⁴⁴ *Adulterium* e *stuprum* creano perplessità, data la loro natura ambigua: *delicta publica* secondo il diritto comune, perseguibili su querela negli statuti. Baiardo scioglie il nodo affermando che, in ogni caso, la desistenza di un querelante soddisfatto non pregiudicherebbe l'attività del giudice. «Si extaret statutum, quod in crimine adulterij, vel stupri, non posset procedi, nisi ad querelam partis, data querela poterit iudex procedere ex officio, etiam quod querelans desisteret (...) et hoc procedit eo desistente in quacumque parte iudicij»: *additio* n.14 di Baiardo a Claro, Practica, cit., par.Finalis, q.LVIII, fol.248B. «Adulterij crimine, deducto in Iudicio, postquam de re constat, legitime, debet Iudex procedere, non obstante concordia partium»: *additio* n.10 di Baiardo a Claro, Practica, cit., par.Adulterium, fol.7A. «Data querela, poterit Iudex procedere ex officio, etiam quod querelans desisteret»: Droghi, Consilium, cit., n.7, fol.7A. Della stessa opinione: Farinacci, Praxis, partis primæ tomus primus, q.IV, nn.32-35, pp.32-33 e pars quarta, q.CXLI, n.43, pp.468-469; Toschi, Practicarum, cit., concl.347, n.14, p.197. Ciò non toglie, però, che i tre istituti siano idonei a determinare un effetto tutt'altro che secondario: la mitigazione della pena pubblica e la caducazione di ogni pretesa accessoria avanzata dal privato. Cfr. Claro, Practica, cit., par.Finalis, q.LVIII, n.3, fol.244A. L'*appeasement* con la parte lesa è perciò valutato come attenuante ed impedisce la sanzione legale. In questo senso Statuto di Roma, 2.50: «Et in casibus de simplicibus adulterio prædictis, si adulter pacem habuerit a marito, poena pecuniaria ad medietatem reducatur: nullatenus tamen reaffidari possit, nisi Cameræ dictam medietatem poenæ integræ persolverit».

⁴⁵ Laddove, peraltro, l'aggressore deve riconciliarsi sia col marito che con la moglie: Toschi, Practicarum, cit., concl.347, n.15, p.197. Bellabarba, I processi, cit., pp.188-189 fa l'esempio degli Statuti di Trento; Esposito, Adulterio, cit., p.27 rimanda a quelli di Civitavecchia.

⁴⁶ Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LV, n.62, p.34 e pars II, q.LXXI, n.31-35, pp.143-144.

⁴⁷ Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LV, nn.3, 10, 11 e 16, pp.29-30.

⁴⁸ «Stat ergo certa regula, jure pariter divino atque humano probata: conjugij, uxorem aut virum adulterum recipere volenti, hoc concedendum, ac poenam mortis eo casu reo recipere volenti, hoc concedendum, ac poenam mortis eo caso remittendam esse. Quod tamen non ita accipi debet, ut adulter ab omni prorsus poena immunis fit. Quia enim reipublicæ interest, ne crimina impunita maneant; et fovere nequitiam videatur, qui illi connivet; mitior quædam poena erit infligenda»: Carpzov, Practica, cit., pars II, q.LV, n.17, p.30.

In Sassonia, il diritto positivo è tornato più volte sul punto, circoscrivendo la riconciliazione entro limiti ben precisi⁴⁹: l'attenuante riduce la *poena ordinaria* nella *relegatio perpetua*. Per ottenere questo effetto, però, non basta il perdono gratuito: ogni fedele, infatti, è tenuto a rimettere le ingiurie in nome della carità cristiana. In sede processuale, invece, si richiede anche la promessa di ristabilire la convivenza e l'*honor matrimonii*. Ogniquale volta il coniuge tradito perdoni «cum expressa tamen protestatione, quod in posterum illi cohabitare nollet», la sanzione non sarà ridotta. Il nesso di ferro tra concessione dell'attenuante e ristabilimento del toro determina una conseguenza fondamentale: il coniuge accusatore che intende rimettere è costretto a migrare insieme al reo, nel luogo ove si svolgerà la *relegatio*. Si capisce come, al netto delle aperture, la soluzione sassone non è affatto lassista. Al coniuge tradito è accordata la facoltà di perdonare, ma al contempo viene imposto un giogo gravoso⁵⁰.

Per sua natura, l'adulterio *sine vi* esige il concorso di persone; non a caso, lo *ius commune* sanciva che l'assoluzione di uno giova anche all'altro: in virtù della stessa logica, la riconciliazione tra accusatore e accusato favorisce anche il correo. In Sassonia, però, l'istituto della *remissio* è strettamente legato al matrimonio: interessa solo i coniugi, e lascia fuori l'amante, che sarà pertanto punito in via ordinaria⁵¹. Divergenze che si ritrovano in caso di adulterio doppio: lo *ius commune* ammette l'attenuante, anche se di regola ne limita la concessione in capo alle supreme giurisdizioni⁵²; la *Constitutio Electoratus*, al contrario, è categorica nel negarla⁵³. Più in generale, la presenza di

⁴⁹ Testi di riferimento, nell'analisi di Carpzov, sono: *Constitutio Electoratus*, 4.19; *Ordinatio ecclesiastica*, tit. von Straffe der Unzucht und des Ehebruchs; *Ordinatio matrimonialis* (1625), 4. Cfr. Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LV, n.8, p.29.

⁵⁰ Il reo, d'altra parte, non ha scelta: la sua posizione è totalmente passiva, e non può rifiutare l'altrui *remissio*. Anche se ciò accade raramente, «obvenit tamen aliquando ejusmodi casus, ut maritus adulter poenam gladii promeritam pati mallet, quam uxori condonanti ac remittenti cohabitare». Dapprima gli scabini avevano ritenuto possibile rifiutare il perdono, condannando di conseguenza il reo alla pena capitale. «Sed re penitius inspecta ac considerata», i giudici avevano cambiato orientamento, giacché la *remissio* è istituito introdotto «in favorem conjugis innocentis». Il reo, a questo punto, è obbligato a ristabilire la convivenza suo malgrado. Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LV, nn.127-129, pp.39-40.

⁵¹ Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LV, nn.120-121, p.39

⁵² Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LV, nn.25-33 e 113-114, pp.31-32 e 38. Ma l'Autore specifica che la si prende in considerazione solo se la riconciliazione proviene da parte del marito tradito, giovando a entrambi i correi. Se invece proviene dalla moglie tradita, non è in grado di sortire effetti.

⁵³ *Constitutio Electoratus*, 4.19. Cfr. Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LV, nn.109-111, p.38. Come comportarsi, invece, se uno degli adulteri è *coniugatus* e l'altro *sponsus*? «In poenalibus, quando causa est dubia, mitior sententia est apprehendenda»: per cui è meglio ammettere la *remissio* escludendo l'estensione analogica del divieto: Id., *Practica*, cit., pars II, q.LV, nn.76-90, pp.35-36. In generale, quando sono coinvolti *sponsi*, Carpzov ritiene possibile la *remissio*, che può ridurre la pena a un paio di settimane di carcere: Id., *Practica*, cit., pars II, q.LVI, nn.52-64, pp.45-46. La volontà di recuperare spazio alla *remissio*, circoscrivendo la portata della legge, si coglie anche nell'ipotesi di adulterio doppio tra un coniugato e una persona *meretricio more vivens*. In tal caso, argomenta Carpzov sulla scorta di alcune sentenze, bisogna distinguere il trattamento riservato ai due rei. Chi è *meretricio more vivens* non solo non può esser perdonato dal proprio coniuge, ma anzi merita una pena ancor più grave perché recidivo. Chi invece non lo è, può esser perdonato nonostante si sia unito a una persona formalmente coniugata, ma di fatto libertina. Lo stesso fatto riceve, dunque, una valutazione diversa: «favor unius non statim prosit alteri». Cfr. Id., *Practica*, cit., pars II, q.LVII, nn.43-64, pp.52-54.

un'aggravante esclude l'effetto attenuante della *remissio*: è il caso della violenza⁵⁴ e, forse, della recidiva⁵⁵.

Il Sassone si camuffa da fautore della riconciliazione coniugale, ma l'esito del discorso è statalista: non caso, la *remissio*, pur dotata di *vis donationis* e perciò irrevocabile, è incapace di produrre effetti «nisi ea judicialiter facta, aut ad minimum in iudicio coram iudice repetita»⁵⁶. Tuttavia, l'autore non ignora una consolidata dottrina per cui la *remissio* può essere anche tacita, tramite quei fatti concludenti che mostrano l'indubbia volontà di sanare la crisi⁵⁷. Nel corso del giudizio, il reo può eccepire che l'accusatore, pur consapevole del delitto, ha preferito continuare la convivenza, mantenendo relazioni amichevoli e magari consumando nuovi rapporti. La *copula carnale post commissum adulterium* rappresenta, in effetti, una delle eccezioni più comuni. Ma tale difesa, utile a *repellere accusatorem*, può sì mitigare la pena, ma non estinguere il processo

⁵⁴ Diversamente dagli statuti italiani, Carpzov guarda all'*adulterium cum vi* non tanto dal punto di vista del marito offeso, ma soprattutto nell'ottica della moglie tradita. Chiaramente la differenza scaturisce dalla diversa concezione sostanziale del reato. Nella maggior parte degli ordinamenti italiani, l'*adulterium cum vi* è perseguibile solo da parte del marito offeso, mentre resterebbe del tutto irrilevante la posizione di un'eventuale moglie del reo; quest'ultimo può giovare della riconciliazione con entrambi i coniugi offesi. Nell'Impero, l'*adulterium cum vi* è reato anche nei confronti della moglie tradita, che potrebbe promuovere l'azione penale. Ma se la sua accusa ha valore, il suo perdono resta privo di effetti. Tale conciliazione finirebbe per penalizzare gli interessi delle altre parti offese. Cfr. Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LV, n.115, p.38.

⁵⁵ Se il reo si è giovato già una volta della *remissio*, sorge il sospetto di un tacito accordo tra coniugi, finalizzato al lenocinio. Lo stesso può dirsi in caso di tradimenti e remissioni reciproche. Perciò, molti sostengono che l'attenuante può essere concessa solo una volta. I fautori di questa limitazione, tra i quali spicca Antonio Gómez, possono invocare la *ratio* desumibile da C.1.4.3.4 in tema di indulto: «remissionem veniæ crimina, nisi semel commissa, non habeant». Nel silenzio della legge, però, Carpzov non si sente di escludere la reiterabilità del perdono, magari accompagnando l'attenuazione della pena ordinaria con qualche colpo di verga: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LV, nn. 57-60 e 68-70, pp.33-35.

⁵⁶ La logica è quella di evitare frodi, specie in danno alla parte offesa: dalle parole di Carpzov emerge la preoccupazione che le donne possano subire condizionamenti esterni, tali da viziare la volontà. Vero è che, *de iure*, esse non necessitano di un curatore per questo genere di atti personalissimi: ma di fatto la forte pressione di famiglia e vicinato è fortissima. Cfr. Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LV, nn.79-82 e 88-90, pp.35-36. La presenza del giudice garantisce l'autonomia individuale, ma rafforza al contempo lo Stato. Un orientamento che si farà più netto in Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.XVIII, cap.IV, n.5, p.609. L'Olandese appare decisamente contrario a queste manifestazioni di clemenza, che ritiene assurde e contrarie alla giustizia. Si respira un'aria nuova: la Themis di Matthes invoca già la certezza della pena. «Plures jam scripserunt, furem, qui rupto laqueo terræ potitus est, dimittendum: quid? Eo ne sequetur iudex tam absurdum commentum? Non pauci dimittendum rem occurrente Cardinale; item si paratus sit meretricem uxorem ducere; aut ipsum puella aliqua poscat sibi maritum, num propterea iudex patietur sibi religionem injici? Grave crimen et capitale adulterium omnes boni fatentur, quid ergo? si surgat Alexander aliquis, qui seculo blandiens adulterium minoribus delictis accenseat, num propterea derelictis bonis impuro uni adhærebit iudex? Gravissimum crimen Sodomiam esse nemo negabit, nisi cui pudor perit; quid ergo? Si Joannes aliquis de Casa id scelus laudet, idcirco igne, furca, gladio non animadvertet iudex? Facessat ergo tam absurda, ne dicam impia doctrina». Il passo è interessante: diversamente da Carpzov, l'Olandese preclude al giudice queste forme d'indulgenza. Ma il suo discorso, in fondo, non fa che perfezionare le premesse già poste dal predecessore: gli stessi spunti critici verso la Chiesa romana (la decretale *Et si clerici* di Alessandro III e l'opinione dell'arcivescovo della Casa) sono mutuati dal criminalista sassone.

⁵⁷ Certo, è difficile provare la remissione tacita; d'altra parte, il coniuge tradito potrà opporre di aver compiuto quei gesti perché ignaro del delitto: in questo caso «quia scientia in animo consistit» non resta che affidarsi al suo giuramento. Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LV, nn.40-49, pp.32-33; Droghi, *Consilium*, cit., n.118, fol.10A.

criminale: non riveste, insomma, la stessa importanza che ha nelle azioni di *amissio dotis* e *separatio*⁵⁸.

Fin qui, gli effetti della riconciliazione sul processo in corso. Ma non bisogna dimenticare che l'autentica *Sed hodie* riconosceva al perdono del marito un ruolo determinante nella fase esecutiva, attribuendogli la facoltà di *recipere uxorem*⁵⁹.

4. *Negoziare l'onore tra le pieghe del processo criminale: lo stupro*

Nel silenzio dei testi, diversamente dall'adulterio, lo stupro ricade nella disciplina generale dei reati di sangue: *transactio*, *pax* e *remissio* saranno dunque applicabili anche in sede processuale. In Castiglia, lo stupro rientra pienamente nel regime generale dell'*avenencia*: la corresponsione del *precio* non interrompe l'azione penale, ma mitiga la sanzione. La possibilità di contrattare, e di farlo in termini schiettamente pecuniari, non suscita alcuno scandalo. L'onore verginale, come una merce, può esser tolto quanto restituito secondo una regola di equivalenza: è per questo che anche lo *ius commune* ammette la transazione⁶⁰, capace di evitare al reo le pene corporali persino in caso di violenza su minore⁶¹. *A fortiori*, un prezzo adeguato è in grado di ovviare anche alla pena privata⁶². Questo crimine si rivela come uno dei terreni più fertili per la negoziazione penale: i casi studiati da Tomás y Valiente per la Spagna di Antico Regime, non meno di quelli analizzati da Arrivo per il Settecento toscano, svelano la prevalenza assoluta dell'interesse privato. Anche le *practicæ* dimostrano l'osmosi tra processo e domanda di giustizia: lo spazio attribuito alle tecniche compositive – istituti giuridici e non meri fatti – lo dimostra. Certo, è possibile che esse venissero persino snaturate dai fruitori. Non di rado, la stuprata accusa «a ridosso del matrimonio» del suo ex, «magari a molti anni di distanza dalla fine di ogni rapporto», col solo scopo di «monetizzare un diritto acquisito con una pur lontana e a volte improbabile promessa». L'attrice sa che il reo, pur di troncargli il ricatto, si piegherà alla *transactio*⁶³. Altre volte la transazione si maschera da *pax*, per

⁵⁸ Sull'esperibilità di queste eccezioni nelle azioni civili, cfr. Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLI, nn.68-72, p.483.

⁵⁹ Nov.134.10 (= *Auth. post* C.9.9.30).

⁶⁰ «*Transactio super crimine stupri stipulata valet, et servanda est*»: Savelli, Summa, cit., IV, par.Stuprum, n.24, p.271. «Le espressioni che abbiamo visto impiegare per descrivere la dinamica della relazione – perdere, togliere, restituire – mettono in rilievo il carattere materiale dell'onore femminile e ne sottolineano le possibilità di trasferimento. Accettando la richiesta di copula, la donna ha affidato il proprio onore al partner: in attesa della sua restituzione, si trova in una posizione liminale, in sospensione del suo stato di onore, mentre l'uomo detiene la facoltà di reintegrarla in una condizione onorata»: Cavallo – Cerutti, Onore femminile e controllo sociale della riproduzione in Piemonte tra Sei e Settecento, in Quaderni storici, 44/1980, pp.347-350.

⁶¹ Cfr. il caso madrileno del 1636 riportato da Tomás y Valiente, El perdón, cit., pp.101-102.

⁶² Rispetto alla quale l'attrice gode della facoltà di disporre. In pratica, il reo sostituisce una somma alla *poena dotis*, evitando ulteriori misure a vantaggio della *stuprata*, che si dichiara soddisfatta. Cfr. Savelli, Summa, cit., IV, par.Stuprum, n.24, p.271.

⁶³ Arrivo, Seduzioni, cit., p.160. Ma anche l'episodio ricostruito da Niccoli, Perdonare, cit., pp.43-46 mostra come il binomio querela-rinuncia favorisca i ricatti: in quel caso, la deflorazione allegata dall'accusatore si dimostra totalmente inventata.

non esser assimilata a una confessione⁶⁴. Le parti fanno carte false, usano il giudizio in modo spregiudicato, ma giocano sempre allo stesso tavolo del giudice: il linguaggio che utilizzano, pertanto, è tratto dal vocabolario giuridico.

La parola più ricorrente di questo linguaggio, nelle aule, non è *transactio* ma *remissio dotis*, atto gratuito ed unilaterale con cui la giovane rinuncia ad ottenere la somma. «Quando stuprata puella remisit stupratori dotem (...) tunc talis remissio valet, per regulam, quod iuri suo quisque renunciare potest». Se però la ragazza non è *sui iuris*, non può rimettere senza il consenso paterno: in tal caso «remissio non nocet parentibus», dichiarano i criminalisti, che ben sanno quanto diventi difficile – e quindi costoso – sistemare una figlia non più vergine. Quella dote che la ragazza vuol condonare al reo verrebbe pagata salatamente dai genitori: e ciò è inammissibile⁶⁵. Tale soluzione, teorizzata da Díaz, lascia però aperta la possibilità di remissione laddove sia il padre che la figlia consentano: alla base, la qualificazione della dote in quanto pena privata⁶⁶. Rimane una raccomandazione: «debent tamen iudices in hoc esse cauti, ut videant ne liberatio illa facta (...) sit a puella metu aut dolo extorta, ut posset facile contigere»; la liberalità può sempre nascondere le minacce di un uomo potente⁶⁷. Ovviamente, la *remissio dotis* può solo scalfire la pena pubblica, ma non intaccarla: quest'ultima, ispirata a uno scopo diverso, non viene annullata del tutto⁶⁸.

Non sempre, però, l'oggetto della *transactio* è costituito da una somma; allo stesso modo, accade che la *remissio dotis* venga elargita non per clemenza, ma in vista di un risultato migliore. Gli archivi dimostrano come il principale interesse delle *stupratae* non sia il denaro, né tantomeno la cieca vendetta. Laddove possibile, esse cercano il matrimonio, come miglior soddisfazione possibile per l'onore violato. E così è possibile incontrare remissioni condizionate alle future nozze; o piuttosto transazioni che hanno per

⁶⁴ Tomás y Valiente, *El perdón*, cit., pp.65-66.

⁶⁵ Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, nn.117, p.564. Cfr. Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., pp.215-216; Tesauro, *Novæ decisiones*, cit., dec.III, n.2, fol.14B. Sul punto, Tomás y Valiente, *El perdón*, cit., p.79. «Cum in stupro cum etiam parentibus fiat iniuria, hæc non potest a sola puella remitti»: Savelli, *Summa*, cit., IV, par. Stuprum, n.30, p.272. La soluzione appare coerente con quanto stabilito dal Senato di Milano circa la remissione delle *iniuriæ* fatte al *filius familias*: Claro, *Practica*, cit., par.Finalis, q.LVIII, n.22, fol.244B.

⁶⁶ «Hæc poena interesse privatum stupratae concernit, et ratione iniuriæ per stuprum ipsi illatae deberetur»: Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXVIII, nn.87-88, p.127. Ed è proprio questa etichetta proposta da Díaz a suscitare l'opposizione di Baiardo, secondo il quale la dote non è affatto stabilita «ad favorem stupratae» ma «ob bonum publicum, et spirituale». Accentuandone il carattere pubblicistico, consegue che non può essere mai rimessa, nemmeno col consenso paterno. Cfr. le *additiones* nn.19-20 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.Stuprum, fol.93B.

⁶⁷ Trattando di processo criminale canonico, Díaz si prefigura il rischio di un abuso da parte del clero. Il giudice, però, deve anche badare che la remissione «ne sit facta ab ea ut liberius posset luxuriari, non nubendo: quia tunc decens videretur, ut etiam ipsa nolente clericus damnaretur ad dotem, et illa per iudicem persedueretur ad matrimonium contrahendum»: Díaz de Lugo, *Practica*, cit., cap.LXXXV, n.9, p.382.

⁶⁸ Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LXIX, nn.1-9, pp.130-131. Questo almeno nel discorso dei criminalisti più sensibili alla logica pubblicista del *ne crimina remaneant impunita*. In alcuni fori, come quello fiorentino, i giudici si possono contentare della *quietanza*, termine generico che raccoglie i vari istituti onerosi e gratuiti. Senza irrogare la pena pubblica, emettono una *sentenza di non procedere oltre*: cfr. Arrivo, *Seduzioni*, cit., p.120.

oggetto il matrimonio⁶⁹. Due istituti teoricamente distinti s'intrecciano nell'uso e nella disinvoltura terminologica⁷⁰: ma anche la differenza tra "giustizia negoziata" e pena del *ducere vel dotare* si fa decisamente labile. Nella pratica, transazione e remissione possono tradursi in risultati equivalenti alla pena privata, da cui si discostano solo perché non imposte con sentenza di condanna.

Durante tutto il processo, oltretutto, le nozze possono intervenire come segno di *pax*. I matrimoni vengono normalmente usati per sanare le faide tra famiglie: a maggior ragione sono in grado di ovviare a uno stupro. In via di principio, essi non dovrebbero pregiudicare il fisco; la prassi, però, sembra riconoscerne l'incisività⁷¹ e talora accordare la capacità di estinguere il giudizio: venuta meno la materia del contendere, le corti possono pronunciare una sentenza di «non procedere oltre»⁷². La questione, però, non è affatto pacifica: lo *stuprum* subisce l'influenza del *raptus*, la cui disciplina in relazione al matrimonio è al centro di un aspro scontro tra Stato e Chiesa⁷³: rispetto ad esso, tuttavia, appare di gran

⁶⁹ Lo stupratore accetta di sposarsi pur di non pagare la dote, come nel caso di congiunzione violenta con minore citato da Tomás y Valiente, *El perdón*, cit., pp.96-97 (dove, tra l'altro, anche la pena pubblica viene commutata).

⁷⁰ Basti vedere l'uso disinvolto che Savelli, *Summa*, cit., IV, par. *Stuprum*, n.24, p.271 fa di questi termini: «Etiam si super stupro inita sit transactio, in qua simpliciter promissum fuit matrimonium, si istud ex casu fortuito sequi non possit, reviviscit actio pro dote (...) Transactio facta a genitoribus puellæ stupratæ, in qua remissa fuerit dos ob promissum matrimonium, si istud sequi non potuit, non sustinetur, quia puella remanerat enormiter læsa».

⁷¹ «Secuto matrimonio cessat poena stupri» taglia corto Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLVII, nn.92 e 95, p.562. Baiardo precisa che «matrimonium tollit poenam stupri, sed non poenam dotandi»: *additio* n.22 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par. *Stuprum*, fol.93B. Partidas, 7.20.3 permette il matrimonio riparatore perfino in caso di *vis*: esso «evitaba la aplicación de la pena de muerte al forzador, pero no la confiscación de los bienes», assegnati ai genitori dissenzienti. «Pero si los padres estaban de acuerdo con el matrimonio deben ser los bienes del forzador de la camara del Rey»: Rodríguez Ortiz, *Mujeres*, cit., pp.93-95 e 98. Secondo alcuni, l'*intercessio puellæ* costituirebbe un'attenuante valida per qualsiasi delitto, e non solo per *stuprum* e *adulterium*: il *favor futuri matrimonii* giustificerebbe la mitigazione di ogni pena capitale. Una consuetudine piuttosto diffusa in Francia e Spagna ammette che sia l'«honestà puella misericordia permota, et amore languida», sia la *meretrix* possano chiedere un reo per marito, salvandogli la vita. Nel secondo caso, il matrimonio risulta utile all'anima di una donna sottratta al lupanare. Non senza ironia, però, giuristi commentano «quod majus sit supplicium illi condemnato, uxorem ducere meretricem, quam ferri gladio»: Carpozov, *Practica*, cit., pars III, q.CXLIX, nn.49-61, pp.346-347. Cfr. de Bohier, *Decisiones*, cit., dec.CCXVII, n.20, p.425.

⁷² Come nel caso toscano descritto dalla Arrivo, *Seduzioni*, cit., p.120.

⁷³ Già con due decretali medievali, la Chiesa aveva evidenziato come, talvolta, la donna rapita non è forzata, ma consenziente: la fuga diviene un mezzo per sottrarsi a padri poco comprensivi e realizzare liberamente le proprie aspirazioni matrimoniali. X.5.17.7: «Raptus non dicitur, ubi volens pro matrimonio abducitur; raptor tamen cum rapta matrimonium contrahere potest»; X.5.17.8: «Rapta potest matrimonium contrahere cum raptore, ubi dabitur libera facultas in contrahendo». Il Concilio di Trento (1563), fedele al principio della *libertas matrimonii*, ribadisce la validità di queste unioni, negando che il ratto possa costituire un impedimento assoluto: «Tametsi dubitandum non est, clandestina matrimonia, libero contrahentium consensu facta, rata et vera matrimonia, quamdiu ecclesia ea irrita non fecit, et proinde iure damnandi sint illi (...) qui ea vera ac rata esse negant quique falso affirmant, matrimonia, a filiis familias sine consensu parentum contracta, irrita esse, et parentes ea rata vel irrita facere posse: nihilominus sancta Dei ecclesia ex iustissimis causis illa semper detestata est atque prohibuit»: Concilio di Trento, sess.XXIV, cap.I *de reformatione circa matrimonium*. Le monarchie, al contrario, spingono per il rafforzamento della potestà paterna, negando il matrimonio riparatore e i suoi effetti processuali. In questo, rinnovano il fermo divieto civilistico di C.9.13.1.2: «Nec sit facultas raptæ virginis vel viduæ vel cuilibet mulieris raptorem suum sibi maritum exposcere». I giuristi registrano il contrasto come una delle più note *differentiæ* tra i due ordinamenti, foriera di non poche difficoltà applicative (anche perché il matrimonio restava materia spirituale sottratta alla giurisdizione laica, mentre il ratto era crimine di misto foro): Caballo, *Resolutiones*, cit., cent.II, casus

lunga meno grave, per cui è lecito attendersi soluzioni più clementi. In Toscana, le nozze riparatrici garantiscono l'impunità persino se la congiunzione è violenta. Risultato tanto più condiviso in caso di stupro qualificato da promessa⁷⁴. In tal caso si percepisce una sottile continuità con la disciplina preconciabile del Sacramento⁷⁵.

L'altra faccia dello *stuprum*, allora, è il matrimonio: è in relazione ad esso che si dipana tutta la vicenda processuale. Il fatto, debitamente contestualizzato, non di rado perde tutta la sua connotazione drammatica: «le querelanti tendevano ad inquadrare quanto più possibile l'inizio dei rapporti sessuali nell'ambito di una relazione non occasionale ma incamminata sui binari di un normale percorso indirizzato al matrimonio». Nonostante il disciplinamento tridentino, «fare all'amore» prima delle nozze resta qualcosa di socialmente tollerato: a maggior ragione dopo gli sponsali. A volte gli stupri si compiono nel quadro di una frequentazione accettata dalle famiglie, priva di qualsiasi elemento scandaloso⁷⁶. L'*accusatio* può essere strumento per forzare un fidanzato recalcitrante, costringendolo al connubio: accade spesso in caso di relazioni troppo lunghe. In questi casi, lo stupro qualificato da promessa è l'alternativa ad un'azione civile per sponsali disattesi. Ma anche un evento improvviso, come la gravidanza, può indurre alla querela: per scampare al disonore, la ragazza madre chiama in causa il reo. È evidente che la donna non aspira a una condanna severa, ma vuole che il reo si assuma le proprie responsabilità di padre e marito. Altre volte, la deflorazione è concordata dalla coppia per forzare genitori ostili alle nozze: e così incontriamo imputati ben disposti a confessare⁷⁷. Gli intrecci sono diversi, ma i motivi sono sempre gli stessi. L'azione penale si conferma uno strumento

CXCV, n.1, p.353. In realtà, la questione assume una centralità del tutto nuova, nel quadro della formazione dell'Assolutismo paternalista di Antico Regime. Gli Stati cattolici intendono imitare l'esempio protestante, precoce nell'affermare la necessità di un consenso paterno alle nozze e nell'introdurre l'impedimento assoluto in caso di ratto. Il caso più eclatante, in questo senso, sarà offerto dall'Ordinanza di Blois del 1579, con la quale Enrico III crea la figura del *rapt de séduction*: ogniqualvolta una donna si sposa senza il dovuto assenso, bisogna condannare il marito a pena capitale, senz'alcuna possibilità di remissione. Si presume infatti, *iuris et de iure*, che il reo abbia sedotto la donna con l'inganno, inducendola ad abbandonare la casa avita. Cfr. Lainqui – Lebigre, *Histoire*, cit., I, pp.168-172. L'ambigua costruzione francese esclude in tronco gli effetti riparatori del matrimonio. Così anche in Spagna, dove le nozze non intaccano la pena capitale. Altrove, invece, si tende ad ammettere l'attenuante, se non addirittura un'*excusatio* totale: Caballo, *Resolutiones*, cit., cent.II, casus CXCV, nn.5-6 e 11, pp.354-356. Di fronte a un problema comune, insomma, i diversi Stati assumono posizioni diverse. Cfr. Massetto, *Ratto*, cit., pp.737-743.

⁷⁴ «Stuprum non punitur, quando coeuntes asserunt inter illos ante coitum præcessisse sponsalia per verba de futuro, si postea sequatur matrimonium»: Savelli, *Summa*, cit., IV, par.Stuprum, n.8, p.270. Cfr. Arrivo, *Seduzioni*, cit., p.16.

⁷⁵ Prima di Trento, Matteo d'Afflitto aveva sostenuto che, precedendo gli sponsali, la deflorazione consumata prima delle parole *de præsenti* integrasse un vero matrimonio, e non lo *stuprum*. La normativa più recente esclude questa possibilità sul piano sostanziale: ma dal punto di vista processuale, «ubi præcesserunt sponsalia de futuro, sequens matrimonium liberat a poena stupri et ita ego pro absoluteione in ipso stupro multiores iudicavi, et per alios iudicari vidi». Un effetto particolarmente vantaggioso, che non si replica laddove «magna esset disparitas personarum»: qui è bene irrogare una pena arbitraria, «ne detur masculi occasio delinquendi, et puellas nobiles et divites via illicita et modo indirecto uxores habendi contra ipsarum puellarum parentum et coniunctorum liberum consensum, et quas nunquam habuissent, si illas non stuprassent, et ad eorum vota donis, sollicitationibus, persuasionibus, seductionibus, blanditiis, et aliis artibus malis non induxissent»: Caballo, *Resolutiones*, cit., cent.II, casus CXCV, nn.13-14, p.356.

⁷⁶ «Rapporti sessuali che non possono essere semplicemente liquidati come devianza e sintomo di scarsa propensione della coppia verso il matrimonio»: Arrivo, *Seduzioni*, cit., pp.97 e 14; Cavallo – Cerruti, *Onore femminile*, cit., p.351.

⁷⁷ Arrivo, *Seduzioni*, cit., pp.89, 93 e 109.

formidabile per conseguire lo scopo: fare pressione e riparare all'onore perduto⁷⁸. Cosa che, statistiche alla mano, non sembra difficile: temendo la custodia in carcere (sin dalla fase informativa) non meno dei tratti di corda (a partire da quella ripetitiva), i querelati si risolvono rapidamente per il matrimonio riparatore, ben sapendo che anche la sentenza di condanna potrebbe condurre – dopo molti più fastidi – allo stesso esito⁷⁹.

La sensibilità odierna non può che restare sorpreso, pensando che tali dinamiche si replicassero talvolta persino nelle violenze carnali, lì dove appare impossibile che a un'offesa tanto grave possa seguire un matrimonio. Il Cinquecento, però, non è il secolo delle nozze d'amore: costituire una famiglia rappresenta, innanzitutto, una scelta d'interesse. Interesse individuale e interesse domestico: qualcosa di cui si può disporre attraverso un contratto.

5. *Una vendetta senza processo tra famiglia e vicinato*

Le pagine dei criminalisti testimoniano la centralità delle procedure come strumento di giustizia. Pur aperto ad impulsi esterni, il processo penale resta un congegno messo a punto dalle istituzioni: ne postula, implicitamente, il ruolo strategico di garanti della pace sociale, se non di poteri egemoni e disciplinanti. Ai margini della trattazione, però, emerge uno spazio tutt'altro che irrilevante, nel quale i corpi sociali fanno giustizia prescindendo dagli apparati, agendo sul sottile confine tra giuridicità e illegalità⁸⁰. Ridurre il campo della giustizia privata è interesse precipuo dello Stato moderno: lì dove non è possibile inibirla, si tenta almeno di razionalizzarne la funzione, riportandola a un permesso pubblico e a limiti di esercizio che i tribunali possono sindacare. Si tratta, però, di un processo di lunga durata: nel periodo in esame, e specie per i delitti in questione, certe forme di giustizia

⁷⁸ «L'onore risultava la posta in gioco in una pratica diffusa di relazioni sessuali prematrimoniali di cui il controllo familiare e comunitario assicurava il funzionamento garantendo il ristabilimento della normalità attraverso il matrimonio. L'onore della donna (...) sottratto dall'uomo con l'inizio della relazione sessuale illecita, era suscettibile di essere restituito portando a termine le nozze. Le donne quindi utilizzavano davanti al tribunale il linguaggio dell'onore, chiedendo l'aiuto della giustizia per recuperare ciò che era stato sottratto con la forza o con l'inganno»: Arrivo, *Seduzioni*, cit., p.31.

⁷⁹ Arrivo, *Seduzioni*, cit., pp.105-106 e 117 propone l'esempio del Supremo Tribunale di Giustizia di Firenze. Siamo al crepuscolo dell'*Ancien Régime* e dello stesso stupro *sine vi*: ma la negoziazione penale, che di lì a poco sarà travolta dalla codificazione, sembra ancora viva nella prassi. «Fra il 1770 ed il 1790 su 117 processi per stupro non violento (...) comparvero in tribunale 60 accusati e di questi circa un terzo confessò procedendo al matrimonio e ottenendo la scarcerazione (...) La maggior parte degli imputati assenti, circa il 35% di tutti gli accusati, non sono però né contumaci, né tantomeno esentati dal comparire per la palese infondatezza delle accuse. Si tratta invece di coloro che procedono, prima ancora di essere citati a comparire, ad una soluzione extragiudiziale della causa, o effettuando il matrimonio o ottenendo dalla querelante la rinuncia a portare avanti il procedimento (...) è forse possibile ipotizzare che, come ultima istanza nel complesso gioco delle mediazioni il ricorso alla giustizia ordinaria potesse avere una funzione in qualche modo catalizzante, costringendo le parti a mettere in tavola tutte le carte e spingendo verso una soluzione definitiva laddove esisteva ancora un margine di trattativa».

⁸⁰ È difficile sostenere che, per la società medievale e moderna, la *vindicta privata* non sia "diritto": profondamente radicata nella mentalità comune, essa è giustificata in nome dello *ius gentium* o della consuetudine. Non per questo può considerarsi – sempre – *secundum legem*: più si rafforzano i poteri pubblici, più aumentano le previsioni normative che proibiscono espressamente certi usi.

privata restano vitali. Pur riconosciute, non è la legge a fondarle: ma un patrimonio essenzialmente consuetudinario di pratiche, non prive di qualche argomento romanistico a sostegno. Specie fra i nobili, ricorrere al giudice apparirebbe come un'ammissione d'impotenza tale da aggiungere altro fango all'offesa iniziale⁸¹. Il codice dell'onore, diritto non scritto e talora *contra legem*, impone di trovare soddisfazione attraverso la vendetta.

Il duello è espressione tipica di questa logica: il rigoroso divieto tridentino, apice di una progressiva proibizione da parte di tutte le monarchie, non ne determina il tramonto, anche perché la difesa dell'onore rimane a lungo come attenuante⁸². La società continua a considerare la tenzone un mezzo per fare giustizia, decretando la relativa impotenza dei provvedimenti scritti. A un marito tradito che non intende svelare la propria *iniuria* conviene soprassedere: ma se il fatto è troppo noto per essere taciuto, la voce pubblica giudicherebbe vigliacco chi non impugna le armi contro il drudo. Il campo franco si sostituisce agli scranni del tribunale, la spada alle argomentazioni giuridiche: ma la percezione sociale sembra avvertire appena lo scarto, e considerare iniquo quel divieto che impedisce ai più illustri di riparare al disonore. La trama è, chiaramente, quella di un potere che vorrebbe avocare il monopolio della violenza, misconoscendo una cultura etico-giuridica fondata sulla diseguaglianza: disciplinamento e livellamento procedono di pari passo, ma incontrano formidabili resistenze.

Il duello, però, non è che la manifestazione più clamorosa di tale giustizia parallela: la sua necessaria visibilità – un onore pubblicamente vilipeso non può che essere pubblicamente ristorato⁸³ – si affianca ad altre soluzioni più discrete, buone sia in caso di *manifestum* che di *occultum*. Psicologicamente debole, ogni donna di famiglia necessita di una salutare *correctio*; di conseguenza, nei casi più gravi, padri e mariti possono spingersi finanche alla *castigatio* e alla *verberatio*⁸⁴. Tra le ipotesi che giustificano una lieve

⁸¹ Anche perché, come abbiamo visto, i giudici erano soliti irridere i mariti traditi. Come osserva Felino, meglio «portare cornua in pectore, et factum in fronte» che fare appello alla giustizia. In questo scenario, però, non mancano giuristi che deplorano la «prava consuetudo» e raccomandano di sostituire il diritto alle armi: Massetto, *I reati*, cit., p.369.

⁸² Concilio di Trento, sess.XXV, cap.XIX *de reformatione generalis*. Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXIX, n.23, p.113; sulla causa d'onore come attenuante, Id., *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXXV, n.42, p.215. Il provvedimento colpisce il duello giudiziario così come teorizzato dalla scienza cavalleresca del Quattrocento: formalizzato, riservato alla nobiltà, autorizzato dal principe. A inizio Cinquecento, esso era ampiamente praticato in caso di adulterio: cfr. Nevizzano, *Sylva*, cit., I, n.82, p.52. Dopo il Concilio, permangono nella prassi il duello clandestino, favorito dalla stessa teologia morale che con le sue distinzioni ne ammette, talora, la liceità *in foro interno*: Diana, *Summa Diana*, Lugduni 1660, par.Duellum, pp.225-227. Cfr. Angelozzi, *La proibizione del duello: Chiesa e ideologia nobiliare*, in Prodi – Reinhard (curr.), *Il Concilio di Trento*, pp.271-308; Cavina, *Il duello giudiziario per punto d'onore. Genesi, apogeo e crisi nell'elaborazione dottrinale italiana (secc.XIV-XVI)*, Torino 2003; Id., *Il sangue dell'onore. Storia del duello*, Roma Bari 2005; Bellabarba, *La giustizia nell'Italia moderna*, cit., pp.104-205.

⁸³ «Le piazze, le strade, tutti i luoghi pubblici diventano delle scene in cui l'onore può essere conquistato o perduto»: Roussiaud, *Il cittadino*, cit., p.173.

⁸⁴ «Maritus potest castigare uxorem ex magna causa et leviter»: Marc, *Celeberrimi decisiones*, cit., pars II, dec.DLIII, n.7, p.424. Tiraqueau, *De legibus connubialibus*, cit., fol.4A; Sánchez, *De Sancto Matrimonii sacramento*, cit., lib.X, disp.XVIII, 16, p.352; Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXLIII, nn.179-181, pp.510-513; Carpzov, *Practica*, cit., pars I, q.XII, nn.48-50, p.51. È bene specificare che una violenza eccessiva o *sine causa* abilita la donna a chiedere la separazione: soggetto al controllo del giudice

verberatio, vi sono tutti i crimini che legittimerebbero la *separatio thori*: tra questi, in particolar modo, l'adulterio femminile⁸⁵. La giustizia domestica – che non segue procedure ma irroga veri castighi⁸⁶ – si pone come alternativa rispetto a quella azione civile: punire la donna con le proprie mani ristabilisce l'autorità perduta, e può così garantire la prosecuzione del rapporto sulla base di una ritrovata gerarchia⁸⁷. Chi rinuncia alla *verberatio* è un uomo che abdica ai suoi poteri, prende atto di una ferita insanabile e chiede alla corte di formalizzare la rottura. Chi vi ricorre, invece, pensa sia utile alla prosecuzione del rapporto. In teoria, il marito non può unirsi a sua moglie se essa non si è già emendata⁸⁸: cosa che potrebbe fare anche tramite il Sacramento. Ma se è riluttante, il marito che non intende separarsi dovrà forzarne il ravvedimento: la *verberatio* prelude alla *denuntiatio ad correctionem*⁸⁹. Almeno nella logica canonistica, lo scopo è correzionale, più che afflittivo, perché mira ad indurre l'accettazione della penitenza. Ma è chiaro che questo meccanismo – volto a strumentalizzare la giustizia domestica al processo – rimane lettera morta nella prassi delle coppie meno scrupolose, che usano castigo e perdono con disinvolta autonomia. I mezzi che i mariti possono adoperare son tali da bastare a sé stessi: la punizione corporale può infatti accompagnarsi a digiuni «salutaria non mortifera» e persino alla detenzione «in vinculis»⁹⁰. Facoltà, questa, testualmente prevista in favore dei chierici coniugati⁹¹, ma ormai accordata per consuetudine anche ai laici⁹². Soluzioni, di fatto, capaci di prescindere dal giudizio.

Anche l'*expulsio uxoris a domo* rappresenta una forma di giustizia privata: una *separatio thori* immediata che si giustifica a causa della notorietà. L'adultera «reperta» in flagranza è infame «ipso iure»⁹³: senz'alcun sigillo di tribunale, può essere allontanata dalla famiglia proprio come la meretrice viene espulsa dal vicinato: le comunità conservano un potere di esclusione, esercitato in base a una soglia di tolleranza inevitabilmente variabile. Pure la *meretrix nupta* e il marito lenone possono essere allontanati da vicini onesti⁹⁴. La *ratio* è chiara: nell'*evidentia facti* si annida un pericolo,

ecclesiastico, il marito è capo della famiglia, ma senza poteri assoluti. Benché autonoma, la piccola monarchia domestica non costituisce un ordinamento separato e intangibile.

⁸⁵ Così, la *verberatio* s'intreccia a doppio filo alla *separatio*. Una causa di separazione giustifica la violenza, ma l'eccesso di violenza giustifica la separazione. Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXLIII, n.198, p.513.

⁸⁶ «Maritus potest temperate castigare uxorem: quia est de eius familia, non autem in forma iudicii potest iudicare»: Marc, Celeberrimi decisiones, cit., pars II, dec.DLIII, n.7, p.424.

⁸⁷ «L'individuo schernito ricorre dunque alla violenza immediata. Per salvaguardare il suo onore; ed è in nome dell'onore che i giovani puniscono le ragazze che, a sentir loro, lo hanno calpestato. Come la violenza, l'onore è nelle società urbane un valore molto largamente diffuso (i potenti sono detti onorevoli). Non c'è reputazione senza onore, non c'è onore senza autorità»: Roussiaud, Il cittadino, cit., p.173.

⁸⁸ Decr. C.34, q.I, c.7.

⁸⁹ Ma «quando mulier fuit monita et denunciata, et non vult corrigi, nec curat excommunicationem», allora il marito – perduta ogni speranza – chiederà la separazione. Marc, Celeberrimi decisiones, cit., pars II, dec.DLIII, nn.4 e 6, p.424.

⁹⁰ Marc, Celeberrimi decisiones, cit., pars II, dec.DLIII, nn.5 e 7, p.424.

⁹¹ Decr. C.33, q.II, c.10.

⁹² Lo ammette una *decisio* del Senato del Delfinato riportata da Marc, Celeberrimi decisiones, cit., pars II, dec.DLIII, nn.6-7, p.424. Cfr. Carpzov, Practica, cit., pars I, q.XLI, n.126, p.224.

⁹³ Non così per il drudo, che «non est infamis, nisi per sententiam»: *additio* n.78 di Baiardo a Claro, Practica, cit., par.Adulterium, n.78, fol.9A.

⁹⁴ Così una *decisio* del Sacro Regio Consiglio riportata da Gizzarello, Auræ decisiones, Neapoli 1629, dec.54, pp.236-239. Diversamente quando la donna si prostituisce all'insaputa del marito, o tradisce per

dato che «occasione dictarum mulierum inhonestarum oriatur rixa et scandalum inter vicinos in loco illo habitantes et eorum filii et familia inficiantur»⁹⁵. La loro presenza non solo fa peccare gli uomini, ma induce le donne alla lascivia⁹⁶. La *vicinitas* è una *societas* armonica, fondata su fraternità, solidarietà e concordia: Dio stesso ha più volte insegnato l'amore per il prossimo, pertanto il buon vicino va tenuto come il migliore degli amici. Viceversa, però, «nihil enim perniciosius esse potest, quam malus vicinus»⁹⁷. È bene, allora, depurare il rione dalle prostitute: il Salmo V giustifica questa misura, suggerendo all'uomo disciplinato di separarsi fisicamente dai soggetti infami⁹⁸. La dottrina sostiene l'*expulsio* anche se la donna vive in una casa di proprietà, così diffondendo una soluzione già testuale in una legge catalana⁹⁹. *Consilia* e *decisiones* testimoniano la rilevanza del problema¹⁰⁰: lì dove non è realistico proibire il commercio carnale, si concentra il malaffare ai margini delle città¹⁰¹ o si relegano le prostitute in postriboli pubblici¹⁰². Il fenomeno, però, non riguarda solo le fasce umili: il rigetto può colpire persino i più illustri, come nel caso di un «quendam Doctorem nostræ professionis publicum lenonem uxoris ex nobili, et gentilitia familia ortæ, quam postmodum etiam per Civitates Italiae, lupanaria exercentem duxit»: il collegio dei giuristi napoletani provvede a revocargli la dignità dottorale, esautorandolo dal ceto di riferimento¹⁰³. In accordo coi tempi, però, ciò che

amore. «Nam mulier, quæ amore capta alicui sui copiam facit, non dicitur meretrix»: Scialoya, Tractatus de foro competenti, cit., cap.XXV, nn.3 e 5, pp.153-154. Cfr. Caballo, Resoluciones, cit., cent.II, casus CLXXXIV, pp.334-335.

⁹⁵ Pietro Teodorico, Judicium, cit., cap.VI, aphor.IV, n.17, p.803.

⁹⁶ «Nam meretrix, et quælibet alia mulier inhonesta non debet de iure habitare in loco honesto, in quo habitant mulieres, et aliæ personæ honestæ, ne ex ipsarum meretricum, et inhonestarum mulierum malis, et inhonestis moribus honestæ mulieres corrumpantur»: Caballo, Resoluciones, cit., cent.II, casus CLXXXIV, n.2, p.334.

⁹⁷ «Cum vicinitas a civili societate formari coeperit (...) vicinisque inter se habeant, seu habere debeant speciem quandam fraternitatis propter civilem societatem initam, in qua et species est fraternitatis (...) conveniens est, quod vicini, boni et probi, conformes ac unanimes sint. Inveniuntur enim vicini cæteris amicis præpositi»: de la Peguera, Decisiones auræ, cit., dec.XII, nn.1-4, p.61.

⁹⁸ «Neque habitabit iuxta te malignus, neque permanebunt iniusti ante oculos tuos». Richiamano Sal V,5-6: de la Peguera, Decisiones auræ, cit., dec.XII, n.6, p.62; Caballo, Resoluciones, cit., cent.II, casus CLXXXIV, n.2, p.334; Pietro Teodorico, Judicium, cit., cap.VI, aphor.IV, n.17, p.803. Ma anche Sal L, 18 è adoperato per suffragare l'espulsione delle donne di malo esempio: «Si videbas furem, currebas cum eo; et cum adulteris erat portio tua».

⁹⁹ In Catalogna, però, si prevede l'intervento del giudice, che dopo una sommaria informazione provvede ad eseguire. A Barcellona, in virtù di un privilegio reale del 1342, la badessa del monastero di San Pietro ha l'autorità per violare il domicilio delle meretrici «ad requisitionem vicinorum» e costringerle a fuoriuscire dal territorio della parrocchia. Cfr. de la Peguera, Decisiones auræ, cit., dec.XII, nn.8 e 10, pp.62-63.

¹⁰⁰ Per Pontremoli, Caballo, Resoluciones, cit., cent.II, casus CLXXXIV, pp.334-335; per Napoli, de Franchis, Decisiones, cit., dec.316, fol.158B, n.1; per la Catalogna, de la Peguera, Decisiones auræ, cit., dec.XII, pp.61-62.

¹⁰¹ Non diversamente da quanto, negli stessi anni, avviene per gli Ebrei: ritenuti infami perché soliti all'usura, vengono rinchiusi nei ghetti. Nei loro confronti si verifica un atteggiamento egualmente ambivalente, che oscilla tra la consapevolezza di un ruolo imprescindibile e l'insofferenza per un'attività scandalosa. Insiste sulla necessità di confinare le prostitute nei suburbi Gizzarello, Auræ decisiones, cit., dec.54, nn.3 e 26, pp.237 e 238.

¹⁰² Constitutiones Domini Mediolanensis, 4.15.1: «Non satisfactum videbatur decori publico ex eo quod meretrices in unum locum, veluti intra septa clausæ habitarent, ni etiam certis legibus infoelix id genus mulierum coercetur, earumque presidio, ab impuritate lenonum tutæ essent. Ea propter sancitum est, nemini licere aliquam domum extra postribulum publicum existentem locare alicui meretrici publice quæstum agentis».

¹⁰³ Gizzarello, Auræ decisiones, cit., dec.54, n.28, p.239.

nasce come potere diffuso viene progressivamente inglobato nelle maglie dello Stato. Le Costituzioni milanesi ad esempio, pur conservando l'impulso comunitario, riservano al giudice il provvedimento di espulsione delle prostitute¹⁰⁴. A Roma, è il Tribunale del Vicario – che fa le veci del vescovo di Roma – a ricevere le denunce e disporre l'allontanamento¹⁰⁵. In Toscana, la legge fissa la distanza minima fra postriboli e monasteri¹⁰⁶. Il caso napoletano evidenzia un ruolo sempre più attivo delle prammatiche vicereali, e quindi degli apparati, al fine di garantire il «decoro» pubblico¹⁰⁷. La frequenza con cui si riproducono queste norme, d'altra parte, è indizio della loro concreta inefficacia. A Venezia, le prostitute sono così numerose che la Serenissima ha gettato la spugna¹⁰⁸.

Per tutta l'Età moderna resta fiorente un'ulteriore forma di giustizia comunitaria, caratteristica dell'*adulterium*: ci riferiamo a quelle pratiche carnascialesche, amministrate perlopiù da abbazie e confraternite giovanili, che uniscono alla farsa una forte pressione moralizzatrice. Considerata la struttura sociale di quel mondo, tali usanze appaiono dotate di un'efficacia tutt'altro che trascurabile. Anche se al giurista odierno potrebbe sembrare strano – e lo sembrava anche ai criminalisti del tempo, che infatti si limitano a pochi cenni – quelle corporazioni amministrano, a loro modo, una *iustitia* non priva di coattività. «Il controllo è continuo»¹⁰⁹ ma tocca l'apice tra Natale e l'Epifania, quando la “Corte dei Dodici giorni” decreta le sanzioni infamanti cui sottoporre i trasgressori della morale popolare. La sentenza, eseguita durante la parata del Martedì grasso, può irrogare agli

¹⁰⁴ Constitutiones Domini Mediolanensis, 4.15.13 e 4.15.15-18.

¹⁰⁵ «Le denunce provengono dal vicinato, per invidia, per inimicizie inveterate, per disturbo del quieto vivere (...) La prostituzione, manifesta o nascosta, era un elemento di disordine, di contagio, non solo morale. Festini, musica, armi da fuoco e armi bianche, giochi proibiti, avventori stranieri facevano da usuale contorno al meretricio»: Fosi, La giustizia del Papa, cit., pp.30-31.

¹⁰⁶ Sono le leggi medicce del 1561 e 1608, applicate (non senza contestazioni) dalle corti vescovili. Anche qui, tuttavia, è cruciale l'indignazione del vicinato, annoverato tra i titolari dell'iniziativa processuale: Di Simplicio, Peccato, cit., pp.200-209 e 217-218. .

¹⁰⁷ La vicenda meridionale risale fino all'Assise di Ariano, quando re Ruggero aveva sancito l'impunità delle meretrici, l'inesigibilità violenta della prestazione ma anche il divieto di abitare «inter boni testimonii foeminas»: Liber Augustalis, 3.77.1. Ferdinando il Cattolico, con singolare privilegio, aveva accordato ai Napoletani di poter espellere meretrici, forestieri e scolari dal proprio vicinato. Il problema conosce un'*escalation* verso la fine del Cinquecento. Una prammatica del 1577 ordina l'allontanamento delle prostitute dalla Rua Catalana, divenuta teatro di «infiniti tumulti ogni dì, romori, questioni, omicidj, arrobbi, ad altre sorte di mali, e scandali». Nel 1583 il vicerè Duca di Osuna si vede costretto a scacciarle persino da Piazza di Toledo, dove alloggiano a pochi passi dalla Reggia: replicando la soluzione catalana, si dispone sia il divieto di affitto che l'espulsione dalla case di proprietà. Nel 1610 si comanda che «niuna cortigiana possa andare per mare per la detta costiera di Posilipo», dove sono frequenti incontri amorosi non troppo discreti. Le prammatiche secentesche, a partire da quella del Conte di Monterrey (1631), si preoccupano di espellere le meretrici da alloggi e taverne, confinandole «ad altri Luoghi, dove è permesso»: Giustiniani, Nuova collezione delle prammatiche del Regno di Napoli, t.VII, Napoli 1804, tit.CLXXII, pragmm.III, V, VIII-X, pp.223-224 e 229-232.

¹⁰⁸ «Cum in ea urbe meretrices passim visantur quibusvis in locis et vicis honestis, quod cum turpe admodum aliquando visum esset, actum fuit de eis uno tantum in loco collocandis. Et cum inter alios sapientissimos illius serenissimæ Reipublicæ senatores rogatus fuisset Clarissimus Matthæus Bembus vir alioqui facetus, ut quod sentiret, libere diceret, respondit: “Ingentem adeo esse in urbe meretricum numerum et copiam, ut impossibile esset uno loco eas collocare, ob id duobus in locis habitare posse”. Et quæ essent duo hæc loca, iterum interrogatus, denuo respondit: “Dimidiam meretricum collocari posse citra Rivalsaltum: et aliam dimidiam ultra”. Quo lepido responso magnos excitavit omnium cachinnos. Cum duæ hæ partes universam civitatem complectantur»: Menochio, De arbitrariis, cit., lib.II, cent.VI, casus 535, n.15, p.42.

¹⁰⁹ «La pratica sentimentale viene seguita nelle varie fasi della sua evoluzione, e questo permette interventi puntuali e incisivi»: Cavallo – Cerutti, Onore femminile, cit., p.360.

adulteri *chivaris*, bagni forzati o infiorate ingiuriose, attuati con canzoni e motti salaci tali da umiliare il destinatario, che è incapace di sottrarsi all'insistenza della folla. Ma questo particolarissimo tribunale suole castigare anche i cornuti, rei di aver consentito, con la propria debolezza, un intollerabile sovvertimento dei ruoli tra maschio e femmina¹¹⁰. «Il marito picchiato e quello cornuto offendono l'onore maschile, ma rappresentano un rischio ancora più grave per la comunità, perché covano in sé il marito ruffiano (...) Nel contesto misogino dell'epoca, dove la prostituzione occupava uno spazio non trascurabile, una minoranza di mariti fu senz'altro tentata dall'idea di considerare la moglie come un bene da far fruttare, sotto la copertura del matrimonio: la cavalcata sull'asino fungeva appunto da mezzo di dissuasione»¹¹¹. In tal caso, infatti, la pena più diffusa è proprio l'*asouade*: l'uomo viene forzatamente posto a dorso d'asino, nudo e col corpo rivolto verso la coda, con una conocchia in mano; non di rado, l'animale è condotto dalla moglie infedele¹¹². Tali cerimonie, senz'altro pregne d'ilarità, vanno prese sul serio «giacché l'offesa e l'umiliazione che ne derivano sono pubbliche e durevoli (...) i tribunali burleschi svolgono dunque un vero e proprio ruolo di sorveglianza della morale pubblica»¹¹³. Questa funzione, senz'altro alternativa rispetto al disciplinamento verticale, scatena la reazione stizzita delle istituzioni. In una prospettiva di monopolizzazione penale, non è possibile tollerare simili manifestazioni che provengono dal basso e riescono a imporsi sulla volontà dei malcapitati. Bolle e prammatiche si rincorrono nel tentativo di vietare, o quanto meno regolamentare, le feste carnevalesche: evidentemente con scarso successo, se proprio il XVI secolo ne segnò l'apogeo. Deve far riflettere che questo fenomeno si registra persino in un paese come la Francia¹¹⁴. Incapaci di farne *tabula rasa*, i tribunali statali preferiscono far propria la pena della vergogna.

Ciò che più conta – e questo spiega il problema del prossimo paragrafo – è che il marito, per scampare l'onta della derisione, è sostanzialmente costretto a mostrarsi uomo e non cornuto: non gli resta che impugnare la spada contro chi ha violato il talamo, procurandogli disonore.

6. *Potestà familiare e ius occidendi*

¹¹⁰ Costume che trova il plauso da Follerio, *Practica criminalis*, cit., *secunda pars secundæ partis*, rubr. *Item quod fuit leno eiusdem*, n.10, p.170: «Vir debet puniri ob adulterium commissum per eius uxorem: et quod ita in multis partibus servatur quasi non potuerit committi sine eo, quod vir ex suis malis moribus dederit causam uxori talia perpetrandi. Hæc consuetudo sancta est, et ubique deberet servari. Ex iis propemodum habes, quam puniri debeat vir, qui factis et re uxorem inducit ad adulterium committendum». Il Napoletano prende alla lettera le responsabilità maritali nell'educazione della donna.

¹¹¹ Daumas, *Adulteri e cornuti*, cit., p.134.

¹¹² «Parisiis vero (...) ducitur vir sedens super asinum facie ad caudam versa per totam villam, uxore asinum per capistrum trahente, et præcone ante eos proclamante: Qui sic faciet, sic accipiet (...) Sed bene vidi quasi ubique, quando maritus ab uxore vapulatur, quod eo in casu ducitur supra asinum per proximum vicinum»: de Bohier, *Decisiones*, cit., dec.CCXCIV, nn.13-14, pp.624-625.

¹¹³ Daumas, *Adulteri e cornuti*, cit., pp.128 e 192.

¹¹⁴ Ma non mancano testimonianze anche in terra laziale: Boiteux, *Derision et deviance: à propos de quelques coutumes romaines*, in Le Goff – Schmitt (curr.), *Le chivari*, Parigi 1981, pp.237-249. Un caso piuttosto scabroso, che sfocia in uno stupro di gruppo, è narrato da Fosi, *La giustizia del Papa*, cit., pp.77-83.

Sin dall'Antichità, la storia dell'adulterio s'intreccia con la tragica sorte di amori soffocati nel sangue. Benché limitato dalla legislazione augustea¹¹⁵, lo *ius occidendi* rimase retaggio di un'epoca arcaica in cui la *familia* costituiva la principale istituzione romana. Attraverso i secoli, e nonostante le crescenti obiezioni della Chiesa, tale potere continua a rappresentare il culmine della giustizia privata, condotta alle sue più estreme conseguenze proprio all'interno del focolare domestico¹¹⁶. Il male impartito come commutazione del male subito: gli adulteri sono ladri, e in quanto tali possono essere uccisi in flagranza¹¹⁷. Ma se il termine *vindicta privata* non stonava affatto nel polifonico diritto medievale¹¹⁸, nelle logiche di Età moderna il concetto risulta problematico. La riflessione giuridica sembra avvertire il problema, e lo risolve con significativi aggiustamenti concettuali. Coerenti col proprio approccio, i giuristi medievali avevano trattato lo *ius occidendi* come questione relativa ai titoli *ad legem Iuliam* del Codice e del Digesto. A inizio Cinquecento, Bossi lo inquadra ancora nella materia sessuale; così anche Marsili, che continua a qualificarlo in termini di *vindicta*¹¹⁹. In tale prospettiva, lo *ius occidendi* è visto come un rimedio tra i tanti, risposta diretta alla domanda *ex crimine adulterii*. Ma già nell'opera di Carerio (1546), e poi nelle pagine di Claro, Deciani e Farinacci, la questione è trasferita dai capitoli sui *delicta carnis* a quelli sull'*homicidium*¹²⁰. Ciò che prima era inteso come diritto originario del capofamiglia, volto a restaurare una giustizia violata, diviene adesso un'*excusatio*: gli effetti pratici non cambiano, ma dal punto di vista formale siamo di fronte a un declassamento. *Cui prodest?* È chiaro che la nuova impostazione sottende gli interessi dello Stato, anche se esso interviene sporadicamente con le sue leggi. L'antico *ius* continua a vivere nella prassi: truce e inappellabile, esprime bene lo spirito della società. In quanto tale, è destinato a durare, ben distinto dal duello¹²¹. La scienza, però, legge le indicazioni romanistiche con categorie nuove: una rivoluzione copernicana che conferma il penale come uno dei terreni più fertili su cui sorge la Modernità.

¹¹⁵ Cfr. Panero Oria, *Ius occidendi et ius accusandi*, cit., pp.112-113 e 165.

¹¹⁶ «Hoc antiqui juris vitæ necisque in liberos vestigium superesse» commenta Pietro Teodorico, *Judicium*, cit., aphor.III, cap.VI, n.86, p.774.

¹¹⁷ È il ragionamento di Carpzov, *Practica*, cit., pars II, q.LI, nn.26-27, p.3.

¹¹⁸ Cfr. Diurni, *Vendetta privata*, in *Enciclopedia dantesca*, vol.IV, Roma 1977, pp.915-918

¹¹⁹ Marsili, *Repetitiones*, cit. r.legis unicæ C. de raptu virginum, n.4, fol.83B.

¹²⁰ Taluni distinguono tra *homicidium* e *parricidium*, facendo rientrare in quest'ultimo ogni omicidio di familiare: Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXX, n.104-136, pp.136-139. Altri aggiungono un più specifico *uxoricidium*: Carpzov, *Practica*, cit., pars I, q.XII, n.1, p.47. Gli unici a conservare l'antica *sedes materiae* sono Pietro Teodorico, *Judicium*, cit., aphor.III, cap.VI, nn.84-103, pp.773-779 e Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, cap.III, nn.13-19, pp.305-308 e cap.VII, n.15, p.330. Coerentemente, Pietro Teodorico insiste nel qualificare l'istituto in termini di *vindicta exercitata* «privata autoritate et a privatis personis».

¹²¹ Tanto che, diversamente dal duello, si vieta al reo ogni reazione. Da questo punto di vista, l'aggressione compiuta dal legittimato conserva natura di pena. «Si adulter se defendendo patrem ipsum occideret, non excusaretur a poena homicidii (...) idem in adultero vili, qui non potest se defendere adversus maritum»: Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXXI, n.20, p.147. Va poi sottolineato come in Francia, dove l'evoluzione dello Stato è precoce, lo *ius occidendi* s'intende vietato: Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.67. Nondimeno, gli storici hanno mostrato il carattere meramente formale del divieto: il marito omicida è quasi certo di ottenere dal sovrano una lettera di remissione, che presenterà al tribunale competente. Dopo un periodo di custodia in carcere, sarà interrogato sulle circostanze del fatto e, ratificata la lettera, gli sarà riconosciuto il perdono. A ben vedere, la prassi francese è solo apparentemente più restrittiva rispetto al resto d'Europa. Cfr. Daumas, *Adulteri e cornuti*, cit., pp.110-112.

Dal diritto romano, la criminalistica eredita la sperequazione tra *pater* e *maritus*. Mentre il primo può uccidere la figlia adultera insieme al suo amante – anzi: non può scagliarsi contro uno risparmiando l'altro¹²² – al secondo è invece preclusa la possibilità di giustiziare la moglie¹²³. La logica è testuale: il padre, inevitabilmente mosso dalla *pietas*, può assumere decisioni estreme, ma non ingiuste¹²⁴. Il marito, più giovane e geloso, è facilmente contagiato dall'ira: è bene contenerne «calor et impetus» ond'evitare un'immotivata strage di mogli¹²⁵. Per entrambi i legittimati, la scusante si fonda sul *iustus dolor*: una forma di comprensibile follia che rende impunito un comportamento di per sé illecito¹²⁶. Ma solo nel caso paterno questa logica è pienamente rispettata¹²⁷: per il marito quel dolore, che pure affligge più della morte dei figli¹²⁸, è idoneo a giustificare *in toto* la

¹²² D.48.5.24.4: «Quod ait lex in continenti filiam occidat, sic erit accipiendum, ne occiso hodie adultero reservet et post dies filiam occidat, vel contra: debet enim prope uno ictu et uno impetu utrumque occidere, æquali ira adversus utrumque sumpta». Se lo fa, incappa in una pena straordinaria: Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXI, nn.22, 29 e 33, pp.147-149. Cfr. Marsili, Commentaria, Lugduni 1551, de quæstionibus, r. legis D. patre vel marito, n.2, fol.17A; Claro, Practica, cit., par.Homicidium, n.48, fol.53A; Choveron, De publicis concubinariis, cit., pp.60-61; Carerio, Pratica, cit., tr. de homicidio, par. Octavo excusatur, n.6, fol.195B; Deciani, Tractatus, cit., t.II, lib.IX, cap.XV, n.17, p.389; Matthes, De criminibus, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.III, n.13, p.305. Cfr. Massetto, I reati, cit., p.371.

¹²³ Carerio, Pratica, cit., tr. de homicidio, par. Nono excusatur, n.1, fol.196A; Choveron, De publicis concubinariis, cit., pp.65-66. Cfr. Cavina, Nozze di sangue, cit., pp.68-69.

¹²⁴ D'altra parte un padre misericordioso, volendo salvare la figlia, finirà per astenersi anche «ab homicidio adulteri», sapendo di non poter scindere le posizioni: Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXI, n.29, p.148. Ai fini dello *ius occidendi*, oltretutto, si legittima solo il *pater* dotato di *potestas* sulla figlia maritata: D.48.5.24.1. Cosa abbastanza rara in Età moderna perché, per consuetudine, la potestà paterna si estingue in favore della *manus maritalis*. Cfr. Carerio, Pratica, cit., tr. de homicidio, par. Octavo excusatur, nn.7 e 10, fol.195B; Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXI, n.34, p.149.

¹²⁵ «Ideo autem patri, non marito mulierem et omnem adulterum remissum est occidere, quod plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit: ceterum mariti calor et impetus facile decernentis fuit refrenandus»: D.48.5.23.4. Cfr. Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXI, nn.1 e 57, pp.146 e 152. Bisogna prendere sul serio queste indicazioni, con un sostrato medico e antropologico ben definito. Ma in un contesto caratterizzato dall'indissolubilità matrimoniale – come quello cattolico del Cinquecento – la discriminazione assume un senso ulteriore: è bene evitare che mariti scellerati possano impunemente sbarazzarsi della moglie per convolare a nuove nozze.

¹²⁶ «Nam si quis iusto dolore commotus occidat aliquem, excusatur (...) cum difficillimum sit iustum dolorem temperare (...) homo immenso dolore commotus inopinate præventus non est in plenitudine intellectus»: Carerio, Pratica, cit., tr. de homicidio, par. Sexto igitur, nn.1 e 4, fol.185B-186A.

¹²⁷ Resta escluso il caso controverso di *filia prægnans*. In proposito, giuristi medievali del calibro di Bartolo e Baldo avevano ammesso la liceità dell'atto. Seguono questo indirizzo: Choveron, De publicis concubinariis, cit., p.61; Carerio, Pratica, cit., tr. de homicidio, par. Nono excusatur, n.9, fol.197B; Deciani, Tractatus, cit., t.II, lib.IX, cap.XV, n.16, p.389; Gómez, Ad leges Tauri, cit., p.576. Le cose cambiano nella seconda metà del Cinquecento. «Quod nullatenus pater excusetur isto casu, occidendo filiam, quam sciebat prægrantem, non desunt moderni, qui hoc dicant, a quibus nec etiam ego dissentio, intelligendo de poena extraordinaria: nam quod ordinariam effugiat, ratio iusti et immensi doloris, inevitabilis et inconvincibilis est ad ipsius excusationem»: Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXI, nn.4 e 76, pp.146 e 154. La paternità di tale soluzione, da applicare a maggior ragione ai mariti, è di Baiardo, *additio* n.167 a Claro, Practica, cit., par.Homicidium, fol.66B. Essa appare coerente col generale divieto di eseguire sentenze capitali a danno delle donne gravide: in questo senso Pietro Teodorico, Judicium, cit., aphor.III, cap.VI, n.87, p.774. «Non enim debet flagitium matris nocere ei, qui in ventre est, in primis si incertum sit, utrum ex marito, an ex adultero conceptus sit. Sed et cum leges prægnantis supplicium atque tormenta differant, donec enixa sit (...) non est verisimile, voluisse eas porrigere ferrum patri, ut eodem ictu nocens cum innocente occumbat. Poenam tamen mitigandam, si prægnans occisa sit, non abnuo, propter iustissimum dolorem»: Matthes, De criminibus, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.III, n.17, pp.306-307.

¹²⁸ Tiraqueau, De legibus connubialibus, cit., fol.147B.

sola uccisione dell'adultero vile¹²⁹. Il Digesto forniva un elenco dei soggetti da ritenere tali: la sensibilità medievale aveva però saldato il termine ai concetti di *turpitudō* ed *infamia facti*, capaci di inglobare le categorie della *lex Marito* in una dimensione più ampia e sfumata¹³⁰. La viltà, d'altra parte, è concetto relativo e si valuta «secundum qualitatem facientis, et recipientis». La sperequazione romanista si sposa bene con la società cetuale¹³¹, ma il velato riferimento a un sindacato *iudicis arbitrio* sul punto schiude le porte all'intervento pubblico¹³².

Ma già il diritto romano chiariva che il marito, laddove avesse violato gli angusti limiti del suo *ius*, non avrebbe patito la morte, ma un più benevolo esilio¹³³. Il giusto dolore si traduce in attenuante, e la posizione del marito torna ad ergersi minacciosa sulla moglie e sul drudo: nella mentalità moderna, è meglio rischiare una *poena extraordinaria* che non lavare la propria onta¹³⁴. D'altra parte, il frammentario riferimento alla notte (C.9.9.4) non è interpretato come *condicio sine qua non*, ma come presupposto per ridurre ulteriormente la pena: l'oscurità rende difficile identificare il reo e riconoscerne la condizione sociale¹³⁵. Non meno del *pater*, il *maritus*, ha un onore da difendere: l'ordinamento non può restare

¹²⁹ Cfr. D.48.5.25; C.9.9.4. «Patri licitum est, occidere adulterum cum ejus filia deprehensum, etiam quod is non fuerit vilis persona (...) Licitum est marito occidere suæ uxoris adulterum vilem, et occidendo ab omni poena, est immunis»: Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXI, nn.8 e 64, pp.146 e 152. Marsili, Commentaria, cit., ad legem Corneliam de sicariis, r. legis D. lege cornelia de sicariis, n.19, fol.4A; Id., Repetitiones, cit. r.legis unice C. de raptu virginum, n.3, fol.83; Nevizzano, Sylva, cit., I, n.83, p.52; Carerio, Pratica, cit., tr. de homicidio, par. Nono excusatur, n.2, fol.196B; Choveron, De publicis concubinariis, cit., pp.63-64; de Damhouder, Praxis, cit., cap.LXXX, n.16, fol.70B; Claro, Practica, cit., par.Homicidium, n.49, fol.53B; Pietro Teodorico, Judicium, cit., aphor.III, cap.VI, nn.90 e 99, pp.775 e 777. Cfr. Minnucci, Alberico Gentili, cit., pp.86-87.

¹³⁰ «Vilitatem pro turpitudine et infamia»: Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXI, n.67, p.153.

¹³¹ Tanto che i giuristi complicano le cose, introducendo una valutazione anche in caso di vendetta paterna: «Perpendenda insuper erit qualitas personarum, quia si filia sit vilis persona et adulter nobilis, non liceret patri etiam honesto interficere illum adulterum: pariter et si ipse pater esset vilis, licet filia honesta, non tamen liceret adulterum nobilem occidere»: Deciani, Tractatus, cit., t.II, lib.IX, cap.XV, n.24, p.389. Rispetto al modello romano, dunque, i fattori sociali da tener presenti aumentano sensibilmente.

¹³² Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXI, n.66, p.153. Nonostante le apparenze, il giudice è sempre alla finestra, pronto a intervenire per assicurare la sussistenza di tutti i presupposti. Come esser certi dell'effettiva consumazione e della flagranza? Antonio Gómez definisce il problema «quotidianus articulus». Ci sono presunzioni che possono aiutare: se, ad esempio, i due cadaveri sono trovati nudi *in lecto* o in un luogo sospetto, si può confidare nel buon diritto dell'omicida. *In dubio*, le corti si mostreranno comunque favorevoli ad esso. Gómez, Ad leges Tauri, cit., pp.576-577.

¹³³ D.48.8.1: «Sed et in eum, qui uxorem deprehensam in adulterio occidit, divus Pius leviolem poenam irrogandam esse scripsit, et humiliore loco positum in exilium perpetuum dari iussit, in aliqua dignitate positum ad tempus relegari». C.9.9.4.1: «Sed si legis auctoritate cessante inconsulto dolore adulterum interemit, quamvis homicidium perpetratum sit, tamen quia et nox et dolor iustus factum eius relevat, potest in exilium dari».

¹³⁴ Anche perché l'omicidio è transigibile con gli eredi della parte lesa. Sul *iustus dolor* come causa di mitigazione della pena sono espliciti Nevizzano, Sylva, cit., I, n.93, pp.55-56; Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXI, nn.59-6, pp.152 e 146; Deciani, Tractatus, cit., t.II, lib.IX, cap.XV, n.38, p.390. Così anche una pronuncia degli Scabini di Lipsia (1549), riportata da Pietro Teodorico, Judicium, cit., aphor.III, cap.VI, n.99, pp.777-778. Ma anche l'assenza di flagranza può tradursi in pena straordinaria, laddove il marito provi comunque di esser stato tradito? Antonio Gómez pensa di no: venendo meno l'immediatezza, viene meno anche quel *dolor* che giustifica la mitigazione. Gómez, Ad leges Tauri, cit., pp.677-578.

¹³⁵ Così argomenta Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXI, nn.104-106, p.156. Cfr. Minnucci, Alberico Gentili, cit., pp.85 e 88-89 e 104-107.

freddo davanti a tali esigenze¹³⁶. In caso di adulterio violento, inoltre, il marito può sempre uccidere il responsabile impunemente¹³⁷. Le ragioni del coniuge, quindi, sono meno irrilevanti di quanto possa sembrare: oltretutto, la pienezza dello *ius occidendi*, negata dalla disciplina romana, è talora recuperata dallo *ius proprium*. Nei regni meridionali, la costituzione *Si maritus* ha riconosciuto lo *ius occidendi* maritale, senza porre alcun limite salvo l'immediata esecuzione di entrambi¹³⁸. In tal caso, l'uomo guadagna persino la dote¹³⁹.

In Castiglia, le *Leyes de Toro* abilitavano il marito ad uccidere entrambi gli adulteri¹⁴⁰, distinguendo però il caso in cui agisce «por su propria autoridad» da quello – già esaminato – in cui provvede «pro autoridad de nuestra iusticia». Nel primo, uccide senza alcun processo e non guadagna la dote¹⁴¹: il riferimento all'autorità maritale è significativo, e colloca l'ipotesi nell'ambito della giustizia privata. Nel secondo, l'uomo non fa che eseguire la sentenza di un giudice che, accertato il fatto, gli demanda la determinazione della pena: il corpo e i beni degli adulteri sono posti «in potestatem mariti», che può optare

¹³⁶ «Hoc fecerit pro sui honoris defensione et conservatione»; «Causa honoris, et justus dolor, qui semper cor premit»: Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXI, nn.103 e 118, pp.156-157. Proprio per questo, però, a padri e mariti ignominiosi non è accordata comprensione: privi di qualsiasi onore, saranno regolarmente puniti (specie se rei a loro volta di lenocinio, adulterio o concubinato). Infatti l'adultera «si in tali casu non perdit dotem, quod est minus, non debet etiam perdere vitam quod est plus»: Marsili, Commentaria, cit., ad legem Corneliam de sicariis, r. legis D. item divus, n.6, fol.12B. Cfr. Carerio, Pratica, cit., tr. de homicidio, par. Nono excusatur, n.22, fol.198A; Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXI, nn.39, 99-102, pp.149 e 155-156.

¹³⁷ D.48.8.1.4. Cfr. Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXI, n.92, p.155. La reazione del marito va qualificata in termini di *defensio*. Proprio per questo, la donna innocente non può subire ritorsioni.

¹³⁸ Liber Augustalis, 3.81.1: «Si maritus uxorem in ipso actu adulterii deprehenderit, tam adulterum, quam uxorem occidere licebit, nulla tamen mora protracta». Cfr. d'Afflitto, In utriusque Siciliae, cit., secunda pars, lib.III, rubr.XLVI, fol.175. «In regno, extat constitutio (...) quæ statuit indistinte maritum occidere posse adulterum, et adulteram uxorem, sive nobilis, sive ignobilis sit, et vilis, dummodo in actibus venereis ipsum inveniat cum uxore: nec ut ibi per Matthæum requiritur, quod videat virile in vulva, sed sufficit solum cum sola in actis venereis (...) et quod incontinenti occidat nulla mora protracta»: Carerio, Pratica, cit., tr. de homicidio, par. Nono excusatur, n.7, fol.197A. Cfr. l'*additio* n.175 di Baiardo a Claro, Pratica, cit., par. Homicidium, fol.66B.

¹³⁹ Regola vuole che chi uccide il coniuge non consegue la dote né è ammesso alla successione: Pietro Teodorico, Judicium, cit., aphor.III, cap.VI, n.100, p.778. A Napoli, però, l'uxoricidio dell'adultera è permesso: è possibile attribuire la dote, in analogia con l'*amissio dotis propter adulterium*? Nel silenzio della legge, la dottrina locale ritiene di sì: Carerio, Pratica, cit., tr. de homicidio, par. Nono excusatur, n.25, fol.198A. Cfr. l'*additio* n.65 di Baiardo a Claro, Pratica, cit., par. Homicidium, fol.63B.

¹⁴⁰ Leyes de Toro, 82 (= Nueva Recopilación, 8.20.5): «El marido que matare por su propria autoridad al adultero, y a la adultera aunque los tome in flagranti delicto, y sea giustamente hecha la muerte no gane la dote, ni los bienes del que matare: salvo si los matare o condemnare por autoridad de nuestra iusticia, que en tal caso mandamos que se guarde la ley del fuero de las leyes que en este caso disponen». La norma, che prende spunto da un passaggio laconico di Ordenamiento de Alcalá, 21.1 (= Ordenanzas Reales de Castilla, 8.15.2), marca la rottura rispetto a Partidas, 7.17.13: in quel codice intriso di sapienza romanista, Alfonso il Saggio aveva limitato lo *ius occidendi* all'adultero vile, negandolo nei confronti della moglie. «Hodie tamen de iure nostro regio licite et indistinte potest maritus interficere uxorem vel sponsam de præsentibus, et adulterum repertum in flagranti delicto: modo adulter sit vilis persona modo non, dum tamen non occidat unum sine alio»: Gómez, Ad leges Tauri, cit., p.576. Cfr. Collantes de Terán, El delito, cit., p.219.

¹⁴¹ «Tam de iure communi, quam regio talis maritus qui propria auctoritate occidit uxorem propter adulterium non potest lucrari bona uxoris» Gómez, Ad leges Tauri, cit., p.579.

per qualunque misura fisica o per la morte¹⁴²; *stricto iure*, questa ipotesi ricade nel campo della giustizia delegata. Ad ogni modo, il marito non può scindere le sorti degli amanti¹⁴³.

Al di là della differente posizione di padre e marito, lo *ius* va necessariamente esercitato in base a presupposti e modalità che si spiegano proprio in virtù del *dolor*¹⁴⁴. Innanzitutto, il crimine contro cui s'insorge dev'essere flagrante: ma si discute sulla possibilità di applicare la stessa nozione che giustifica un processo sommario. In tal caso si estenderebbe la *flagrantia* fino ai «*præludivis adulterii*», col rischio di spargere sangue senza un motivo concreto. Nonostante l'opinione severa di Ippolito Marsili¹⁴⁵, gran parte della dottrina è contraria a una vendetta così feroce per via di un bacio o di conversazioni lascive: D.48.5.24, richiedendo la cattura «*in ipsa turpitudine*», marca una certa enfasi e sembra pretendere qualcosa in più¹⁴⁶. La *deprehensio*, inoltre, dev'essere *in domo*: il peccato, consumato nella dimora familiare, diviene ancor più intollerabile e scatena una collera inevitabile¹⁴⁷. Ma mentre il padre può sorprendere gli adulteri «*aut suæ domi, aut in domo sui generi*», il marito può agire solo se la cattura avviene in casa propria¹⁴⁸. In ogni caso, la violenza va esercitata «*in continenti*», perché il decorso del tempo lascia presumere l'attenuarsi dell'ira, quindi l'inammissibilità della reazione¹⁴⁹.

Mentre alla madre dell'adultera non si estende lo *ius occidendi* paterno¹⁵⁰, il discorso si fa più complesso per la moglie che aggredisce il marito o la sua amante. Deciani rifiuta categoricamente l'estensione analogica¹⁵¹, mentre Farinacci si mostra favorevole alla parificazione completa: la *uxor* tradita non soffre meno del marito, e il rigorismo induce ad inasprire il trattamento degli uomini libertini¹⁵². Conclusione sorprendente, che non si

¹⁴² «*Hodie tamen de iure nostro regio alia poena imponitur, quia uterque tam adulter quam adultera per sententiam iudicis ponitur in potestatem mariti, ut de eis et de eorum bonis faciat quidquid vellet: unde poterit eos occidere vel aliam quamlibet offensam vel iniuriam inferre*»: Gómez, *Ad leges Tauri*, cit., p.573. Cfr. Massetto, *I reati*, cit., p.366

¹⁴³ Tanto che, laddove ne risparmiasse uno senza valida ragione, patirebbe una pena straordinaria: Gómez, *Ad leges Tauri*, cit., p.576.

¹⁴⁴ «*Plura copulative requisita, ut si unum deficiat non possit occidere*»: Carerio, *Pratica*, cit., tr. de homicidio, par. Octavo excusatur, n.3, fol.195B.

¹⁴⁵ Marsili, *Commentaria*, cit., de quæstionibus, r. legis D. patre vel marito, n.3, fol.17A. Ma anche Carerio, *Pratica*, cit., tr. de homicidio, par. Octavo excusatur, n.4, fol.195B.

¹⁴⁶ L'omicida verrà dunque condannato a una pena straordinaria: Deciani, *Tractatus*, cit., t.II, lib.IX, cap.XV, n.15, pp.388-389; Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXXI, nn.41-43 e 107-109, pp.149-150 e 156; Pietro Teodorico, *Judicium*, cit., aphor.III, cap.VI, n.87, p.774; Matthes, *De criminibus*, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.III, n.16, p.306. Tuttavia, la confessione stragiudiziale del reo basta a legittimare lo *ius occidendi*: cfr. le *additiones* nn.183-184 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par. Homicidium, fol.66B.

¹⁴⁷ D.48.5.24.2: «*quod maiorem iniuriam putavit legislator, quod in domum patris aut mariti ausa fuerit (...) adulterum inducere*». Cfr. de Damhouder, *Praxis*, cit., cap.LXXX, n.20, fol.71A.

¹⁴⁸ Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXXI, nn.26 e 93, pp.148 e 155. Carerio, *Pratica*, cit., tr. de homicidio, par. Octavo excusatur, n.5, fol.195B; Deciani, *Tractatus*, cit., t.II, lib.IX, cap.XV, n.14, pp.388-389. Cfr. D.48.5.23.2 e D.48.5.24.2.

¹⁴⁹ D.48.5.24.4. La fuga dei rei, però, non implica interruzione: inseguiti, possono essere egualmente uccisi. Il furore iniziale, infatti, non è venuto meno. Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXXI, nn.24 e 97, pp.148 e 155.

¹⁵⁰ Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXXI, n.50, p.150.

¹⁵¹ «*Vero numquam licet uxori maritum deprehensum in adulterio interficere: nulla est enim lex aliquid tale dicens*»: Deciani, *Tractatus*, cit., t.II, lib.IX, cap.XV, n.39, p.390.

¹⁵² «*Nam quod poena poena sit minuenda propter justum dolorem, sicut minuitur marito, nullam credo habeat difficultatem; et si casus contingeret, ita si iudex essem, servarem, etiamsi uxor occideret mulierem, quam*

replica nei confronti degli altri congiunti. Costoro, di regola, godono di uno *ius accusandi* pari a quello di padre e marito: per quanto attiene lo *ius occidendi*, però, è bene escluderli: «in odiosis, prout est materia de qua agitur, in legibus non fit extensio»¹⁵³. È assai controverso, però, se il legittimato può demandare la violenza in qualità di mandante, e se l'esecutore resta immune da pena. Pochi dubbi se mandatario è il *filius*: il figlio del *pater* potrà uccidere sua sorella, il figlio del *maritus* sua madre. Sebbene i figli non siano tenuti ad obbedire ai padri «in atrocioribus», in questo caso la liceità dell'atto obbliga all'ossequio e «omnibus excusatur filius, qui in hoc patri paruit»¹⁵⁴. Enorme dibattito laddove il mandatario sia un estraneo, specie se di umile condizione o pagato per sostituirsi all'avente diritto. Questione scabrosa: chi intende difendere il suo onore dovrebbe mostrare coraggio, esporsi personalmente. C'è il rischio, poi, che un esecutore vile uccida un reo di alto rango: basta il mandato per giustificare un tale sovvertimento? Marsili e Gómez si scagliano apertamente contro qualunque ipotesi di tal genere¹⁵⁵. Ma la dottrina napoletana suggerisce di eccepire almeno il caso di vecchiaia o infermità: prende piede, progressivamente, l'idea di un'ampia facoltà di concedere il mandato¹⁵⁶.

È in questo groviglio teorico che si svolge la celebre vicenda di Carlo Gesualdo. Il Principe di Venosa, amante delle lettere e raffinato madrigalista, era uomo troppo sensibile per sporcarsi le mani del sangue di sua moglie, Maria d'Avalos, e dell'amante, Fabrizio Carafa. Nondimeno, avvertiva la macchia del disonore, causato da voci ormai troppo insistenti. Fingendo di partire per una battuta di caccia, la notte tra il 16 e il 17 ottobre 1590 coglie i due in flagrante adulterio. I fatti sembrano dargli ragione: il reato è compiuto

cum suo viro in actu Veneris deprehendisset. Et forsitan hoc ultimo casu non esset os, in coelum ponere, si diceremus, uxorem esse ab omni poena immunem, si reperta mulier fuisset vilis»: Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXI, n.121, p.157. Lo spirito confessionale appare ancor più marcato nella riflessione di Damhouder, Praxis, cit., cap.LXXX, n.28, fol.71. Il ragionamento è talmente esasperato da sembrare surreale. L'uccisione dell'amante altrui (ma non del fedifrago) è un'opera di difesa spirituale da parte di entrambi i coniugi: «Sicut marito permittitur occidere moechaum, in opere pro defensione uxoris (...) ita uxori permissum est occidere moecham in opere pro defensione mariti, quia spiritualiter sunt uniti vinculo foederis (uniti in carne una, et unum corpus censentur)». Lo *ius occidendi* diventa un atto di legittima difesa contro chi provoca la morte eterna del proprio coniuge. Costui è sempre, per definizione, parte lesa: la sua volontà, assorbita dalla «*carne una*», scompare del tutto.

¹⁵³ Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXI, nn.44-51, p.150; Carerio, Pratica, cit., tr. de homicidio, par. Octavo excusatur, n.8, fol.196A. Alcune eccezioni statutarie (Ariano, San Gimignano, Verona, Chiavenna) sono segnalate da Lucchini, Adulterio, cit., p.216.

¹⁵⁴ Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXI, nn.18 e 79, pp.147 e 154. Cfr. Choveron, De publicis concubinariis, cit., pp.62-63; Pietro Teodorico, Judicium, cit., aphor.III, cap.VI, n.96, p.776. La soluzione trova un argomento in C.9.9.4.

¹⁵⁵ «Quamvis sit licitum patri occidere filiam suam comprehensam in adulterio, licet non possit alteri demandare quod poterit tamen hoc mandare filiis suis»: Marsili, Repetitiones, cit. r.legis unicae C. de raptu virginum, n.5, fol.83B. «Ius vindictae est adeo personalissimum quod non potest alteri committi seu demandari, etiam si maritus sit senex, debilis, vel infirmus». Tuttavia, anche secondo i giuristi più inflessibili, il legittimato può farsi assistere da amici e familiari *ad adiuvandum*: Gómez, Ad leges Tauri, cit., pp.578-579. Cfr. Choveron, De publicis concubinariis, cit., pp.61-62.

¹⁵⁶ Già ai tempi di Ferdinando il Cattolico era stato affrontato il caso del medico di corte che «per alios interfici fecit uxorem, et adulterum»: d'Afflitto, In utriusque Siciliae, cit., secunda pars, lib.III, rubr.XLVI, n.3, fol.175. Cfr. Carerio, Pratica, cit., tr. de homicidio, par. Octavo excusatur, n.13, fol.196A e tr. de homicidio, par. Nono excusatur, n.11, fol.197B; Claro, Practica, cit., par.Homicidium, n.51, fol.53B; Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXI, nn.14-17, p.147.

in casa¹⁵⁷ e una dottrina consolidata ammette la liceità di simili tranelli¹⁵⁸. Desta scalpore, però, la circostanza che l'omicidio è compiuto da servitori, mentre il Principe si allontana dalla scena. Uomini vili, dunque, hanno ucciso due dei più illustri aristocratici napoletani: la dottrina del mandato, risalente a Matteo d'Afflitto, è troppo fragile per placare l'ira dei relativi casati¹⁵⁹. Il giorno seguente, sollecitata dallo stesso Carlo, la Vicaria compie le sue ispezioni: il giudice non resta spettatore, ma accerta che ogni requisito sia stato soddisfatto. Il caso viene presto archiviato per interessamento del viceré Conte di Miranda: la giusta causa è notoria e non merita ulteriori approfondimenti. Nondimeno, Carlo è costretto ad abbandonare Napoli: preso dai rimorsi, ma anche dal timore della faida. Il Principe trascorrerà il resto della sua vita tra fasti di corte e morbosi sensi di colpa. Come il suo amico Torquato Tasso, egli esprime le inquietudini e le contraddizioni dell'uomo barocco: una tela lo raffigura in atto di penitenza, con l'intercessione dello zio Carlo Borromeo¹⁶⁰.

Rispetto a quanto esaminato sinora, la Nov.117 – costantemente richiamata dai criminalisti – introduce un regime di favore per quanti sospettano delle proprie mogli e delle loro frequentazioni. La norma, come abbiamo visto, fa scattare la *flagrantia* ogniqualvolta – dopo tre contestazioni scritte – il sospetto drudo è scoperto a conversare con la donna. Nel caso vengano sorpresi in luogo non sospetto, sarà avviato un processo sommario; ma se i due saranno scovati «in sua domo aut ipsius uxoris aut adulteri aut in popinis aut in suburbanis, esse licentiam marito propriis manibus talem perimere»¹⁶¹. Farinacci fa notare come, in virtù di tale disposizione, il marito può agire senza considerare la condizione del rivale, «etiam non inventus in turpitudine, et in rebus venereis» e comunque al di fuori delle anguste mura domestiche in cui la *lex Iulia* confinava lo *ius occidendi*¹⁶².

¹⁵⁷ Casa in affitto, «sed domus et pro domicilio accipienda est»: D.48.5.23.2.

¹⁵⁸ Cfr. Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXXI, n.88, p.155.

¹⁵⁹ Per il dibattito su tale dottrina, Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXXI, nn.83-84, p.154.

¹⁶⁰ Ricca la bibliografia sul personaggio. Ci si limita ad alcuni titoli: Watkins, *Gesualdo: the man and his music*, Oxford 1973; Iudica, *Il principe dei musicisti*, Palermo 1993; Vaccaro, *Carlo Gesualdo principe di Venosa. L'uomo e i tempi*, Venosa 1998; Cavina, *Nozze di sangue*, cit., p.81; Iudica, *Il caso Gesualdo*, Milano 2013.

¹⁶¹ Nov.117.15. Partidas, 7.17.12: «Si el marido lo hallare después de eso a aquel hombre con ella en alguna casa o lugar apartado e lo matare, no debe recibir pena ninguna por esto».

¹⁶² Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXXI, nn.125-127, p.158. Si dilunga su tale procedura Nevizzano, *Sylva*, cit., I, nn.102-106, pp.59-61, che riporta la formula della contestazione: «In Dei nomine Amen. Anno Mccccxvix indictione quinta, die xvii Februarii, ego Martinus de Cornigliano, in his scriptis denuntior, et protestor tibi Tristano de Bravis, sicut habeo te suspectum de adulterio cum uxorem meam. Et quia nihil habes cum ea agere, me invito, abstine in posterum ne cum ea convenias, nec cum ea loquaris: quod si fueris ausus tentare, denuntio, protestor, et contestor in his scriptis quod contra te utar remedio et executione mihi a iure concessis. Et ut maiorem fidem huic meæ denuntiationi adhibeas, hanc denuntiationem et contestationem in his scriptis poni rogavi, et per infra scriptos tres testes subsignari». Pietro Teodorico, *Judicium*, cit., cap.VI, aphor.III, nn.100-103, pp.778-779 traduce la formula in tedesco e annota che «ut plurimum talia spernentes consueverunt esse potentes, non viles, quia essent magis timidi». Cfr. Carerio, *Pratica*, cit., tr. de homicidio, par. Nono excusatur, nn.5-6, fol.197A; Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., pp.63-64; de Damhouder, *Praxis*, cit., cap.LXXX, n.16, fol.71A; Gómez, *Ad leges Tauri*, cit., pp.578.

Chi può uccidere, può anche legittimamente optare per una reazione minore: *iniuria* verbali e fisiche, spinte fino all'umiliazione e alla castrazione¹⁶³. Padre e marito, come giudici criminali, godono di vasti poteri e, soprattutto, di *propria autoridad*. È possibile configurare qualcosa di simile rispetto allo *stuprum*? Apparentemente no: uno dei presupposti per l'esercizio dello *ius occidendi* è che la donna sia *nupta*¹⁶⁴. Rispetto allo *stuprum cum vidua*, poi, non sembra sorgere alcun dubbio: il padre non dispone di *potestas*, ed anche per quanto attiene l'*accusatio* non gode di *ius præcipuum*¹⁶⁵. Tuttavia, forzando la legittima difesa, si riesce a configurare un potere analogo. Pur non potendosi qualificare come atto di giustizia domestica, la *defensio* non è facoltà concessa dallo Stato: scaturisce, infatti, direttamente dal diritto naturale¹⁶⁶. Ma siccome il figlio è «parentum suorum substantialis pars», allora il padre che uccide l'aggressore della figlia è scusato, perché difende sé stesso¹⁶⁷. Difficile, però, distinguere l'aggressione reale da un rapporto consensuale: come sappiamo, il diritto comune fatica ad ammettere la piena volizione della *virgo*. Sul punto, i criminalisti latitano¹⁶⁸: non fanno cenno alla *vis* – pur richiesta dal modello romano¹⁶⁹ – mentre si prodigano in analogie con l'*adulterium*, richiamando il *iustus dolor* e lasciando pensare che la volontà femminile sia irrilevante¹⁷⁰. Tuttavia – proprio perché non si tratta di *vindicta* ma di *defensio* – il padre può opprimere lo

¹⁶³ D.48.5.23.3: «Sed qui occidere potest adulterum, multo magis contumelia poterit iure adficere». «Sicut patri licitum est, adulteram filiam, et adulterum occidere, ita, et multo magis ei licet, aliam ipsis injuriam inferre, et verbalem, et personalem»: Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXI, n.12, p.146. «Contumelia intellige, non tam verbis factam: levior enim foret pro admissio, quam factam re et manu, ut si quis pugnis, vel loris concidatur, si nudus domo exigatur, aut simile quid sustinere coactus sit. Sed etsi castretur, aut aure, vel naso mutiletur, non male dixeris impune id esse debere»: Matthes, De criminibus, cit., lib.XLVIII, tit.III, cap.III, n.18, p.307.

¹⁶⁴ Carerio, Pratica, cit., tr. de homicidio, par. Octavo excusatur, n.11, fol.199A; *additio* n.170 di Baiardo a Claro, Practica, cit., par. Homicidium, fol.66B.

¹⁶⁵ Deciani, Tractatus, cit., t.II, lib.IX, cap.XV, n.19, p.389; Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXI, n.37, p.149. Il riferimento è a D.48.5.23.1.

¹⁶⁶ «Omnibus licet se defendere etiam animalibus, et brutis»: Carerio, Pratica, cit., tr. de homicidio, par. Circa secundum, n.1, fol.171B. Marsili, Commentaria, cit., ad legem Corneliam de sicariis, r. legis C. is qui aggressorem, n.4, fol.99A. Farinacci, Praxis, cit., pars quarta, q.CXXIV, n.10, p.211; Carpzov, Practica, cit., pars I, q.XXVIII, n.4, p.130

¹⁶⁷ De Damhouder, Praxis, cit., cap.LXXX, n.13, fol.70B. Un concetto che prende spunto da D.4.2.8: «nihil interest in se quis veritus sit an in liberis suis, cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur». «Sicut potest seipsum defendere, et occidere defendendo, ita et filium possit defendere occidendo (...) nam filius pars est viscerum patris, et matris (...) videmus enim animalia salutem filiorum tueri, ex quadam naturali iustitia insita, quæ hoc dictat omnibus animantibus, et feris bestiis»: Carerio, Pratica, cit., tr. de homicidio, par. Quinto excusat, n.30, fol.168B. «Pater et filius censentur una et eadem persona»: Marsili, Commentaria, cit., ad legem Corneliam de sicariis, r. legis D. inauditum filium, n.4, fol.13A. «Non enim nos ipsos tantum, sed etiam alios injuste offensos, et in periculo constitutos defendere, eorumque aggressores occidere possumus» annota Carpzov, specificando che tale prerogativa va esercitata specie nei confronti dei figli «in quibus salvatur pater, et paterni nominis diuturnitas custoditur (...) et cum quibus est una caro, ut proinde parens contra stimulos naturales faceret, si filiorum tutelam subire renueret»: Carpzov, Practica, cit., pars I, q.XXXII, nn1 e 4, p.156.

¹⁶⁸ Con la sola eccezione di Marsili, Commentaria, cit., ad legem Corneliam de sicariis, r. legis D. item divus, n.1, fol.12B : «quod occidi potest impune stuprans filiam vel neptem et similes per vim. Nam si stupraret sine violentia, non liceret patri illum occidere».

¹⁶⁹ Testuale D.48.8.1.4: «Qui stuprum sibi vel suis per vim inferentem occidit, dimittendum»

¹⁷⁰ Al *iustus dolor* i giuristi assimilano il *iustus metus*, ammettendo anche la difesa preventiva: Grammatico, Decisiones, cit., dec.V, n.2, foll.8B-10B.

stupratore, ma non la fanciulla¹⁷¹. A ben vedere, egli non difende soltanto sua figlia, ma soprattutto il suo onore, bene tanto prezioso da essere equiparato alla vita¹⁷². Non c'è dubbio sulla configurabilità dell'*excusatio honoris* in caso di *stuprum*¹⁷³: «quia plus est stuprum, quam mors, et maior est timor stupri, quam mortis»¹⁷⁴.

Nel delineare tale *excusatio*, però, i giuristi hanno ben chiaro il modello dello *ius occidendi*: non di rado, la topografia dei due istituti lo mostra chiaramente. Costruzione interpretativa, ma obbligata: d'altro canto, il *Codex* stabiliva espressamente il diritto di uccidere chi è sorpreso a rapire vergini, vedove, monache e coniugate¹⁷⁵. Se ne poteva desumere un principio generale per legittimare la difesa in caso di qualunque aggressione – tentata o consumata – alla pudicizia¹⁷⁶.

7. Quinto: non uccidere

¹⁷¹ In questo la differenza con lo *ius occidendi* per adulterio. D'altra parte, la *puella* si presume sedotta, non colpevole. Leggendo tra le righe, però, s'intuisce che i padri sono soliti scagliarsi anche contro le figlie *volentes*. Un abuso che desta seria preoccupazione. È per questo che i tribunali non riconsegnano mai le *stuprate* ai genitori senza fideiussione: bisogna garantire la loro incolumità. Cfr. Follerio, *Canonica Criminalis Praxis*, cit., pars II, cap.19, n.15, p.223-224; *additio* n.21 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par.*Stuprum*, fol.93B.

¹⁷² «Etiam pro conservatione sui honoris licita est defensio, cum honoris causa, et vitæ æquiparentur»: questa l'opinione di un buon numero di giuristi, elencati da Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXXV, n.41, p.214. Tra costoro anche Claro, *Practica*, cit., par. *Homicidium*, n.26, fol.51A.

¹⁷³ Si dubita, invece, della portata generale dell'*excusatio honoris*. Non manca chi sostiene un “codice cavalleresco” per cui «pro defensione honoris non licere ab initio interficere, sed solum resistere, et si postea ex hac resistentia ponatur resistens in discriminæ vitæ, tunc utique erit etiam licitum occidere». Da parte sua, Farinacci è contrario ad un'estensione indiscriminata oltre le ipotesi testuali, «quod quis posset interficere volentem verbali iniuria afficere»: Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXXV, n.42, pp.214-215.

¹⁷⁴ Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXXV, nn.44-46, p.215. «Patri similiter permittitur necessaria defensio filiæ, contra famulum, aut filiam constuprantem, aut filiam moribus, indicisque apertis constuprare conantem, adeo ut si hunc oppressorem in furore interimat, culpa vacat»: de Damhouder, *Praxis*, cit., cap.LXXX, n.14, fol.70B. Pertanto – considerando che la reazione è finalizzata all'onore paterno e che, nell'immediatezza del gesto, non è possibile indagare la volontà femminile – si capisce quanto poco importi, di fatto, la differenza tra *stuprum cum vi* e *stuprum sine vi* ai fini dell'*excusatio*.

¹⁷⁵ C.9.13.1.1 estendeva la cerchia dei legittimati fino a includere tutti i consanguinei: uno *specialia raptus* che si giustifica in nome dell'estrema atrocità del reato. Cfr. Carerio, *Practica*, cit., tr. de homicidio, par. *Octavo excusatur*, n.9, fol.196A; de Damhouder, *Praxis*, cap.LXXX, n.21, fol.71A; Deciani, *Tractatus*, cit., t.II, lib.VIII, cap.VIII, n.2, p.305 e t.II, lib.IX, cap.XV, n.23, p.388; Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXXI, n.52, p.150.

¹⁷⁶ Per la sodomia, cfr. i casi citati nell'*additio* n.285 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par. *Homicidium*, fol.69B. Per l'incesto, cfr. le brevi osservazioni di Prospero Farinacci sul caso Cenci (1599), nel quale ricoprì l'incarico di difensore della giovane nobildonna, inquisita per l'omicidio del padre. «Et ex hac illatione ego alias dicebam, quod si Franciscus Cincius cognoscere tentasset (prout fuit articulatum, sed non probatum) Beatricem eius filiam, non poterat eadem Beatrix propter procuratam paternam necem, morti tradi». Infatti se è vero – come voleva Deciani – che un padre può uccidere la figlia pur di evitare l'ignominia dello stupro, «sic et e contra magis excusari debet filia occidens patrem volentem ipsam stuprare». Né può presumersi padre colui che violenta la figlia: Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXX, n.172, p.143. La ragazza sarà condannata a morte: fino alla fine rifiuterà di sposare la tesi difensiva del suo avvocato, negando di aver subito le insidie paterne. A rendere fragile la sua posizione, però, anche le modalità dell'omicidio, premeditato coi fratelli e differito rispetto alla congiunzione carnale.

Come si pone la Chiesa di fronte a una pratica così radicata? La sostanziale resa delle leggi laiche trova conferma nelle pagine di canonisti e teologi? Il tema dello *ius occidendi* segna una delle maggiori differenze tra i due diritti: in nome del *non moechaberis*, la Chiesa non può giustificare alcuno spargimento di sangue: «nam ius canonicum observat ad unguem et exacte præceptum Dei, Non occides»¹⁷⁷. Il precetto divino è categorico, ed ammette eccezioni solo in presenza di un giusto comando dell'autorità politica. Pertanto, l'idea che un privato possa condannare a morte *auctoritate propria* ripugna la dottrina cattolica¹⁷⁸.

Il *Decretum* raccoglie una serie di passi che testimoniano come sin dai primi secoli la Chiesa si fosse opposta allo *ius occidendi*. La vibrante epistola di Stefano V ad Astolfo, che non aveva nemmeno sorpreso la moglie sul fatto, proibisce categoricamente la vendetta. La *ratio* è chiara: «Non enim vult Deus mortem peccatoris, sed ut convertatur ad penitenciam, et vivat». La corposa penitenza intimata dal Pontefice verrà seguita alla lettera: il Re longobardo, lasciata la corona, si ritira a Montecassino¹⁷⁹. In questi casi, peraltro, al penitente è precluso un secondo matrimonio, fatta eccezione per i più giovani¹⁸⁰. La posizione canonistica appare rigorosa, eppure necessita di alcune precisazioni. Dalla compilazione di Graziano non emerge una condanna netta della pena capitale: a seguito di un regolare processo laico, il risultato potrà tradursi nell'esecuzione degli adulteri. Certo, i Pontefici preferirebbero scongiurare tale esito: ma ciò che sta più a cuore è l'attribuzione della vendetta alle sole istituzioni pubbliche¹⁸¹. Nonostante la vicenda di Astolfo clamorosa ma personale – si percepisce nettamente la differenza tra il piano della legge secolare e quello della legge canonica: quest'ultima si rivolge ai fedeli in quanto tali, ma è priva di conseguenze nell'altro ordinamento. Alla domanda «utrum marito illius liceat secundum mundanam legem eam interficere», il capitolo *Inter hæc* lascia insoluto il problema della prevalenza di un diritto sull'altro, e risponde esaltando autonomia e mitezza del diritto canonico¹⁸². Sarà la Chiesa bassomedievale, con le sue pretese ierocratiche, a spezzare gli equilibri, pretendendo che la *lex nutritiva peccati* sia

¹⁷⁷ Deciani, *Tractatus*, cit., t.I, lib.II, cap.XIX, n.8, p.63.

¹⁷⁸ Cfr. *Decr.* C.23, q.V, c.9. Soto ricorda l'affermazione agostiniana nel *De civitate Dei*, per cui «Qui sine aliqua publica administratione maleficum occiderit, velut homicida iudicabitur»: de Soto, *De iustitia et iure*, cit., lib.V, q.I, art.III, fol.139B.

¹⁷⁹ *Decr.* C.33, q.II, c.8.

¹⁸⁰ L'*incontinentia* giovanile giustifica l'eccezione. La logica del divieto è quella di evitare la strumentalizzazione dell'uxoricidio. Cfr. *Decr.* C.33, q.II, c.5; *Decr.* C.33, q.II, c.8 e *dictum ante Decr.* C.33, q.II, c.10.

¹⁸¹ *Decr.* C.33, q.II, c.8: «Prius causa criminis subtiliter erat investiganda, et tunc, si ita fuisset inventa, secundum legis tramitem debuit excipere ultionis vindictam. Nam si verum (quod absit) fuisset, sicut adulter mentitus est, post septem annos peracta penitencia dimittere eam per approbatam causam poterat, si voluisses; occidere tamen eam nullatenus debuisti»; *Decr.* C.33, q.II, c.5: «Interfectores suarum coniugum sine iudicio, cum non addis, adulterarum, vel aliquid huiusmodi, quid aliud habendi sunt quam homicidæ, ac per hoc ad penitenciam redigendi?».

¹⁸² *Decr.* C.33, q.II, c.6: «Inter hæc vestra sanctitas addere studuit, si cuius uxor adulterium perpetraverit, utrum marito illius liceat secundum mundanam legem eam interficere. Sed sancta Dei ecclesia numquam mundanis constringitur legibus; gladium non habet, nisi spiritualem; non occidit, sed vivificat».

nulla¹⁸³; intanto, con la costituzione di un vero e proprio Stato Pontificio, si afferma il principio per cui *in terris Ecclesiae* le leggi civili s'intendono abrogate se contrarie ai canoni. Il Cinquecento, che per tanti aspetti matura una torsione già sperimentata nel laboratorio romano, conosce questi dati e s'interroga sulla sostenibilità di un istituto così sanguinario¹⁸⁴. Con l'ansia religiosa tipica del tempo, il giurista prende atto di una contraddizione stridente ma inevitabile: tiene distinti i piani ma avverte il problema di una legge che abilita al peccato. A risolvere il dilemma non basta la decretale *Si vero*, che pure esenta dalla scomunica chi aggredisce un chierico «cum uxore, matre vel sorore vel filia propria turpiter inventum»¹⁸⁵: viene meno una sanzione – peraltro in un caso speciale – non l'illiceità complessiva¹⁸⁶.

La teologia morale ripropone il problema in altri termini: la domanda non riguarda più i due ordinamenti, ma il rapporto tra legge laica e coscienza¹⁸⁷. Sono i teologi a pungolare i giuristi, traducendo il concetto canonico di *lex nutritiva peccati* in quello tomista di *lex iniusta*. Esempio il discorso di Soto. Le leggi ingiuste si considerano nulle: in questo caso, però, il diritto romano non prescriveva un comportamento attivo, limitandosi piuttosto a non comminare la pena. Scelta ammissibile per ragioni di opportunità: il fatto, però, resta peccato mortale per chi lo compie perché «nemo antequam iudicetur adiudicandus est morti». Ma in Spagna le *Leyes de Toro* stabilivano anche un'altra possibilità. Al termine di un regolare processo, gli adulteri sono lasciati in potere del marito: in tal caso, è moralmente lecito optare per la morte? Alcuni condannano anche in tal caso: il giudice non obbliga il marito come fosse un carnefice, ma gli offre la possibilità

¹⁸³ L'idea nasce con tre capitoli di Innocenzo III (X.2.26.20), Onorio III (X.1.4.10) e Gregorio IX (X.1.4.11). Le tre norme, pur non riguardando lo *ius occidendi*, finiscono per delineare un principio generale. Cfr. Bellini, *Respublica sub Deo*, cit., pp.119-121.

¹⁸⁴ «Advertendum tamen quod videtur quod nostra lex Regia et prædicta iura quæ permittunt maritum posse occidere uxorem et adulterum in flagranti delicto, non procedant nec debeant servari tanquam iniqua, quia præpono quod omnis lex nutritiva peccati est nulla et non servanda»: Gómez, *Ad leges Tauri*, cit., p.576. «Adulterum qui est securus a lege, ut in casibus prædictis, habere locum, et esse securum in terris Imperij, et non ecclesiae»: Carerio, *Practica*, cit., tr. de homicidio, par. Nono excusatur, n.21, fol.198A. «Omnis enim licentia occidendi adulteram, vel adulterum in terris ecclesiae etiam in foro seculari hodie de iure canonico est correctæ, et interdica, cui standum est, et non iuri civili, quando agitur de peccato (...) ea ratione, quia lex civilis est nutritiva peccati, ergo non potest obligare»: Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., pp.66-67. Cfr. le *additiones* nn.173 e 179 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par. Homicidium, fol.66B.

¹⁸⁵ X.5.39.3: «Nec ille compellendus est ad sedem apostolicam venire, qui in clericum, cum uxore, matre vel sorore vel filia propria turpiter inventum, manus iniecerit violentas. Ceterum, si eum in stupro vel adulterio, quod committit cum ea, quæ ipsum ita proxima consanguinitatis linea non contingit, ceperit, aut alias in eum violentas manus iniecerit, non erit a sententia illius excommunicationis immunis». Norma tanto più significativa in quanto deroga alla scomunica *latæ sententiæ* del capitolo *Si cum suadente diabolo* (*Decr. C.17, q.IV, c.29*). I giuristi cinquecenteschi tengono ben presente tali riferimenti. «In tantum est verum quod potest occidere adulterum repertum in flagranti delicto, ut procedat et habeat locum etiam si sit clericus constitutus in sacris: et per hoc maritus non incurrit sententiam excommunicationis text. Cap. si quis suadente. 17.q.4 per rationem superiorem: quia iustus dolor excusat (...) Item quia provocatus videtur facere ad suam defensionem. Item etiam quia nulla iniuria iam videtur fieri ecclesiae quæ præterdit se iniuriatam ratione ordinis clericalis: quia illud quod licitum est respectu principalis offensi, debet esse licitum respectu alterius tertij, qui dicitur offensus in quandam consequentiam»: Gómez, *Ad leges Tauri*, cit., p.576. Cfr. Nevizzano, *Sylva*, cit., I, n.100, p.58; Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.64; Claro, *Practica*, cit., par. Homicidium, nn.49, fol.53B; *additio* n.171 di Baiardo a Claro, *Practica*, cit., par. Homicidium, fol.66B.

¹⁸⁶ Come nota puntualmente Follerio, *Canonica Criminalis Praxis*, cit., pars II, cap.17, n.39, p.204.

¹⁸⁷ Trasformazione chiaramente avvertita da Farinacci, *Praxis*, cit., pars quarta, q.CXXII, n.124, p.158.

di scegliere. La responsabilità morale, pertanto, ricadrà su di lui. Il Domenicano, al contrario, considera il marito *tutus in conscientia*: «nam etsi non institatur ut necessarius minister iustitiæ, instituitur tamen liber»¹⁸⁸. Il discorso di Soto è ormai distante dal Medioevo: lo *ius occidendi* è condannato in quanto manifestazione di un potere privato, irriducibile a una sfera pubblica che ha ormai individuato il suo centro nello Stato¹⁸⁹; ma se il potere di uccidere non è frutto di mera *permissio*, ma di *concessio*, allora diviene moralmente accettabile¹⁹⁰. Argomentazioni che, pur contraddicendo in parte la legge positiva, si fondano su una visione monopolistica della violenza, di cui la Seconda Scolastica si fa teorica. La realtà quotidiana è diversa, ma i lucidi discorsi salmantini sono forieri di una costruzione giuridica nuova¹⁹¹.

Diversamente, Giulio Claro si fa paladino della liceità morale dello *ius occidendi*. Utilizzando la logica della *lex nutritiva peccati*, ma ribaltando la prospettiva, il Senatore non ammette la possibilità di una legge che autorizzi il peccato mortale. La legge è giusta in quanto legge, ed ha la forza di scusare anche «in foro conscientiæ», purché il sangue sia versato «zelo reipublicæ» e non per interesse proprio. L'autore si espone con toni accesi, senza nascondersi, sebbene parli *in munere alieno*¹⁹². Soto e Claro: sul punto, due posizioni diametralmente opposte. Ma entrambi, per vie diverse, contribuiscono alla costruzione di un nuovo assetto funzionale allo Stato¹⁹³.

¹⁸⁸ De Soto, De iustitia et iure, cit., lib.V, q.I, art.III, fol.139B. La soluzione porta con sé un'altra conseguenza: solo laddove l'omicidio è moralmente illecito, l'adultero può lecitamente difendersi; viceversa, è tenuto a consegnarsi. Cfr. Deciani, Tractatus, cit., t.II, lib.IX, cap.XV, n.40, pp.390-391; *additio* n.172 di Baiardo a Claro, Practica, cit., par. Homicidium, fol.66B; Azor, Institutiones morales, cit., pars III, lib.II, cap.II, col.131; Lessio, De iustitia et iure, Mediolani 1613, lib.II, cap.IX, dub.V, pp.68-69; Diana, Summa Diana, par. Adulterium, n.4, p.24.

¹⁸⁹ «Soli reipublicæ, principique, ac publico magistrato licitum est occidere (...) ergo illi præcise incumbit, cui cura commissa est et custodia communis boni: quemadmodum amputatio membri, quæ proficua est corpori, medico præcise incumbit»: de Soto, De iustitia et iure, cit., lib.V, q.I, art.III, foll.138B-139A.

¹⁹⁰ In questi termini Sánchez, De Sancto Matrimonii, cit., lib.X, disp.VIII, nn.37-44, pp.302-304. Ragionamento articolato, francamente legicentrico, sviluppato con argomenti diversi da quelli di Soto ma risolto con conclusioni analoghe.

¹⁹¹ Mereu, Storia del diritto penale, cit., p.286; Meccarelli, Arbitrium, cit., pp.47-51

¹⁹² «In foro conscientæ non licet patri, neque marito, neque filiam, neque uxorem neque adulterum in adulterio deprehensos interficere (...) Et ideo peccant mortaliter eos occidendo. Hæc tamen opinio mihi nunquam placuit, impium est enim iudicio meo dicere, apud nos vigere aliquam legem, quæ peccatum mortale committi permittat». L'Alessandrino paragona, quindi, gli adulteri ai banditi: in diversi ordinamenti è previsto che costoro possono liberamente essere uccisi da chiunque. «Sed nunquid stante hoc statuto, licitum erit tales bannitos offendere et occidere etiam in foro conscientiæ? (...) Ego vero excusarem a peccato mortali eum, qui bannitum lege vel statuto permittente interficeret, ne dicamus apud Christianos permitti leges nutritivas peccati mortalis». Claro, Practica, cit., par. Homicidium, nn.59 e 54, foll.53v-54r. Cfr. Minnucci, Alberico Gentili, cit., pp.90-94.

¹⁹³ Se l'esito statalista è lo stesso, la diversità di percorsi non va sottovalutata. Soto monopolizza la violenza proseguendo sulla linea tracciata da Sant'Agostino: allo stesso tempo, preserva la dualità tra leggi della coscienza e leggi secolari. Le due leggi possono avere contenuti diversi, apparentemente opposti, ma non necessariamente configgenti. Sono, comunque, ordinate a fini dotate diversi. È la stessa logica che sancisce l'illiceità morale della prostituzione, ma ne consente l'esercizio. Claro, viceversa, conserva l'antica vendetta, benché la giustifichi in base alla legge statale e non in virtù di un diritto originario. Ma il suo discorso è totalizzante, perché concede allo Stato il potere di omologare le leggi della coscienza alle proprie. È la tendenza – tipicamente moderna – che porta al monismo tra etica e diritto.

8. *La Penitenza sacramentale: un giudizio di precetto*

Il celebre canone *Omnis utriusque sexus* si rivolgeva a tutti i fedeli, uomini e donne, pervenuti «ad annos discretionis» e quindi capaci di dolo¹⁹⁴. La norma, solennemente ribadita dal Concilio di Trento, imponeva l'obbligo *de iure humano* di confessarsi almeno una volta l'anno¹⁹⁵. Non c'è un momento preciso in cui adempiere: tuttavia, il nesso tra Penitenza ed Eucaristica¹⁹⁶ sollecita a confessarsi specialmente durante la Quaresima, in vista del precetto pasquale¹⁹⁷. La Chiesa tridentina approva sommamente questo uso osservato «cum ingenti animarum fidelium fructu»: consuetudine dalla quale, però, non scaturisce obbligazione¹⁹⁸. Di certo, però, la Pasqua è *termine a quo* da tener presente nel computo. Chi non si confessa almeno una volta l'anno non solo pecca mortalmente e incorre nella pena eterna, ma è interdetto dall'ingresso in chiesa. L'*interdictum* è pena medicinale che, in questo caso, non opera *ipso iure*, ma necessita di specifico provvedimento del tribunale vescovile; laddove il reo morisse in questo stato, gli sarebbe preclusa la sepoltura ecclesiastica¹⁹⁹. È possibile contravvenire al precetto sia in modo omissivo – e cioè non presentandosi in confessionale – sia in modo commissivo – ovvero con una confessione «voluntarie nullam, et scienter invalidam, et sacrilegam»²⁰⁰.

Nell'Italia confessionale, peraltro, esistono mezzi precisi per rendere effettivo il precetto. Insieme ai registri di battesimo e comunione, compaiono anche registri volti ad attestare l'avvenuta confessione. Indubbiamente, questo «strumento burocratico che presuppone un'organizzazione territoriale del controllo» mostra tratti polizieschi²⁰¹. «Se il fedele si è confessato altrove, deve portare un attestato – una “fede” – redatto dal confessore» e consegnarlo al momento della comunione²⁰². Ciononostante, non sarebbe

¹⁹⁴ Il canone XXI del Concilio Lateranense IV è riportato in X.5.38.12. Cfr. Rusconi, *L'ordine dei peccati*, cit., pp.9-54

¹⁹⁵ Concilio di Trento, sess.XIV, cap.V *de poenitentia* e can.VIII *de poenitentia*. Rispetto al precetto divino che aveva istituito il Sacramento, dunque, i canoni lateranense e tridentino vanno interpretati come «determinatio quoad tempus»: Regnault, *Praxis*, cit., p.278.

¹⁹⁶ Segnalato in Concilio di Trento, sess.XIII, cap.VII *de eucharistia* e can.XI *de eucharistia*: non ci si può comunicare se non si è in stato di grazia.

¹⁹⁷ L'obbligatorietà della comunione pasquale è ribadita da Concilio di Trento sess.XIII, cap.IX *de eucharistia*.

¹⁹⁸ Concilio di Trento sess.XIV, cap.V *de poenitentia*. Ma già il canone lateranense aveva accennato alla confessione come mezzo per accedere al Sacramento pasquale. Cfr. Regnault, *Praxis*, cit., pp.283-284; *Acta sinodalia*, cit., p.237.

¹⁹⁹ X.5.38.12. Cfr. Regnault, *Praxis*, cit., pp.278-279.

²⁰⁰ Ferraris, *Prompta bibliotheca*, cit., t.VII, p.209; Regnault, *Praxis*, cit., p.279. Per questo, nel 1665, Alessandro VII aveva condannato la proposizione: «Qui facit Confessionem voluntarie nullam satisfacit præcepto Ecclesiae»: cfr. Avvertimenti di San Carlo per li confessori, cit., pp.69-70.

²⁰¹ Prospero, *Tribunali della coscienza*, cit., p.290-298. Con toni più benevoli Prodi, *Una storia della giustizia*, cit., p.287; Rusconi, *L'ordine*, cit., pp.310-322. La registrazione è espressamente prevista da *Acta sinodalia*, cit., p.241.

²⁰² Prospero, *Tribunali della coscienza*, cit., p.296. «Confessionis testimonium signatum ne dare omittat peccata confessis in Pascha, ut de ea Parochis constet»: *Acta sinodalia diocesana Ecclesiae Mediolanensis*, cit., p.241. Simili tecniche, d'altra parte, erano state sperimentate in Spagna già dal Quattrocento, per ovviare al problema delle false conversioni. Con la costituzione *Super gregem dominicum* (1566), Pio V ordina ai medici di non curare i malati finché questi non avessero prima curato i mali dell'anima con la confessione (attestata anche in questo caso tramite fede scritta); solo dopo tre giorni, il medico può intervenire anche in mancanza di Sacramento. Cfr. Regnault, *Praxis*, cit., p.281. La norma non trova applicazione, ma dà idea del

corretto legare il successo della Penitenza ad una politica d'imposizione: molto più dei registri, conta la pastorale volta a recuperare la figura del confessore-medico. La direzione spirituale gesuita significa confronto costante con un sacerdote confidente, comportando una pratica della confessione assai più frequente di quanto prescrivesse il Lateranense IV, che viene così superato dai fatti. Nel solco del disciplinamento tridentino, i peccati sessuali diventano materia prevalente in confessionale; la stessa teologia morale si specializza in opere talmente certosine da risultare persino morbose²⁰³.

9. *Il procedimento di foro interno*

A detta di Tiberio Deciani, nel giudicare l'adulterio in confessionale, «neque solemnitates iudiciorum, neque ordo iuris servabitur»²⁰⁴. È il parere di un giurista abituato a studiare procedure ben più complesse. Ciononostante, il Professore non nega la natura giudiziaria del Sacramento: piuttosto, la focalizza con le categorie del processo sommario, nel quale ampio spazio è riconosciuto all'arbitrio del giudice.

Si tratta, peraltro, di un'osservazione imprecisa. La Penitenza tridentina, infatti, conosce solennità e scansioni ben definite. Il Concilio stesso ne ha fissato la dottrina, individuando gli elementi fondamentali; le normative diocesane e la manualistica per confessori ne hanno cesellato il rituale in modo scrupoloso. «Sunt autem quasi materia huius sacramenti ipsius poenitentis actus, nempe contritio, confessio, satisfactio (...) in poenitente ad integritatem sacramenti (...) requiruntur»²⁰⁵. Il primo passaggio è dunque un atto interno al peccatore stesso: il dolore dell'animo e la detestazione del peccato. La *contritio* – che dev'essere libera e volontaria – implica il proposito di non ricadere in futuro, oltre alla cessazione della condizione irregolare attuale²⁰⁶. Non si limita, perciò, ad un mero stato d'animo, ma è atto della volontà che scaturisce da un diligente esame di coscienza. In questa pratica, preliminare ad ogni confessione, l'uomo giudica sé stesso tenendo presente prima il Decalogo, poi i sette vizi capitali²⁰⁷. Mosso dalla contrizione, il fedele si reca dal sacerdote.

clima di questi anni. Cfr. Prospero, *Tribunali della coscienza*, cit., pp.469-473; Rusconi, *L'ordine*, cit., pp.311-312. In realtà, la bolla riprende una vecchia norma (X.5.38.13), aggiungendole la facoltà d'intervenire comunque dopo tre giorni.

²⁰³ «Fino al 1540, nei manuali per confessori e penitenti il peccato trattato con più attenzione fu l'avarizia; dopo quella data, fu la lussuria»: Prospero, *Tribunali della coscienza*, cit., p.509 ma anche pp.512-513 e 524-525.

²⁰⁴ Deciani, *Tractatus*, cit., t.I, lib.IV, cap.XXVI, n.7, p.296.

²⁰⁵ Concilio di Trento, sess.XIV, cap.III *de poenitentia*; cfr. pure Savelli, *Summa*, cit., III, par.Poenitentia, n.26, p.401. Delle tre componenti, il Luteranesimo rigettava proprio la terza, che si sostanzia nel compimento di buone opere: cfr. *Confessio Augustana*, 1.12.

²⁰⁶ Già *Decr. D.3 C.1 de poen.* affermava: «Poenitentia est mala præterita plangere, et plangenda iterum non committere». Nonostante alcune perplessità, i Padri conciliari giudicano sufficiente una forma imperfetta di contrizione, l'*attritio*, nella quale il dolore è cagionato dal timore del castigo divino. Cfr. Rusconi, *L'ordine*, cit., p.311

²⁰⁷ *Acta sinodalia*, cit., p.239.

Questi – dopo aver compiuto le interrogazioni preliminari sull'identità del penitente al fine di accertare la propria competenza²⁰⁸ – avvia il giudizio secondo le formule prescritte. Propone poi ulteriori domande per assicurarsi dell'effettiva contrizione. Il *propositum* gioca, in questa fase, un ruolo chiave: il confessore deve rendersi conto della reale disponibilità all'emenda e a fuggire finanche le occasioni prossime²⁰⁹.

Dopo che il sacerdote ne ha saggiato le cognizioni base²¹⁰, si passa alla fase della *confessio* durante la quale il reo – in ginocchio davanti al sacerdote – ammette le proprie colpe per ottenerne il perdono. La posizione del peccatore evidenzia la sua qualità di supplice al cospetto di un giudice misericordioso²¹¹. «Materia necessaria» della confessione sono i peccati mortali *post Baptismum*, mentre i veniali costituiscono «materia non necessaria, sed idonea»²¹². Il Concilio è chiaro in tal senso, raccomandando specificamente di confessare tutti i *mortalia* – sia occulti che manifesti – di cui si conserva memoria²¹³. Nell'atto di accusa, il penitente deve specificare il numero delle volte in cui è caduto in tentazione (nel dubbio, fornire un'indicazione verosimile) ed indicare le *circumstantiae mutantis speciem*, cioè quelle che trasformano un peccato in altro: non è invece tenuto a confessare *circumstantiae aggravantes e minuentes*²¹⁴. La casuistica approfondisce i casi in cui il *discrimen* tra le due tipologie di circostanza non è chiaro²¹⁵.

²⁰⁸ Sono quelle che Regnault, Praxis, cit., pp.79-80 definisce «interrogationes præmittendæ ante confessionis inchoationem». «Parochus item interrogabit, an (...) sit de parochie, si dubitet»: Acta sinodalia, cit., p.240.

²⁰⁹ Chi pecca *de sexto*, ad esempio, deve evitare frequentazioni femminili che potrebbero causare nuove cadute, secondo la massima «si oculus tuus dexter scandalizat te, erve eum et proice abs te» (Mt V, 29): un allarme ancor più giustificato in caso di coabitazione. Cfr. Regnault, Praxis, cit., pp.80-81, 84 e 112.

²¹⁰ Sono quelle che Regnault, Praxis, cit., p.82 definisce «interrogationes præmittendæ in ordine ad cavendos et supplendos defectus poenitentis», necessarie per una confessione integra. Il rischio di penitenti «rudes» pesa sulla precisione della successiva confessione; perciò il ministro, laddove si accorga dell'ignoranza altrui, è tenuto ad una breve istruzione.

²¹¹ Acta sinodalia, cit., p.239.

²¹² Savelli, Summa, cit., III, par.Poenitentia, n.26, p.401. Se la Penitenza è una «secunda post naufragium tabula» non appare necessaria in caso di peccato veniale, giacché questo «non est naufragium; nec enim frangit innocentiam navem separando hominem a Deo»: Regnault, Praxis, cit., pp.294-295.

²¹³ Concilio di Trento, sess.XIV, cap.V *de poenitentia* e can.VII *de poenitentia*. «Confessionem exteriorem, quæ sacerdoti fit, esse ad salutem necessariam ex Christi institutione, confessionem (inquam) omnium mortalium, tam publicorum, quam occultorum»; è perciò necessaria la «contritio de singulis mortalibus (...) non sufficit contritio generalis, qua doleo me fuisse peccatorem»: Cano, Relectio, cit., pars quinta, foll.28B e pars tertia, fol.18B. I Luterani, invece, non ritenevano necessario enumerare tutti i peccati: Confessio Augustana, 2.25. Cfr. Vidal, Historia de la teología moral, V, 1, cit., p.185.

²¹⁴ Regnault, Praxis, cit., p.296. «Circumstantiæ mutantis speciem, et ex nova specie novam peccato mortalem malitiam adicientes, sunt omnino explicandæ: ut stuprum cum virgine Deo sacra, incestus cum consanguinea, quia vera ibi continentur plura peccata contra plura præcepta»: Cano, Relectio, cit., pars sexta, foll.33B-34A.

²¹⁵ Il tradimento tra *sponsi* – che potrebbe configurarsi come *fornicatio*, ma anche come *stuprum* da parte della fidanzata – non appare assimilabile all'adulterio: la promessa di matrimonio non è *circumstantia mutans speciem* e, pertanto, non va confessata obbligatoriamente. Secondo Diana, Resolutiones morales, Montibus 1636, pars I, tract.VII, res.V, p.89 questa soluzione è «probabilem et tutam in praxi» (ma l'autore dà conto delle opinioni contrarie: il dibattito teologico replica il problema già aperto in ambito giuridico). Un altro nodo riguarda la deflorazione volontaria. Seguendo la vecchia soluzione tomista, bisogna confessare la circostanza che la donna, al momento della copula, fosse vergine. Aderendo alle nuove teorie, invece, la verginità non costituisce *circumstantia mutans speciem*, per cui può essere taciuta. Quando il Teatino scrive il suo trattato (1633), questa opinione è ormai prevalente: Id., Resolutiones morales, cit., pars I, tract.VII, res.XI, pp.90-91. Nonostante tale apertura, l'autore si scaglia contro quei gesuiti che finiscono per ammettere

I peccati di lussuria sono espressamente condannati dal sesto comandamento *Non moechaberis*; a differenza di quanto avviene nel foro esterno, il giudizio penitenziale non valuta solo le opere compiute o tentate, ma anche parole, omissioni e pensieri²¹⁶. Lo spettro del giudicabile si amplia enormemente, se è vero che il confessore considera peccato mortale persino il diniego del debito coniugale, cioè un comportamento meramente omissivo²¹⁷. La stessa definizione di adulterio *in foro poli* è più ampia di quella valida per il foro esterno, giacché persino il sesso matrimoniale può rivelarsi adulterino laddove si ami la propria moglie come si brama un'adultera²¹⁸. Il nono comandamento, *Nec concupisces uxorem proximi tui*, dimostra che nei peccati di lussuria anche la *delectatio* mentale costituisce materia grave²¹⁹.

Per quanto orribili possano rivelarsi i peccati, la *prudentia* impone al confessore di mostrarsi attento ma impassibile: mai deve mostrarsi stupito e scandalizzato, per non compromettere la serenità del penitente durante l'atto di accusa²²⁰. Solo in seguito il sacerdote potrà procedere con esortazioni ed ammonizioni, ma sempre badando a non trasformare il giudizio in una condanna insostenibile: il peccatore riabilitato dovrà uscire dal confessionale con animo sollevato e non atterrito, perché solo così sarà grato per il perdono ricevuto e, dunque, fedele al proposito. La psicologia che ispira questi

l'assimilazione della deflorazione violenta alla *fornicatio cum vi*. In questo caso, la verginità non è mera aggravante, ma muta la specie del peccato.

²¹⁶ Secondo Diurni, *Il Medioevo*, in *Profilo di Storia*, cit., p.17 è proprio questo a tener distinti peccato e delitto, per il quale resta fermo il principio «cogitationis poenam nemo patitur» (D.49.19.18). Conclusione che convince solo a metà. È vero che il diritto criminale umano rimane circoscritto alla sfera esterna delle azioni, differenziandosi da quel diritto divino che giudica anche i pensieri. Ma, come argomentato nel primo capitolo, non si prospetta quella che Diurni definisce «netta distinzione tra peccato e delitto»: più che un *discrimen* di carattere sostanziale, si profila una questione di competenza tra foro esterno e foro interno. *Occultum e manifestum* scaturiscono più dalla difficoltà di provare – e perciò dall'impossibilità di giudicare – che da un astratto principio di materialità (dal quale sfuggirebbe, ad ogni modo, la conclamata eccezione del *crimen hæresis*).

²¹⁷ «Quoad omissionem. An matrimonio coniunctus debitum coniugale negavit coniugi, nullam habens excusationem non reddendi»: Regnault, *Praxis*, cit., p.87. Tuttavia il coniuge adultero perde il diritto di esigere il debito: questa limitazione è concepita come pena accessoria per il delitto: Tesauro, *De poenis*, cit., pars II, v. *Adulterium*, cap.I, p.223.

²¹⁸ Il foro interno può permettersi uno scavo nelle intenzioni più recondite, valutando la qualità dell'amore. Se nel sesso matrimoniale manca l' *affectio* oblativa e l'atto si riduce a mero possesso, c'è adulterio. «Quando quis ita ardentem amat uxorem, quod etiam si non esset uxor, concumbere vellet cum ea, vel a contrario uxor virum»: Angelo da Chivasso, *Summa Angelica*, cit., v. *Adulterium*, n.1, p.34. Diversi i riferimenti nell'opera di Graziano: «Non coniuges, sed adulteri vocantur, qui non secundum precepta Christi iunguntur»: *Decr.* C.32, q.2, c.2. «Nichil est foedius quam uxorem amare quasi adulteram»: *Decr.* C.32, q.4, c.5. «Adulter est (...) in suam uxorem amator ardentior. In aliena quippe uxore omnis amor turpis est, in sua nimius (...) Certe, qui dicunt se causa reipublicæ et generis humani uxoris iungi, et filios procreare, imitentur saltim pecudes, et post, quam venter uxoris intumuerit, non perdant filios, nec amatores se uxoris exhibeant, sed maritos»: *dictum ante Decr.* C.32, q.4, c.6. Anche la medicina consigliava una sessualità moderata tra coniugi: l'intemperanza avrebbe, infatti, alterato gli umori e compromesso la salute della futura prole. Cfr. Klapisch-Zuber, *La donna e la famiglia*, cit., p.343; Le Goff, *Il rifiuto del piacere*, cit., pp.150-152.

²¹⁹ Per Azpliqueta Navarro, in realtà, a tutte le opere peccaminose corrisponde un desiderio vietato: ma in questo particolare ambito – così come nel furto – un divieto esplicito nel Decalogo si è reso opportuno perché «il diletto che nasce dal solo pensiero, ha apparentia di cosa buona, e invita a volerlo»: Azpliqueta Navarro, *Manuale*, cit., p.191; cfr. pp.195 e 444-445. «Sed brevius definiri potest, ut adulterium sit: coitus mentalis, vel realis, per quem alterius thorax violatur (...) mentalis vero, quia quoad forum internum mentalis coitus cum alterius conjugate adulterium est»: Gonzalez Téllez, *Commentaria*, cit., t.V, tit.XVI, cap.III, n.5, p.212.

²²⁰ Turrini, *La coscienza*, cit., p.209.

avvertimenti ai confessori non dista molto da quella che muove la giustizia clemenziale dei sovrani coevi.

D'altra parte, il sacerdote non resta passivo di fronte alle affermazioni del penitente. Terminata la *confessio* si apre una fase successiva nella quale il confessore, eventualmente insoddisfatto, può procedere con le *interrogationes faciendæ in ordine ad confessionem*²²¹. Esse si rendono opportune ogniqualvolta il sacerdote sospetti che il peccatore abbia dimenticato o omesso qualcosa d'importante. Quest'ultima evenienza, d'altra parte, è assai frequente in materia sessuale, lì dove il pudore e la verecondia possono suscitare forte imbarazzo nel penitente²²². Tenendo sempre presente lo schema del Decalogo e dei vizi, il confessore chiede notizia dei peccati non confessati ed approfondisce quelli dichiarati male, con particolare attenzione alle circostanze *quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo e quando*²²³. Il sacerdote è chiamato ad un ruolo guida nel favorire la piena ammissione dei peccati, perché il penitente comune potrebbe ignorare la natura della circostanza che, a seconda delle ipotesi, potrebbe *mutare speciem*: tramite la *prudencia interrogandi*, il confessore discerne la capacità di auto-esame del peccatore e modula di conseguenza le domande. Né il contenuto né il modo delle interrogazioni, tuttavia, è lasciato al capriccio del giudice in talare: la prudenza è essa stessa un limite interno che impedisce l'uso molesto delle proprie facoltà²²⁴. Nel compiere l'interrogatorio, il presbitero deve mostrarsi particolarmente cauto nei confronti degli ingenui, perché non apprendano da certe domande peccati che prima nemmeno sospettavano²²⁵! Si capisce come una simile preoccupazione riguardi in particolare i peccati carnali dei più giovani, ma coinvolga inevitabilmente la confessione femminile e l'esecrabile *sollicitatio ad turpia*. Se in generale «extra materiam peccatorum non vagabitur in confessione»²²⁶, per quanto attiene la lussuria è bene restare nei limiti di un'interrogazione essenziale «dimandando solamente il necessario, senza venirne di soverchio al particolare»²²⁷. L'*interrogatio de sexto* si riduce, così, a poche domande secche: prima di tutto, bisogna chiedere se l'illecito è avvenuto *per se o cum alia persona*; in questo caso, bisogna informarsi sullo *status* altrui, giacché il *quis* è circostanza idonea a mutare la specie del peccato; quindi, è necessario sapere se il rapporto è avvenuto contro natura; ed infine si domanda il numero²²⁸.

²²¹ Regnault, Praxis, cit., pp.81-82

²²² Acta sinodalia, cit., p.241; Regnault, Praxis, cit., p.84.

²²³ Come già suggeriva Tommaso d'Aquino, Summa totius theologiæ, cit., Prima secundæ, q.7, art.3, pp.46-47.

²²⁴ «Quamquam prudentiæ Confessarij relictum est, ut dum aliquid interrogandum occurrit, statim interroget, antequam Poenitens ad alia pergat, ne id memoria excidat, et omittatur cum periculo deficienti in necessariis ad confessionem: vel ne a Poenitente moleste exigere oporteat, ut quod iam dixit iterum dicat»: Regnault, Praxis, cit., p.83

²²⁵ Acta sinodalia, cit., p.240. Discrezione e cautela nell'*inquirere* sono raccomandati già dal canone *Omnes utriusque sexus*: X 5.38.12.

²²⁶ Acta sinodalia, cit., p.240.

²²⁷ E questo proprio perché «il trattarsi lungo tempo nelle interrogazioni di questa materia, è cosa pericolosa per il Confessore, et per il penitente»: Azpliqueta Navarro, Manuale, cit., p.197. Regnault, Praxis, cit., p.84; Antoniucci, Catechesis, cit., p.158. Ma anche gli *Avvertimenti* del Borromeo raccomandano al confessore di chiedere solo l'essenziale: come giustamente notano Pelaja – Scaraffia, cit., p.135 alle certosine minuzie della teologia morale corrisponde un'inaspettata laconicità dei manuali e, dunque, delle interrogazioni stesse.

²²⁸ Molto precisa la ricostruzione di Regnault, Praxis, cit., p.84.

«Spectata conditione et statu personæ», il confessore può ritenere opportuno sottolineare che anche *verba* e *cogitationes* costituiscono peccato mortale, invitando un penitente distratto a riflettere su atti meno scabrosi ma comunque vietati. Anche condotte meramente preparatorie (come sollecitazioni, doni, promesse, lettere, canzoni lascive, abbigliamento vistoso e toccamenti) comportano violazione del comandamento, così come l'istigazione e la mediazione in un peccato consumato da terzi. Pecca di omissione il marito che trascura di controllare chi entra e chi esce di casa, così favorendo il tradimento di sua moglie²²⁹.

Il confessore deve fare i conti con le giustificazioni che il reo potrebbe addurre. Ma, in questo ambito, la dottrina non offre molte vie d'uscita. Il peccato mortale *de sexto* non può essere scusato per *ignorantia legis* (giacché l'illiceità è manifesta *iure divino et naturali*), né per timore o minacce (perché è meglio esporre il corpo al pericolo di morte che l'anima a dannazione certa). Scusa, invece, la costrizione fisica: la vicenda di Santa Lucia, violentata ma non per questo corrotta nell'animo, rappresenta un luogo comune per sostenere che – almeno in confessionale – la pudicizia non costituisce un dato meramente fisico²³⁰. E se nel foro esterno si potrebbe dubitare della sua contrarietà laddove la donna non gridasse o reagisse, nel foro interno si afferma che basta un dissenso morale, «che non acconsenta alla dilettaione nell'atto con volontà deliberata». «Né è obbligata a por mano sopra colui, che la vuol violare, né gridare per difendersi: ma basta che non vi consenta: percioche appresso Iddio ella non pecca mortalmente»²³¹. Tantomeno può scusare la vilta della donna con cui si pecca, o la sua qualifica di *meretrix*²³².

Terminate le interrogazioni, il confessore pronuncia la sua sentenza di assoluzione²³³. Le parole del sacerdote non si limitano ad un'efficacia meramente dichiarativa: manifestazione del potere delle chiavi, esse hanno il potere di condonare colpa e pena eterna²³⁴. Il sacerdote però non è tenuto ad ammettere il penitente alla riconciliazione: laddove dubiti della sua reale *contritio*, può negare l'assoluzione con sentenza di ritenzione. Chi non intende evitare le occasioni, riparare il male fatto ed interrompere la

²²⁹ Regnault, Praxis, cit., p.87.

²³⁰ Cfr. *Dictum ante Decr.* C.32, q.V, c.1

²³¹ Sebbene, si precisa, nel subire l'atto la donna potrebbe persino provare diletto «percioche così fatta dilettaione non è volontaria, ma naturale, et è uno stare nel fuoco, et non ardere»: Azpliqueta Navarro, Manuale, cit., p.191. Queste opinioni saranno riviste dalla casuistica successiva. Per quanto attiene l'*ignorantia legis*, si ammetterà un ristretto margine d'invincibilità; per quanto riguarda la *vis*, s'imporrà alla donna una reazione (così escludendo la scusante del *metus*): Azor, Institutionum moralium, cit., pars I, lib.I, cap.XIII, coll.42-45 e pars I, lib.I, cap.IX, coll.23-24.

²³² Valero, Differentiæ, cit., par.Adulterium, diff.IV-V, foll.27B-28A.

²³³ Il Concilio esplicita che solo la formula «Ego te absolvo a peccatis tuis» costituisce forma del Sacramento, non anche le invocazioni, l'imposizione delle mani oltre consuetudini accolte nella prassi Concilio di Trento, sess.XIV, cap.III *de poenitentia*. Cfr. Acta sinodalia, cit., p.242 e 245; Savelli, Summa, cit., III, par.Poenitentia, n.26, p.401. Da notare però che, diversamente dallo stupro, nel caso di ratto scatta una scomunica *latae sententiæ* che impone al confessore di sciogliere dalla censura con formula *ad hoc*. In caso di sacrilegio, invece, la scomunica *latae sententiæ* dev'essere assolta dal Sommo Pontefice. Cfr. De Bonis, Commentarii, cit., pp.347-348.

²³⁴ «Quamvis autem absolutio sacerdotis alieni beneficii sit dispensatio, tamen non est solum nudum ministerium vel annunciandi evangelium, vel declarandi remissa esse peccata, sed ad instar actus iudicialis, quo ab ipso velut a iudice sententia pronunciat»: Concilio di Trento, sess.XIV. cap.VI *de poenitentia*.

condotta illecita non può essere perdonato²³⁵. A fronte di un impegno che non si è già concretizzato *ante confessionem*, il sacerdote più benevolo può contentarsi del proposito ed assolvere, ma uno più rigoroso può differire la pronuncia. Massima cautela è raccomandata per alcuni peccati molto comuni che generano danno e scandalo tra i fedeli: tra questi le «venereas amicitias», rapporti adulterini e concubinari che difficilmente i peccatori riescono ad interrompere²³⁶.

Se si risolve per l'assoluzione, prima di pronunciarne la formula, il confessore stabilirà una congrua *satisfactio*. Pur avendo natura vendicativa, essa non è concepita come una pena inflitta ma come una penitenza, che il confitente accetta pur di scontare la *poena temporalis* del Purgatorio²³⁷. Accanto all'espiazione per il male compiuto, svolge un'esplicita funzione medicinale che permette al peccatore di non ricadere in errore. Le chiavi che Cristo ha concesso alla Chiesa permettono ai sacerdoti di legare i fedeli, obbligandoli a comportamenti specifici: i *bona opera poenalia*. Nel prescrivere soddisfazioni salutari, il sacerdote deve mostrarsi prudente, pietoso e giusto, tenendo conto della qualità e della gravità dei peccati, delle possibilità dei penitenti, del loro *status*, condizione, sesso, età; né si possono sottovalutare i profili soggettivi ed il grado di pentimento del confitente²³⁸. Attento a non destare scandalo attraverso penitenze talmente clamorose da compromettere il segreto confessionale, il sacerdote deve badare a non insospettire il coniuge tradito, magari obbligando l'adultera a un grave digiuno a pane ed acqua²³⁹. Ma come comportarsi laddove il peccato fosse già manifesto? Mantenere un rigoroso segreto o prendere atto della pubblicità e soddisfare l'esigenza di esemplarità? Certo, un canone tridentino ribadiva il principio «publice peccantes palam esse corrigendos»²⁴⁰: ma il testo è ambiguo, e ci s'interroga sulla sua portata. Si rivolge anche ai confessori o solo ai giudici di foro esterno? Nel primo caso si rischia di rompere il sigillo, anche se in modo indiretto: per questo Soto e Azpliqueta escludono un'interpretazione ampia. Secondo la Chiesa borromaica, però, quel canone vincola pure i confessori²⁴¹. In questo modo, il procedimento di foro interno resta segreto, ma la soddisfazione è pubblica:

²³⁵ Acta sinodalia, cit., p.241.

²³⁶ Acta sinodalia, cit., p.241.

²³⁷ «Poenitentia (...) est præterita peccata plangere, et plangenda iterum non committere (...) est, quædam dolens, vindicta, puniens in se, quod commississe dolet»: de Nebrija, Vocabularium, cit., v.Poenitentia, fol.227B. «Satisfactio sacramentalis dicitur esse, voluntaria passio poenæ pro peccato, ad placandum Deum a Confessario imposita Poenitenti»: Regnault, Praxis, cit., p.316. «Satisfactio Sacramentalis est solutio, seu compensatio poenæ temporalis debitæ ob injuriam Deo illatam consistens in operibus bonis, et poenalibus a Confessario taxatis in Sacramento Poenitentia (...) Effectus satisfactionis Sacramentalis est remissio poenæ temporalis». Si discute se sia effettivamente capace di scontarla in tutto o solo in parte. «Dicendum est, quod per satisfactionem Sacramentalem non remittitur tota poena temporalis, sed eo major vel minor poena remittitur, quo major vel minor fuerit satisfactio, et quo majori, vel minori dispositione fuerit adimpleta»: Ferraris, Prompta bibliotheca, cit., t.VII, pp.210-211.

²³⁸ Indicazioni che si desumono da Concilio di Trento, sess.XIV, cap.VIII *de poenitentia* e Acta sinodalia, cit., p.242. cfr. Menochio, cit., cent.IV, lib.II, casus 391, n.2, p.562; Ferraris, Prompta bibliotheca, cit., t.VII, p.214.

²³⁹ Regnault, Praxis, cit. p.323.

²⁴⁰ Concilio di Trento, sess.XXIV, can.VIII *de reformatione*. Cfr. Fagnani, Commentaria in quintum librum, cit., tit. de Poenitentijs et remissionibus, cap. Manifesta, n.18, p.289.

²⁴¹ «Si quis igitur graviter, public eque peccavit: cum publicam poenitentiam restituendam esse sacra Tridentia Synodus decernat, ei publicam pro ratione criminis imponet»: Acta sinodalia, cit., p.243.

proprio come se l'avesse comminata il tribunale ecclesiastico. La distinzione tra fori tende a sfumare. Il dubbio, gravido di conseguenze, è perciò deferito alla Sacra Congregazione del Concilio per ottenere un'interpretazione autentica. Il 22 marzo 1614, con una decisione pilatesca, stante le divisioni interne al consesso, i cardinali «tutius existimarunt abstinere a declaratione, ut Confessorum, et Poenitentium quieti magis consultum sit»²⁴². Scegliendo di non scegliere, la Congregazione, sommersa da dubbi, affida tutto alla valutazione del caso concreto.

«In arbitranda satisfactione», insomma, il ministro deve tener presenti «consideranda ex parte poenitentis, ex parte peccati e ex parte finis»²⁴³. Si tratta, in fin dei conti, di una valutazione *iudicis arbitrio*, fondata su parametri analoghi a quelli adoperati per determinare la pena criminale²⁴⁴. Perciò, il sacerdote deve ammettere persino un certo grado di contrattazione della *satisfactio*, chiedendo al destinatario se ritiene di poter espletare la sanzione proposta²⁴⁵; di certo il penitente può rifiutare una penitenza non *rationabilis*²⁴⁶. L'*arbitrium in puniendo* del confessore cinquecentesco è evidente nel modo in cui egli rapporta ai canoni penitenziali del *Decretum*. Il sistema delle soddisfazioni proposto da Graziano, per quanto articolato, si presenta rigido, preciso come un tariffario di effrazioni e sanzioni. Le misure fissate sono severe e lunghe da espletare: in caso di adulterio, stupro o fornicazione il laico è tenuto a sette anni di penitenza, il chierico a dieci con una serie di privazioni molto precise relative all'abbigliamento e all'alimentazione²⁴⁷. Se il reo e la donna sono legati da filiazione spirituale, la penitenza sale fino a quindici anni di pellegrinaggio e successivo monastero a vita²⁴⁸. L'adultera che

²⁴² Fagnani, *Commentaria in quintum librum*, cit., tit. de Poenentijs et remissionibus, cap. Manifesta, n.19, p.290. Sulla Congregazione, resa permanente nel 1564 ed attiva fino al XX secolo, cfr. Prosperi, *Il Concilio di Trento: una introduzione*, cit., pp.91-92

²⁴³ Regnault, *Praxis*, cit., pp.326 e 329.

²⁴⁴ In questi termini la definisce Concilio di Trento, sess.XIV, cap.IX *de poenitentia*. Così la percepiscono giuristi e teologi. «Si agatur de foro poenentiali (...) sacerdos cui fiet confessio, vel Episcopus imponet poenam arbitrariam»: Deciani, *Tractatus*, cit., t.I, lib.IV, cap.XXVI, n.7, p.296. «Hodie maximum etiam esse arbitrium iudicium spiritualium in indicendis et commutandis poenentiis (...) vere nunc poenentiae omnes sacramentales arbitrariae sunt»: così Menochio, che dedica un intero casus all'*arbitrium confessoris*: cit., cent.IV, lib.II, casus 391, n.1, p.562. «Iusta poenitentia (...) certum est quod Deus solus eam cognoscat, sicut solus novit gravitatem peccati (...) Unde quantitas et qualitas iustae poenentiae relinquitur semperque relicta fuit prudentis Confessarij arbitrio»: Regnault, *Praxis*, cit., p.325. «Poenitentia Sacramentalis est hodie ad arbitrium Sacerdotum Confessorum redacta, ita ut possit pro personarum qualitate multum leniri, vel etiam in totum remitti, concurrente tamen justa causa» Savelli, *Summa*, cit., III, par.Poenitentia, n.2, p.400. Sánchez-Arcilla Bernal, *¿Arbitrariedad o arbitrio?*, cit., pp.26-27 sostiene l'antica origine penitenziale di quell'*arbitrium in puniendo* che sarà poi mutuato dai giudici: «habida cuenta de la riqueza de circunstancias en las que se podía encontrar inmerso un individuo, se había ido imponiendo la práctica de imponer la penitencia por parte de los clérigos “segund su alvedrio”». Cfr. Schiappoli, *Diritto*, cit., pp.751-754; Ortego Gil, *El arbitrio*, cit., pp.148-151. L'abbandono dei penitenziali medievali in favore di un meccanismo più flessibile si può datare al XII secolo, secondo Rusconi, *L'ordine dei peccati*, cit., pp.72-74.

²⁴⁵ *Acta sinodalia*, cit., p.242. Cfr. Regnault, *Praxis*, cit., p.323.

²⁴⁶ Lo si deduce *a contrario* dalle parole del Ferraris, *Prompta bibliotheca*, cit., t.VII, p.212: «non posse Poenitentes rationabilem Poenitentiam respuere, cum in Iudice potestas imponendi supponat in reo obligationem acceptandi».

²⁴⁷ *Decr.* C.22, q.I., c.17; *Decr.* D.82, c.5. Cfr. Grillando, *Tractatus*, cit., fol.78; Menochio, cit., cent.III, lib.II, casus 288, nn.3-4, pp.432; Regnault, *Praxis*, cit., p.327; Gonzalez Téllez, *Commentaria*, cit., t.V, tit.XVI, cap.II, n.6, p.210; Ferraris, *Prompta bibliotheca*, cit., t.VII, pp.219 e 224.

²⁴⁸ *Decr.* C.30, q.I, c.9; ma la penitenza è maggiore se il reo è vescovo: *Decr.* C.30, q.I, c.10. Cfr. Regnault, *Praxis*, cit., p.327; Ferraris, *Prompta bibliotheca*, cit., t.VII, p.219.

sposa l'amante dopo la morte del marito compie cinque anni di penitenza: il *favor* per un matrimonio riparatore giustifica lo sconto rispetto ai sette anni altrimenti previsti²⁴⁹. Chi si unisce alla propria moglie fedifraga è considerato bigamo e consenziente: è tenuto perciò a tre anni di penitenza se il fatto è commesso prima che ella si penta, due se compiuto durante il periodo penitenziale²⁵⁰. Questo perché, in caso di adulterio, l'astinenza è concepita come una forma di correzione che il marito infligge alla moglie. Viceversa, se è la moglie ad esigere il debito da un marito adultero, non si configurano né peccato né penitenza, perché la donna non ha doveri di correzione né si presume favorevole al suo tradimento²⁵¹. Rispetto allo schema grazianteo, molto più ricco è l'elenco di vecchi canoni penitenziali che la Chiesa borromaica ricorda ai suoi confessori²⁵². Se davvero nella Chiesa medievale vigesse una sorta di principio di legalità quanto alla soddisfazione è cosa da verificare: certo è che, nel XVI secolo, queste misure sono percepite come meramente indicative, antiquate e fin troppo aspre²⁵³. Di fronte ai vecchi canoni, il buon confessore si comporterà proprio come un giudice davanti alle leggi romane: li terrà presenti – perché quelle norme restano valide indicazioni – ma non li riterrà cogenti. Nella loro categoricità, essi appaiono ormai inapplicabili²⁵⁴. Restano utili, però, per i criteri che offrono nel

²⁴⁹ In effetti *Decr. C.31, q.I, c.7* si rivolge solo alla donna, ma sia Regnault, *Praxis*, cit., p.328 che Ferraris, *Prompta bibliotheca*, cit., t.VII, p.220 lo interpretano anche a favore dell'uomo.

²⁵⁰ *Decr. C.32, q.I, c.6*; *Decr. C.32, q.I, c.4*. Cfr. Choveron, *De publicis concubinariis*, cit., p.129; Ferraris, *Prompta bibliotheca*, cit., t.VII, p.224.

²⁵¹ Tuttavia, pecca mortalmente la donna che dà licenza al marito di tradirla o che, pur potendo, non glielo impedisce: Azpliqueta Navarro, *Manuale*, cit., pp.212-213 e 215. In queste considerazioni teologiche, a dire il vero, si nota un bizzarro intreccio di coerente dottrina cattolica (il marito come capo della moglie, dotato di responsabilità maggiore e perciò passibile di penitenza), benevolenza verso la donna (che, a differenza del marito, non si presume favorevole al tradimento altrui: ma qui entra in gioco il lenocinio cui alcuni uomini assoggettavano le proprie mogli...) e paradossali risvolti maschilisti (l'adultera dev'essere privata del credito coniugale, l'adultero no).

²⁵² In caso di *stuprum virginis* la penitenza sarà di un anno se interviene matrimonio riparatore, in caso contrario due anni; in caso di *stuprum viduae*, invece, la donna consenziente sconterà un anno di penitenza ed alcuni giorni di digiuno l'anno seguente. Per quanto attiene l'*adulterium*, la *coniugata* sconta cinque anni a fronte dei sette imposti al suo amante *solutus*; la *soluta* sconta dieci anni a fronte dei cinque imposti al *coniugatus*: è paradossale, ma in entrambe le ipotesi a pagare il conto più salato è la persona libera e non quella impegnata, forse perché si presume che l'iniziativa sia partita dalla prima. Il coniuge che acconsente all'altrui tradimento è sottoposto a penitenza vita natural durante, mentre chi costringe sua moglie all'adulterio sconta un anno e quaranta giorni a pane ed acqua, ed altri sei anni di penitenza (anche qui la *ratio* della disparità di trattamento non è chiara: va comunque specificato che le varie fonti cui attingono le istruzioni borromaiche sono state redatte in contesti diversi e confluiscono qui senza essere riportate ad un ordine coerente). Chi mantiene contemporaneamente una moglie ed una concubina soggiace a sette anni di penitenza, mentre sanzioni meno severe sono previste per il marito che approfitta di un'ancella, specie se essa acconsente. Chi pecca di pensieri sconta dieci giorni di penitenza: ma per i consacrati che desiderano la donna d'altri si oscilla tra sette anni (per i vescovi) e tre (dei diaconi). Due anni per chi esercita il lenocinio. Cfr. *Acta sinodalia*, cit., p.246-255 e p.256.

²⁵³ Relativamente all'adulterio, Deciani parla di una «poenitentia (...) annorum septem prout erat antiquitus»: Deciani, *Tractatus*, cit., t.I, lib.IV, cap.XXVII, n.7, p.296. Ma già Filippo Decio aveva riconosciuto «quod episcopus, et quilibet sacerdos habet potestatem dispensandi, et mitigandi canones poenitentiales (...) Et omnes poenitentiae sunt arbitrariae»; quando le norme canoniche «pro quolibet peccato mortali imponant poena septem annorum (...) intelligitur nisi sacerdos ex causa tempus abbreviaverit»: Decio, *In decretales*, cit., c.at si clerici, par.de adulteriis, nn.24-29, fol.199A.

²⁵⁴ Il confessore deve conoscerli, però «non est tamen sic accipienda ea ipsa necessitas (...) quasi oporteat Sacerdotes in foro conscientiae imponere Poenitentias in iisdem canonibus contentas; usus enim contrarium docet: tum in aliis, tum in eo quod (...) nemo Presbyterorum inveniatur qui ob semplice fornicationem decem annis poenitentiam agat». D'altra parte «atque si talis de necessitate imponenda esset, quid quaeso fieret cum presbitero, qui toto anno in concubinato vixisset: quandoquidem non sufficeret ad agendum talem

categorizzare quantità e qualità dei peccati, dunque per dosare una soddisfazione ragionevole²⁵⁵. «Regulæ directivæ» e niente di più²⁵⁶: anche i canoni penitenziali sono da considerarsi *ratio scripta* che sorregge la decisione, senza costringerla.

I trattati dell'epoca, lungi dall'offrire ricette preconfezionate, consigliano piuttosto di applicare una penitenza capace di emendare il vizio alla base del peccato²⁵⁷: la lussuria non si cura con elemosine o preghiere, ma piuttosto con *ieiunia*. Questo termine, però, va interpretato in senso lato come sinonimo di mortificazione della carne. Per una sorta di contrappasso, dunque, i libidinosi possono essere obbligati al flagello, al cilicio, alle veglie, a pellegrinaggi o piuttosto a dormire per terra. Ma anche digiuni ed opere di carità possono risultare utili a correggere quella carne che ha indotto al peccato²⁵⁸. Una penitenza da plasmare sul destinatario e sulle sue colpe, ma non per questo una penitenza leggera: pecca gravemente il sacerdote che senza giusta causa, o per connivenza, fissa una soddisfazione lieve per peccati gravi come adulterio o stupro²⁵⁹.

10. Giustizia di Dio e giustizia degli uomini

Materia e forma della Penitenza sono concepiti in termini squisitamente giuridici. Ma se la riconciliazione con Dio costituisce sostanza ed effetto del Sacramento²⁶⁰, va rilevato

Poenitentiam mille annorum vita». Chiarissimo il discorso di Regnault, Praxis, cit., p.326. Parlando di pena arbitraria, scrive Claro: «Aliud est etiam genus poenarum arbitrariarum, quæ penitentiales appellantur, et sunt illæ, quæ secundum sacros canones imponi deberent per confessores in foro poenitentiali, sive conscientiæ, nam hodie poenæ prorsus abierunt in desuetudinem, et sunt remissæ arbitrio sacerdotum». Cfr. Claro, Practica, cit., par.Finalis, q.83, n.14, fol.329A.

²⁵⁵ Riferendosi al bisogno di conoscere i canoni penitenziali, Regnault afferma che «ratio igitur eiusmodi necessitas est, quod per eos canones possint Confeffarij doceri, quæ Poenitentia quantitas et qualitas cui peccato magis conveniat»: Regnault, Praxis, cit., p.326.

²⁵⁶ Regnault, Praxis, cit., p.327. Ma anche le istruzioni contenute negli Acta sinodalia, cit., p.246 richiamano l'esigenza di misurare la scienza dei canoni con prudenza, pietà e giustizia. Dello stesso parere Menochio, cit., cent.IV, lib.II, casus 391, n.6, p.562.

²⁵⁷ «Confessarius multum laboret, Poenitentibus contrariam peccati poenitentiam imponere ad excidendas eorum radices et occasiones (...) puta luxurioso, quæ valere poterunt ad continentiam retinendam: ut evitare et deserere familiaritatem personarum, quæ illi esse possunt causa ruinæ: itemque ieiunia, verberationes et alias corporis macerationes usurpare»: Regnault, Praxis, cit., p.323.

²⁵⁸ Regnault, Praxis, cit., p.317 e 331; De Bonis, Commentarii, cit., pp.350-351; Ferraris, Prompta bibliotheca, cit., t.VII, p.216.

²⁵⁹ Concilio di Trento, sess.XIV, cap.VIII *de poenitentia*. «Unde graviter peccant Confessarii, qui (...) levissimas, seu nimis leves injungunt Poenitentias pro gravibus peccatis, verbi gratia pro peccatis carnalibus aliquot Pater, et Ave»: Ferraris, Prompta bibliotheca, cit., t.VII, p.215. Ma Menochio, De arbitrariis, cit., cent.IV, lib.II, casus 391, p.562 si chiede se in presenza di una *contritio* molto profonda sia possibile rimettere in tutto la penitenza, o comunque stabilire una sanzione lieve per un crimine grave. Il dubbio sorge perché «aliquando maximam contritionem a poena civili excusare». Per cui, come vorrebbe Filippo Decio proprio per il peccato di adulterio, tale analogia giustificherebbe una remissione della stessa penitenza sacramentale. «Et in tantum sacerdoti arbitrium tribuitur circa poenitentiam, quod potest absolvere absque poenitentia, si maximam videret contritionem»: Decio, In decretales, cit., c.at si clerici, par.de adulteriis, n.32, fol.199A. Sul merito della questione Menochio preferisce non esprimersi, lasciando la questione ai teologi.

²⁶⁰ Concilio di Trento, sess.XIV, cap.III *de poenitentia*.

come esso possa incidere in modo significativo anche sul piano dei rapporti tra uomini. La Penitenza diventa, perciò, un'altra strada percorribile per ripristinare la giustizia violata.

La soddisfazione monda l'uomo dalle scorie del peccato: in questo senso, è una questione tra l'uomo e Dio. Nel determinarla, però, il confessore prescrive alcuni *remedia* utili ad evitare prossime ricadute: ordinando al penitente di rimuovere le occasioni, egli lo obbligherà a specifici comportamenti che incidono nelle sue relazioni coi terzi. Caso di scuola è quello del lussurioso al quale viene imposto di interrompere la frequentazione con la donna con cui ha peccato²⁶¹. Simili cautele possono essere prescritte anche ai fidanzati, così che i loro incontri avvengano sempre in pubblico²⁶².

Il confessore riesce a incidere nei rapporti esterni anche in un altro modo: e cioè negando il perdono fintantoché perdura lo stato di peccato. Una simile spada di Damocle induce i responsabili di peccati permanenti ad interrompere al più presto la condotta illecita. La registrazione dei sacramenti di precetto permette di monitorare questo genere di trasgressioni, e l'interdetto che ricade sugli inadempienti funziona da efficace strumento di dissuasione. Un meccanismo utile per sanare aspre faide tra famiglie, ma valido anche per sciogliere relazioni adulterine e concubinarie²⁶³. Da questo punto di vista, il confessionale si propone come il mezzo più discreto e indolore per intervenire ogniqualvolta lo scandalo non sia già deflagrato. Quella stessa «legge dell'onestà e delle convenienze», di cui parla De Luca²⁶⁴, consiglia un ruolo incisivo da parte del parroco²⁶⁵. Dal punto di vista teorico, tutto ruota intorno al proposito di non ricadere: se il sacerdote lo ritiene sufficiente, assolve ed impone un *remedium*; se ne dubita, nega la riconciliazione ed impone di regolarizzare prima la situazione²⁶⁶.

Un altro caso in cui il sacerdote può negare l'assoluzione è costituito dal rifiuto di adempiere agli obblighi di restituzione che scaturiscono *iure naturali* dall'ingiusto danno²⁶⁷. In alcuni peccati carnali, al vizio della *luxuria* si aggiunge l'*iniustitia*, negazione di quella virtù che spinge ad attribuire a ciascuno il suo. Anche se l'illecito non è stato scoperto dal giudice esterno, *in foro conscientiae* il risarcimento è già dovuto *ipso facto* e si considera atto della giustizia commutativa²⁶⁸.

Già prima che Sánchez mettesse in discussione la differenza sostanziale tra *stuprum sine vi* e *fornicatio*, la teologia morale distingueva la deflorazione consensuale da quella violenta determinando conseguenze diverse. Nel corso del Cinquecento, appare ormai

²⁶¹ Regnault, Praxis, cit., pp.84, 323 e 330.

²⁶² Azpliqueta Navarro, Manuale, cit., p.204.

²⁶³ Offre alcuni esempi Prosperi, Tribunali della coscienza, cit., p.292.

²⁶⁴ De Luca, Il dottor Volgare, IV, cit., lib.XV, cap.V, n.5, p.358.

²⁶⁵ «Se non si varcava la soglia dell'onore infangato pubblicamente le prassi giudiziarie imboccavano ovunque il cammino del confessionale»: Bellabarba, I processi, cit., p.205.

²⁶⁶ «Colui ch'essendo concubinario, sta con pericolo di ritornar a peccare, non deve essere assoluto, se prima egli non si separa dalla concubina, con proposito di non ritornare mai più a peccare»: Azpliqueta Navarro, Manuale, cit., p.209

²⁶⁷ Secondo la massima agostiniana «Non remittatur peccatum, nisi restituatur ablatum»: Sperone, Morale teorico-pratica, Torino 1820, t.III, p.15. Cfr. Alessi, Stupro non violento, cit., p.618.

²⁶⁸ Alessi, Il gioco del gli scambi, cit., p.817.

minoritaria l'opinione tomistica per cui anche nello *stuprum sine vi* ci sarebbe ingiustizia²⁶⁹. Pertanto, al contrario di quanto avviene in caso di costrizione o inganno, non può configurarsi alcun danno da risarcire: la donna dispone liberamente del suo corpo, permettendo questa particolare forma di mutilazione²⁷⁰. Il defloratore pecca di lussuria ma non d'ingiustizia, né la reca al genitore: pertanto nulla deve né alla stuprata né a suo padre²⁷¹. *Scienti et consensienti non fit iniuria*²⁷²: il principio giuridico trova, paradossalmente, applicazione più facile in confessionale che nelle aule dei tribunali dove, pur con le novità proposte da Díaz, resta la presunzione di seduzione²⁷³. Nel foro interno, al contrario, non vige alcuna presunzione: non solo il confessore deve attenersi a quanto affermato dal penitente circa la volontarietà del rapporto, ma non può nemmeno presumere la verginità della donna *honestas*. Diverse le esigenze probatorie, diversa l'etica da difendere e giudicare: quella pubblica nelle corti giudiziarie, quella privata in chiesa. I moralisti riconoscono alla donna più capacità di quanto facciano i giuristi: responsabilizzandola, le sottraggono protezione. Se l'uomo nega di aver sedotto o violentato, non deve nulla. Se l'uomo ammette di aver sedotto con promessa di matrimonio, il sacerdote subordina il perdono al mantenimento della parola data, anche in caso di promessa mendace²⁷⁴. Quando invece si è giunti al rapporto «con false persuasioni»

²⁶⁹ La sostiene ancora un teologo noto come Bartolomé de Medina (1581), ma la *communis opinio* è ormai orientata in senso opposto. Il dibattito teologico si snoda attraverso posizioni differenziate. Il primo a rompere il tabù tomista è Domingo de Soto (1553): nella congiunzione consensuale non c'è alcuna *iniustitia*, ma solo *luxuria*; nel caso di *vis*, *metus* e *fraus*, invece, si configura una fattispecie autonoma caratterizzata anche dall'*iniustitia*. Preci, blandizie e doni non costituiscono ingiustizia, perché non pregiudicano la volontà femminile: in questo caso la congiunzione è pienamente consensuale, e l'obbligo di restituzione non può configurarsi. Conclusione che non soddisfa Azpliqueta (1553), secondo il quale «preces eiusmodi censendas esse tamquam vim». Juan de Azor (1600) tiene ferma la distinzione sostanziale tra *stuprum* e *fornicatio* sulla base della deflorazione oggettiva, ma nega *iniustitia* e restituzione in caso di consenso. Per quanto attiene l'incidenza di preci, doni e blandizie, si schiera dalla parte di Soto «quia non tollunt voluntarium, sed tantum alliciunt, et sollicitant». Le varie posizioni sono sintetizzate da Azor, *Institutionum moralium*, cit., pars III, lib.V, cap.V, coll.364-365. La valorizzazione della *voluntas* femminile è ormai assodata: il trattato di Sánchez (1602) si limiterà a trarne le conclusioni sul piano «sostanziale».

²⁷⁰ «Foemina Dominium habet suæ virginitatis, et nemini facit iniuriam, si libere suam perdat virginitatem»: Azor, *Institutionum moralium*, cit., pars III, lib.V, cap.V, col.364.

²⁷¹ Il dibattito sul dovuto al padre è parallelo a quello sulla restituzione in favore della stuprata. Chiave di volta è sempre l'ammissione o meno di un *dominium* femminile sul corpo. Chi nega l'obbligo nei confronti della consenziente ritiene che, a maggior ragione, lo stupratore non debba alcunché al padre. Così si pronuncia Azor, *Institutionum moralium*, cit., pars III, lib.V, cap.V, col.368. E se è vero, come nota Alessi, *Stupro non violento*, cit., p.625, che queste novazioni servono a mitigare l'obbligo degli stupratori e non ad affermare un femminismo anacronistico, non si può negare che esse implicino un depotenziamento della tradizionale concezione patriarcale.

²⁷² Il principio è esplicito in VI.5.13.27 ed è citato, tra gli altri, da Azor, *Institutionum moralium*, cit., pars III, lib.V, cap.V, col.365. Cfr. Brambilla, *I casi morali*, cit., pp.569-570; diffusamente sul punto, Alessi, *Stupro non violento*, cit., pp.616-627. Al più, lo stupratore potrà dare qualcosa a titolo di carità e pietà: Ead., *Il gioco degli scambi*, cit., p.821.

²⁷³ Da notare, però, che una sentenza di foro esterno rende moralmente vincolante il suo contenuto: ragion per cui ciò che di per sé non sarebbe moralmente dovuto, lo diventa dopo la pronuncia del tribunale.

²⁷⁴ Con una rilevante eccezione: nel caso in cui tra i due vi sono notevoli differenze di facoltà e qualità, l'uomo non è tenuto in coscienza a sposare la donna perché «allora si presume, ch'ella finga di essere stata ingannata» prestandosi alla frode: Azpliqueta Navarro, *Manuale*, cit., p.207. Cfr. Alessi, *Il gioco degli scambi*, cit., p.823. Una soluzione troppo permissiva, che lascia perplesso Azor: la donna potrebbe ignorare la disparità di condizione; ad ogni modo, l'eguaglianza contrattuale non è da intendersi come requisito necessario: «quia quisque potest libere cum alio contrahere cum detrimento, et iactura sua, et cum inæquali conditione ex parte sua: potest enim quisque cedere iuri suo»: Azor, *Institutionum moralium*, cit., pars III,

ma «senza promissione», il danno va ristorato scegliendo alternativamente tra matrimonio riparatore o pagamento in denaro. Questa l'opinione di Azpliqueta che, coerentemente con quanto affermato dai giuristi, affida la scelta all'uomo²⁷⁵. Ma anche sotto questo profilo la teologia morale sta elaborando una rivalutazione della volontà femminile: nelle pagine di Azor la scelta spetta alla *puella* sedotta o violentata, che può decidere liberamente se sposare o no lo stupratore, mentre costui è tenuto ad assecondarla²⁷⁶.

Se le nozze riparatrici non hanno luogo, scatta l'altra forma di *restitutio*. Non si tratta di dote: la cifra copre solo quel *quid pluris* che occorre alla donna per trovare un marito di egual condizione, considerato che la deflorazione la rende meno appetibile²⁷⁷. È evidente la divaricazione rispetto alla pena di foro esterno. Qualcuno ammette che, a questa cifra, bisogna aggiungere «qualche cosa somma di più, per la vergogna, che ne sentirà in tutta la vita sua; et per le ingiurie, che perciò ella avrà da suo marito». Ma la differenza quantitativa rispetto alla dote resta notevole. La cifra dovuta *in foro conscientiae* è stabilita secondo l'*arbitrium boni viri*: chi meglio del confessore stesso? Si discute, però, se la restituzione sia dovuta anche laddove all'*iniuria* non segua il danno, perché nonostante tutto la donna ha trovato un buon marito che non sa nulla o non le rimprovera il fatto. Contrariamente alla tesi di Francisco de Vitoria, la prassi del confessionale nega in questo caso la doverosità del risarcimento²⁷⁸. Soluzione buona per evitare inutili sospetti, e coerente con la logica per cui la somma non è data a titolo di *poena* ma di *restitutio* per un danno che non è l'*amissio integritatis* di per sé, ma solo quello «quod patitur puella, in nuptijs propter stuprum, ob quod non ita commode nubitur»²⁷⁹.

Chi non ha conosciuto una ragazza, ma con le sue sollecitazioni ha indotto la comunità a giudicarla *corrupta*, è tenuto a risarcire il danno alla sua fama. Anche chi ha sedotto o violato una «puellam corruptam (...) quæ tamen communi æstimatione virgo reputabatur» è tenuto in coscienza alla stessa restituzione «si culpa ipsius viri hanc infamiæ labem contraxit»²⁸⁰. Il confessore, d'altra parte, deve informarsi se dallo stupro è nato un figlio: un altro fondamentale obbligo è quello di alimentare la prole o di mandarla in qualche

lib.V, cap.V, col.366. Il penitenziere De Bonis denuncia le seduzioni di questi «virginum deceptores, et corruptores» che «sæpe maria, et montes spondeat» ma, al contempo, non ha difficoltà ad ammettere che anche le donne conoscono «*diabolica artes*» attraverso le quali accendere le passioni virili: trucchi, danze e abbigliamento possono invogliare al rapporto non meno delle promesse maschili. Una concretezza frutto dell'esperienza, assai lontana dalle ingenue presunzioni giuridiche. De Bonis, Commentarii, cit., pp.342-343.

²⁷⁵ Azpliqueta Navarro, Manuale, cit., p.207.

²⁷⁶ «Non enim huiusmodi libertas est penes corruptorem, sed penes puellam corruptam: nam si ipsa velit in maritum accipere corruptorem, tenetur corruptor eam accipere in uxorem; quod si ipsa nolit, tunc corruptor, eo ipso manet obligatus ad dotandum eam, ut possit commode nubere alteri, ac si virgo esset»: Azor, Institutionum moralium, cit., pars III, lib.V, cap.V, col.369.

²⁷⁷ «Non debet constitui dos integra ab ipso stupratore, sed illud pluris, quo indiget ad inveniendum virum sibi æqualem»: Menochio, De arbitrariis iudiciis, cit., lib.II, cent.III, casus 288, n.17, p.433. Cfr. Savelli, Summa, cit., IV, par. Stuprum, n.7, p.269.

²⁷⁸ Azpliqueta Navarro, Manuale, cit., p.207-208; De Bonis, Commentarii, cit., p.349.

²⁷⁹ Azor, Institutionum moralium, cit., pars III, lib.V, cap.V, col.368.

²⁸⁰ De Bonis, Commentarii, cit., p.350; Azor, Institutionum moralium, cit., pars III, lib.V, cap.V, coll.367 e 369 dove si esplicita ancor più chiaramente come la *ratio restitutionis* non sia il danno all'integrità fisica, ma quello alla fama.

ospizio, in caso di povertà²⁸¹. L'obbligo di restituire il prezzo del reato ricade, invece, su chi ha fatto da mediatore nei commerci carnali: affari che offendono Dio in modo gravissimo²⁸².

L'adulterio, di per sé, non determina obblighi di restituzione. Ma una gravidanza adulterina rischia di compromettere seriamente l'assetto patrimoniale della famiglia: non solo per le sostanze che verranno spese nell'allevare un figlio altrui, ma soprattutto per il rischio di riconoscergli un'eredità non dovuta. Gli adulteri, in questo caso, non sono solo rei di violata castità, ma anche di lesa giustizia nei confronti del marito e dei figli legittimi. Di regola, la madre adultera dovrebbe manifestare il suo peccato al marito; ma i teologi, consapevoli dei gravi rischi cui sarebbe esposta, ammettono alcune eccezioni corpose che permettono al confessore di assolvere dispensando dall'obbligo. *In primis*, se la moglie non è certa che il figlio sia nato da relazione illecita: il rischio di compromettere un potenziale figlio legittimo è giudicato insostenibile. D'altronde, la donna che teme la vendetta del marito è libera di non rivelargli il crimine: «nessuno è obbligato a restituire i beni di più basso ordine, con danno, et perdita di quegli di più alto ordine» come vita e salute. Ma la donna potrebbe soprassedere anche laddove, ad essere pregiudicata, sarebbe la sua fama, benché su questo punto non tutti si mostrino concordi²⁸³. Ammettendo tale possibilità, si riconosce una notevole scappatoia in caso di delitti totalmente occulti. Tuttavia, anche quando la donna non sia tenuta a rivelare il segreto, il confessore provvederà a stabilire il modo in cui evitare o risarcire il danno, prima di tutto sfruttando le sostanze di cui essa dispone. Ad esempio, potrebbe incoraggiare il figlio adulterino ad entrare in convento, così da rinunciare all'eredità; non potendo imporglielo, la donna dovrà sforzarsi col proprio lavoro e finanche con lasciti testamentari per riparare l'ingiusto danno. Di fronte a tali doveri morali, l'adultero è obbligato in solido con la donna, perché entrambi hanno contribuito al danno²⁸⁴. Con le proprie sostanze deve compensare le spese sostenute, ma non l'*iniuria*, perché ciò rischierebbe di trasformare il marito in ruffiano. Mai come in queste pagine di teologia morale emerge forte il nesso tra adulterio, patrimonio e successioni: con una buona dose di realismo, gli esponenti della moralistica rispondono al grande problema che affligge la famiglia di Antico Regime²⁸⁵.

Tra Cinque e Seicento, la Confessione non è percepita come un semplice dialogo tra uomini. Contrariamente alle evoluzioni luterane²⁸⁶, l'*actus iudiciale* dei Cattolici è gravido

²⁸¹ De Bonis, *Commentarii*, cit., p.350.

²⁸² Antonucci, *Catechesis*, cit., p.157.

²⁸³ Azpiqueta Navarro, *Manuale*, cit., p.219. Cfr. Azor, *Institutionum moralium*, cit., pars III, lib.V, cap.VI, coll.371-372.

²⁸⁴ «Et come la restituzione dell'uno, cioè dell'adultero, o dell'adultera libera ambedue, così (non potendo, o non volendo l'un restituire) resta l'altro obbligato alla restituzione»: Azpiqueta Navarro, *Manuale*, cit., p.221. Ma, a detta di Azor, c'è solidarietà solo se l'adultero induce l'adultera a peccare; se è lei a provocare, l'uomo è tenuto solo pro quota. Inoltre, egli non è tenuto a credere che quel figlio gli appartenga: se ha ragioni plausibili per diffidare, non è obbligato alla restituzione. Azor, *Institutionum moralium*, cit., pars III, lib.V, cap.VI, coll.373-374.

²⁸⁵ Cfr. ad esempio l'ampia trattazione «*Quorum bonorum, tam ex parte patris, quam ex parte matris capax sit filius adulterinus*» in Azor, *Institutionum moralium*, cit., pars III, lib.V, cap.VIII, coll.375-381.

²⁸⁶ Totalmente degiuridicizzata, la Confessione luterana assume una struttura diversa da quella romana. «Ogni settimana l'ufficio vespertino del sabato includeva una cerimonia penitenziale generale seguita dalle

di implicazioni: sul piano verticale, perché corregge scongiurando futuri peccati; sul piano orizzontale, perché la restituzione realizza quella *iustitia commutativa* che ripristina l'equilibrio nei rapporti sociali²⁸⁷. Attraverso gli strumenti della Penitenza, il parroco si rivela pastore e mediatore, guida e interprete di una comunità *face to face*, in un mondo dove l'amministrazione impersonale e inflessibile non si è ancora affermata. L'arma dell'assoluzione – da dare, negare o differire in base alla fiducia accordata dal sacerdote – si traduce in strumento formidabile per accogliere o bandire, per riconciliare o minacciare, per influenzare l'esterno pur restando nel segreto. Nell'universo di possibilità che offre il caleidoscopio dei fori, la Penitenza costituisce la risposta meno certa – perché priva di forza coercitiva – ma non per questo meno efficace. Sicuramente, la prima strada da tentare. Solo quando l'ostinazione degli interessati raggiunge picchi significativi, interviene la giustizia di foro esterno, magari su sollecitazione del parroco stesso. In fondo «la tolleranza dei parroci si fondava sulla tolleranza dei fedeli» e, fermi restando i principi dottrinali, il rigore repressivo può conoscere alti e bassi. Gli strumenti minacciosi del processo criminale sono lì, dietro l'angolo: ma costituiscono davvero l'*extrema ratio*.

confessioni individuali al pastore, ma in quelle confessioni non era richiesta l'elencazione di specifici atti peccaminosi; invece, si richiedeva al penitente di confessare in termini generali la violazione dei singoli comandamenti del Decalogo, e il pastore poteva provvedere all'istruzione sul significato di quei comandamenti e su come meglio osservarli. Potevano essere imposte penitenze, ma esse non avevano lo scopo di ottenere la redenzione dal peccato, che poteva essere ottenuta solo per la riconciliazione spirituale del peccatore con Dio attraverso la fede e per la grazia di Dio»: Berman, *Diritto e rivoluzione*, II, cit., pp.344-345.

²⁸⁷ Che la funzione di regolare i rapporti sociali non si esaurisca nel Medioevo, ma caratterizzi ancora la confessione di Età Moderna è opinione ormai condivisa: Goubert – Roche, *L'Ancien Regime*, II. Cultura e società, cit., p.110; Turrini, *La coscienza*, cit., pp.238-239; Bellabarba, *La giustizia nell'Italia moderna*, cit., pp.74-75.



LUCAS CRANACH IL VECCHIO, GESÙ CRISTO E L'ADULTERA (1545-1550)



GUIDO RENI, SUSANNA E I VECCHIONI (1620)

FONTI

- Abbas (Niccolò de' Tedeschi), *Commentaria*, Venetiis 1588
- Acta sinodalia diocesana Ecclesiae Mediolanensis, pars II, Brixiae 1603
- Alberico da Rosciate, *Dictionarium Iuris*, Venetiis 1581
- Alciato A., *De verborum significatione*, Lugduni 1572
- Álvarez de Velasco G., *De privilegiis miserabilium personarum*, Matriti 1636
- Andrea da Isernia, *Super constitutionibus*, in *Utriusque Siciliae Constitutiones*, Venetiis 1590
- Antoniucci G. B., *Catechesis seu Instructio cunctis ad confessiones audiendas*, Placentiae 1582
- Aristotele, *Etichorum ad Nicomachum*, in Saenz de Aguirre (cur.), *Philosophia moralis ab Aristotele tradita*, Romae 1698
- Aristotele, *Politicorum sive de Republica*, Venetiis 1558
- Arnisæus H., *De iure connubiorum*, Argentorati 1636
- Avvertimenti di San Carlo per li confessori, Roma 1700
- Azor J., *Institutionum moralium*, pars II, Cremonae 1622
- Azpliqueta Navarro M., *Commentarius de lege poenali*, in Id., *Opera omnia*, Venetiis 1602
- Azpliqueta Navarro M., *Manuale de' confessori*, Vinegia 1575
- Azzo, *Summa super Codicem*, Torino 1966
- Bacone F., *Nuova Atlantide*, Milano 1997
- Balzarano G. P., *Commentaria ad Constitutiones Utriusque Siciliae*, Neapoli 1620
- Bannimenta generalia (1610) = Bando generale dell'illustrissimo, et reverendissimo sig. Benedetto card. Giustiniano, Bologna 1610
- Barbier J., *Aureum viatorium utriusque iuris*, (manca il luogo di edizione) 1595
- Bartolo da Sassoferrato, *Commentaria*, Venetiis 1526
- Basilico G., *Decisiones criminales*, Florentiae 1691

Berlich M., *Conclusiones practicabiles, pars IV*, Francofurti-Coloniæ 1598

Berlich M., *Conclusiones practicabiles, pars V*, Coloniae Agrippinae 1693

Bertachini G., *Repertorium*, Venetiis 1570

Bodin J., *I sei libri della republica*, Genova 1588

Bonaccossi I., *Communes doctorum iuris utriusque criminales opiniones usu receptæ*, Venetiis 1575

Bossi E., *Tractatus varii*, Venetiis 1562

Caballo P., *Resolutiones criminales*, Francoforti 1613

Cacherano d'Osasco O., *Consilia sive responsa*, Francofurti 1599

Cacherano d'Osasco O., *Decisiones Senatus Pedemontani*, Lugduni 1579

Caetano (Tommaso de Vio), *Secunda Secundæ commentariis illustrata*, Augustæ Taurinorum 1582

Cancer D., *Variarum resolutionum juris, III*, Venetiis 1642

Cano M., *Relectio de poenitentia*, Compluti 1563

Capece A., *Novæ decisiones*, Francofurti ad Moenum 1573

Carerio L., *Practica causarum criminalium*, Lugduni 1572

Carolina (1532) = *Augustissimi imperatoris Caroli quinti de capitalibus iudiciis constitutio*, Basilea 1543

Carpzov B., *Practicæ imperialis Saxonicae rerum criminalium*, Lipsiæ 1739

Carranza de Miranda B., *De iustitia et iure*, Pamplona 2003

Cartari G., *Decisiones criminales fori archiepiscopalis mediolanensis*, Romæ 1638

Castillo de Bobadilla J., *Politica para corregidores*, Amberes 1704

Choveron B., *De publicis concubinariis*, Spiræ 1550

Cicerone, *De officiis*, Lugduni 1609

Claro G., *Practica criminalis, in Id., Series Tractatum*, Venetiis 1614

Clementinæ = Friedberg Æ. (recognovit), *Corpus iuris canonici. II. Decretalium collectiones*, Leipzig 1879

Codex = Krueger P. (recognovit), *Corpus iuris civilis*, II. *Codex Iustinianus*, Berolini 1900

Concilio di Basilea, in Alberigo G. – Dossetti G. L. – Joannou P. P. – Leonardi C. – Prodi P., *Conciliorum oecumenicorum decreta*, Basileæ 1962, pp.431-489

Concilio di Trento, in Alberigo G. – Dossetti G. L. - Joannou P. P., Leonardi C. – Prodi P., *Conciliorum oecumenicorum decreta*, Basileæ 1962, pp.636-775

Concilio Lateranense IV, in Alberigo G. – Dossetti G. L. - Joannou P. P., Leonardi C. – Prodi P., *Conciliorum oecumenicorum decreta*, Basileæ 1962, pp.571-631

Constitutio Electoratus (1572), in Carpzov B., *Practicæ imperialis Saxonicae rerum criminalium*, Lipsiæ 1739

Constitutiones Domini Mediolanensis (1541) = Verri. G., *Constitutiones Domini Mediolanensis*, Mediolani 1747

Constitutiones Marchiæ Anconitanæ (1357) = Ægedianæ constitutiones, Venetiis 1572

Corradi L., *Prætorium et curiale breviarum*, Venetiis 1563

Corradi L., *Templum omnium iudicum pontificiæ, cesariæ, regiæ, inferiorisque potestatis*, Venetiis 1575

Costa G. B., *De facti scientia et ignorantia*, Papiæ 1604

Cravetta A., *Consilia*, Francofurti ad Moenum 1605

Cucchi A., *Institutionum iuris canonici*, Venetiis 1564

Cumia G., *In ritibus Magnæ Curia Regni Siciliae*, Venetiis 1578

d’Afflitto M., *Decisionum Sacri Regi Neapolitani Consilii*, Francofurti ad Moenum 1616

d’Afflitto M., *In utriusque Siciliae sanctiones et constitutiones*, Venetijs 1588

d’Afflitto M., *Super tres Feudorum libros*, Francofurti 1598

Danza E., *Additiones ad Thomæ Grammatici decisiones*, Montisfuscoli 1643

Danza E., *De pugna doctorum*, t.I, Montisfuscoli 1645

Danza E., *De pugna doctorum*, t.II, Montisfuscoli 1636

de Bohier N., *Decisiones Burdigalenses*, (manca il luogo di edizione) 1611

De Bonis O., *Commentarii de casibus reservatis*, Bononiæ 1628

de Castro A., *Adversus omnes hæreses*, Lugduni 1555

de Castro A., *De potestate legis poenalis*, Antuerpiæ 1568

de Covarrubias D., *In librum quartum Decretalium epitome*, Salmanticæ 1556

de Covarrubias D., *In regulæ peccatum*, Lugduni 1560

de Covarrubias D., *Variarum resolutionum*, in *Opera Omnia*, Antuerpiæ 1627

de Damhouder J., *Praxis rerum criminalium*, Venetiis 1572

de Dicastillo J., *Tractatus de iuramento periurio et adiuratione necnon de censuris et poenis ecclesiasticis*, Antuerpiæ 1662

de Franchis V., *Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani*, Augustæ Taurinorum 1610

De Gamma A., *Decisiones Supremi Senatus Regni Lusitaniæ*, Barcinone 1597

de la Peguera L., *Decisiones auræ*, Francofurti ad Moenum 1609

de Ledesma P., *Tractatus de magno matrimonii sacramento*, Salmanticæ 1592

De Luca G. B., *Il dottor Volgare*, IV, Firenze 1843

de Medina B., *Breve instrucción de como se ha de administrar el Sacramento de la Penitencia*, Alcalà 1589

de Medina J., *De restitutione et contractibus*, Salmanticæ 1550

de Molina L., *De iustitia et iure*, Coloniae Allobrogum 1733

de Nebrija A., *Vocabularium utriusque iuris*, Venetiis 1581

De Pitigianis F., *Practica criminalis canonica*, Venetiis 1621

de Platea G., *Commentaria in quattuor libros Institutionum*, 1507 (manca il luogo di edizione)

De Rosa C. A., *Criminalis decretorum praxis*, Neapoli 1733

de Rubeis F., *Tractatus de adulteriis*, Venetiis 1599

de Soto D., *De iustitia et iure*, Lugduni 1582

de Soto D., *De iustitia et iure*, Salamanticæ 1556

de Toro G. B., *Supplementum Aurei compendii decisionum regalium supremorum tribunalium*, Neapoli 1646

de Vitoria F. – de Nava G., *Prima Secundæ Sancte Thome cun comento*, BUS ms.2770

de Vitoria F., *Comentarios a la Secunda Secundæ, II. De caritate et prudentia*, Salamanca 1932

de Vitoria F., *De legibus*, Salamanca 2010

de Vitoria F., *Relectio de homicidio*, in Id., *Relectiones theologicæ*, Matrity 1765, pp.387-422

de Vitoria F., *Relectio de matrimonio, n.2*, in Id., *Relectiones theologicæ*, Matrity 1765, pp.281-324

de Vitoria F., *Relectio de potestate civili*, in Id., *Relectiones theologicæ*, Matrity 1765, pp.109-135

de Vitoria F., *Scholia in secunda secundæ Sancti Thomæ de Aquino*, BUS ms.43

Deciani T., *Tractatus criminalis*, Venetiis 1614

Decio F., *Consilia sive Responsa celeberrima*, Lugduni 1565

Decio F., *In decretales commentaria*, Romæ 1579

Decretales Gregorii IX, Lutetiæ Parisiorum 1561

Decretum = Friedberg Æ. (recognovit), *Corpus iuris canonici. I. Decretum magistri Gratiani*, Leipzig 1879

Decretum Gratiani emendatum, Taurini 1620

degli Ubaldi B., *Commentaria in primum, secundum et tertium Codicis librum*, Augustæ Taurinorum 1576

Diana A., *Resolutiones morales*, Montibus 1636

Diana A., *Summa Diana*, Lugduni 1660

Díaz de Lugo B., *Practica criminalis canonica*, Venetiis 1602

Digesta = Krueger P. – Mommsen T. (recognoverunt), *Corpus iuris civilis, I. Institutiones et Digesta*, Berolini 1889

Farinacci P., *Consilia sive responsa*, Coloniae Allobrogum 1649

Farinacci P., *Praxis et theoricæ criminalis, pars quarta*, Lugduni 1631

Farinacci P., *Praxis, partis primæ tomus primus*, Lugduni 1634

- Farinacci P., Tractatus de hæresi, Roma 1616
- Ferraris L., Prompta bibliotheca canonica, juridica, moralis, theologica nen non ascetica, polemica, rubricistica, historica, Venetiis 1782
- Follerio P., Canonica Criminalis Praxis, Venetiis 1570
- Follerio P., Practica criminalis, Venetiis 1557
- Fragoso B., Regimen Reipublicæ christianæ, Lugduni 1641-1652
- Fuero Real (1255) = Díaz de Montalvo A., El Fuero real de España, *Salamanca 1569*
- Fulgosio R., Consilia, cons.CXXXV, n.1, in Cumano – Fulgosio, Consilia sive responsa, Venetiis 1575
- Gandino A., Tractatus de maleficiis, rubr.Quomodo de maleficiis cognoscatur per inquisitionem, n.4, in Kantorowicz H. U., Albertus Gandinus und das Strafrecht der scholastik, Berlin Leipzig 1926, II
- Garoni A. S., Observationes in Constitutiones Domini Mediolanensis, Mediolani 1637
- Genovese M. A., Praxis Archiepiscopalis Curia Neapolitanæ, Neapoli 1602
- Gentili A., Disputationum de nuptiis, Hanoviae 1601
- Girolamo, Epistolæ, in J. P. Migne (accurante), Patrologia Latina, XXII, coll.525-1124
- Giustiniani, Nuova collezione delle prammatiche del Regno di Napoli, Napoli 1804 (t.VII), 1805 (tt.XXII e XIV) e 1808 (tt.IX e XV),
- Gizzarello N. A., Auræ decisiones, Neapoli 1629
- Gómez A., Ad leges Tauri, Antuerpiæ 1624
- Gómez A., Variarum resolutionum, Francofurti ad Moenum 1572
- Gómez Arias F., Subtilissima necnon valde utilis glosa, Compluti 1542
- Gonzalez Téllez M., Commentaria perpetua, Venetiis 1732
- Grammatico T., Decisiones, Venetiis 1551
- Grammatico T., In constitutionibus, capitulis, et pragmaticis Regni Neapolitani, et ritibus Magnæ Curia Vicariæ, Venetiis 1562
- Grillando P., Tractatus de heretici, et sortilegijs omnifariam coitu, Lugduni 1545

Gutierrez J., *Canonicarum quæstionum utriusque fori*, Francofurti 1607

Gutierrez J., *Illustres at canonicæ quæstiones*, Venetiis 1618

Institutiones = Krueger P. – Mommsen T. (recognoverunt), *Corpus iuris civilis*, I. *Institutiones et Digesta*, Berolini 1889

Iustiniani imperatoris *Opus prudentum responsa Caesarumque rescripta complectens*, quinque voluminibus distinctum, Venetiis 1591

Lancellotti G. P., *Institutiones iuris canonici*, Francofurti ad Moenum 1591

Lessio L., *De iustitia et iure*, Mediolani 1613

Leyes de Toro (1505) = *Leyes de Toro. Quaderno de las leyes y nuevas decisiones*, Salamanca 1551

Liber Augustalis (1231), in *Utriusque Siciliae constitutiones, capitula ritus et pragmaticæ*, Venetiis 1590, pp.1-302

Liber Extra = Friedberg Æ. (recognovit), *Corpus iuris canonici*. II. *Decretalium collectiones*, Leipzig 1879

Liber Septimus, in *Corpus iuris canonici academicum*, Venetiis 1782, t. II, PAG

Liber Sextus = Friedberg Æ. (recognovit), *Corpus iuris canonici*. II. *Decretalium collectiones*, Leipzig 1879

Libri Feudorum, in *Volumen Legum parvum*, Venetiis 1591, pp.15-98

Lipsio G., *Politicorum sive civilis doctrinæ*, Lugduni Batavorum 1628

Lutero M., *La cattività babilonese*, Torino 2006

Magnum Bullarium Romanum, Lugduni 1655 (t.I) – 1673 (t.II)

Maranta R., *Speculum aureum et lumen advocatorum*, Neapoli 1557

Marc F., *Celeberrimi decisiones auræ in Sacro Delphinatus Senatus*, Lugduni 1600

Marsili I., *Repetitiones*, Lugduni 1551

Mastrilli G., *Decisionum tribunalis Consistorii Sacræ Regiæ Conscientiæ Regni Siciliae*, Francofurti ad Moenum 1627

Matthes A., *De criminibus*, Antwerpiae 1761

Melantone F., *Loci communes theologici*, Vitebergæ 1641

Melantone F., *Moralis philosophiæ epitome*, Lugduni 1542

Menochio J., *Consiliorum sive responsorum*, t.I, Francofurti 1605

Menochio J., *Consiliorum sive responsorum*, Venetiis 1609

Menochio J., *De arbitrariis iudiciis*, Lugduni 1605

Menochio J., *De præsumptionibus, coniecturis, signis, et indiciis commentaria*, Ginevra 1614

Minnucci G. (edizione criticam conguessit), *Tractatus criminum sæculi XII*, Bologna 1997

Moro T., *L'Utopia o la migliore forma di repubblica*, Bari 1963

Nevizzano G., *Sylva nuptialis*, (manca il luogo di edizione) 1592

Nova vulgata *Bibliorum sacrorum editio*, Città del Vaticano 1979

Novario G. M., *De privilegiis miserabilium personarum*, Coloniae 1709

Novellae = Schoell R – Kroll G. (recognoverunt), *Corpus iuris civilis*, III. *Novellae*, Berolini 1889

Nueva Recopilación (1567) = *Las leyes de Recopilación*, Madrid 1772 (t.I) – 1775 (t.II)

Ordenamiento de Alcalá (1348) = *El ordinamento de leyes que D. Alonso XI hizo en las Cortes de Alcalá*, Madrid 1774

Ordenanzas Reales de Castilla (1484) = Díaz de Montalvo A. – Pérez D., *Ordenanzas Reales de Castilla*, Madrid 1780

Ordinatio ecclesiastica (1580), in Carpzov B., *Practicæ imperialis Saxonicae rerum criminalium*, Lipsiæ 1739

Ordinatio matrimonialis (1625), in Carpzov B., *Practicæ imperialis Saxonicae rerum criminalium*, Lipsiæ 1739

Ordinatio politica (1612), in Carpzov B., *Practicæ imperialis Saxonicae rerum criminalium*, Lipsiæ 1739

Ordinatio provincialis (1550), in Carpzov B., *Practicæ imperialis Saxonicae rerum criminalium*, Lipsiæ 1739

Ordonnance sur le fait de la justice (1539), in *Les edicts et ordannances des tres-chrestiens roys Francois I, Henry II, Francois II, Charles IX, Henry III, Henry IV, Louys XIII et Louys XIV*, t. I, Lyon 1677, pp.21-52

- Ostiense (Enrico da Susa), *Summa aurea*, Venetiis 1574
- Paleotti G., *Tractatus de nothis et spuriisque filiis*, Francoforti 1597
- Papa G., *Decisiones*, Genevæ 1667
- Papon J., *Recueil d'arrests notables des Cours souveraines de France*, Pont-Amousson 1608
- Pérez D., *Ordenanzas Reales de Castilla recopiladas, y compuestas por el doctor Alonso Díaz de Montalvo*, Madrid 1780
- Pietro Gregorio, *Syntagma iuris universi*, Lugduni 1587
- Pietro Teodorico, *Judicium criminale practicum*, Jenæ 1671
- Platone, *Repubblica*, in Id., *Tutte le opere*, Roma 1997, vol.IV, pp.32-531
- Pradilla Barnuevo J. C., *Suma de las leyes*, Madrid 1644
- Rebuffi P., *Praxis beneficiorum*, Coloniae 1610
- Regnault V., *Praxis fori poenitentialis*, Lugduni 1616
- Remus G. A., *Nemesis Carolina*, in Gobler J. – Remus G. A., *Interpretationem Constitutionis Criminalis Carolinae*, Heidelbergæ 1837
- Rinaldi G. D., *Observationes criminales*, Venetiis 1699
- Ritus Magnæ Curiae Regni Siciliae, in Cumia G., *In ritus Magnæ Curiae Regni Siciliae*, Venetiis 1578
- Ritus Magnæ Curiae Vicariae, in *Utriusque Siciliae constitutiones, capitula ritus et pragmaticae*, Venetiis 1590, pp.401-444
- Romano (Lodovico Pontano), *Consilia sive responsa*, Venetiis 1581
- Sacri Romani Imperii principum ac procerum gravamina centum, capp.LVII, parr.LXXV-LXXVI, in Georgii J. F., *Imperatorum Imperiique principum ac procerum totiusque nationis germanicae gravamina adversus Sedem Romanam totumque ecclesiasticum ordinem*, Francofurti – Lipsiae 1725, pp.357-521
- Sacrosanti Concilii Tridentini canones, et decreta, Neapoli 1705
- Salerno F., *Consiliorum sive responsorum iuris*, Panormi 1640
- Sánchez T., *De Sancto Matrimonii sacramento*, Venetiis 1685

Sanfelice G. F., *Decisionum supremorum tribunalium Regni Neapolitani*, II, Venetiis 1644

Sanfelice G. F., *Decisionum supremorum tribunalium Regni Neapolitani*, III, Lugduni 1676

Santarelli A., *Tractatus de hæresi, schismate, apostasia, sollicitatione in sacramento Poenitentiae*, Romæ 1625

Sarpi P., *Opere*, Napoli 1969

Savelli M., *Pratica Universale*, in *Variæ juris resolutiones*, Venezia 1748

Savelli M., *Summa diversorum tractatum*, Venetiis 1748

Savonarola G., *Oracolo della renovatione della Chiesa*, Vinetia 1543

Scialoya A., *Tractatus de foro competenti*, Neapoli 1717

Segneri P., *Il cristiano istruito nella sua Legge. Ragionamenti morali*, Venezia 1687

Siete partidas (1265) = *Las siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el Nono nuevamente glosadas por Gregorio López*, Maguntiae 1610

Simancas D., *De catholicis institutionibus*, Romæ 1575

Sinodo diocesana milanese II (1568), in *Acta sinodalia diocesana Ecclesiae Mediolanensis*, pars II, Brixiae 1603, pp.3-19

Sinodo diocesana milanese IV (1574), in *Acta sinodalia diocesana Ecclesiae Mediolanensis*, pars II, Brixiae 1603, pp.29-62

Statuta Sabaudiae (1430) = *Decreta seu Statuta vetera*, Augusta Taurinorum 1586

Statuti criminali di Genova (1557) = *Criminalium Iurium Civitatis Genuæ*, Genuæ 1603

Statuti della Corsica (1572) = *Statuti civili e criminali di Corsica*, Lione 1843 (t.I)

Statuti di Aspra (1580) = Federici V. (cur.) *Statuti della Provincia romana. Sant'Andrea in Selci, Subiaco, Viterbo, Roviano, Anagni, Saccomuro, Aspra Sabina*, Roma 1930

Statuti di Benevento (1441 e 1588), in Intorcchia G., *Civitas Beneventana: genesi ed evoluzione delle istituzioni cittadine nei secc.XIII-XVI*, Benevento 1981, pp.91-169 e 175-258

Statuti di Bergamo (1493) = *Statuta magnificae civitatis Bergomi*, Bergomi 1727

Statuti di Brescia (1621) = *Statuta magnificae civitatis Brixiae*, Brixiae 1722

Statuti di Chiusi (1538) = Cencioni (cur.), Statuti della città di Chiusi, Chiusi 1996

Statuti di Firenze (1415) = Statuta populi et communis Florentiæ, Friburgi 1778 (t.I)

Statuti di Gubbio (1624) = Conciolo, Statuta civitatis Eugubij, Gerundæ 1685

Statuti di Macerata (1553) = Volumen statutorum ciuitatis Maceratae, Maceratae 1553

Statuti di Pavia (1505) = Statuta civitatis et principatus Papiæ, Ticini 1590

Statuti di Roma (1580) = Statuta almæ urbis Romæ, Romæ 1580

Statuti di Rovereto (1570 e 1610) = Goff S. (cur.), Statuti di Rovereto del 1570 e del 1610, Venezia 1995

Statuti di Trento (1527) = Statuta civitatis Tridenti, Tridenti 1614

Suárez F., De censuris, Venetiis 1749

Suárez F., Tractatus de legibus ac Deo legislatore, Moguntia 1619

Tartagni A., Consiliorum seu responsorum, Venetiis 1610

Tesauro A., Novæ Decisiones Sacri Senati Pedemontani, Augusta Taurinorum 1609

Tesauro C. A., De poenis ecclesiasticis, Romæ 1640

Tesauro G. A., Quæstiones forensium, Geneva 1655

Tiraqueau A., De legibus connubialibus et iure maritali, in Id., Opera omnia, Venetiis 1591

Tiraqueau A., De poenis temperandis, Venetiis 1560

Tommaso d'Aquino, Summa contra Gentiles, Venetiis 1534

Tommaso d'Aquino, Summa totius theologiæ, Venetiis 1612

Toschi D., Praticarum conclusionum iuris, Lugduni 1660

Urceoli G., Tractatus de transactionibus, Colonia Allobrogum 1701

Ursaya D., Institutiones criminales, Romæ 1706

Usatges, in Valls Taberner F., Los Usatges de Barcelona. Estudios, comentarios y edición bilingüe del texto, Barcelona 1984

Valero J., Differentiæ inter utrumque forum, Carusia Maioricarum 1616

Vario, Pragmaticæ edicta decreta interdica regiæque sanctiones Regni neapolitani, Neapoli 1772

Vegio F., Responsorum, Venetiis 1581

Vivio F., Decisiones Regni Neapolitani, Venetiis 1602

Volpelli O., Responsorum et allegationum criminalium, Venetiis 1581

von Beust J., Tractatus de iure connubiorum, Lipsiæ 1592

BIBLIOGRAFIA

- Addante L., *Eretici e libertini nel Cinquecento italiano*, Roma Bari 2010
- Ago R., *La feudalità in età moderna*, Roma Bari 1994
- Alberigo G., *Ecclesiologia del Concilio di Trento*, Roma 1964
- Alberigo G., *La Riforma protestante*, Brescia 1988
- Alejandre J. A., *El veneno de Dios. La Inquisición de Sevilla ante el delito de sollicitación en confesión*, Sevilla 1994
- Alessi G., *Discipline. I nuovi orizzonti del disciplinamento sociale*, in *Storica*, II (1996), pp.7-37
- Alessi G., *I patti della giustizia. L'instirpabile vocazione transattiva del Regno di Napoli*, in Cavina M. (a cura di), *La giustizia criminale nell'Italia moderna*, Bologna 2012, pp.305-335
- Alessi G., *Il gioco degli scambi: seduzione e risarcimento nella casistica cattolica del XVI e XVII secolo*, in *Quaderni storici*, XXV (1990), n.75, pp.805-831
- Alessi G., *Il processo penale. Un profilo storico*, Roma Bari 2001
- Alessi G., *La giustizia pubblica come risorsa: un tentativo di riflessione storiografica*, in *Penale giustizia potere: metodi, ricerche, storiografie per ricordare Mario Sbriccoli*, Macerata 2007, pp.213-234
- Alessi G., *L'onore riparato. Il riformismo del Settecento e le ridicole leggi contro lo stupro*, Fiume (a cura di), *Onore e storia nelle società del Mediterraneo*, Palermo 1990, pp.129-142
- Alessi G., *Processo penale (Diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milano 1987, pp.23-64
- Alessi G., *Processo per seduzione. Piacere e castigo nella Toscana leopoldina*, Catania 1988
- Alessi G., *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra Evo medio e moderno*, Napoli 1979
- Alessi G., *Stupro non violento e matrimonio riparatore. Le inquiete peregrinazioni dogmatiche della seduzione*, in Seidel Menchi S. – Quaglioni D. (a cura di), *I tribunali del matrimonio (secoli XV-XVIII)*, Bologna 2006, pp.609-640
- Alfieri F., *Nella camera degli sposi: Tomás Sánchez, il matrimonio, la sessualità (secoli XVI-XVII)*, Bologna 2010

Allard A., *Histoire de la justice criminelle*, Gand 1868

Alonso Romero M. P., *El proceso penal en Castilla. Siglos XIII-XVIII*, Salamanca 1982

Alonso Romero M. P., *La condición jurídica de las viudas en la doctrina castellana moderna*, in Pacheco Caballero F. L. (editor y coordinador), *Mujeres y derecho. Una perspectiva histórico-jurídica*, Barcelona 2015, pp.283-318

Alonso Romero M. P., *Orden procesales y garantías entre Antiguo Régimen y constitucionalismo gaditano*, Madrid 2008

Álvarez Urcelay M., *Causando gran escandalo e murmuraçion. Sexualidad y su castigo en Gipuzkoa*, Bilbao 2012

Alvazzi del Frate P. – Serges G. *Garantismo e inquisizione*, in Cavina M. (a cura di), *La giustizia criminale nell'Italia moderna*, Bologna 2012, pp.9-34

Angelozzi G. – Casanova C., *La nobiltà disciplinata: violenza nobiliare, procedure di giustizia e scienza cavalleresca a Bologna nel XVII secolo*, Bologna 2003

Angelozzi G., *Interpretazioni della Penitenza sacramentale in Età moderna*, in *Religioni e società*, I (1986), n.2, pp.73-87

Angelozzi G., *La proibizione del duello: Chiesa e ideologia nobiliare*, in Prodi P. – Reinhard W. (curr.), *Il Concilio di Trento e il moderno*, Bologna 1996, pp.271-308

Angelozzi G., *Le confraternite laicali. Un'esperienza cristiana tra Medioevo ed Età moderna*, Brescia 1978

Antonielli L. – Donati C. (curr.), *Corpi armati e ordine pubblico in Italia (XVI-XIX sec)*, Soveria Mannelli 2003

Antonielli L. (cur.), *La polizia in Italia nell'Età moderna*, Soveria Mannelli 2002

Arrivo G., *Seduzioni, promesse, matrimoni: il processo per stupro della Toscana del Settecento*, Roma 2006

Artico C., "Io sono padrone di gridare et contrastare con far quello mi pare et piace con mia moglie": ius corrigendi e strategie familiari per la conservazione dell'ordine familiare nella signoria di Duino tra XVII e XVIII secolo, in *Historia et Ius*, 2015, http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/artico_8.pdf

Ascheri M., *I Grandi Tribunali d'Ancien Régime e la motivazione della sentenza*, in Id., *Tribunali, giuristi e istituzioni dal Medioevo all'Età moderna*, Bologna 1989, pp.85-183

Ascheri M., *Introduzione storica al diritto medievale*, Torino 2007

- Ascheri M., *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Torino 2007
- Ascheri M., *Le Practicæ conclusiones del Toschi: uno schedario della giurisprudenza consulente*, in AA.VV., *Giustizia, potere e corpo sociale*, Bologna 1994, pp.37-53
- Bainton R. H., *La Riforma protestante*, Torino 1958
- Barahona R., *Sex crimes, honour and the law in Early Modern Spain: Vizcaya (1528-1735)*, Toronto 2003
- Beccaria C., *Dei delitti e delle pene*, Milano 2010
- Bellarbarba M., *La giustizia nell'Italia moderna*. Roma Bari 2008
- Bellarbarba M., *I processi per adulterio nell'Archivio diocesano tridentino (XVII-XVIII secolo)*, in Seidel Menchi S. – Quaglioni D. (a cura di), *Trasgressioni*, Bologna 2004, pp.185-229
- Bellarbarba M., *Nobiltà, giustizia e letteratura. Un processo per adulterio a Verona nel tardo Cinquecento*, in Chiodi G. – Povolo C. (a cura di), *L'amministrazione della giustizia penale nella Repubblica di Venezia (secc.XVI-XVIII), II. Retoriche, stereotipi, prassi*, Verona 2004, pp. 311-348
- Bellarbarba M., *Pace pubblica e pace privata: linguaggi e istituzioni processuali nell'Italia moderna*, in Bellabarba M. – Schwerhoff G. – Zorzi A. (a cura di), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna*, Bologna 2001
- Bellini P., *Respublica sub Deo. Il primato del sacro nell'esperienza giuridica dell'Europa preumanistica*, Firenze 1981
- Bellomo M., *Dote (Diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano 1965, pp.8-32
- Bellomo M., *Famiglia (Diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol.XVI, Milano 1967, pp.744-778
- Bellomo M., *La condizione giuridica della donna in Italia. Vicende antiche e moderne*, Roma 1996
- Bellomo M., *Ricerche sui rapporti patrimoniali tra coniugi*, Milano 1961
- Bellomo M., *Saggio sull'università nell'età del diritto comune*, Catania 1979
- Benigno F., *L'età moderna. Dalla scoperta dell'America alla Restaurazione*, Roma Bari 2005

Benigno F., L'ombra del re. Ministri e lotta politica nella Spagna del Seicento, Venezia 1992

Bennassar B., Storia dell'Inquisizione spagnola, Milano 1994

Berman H. J., Diritto e Rivoluzione, I. Le origini della tradizione giuridica occidentale, Bologna 1998

Berman H. J., Diritto e Rivoluzione, II. L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale, Bologna 2010

Bertanza G. – Chiesa G., Storia di Rovereto, Rovereto 1904

Bertola A., Pena canonica, in *Novissimo Digesto Italiano*, XII, Torino 1965, pp.843-847

Besta E., La famiglia nel diritto italiano, Padova 1933

Bettoni A., Fama, shame, punishment and metamorphoses in criminal justice (XIV-XVI centuries), (24. März 2010), in *Forum historiae iuris*, 2010, <http://www.forhisiur.de/2010-03-bettoni/>

Biocchi I. – Mattone A. (a cura di), Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione. Secoli XVI-XIX, Roma 2006

Biocchi I., Alla ricerca dell'ordine, Torino 2002

Biocchi I., La giustizia di tipo egemonico: qualche spunto di riflessione, in Lacché L. – Latini C. – Marchetti P., Meccarelli M. (a cura di), Penale giustizia potere: metodi, ricerche, storiografie per ricordare Mario Sbriccoli, Macerata 2007, pp.179-211

Bizzocchi R., Chiesa, religione, Stato agli inizi dell'età moderna, in Chittolini G. – Mohlo A. – Schiera P- (a cura di), *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*, Bologna 1994, pp.493-513

Bizzocchi R., Conflitti di giurisdizione negli antichi stati italiani, in Nubola C.– Turchini A. (a cura di), *Fonti ecclesiastiche per la storia sociale e religiosa d'Europa: XV-XVIII secolo*, Bologna 1999, pp.267-275

Black C. F., Le confraternite italiane del Cinquecento, Milano 1992

Bobbio N., La teoria delle forme di governo nella Storia del pensiero politico, Torino 1976

Böckenförde E. W., La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione, in Prodi P. – Sartori L. (a cura di), *Cristianesimo e potere*, Bologna 1986, pp.101-122

Bodei R., Geometria delle passioni. Paura, speranza, felicità: filosofia e uso politico, Milano 2003

Boiteux M., *Derision et deviance: à propos de quelques coutumes romaines*, in Le Goff J. – Schmitt J. C. (par), *Le chivari*, Parigi 1981, pp.237-249

Bonacchi G., *Legge e peccato. Anime corpi giustizia alla corte dei papi*, Roma Bari 2005

Borobio D., *Il modello tridentino di confessione dei peccati*, in *Concilium*, II (1987), pp.42-64

Borromeo A., *Le controversie giurisdizionali tra potere laico e potere ecclesiastico nella Milano spagnola sul finire del Cinquecento*, in *Atti dell'Accademia di San Carlo*, IV (1981), pp.43-89

Bouzada Gil M. T., *El privilegio de las viudas en el Derecho castellano*, in *Cuadernos de Historia del derecho*, IV (1997), pp.203-242

Brambilla E., *Confessione, casi riservati e giustizia spirituale dal XV secolo al concilio di Trento: i reati di fede e di morale*, in Nubola C. – Turchini A. (a cura di), *Fonti ecclesiastiche per la storia sociale e religiosa d'Europa: XV-XVIII secolo*, Bologna 1999, pp.491-540

Brambilla E., *Deflorazione, stupro, ratto, concubinato: la transizione dagli sponsali civili al matrimonio sacramentale dopo il Concilio di Trento*, in Ead. *Sociabilità e relazioni femminili nell'Europa moderna. Temi e saggi*, Milano 2013, pp.90-112

Brambilla E., *I casi morali tra corti di giustizia e casi di coscienza*, in Seidel Menchi S. – Quaglioni D. (a cura di), *I tribunali del matrimonio (secoli XV-XVIII)*, Bologna 2006, pp.521-575

Brambilla E., *I poteri giudiziari dei tribunali ecclesiastici nell'Italia centrosettentrionale e la loro secolarizzazione*, in Donati C. – Flachenecker H. (curr.), *Le secolarizzazioni nel Sacro Romano Impero*, Bologna Berlin 2005, pp.99-112

Brambilla E., *La giustizia intollerante. Inquisizione e tribunali confessionali in Europa (secoli IV-XVIII)*, Roma 2006

Brambilla E., *La polizia dei tribunali ecclesiastici e le riforme della giustizia penale*, in Antonielli L. – Donati C. (curr.), *Corpi armati e ordine pubblico in Italia (XVI-XIX sec.)*, Soveria Mannelli 2003, pp.73-110

Brandileone F., *Studi preliminari sullo svolgimento dei rapporti patrimoniali tra coniugi in Italia*, in *Archivio giuridico*, LXVII (1901), pp.201-281

Brescia G., *La donna violata. Casi di stuprum e raptus nella declamazione latina*, Lecce 2012

Briegel F. – Wenzel E., *La récidive à l'épreuve de la doctrine pénale (XVI-XIX siècle)*, in Briegel F. – Porret M. (etudes réunies par), *Le criminel endurci: récidive et récidivistes du Moyen Age au XXe siècle*, Genève 2006, pp.93-110

Brundage J. A., *Carnal delight: canonistic theories of sexuality*, Città del Vaticano 1980

Brundage J. A., *La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa medieval*, México 2000

Brunner O., *Land un Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Südostdeutschlands im Mittelalter*, Wien 1939

Burghartz S., *Tribunali matrimoniali nell'Europa della Riforma: Svizzera e Germania meridionale*, in Seidel Menchi S. – Quaglioni D. (curr.), *I tribunali del matrimonio (secoli XV-XVIII)*, Bologna 2006, pp.211-235

Calasso F., *Medio Evo del diritto*, Milano 1954

Calasso F., *Umanesimo giuridico*, in Id., *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, pp.181-205

Calisse C., *Principii di diritto penale nei giuristi del Rinascimento*, in *Studi di storia e diritto in onore di Arrigo Solmi*, Milano 1941, I, pp.3-18

Calisse C., *Storia del diritto penale italiano dal secolo VI al XIX*, Firenze 1895

Calisse C., *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII*, in Pessina E. (cur.), *Enciclopedia del diritto penale italiano*, II, Milano 1906, pp.3-540

Cambi M., *Il prezzo della perfezione. Diritto, reati e pene nelle utopie dal 1516 al 1630*, Napoli 1996

Candau Chacón M. L., *Un mundo perseguido: delito sexual y justicia eclesiástica en los tiempos modernos*, in Fortea Pérez J. I. – Gelabert González J. E. – Mantecón Movellán T. A. (editores), *Furor et rabies: violencia, conflicto y marginación en la Edad Moderna*, Santander 2002, pp.403-432

Canosa R. – Colonnello I., *Storia della prostituzione in Italia dal Quattrocento alla fine del Settecento*, Roma 2004

Canosa R., *La restaurazione sessuale. Per una storia della sessualità tra Cinquecento e Settecento*, Milano 1993

Canosa R., *Sessualità e inquisizione in Italia tra Cinquecento e Seicento*, Roma 1994

Caporali R., *Uguaglianza*, Bologna 2012

Caravale A., Alle origini del diritto europeo. Ius commune, Droit commun, Common law, Bologna 2005

Carbasse J. M., Justice populaire, justice savante. Les consulats de la France méridionale (XII-XIV siècle), in Chiffolleau J. – Gauvard C. – Zorzi A. (études réunies par), Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à fin du Moyen Âge, Roma 2007, pp.347-526

Carbasse J. M., Carrant nudi. La répression de l'adultère dans le Midi médiéval, in Poumarède – Royer (curr.), Droit, Histoire et Sexualité, Paris 1987, pp.83-102

Carbasse J. M., Histoire du droit pénal et de la justice criminelle, Paris 2000

Carrara F., Programma del corso di diritto criminale, II. Del giudizio criminale, Bologna 2004

Casana Testore P., Un esempio di corte suprema nell'età del diritto comune. Il Senato di Piemonte nei primi decenni di attività, Torino 1995

Casey J., La famiglia nella Storia, Roma Bari 1999

Catalano G., Controversie giurisdizionali tra Chiesa e Stato nell'età di Gregorio XIII e di Filippo II, Palermo 1955

Cavallo S. – Cerutti S., Onore femminile e controllo sociale della riproduzione in Piemonte tra Sei e Settecento, in Quaderni storici, XV (1980), n.44, pp.346-383

Cavanna A., Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico, I, Milano 1982

Cavanna A., Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico, II, Milano 2005

Cavina M., Il duello giudiziario per punto d'onore. Genesi, apogeo e crisi nell'elaborazione dottrinale italiana (secc.XIV-XVI), Torino 2003

Cavina M., Il sangue dell'onore. Storia del duello, Roma Bari 2005

Cavina M., Nozze di sangue. Storia della violenza coniugale, Roma Bari 2011

Cazzetta G., "Præsumitur seducta". Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna, Milano 1999

Cernigliaro A., Giurisdizione baronale e prassi delle avocazioni nel Cinquecento napoletano, in Archivio Storico per le Province Napoletane, 24 (1986), n.104, pp.177-241

Cernigliaro A., La rivolta napoletana contro l'Inquisizione, in Musi A. – Lerra A. (curr.), Rivolte e Rivoluzione nel Mezzogiorno d'Italia, Manduria 2008, pp.13-72.

Cernigliaro A., Sovranità e feudo nel Regno di Napoli. 1505-1557, Napoli 1984

Chiazzese L., Adulterio. Diritto romano, in Novissimo digesto italiano, Torino 1957, I, t.I, pp.322-323

Chiffolleau J., Les Justices du pape: délinquance et criminalité dans la région d'Avignon au XIV siècle, Paris 1984

Chiodi G. – Povolo C., L'amministrazione della giustizia penale nella Repubblica di Venezia (secc.XVI-XVIII), Verona 2004

Chittolini G., La formazione dello Stato regionale e le istituzioni del contado, Torino 1979

Clavero B., Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones, in Sexo barroco y otras transgresiones premodernas, Madrid 1990, pp.57-89

Clavero B., Tantas personas como Estados. Por una antropología política de la historia europea, Madrid 1986

Collantes de Terán M. J., El delito de adulterio en el derecho general de Castilla, in Anuario de historia del derecho español, LXVI (1996), pp.201-228

Colussi R., Diritto, istituzioni, amministrazione della giustizia nel Mezzogiorno vicereale, in Galasso G. – Romeo R. (a cura di), Storia del Mezzogiorno, IX, Napoli 1991, pp.18-98

Comparato V. I., Utopia, Bologna 2005

Cordero F., Criminalia. Nascita dei sistemi penali, Roma Bari 1985,

Cordero F., Guida alla procedura penale, Torino 1986

Cordero F., Procedura penale, Milano 1991

Cordero F., Riti e sapienza del diritto, Roma Bari 1981

Cortese E., Il diritto nella Storia medievale, Roma 1995

Cortese E., Le grandi linee della Storia giuridica medievale, Roma 2000

Cortese E., Nicolaus de Ursone de Salerno. Un'opera ignota sulle lettere arbitrarie angioine nella tradizione dei trattati sulla tortura, in Per Francesco Calasso. Studi degli allievi, Roma 1978, pp.191-284

Costa P., Di cosa si occupa la Storia della giustizia? Qualche considerazione di metodo, in Lacchè – Meccarelli (a cura di), Storia della giustizia e Storia del diritto. Prospettive europee di ricerca, Macerata 2012, pp.17-43

Costa P., Iurisdiction. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale, Milano 1969

Costa P., Uno spatial turn per la Storia del diritto? Una rassegna tematica, in Meccarelli M. – Solla Sastre M. J. (editors), Spatial and Temporal Dimensions for Legal History. Research Experiences and Itineraries, Frankfurt am Main 2016, pp.27-62

D'Amelio G., Indagini sulla transazione nella dottrina intermedia con un'appendice sulla scuola di Napoli, Milano 1972

Dalla Torre G., Infamia (Diritto canonico), in Enciclopedia del diritto, vol.XXI, Milano 1971, pp.387-391

Dani A., Il Cinquecento e il Seicento, in AA. VV., Profilo di Storia del diritto penale. Dal Medioevo alla Restaurazione, (lezioni raccolte da Di Simone M. R.), Torino 2012, pp.31-52

Dani A., Le visite secolari in alcune sistemazioni dottrinali seicentesche, in Maffei P. – Varanini G. M. (a cura di), Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri. La formazione del diritto comune, Firenze 2014, pp.319-328

Daumas M., Adulteri e cornuti. Storia della sessualità maschile tra Medioevo e Modernità, Bari 2008

Dean T. – Lowe K. J. P. (edited by), Marriage in Italy (1300-1650), Cambridge 1998

De Benedictis A., Introduzione. Giustizia, società e corpi in Età moderna: alcuni spunti di riflessione, in AA.VV., Giustizia, potere e corpo sociale, Bologna 1994, pp.12-22

De Boer W., La conquista dell'anima. Fede, disciplina e ordine pubblico nella Milano della Controriforma, Torino 2004

de Hinojosa E., Influencia que tuvieron en el Derecho público de su Patria y singularmente en el Derecho penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo, Madrid 1890

de Lubac H., Agostinismo e teologia moderna, Milano 1978

de Notaristefani R., Penitenziari (Sistemi), in Lucchini L.(cur.), Il digesto italiano, vol.XVIII, parte II, Torino 1910, pp.1-94

De Pascale C., Giustizia, Bologna 2010

Dedieu J. P., La sexualidad ante la Inquisición, in Fortea Pérez J. I. – Gelabert González J. E. – Mantecón Movellán T. A. (editores), *Furor et rabies: violencia, conflicto y marginación en la Edad Moderna*, Santander 2002, pp.433-458

Delumeau J., *Il peccato e la paura. L'idea di colpa in Occidente dal XII al XVIII secolo*, Bologna 1987

Delumeau J., *La paura in Occidente. Secoli XIV-XVIII. La città assediata*, Torino 1983

Demuro G., *Il dolo, I. Svolgimento storico del concetto*, Milano 2007, pp.79-134

Dezza E., *Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni*, Milano 1989

Dezza E., *Lezioni di Storia del processo penale*, Pavia 2013

di Renzo Villata M. G., (ed.), *Family Law and Society in Europe from the Middle Ages to the Contemporary Era*, 2016.

di Renzo Villata M. G., *Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, vol.XIII*, Torino 1995, pp.457-527

di Renzo Villata M. G., *Separazione personale dei coniugi (Storia)*, in *Enciclopedia del diritto, t.XLI*, Milano 1989, pp.1350-1376

Di Simone M. R., *Le riforme del Settecento*, in AA. VV., *Profilo di Storia del diritto penale. Dal Medioevo alla Restaurazione (lezioni raccolte da Di Simone M. R.)*, Torino 2012, pp.53-73

Di Simplicio O., *Peccato penitenza perdono. Siena 1575-1800. La formazione della coscienza nell'Italia moderna*, Milano 1994

Di Simplicio O., *Sulla sessualità illecita in Antico Regime (secc.XVII-XVIII)*, in Berlinguer L. – Colao F. (a cura di), *Criminalità e società in età moderna*, Milano 1991, pp.633-675

Dinges M., *Usi della giustizia come elemento di controllo sociale nella prima età moderna*, in Chiffolleau J. – Gauvard C. – Zorzi A. (*études réunies par*), *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à fin du Moyen Âge*, Roma 2007, pp.285-324

Diurni G., *Il Medioevo*, in AA. VV., *Profilo di Storia del diritto penale. Dal Medioevo alla Restaurazione, (lezioni raccolte da Di Simone M. R.)*, Torino 2012, pp.1-30

Diurni G., *Il Medioevo*, in AA. VV., *Profilo di Storia del diritto penale. Dal Medioevo alla Restaurazione, (lezioni raccolte da Di Simone M. R.)*, Torino 2012, pp.1-30

Diurni G., Pena criminale (Diritto intermedio), in Enciclopedia del diritto, vol.XXXII, Milano 1982, pp.752-770

Diurni G., Vendetta privata, in Enciclopedia dantesca, vol.IV, Roma 1977, pp.915-918

Durand B., Arbitraire du juge et consuetudo delinquendi: la doctrine pénale en Europe du XVI au XVIII siècle, Montpellier 1993

Duve T. (editor), Entanglements in Legal History: conceptual approaches, global perspectives on Legal History, Frankfurt am Main, 2014

Ercole F., L'istituto della dote nella pratica e nella legislazione dell'Italia superiore, in Rivista italiana per le scienze giuridiche, XLV (1908) e XLVI (1909)

Errera A., Processus in causa fidei. L'evoluzione dei manuali inquisitoriali nei secoli XVI-XVIII, Bologna 2000

Escudero López J. A. (coordinado por), Perfiles jurídicos de la Inquisición española, Madrid 1986

Esmein A., Histoire de la procédure criminelle en France, Frankfurt am Main 1969

Esmein A., Le mariage en droit canonique, I, Paris 1891

Esposito A., Adulterio, concubinato, bigamia: testimonianze dalla normativa statutaria dello Stato Pontificio (secoli XIII-XVI), in Seidel Menchi S. – Quaglion D. (a cura di), Trasgressioni, Bologna 2004, pp.21-42

Fantappiè C., Storia del diritto canonico e delle istituzioni della Chiesa, Bologna 2011

Fasano Guarini E., The prince, the judges and the law: Cosimo I and the sexual violence, in Dean T. – Lowe K. J. P. (edited by), Crime, society and the law in Renaissance Italy, Cambridge 1994, pp.121-141

Fassò G., Storia della filosofia del diritto, II. L'età moderna, Roma Bari 2001

Fassò G., Storia della filosofia del diritto, II. L'età moderna, Roma Bari 2001

Fazio I., Percorsi coniugali nell'Italia moderna, in De Giorgio M. – Klapisch-Zuber C. (a cura di), Storia del matrimonio, Roma Bari 1996, pp.151-214

Feola R., Aspetti della giurisdizione delegata nel Regno di Napoli. Il Tribunale di Campagna, in Archivio Storico per le Province Napoletane, XII (1974), n.91, pp.27-71

Ferrante L., Il matrimonio disciplinato: processi matrimoniali a Bologna nel Cinquecento, in Prodi P. (a cura di), Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra Medioevo ed Età moderna, Bologna 1994, pp.901-927

- Ferrante L., L'onore ritrovato, in Quaderni storici, XXVIII (1983), n.53, pp.499-528
- Ferrante L., Malmaritate tra assistenza e punizione (Bologna sec.XVI-XVIII), in Forme e soggetti dell'intervento assistenziale in una città di Antico regime, Bologna 1986, pp.65-198
- Ferrante L., Una vicenda bolognese di metà Cinquecento, in Seidel Menchi – Quaglioni (curr.), Matrimoni in dubbio. Unioni controverse e nozze clandestine in Italia dal XIV al XVIII secolo, Trento 2001, pp.329-394
- Fioravanti M., Costituzione, Bologna 1999
- Fioravanti M., Stato e Costituzione, in Id. (a cura di), Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto, Roma Bari 2002, pp.3-36
- Fiorelli P., La tortura giudiziaria nel diritto comune, Milano 1953-1954
- Firpo L., Sfiducia nel diritto e riforma delle leggi nell'utopismo del Cinquecento, in La Storia del diritto nel quadro delle scienze storiche, Firenze 1966, pp.459-467
- Fonseca R. M., Introducción teórica a la historia del derecho, Madrid 2012
- Fornili C. C., Delinquenti e carcerati a Roma alla metà del '600. Opera dei papi nella riforma carceraria, Roma 1991
- Fosi I., La giustizia del Papa. Sudditi e tribunali nello Stato Pontificio in età moderna, Roma Bari 2007
- Foucault M., Storia della sessualità, I. La volontà di sapere, Milano 1978
- Fraher R. M., IV Lateran's revolution in criminal procedure: the birth of *Inquisitio*, the end of ordeals, and Innocent III's vision of ecclesiastical politics, in Castillo Lara (a cura di), Studia in honorem eminentissimi cardinalis Stickler, Roma 1992, pp.97-111
- Frigo D., Dal caos all'ordine: sulla questione del «prender moglie» nella trattatistica del sedicesimo secolo, in Zancan M. (a cura di), Nel cerchio della luna. Figure di donna in alcuni testi del XVI secolo, Venezia 1983, pp.57-93
- Frigo D., Il padre di famiglia. Governo della casa e governo civile nella tradizione dell'economica tra Cinque e Seicento, Roma 1985
- Frigo D., Tradizione aristotelica e virtù cristiane: la trattatistica sulla famiglia, in Mozzarelli C. – Zardin D. (a cura di), I tempi del Concilio. Religione cultura e società nell'Europa tridentina, Roma 1997, pp.307-325
- Fubini Leuzzi M., Condurre a onore. Famiglia, matrimonio e assistenza dotale a Firenze in Età Moderna, Firenze 1999

Gacto E., El delito de bigamia y la Inquisición española, in *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid 1990, pp.465-492

Gacto E., *Estudios jurídicos sobre la inquisición española*, Madrid 2012

Gacto E., Sobre algunos aspectos del proceso inquisitorial, in Romano A. (a cura di), *Intolleranza religiosa e ragion di Stato nell'Europa mediterranea. Inquisizione e Sant'Uffizio*, Milano 2002, pp.15-37

García Marín J. M., Proceso inquisitorial – proceso regio. Las garantías del procesado, in Romano A. (a cura di), *Intolleranza religiosa e ragion di Stato nell'Europa mediterranea. Inquisizione e Sant'Uffizio*, Milano 2002, pp.39-60

García y García A. – Alonso Rodríguez B., Un tratado salmantino del siglo XV sobre los clérigos concubenarios, in *Rivista internazionale di diritto comune*, 4/1993, pp.65-96

García y García A., La teoría de la potestas pontificia in temporalibus durante el Medioevo, in Ribot García L. A. – Carrasco Martínez A. – da Fonseca L. A. (coordinado por), *El Tratado de Tordesillas y su época*, vol.II, Valladolid 1995, pp.1021-1038

Garlati L., Organizzazione giudiziarie e processo penale nella Lombardia d'Antico Regime, in Cavina M. (a cura di), *La giustizia criminale nell'Italia moderna*, Bologna 2012, pp.145-168

Garnot B. (ed.), *L'infrajudiciaire du Moyen Age à l'époque contemporaine*, Dijon 1996

Gauvard C., *De grace especial. Crime, etat et société en France à la fin du Moyen Age*, Paris 1991

Geremek B., L'emarginato, in Le Goff J. (a cura di), *L'uomo medievale*, Roma Bari 2014, pp.393-421

Ghisalberti C., La teoria del notorio nel diritto comune, in *Annali di Storia del diritto*, I (1957), pp.403-451

Ghisalberti C., Pena (Diritto intermedio), in *Novissimo digesto italiano*, XII, Torino 1965

Giannone P., *Istoria civile del Regno di Napoli*, II, Lugano 1837

Giannone P., *Istoria civile del Regno di Napoli*, II, Lugano 1840

Giuliani A., L'ordo iudiciarius medioevale. Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico, in *Rivista di diritto processuale*, XLIII (1988), pp.598-614

Giuliani A., Ordine isonomico e ordine asimmetrico: nuova retorica e teoria del processo, in *Sociologia del diritto*, XIII (1986), pp.81-90

Gorla G., I tribunali supremi degli Stati italiani fra i secc.XVI e XIX quali fattori dell'unificazione del diritto nello Stato e della sua unificazione tra stati, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze 1977, I, pp.447-532

Gorla G., Unificazione legislativa e unificazione giurisprudenziale. L'esperienza del diritto comune, in *Le nuove frontiere del diritto e il problema dell'unificazione*, I, Milano 1979, pp.469-511

Goubert P. – Roche E., *L'Ancien Regime*, II. Cultura e società, Milano 1976

Goyard-Fabre S., Jean Bodin et les trois justices, in Letocha D. (sous la direction), *Æquitas aequalitas auctoritas*, Paris 1992

Grendi E., Premessa, in *Quaderni Storici*, XXII (1987), n.66, pp.695-700

Grendi E., Sulla Storia criminale. Risposta a Mario Sbriccoli, in *Quaderni Storici*, XXV (1990), n.73, pp.269-275

Groppi A., *I conservatori delle virtù. Donne recluse nella Roma dei Papi*, Roma Bari 1994

Grosse C., Obstinés et incorregibles. L'impénitence devant le Consistoire de l'Eglise de Genève (XVI siècle), in Briegel F. – Porret M. (études réunies par), *Le criminel endurci: récidive et récidivistes du Moyen Age au XXe siècle*, Genève 2006, pp.81-92

Grossi P., *L'Europa del diritto*, Roma Bari 2007

Grossi P., *L'ordine giuridico medievale*, Roma Bari 2006

Halickzer D., *Sexualidad en el confesionario: un sacramento profanado*, Madrid 1998

Harrington J. F., *Reordering marriage and society in Reformation Germany*, Cambridge 1995

Heckel J., *Lex charitatis. Eine juristische Untersuchung über das Recht in der Theologie Martin Luthers*, München 1953;

Helmholz R. H. (editor), *Canon Law in Protestant Lands*, Berlin 1992

Hespanha A. M., *Cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio*, Coimbra 2012

Hespanha A. M., De la iustitia a la disciplina, in *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid 1990, pp.175-186

Hespanha A. M., *Introduzione alla Storia del diritto europeo*, Bologna 1999

Hespanha A. M., *La gracia del derecho. Economía de la Cultura en la Edad Moderna*, Madrid 1993

- Hespanha A. M., *O Estado absoluto. Problemas de interpretação histórica*, Coimbra 1979
- Iudica G., *Il caso Gesualdo*, Milano 2013
- Iudica G., *Il principe dei musici*, Palermo 1993
- Jannitti Piromallo F., *Disciplina nella Pubblica amministrazione*, in *Novissimo digesto italiano*, V, Torino 1960, pp.1067-1087
- Jedin H., *Storia del Concilio di Trento*, Brescia 1973-1981
- Klapisch-Zuber C., *La donna e la famiglia*, in Le Goff J. (a cura di), *L'uomo medievale*, Roma Bari 2014, pp.321-349
- Knox D., *Disciplina: le origini monastiche e clericali del buon comportamento nell'Europa cattolica del Cinquecento e del primo Seicento*, in Prodi P. (cur.), *Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra Medioevo ed Età moderna*, Bologna 1994, pp.63-99
- Kuttner S., *Ecclesia de occultis non iudicat*, in *Actus Congressus Iuridici Internationalis*, Romæ 1936, III, pp.227-246
- Kuttner S., *The date of constitution Sæpe*, in *Mélanges Eugène Tisserant*, Città del Vaticano 1964, pp.427-450
- La Mantia V., *Origini e vicende dell'Inquisizione in Sicilia*, Torino 1886
- Lacchè L., *Latrocinium. Giustizia, scienza penale e repressione del banditismo in Antico regime*, Milano 1988
- Lacchè L., *Ordo non servatus. Anomalie processuali, giustizia militare e specialia in Antico Regime*, in *Studi Storici*, XXIX (1988), n.2, pp.361-384
- Laingui A. – Lebigre A. *Histoire du droit pénal*, Paris 1979
- Laingui A., *Le De poenis temperandis de Tiraqueau*, Paris 1986
- Lanaro P. – Varanini G. M., *Funzioni economiche della dote nell'Italia centro-settentrionale*, in Cavaciocchi S. (cur.), *La famiglia nell'economia europea. Secc.XIII-XVIII*, Firenze 2009, pp.81-102
- Latini C., *Il privilegio dell'immunità. Diritto d'asilo e giurisdizione nell'ordine giuridico dell'Età moderna*, Milano 2002
- Lattes A., *Il processo sommario o planario negli statuti*, in Id., *Studi di diritto statutario*, I, Milano 1877, pp.3-66

Lavenia V., *L'infamia e il perdono. Tributi, pene e confessione nella teologia morale della prima età moderna*, Bologna 2004

Lavenia V., *Un'eresia indicibile. Inquisizione e crimini contro natura in età moderna*, Bologna 2015

Le Goff J., *Il rifiuto del piacere*, in Duby G. (a cura di), *L'amore e la sessualità*, Bari 1986

Lebigre A., *La police: une histoire sous influence*, Paris 1993

Lefebvre C., *Les origines romaines de la procédure sommaire aux XII et XIII siècles*, in *Ephemerides iuris canonici*, XII (1956), pp.149-197

Lessona D., *La Sylva Nuptialis di Giovanni Nevizzano*, Torino 1886

Lombardi D., *Giustizia ecclesiastica e composizione dei conflitti matrimoniali*, in Seidel Menchi S. – Quaglioni D. (curr.), *I tribunali del matrimonio (secoli XV-XVIII)*, Bologna 2006, pp.577-607

Lombardi D., *Il reato di stupro tra foro ecclesiastico e foro secolare*, in Seidel Menchi S. – Quaglioni D. (a cura di), *Trasgressioni*, Bologna 2004, pp.351-382

Lombardi D., *Matrimoni di Antico Regime*, Bologna 2001

Lonza N., *L'accusatoire et l'infrajudiciaire. La formule mixte à Rague au Moyen Âge*, in Chiffolleau J. – Gauvard C. – Zorzi A. (études réunies par), *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à fin du Moyen Âge*, Roma 2007, pp.643-658

Lucchini L., *Adulterio*, in Id. (a cura di), *Il digesto italiano, vol.II, parte I*, Torino 1884, pp.206-283

Luperini S., *Il gioco dello scandalo. Concubinato, tribunali e comunità nella diocesi di Pisa (1597)*, in Seidel Menchi S. – Quaglioni D., *Trasgressioni*, Bologna 2004, pp.383-416

Maffei D., *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Milano 1956

Mancino M. – Romeo G., *Clero criminale. L'onore della Chiesa e i delitti degli ecclesiastici nell'Italia della Controriforma*, Roma Bari 2013

Mannori L. – Sordi B., *Giustizia e amministrazione*, in Fioravanti M. (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma Bari 2002, pp.58-101

Manzini V., *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino 1952

Marchetti P., *De iure finium. Diritto e confini tra tardo Medioevo ed età moderna*, Teramo 2001

Marchetti P., I limiti della giurisdizione penale. Crimini, competenza e territorio nel pensiero giuridico tardo-medievale, in Chiffolleau J. – Gauvard C. – Zorzi A. (études réunies par), Pratiques sociale set politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à fin du Moyen Âge, Roma 2007, pp.85-99

Marchetti P., Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'Età moderna, Milano 1994,

Marchetto G., Il divorzio imperfetto. I giuristi medievali e la separazione dei coniugi, Bologna 2008

Marchetto G., "Sine matrimonio respublica stare non potest". L'utilità pubblica delle nozze nella Sylva nuptialis di Giovanni Nevizzano d'Asti (1518), pp.109-161, in Rossi G. (a cura di), La tradizione politica aristotelica nel Rinascimento europeo: tra familia e civitas, Torino 2004

Marchisello A., Alieni thori violatio. L'adulterio come delitto carnale in Prospero Farinacci (1544-1618), in Seidel Menchi S. – Quaglioni D. (a cura di), Trasgressioni, Bologna 2004, pp.231-268

Marchisello A., Ordinata celeritas: il rito sommario nel Trecento tra lex e interpretatio, in Bonacini – Sarti N. (a cura di), Diritto particolare e modelli universali nella giurisdizione mercantile (secc.XIV-XVI), Bologna 2008, pp.13-43

Maritain J., Tre riformatori. Lutero, Cartesio, Rousseau, Brescia 1964

Marocco Stuardi D., La teoria della giustizia armonica nella République, in Pensiero politico, XIV (1981), pp.134-144

Marongiu A., Adulterio (Diritto intermedio), in Enciclopedia del diritto, I, Milano 1958, pp.622-623

Marongiu A., Divorzio (Storia), in Enciclopedia del diritto, t.XIII, Milano 1964, pp.482-507

Marongiu A., Dolo penale, in Enciclopedia del diritto, vol.XIII, Milano 1964, pp.731-733

Marongiu A., La scienza del diritto penale nei secoli XVI-XVIII, in La formazione storica del diritto moderno in Europa, I, Firenze 1977, pp.407-430

Marongiu A., Studi storici sulla famiglia nell'Italia meridionale, Tolentino 1940

Marongiu A., Unioni e convivenze more uxorio in Sardegna prima e dopo il Concilio tridentino, in Rivista di Storia del diritto italiano, LII (1979), pp.5-17

Massetto G. P., I reati nell'opera di Giulio Claro, Romæ 1979

Massetto G. P., Il lucro dotale nella dottrina e nella legislazione lombarde dei secoli XIV-XVI, in *Ius Mediolani. Studi di Storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano 1996, pp.190-364

Massetto G. P., La tortura giudiziaria nella dottrina lombarda dei sec.XVI-XVIII, in Padoa Schioppa A. – di Renzo Villata M. G. – Massetto G. P. (curr.), *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, Milano 2003, pp.1041-1052.

Massetto G. P., Ratto (Diritto intermedio), in *Enciclopedia del diritto*, t.XXXVIII, Milano 1987, pp.725-743

Mastrososa I. G., L' inferiorità "politica" e fisiologica della donna in Leon Battista Alberti: le radici aristoteliche, in Rossi G., (a cura di), *aristotelica nel Rinascimento europeo: tra familia e civitas*, Torino 2004, pp.25-78

Mazzacane A., Prospero Farinacci, in *Dizionario biografico degli italiani*, XLV, Roma 1995, pp.1-5

Mazzacane A., Prospero Farinacci, in *Il contributo italiano alla Storia del pensiero. Diritto*, Roma 2012, [http://www.treccani.it/enciclopedia/prospero-farinacci_\(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/prospero-farinacci_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto)/)

Meccarelli M., *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano 1998

Meccarelli M., Dimension of justice and ordering factors in Criminal law from the Middle Ages till juridical Modernity, in Martyn G. – Musson A. – Pihlajamäki H. (edited by), *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle. Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*, Berlin 2013, pp.49-67

Meccarelli M., La dimension doctrinale du procès dans l'histoire de la justice criminelle. La leçon historiographique de Mario Sbriccoli, in *Crime Historie sociétés*, XIII (2009), n.1, <https://chs.revues.org/693>

Meccarelli M., La nuova dimensione geopolitica e gli strumenti giuridici della tradizione: approcci al tema del ius belli e del ius communicationis nella Seconda Scolastica, in Lacchè (a cura di), *Ius gentium ius communicationis ius belli. Alberico Gentili e gli orizzonti della Modernità*, Milano 2009, pp.51-72

Meccarelli M., La produzione giuridica come tutela dei diritti. Riduzioni moderne del problema della dimensione giuridica della giustizia, in *Giornale di Storia costituzionale*, XVI (2014), n.27, pp.67-79

Meccarelli M., Le categorie dottrinali della procedura e l'effettività della giustizia penale nel Tardo Medioevo, in Chiffolleau J. – Gauvard C. – Zorzi A. (*études réunies par*),

Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à fin du Moyen Âge, Roma 2007, pp.573-594

Meccarelli M., Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale. Una prospettiva storico-giuridica, in Quaderni storici, XLIV (2009), n.131, pp.492-521

Meccarelli M., Tortura e processo nei sistemi giuridici dei territori della Chiesa. Il punto di vista dottrinale (sec.XVI), Durand B. (cur.), La torture judiciaire. Approches historiques et juridiques, Lille 2002, pp.677-707

Meccarelli, La Storia del diritto in America Latina e il punto di vista europeo, (24 August 2009), in Forum historiae iuris, 2009, <http://www.forhisiur.de/es/2009-08-meccarelli/?l=it>;

Medina Plana R., Engaños y fuerzas, honras y dote: el arbitrio judicial sobre algunos casos de estupro a principios del siglo XVI, in Sánchez-Arcilla Bernal J. (investigador principal), El arbitrio judicial en el Antiguo Régimen. España e Indias, siglos XVI-XVIII, Madrid 2012, pp.625-652

Mereu I., Culpa = colpevolezza. Introduzione alla polemica sulla colpevolezza fra i giuristi di diritto comune, Bologna 1973

Mereu I., Storia del diritto penale nel '500. Studi e ricerche, Napoli 1964

Mereu I., Storia dell'intolleranza in Europa, Milano 1988

Mesnard P., Il pensiero politico rinascimentale, Bari 1963

Mesnard P., Le place de Cujas dans la querelle de l'humanisme juridique, in Revue historique de droit français et étranger, LXIII (1950), pp.521-537

Migliorino F., Fama e infamia, Problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli XII e XIII, Catania 1985

Migliorino F., Il nastro di Moebius e i margini del diritto. Scomunicati e infami nell'ordine giuridico medievale, in Cassi A. A. (a cura di), Ai margini della civitas. Figure giuridiche dell'altro tra medioevo e futuro, I, Catanzaro 2013, pp.105-116

Migliorino F., Suppliche e grazia, in Ruggeri G. (cur.), La preghiera. Manifestazione e/o fattore d'identità, Catania 2012, pp.119-137

Migliorino F., Iniuria e Infamia. Indagine sulla dottrina giuridica medievale, in Becker C. (hg.), Persönlichkeitsrecht und Persönlichkeit des Rechts Gedächtnisschrift für Heinz Hübner, Berlin-Münster 2016, pp.167-201

Miletti M. N., Stylus iudicandi. Le raccolte di decisiones del Regno di Napoli in Età moderna, Napoli 1998

Miletti M. N., Tra equità e dottrina. Il Sacro Regio Consiglio e le decisioni di Vincenzo de Franchis, Napoli 1995

Minnucci G., Alberico Gentili tra mos italicus e mos gallicus: l'inedito commentario Ad legem Juliam de adulteriis, Bologna 2002

Minnucci G., La capacità processuale della donna nel pensiero canonistico classico, Milano 1989

Minnucci G., La capacità processuale della donna nel pensiero canonistico classico: le scuole franco-renana ed aglo-normanna al tempo di Ugucione da Pisa, Siena 1990

Moccia S., Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale, Napoli 1979

Mondin B., Storia della Teologia, Bologna 1996

Montanari D., Disciplinamento in terra veneta. La diocesi di Brescia nella seconda metà del XVI secolo, Bologna 1987

Monti A., "Iudicare tamquam Deus". I modi della giustizia senatoria nel Ducato di Milano tra Cinque e Seicento, Milano 2003

Natalini C. F., "Pericula obviare et scandala remove". Note sul processo medioevale tra diritto e potere, in Dilcher G. – Quaglioni D. (a cura di), Gli inizi del diritto pubblico, III. Verso la costruzione del diritto pubblico tra medioevo e modernità, Bologna-Berlin 2001, pp.245-271

Neri V., I Cristiani e la legislazione imperiale su adulterio e divorzio (IV-V sec. d.C.), in Ravenna Capitale. Permanenze del mondo giuridico romano in Occidente nei secoli V-VIII, Santarcangelo di Romagna 2014, pp.189-210

Niccoli O., Rinuncia, pace, perdono. Rituali di pacificazione della prima età moderna, in Studi storici, XL (1999), pp.219-261

Noto M. A., "Viva la Chiesa, mora il Tiranno". Il sovrano, la legge, la comunità e i ribelli, Napoli 2010

Nubola C. – Würigler A. (a cura di), Suppliche e gravamina. Politica, amministrazione, giustizia in Europa. Secoli XIV-XVIII, Bologna 2002

Nubola C., Visite pastorali fra Chiesa e Stato nei secoli XVI e XVII, in Prodi P. – Reinhard W. (curr.), Il Concilio di Trento e il moderno, Bologna 1996, pp.383-413.

Oestreich G., Problemi di struttura dell'assolutismo europeo, in Rotelli E. – Schiera P. (a cura di), Lo Stato moderno, I. Dal medioevo all'età moderna, Bologna 1971, pp.173-191

Orestano R., *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Bologna 1987

Ortego Gil P., *El arbitrio de los jueces inferiores: su alcance e limitaciones*, in Sánchez-Arcilla Bernal J. (investigador principal), *El arbitrio judicial en el Antiguo Régimen. España e Indias, siglos XVI-XVIII*, Madrid 2012, cit., pp.133-219

Ortego Gil P., *Frágiles y sagaces. Notas sobre dolo y punición de las mujeres en la Edad Media*, in Pacheco Caballero F. L., (editor y coordinador), *Mujeres y derecho. Una perspectiva histórico-jurídica*, Barcelona 2015, pp.187-261

Pace Gravina G., *Il discernimento dei fanciulli. Ricerche sulla imputabilità dei minori nella cultura giuridica moderna*, Torino 2000

Pacheco Caballero F. L., *El dereco catalán y las mujeres (Edad Media y Moderna)*, in Id. (editor y coordinador), *Mujeres y derecho. Una perspectiva histórico-jurídica*, Barcelona 2015, pp.319-362

Padoa Schioppa A., *Delitto e pace privata nel pensiero dei legisti bolognesi. Brevi note*, in *Studia gratiana*, XX (1976), pp.271-287

Padoa Schioppa A., *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna 2003

Padoa Schioppa A., *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, Milano 1966-1970

Padoa Schioppa A., *Storia del diritto in Europa*, Bologna 2007

Paglia V., *La morte confortata. Riti della paura e mentalità religiosa a Roma nell'età moderna*, Roma 1982

Paladino G., *Alcune notizie sul concubinato degli ecclesiastici nel Regno di Napoli*, in *Archivio Storico per le Province Napoletane*, XXXV (1910), pp.670-696

Palazzini Finetti L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, Milano 1953

Panero Oria P., *Ius occidendi et ius accusandi en la Lex Iulia de adulteriis coercendis*, Valencia 2001

Pastore A., *Il medico in tribunale. La perizia medica nella procedura penale di Antico Regime*, Bellinzona 2004

Patrizi G., *Forme ed esperienze narrative: la novella*, in Borsellino N. – Pedullà W. (a cura di), *Storia generale della letteratura italiana*, IV, Milano 2004, pp.487-518

Peccianti D., *Gli inconvenienti della repressione dello stupro nella giustizia criminale senese: il dilagare delle querele nel Settecento*, in Berlinguer L. – Colao F. (curr.), *Criminalità e società in età moderna*, Milano 1991, pp.477-515

Pelaja M. – Scaraffia L., *Due in una carne. Chiesa e sessualità nella storia*, Roma Bari 1998

Pene Vidari G. S., *Dote, famiglia e patrimonio fra dottrina e pratica in Piemonte*, in *La famiglia e la vita quotidiana in Europa dal '400 al '600*, Roma 1986, pp.109-121

Pérez García P., *La criminalización de la sexualidad*, in Fortea Pérez J. I. – Gelabert González J. E. – Mantecón Movellán T. A. (editores), *Furor et rabies: violencia, conflicto y marginación en la Edad Moderna*, Santander 2002, pp.355-402

Pertile A., *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla Codificazione*, V, Torino 1892

Pescione R., *Corti di giustizia nell'Italia meridionale. Dal periodo normanno a l'epoca moderna*, Milano 1924

Petronio U., *I Senati giudiziari*, in *Il Senato nella storia. Il Senato nel Medioevo e nella Prima età moderna*, Roma 1997, pp.355-452

Petronio U., *Il Senato di Milano. Istituzioni giuridiche ed esercizio del potere nel Ducato di Milano da Carlo V a Giuseppe II*, Milano 1972

Piano Mortari V., *Gli inizi del diritto moderno in Europa*, Napoli 1980

Pifferi M., *Criminalistica*, in *Il Contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma 2012, [http://www.treccani.it/enciclopedia/criminalistica-in-antico-regime_\(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/criminalistica-in-antico-regime_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto)/)

Pifferi M., *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la parte generale di diritto penale*, Milano 2006

Pincherle A., *Graziano e Lutero*, in *Studia gratiana*, III (1955), pp.451-481

Pizzolato N., *Ordinarie trasgressioni. Adulterio e concubinato dal vicinato al tribunale (Diocesi di Monreale, 1590-1680)*, in *Quaderni storici*, CXXIV (2007), pp.231-259

Porret M., *Le crime et ses circonstances. De l'esprit de l'arbitraire au siècle des Lumières selon les réquisitoires des procureurs généraux de Genève*, Genève 1995

Povolo C., *Dall'ordine della pace all'ordine pubblico. Uno sguardo da Venezia e il suo stato territoriale*, in Id. (a cura di), *Processo e difesa penale in Età moderna. Venezia e il stato territoriale*, Bologna 2007, pp.15-107

Prodi P. – Jedin H. (a cura di), *Il Concilio di Trento come crocevia della politica europea*, Bologna 1979

Prodi P. – Reinhard W. (a cura di), *Il Concilio di Trento e il moderno*, Bologna 1996

Prodi P., *Il sovrano pontefice: un corpo e due anime. La monarchia papale nella prima età moderna*, Bologna 1982

Prodi P., *San Carlo Borromeo e le trattative tra Gregorio XIII e Filippo II sulla giurisdizione ecclesiastica*, in *Rivista di Storia della Chiesa in Italia*, XI (1957), pp.195-240

Prodi P., *Sul concetto di secolarizzazione*, in Donati C. – Flachenecker H. (curr.), *Le secolarizzazioni nel Sacro Romano Impero e negli antichi Stati italiani: premesse, confronti, conseguenze*, Bologna Berlin 2005, pp.321-37

Prodi P., *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna 2000

Prosperi A., *Delitto e perdono. La pena di morte nell'orizzonte mentale dell'Europa cristiana. XIV-XVIII secolo*, Torino 2013

Prosperi A., *Il Concilio di Trento e la Controriforma*, Trento 1999

Prosperi A., *Il Concilio di Trento: una introduzione storica*, Torino 2001

Prosperi A., *Tribunali della coscienza. Inquisitori, confessori, missionari*, Torino 1996

Quaglioni D., “*Divortium a diversitate mentium*”. La separazione personale dei coniugi nelle dottrine di diritto comune (appunti per una discussione), in Seidel Menchi S. – Quaglioni D. (curr.), *Coniugi nemici. La separazione in Italia dal XII al XVIII secolo*, Bologna 2000, pp.95-118

Quaglioni D., “*Quilibet in domo sua dicitur rex*”. In margine ad alcune pagine di Francesco Calasso, in *Studi senesi*, XXVI (1977), pp.344-358

Quaglioni D., “*Sacramenti detestabili*”. La forma del matrimonio prima e dopo Trento, in Seidel Menchi – Quaglioni (curr.), *Matrimoni in dubbio. Unioni controverse e nozze clandestine in Italia dal XIV al XVIII secolo*, Trento 2001, pp.61-79

Quaglioni D., *Il potere politico del papa*, in Melloni A. (a cura di), *Cristiani d'Italia*, Roma 2011, pp.37-47

Quaglioni D., *La giustizia nel Medioevo e nella Prima età moderna*, Bologna 2004

Ramos Vázquez I., *De meretricia turpitudine. Una visión jurídica de la prostitución en al Edad Moderna castellana*, Málaga 2005

Ramos Vázquez I., *La aplicación de la teoría de los delitos mixti fori en el derecho castellano*, in Condorelli O. (a cura di), *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo*, t.IV, Roma 2004

Reinhard W., Confessionalizzazione forzata? Prolegomeni ad una teoria dell'età confessionale, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, VIII (1982), pp.13-37

Reinhard W., Disciplinamento sociale, confessionalizzazione, modernizzazione. Un discorso storiografico, in Prodi P. (a cura di), *Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra Medioevo ed Età moderna*, Bologna 1994, pp.108-113.

Reinhard W., *Storia del potere politico in Europa*, Bologna 2001

Rizzelli G., *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce 1997

Roberti F., *Adulterio (Diritto canonico)*, in *Novissimo digesto italiano*, I, t.I, Torino 1957, pp.333-335

Rocciolo D., Competenze, struttura e procedure del Tribunale del Cardinale Vicario (secc. XVI-XIX) in Di Simone M. R. (a cura di), *La giustizia dello Stato Pontificio in Età moderna*, pp. 87-102

Rodríguez Flórez M. I., *El perdón real en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca 1971

Rodríguez Ortiz V., *Mujeres forzadas. El delito de violación en el Derecho castellano*, Almería 2003

Romano A., *Famiglia successioni e patrimonio familiare nell'Italia medievale e moderna*, Torino 1994

Romano M., Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati, in Lombardi Vallauri L. – Dilcher G. (curr.), *Cristianesimo secolarizzazione e diritto moderno*, Baden-Baden Milano 1981

Romeo G., *Aspettando il boia. Condannati a morte, confortatori, e inquisitori nella Napoli della Controriforma*, Firenze 1993

Romeo G., *Esorcisti confessori e sessualità femminile nell'Italia della Controriforma*, Firenze 1998

Romeo G., *Ricerche su confessione dei peccati e Inquisizione nell'Italia del Cinquecento*, Napoli 1997

Romeo, *Amori proibiti. I concubini tra chiesa e inquisizione (Napoli 1563-1656)*, Roma Bari 2008

Rosoni I., *Violenza (Diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, t.XLVI, Milano 1993, pp.843-858

Rosseau J., Politiques judiciaires et résolution des conflits dans les villes de l'Occident à la fin du Moyen Âge, in Chiffolleau J. – Gauvard C. – Zorzi A. (études réunies par), Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à fin du Moyen Âge, Roma 2007, pp.497-526

Rosseau X., La récidive: invention médiévale ou symptôme de modernité?, in Briegel F. – Porret M. (études réunies par), Le criminel endurci: récidive et récidivistes du Moyen Age au XXe siècle, Genève 2006, pp.55-80

Rossi G., “Viri uxoribus imperanto. Uxores viris obediunt”. I rapporti coniugali tra modelli classici e diritto consuetudinario in André Tiraqueau (1488-1558), in Id. (a cura di), La tradizione politica, cit., pp. 163-226

Rossi G., Incunaboli della modernità. Scienza giuridica e cultura umanistica in André Tiraqueau (1488-1558), Torino 2007

Rossi G., Sulle tracce dell'Aristotele “politico” nel Rinascimento, in Id., La tradizione politica aristotelica nel Rinascimento europeo: tra familia e civitas, Torino 2004, pp.1-24

Rossiaud J., Amori venali. La prostituzione nell'Europa medievale, Roma Bari 2013

Roussiad J., Il cittadino e la vota di città, in Le Goff (a cura di), L'uomo medievale, Roma Bari 2014, pp.157-200

Rovito P. L., Il vicereame spagnolo di Napoli. Ordinamento, istituzioni, culture di governo, Napoli 2003

Rovito P. L., Respublica dei togati. Giuristi e società nella Napoli del Seicento, Napoli 1981

Rusconi R., L'ordine dei peccati. La confessione tra Medioevo ed età moderna, Bologna 2002

Salvioli G., Storia della procedura civile e criminale, Milano 1927, in Del Giudice (a cura di), Storia del diritto italiano, III, parte II

Sánchez Ortega M. H., Un sondeo en la historia de la sexualidad sobre fuentes inquisitoriales, in Pérez Villanueva J. (coordinado por), La Inquisición española. Nueva visión, nuevos horizontes, Madrid 1980, pp.917-930

Sánchez-Arcilla Bernal J., ¿Arbitrariedad o arbitrio? El otro Derecho penal de la oltra Monarquía no absoluta, in Id (investigador principal), El arbitrio judicial en el Antiguo Régimen. España e Indias, siglos XVI-XVIII, Madrid 2012, pp.9-46

Sarrión Mora A., Sexualidad y confesión. La sollicitación ante el Tribunal del Santo Oficio (siglos XVI-XIX), Madrid 1994

Sarti N., “Maximum dirimendarum causarum remedium”. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII, Milano 1995

Sarti N., Il rito sommario nell’esperienza del diritto comune: un processo non solo breve, in Cavina M. (a cura di), Il processo breve. L’aspirazione alla brevità del processo penale tra storia e attualità, Bologna 2012, pp.11-21

Savelli R., Tribunali, decisiones e giuristi, in Chittolini G. – Mohlo A. – Schiera P. (a cura di), Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna, Bologna 1994, pp.397-421

Sbriccoli M., “Deterior est vondicio foeminarum”. La Storia della giustizia alla prova dell’approccio di genere, in Id., Storia del diritto penale e della giustizia, Milano 2009, II, pp.1247-1265

Sbriccoli M. – Bettoni A. (a cura di), Grandi tribunali e rote nell’Italia dell’Antico Regime, Milano 1993

Sbriccoli M., “Lex delictum facit”. Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico, in Id., Storia del diritto penale e della giustizia, Milano 2009, I, pp.225-260

Sbriccoli M., “Nox quia nocet”. I giuristi, l’ordine e la normalizzazione dell’immaginario, in Id., Storia del diritto penale e della giustizia, Milano 2009, I, pp.261-273

Sbriccoli M., “Tormentum id est torquere mentem”. Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell’Italia comunale, in Id., Storia del diritto penale e della giustizia, Milano 2009, I, pp.111-128

Sbriccoli M., “Vidi communiter observari”. L’emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII, in Id., Storia del diritto penale e della giustizia, Milano 2009, I, pp.73-110

Sbriccoli M., Brigantaggio e ribellismi nella criminalistica dei secoli XVI-XVIII, in Id., Storia del diritto penale e della giustizia, Milano 2009, I, pp.297-320

Sbriccoli M., Crimen lesæ maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna, Milano 1974

Sbriccoli M., Fonti giudiziarie e fonti giuridiche. Riflessioni sulla fase attuale degli studi di Storia del crimine e della giustizia criminale, in Id., Storia del diritto penale e della giustizia, Milano 2009, II, pp.1135-1149

Sbriccoli M., Giustizia criminale, in Id., Storia del diritto penale e della giustizia, Milano 2009, I, pp.3-44

Sbriccoli M., Giustizia negoziata giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di Storia della giustizia criminale, in Id., Storia del diritto penale e della giustizia, Milano 2009, II, pp.1223-1245

Sbriccoli M., L'inquisizione come apparato giuridico nella Storia della giustizia criminale, in Id., Storia del diritto penale e della giustizia, Milano 2009, I, pp.131-154

Sbriccoli M., La benda della Giustizia. Iconografia, diritto e leggi penale dal Medioevo all'Età moderna, in Id., Storia del diritto penale, cit., I, pp.155-207

Sbriccoli M., Periculum pravitatis. Juristes et juges face à l'image du criminel méchant et endurci (XIV-XVI siècles), in Briegel F. – Porret M. (études réunies par), Le criminel endurci: récidive et récidivistes du Moyen Age au XXe siècle, Genève 2006, pp.25-42

Sbriccoli M., Polizia, in Id., Storia del diritto penale e della giustizia, Milano 2009, I, pp.373-391

Sbriccoli M., Profili giuridici delle suppliche per giustizia in Età moderna, in Id., Storia del diritto penale e della giustizia, Milano 2009, I, pp.343-353

Sbriccoli M., Storia sociale e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca, in Id., Storia del diritto penale e della giustizia, Milano 2009, II, pp.1113-1134

Scaramella P., Controllo e repressione ecclesiastica della poligamia a Napoli in età moderna. Dalle cause matrimoniali al crimine di fede (1514-1799), in Seidel Menchi S. – Quaglioni D. (a cura di), Trasgressioni, Bologna 2004, pp.443-502

Scattola M., Teologia politica, Bologna 2007

Schiappoli D., Diritto penale canonico, in Pessina E. (a cura di), Enciclopedia del diritto penale italiano, I, Milano 1905, pp.614-967

Schiera P. (a cura di), Società e corpi, Napoli 1986

Schiera P., Nascita della modernità e scienza di polizia, in Filosofia politica, II (1988), 2, pp.141-147

Schiera P., Politica e cristianesimo: un caso storico del rapporto potere-religione, in Prodi P. – Sartori L. (a cura di), Cristianesimo e potere, Bologna 1986, pp.134-140

Schiera P., Specchi della politica. Disciplina, melancolia, socialità nell'Occidente moderno, Bologna 1999

Schilling H., Chiese confessionali e disciplinamento sociale. Un bilancio provvisorio della ricerca storica, in Prodi P. (a cura di), Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra Medioevo ed Età moderna, Bologna 1994, pp.125-160

Schmitt C., Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità, in Id., *Le categorie del politico*, Bologna 1972, pp.29-86

Schorn-Schütte L., *La Riforma protestante*, Bologna 2001

Sciuti Russi V., *Astrea in Sicilia. Il ministero togato nella società siciliana dei secoli XVI e XVII*, Napoli 1983

Seidel Menchi S. – Quaglioni D. (a cura di), *I tribunali del matrimonio. Secoli XV-XVIII*, Bologna 2006

Seidel Menchi S. – Quaglioni D. (a cura di), *Coniugi nemici: la separazione in Italia dal XII al XVIII secolo*, Bologna 2000

Seidel Menchi S. – Quaglioni D. (a cura di), *Matrimoni in dubbio. Unioni controverse e nozze clandestine in Italia dal XIV al XVIII secolo*, Trento 2001

Seidel Menchi S. – Quaglioni D. (a cura di), *Matrimoni in dubbio: unioni controverse e nozze clandestine in Italia dal XIV al XVIII secolo*, Bologna 2001

Seidel Menchi S. – Quaglioni D. (a cura di), *Trasgressioni: seduzione, concubinato, adulterio, bigamia. XIV-XVIII secolo*, Bologna 2004

Seidel Menchi S. – Quaglioni D., *Introduzione*, in Id., *Trasgressioni*, Bologna 2004, pp.7-19

Siciliano Villanueva L., *Inquisizione (Diritto ecclesiastico e Storia del diritto)*, in Lucchini (a cura di), *Il digesto italiano, vol.XIII, parte I*, Torino 1906, pp.1170-1196

Siebenhüner K., “M’ha mosso l’amore”. Bigami e inquisitori nella documentazione dei Sant’Uffizio romano (secolo XVII), in Seidel Menchi S. – Quaglioni D. (a cura di), *Trasgressioni*, Bologna 2004, pp.503-533

Sperone P., *Morale teorico-pratica*, Torino 1820

Stolleis M., *Confessionalizzazione o secolarizzazione agli albori dello Stato moderno*, in Id., *Stato e ragion di Stato nella prima età moderna*, Bologna 1998, pp.285-293

Tamassia N., *La famiglia italiana nei secoli decimoquinto e decimosesto*, Milano 1910

Tarello G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna 1976

Tau Anzoátegui V., *Casuismo y sistema*, Buenos Aires 1992

Tedeschi J., *Il giudice e l’eretico. Studi sull’Inquisizione romana*, Milano 1997

Théry J., *Atrocitas/enormitas. Esquisse pour une histoire d'énormité ou crime énorme du Moyen Âge à l'époque moderne*, 2011, in http://www.cliothemis.com/IMG/pdf/Julien_TheryPDF.pdf

Théry J., *Fama: l'opinion publique comme preuve judiciaire. Aperçu sur la révolution médiévale de l'inquisitoire (XII^e-XIV^e siècle)*, in Lemesle B. (sous la direction), *La preuve en justice de l'Antiquité à nos jours*, Rennes 2003, pp.119-147

Tocci G. (a cura di), *Persistenze feudali e autonomie comunitative in Stati padani tra Cinque e Settecento*, Bologna 1988

Todescan F., *Le radici teologiche del Giusnaturalismo laico, I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio*, Milano 1983

Todeschini G., *Visibilmente crudeli. Malviventi, persone sospette e gente qualunque dal Medioevo all'Età moderna*, Bologna 2007

Tomás y Valiente F., *El crimen y pecado contra natura*, in *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid 1990, pp.105-128

Tomás y Valiente F., *El Derecho penal de la monarquía absoluta. Siglos XVI, XVII y XVIII*, Madrid 1992

Tomás y Valiente F., *El perdón de la parte ofendida en el derecho penal castellano. Siglos XVI, XVII e XVIII*, in *Anuario de historia del derecho español*, XXXI (1961), pp.55-114

Tomás y Valiente F., *Manual de Historia del derecho español*, Madrid 1982

Troeltsch E., *Il protestantesimo nella formazione del mondo moderno*, Firenze 1951

Turchi L., *Adulterio onere della prova e testimonianza. In margine a un processo correggese di età tridentina*, in Seidel Menchi S. – Quagliani D. (a cura di), *Trasgressioni*, Bologna 2004, pp.305-350

Turchini A., *La visita come strumento di governo del territorio*, in Prodi P. – Reinhard W. (curr.), *Il Concilio di Trento e il moderno*, Bologna 1996, pp.335-382

Turrini M., *La coscienza e le leggi*, Bologna 1991

Vaccaro A., *Carlo Gesualdo principe di Venosa. L'uomo e i tempi*, Venosa 1998

Valerio A., *Donne e celibato ecclesiastico: le concubine del clero*, in Galasso G. – Valerio A. (a cura di), *Donne e religione a Napoli. Secoli XVI-XVIII*, Napoli 2001, pp.67-90

Vallerani M., *I processi accusatori a Bologna tra Due e Trecento*, in *Società e Storia*, LXXVIII (1997), pp.741-788

Vallerani M., Il potere inquisitorio del podestà. Limiti e definizioni nella prassi bolognese del Duecento, in Studi in onore di Girolamo Arnaldi, Roma 2001, pp.379-417

Vallerani M., Il sistema giudiziario del comune di Perugia. Conflitti, reati e processi nella seconda metà del XIII secolo, Perugia 1991

Vallerani M., La fama nel processo tra costruzioni giuridiche e modelli sociali nel Tardo medioevo, in Prodi P. (a cura di), La fiducia secondo i linguaggi del potere, Bologna 2007, pp.93-112

Vallerani, La giustizia pubblica medievale, Bologna 2005

Vallerani M., Modelli processuali e riti sociali nelle città comunali, in Chiffolleau J. – Martines L. – Paravicini Bagliani A., Riti e rituali nelle società medievali, Spoleto 1994, pp.114-140

Vallerani M., Procedura e giustizia nelle città italiane del Basso Medioevo, in Chiffolleau J. – Gauvard C. – Zorzi A. (études réunies par), Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à fin du Moyen Âge, Roma 2007, pp.439-494

Valsecchi C., L'istituto della dote nella vita del diritto del tardo Cinquecento: i Consilia di Jacopo Menocchio, in Rivista di Storia del diritto italiano, LXVII (1994), pp.205-282

Venturini C., Innovazioni postclassiche in materia di accusatio adulterii, in Lucrezi F. – Mancini G. (a cura di), Crimina e delicta nel Tardo Antico, Milano 2003, pp.17-37

Vereecke L., Da Guglielmo d'Ockham a Sant'Alfonso de Liguori. Saggi di Storia della teologia morale moderna, Cinisello Balsamo 1990

Vidal M., Historia de la teología moral, IV. La moral en la edad moderna, 1. Humanismo y Reforma, Madrid 2012

Vidal M., Historia de la teología moral, V. De Trento al Vaticano II, 1. Crisis de la razón y rigorismo moral en el Barroco, Madrid 2014

Villers R., La justice retenue en France. Cours de histoire des institutions politiques ed administraves du Moyen Age et des temps modernes, Paris 1979

Villey M., La formazione del pensiero giuridico moderno, Milano 1986

Villey M., La Justice Armonique selon Bodin, in Denzer H. (ed.), Jean Bodin. Verhandlungen der internationalen Bodin Tagung in München, München 1973, pp.69-86

Vismara G., Scritti di Storia giuridica, V, La famiglia, Milano 1988

Watkins G., Gesualdo: the man and his music, Oxford 1973

Widow J. A., *La libertad y sus servitumbres*, Santiago del Chile 2014

Witte J., *Diritto e Protestantismo. La dottrina giuridica della Riforma luterana*, Macerata 2013

Zardin D., *Il rilancio delle confraternite nell'Europa cattolica cinque-seicentesca*, in Mozzarelli C. – Zardin D., *I tempi del Concilio. Religione cultura e società nell'Europa tridentina*, Roma 1997, pp.107-144

Zarri G., *Il matrimonio tridentino*, in Prodi P. – Reinhard W. (curr.), *Il Concilio di Trento e il moderno*, Bologna 1996, pp.437-483

Zemon-Davis N. – Carrière J. C. – Vigne D., *Le retour de Martin Guerre*, Paris 1982

Zorzi A., *Pluralismo giudiziario e documentazione. Il caso di Firenze in età comunale*, in Chiffolleau J. – Gauvard C. – Zorzi A. (études réunies par), *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à fin du Moyen Âge*, Roma 2007, pp.125-187

Zorzi A., *Negoziazione penale, legittimazione giuridica e poteri urbani nell'Italia comunale*, in Bellabarba M. – Schwerhoff G. – Zorzi A. (a cura di), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna*, Bologna 2001