

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

48
(2019)

GUSTAVO ADOLFO NOBILE MATTEI

PROSPETTIVE MODERNE PER UNA TEORIA DELLA PENA
DECLINAZIONI DELLA GIUSTIZIA E CAUSÆ PUNIENDI
TRA XVI E XVII SECOLO

« *Converte gladium tuum in locum suum. Omnes enim,
qui acceperint gladium, gladio peribunt* »

Mt 26, 52

1. *Τιμωρία*: la pena come vendetta. — 2. *Παράδειγμα*: la pena come esempio. —
3. *Κόλασις*: la pena come medicina. — 4. Eziologia della pena ed *arbitrium*. —
5. Osservazioni conclusive.

Ancora oggi, nella percezione comune, l'Antico Regime è associato alla tetra immagine della forca. Incertezza, abuso e violenza caratterizzano un quadro convenzionale, di cui la pena rappresenta la manifestazione più eclatante. Il pregiudizio, espresso con efficacia nell'opera manzoniana, costituisce un'eredità del Settecento: volta a demolire il passato, la polemica illuminista non formulò su di esso un giudizio obiettivo, pur restituendo alcune ombre indiscutibili ⁽¹⁾. Da tempo la storiografia si è emancipata da questa ipoteca, analizzando il tardo diritto comune nel suo sostrato culturale e nel suo ordito costituzionale. Operazione urgente anche per quanto attiene l'impianto sanzionatorio e, in specie, per un problema cardine come la funzione della pena.

Se le proposte dei secc. XVIII-XIX metteranno il tema al centro del dibattito, assumendo posizioni nette, al vecchio *ius criminale* si rimprovera un'irrazionalità complessiva a tutto vantag-

⁽¹⁾ Caustico ed esemplare l'*incipit* di C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Londra, 1774, pp. 1-2. Lo stereotipo si ripete in F. CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, Laterza, 1985, pp. 280-457.

gio dei giudici, padroni assoluti del castigo. Uno sguardo approfondito, però, rivela una realtà più complessa. Dal discorso dei giuristi non emerge una teoria univoca, né comodamente riducibile a categorie successive. Spesso i diversi fini s'intrecciano, talora si contraddicono: ma ciò non implica l'assenza di una teleologia capace d'indirizzare le corti. Sotto questo profilo, a dire il vero, gli specialisti del diritto non spiccano sempre per profondità di analisi; persino un teorico come Deciani sfiora il problema, senza affrontarlo a viso aperto ⁽²⁾. Riflessioni più acute provengono, paradossalmente, da una *decisio* di Tommaso Grammatico, che sembra il primo a interrogarsi sul punto. Più tardi, saranno Grégoire e Carpzov a dedicargli spazio.

Il fatto è che proprio nel Cinquecento, grazie anche a stimoli esterni alla scienza giuridica, il concetto di pena aveva subito una profonda metamorfosi. Trasformazioni da misurare sul lungo periodo, cogliendo la cifra del tempo senza accedere, però, a un'ermeneutica della rottura: la prima età moderna conserva molto del Medioevo e al contempo lo contamina, ponendo le premesse che porteranno — in positivo o per contrasto — fino ai Lumi.

1. Τιμωρία: *la pena come vendetta*.

Dal Basso Medioevo eredita, ad esempio, l'idea di pena come

⁽²⁾ Si sofferma invece su un tema caldo del dibattito teologico, che divide Cattolici e Luterani: l'obbligatorietà *in conscientia* della legge penale. Cfr. M. PIFFERI, *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la parte generale di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 308-328. Più spesso, i giuristi s'interrogano sull'origine del processo. Tema già medievale, che in controluce rivela qualcosa sulla pena: A. MARCHISELLO, *Il principio del processo: osservazioni sull'origine del iudicium nello Speculum aureum di Roberto Maranta*, in « Historia et ius », 1 (2012), paper 4. « Le opere dei criminalisti molto dicono e molto occultano [...] Bisogna entrare nella trattazione di alcuni delitti particolarmente significativi in rapporto alla sovranità [...] per incrociare analisi più ampie sul senso della pena [...] Più che un discorso generale sulla funzione della pena, è infatti la riflessione sulla legittimità — da parte del principe — di infliggere o sospendere la pena di morte; sulla possibilità — nel caso del giudice — di estendere il proprio potere discrezionale sino alla reiterazione della tortura ed alle pene di sangue, a fornire la misura dell'intervento penale »: G. ALESSI, *Economie del penale nell'Età moderna*, in *La funzione della pena in prospettiva storica e attuale*, a cura di A. Calore, A. Sciumè, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 129-132.

retribuzione per il male compiuto ⁽³⁾: concezione veicolata dal Cristianesimo sin dal contrappasso biblico « oculus pro oculo » ⁽⁴⁾, che trova riscontri nel *Corpus* giustiniano ⁽⁵⁾. Dio stesso rivendica il ruolo di sommo retributore: « Mea est ultio, et ego retribuam » ⁽⁶⁾. Il giurista Grégoire avverte che « non semper Deus punit in hoc sæculo delinquentes, quemadmodum in hoc ipso non semper retribuit plene piis et probis hominibus ». Talora indirizza i suoi castighi proprio nei confronti di chi può salvarsi, mentre rimanda il supplizio degli « immedicabiles » all'Aldilà. Ciò non toglie che « Deus bonus et iustus est, ut mala impunita nunquam, vel benefacta irremunerata relinquat » ⁽⁷⁾. In Lui la giustizia — la virtù di chi dà

⁽³⁾ Parla di « attitudine retributiva » M. SBRICCOLI, *Brigantaggio e ribellismi nella criminalistica dei secoli XVI-XVIII*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 306-309. Come nota I. MEREU, *Storia del diritto penale nel '500*, Napoli, Morano, 1964, p. 327 la connessione tra crimine e peccato implica un nuovo concetto di retribuzione, ponendo le basi per il superamento della vendetta privata e della sua alternativa, la *compositio*, tipiche del diritto germanico. Quest'ultimo, per la sua caratura oggettiva e « privatistica », risulta poco coerente con le idee di *culpa* e di *publicum* che si vanno forgiando nel Basso Medioevo.

⁽⁴⁾ Es 21, 23-25; Lv 24, 17-21; Dt 19, 21. La massima biblica è richiamata da Carpzov come mandato divino rivolto a principi e magistrati: B. CARPZOV, *Practicæ imperialis Saxonice rerum criminalium*, Lipsiæ, 1739, pars III, q. CI, n. 8, p. 2. Cfr. C. GHISALBERTI, *Pena (Diritto intermedio)*, in *Novissimo digesto italiano*, XII, Torino, UTET, 1965, p. 815.

⁽⁵⁾ D.50.16.131: « Pœna est noxæ vindicta ». C.9.47.22: « Sancimus ibi esse pœnam, ubi et noxa est ».

⁽⁶⁾ Dt 32, 35. Nella religiosità ebraica la retribuzione divina si realizza già nelle vicende terrene. Le tribolazioni di Giobbe costituiscono, al contempo, confutazione e conferma di tale concezione. Un uomo giusto patisce sofferenze immeritate, così da essere additato come peccatore da chi lo circonda. Dio lo sta mettendo alla prova: il dolore di Giobbe appare immotivato ma trova risposta alla luce di un disegno che gli si svela al termine del Libro. Attraverso la tentazione, merita beni maggiori in premio della sua fedeltà. Nell'Antico Testamento, pertanto, castighi e ricompense appaiono immersi in una dimensione prevalentemente temporale. Il concetto non scompare del tutto nel Nuovo, che però insiste sulla retribuzione escatologica (Mt 25, 31-46; Rm 2, 5-11; Ap 20, 12).

⁽⁷⁾ Infatti, « temporales pœnæ a Deo imponuntur in hoc, et alio sæculo In hoc sæculo, ægritudo, paupertas, mors, et similes angustia, seu exercitia bonorum, quibus castigantur delinquentes et corriguntur, ne in æternum pereant [...] Qui si obduraverint, et illis flagellis non castigentur, certe temporales pœnæ æternarum initium sunt ». Cfr. P.

a ciascuno il suo ⁽⁸⁾ — rifulge in sommo grado ⁽⁹⁾: e questa giustizia ha richiesto persino il sacrificio del Figlio per la compensazione del peccato e la redenzione dell'umanità ⁽¹⁰⁾.

GRÉGOIRE, *Syntagma iuris universi*, Lugduni, 1587, pars III, lib. XXXI, cap. XXVIII, n. 1, pp. 251-252 e cap. IV, n. 3, p. 228.

⁽⁸⁾ D.1.1.10pr; I.1.1pr. « Iustitiam esse virtutem, quæ respicit ius tamquam obiectum, totamque versari in constituenda æqualitate, inter unius personæ ius, et alterius debitum [...] Quare duos habet actos, quibus hanc æqualitatem constituit. Primus est, ius suum unicuique tribuendi [...] Secundus est, reparandi id quod læsum est, et ad pristinum statum reducendi »: J. ZAPATA Y SANDOVAL, *De iustitia distributiva*, Vallisoleti, 1609, pars I, cap. I, nn. 1-2, pp. 7-8. Cfr. D. QUAGLIONI, *La giustizia nel Medioevo e nella Prima età moderna*, Bologna, il Mulino, 2004, pp. 23-91.

⁽⁹⁾ Sulla giustizia divina, T. D'AQUINO, *Summa totius theologiæ*, Venetiis, 1612, *Prima pars*, q. 21, art. 1. Tra i neoterici, G. VÁZQUEZ, *Commentariorum ac disputationum in primam partem Sancti Thomæ*, Compluti, 1598, I, q. XXI, art. 1, pp. 697-725; ZAPATA Y SANDOVAL, *De iustitia*, cit., pars I, cap. IV, nn. 19-28, pp. 59-66.

⁽¹⁰⁾ Consapevoli del peccato e timorosi del castigo, gli Antichi praticavano sacrifici per placare gli dei. Ciò avveniva anche nel monoteismo ebraico, durante il Giorno dell'Espiazione: G. DEIANA, *Dai sacrifici dell'Antico Testamento al sacrificio di Cristo*, Roma, UUP, 2006, pp. 15-70. Il Cristianesimo abolisce le vecchie pratiche cerimoniali e riconosce nel Sangue di Cristo il *sacrificium singulare* che ripaga le colpe, liberando l'umanità dalla schiavitù del peccato. La redenzione — benché sia grazia di un Dio che la elargisce in modo « discendente » — « implica la satisfactio guadagnata tramite l'obbedienza del Figlio di Dio, il cui sangue è il riscatto per mezzo del quale Egli ha meritato e ottenuto la giustificazione »: COMMISSIONE TEOLOGICA INTERNAZIONALE, *Alcune questioni sulla teologia della Redenzione*, Città del Vaticano, 1995, cap. I, n. 12. Ciò significa che la Croce opera anche in senso « ascendente », come compensazione resa da un uomo alla giustizia di Dio. La teologia medievale ha insistito su tale aspetto riparatorio; esemplare ANSELMO DI CANTERBURY, *Cur Deus homo*, Berolini, Schlawitz, 1956, II, 18: « Quod debitum tantum erat, ut illud solvere, cum non deberet nisi homo, non posses nisi Deus, ita ut idem esset homo qui Deus ». Il Protestantesimo esaspera il concetto, con la teoria della sostituzione penale. Il peccato dell'umanità è stato imputato a Cristo, che ha subito la collera e il castigo di Dio. Mentre Gesù diventa il più grande peccatore della Storia, gli uomini ottengono in cambio l'affrancamento dalla Legge e dalle opere. Questa dottrina — già sostenuta da Lutero e Calvino — è formulata in termini ancor più giuridici da U. GROZIO, *Defensio fidei catholicæ de satisfactione Christi*, Lugduni Batavorum, 1617. I Cattolici, pur ribadendo che « Jesus Christus [...] sua sanctissima Passione in ligno Crucis nobis Justificationem meruit, et pro nobis Deus Pater satisfecit », ricordano che ciò è avvenuto « propter nimiam charitatem »: *Concilio di Trento*, sess. VI, cap. VII *decretum de iustificazione*. Cristo, perciò, non è colpevole né subisce una punizione ma, da vittima innocente, paga volontariamente per i peccati altrui: COMMISSIONE TEOLOGICA INTERNAZIONALE, *Alcune questioni*, cit., cap. III, nn. 1-22. Per questo, quel Sacrificio è stato al contempo giustizia ed amore, conferma di un

Ma se Dio si riserva il giudizio ultramondano, quello terreno è normalmente amministrato da *potestates* da Lui ordinate, ministre della sua ira ⁽¹¹⁾. Questa impostazione retributiva, che unisce Cielo e terra, caratterizza il pensiero bassomedievale: nei giuristi proto-moderni è ben presente, segno di una *Weltanschauung* ancora radicata.

Come per Gandino « *pœna autem est delicti vel pro delicto satisfactio, quæ propter delicta imponitur* » ⁽¹²⁾, così per Azpilcueta « *omni pœna, si iusta est, peccati pœna est, et supplicium nominatum* » ⁽¹³⁾. Tale concezione porta con sé quella di equivalenza: ai giuristi del Cinquecento non sfugge il principio per cui « *pœna sit commensuranda delicto* » ⁽¹⁴⁾. Lo spiega Deciani, ma lo aveva già

paradigma retributivo e suo superamento. Gesù ha liberato l'umanità schiava del peccato: di nuovo gli uomini potranno cadere e patire, ma sempre potranno accedere al perdono che schiude le porte del Cielo. Nelle ortodossie cattolica e luterana, tale messaggio non contraddice né la retribuzione divina né tantomeno la secolare; ma è chiaro che in esso è riposta una logica nuova, capace di scardinare il meccanismo della mera vendetta. È una giustizia che si apre alla grazia, quella che nasce dal Cristianesimo; in quei gruppi che si richiamano al radicalismo evangelico, la *lex charitatis* si spinge fino alla contestazione dello *ius gladii*. Cfr. J.M. STAYER, *Anabaptism and the Sword*, Kansas, Coronado, 1973.

⁽¹¹⁾ Fondamentale il nesso tra Rm 12, 19 (con l'esplicito rimando a Dt 32, 35) e Rm 13, 1-4: « non vosmetipsos vindicantes, carissimi, sed date locum iræ, scriptum est enim: 'Mihî vindicta, ego retribuam' [...] Omnis anima potestatibus sublimioribus subdita sit. Non est enim potestas nisi a Deo; quæ autem sunt, a Deo ordinatæ sunt. Itaque, qui resistit potestati, Dei ordinationi resistit [...] Si autem malum feceris, time; non enim sine causa gladium portat; Dei enim ministra est, vindex in iram eî, qui malum agit ».

⁽¹²⁾ A. GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *De pœnis reorum in genere et de percussione et insultu*, n. 1, in H.U. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, Berlin-Leipzig, de Gruyter, 1926, II, p. 209. Si tratta di una formula tralatizia, riscontrabile anche nella *Summa* di Azzone: G. DIURNI, *Pena criminale (Diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 763-765.

⁽¹³⁾ M. DE AZPILCUETA, *Commentarius de lege pœnali*, n. 10, in ID., *Opera omnia*, Venetiis, 1602, p. 677. « *Pœna est passio inferens nocumentum [...] inflictâ aut contractâ propter proprium peccatum præteritum* »: A. DE CASTRO, *De potestate legis pœnalis*, Antuerpiæ, 1568, pars I, fol. 17v.

⁽¹⁴⁾ T. DECIANI, *Tractatus criminalis*, Venetiis, 1614, I, lib. II, cap. IV, n. 2, p. 29. « *Quemadmodum enim crimina indifferenter æqualia et gravia non sunt, ita nec pœnæ æque atroces perhibentur, ut quæ delictis semper correspondere debent [...] cum delictis*

affermato Marsili a proposito di tentativo e consumazione ⁽¹⁵⁾. E proprio siffatta equivalenza aveva suggerito, già negli statuti basso-medievali, l'introduzione di castighi che rievocassero il male compiuto ⁽¹⁶⁾. La commisurazione tra pena e delitto, tuttavia, non si esaurisce nel quantificare il valore del bene offeso: occorre valutare anche il grado di *culpa præterita*, la *qualitas facti* e la stessa identità dei soggetti coinvolti (non irrilevante, in un ordinamento gerarchico, ai fini della *mensura delicti*). Il meccanismo di adeguamento non è un rigido legalismo ma l'*arbitrium in puniendo* ⁽¹⁷⁾. Spunti che già circolavano nel diritto medievale, ma che acquistano altro peso nell'ottica del protagonismo giudiziario dei secoli XVI-XVII ⁽¹⁸⁾.

pœnæ proportionabiliter imponi, iisque commensurari debeant»: CARPZOV, *Practica*, cit., pars III, q. CII, n. 1, p. 1 e pars II, q. LI, n. 40, p. 4.

⁽¹⁵⁾ «Cum pena sit commensuranda delicto [...] iuxta mensura delicti erit plagarum modum [...] ubi factum sequitur propositum seu intentionem maius est delictum quam quando non sequitur factum»: I. MARSILI, *Repetitiones*, Lugduni, 1551, rip. *legis unice* C. *de raptu virginum*, n. 304, fol. 97r. A metà Seicento, tale impostazione sarà lucidamente sostenuta da D. TOSCHI, *Praticarum conclusionum iuris*, Lugduni, 1660, VI, concl. 211, nn. 1-2, p. 83: «Pœna ex culpa et delicto debet commensurari [...] ubi, si delictum est parvum, pœna debet esse modica, et e converso [...] pœna est mensura culpæ, et quod paria debent esse mensura, et mensuratum, quia iustitia nihil aliud est, nisi æqualitas [...] ex quantitate contemptus metitur Deus pœnam reatus. Et inde solet dici, quod in quo quis peccavit, in eo torqueri debet».

⁽¹⁶⁾ Un'analogia che trova suggestivo riscontro nella *Commedia* dantesca, come nota M. CAVINA, *Funzione della pena bassomedievale*, in Id., *Ai confini del problema criminale*, Bologna, BUP, 2015, pp. 57-58.

⁽¹⁷⁾ M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 195-306. «Omnes circumstantias, et qualitates lex ipsa exprimere non potuerit, sed quasdam tantummodo expresserit [...] ideo dedit iudici hanc facultatem et arbitrium, ut secundum facti contingentiam pœnas ipsas arbitrio suo ex caussa auget, minueret, vel mutaret [...] Et per hoc non dicitur iudex esse benignior lege, nec contra legem venire, vel ab eius dispositione recedere, sed potius legem servare [...] per illam regulam, quod pœna est commensuranda delicto»: FARINACCI, *Praxis et theoreticæ criminalis*, Lugduni, 1634, pars I, t. I, q. XVII, nn. 8-9, p. 224. Oltre a vari passi giustinianeï, l'autore rimanda al libro V dell'*Etica nicomachea*, dove si traccia la dottrina dell'*ἐπιείκεια*.

⁽¹⁸⁾ I riferimenti canonistici sono X.5.12.6 e VI.5.95; quelli civilisti D.48.19.11, D.47.9.4.1 e l'*Auth. post* C.6.59.10. Con questo materiale lavorano i moderni, che ne astraggono la formula *pœna est commensuranda delicto*. Più spesso, nel Medioevo, si riscontra un principio analogo solo in apparenza: cioè che la gravità del reato dipende dall'entità della pena data. «Quis iam dubitaverit hoc esse sceleratius commissum, quod

Nell'Età di mezzo, più squillante era stata la voce dei teologi. Tommaso d'Aquino, con argomenti aristotelici ⁽¹⁹⁾, aveva etichettato la materia criminale « iustitia vindicativa », riconducendola al genere « iustitia commutativa » ⁽²⁰⁾. Di conseguenza, tutti i delitti vanno castigati con una retribuzione, da stabilire secondo una proporzione aritmetica che dia rilievo sia alla volontà che all'elemento oggettivo. Per restaurare l'ordine violato ⁽²¹⁾, la pena deve garantire « æqualitas » tra « actio » e « passio » ⁽²²⁾, non tra lesione e « restitutio »: è necessario, pertanto, che il giudice disponga un *quid pluris* afflittivo ⁽²³⁾.

est gravius vindicatum?» : *Decr.* C.24, q.I, c.21. « Crimina dicuntur levia vel atrocia secundum qualitatem pene »: BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Commentaria*, Venetiis, 1526, *super Secunda ff. novi, in l. Levia ff. de accusationibus et inscriptionibus*, n. 1, fol. 169v. A ben vedere, tra questa formula medievale e quella cinquecentesca corre una distanza notevole: in entrambe si pone un rapporto tra delitto e castigo, ma la seconda — invertendo i termini dell'equivalenza — indica l'ascesa della *pœna arbitraria*.

⁽¹⁹⁾ Cfr. ARISTOTELE, *Ethicorum ad Nicomachum*, trad. lat. di G. Argiropulo, Romæ, 1698, I, lib. V, capp. 2-4, pp. 202-211.

⁽²⁰⁾ D'AQUINO, *Summa*, cit., *Tertia pars*, q. 85, art. 2; cfr. ivi, *Secunda Secundæ*, q. 108, art. 2.

⁽²¹⁾ La cosmologia medievale immagina la creazione come *armonia*: la giustizia divina esige di ripristinare l'ordine turbato dalla corruzione. Secondo Tommaso « peccatum inducit pœnam [...] Dicendum, quod ex rebus naturalibus ad res humanas derivatur, ut id, quod contra aliquid insurgit, ab eo detrimentum patiatur [...] Manifestum est autem, quod quæcumque continentur sub aliquo ordine, sunt quodammodo unum in ordine ad principium ordinis: unde quicquid contra ordinem aliquem insurgit, consequens est, ut ab eo ordine, et principe ordinis deprimatur [...] Unde secundum tres ordines, quibus subditur humana voluntas, triplici pœna potest homo puniri. Primo quidem enim subditur humana natura ordini propriæ rationis. Secundo, ordini exterioris hominis gubernantis, vel spiritualiter, vel temporaliter, politice, seu œconomice. Tertio subditur universali ordini divini regiminis. Quilibet autem horum ordinum per peccatum pervertitur, dum ille, qui peccat, agit et contra rationem, et contra legem humanam, et contra legem divinam: unde triplicem pœnam incurrit, unam quidem a seipso, quæ est conscientiæ remorsus, aliam vero ab homine, tertiam vero a Deo »: Ivi, *Prima Secundæ*, q. 87, art. 1. Sul rapporto tra cosmologia e teoria del diritto, A. PADOVANI, *Perché chiedi il mio nome? Dio, natura e diritto nel sec. XII*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 35-238; P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 2011, pp. 80-85 e 135-144.

⁽²²⁾ D'AQUINO, *Summa*, cit., *Secunda Secundæ*, q. 61, artt. 1-4; *Tertia pars de Sacramentis*, q. 85, art. 3; *Additiones ad Tertiam partem*, q. 12, art. 2.

⁽²³⁾ Ivi, *Secunda Secundæ*, q. 61, art. 3. Ma tale *vindicta* non va esercitata per odio, con l'intento principale di nuocere. Il castigo va finalizzato ad un bene ulteriore:

Nel lessico tomista, il termine « retributio » è specularmente « satisfactio »: dal punto di vista concettuale, quindi, non corre troppa distanza rispetto a Gandino ⁽²⁴⁾. Parlando di commutazione, però, Tommaso accosta i delitti alla logica dei contratti: ed è comprensibile, se pensiamo che la sua opera precede di oltre un decennio quella del giurista di Crema ⁽²⁵⁾. Forse il suo sguardo è rivolto al passato e non sa cogliere a pieno quelle trasformazioni che non sfuggono, invece, a chi pratica i tribunali. Nel discorso, tuttavia, non manca una certa consapevolezza della pubblicità del penale: il crimine, infatti, « non solum damnificavit personam privatam, sed rempublicam, eius tutelæ securitatem infringendo »: la proporzione aritmetica, pertanto, dovrà tener conto anche dell'interesse pubblico ⁽²⁶⁾. In quest'ottica va interpretato anche Gandino ⁽²⁷⁾.

l'emenda, la repressione del male, la giustizia, l'onore di Dio. L'intenzione rende l'atto lecito o meno, approfondendo la funzione di una vendetta che può essere « iustitia » verso Dio o verso l'uomo, ma anche « cohibitio » ed « emendatio »: ivi, *Secunda Secundæ*, q. 108, art. 1.

⁽²⁴⁾ « Emendatio [...] offensæ contra aliquem commissæ non per solam cessationem offensæ, sed exigitur ulterius quædam recompensatio, quæ habet locum in offensis in alterum commissis sicut et retributio: nisi quod recompensatio est ex parte eius qui offendit, ut puta cum satisfactione; retributio autem est ex parte eius in quem fuit offensæ commissæ [...] Sicut est commutatio quædam in beneficiis [...] ita etiam est commutatio in offensis: cum aliquis pro offensæ in alterum commissæ vel invitatus punitur, quod pertinet ad vindictivam iustitiarum; vel voluntarie recompensat emendam, quod pertinet ad pœnitentiam [...] Unde manifestum est quod utraque sub iustitia commutativa continetur »: ivi, *Tertia pars*, q. 85, art. 2.

⁽²⁵⁾ È proprio in questi anni che al tradizionale accusatorio — « un'arena processuale » la cui funzione « era chiaramente quella di offrire una mediazione » — si accosta (o s'innesta) il rito *ex officio*, così da trasformare il giudizio in « strumento per la produzione di condannati »: A. ZORZI, *Pluralismo giudiziario e documentazione. Il caso di Firenze in età comunale*, in *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à fin du Moyen Âge*, a cura di J. Chiffolleau, C. Gauvard, A. Zorzi, Roma, École Française Rome, 2007, pp. 130-131. Lo sviluppo, però, non è repentino. Come dimostra M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, il Mulino, 2005 il nuovo modello fatica a imporsi, lasciando al vecchio ampio margine di operatività. A metà del guado, l'occhio del Santo scorge ancora nel penale una dimensione commutativa.

⁽²⁶⁾ D'AQUINO, *Summa*, cit., *Secunda Secundæ*, q. 61, art. 4.

⁽²⁷⁾ Considerato, giustamente, una pietra miliare verso la pubblicizzazione del penale. Questa « passata per l'azione ex officio, valorizzata dal potenziamento della funzione di acquisizione delle prove [...] ha il suo fondante punto di appoggio nella personificazione della respublica civitatis e nella sua identificazione come parte offesa in

È per questo che i criminalisti moderni hanno cura di specificare che certi delitti non colpiscono solo l'individuo ma compromettono l'intera società: la materia penale acquista, così, preminenza assoluta ⁽²⁸⁾. La sanzione, pertanto, non solo offrirà « solacium » alla parte lesa, restituendole finanche l'onore perduto; ma provvederà anzitutto a conservare l'autorità delle leggi e del magistrato. Secondo Carpzov, è questo il suo primo scopo, che le merita il nome di τιμωρία ⁽²⁹⁾. Ormai, l'*interesse Reipublicæ* s'intreccia con la ragion di

occasione di un delitto»: M. SBRICCOLI, *Vidi communiter observari. L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in ID., *Storia*, cit., p. 105. Quando Gandino scrive che « omnis deliquens offendit rem publicam civitatis, ubi maleficium committitur, et illum quem ledit » (GANDINO, *Tractatus*, cit., rubr. *De transactione*, n. 10, II, p. 194) e che, pertanto, « publice interest ne maleficia remaneant impunita » (ID., *Tractatus*, cit., rubr. *De poenis reorum in genere et de percussione et insultu*, n. 2, II, p. 210) non sembra smentire la proporzione aritmetica, ma sottolinea (con più forza di Tommaso) che nel computo della *satisfactio* bisogna tener presente la dimensione pubblica dell'offesa. Entrambi hanno iniettato, nella dinamica orizzontale della commutazione aristotelica, una logica diversa di stampo egemonico. « Una volta assicurato alla città il diritto di conseguire una sua soddisfazione, con un repentino spostamento di piano Alberto mette la respublica civitatis nella condizione di esigere una riparazione che essa stessa imporrà, affidandola ai suoi giudici, per mezzo del suo iudicium, dentro il suo sistema penale e con le sue leggi, attraverso la condemnatio: perché la satisfactio pretesa dalla città consiste nella irrogazione della pena. Quella stessa civitas che rivendica diritti secondo i principi dello ius privatorum, poi ne esige una sorta di self enforcement in termini di ius publicum »: SBRICCOLI, *Vidi communiter observari*, cit., p. 104. « La pena rimane vendicativa, ancorché non sia più data dall'individuo; è la vendetta pubblica, anziché la privata, ma lo Stato seguì nel punire il medesimo criterio [...] cercando nel sistema del taglione la misura delle pene, appropriando a sé le composizioni, e il concetto di queste applicando ad ogni rapporto, fino a quello del determinare la soddisfazione che dagli autori del male dovevasi a Dio »: C. CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, II, Milano, SEL, 1906, p. 428.

⁽²⁸⁾ DECIANI, *Tractatus*, cit., I, lib. II, cap. I, n. 4, fol. 18v.

⁽²⁹⁾ CARPZOV, *Practica*, pars III, q. CL, n. 11, p. 2. Il termine, desunto da Platone, connota l'aspetto affittivo della sanzione. Se la Scolastica medievale trovò nel *Timeo* un modello per le sue costruzioni cosmologiche, nel *Gorgia* il Rinascimento scorge riferimenti alla retribuzione ultramondana. Ma va sottolineato che la τιμωρία platonica non costituisce un fine in sé, né presso gli dei né sulla terra. Se non è indirizzata all'emenda o alla deterrenza, la τιμωρία diviene vendetta ferina, irrazionale. Perciò, mentre Carpzov vi riconosce una *ratio poenæ*, Platone vi ravvisa il castigo nella sua dimensione oggettiva, ritenendo necessario un altro λόγος che la giustifichi. In tal senso PLATONE, *Gorgias*, in ID., *Opera omnia*, trad. lat. di M. Ficino, Lugduni, 1570, p. 256: « Convenit autem

Stato, in una visione marcatamente egemonica: la giustizia non è più un servizio reso ai *cives*, ma una questione di obbedienza da parte dei *subditi* ⁽³⁰⁾. Il Criminalista ha letto i *politiques* e, fatto nuovo, li cita: in queste pagine riecheggiano i nomi di Bodin (*La République*, non sempre condivisa), Besold (*Politica*), Camerarius (*Meditationes historicae*), Grégoire (*De Republica*) e Gerhard (*Quæstiones politicae*).

Nel computo della pena non rientra solo l'interesse dello Stato: alcuni reati offendono direttamente Dio e la natura, e questo non può che incidere. Il Signore ha affidato ai magistrati il compito precipuo di castigare i delitti ⁽³¹⁾: se ciò non avviene, sarà la sua ira a compensare il male commesso. « Sæpe enim ob unius delictum,

omnem qui ab aliquo recte punitur, vel ipsum fieri meliorem utilitatemque percipere, vel cæteris exempla dare, ut alij pœnas eius conspicientes meliores ob timorem efficiantur. Qui vero apud deos et homines ita dant pœnas, ut utilitatem inde aliquam referant, hi sunt qui peccata sanabilia commiserunt, quibus dolor cruciatusque prodest et apud homines et apud inferos. Non enim aliter quis potest ab iniustitia liberari. Qui autem extrema iniustitia detinentur, ac propter eiusmodi delicta sunt insanabiles, ex his exempla sumuntur, ipsique nullam amplius utilitatem inde reportant, utpote qui sanari non possint: sed prosunt duntaxat aliis per exemplum, qui eos intuentur propter flagitia maximis acerbissimique et terribilissimis pœnis omni tempore cruciatis, tanquam exemplum monimentumque et spectaculum [...] præbentes iniustus omnibus ». Cfr. ID., *Protagoras*, in ID., *Opera omnia*, cit., p. 161. Queste pagine, divenute classiche, danno spunto alla speculazione moderna: da qui — tramite la mediazione di A. GELLIO, *Noctes Atticæ*, Lugduni, 1591, lib. VI, cap. XIV, pp. 215-217 — Grégoire e Carpzov possono desumere i tre concetti di τιμωρία, κόλασις e παράδειγμα. Rispetto ad essi, i due giuristi offrono una gerarchia diversa. Per il Sassone l'ordine è τιμωρία, παράδειγμα e κόλασις. Per il Tolosano viene prima la κόλασις, poi la τιμωρία, infine il παράδειγμα: GRÉGOIRE, *Syntagma*, cit., pars III, lib. XXXI, cap. II, nn. 7-9, pp. 224-225.

⁽³⁰⁾ « Prima est, ut dignitas, autoritasque ejus, in quem peccatum fuit, conservetur; ne scilicet prætermissa animadversio contemptum Magistratus pariat [...] Non enim impune licet leges irridere transgrediendo [...] Sed dignitatem suam Magistratus conservare debet illæsam, quantum fieri potest, ne illa abutantur subditi. Hinc interesse dicitur Reipublicæ, delicta punire »: CARPZOV, *Practica*, pars III, q. CI, n. 11, p. 2. Il Sassone richiama GRÉGOIRE, *Syntagma*, cit., pars III, lib. XXXI, cap. II, nn. 7-8, pp. 224-225 il quale aveva sottolineato il nesso tra τιμωρία e τιμή: « Altera species et nomen aliud pœnæ, τιμωρία, Græcis dicitur, eamque causam animadvertendi esse tradunt, cum dignitas autoritasque ejus, in quem peccatum est, tuenda est: ne prætermissa animadversio ejus contemptum pariat, et honorem eleve. Idcirco id ei vocabulum factum a conservatione honoris putant. Est enim τιμή, honor [...] quoque pro pœna, pro vindicta, ad resarciendum honorem ».

⁽³¹⁾ CARPZOV, *Practica*, cit., pars III, q. CI, n. 8, p. 2.

dum non vindicatur, Deus in universum irascitur populum [...] polluitur ex uno peccatore populus, sicut ex ove morbida grex universus inficitur. Et uno [...] quodcumque scelus committente, plebs universa pœnas patitur ». È quindi opportuno punire il responsabile, ond'evitare che la colpa di uno ricada su molti ⁽³²⁾. Il rogo di Sodoma è memorabile ⁽³³⁾. Suggestioni che vengono da lontano — basti pensare al *De ira Dei* di Lattanzio, ben noto a Carpov ⁽³⁴⁾ — ma che si addensano come nubi minacciose in quel clima di paura e senso di colpa descritto come lato oscuro di questi

⁽³²⁾ GRÉGOIRE, *Syntagma*, cit., pars III, lib. XXXI, cap. II, n. 6, p. 224. « D. Augustinus dixit, per quæ quis peccat, per eadem punitur [...] Quotidiana hoc quoque rerum observatione certum declaratur, vulgo et morale dici solet, 'Ab altero expectes alteri quod feceris. Qui suo proximo bene fecerit, a proximo bona recipiet [...] Qui gladio ferit, gladio perit' [...] Quia igitur Deus et natura non sinunt inulta esse scelera: quomodo homines in magistratu constituti, Dei personam referentes, non animadvertant in peccata? »: J. DE DAMHOUDER, *Praxis rerum criminalium*, Venetiis, 1572, cap. CLV, nn. 1 e 21, foll. 169 e 171v-172r. « Quod si Magistratus in pœnis irrogandis negligens est, Deus ipsemet ad vindictam exurgit [...] Et sic interdum gravitas alicujus delicti exigit, ut delinquens e medio tollatur; ne maledictionem divinam Regioni eo scelere contaminatæ acceleret [...] Ac licet maxima pœnarum irrogatio delinquentem nec juvet, nec corrigat; attamen propter alios nequaquam hæc omittenda erit; ne scilicet ob delictum alterius impunitum, gravius quid aliis, ejusdem Civitatis hominibus contigat »: CARPZOV, *Practica*, cit., pars III, q. CI, nn. 8, 12 e 15, pp. 2-3.

⁽³³⁾ Nella Nov. 141, Giustiniano si era scagliato contro la sodomia « ne per negligentiam hac in re commissam Deum contra nos irriteremus, si actionem tam impiam et prohibitam prætermittamus quæque idonea sit ad bonum Deum in omnium perniciem irritandum ». Con la bolla *Cum primum apostolatus*, n. 1, in *Magnum Bullarium Romanum*, II, Lugduni, 1673, p. 178, Pio V dichiara: « Libidinis naturæ contrariæ vitium execrandum, propter quæ populi et nationes bellorum, famis et pestilentiæ calamitatibus iusta Dei ultione sæpe plectuntur ». Siamo nel 1566, e il documento costituisce un manifesto del pontificato di papa Ghislieri.

⁽³⁴⁾ CARPZOV, *Practica*, cit., pars III, q. CI, n. 8, p. 2. Tra tutti i passi biblici che fanno riferimento all'ira divina, spicca Rm 1, 18. Lattanzio — in polemica con Epicurei e Stoici — aveva sostenuto che « in Deo esse proprie iram, quam ipse nihil aliud esse putavit, quam voluntatem puniendi delicta ». Sebbene tale « affectus » non si traducesse mai in una « vitiosa [...] animi perturbatione », nondimeno andava considerato come « iram secundum propriam et formalem rationem ». La teologia tomista aveva già limitato tale opinione: se l'ira « est appetitio doloris vicissim adversario inferendi », si può parlare di ira divina solo metaforicamente. « Deus autem non potest ab alio tristitiam pati, quantumvis peccatis offendatur, ergo cum punit peccata, non irascitur proprie; sed effectum ipso ira se gerit, ac si esset iratus »: VÁZQUEZ, *Commentariorum*, cit., q. XX, art. II, disp. 84, cap. IV, pp. 692-694.

secoli ⁽³⁵⁾. La Seconda Scolastica non ripudia l'insegnamento tomista: talora, per preservare dai peccati futuri e spingere al bene, Dio può irrogare una pena *in temporalibus* anche a chi è « sine culpa » ⁽³⁶⁾.

Siamo di fronte a una proporzionalità che prende in considerazione parametri soggettivi ed assiologici che appariranno, agli Illuministi, eccessivi se non vacui: non per questo si può dubitare che invece, agli occhi dei criminalisti, appaiano ben fondati ⁽³⁷⁾.

2. Παράδειγμα: *la pena come esempio*.

La pena, però, ha pure un altro scopo: quello di frenare i malvagi *ex ante*, tramite repressione. Anche sotto questo profilo, non pochi spunti provengono dal passato: se l'intimidazione era il perno del penale romano ⁽³⁸⁾, il diritto canonico s'era posto il problema di *tollere scandalum* ⁽³⁹⁾.

Ma non va sottovalutato il contributo della teologia protestante che, sulla scorta del suo pessimismo antropologico, sostiene uno Stato forte e uno *ius criminale* orientato alla *territo*. Per Lutero, la malvagità umana impedisce le opere buone: la salvezza, perciò, si ottiene per sola fede. La giustizia cessa di essere una virtù morale per

⁽³⁵⁾ J. DELUMEAU, *La paura in Occidente. Secoli XIV-XVIII: la città assediata*, Torino, SEI, 1978; ID., *Il peccato e la paura. L'idea di colpa in Occidente dal XII al XVIII secolo*, Bologna, il Mulino, 1987.

⁽³⁶⁾ Tommaso ha cura di specificare che questa facoltà è rimessa all'insondabile provvidenza divina, che sa ricavare dal male fisico un superiore bene spirituale. Si tratta di una pena « ad humiliationem vel probationem », inflitta « sine culpa, non tamen sine causa »: D'AQUINO, *Summa*, cit., *Secunda Secundæ*, q. 108, art. 4. È forte, in queste pagine, l'influenza del Libro di Giobbe e della riflessione agostiniana. Cfr. F.S. DU BOIS, *Commentarii in totam Secundam Secundæ*, Antuerpiæ, 1714, q. 108, art. 4, p. 722.

⁽³⁷⁾ Sembra anacronistica l'accusa d'ipocrisia che S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, ESI, 1979, pp. 26-29 muove al Sassone per screditarne le affermazioni proporzionalistiche.

⁽³⁸⁾ D.1.1.1; Nov. 17.5; Nov. 30.11. Cfr. B. SANTALUCIA, *Metu coercendos esse homines putaverunt. Osservazioni sulla funzione della pena nell'età del Principato*, in *La funzione*, cit., pp. 15-32. A tale impostazione di fondo, il cristianesimo aveva apportato fermenti innovativi: G. BARONE ADESI, *Religio e polifunzionalità della pena tardoantica*, in *La funzione*, cit., pp. 33-91.

⁽³⁹⁾ *Decr. C.23, q.IV, c.33*. Spunti elaborati nel corso del Medioevo da canonisti e civilisti: cfr. i riferimenti segnalati da G. BERTACHINI, *Repertorium*, Venetiis, 1570, pars quarta, v. *Pœnam ad terrorem aliorum debet imponi*, fol. 63r.

divenire virtù teologale infusa dall'alto (40). Trasportata la *iustitia* su un piano puramente spirituale, la deterrenza diviene allora il primo *usus legis*, quello che il Riformatore definisce *politicus* (41). È questo, forse, l'aspetto più caratteristico della pena nella prima età moderna: né le barriere confessionali devono far pensare a una significativa differenza tra le due parti d'Europa, sia perché molti assunti della cultura giuridica restano comuni sia perché un certo pessimismo antropologico dilaga anche nei Paesi cattolici (42). Si fa spazio l'idea che la pena non attui il castigo di un delitto commesso e irrimediabile, ma miri ad evitare peccati futuri, tanto da parte del reo che da parte di terzi (43). Un concetto gravido di premesse, declinato *in primis* secondo logiche intimidatorie; stante la debolezza degli apparati di sicurezza e controllo, « el recurso al miedo como táctica de gobierno era una tentación invencible » (44).

Così, purgata la provincia dai malvagi e allontanata la vendetta

(40) C. DE PASCALE, *Giustizia*, Bologna, il Mulino, 2010, pp. 60-61.

(41) H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione*, II, Bologna, il Mulino, 2010, pp. 133-134 e 274; M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, Jaca book, 1986, pp. 250-253. Due scritti, in particolare, segnano l'apologia della violenza di Stato: *Sull'autorità secolare, fino a che punto le si debba ubbidienza* (1523) e *Se anche le genti di guerra possono giungere alla beatitudine* (1526). Non stupisce che proprio Carpov dedichi ampio spazio a questo aspetto; il Giurista ricorda Ez 33, 48, lì dove il Signore stabilisce castighi esemplari contro le adultere, al fine di ammonire le donne oneste. Cfr. CARPZOV, *Practica*, pars III, q. CI, n. 16-17, p. 3.

(42) Nella politica, tramite il Machiavellismo: S. ZEPPI, *Studi su Machiavelli pensatore*, Milano, Cesviet, 1976. Nella teologia, tramite Baio e il Giansenismo: H. DE LUBAC, *Agostinismo e teologia moderna*, Bologna, il Mulino, 1968. La deterrenza prevale sulle altre *causæ puniendi* secondo C. CALISSE, *Storia del diritto penale italiano dal secolo VI al XIX*, Firenze, Barbera, 1895, pp. 173-178.

(43) « Castigare noxam oportet, non ob præteritum delictum, cum id corrigi nequeat, sed ne iterum peccet: tum ne ipsius exemplo cæteri quoque peccent. Quod fit, si crimina non puniantur: facilitas veniæ, incentivum tribuit delinquendi [...] si ea quæ male usurpantur, omittimus, excessus viam alij aperuimus [...] Punienda ergo sunt maleficia, ut unius poena metus possit esse multorum »: DE DAMHOUDER, *Praxis*, cit., proemium, nn. 6-9, fol. 1v. Cfr. FARINACCI, *Praxis*, cit., pars I, t. I, q. XVII, n. 3, p. 222. La formula è tratta delle *Leggi* di Platone, come ricorda P. FOLLERIO, *Canonica Criminalis Praxis*, Venetiis, 1570, pars II, cap. 33, n. 10, p. 267. I passi citati dimostrano come essa si diffonda ben prima del riformismo settecentesco, diversamente da quanto sostiene J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2000, p. 281.

(44) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal de la monarquía absoluta*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 357.

divina, le istituzioni assicurano che la « publica lætitia » non sia turbata ⁽⁴⁵⁾. « Exempli dandi ratio haud exigua est, ut mali deterreantur ab improbitate, et boni sint in virtute constantes », sostiene il cattolico Damhouder; « mali per severas minas ab inobedientiam deterreantur », ribadisce il luterano Carpsov ⁽⁴⁶⁾. Pertanto, « in pœnis dictandi non modo delinquentis personam ac corpus esse considerandum, sed ipsum παράδειγμα, quo alii meliores reddantur, et a criminibus deterreantur » ⁽⁴⁷⁾.

La pena come παράδειγμα, una lezione per tutti ⁽⁴⁸⁾: perciò si consiglia un'esecuzione pubblica, immediata e sul luogo del delitto ⁽⁴⁹⁾. Ciò può condurre ad esiti estremi, ritenuti tuttavia molto istruttivi per la folla: come in caso di bestialità, laddove il reo è bruciato insieme all'animale ⁽⁵⁰⁾. Si spiega così l'*escalation* della pena di morte, corollario di un penale che forgia l'obbedienza politica e confessionale ⁽⁵¹⁾. Lesa maestà ed eresia sono lo spettro da esorciz-

⁽⁴⁵⁾ L'argomento della *lætitia*, adoperato già da Baldo, è tratto da C.1.4.3.1. Lo invocano T. GRAMMATICO, *Decisiones*, Venetiis, 1551, dec. XXXVI, n. 1, fol. 45r; CARPZOV, *Practica*, cit., pars III, q. CI, n. 7, p. 2. L'assonanza rispetto alla *pax civitatis* non tragga in inganno: questo penale non si contenta della mediazione tra parti, non cerca più la mera restaurazione dell'equilibrio sociale. I fini di un tempo vengono intrecciati in un ordito complesso, dove le ragioni dell'ordine pubblico assumono inedita rilevanza e la felicità aristotelica è declinata secondo una sensibilità moderna.

⁽⁴⁶⁾ DE DAMHOUDER, *Praxis*, cit., cap. CLV, n. 22, fol. 172r; CARPZOV, *Practica*, cit., pars III, q. CI, n. 2, p. 1.

⁽⁴⁷⁾ CARPZOV, *Practica*, cit., pars III, q. CI, n. 18, p. 3.

⁽⁴⁸⁾ GRÉGOIRE, *Syntagma*, cit., pars III, lib. XXXI, cap. II, n. 11, p. 225.

⁽⁴⁹⁾ « Ut cæteri ad ipsum reum punitum intuentes absteineat se a delictis »: MARSILI, *Repetitiones*, cit., rip. *legis unicæ C. de raptu virginum*, nn. 141 e 143, foll. 89v-90r.

⁽⁵⁰⁾ « Si homo se cum bestia carnaliter commiscuisset, tunc propter detestationem criminis, et ad terrorem aliorum, si homo esset propterea suspendendus, vel combutendus, pariter facerem ipsum animal irrationale cum ipso homine suspendi aut comburi »: G. CLARO, *Practica criminalis*, par. *Finalis*, q. XCIX, n. 8, in Id., *Series tractatum*, Venetiis, 1614, fol. 365r. La pratica trovava esplicito riscontro nella *lex canonica* (*Decr.* C.15, q.I, c.4) ed in quella *divina* (Lv XX, 15). La stessa logica spinge a distruggere le case dove sono stati commessi i crimini « in exemplarem et graviorem pœnam, et detestationem delicti »: GRÉGOIRE, *Syntagma*, cit., pars III, lib. XXXI, cap. II, n. 12, p. 225.

⁽⁵¹⁾ M. SBRICCOLI, *Crimen læsæ maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974. In Italia, il ricorso al

zare, anche tramite l'esperazione del supplizio e l'oltraggio al cadavere ⁽⁵²⁾.

Scelte di politica criminale dettate da esigenze più o meno contingenti: talora affidate all'*arbitrium* del giudice in sede d'irrogazione; più spesso operate a monte, in quella selva di prammatiche che cercano di affrontare l'emergenza. Nella *decisio XXXVI*, Grammatico teorizza questo potere in modo brillante. Se è vero che al giudice è accordato tale arbitrio « ut possit in delictis gravibus usque ad mortem extendere », a maggior ragione il Viceré è legittimato ad emanare bandi che inaspriscano la pena « ob frequentiam delictorum »: agisce in nome della Maestà Cattolica ed è noto che nel principe « omnis poena est arbitraria ». Se dunque, in astratto, « officiales ex causa possint facere statuta contra ius commune », nel caso di specie l'opportunità d'imporre procedure e sanzioni più rigorose sembra indiscutibile. « Breve tempore duorum mensium et

patibolo si fa più frequente sin dal Trecento: lo *ius gladii* appare un formidabile strumento per affermare poteri politici di discutibile legittimità. L'Europa moderna, attraversata da tensioni politiche, religiose e sociali, scorge nel boia l'infamia e la salvezza; Lutero stesso ne tesse le lodi. I giuristi considerano l'estremo supplizio uno strumento inevitabile, con la coraggiosa parziale eccezione di A. ALCIATO, *De verborum significatione*, v. *Capitalis poena*, in Id., *Opera omnia*, Lugduni, 1559, III, fol. 243: « At hodie in penis mera carnificina est, et per leges municipales vel strangulantur, vel decollantur, vel exuruntur, vel mutilantur rei: qui si in opus publicum damnarentur, et perpetuam poenam subirent, idcirco acriorem, et maiori cæteris exemplo essent, publicæ utilitatem aliquam afferentur ». Nel suggerire i lavori forzati perpetui, l'Autore si appella alla scarsa deterrenza della pena capitale, ribaltando un luogo comune. L'argomento tornerà in Beccaria: lungi dal celebrare forzati precorrimenti, ci limitiamo a sottolineare l'originalità di Alciato che, peraltro, poteva già scorgere nella prassi la diffusione della *damnatio in metallum* e delle triremi.

⁽⁵²⁾ La pena di morte poteva essere aggravata strascinando il reo o tormentandolo con tenaglie arroventate. Una volta deceduto, poteva essere sottoposto allo squartamento: le parti venivano esposte agli angoli della città. Diversamente da quanto accadeva in Italia, dove la pietà religiosa si curava della sepoltura, « in Francia e in Spagna i corpi venivano lasciati esposti al pubblico per ordine dei giudici, affinché con la loro presenza terrorizzassero le popolazioni e mantenessero vivo l'orrore e la detestazione dei fatti »: A. PROSPERI, *Delitto e perdono. La pena di morte nell'orizzonte mentale dell'Europa cristiana*, Torino, Einaudi, 2013, p. 464. Nel sec. XVI si diffonde l'uso di giudicare i reati atrocissimi anche *post mortem*, eseguendo la condanna sul cadavere: A. ERRERA, *Ac si vivus esset. Sanzione penale e morte del reo nell'esperienza del diritto comune*, in *A Ennio Cortese*, a cura di I. Birocchi, M. Caravale, E. Conte, U. Petronio, Roma, Il Cigno, 2001, I, pp. 564-566.

minus fuerunt aggressæ et scalatæ viginti quator pene domus, non absque aliquibus monasterijs»: crimine che avviene perlopiù di notte e suscita allarme. Una diffusa sensazione d'insicurezza attraversa questi secoli⁽⁵³⁾; ormai intollerabile, questo attentato alla pudicizia giustifica l'esecuzione immediata, sul posto, « absque aliquo processu, aut actis, seu solemnitate ». Decapitazione per i nobili, forca per i popolani: « iuris terminos excendendo », il bando mira « potius ad terrorem, quam ad valorem », mentre la stessa « ultionem » appare come obiettivo secondario. La conclusione è netta: « ob delictorum frequentiam, et pariter enormitatem iura transgredi liceat, et gravius delicta puniantur »⁽⁵⁴⁾.

Castighi esemplari, spettacolarizzazione, pene infamanti⁽⁵⁵⁾: le istituzioni dichiarano guerra ai disobbedienti. Eppure è proprio questa logica intimidatoria a far sì che « selezionati i casi [...] politicamente o socialmente significativi [...] un uso duttile dello

⁽⁵³⁾ Si pensi alla piaga del banditismo, che lo Stato affronta ricorrendo all'*arbitrium in procedendo* ed *in puniendo*: L. LACCHÈ, *Latrocinium. Giustizia, scienza penale e repressione del banditismo in Antico Regime*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 32-49 e 205-283.

⁽⁵⁴⁾ GRAMMATICO, *Decisiones*, cit., dec. XXXVI, foll. 45r-46r. Il bando venne pubblicato nel 1542 per volontà di Pedro de Toledo: P. GIANNONE, *Storia civile del Regno di Napoli*, Milano, 1846, IV, lib. XXXII, cap. I, p. 526. Il Viceré fu protagonista di un accentramento vigoroso e contestatissimo: la riflessione sorge in un contesto politico stimolante. Cfr. A. CERNIGLIARO, *Patriæ leges, privatæ rationes. Profili giuridico istituzionali del Cinquecento napoletano*, Napoli, Jovene, 1988, pp. 71-234. La stretta non produsse frutti duraturi, se già nel 1560 il Duca d'Alcalà emanò una nuova *pragmatica de schalis*: *Nuova collezione delle prammatiche del Regno di Napoli*, XIV, Napoli, 1805, tit. CCLXI, pragm. I, p. 30. Connivenze, indulgenze, intimidazione e inefficacia sono gli ingredienti di una vicenda che può dirsi paradigmatica.

⁽⁵⁵⁾ Il mondo si apre a nuovi orizzonti geografici ma la città moderna costituisce ancora una *face to face society* dominata dalla cultura della vergogna. In tale ambiente, l'onore resta un bene prezioso: marchio, gogna, *chivari* e pittura infamante sono sanzioni temute. Nel Medioevo davano voce al disprezzo della comunità e, talora, sfuggivano perfino al controllo pubblico. In Età moderna lo Stato è sempre più regista di tali spettacoli. Umiliare senza uccidere significa lanciare un monito perpetuo: come un paria, l'infame circola tra la folla rievocando l'esecrabilità della condotta e l'indegnità della persona. Cfr. F. MIGLIORINO, *Fama e infamia. Problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli XII e XIII*, Catania, Giannotta, 1985; G. TODESCHINI, *Visibilmente crudeli. Malviventi, persone sospette e gente qualunque dal Medioevo all'Età moderna*, Bologna, il Mulino, 2007.

strumento giustizia si sarebbe applicato per la restante, vasta sfera della penalità » (56). Il castigo può esser crudo, se occorre sedare lo scandalo e ribadire l'autorità, ma non è inesorabile. Inoltre, anche quando l'emergenza altera la valutazione aritmetica del delitto, non si può dire che l'inasprimento sia privo di *causa* (57); né che, almeno in teoria, evaporino qualsiasi anelito alla proporzione: infatti « *pœnæ hæc exemplaris maior est, non absolute tamen, sed ratione delicti, cui imponitur* » (58).

Che l'etichetta commutativa fosse obsoleta appariva chiaro da tempo (59). Il penale egemonico, ormai consolidato, reca con sé nuovi criteri, irriducibili ad una logica orizzontale. Se da un lato la pena esorbita il disvalore del crimine, dall'altro si levano voci favorevoli al monopolio statale della violenza. Due fattori che attraggono, inevitabilmente, la *iustitia vindicativa* nel campo della *distributiva*. Di natura squisitamente pubblicistica, essa si regge sulla proporzione geometrica, che moltiplica gli effetti rispetto alla misura della condotta. Non sarebbe opportuno applicare ai malvagi la stessa regola con cui il Principe elargisce onori ai virtuosi? Se Vitoria sfiora la questione (60) e Melantone sembra confondersi (61), Soto l'af-

(56) G. ALESSI, *Il processo penale. Un profilo storico*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 99.

(57) Perché in ogni caso « *pertineat ad favorem reipublicæ punire maleficia, ad hoc ut provincia purgetur malis hominibus* »: E. BOSSI, *Tractatus varii*, Venetiis, 1562, fol. 279v. Ad esempio, « *abigeos durissime puniendos, non ubique tamen, sed ubi frequentius est id genus maleficiis* »: GRÉGOIRE, *Syntagma*, cit., pars III, lib. XXXI, cap. II, n. 11, p. 225.

(58) « *Nec putandum est, eam mortem semper habere: quamvis et in ea etiam, et in modo inferendi supplicij sit paradeigma* »: GRÉGOIRE, *ibidem*.

(59) Già nella prima metà del Trecento pittori e moralisti esprimono, da profani, la natura non commutativa del penale: M. SBRICCOLI, *La benda della Giustizia. Iconografia, diritto e leggi penale dal Medioevo all'Età moderna*, in Id., *Storia*, cit., pp. 176-178.

(60) La qualificazione della pena, pur prospettata come problema, viene presto ridimensionata dal Domenicano, che limita la sua analisi al castigo divino. Quanto alla misura, esso ha natura distributiva perché « *nulla servatur equalitas* »: e, tuttavia, segue la « *rationem commutativæ iustitiæ* » in relazione all'identità del destinatario e alla legge violata. In questo, de Vitoria si discosta apertamente da Tommaso, che aveva considerato la pena divina un esempio di commutazione. F. DE VITORIA, *Scholia in secunda secundæ Sancti Thomæ de Aquino*, Biblioteca general histórica de la Universidad de Salamanca, ms. 43, q. 61, art. 4, fol. 246r.

fronta sul serio: ma il suo tomismo impedisce un esito innovativo ⁽⁶²⁾.

Più dirompente Bodin, che accosta le pene ai premi e cioè all'oggetto della giustizia distributiva. La pubblica prosperità dipende dalla saggia distribuzione di entrambi da parte dell'autorità: senza, lo Stato è destinato al collasso ⁽⁶³⁾. Con un'aspra invettiva, il teorico della sovranità demolisce la qualificazione commutativa del penale: tesi assurda, che testimonia come Aristotele non avesse minima pratica di leggi e tribunali. Nella proporzione aritmetica « il n'y a distinction ny du lieu, ny de la qualité des personnes, ny de l'aage, ny du sexe, ny du temps »: non considerando « que le forfait est trop frequent » e non valutando il « mauvais exemple et scandale », essa è incapace di produrre un'efficace deterrenza. « Mais comment seroit la forme egale à tous pieds, s'ils ne sont tous de mesme grosseur, grandeur or largeur? [...] Toutes ces circonstances, et un

⁽⁶¹⁾ In un primo momento riconduce il penale alla giustizia commutativa, assieme ai contratti. Poche pagine dopo, però, le pene si affiancano ai premi come oggetto della giustizia distributiva: F. MELANCHTHON, *Moralis philosophiæ epitome*, Lugduni, 1542, pp. 60 e 62.

⁽⁶²⁾ Soto sa bene che i supplizi non sempre si limitano « ad æqualitatem sceleris », ma che talora « habeant imaginem distributivæ, quod nequiores acrius puniuntur ». D'altro canto, è suo interesse affermare « quod soli principi incumbit pœnas exigere pro culpis, quod specimen gerit distributivæ iustitiæ ». A fronte dell'opinione tradizionale, è possibile una nuova qualificazione della « iustitia vindicativa »? L'imbarazzo è evidente. Il Teologo ricorda come, nell'*Etica nicomachea*, giustizia commutativa e distributiva costituissero due specie di giustizia particolare: entrambe, cioè, ordinate alle persone private. Esiste, però, un'altra forma di giustizia, operante su un piano qualitativamente diverso: la giustizia legale, ordinata al bene comune. Così, il Castigliano escogita una soluzione. « Bifariam contemplari posse iustitiam vindicativam: uno videlicet modo quatenus ad publicam iustitiam pertinet quæ cives ordinat in bonum commune. Et hac ratione actus est a commutativa iustitia elicitus: imperatus autem a iustitia legali, quæ est in principe, eiusque ministris. Iudex enim non tantum accusante reo, verum ex proprio officio ob tranquillitatem reipublicæ crimina ulciscitur. Aio autem esse hoc munus iustitiæ commutativæ, propterea quod nulla sit ibi bonorum distributio: nec proprie malorum [...] respublica per ultionem æqualem crimini, et reddit malefactori quodammodo æquale, et suum recuperat honorem, quæ vera est iustitiæ commutatio ». Con tale qualificazione ibrida, il Domenicano salva (a fatica) la vecchia etichetta, ma chiarisce che tale giustizia « nisi per publicam potestatem exequi nequeat »: è questo, in fondo, il risultato che più gli preme. D. DE SOTO, *De iustitia et iure*, Lugduni, 1582, lib. III, q. V, art. I, foll. 85-86v.

⁽⁶³⁾ J. BODIN, *Les six livres de la Republique*, Paris, 1578, lib. V, cap. IV, p. 535.

million d'autres semblables, ne se peuvent tailler à une forme, suivant l'égalité inegale de la iustice arithmetique » (64). Per ottenere una risposta sanzionatoria elastica, capace di adeguarsi ai tempi, agli umori, agli *status*, alle situazioni, l'ideale sarebbe osservare la proporzione armoniosa, via media tra quella aritmetica e quella geometrica. Nondimeno, Bodin ritiene sufficiente anche quest'ultima (65).

Il dibattito filosofico è elevato ma non manca di suscitare l'attenzione di qualche giurista. Anzi, è interessante notare come sia evocato da Grammatico, un pratico non privo di interessi umanistici. Richiamando l'insegnamento di Solone, il giudice della Vicaria precede Bodin nell'esaltare l'importanza di premi e pene per la *Respublica* (66). In pieno Seicento, Carpzov e Matthes raccoglieranno i frutti di tali riflessioni, non esitando a definire distributiva la giustizia penale e ad invocare la proporzione geometrica (67).

(64) Ivi, lib. VI, cap. VI, pp. 756-757 e 761-762.

(65) Ivi, lib. VI, cap. VI, p. 756. Cfr. D. MAROCCO STUARDI, *La teoria della giustizia armonica nella République*, in « Pensiero politico », XIV (1981), pp. 134-144; D. QUAGLIONI, *Il problema penale nella République di Jean Bodin*, in *Individualismo Assolutismo Democrazia*, a cura di V. Dini, D. Taranto, Napoli, ESI, 1992, pp. 13-26.

(66) « Solon ex septem sapientibus unus putavit Rempublicam duobus contineri, videlicet præmio, et pœna »: GRAMMATICO, *Decisiones*, cit., dec. XXXVI, n. 1, fol. 45r. Annotazione breve, ma messa in risalto come per fornire una chiave ermeneutica; l'argomento è tratto dalle *Epistolæ ad Brutum* di Cicerone.

(67) « Nisi enim per justitiam distributivam præmia bonis, pœnæ malis ac facinorosis irrogentur: Leges in extremum deducuntur contemptum, ac consequentia necessaria Respublica pessum ire cogitur »: CARPZOV, *Practica*, cit., pars III, q. CI, n. 2, p. 1. Da segnalare l'emblematica posizione di Matthes. L'Olandese parte con un pregiudizio: difendere Aristotele e condannare Bodin. Sembra però non aver letto l'*Etica*, o averla quantomeno fraintesa, laddove afferma: « probata est Aristotelis doctrina; qui in commutationibus quidem proportionem Arithmeticam, in pœnis præmii-sque distribuendis Geometricam jussit observari ». Come già visto, invece, Aristotele aveva collocato le pene nell'ambito della commutazione e della proporzione aritmetica! Prosegue Matthes: « A qua Aristotelis doctrina licet recedat Bodinus, tertiamque proportionis speciem, ex Arithmetica et geometrica mista, quam Harmonicam vocat, observari velit, non tamen video ullam validiorem rationem, quæ nos a philosophorum principe, atque ab antiquitatis consensu discedere cogat ». La difesa di (un presunto) Aristotele va avanti, fondandosi su un argomento assai poco aristotelico, ma evidentemente caro alla sensibilità moderna dell'Autore: aderire alla proporzione armonica significa lasciare troppo spazio all'arbitrio del giudice, mortificando la legge. « Non enim

Presumibilmente, la prassi rimane aliena dall'astrusa matematica proposta dai filosofi: è difficile pensare che giudici e legislatori, nel fissare la pena, tenessero conto dei rapporti di proporzione aritmetica, armonica o geometrica. La discussione, tuttavia, resta importante perché riflette la mutazione genetica dello *ius criminale*: trasformazione in parte già compiuta tra XIII e XV secolo, alla quale però anche teologi, filosofi e *politiques* del Cinquecento intendono contribuire con le loro concettualizzazioni.

3. Κόλασις: la pena come medicina.

C'è poi un altro fine da perseguire tramite la pena, forse il più ambizioso: quello di emendare il reo. Sotto questa luce, essa va definita κόλασις: così suggerisce Grégoire, che pone tale obiettivo al di sopra di ogni altro. « Pœna est quædam ad emendandum homines inducta, qua tentant nomothetæ meliores reddere »: carica di valenza pedagogica, diviene « publica admonitio », una « correctio » dettata « eius gratia, qui patitur »⁽⁶⁸⁾. Riportare il reo sulla retta via: risultato possibile, se si accede a un'antropologia positiva o moderata e si ammette il libero arbitrio.

Ma se il reo può guarire dal male morale, allora la pena è davvero la medicina dell'anima⁽⁶⁹⁾. La similitudine tra giudice e

ita pœnas in arbitrio iudicis esse volumus, ut sine legibus manu omnia gubernet ». Confutato Bodin, Matthes cerca di limitare anche (il presunto) Aristotele. « Neque hæc nostra sententia est, in distributionibus pœnarum semper et omni casu observandam proportionem Geometricam; sed dominari in distributionibus Geometricam, in commutationibus Arithmeticam [...] In publicis quoque criminibus vindicandis geometricam proportionem plerunque sequimur; interdum sane Arithmeticam ». Partito da una professione di aristotelismo, l'Olandese conclude con una soluzione ibrida, paradossalmente più vicina a quella di Bodin che non a quella (autentica) dello Stagirita. A. MATTHES, *De criminibus*, Antwerpiae, 1761, lib. XLVIII, tit. XVIII, cap. IV, n. 7, p. 610.

⁽⁶⁸⁾ GRÉGOIRE, *Syntagma*, cit., pars III, lib. XXXI, cap. II, nn. 2-3 e 7, pp. 224-225. Determinante l'insegnamento di PSEUDO-ARISTOTELE, *Rhetoricorum libri*, Basileæ, 1545, trad. lat. di E. Barbaro, lib. I, cap. XXIX, p. 263: « Differt autem ab animadversione vindicta, quod animadversio ('κόλασις') constituitur gratia eius in quem animadvertendum est: vindicta ('τιμωρία') vero gratia eius qui vindictam infert, videlicet ad explendam libidinem ulciscensis ».

⁽⁶⁹⁾ « Delictorum punitio iniquitatis et malorum medicina est »: FARINACCI, *Praxis*, cit., pars I, t. I, q. XVII, n. 3, p. 222.

medico è frequente e istruttiva ⁽⁷⁰⁾. « Sicuti Medico indecora sunt multa funera, meliorque censetur, qui morbum excludit et prohibet, quam qui pharmacis expellit acceptum; ita multo præstabilius est efficere, ne facinora perpetrentur, quam si patrata condignis puniantur suppliciis » ⁽⁷¹⁾. Nemmeno la legge migliore, tuttavia, può scongiurare il crimine una volta per tutte. Di fronte ad esso non bisogna ricorrere subito a soluzioni drastiche: è necessario tentare la redenzione, proprio come un buon medico non nega la cura perfino ai pazienti più disperati ⁽⁷²⁾. Come non c'è terapia efficace per ogni malato, così la ricetta del giudice non può essere uguale per ogni malfattore. Di solito, conviene usare metodi persuasivi nel procedere e carità nel punire ⁽⁷³⁾: di fronte all'ostinazione del reo, però, giova

⁽⁷⁰⁾ Il parallelo tra giurisprudenza e medicina, caro agli umanisti Salutati e Tiraqueau, ha alle spalle una tradizione risalente: G. ROSSI, *Incunaboli della modernità. Scienza giuridica e cultura umanistica in André Tiraqueau*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 191-229. La metafora medicinale era diffusa nel Medioevo, con una differenza significativa. Per il canone *Ommes utriusque sexus* (X.5.38.12), giudice-medico per eccellenza era il confessore, chiamato a guarire i mali dell'anima. Medicina dei costumi era perciò la *Pœnitentia* sacramentale, concepita come tribunale di foro interno che emetteva sentenze di assoluzione (o ritenzione), obbligando il fedele contrito ad opere di soddisfazione. Nei Paesi cattolici tale dottrina è ribadita da *Concilio di Trento*, sess. XIV, capp. VI e VIII *de pœnitentia*. Nell'Europa protestante, invece, il Sacramento conosce una profonda destrutturazione, che dalla degiuridicizzazione luterana porta alla negazione calvinista: P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, il Mulino, 2000, pp. 251-258, 283-288 e 297-306.

⁽⁷¹⁾ CARPZOV, *Practica*, cit., pars III, q. CI, n. 1, p. 1. Un concetto già delineato da J. LIPS, *Politicoꝝ sive civilis doctrinæ*, Lugduni Batavorum, 1628, lib. II, cap. XIII, p. 83.

⁽⁷²⁾ « Et quamvis aliquando videatur reus incorrigibilis, et insanabilis: tamen remedia quædam et pœnas ordine servato imponi oportet, ut exploremus si forsân emendetur. Non secus quam in morbis desperatis medici, quamvis mortis proximæ præsentia cognoverint: tamen pharmaca propinare non omittunt ægrotis, et congrue medentur »: GRÉGOIRE, *Syntaxma*, cit., pars III, lib. XXXI, cap. II, n. 3, p. 224.

⁽⁷³⁾ « Æquitati in primis studendum est, præstatque mitiore pœna crimina punire, quam rigore extremo procedere. In morborum curatione, imo etiam in ipsa sanitatis conservatione medici statuunt omne nimium esse noxium. Sed in civilibus et criminalibus rigor iustitiæ formam eius, quod nimium dicitur, repræsentat. Esset igitur rigor formidandus in multis, nisi sicut extremis morbis extrema exquisite remedia optima sunt »: DE DAMHOUDER, *Praxis*, cit., cap. CLV, nn. 24-22, fol. 172r. « Plus erga corrigendos agat benevolentia, quam severitas, plus cohortatio, quam comminatio, plus

più la severità che la mitezza. Infine, « prout de membro putrido et insanabile, quod merito abscinditur a corpore », l'irriducibile va eliminato, cosicché il suo male non contagi tutto il popolo (74).

In quest'ottica, la pena diventa più sensibile al profilo soggettivo e alla capacità di ravvedimento che non al fatto in sé: la prospettiva cambia ma l'oggetto si conferma strumento duttile nelle mani del giudice. La *reiteratio* diviene un indicatore formidabile, capace di aggravare procedimento e sanzione. La regola « semel malus, semper præsumitur malus » etichetta il recidivo come malvagio e pericoloso: nei suoi confronti, l'ordinamento agirà in modo più energico (75). A tal proposito, i canonisti medievali avevano già formulato la dottrina dell'*incurregibilitas*: ancora in auge nelle corti ecclesiastiche, torna buona come modello per la giustizia secolare (76).

caritas, quam potestas, cum nemo nostrum sine reprehensione et sine peccato vivat »: FARINACCI, *Praxis*, cit., pars I, t. I, q. XVII, n. 4, pp. 222-223.

(74) DE CASTRO, *De potestate*, cit., fol. 56r. « Summa pietas est in delinquente sævire: quia cum uni indulgetur indigno, ad prolapsionis contagium provocantur universi »: FARINACCI, *Praxis*, cit., pars I, t. I, q. XVII, n. 3, p. 222. « Alioquin enim societas hominum ulla vix consistere poterit, nisi corrupti mores emendentur. Ex quibus paulatim tabe infecta, necessarium est, ut tandem intereat, nisi celeriter ab initio subveniatur: ut in morbis corporis accidit [...] Et mors, ubi desperatio emendationis est, infligitur. Atque necessarium est ferro abscindi vulnera, quæ fomentorum non sentiunt medicinam: ut vulgare axioma medicorum est, extremis morbis extrema esse remedia adhibenda »: GRÉGOIRE, *Syntagma*, cit., pars III, lib. XXXI, cap. II, nn. 3-4, p. 224. Persiste la metafora organicista, tipica del costituzionalismo medievale: G. BRIGUGLIA, *Il corpo vivente dello Stato. Una metafora politica*, Milano, Mondadori, 2006, pp. 15-76.

(75) La regola opera « dummodo simus in eodem, vel simili genere mali, secus in diverso »: emerge un chiaro nesso con la categoria morale del vizio: FARINACCI, *Praxis*, cit., pars I, t. I, q. XXIII, nn. 20-32, pp. 298-300. Cfr. B. DURAND, *Arbitraire du juge et consuetudo delinquendi: la doctrine pénale en Europe du XVI au XVIII siècle*, Montpellier, Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, 1993.

(76) Quando si dispera dell'emenda, tutelare la comunità dallo scandalo diventa un obiettivo prioritario; regola cardine è *Decr. C.23, q.IV, c.32. Incurregibilis* è chi, subito l'anatema, persevera nell'impenitenza; ma anche chi — già condannato, pentito, assolto e magari dispensato — ricade nello stesso crimine: N. DE' TEDESCHI, *Commentaria*, Venetiis, 1588, III, *super prima Secundi libri Decretalium*, rub. *De iudicijs*, c. *Cum non ab homine*, n. 27, fol. 37v. Tra i canonisti, riecheggiano i versi di Pv 26, 11: « Sicut canis, qui revertitur ad vomitum suum, sic stultus, qui iterat stultitiam suam ». Tali principi sono ancora applicati dalla canonistica cinquecentesca, specie in caso di eresia o concubinato. Specularmente, « princeps si semel delinquenti indulgeret, facinoroso

Ma il superamento del paradigma retributivo trova ulteriore riscontro nell'indagine più sottile della psicologia del reo. Una *culpa* attenuata non significa solo minor repressibilità del *crimen*, degradandolo ad una sorta di peccato veniale, ma comporta anche minori esigenze correzionali. L'*arbitrium iudicis* suggerirà l'opportunità di ridurre o finanche escludere la pena, appellandosi a quelle *causæ mitigationis* che la criminalistica eredita dall'etica classica e dalla teologia morale. Il tema entra prepotentemente nel dibattito giuridico col *De pœnis temperandis* di Tiraqueau (1559), sintesi esemplare di erudizione culta e concretezza ⁽⁷⁷⁾.

Anche la vocazione medicinale, a ben vedere, non costituisce una novità cinquecentesca. I criminalisti fondano il rapporto tra *pœna* e *medicina* su C.9.15.1: appiglio poco calzante, perché la costituzione si limitava ad accordare agli adulti la *potestas corrigendi* sui minori, limitando la cognizione dei giudici ⁽⁷⁸⁾. Con gli strumenti della dialettica, però, se ne poteva inferire una *regula* valida per casi simili; e il popolo, in fondo, versa in condizione di perpetua minorità. Estrapolati dal proprio contesto, alcuni passaggi della disposizione erano già stati ripresi dalla gl. *Pœna* ad X.3.1.13. Si tratta di un testo importante: fissa la metafora medicinale; puntualizza che in casi estremi « *necesse est ut ferro abscindantur vulnera* »; soprattutto — con la formula « *docendus est populus* » — esplicita una chiara finalità pedagogica, poiché sostituisce, rispetto alla disposizione del *Codex*, i fedeli ai minori e l'istituzione ecclesiastica ai *seniores* ⁽⁷⁹⁾. È evidente che, quando parlano di *emendatio*, i giuristi

autem habenti in consuetudine, minime parcere debet»: T. GRAMMATICO, *Consilia*, Venetiis, 1555, vot. XVII, n. 10, fol. 149v.

⁽⁷⁷⁾ Tiraqueau si destreggia tra le allegazioni propriamente giuridiche e quelle filosofiche. Platone (*Leggi e Repubblica*) è la fonte per eccellenza; ma anche Aristotele, Cicerone, Seneca e Tommaso trovano spazio in un'opera destinata ad incidere. Cfr. ROSSI, *Incunaboli*, cit., pp. 232-284.

⁽⁷⁸⁾ C.9.15.1: « *In corrigendis minoribus pro qualitate delicti senioribus propinquis tribuimus potestatem, ut, quos ad vitæ decora domesticæ laudis exempla non provocant, saltem correctionis medicina compellat* ». Cfr. DE DAMHOUDER, *Praxis*, cit., proemium, n. 10, fol. 1v; FARINACCI, *Praxis*, cit., pars I, t. I, q. XVII, n. 3, p. 222.

⁽⁷⁹⁾ La glossa, poi, accede a un canone del Lateranense IV di particolare rilevanza: nel riformare i costumi dei chierici, ci si scaglia contro chi indulge al vizio della libidine. Non solo si ribadisce il castigo divino ma si assicura la severità della pena

dei secoli XVI-XVII hanno in mente il modello della pena canonica⁽⁸⁰⁾. Un'elaborazione medievale che resta attuale in età tridentina, col rinnovato attivismo di tribunali ecclesiastici che irrogano *pœnæ medicinales* e successive *pœnitentiæ*. Ma limitarne l'importanza alla giustizia spirituale sembra ormai riduttivo ed, anzi, la principale novità sta proprio nella progressiva secolarizzazione dell'idea di *correctio*. È un segno dei tempi: lo Stato contende il pastorale alla Chiesa e si propone come legittimo educatore dei sudditi⁽⁸¹⁾.

Emblematica la progressiva diffusione del carcere. Nel Medioevo, il diritto canonico riconosceva nella detenzione una penitenza, temporanea o perpetua; nel rigore del chiostro, i consacrati avevano tempo di emendarsi scontando privazioni più o meno dure e recitando orazioni. Gli ordinamenti laici, da parte loro, attribuivano al carcere una mera funzione cautelare. Solo durante l'Età moderna nascono i primi penitenziari di Stato, spesso finalizzati ad emendare — e magari reinserire — adultere e prostitute⁽⁸²⁾. Simili

umana, che tuttavia sarà moderata in base alla gravità della trasgressione. X.3.1.13: « Prout magis aut minus peccaverint, puniantur [...] ut quos divinus timor a malo non revocat, temporali saltem pœna cohibet a peccato ». Una norma di spessore che, sommata alla sua glossa, costituisce il caleidoscopio in cui si riflettono tutte le diverse *causæ puniendi*.

⁽⁸⁰⁾ Per intuirne l'ispirazione canonica, basta esaminare la κόλασις di GRÉGOIRE, *Syntagma*, cit., pars III, lib. XXXI, cap. II, n. 1, p. 223. La *correctio* è stata sempre un cardine del penale canonico: già *dictum post Decr.* C.12, q.II, c.11, in nome della *salus animæ*, contrappone l'« ecclesiastica mansuetudine » alla « legum severitate ». Risuona l'eco di Ez 33, 11: « Vivo ego, dicit Dominus Deus; nolo mortem impij, sed ut revertatur impius a via sua et vivat ». Cfr. D. SCHIAPPOLI, *Diritto penale canonico*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, I, Milano, Società editrice libraria, 1905, pp. 761-784.

⁽⁸¹⁾ « Con l'assimilazione all'interno della monarchia, nella nuova ideologia della sovranità, dei concetti di auctoritas e di potestas che erano alla base dell'ambigua distinzione tra le due sfere, quella religiosa e quella politica [...] 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 »: P. PRODI, *Sul concetto di secolarizzazione*, in *Le secolarizzazioni nel Sacro Romano Impero e negli antichi Stati italiani: premesse, confronti, conseguenze*, a cura di C. Donati, H. Flachenecker, Bologna, il Mulino, 2005, p. 329.

⁽⁸²⁾ In generale, la detenzione diviene frequente per tutti quei devianti che lo Stato moderno intende disciplinare; ma bisognerà aspettare l'Ottocento ed il declino delle pene corporali per assistere al trionfo del carcere-pena. Cfr. R. DE NOTARISTEFANI,

considerazioni possono essere svolte in merito all'*amende honorable* che riflette, tramite una colpevolizzazione laica, il lento passaggio verso la *guilt culture* ⁽⁸³⁾. La pedagogia, argomento cruciale nella riflessione umanistica, diventa così una questione di Stato.

Un traguardo raggiungibile per strade diverse, ma convergenti. L'aristotelismo scolastico, ad esempio, postulava leggi non limitate a garantire la pace interna ma votate a promuovere le virtù: in quest'ottica *pœnæ medicinæ sunt* ⁽⁸⁴⁾. « Multitudo enim necessitati potius, quam rationi, et pœnis, quam honestati paret. Idcirco sunt, qui legumatores oportere censent ad virtutem invitare, ac provocare honestatis gratia, propterea quod ii, qui probi sunt, ob consuetudinem præcipue obtemperabunt. Adversus autem inobedientes, et

Penitenziari (sistemi), in *Il digesto italiano*, XVIII, parte II, Torino, UTET, 1910, pp. 14-16; N. SARTI, *Appunti su carcere-custodia e carcere-pena nella dottrina civilistica dei secoli XII-XVI*, in « Rivista di Storia del Diritto Italiano », LIII-LIV (1980-1981), pp. 67-110.

⁽⁸³⁾ GRÉGOIRE, *Syntagme*, cit., pars III, lib. XXXI, cap. II, n. 9, p. 225 mette in luce l'aspetto riparatorio dell'*amende honorable*, riconducendola alla τιμωρία. Essa è finalizzata « ad solatium eorum, qui crimine læsi sunt » perché soddisfa l'onore violato tramite una dichiarazione pubblica. Il rito, però, si colora di sfumature moralistiche, come in un caso di adulterio giudicato a Parigi (1552): « 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 al marito): J. PAPON, *Recueil d'arrests*, Pont a Mousson, 1558, lib. XXII, tit. IX, arr. II, p. 1260. Evidenti analogie legano questa sanzione alla *pœnitentia* canonica per i peccati manifesti, cui s'aggiunge un riferimento alla figura del sovrano. Non stupisce che l'istituto fiorisca in quella Francia che, sin dal Trecento, aveva esaltato la sacralità del monarca. Qui, ai condannati a morte era negata la *confession* sacramentale ed imposta un'*aveu* davanti al boia. Per tutta l'Età moderna, l'*amende honorable* è praticata anche da quanti, destinati al supplizio capitale, intendono professare *in extremis* fedeltà alle istituzioni: il criminale politico si ritrova assimilato all'eretico in una sorta di abiura laica. Simili sviluppi anche nei Paesi Bassi e in Inghilterra: PROSPERI, *Delitto*, cit., pp. 61-64 e 500-502.

⁽⁸⁴⁾ ARISTOTELE, *Ethicorum*, cit., I, lib. II, cap. 3, p. 71 (la definizione è ricordata da FARINACCI, *Praxis*, cit., pars I, t. I, q. XVII, n. 3, p. 222).

hebetiores ingenio, castigationes, pœnasque instituere. At eos, qui curari, ac emendari nequeunt, extrudere, atque exterminare » (85).

Sotto questo aspetto, tuttavia, il platonismo rinascimentale è ancor più determinante (86): l'Ateniese aveva sostenuto una rigorosa teoria medicinale, mezzo indispensabile per la sua Repubblica ideale. « Nonne igitur et medicinam qualem diximus, una cum huiusmodi iudiciaria æquitate in civitate constitues, quæ quidem eos cives qui natura, tum animo, tum corpore bene se habent, curabunt: eos vero, qui non sunt eiusmodi corpore præditi, mori sinant: qui vero malo ingenio procreati, insanabiles sunt, morte mulctent » (87).

La cultura moderna, non scevra da suggestioni millenariste, è terribilmente attratta dal sogno di una città perfetta. Su questa scia si muovono *L'Utopia* di Moro e *La città del sole* di Campanella, la cui importanza esorbita il valore letterario (88): sono progetti politici, animati dalla stessa *vis* che muove il coevo processo di *Spiritualiza-*

(85) ARISTOTELE, *Ethicorum*, cit., II, lib. X, cap. 9, p. 230 (passo ricordato da CARPZOV, *Practica*, cit., pars III, q. CI, n. 6, p. 2). Anche GRAMMATICO, *Decisiones*, cit., dec. XXXVI, n. 1, fol. 45r riconosce che un uso sapiente di premi e di pene spinge gli uomini alla virtù. Alla Seconda Scolastica è noto che la concezione medicinale era stata sostenuta in D'AQUINO, *Summa*, cit., *Secunda Secundæ*, q. 108, art. 4 e *Additiones ad Tertiam partem*, q. 12, art. 3. Ma anche un certo Protestantesimo moderato, partendo dall'aristotelismo di Melantone, riconosce quello *pedagogicus* come terzo *usus legis*: BERMAN, *Diritto e rivoluzione*, II, cit., pp. 135, 145-146 e 175-176.

(86) Platone è citato da DE DAMHOUDER, *Praxis*, cit., proemium, n. 4, fol. 1v; FARINACCI, *Praxis*, cit., pars I, t. I, q. XVII, n. 3, p. 222; CARPZOV, *Practica*, cit., pars III, q. CI, n. 18, p. 3.

(87) PLATONE, *De republica*, dial. III, in ID., *Opera omnia*, cit., p. 386. Cfr. ID., *De legibus*, dial. XII, in ID., *Opera omnia*, cit., p. 608. « Ergo qui luit pœnas, a pravitate animæ libertatur [...] Itaque maximo liberatur malo [...] Quippe cum pœna iusta castiget, iustioresque efficiat tanquam medicina quædam improbitatis »: ID., *Gorgias*, cit., pp. 241-242. La κόλασις, benché severa, è strumento benefico per l'εὐδαιμονία del reo: tanto che questi dovrebbe andare dal giudice per accusare le proprie ingiustizie, proprio come andrebbe dal medico per farsi curare. A questo scopo, Platone incoraggia la delazione del familiare. Certi parossismi dell'Inquisizione trovano, in queste pagine, una base teorica autorevolissima.

(88) « Da ordine dell'essere, la giustizia diventa ordine del dover essere » ma in cambio di « un rigidissimo controllo sociale »: DE PASCALE, *Giustizia*, cit., pp. 62-63. Cfr. M. CAMBI, *Il prezzo della perfezione. Diritto, reati e pene nelle utopie dal 1516 al 1630*, Napoli, ESI, 1996.

tion of Law ⁽⁸⁹⁾. Utopiani e Solari non conoscono iato tra etica e diritto; i loro retti costumi son tutelati da una legge penale severissima, ma di stampo correzionale ⁽⁹⁰⁾. La perfezione vagheggiata, seppur irrealizzabile, riflette gli umori del presente: basti pensare al regime delle trasgressioni sessuali ⁽⁹¹⁾. Anche l'empirista Bacone immagina una città felice, cristiana, dove la famiglia è onorata e le leggi garantiscono la castità: qui è la scienza a creare l'uomo nuovo, riparandolo dalla corruzione ⁽⁹²⁾. Il sogno degli utopisti è meno

⁽⁸⁹⁾ Per adoperare una categoria di H.J. BERMAN, *The Spiritualization of Secular Law. The Impact of the Lutheran Reformation*, in «Journal of Law and Religion», XIV (1999-2000), 2, pp. 313-349.

⁽⁹⁰⁾ «Sed fere gravissima quæque scelera servitutis incommodo puniuntur, id siquidem et sceleratis non minus triste, et reipublicæ magis commodum arbitrantur, quam si mactare noxios et protinus amoliri festinent. Nam et labore quam nece magis prosunt, et exemplo diutius alios ab simili flagitio deterrent. Quod si sic habiti rebellent atque recalcitent, tum demum velut indomitæ belluæ, quos coercere carcer et catena non possent, trucidantur. At patientibus non admittitur omnis omnino spes, quippe longis domiti malis, si eam pœnitentiam præ se ferant, quæ peccatum testetur magis eis displicere quam pœnam, principis interdum prerogativa, interdum suffragiis populi aut mitigatur servitus, aut remittitur»: T. MORE, *De optimo Reipublicæ statu*, Coloniae, 1555, lib. II, p. 153.

⁽⁹¹⁾ Un'altra eredità platonica: la contrapposizione tra ἔπος celeste ed ἔπος volgare era stata al centro di due dialoghi cari agli umanisti, *Fedro* e *Simposio*. Nella *Repubblica* anche le effusioni amorose vanno regolate con legge: consideratane l'influenza, non è azzardato annoverare l'Ateniense tra i padri morali del rigorismo cinquecentesco. Nella terra di Utopia, tutti i reati sono puniti ad arbitrio, eccetto l'adulterio: «Temeratores coniugij gravissima servitute plectuntur [...] Cæterum ad scelus iam relapso nex infligitur». Notevole che «nempe alterutri sic offenso, facta ab senatu coniugis mutandi venia, alter infamem simul ac celibem perpetuo vitam ducit»: idea destinata a concretizzarsi con l'imminente Riforma protestante. Ferma la condanna dello *stuprum*: «Ante coniugium mas aut foemina si convincatur furtivæ libidinis, graviter in eum eamve animadvertitur, coniugioque illis in totum interdicitur, nisi venia principis noxam remiserit [...] id facinus ideo tam sævere vindicant, quod futurum prospiciunt, ut rari in coniugalem amorem coalescerent [...] nisi a vago concubitu diligenter arceantur». MORE, *De optimo*, cit., pp. 149-151.

⁽⁹²⁾ *La nuova Atlantide* (1627) costituisce un tassello coerente della concezione baconiana, orientata al progresso e alla tecnica. Al contempo, si colloca perfettamente nella letteratura utopica. L'isola di Bensalem — sicura, illuminata, autarchica — si fonda sul patriarcato: al *Tirsan* sono riconosciuti ampi poteri correzionali, la riverenza è tale che raramente l'autorità pubblica è chiamata in sussidio. La comunità è coesa, refrattaria agli stranieri e capace di disciplinare persino i Giudei. Si narra che le sue leggi siano state promulgate da Mosè: il che avvicina Bensalem alla Gerusalemme biblica. Qui la lussuria

visionario di quanto sembri e testimonia un disegno politico ben delineato: innalzare le istituzioni laiche attraverso la loro sublimazione etica. Questo processo passa tramite l'assorbimento di valori, competenze e istituti già affidati alla Chiesa ⁽⁹³⁾.

È indicativo che Moro appaia, con Erasmo, tra le prime autorità citate da Carpzov nella *quæstio* dedicata alla pena ⁽⁹⁴⁾. Il primato, però, spetta a Seneca: tra tutte le correnti filosofiche in voga tra Cinque e Seicento, il neostoicismo riscontra senz'altro maggiori consensi ⁽⁹⁵⁾. Come gli antichi maestri, così anche Lipsio e i suoi predicano il distacco dalle passioni e il dominio sul corpo: ma proiettano il proprio pensiero su un piano schiettamente politico. Il singolo, che col contratto sociale ha abbandonato la sua natura istintuale, « è chiamato a tradurre le costrizioni esterne in autocostrizioni, strutturando così in maniera diversa le proprie passioni [...] Si potrebbe dire che — attraverso una progressiva razionalizzazione delle funzioni e delle strutture dello Stato — il neostoicismo contribuisce a creare un hegemonikon politico parallelo a quello psichico » ⁽⁹⁶⁾. La parola d'ordine diventa *disciplina*, che implica

è sconosciuta, grazie a una legislazione che non transige sul vizio. Le leggi regolano saggiamente il matrimonio, vietando la poligamia e subordinando le nozze al consenso paterno. Bensalem « the virgin of the world » è il modello della Modernità disciplinata. F. BACON, *Nuova Atlantide*, Milano, Rusconi, 1997, pp. 110-118.

⁽⁹³⁾ Per questo Campanella, nell'ipotizzare una monarchia universale, propone di sostituire le leggi civili con quelle canoniche, adattandole in un « semplice codice sul modello del Deuteronomio »: PRODI, *Una storia*, cit., p. 315.

⁽⁹⁴⁾ Prima di entrare nel merito della funzione penale, il Sassone mutua dall'*Institutio principis christiani* un auspicio ispirato: magari « causas, ex quibus animadverterint potissimum nasci flagitia, vel recidant, si queunt, vel certe premant, et attenuent Rerumpublicarum Moderatores ». Tornerebbero utili i rimedi del *Parthenius litigiosus* di Valentin von Winther, che si proponeva di placare le liti e la malizia del secolo. Ma poi soggiunge con realismo: « Consultum equidem hoc conservandæ Reipublicæ remedium: sed minus sufficiens ad coercendam hominum malitiam ». CARPZOV, *Practica*, cit., pars III, q. CI, n. 1, p. 1.

⁽⁹⁵⁾ Quanto e più di Seneca, i criminalisti amano citare Cicerone: parlando di κόλασις GRÉGOIRE, *Syntagma*, cit., pars III, lib. XXXI, cap. II, n. 3, p. 224 richiama la *Pro Milone*, la *In Verrem* e la *In Vatinius et Philippum*.

⁽⁹⁶⁾ « L'insistenza sul processo di rigorizzazione e di disciplinamento della condotta segna l'abbandono della tradizione aristotelica della mediètà e dell'equilibrio della virtù [...] Ha inizio una fase di duri esercizi di controllo politico e di autocontrollo personale che porterà al consolidamento degli Stati moderni, all'ideale di un imperium

rigenerazione morale ma anche obbedienza: compare sibillina in Damhouder e Carpzov⁽⁹⁷⁾, ma è protagonista di un nuovo modo di concepire l'azione dello Stato⁽⁹⁸⁾. Disciplinare significa educare i sudditi, insegnando il rispetto per un'autorità temibile ma paterna: anche questo giustifica un ordinamento penale di stampo correzionale⁽⁹⁹⁾.

Iustitia e clementia, come il sole e la luna, irradiano la propria luce sulla politica del principe. Virtù che non vanno disgiunte perché il terrore, non meno della licenza, porta lo Stato alla rovina. La funzione penale resta irrinunciabile ma va lenita con metodi dolci e convincenti, perché « longe valentior amor ad obtinendum quod velis, quam timor ». « Omnia scire, non omnia persequi: parvis peccatis veniam, magnis severitatem commodare: nec pœna semper, sed sæpius pœnitentia contentus esse »: questa la ricetta migliore per ottenere non solo un rispetto esteriore, ma l'adesione convinta⁽¹⁰⁰⁾. Grazia e commutazione tornano utili per mostrarsi magnanimi verso i redenti e suscitare la devozione⁽¹⁰¹⁾. Ma anche la collaborazione

come ordine certo nel comandare e nell'ubbidire, allo scopo di mantenere la sicurezza e la salvezza dei cittadini »: R. BODEI, *Geometria delle passioni. Paura, speranza, felicità: filosofia e uso politico*, Milano, Feltrinelli, 2003, p. 233.

⁽⁹⁷⁾ « Reipublicæ interesse constat delicta puniri, ne maleficia maneant impunita [...] Publicæ disciplinæ favorem dictare ac suadere, ut maleficia puniantur »: DE DAMHOUDER, *Praxis*, cit., proemium, nn. 1-2, fol. 1r; « Ac sicuti per vindictam Magistratus disciplina servatur, mores corriguntur, licentia comprimitur, et pœnarum irrogatione peccata cœrcentur »: CARPZOV, *Practica*, cit., pars III, q. CI, n. 9, p. 2.

⁽⁹⁸⁾ « Il disciplinamento appare come una formazione reattiva alle spinte centrifughe di un'epoca di lacerazioni, che assiste alla metamorfosi e al crollo del sistema classico delle virtù civiche [...] L'assolutismo ha bisogno di costruire una nuova etica, un diverso raccordo tra morale cristiana e lo Stato »: BODEI, *Geometria*, cit., p. 234. Sulla categoria del *Sozialdisziplinierung*, P. SCHIERA, *Specchi della politica. Disciplina, melancolia, socialità nell'Occidente moderno*, Bologna, il Mulino, 1999, pp. 29-271.

⁽⁹⁹⁾ « La paura deve perciò venire abilmente miscelata all'obbedienza gioiosa: stabilissimo è quell'imperium del quale godono sudditi che volentieri obbediscono, mentre non reggono invece a lungo le forme di potere più odiose »: BODEI, *Geometria*, cit., p. 244.

⁽¹⁰⁰⁾ LIPS, *Politicorum*, cit., lib. II, capp. X-XIII, pp. 73-84.

⁽¹⁰¹⁾ Illuminanti le considerazioni di A.M. HESPANHA, *De la iustitia a la disciplina*, in *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza, 1990, pp. 175-186. Cfr. ID., *La gracia del derecho. Economía de la Cultura en la Edad Moderna*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1993.

tra *Landesvater* e *patres familias* può risultare funzionale: in una *civitas* che si concepiva aggregazione di famiglie e che si avvia a divenire Stato paternalista, « en consideración a los padres que presentan ante el juez a su hijo delincuente, la doctrina reconoce la necesidad de suavizar el castigo de éste, aunque hubiese cometido el más grave de los delitos, que es el de lesa majestad »⁽¹⁰²⁾.

La Monarchia cattolica affida il disciplinamento al *corregidor*, « padre misericordioso » e « juez justo [...] que tenga quieta y pacífica su provincia, y limpia y expurgada de vicios, que son la enfermedad de ella »⁽¹⁰³⁾. Ma è chiaro che, nel periodo in esame, è la Santa Inquisizione ad incarnare meglio di tutti il modello della

⁽¹⁰²⁾ M.V. RODRÍGUEZ ORTIZ, *Mujeres forzadas. El delito de violación en el Derecho castellano*, Almería, Universidad de Almería, 2003, p. 92. « La consecuencia de mayor interés en el acercamiento entre familia y república no es que aquella funcionase como ésta, sino lo contrario [...] Si el amor operaba como elemento de unidad entre los miembros de la familia, actuaba también en el mismo sentido dentro de la república, cohesionando las diversas partes de la comunidad [...] El padre tenía la función de mantener el orden en su casa, a cuyo efecto tomaba las medidas que la prudencia y la conveniencia dictaban [...] este sentido de mantenimiento del orden imponía que en la república se adoptará el comportamiento activo que era propio del padre de familia, que había de enseñar y prevenir a sus hijos, y protegerlos del mal y encaminarlos para el logro de su felicidad »: J. VALLEJO, *El príncipe ante el derecho en la cultura del ius commune*, in *Manual de Historia del derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 164-168. Sulla *Respublica* come aggregato di famiglie, cfr. *La tradizione politica aristotelica nel Rinascimento europeo: tra familia e civitas*, a cura di G. Rossi, Torino, Giappichelli, 2004.

⁽¹⁰³⁾ La formula prende spunto da D.1.18.13 ma il riferimento alla pulizia morale è nuovo di zecca. Il correggitore deve « buscar y rebuscar » gli « hombres malos porque la execucion de la justicia engendra miedo, y el miedo aparata los malos pensamientos, y refrena las malas obras »: una ricerca da compiere nei posti più malfamati come bagni e taverne, ma anche nelle dimore private. Come previsto da Carlo V (*Nueva Recopilación*, 6.6.5), si dedicherà alla ronda notturna; ma lo stesso Imperatore aveva richiesto (*Nueva Recopilación*, 3.6.36) « especial cuydado de castigar los pecados publicos, y los blasfemos, y amancebados, y usureros, y à divinos, y agoreros, y los testigos falsos [...] de manera que en cada corregimiento cessen los dichos delitos y pecados: no olvidando los ladrones [...] debe cuydar mucho el Corregidor, en castigar de su oficio los jugadores publicos » ma anche chi pronuncia « palabras suzias » e « cantares lascivos ». Condotte poco offensive, ma intollerabili perché manifeste: infatti bisogna temere più chi può dannare l'anima che chi può uccidere il corpo (Mt 10, 28). Il disciplinamento si fonda sulla moralizzazione radicale, persino preventiva. « Una de las causas para que la Republica esté limpia de vicios, y malhechores, es la buena enseñanza y educacion de los niños [...] y desto deve tener el Corregidor particular cuydado [...] Muy eficaz es la naturaleza, pero mas poderosa es la criança [...] Preferase y prevengase

correzione, specie quando — superata la fase acuta delle repressione ereticale — comincia a dedicarsi alle devianze morali ⁽¹⁰⁴⁾. È qui che giunge a perfezione la tecnica di una pena volta al recupero dei disobbedienti ma capace di severità estrema contro gli incorreggibili: come nella parabola del fico sterile ⁽¹⁰⁵⁾.

Rimane un'estrema speranza. Il Buon ladrone testimonia la possibilità di una conversione sul patibolo, che non merita la salvezza del corpo ma riuscirà quantomeno a salvare l'anima. « Ecclesia numquam claudit gremio redeuntibus » ⁽¹⁰⁶⁾; perfino gli eretici *relapsi* potranno pentirsi *in extremis* e ricevere l'assoluzione sacramentale ⁽¹⁰⁷⁾. Il ruolo delle confraternite testimonia il dualismo tra la giustizia celeste e quella terrena ⁽¹⁰⁸⁾; se quest'ultima ha le sue

pues el bien publico con castigo, y con medida, aunque con daño alguno del particular, porque un miembro podrido no corrompa todo el cuerpo [...] y entonces se dira el subdito carne podrida, cuando por costumbre reysterada de delinquir es hecho incorregible ». Come un buon pastore, non può permettere che pecore malate pascolino insieme a pecore sane: in un primo momento penserà al bene del singolo con l'ammonezione o il carcere; a mali estremi, l'esilio o la morte metteranno la società al sicuro dal contagio. Questi criteri trovano applicazione anche per le trasgressioni carnali: assimilando il correggitore al censore romano, Castillo de Bobadilla ha secolarizzato le funzioni medicinali del vescovo e, di fatti, sa bene che « à la verdad estas correcciones mas proprias son y deven hazer en el fuero Eclesiastico ». Gli ha assegnato il pastorale, ma non gli sottrae la spada perché « los malos y viciosos han de ser castigados como las bestias, porque los que no reconocen la razon y virtud con solo el miedo son comprimidos ». J. CASTILLO DE BOBADILLA, *Politica para corregidores*, Amberes, 1704, I, lib. II, cap. IV, n. 1, p. 250; II, lib. III, cap. XII, nn. 13-16, pp. 228-229 e lib. II, cap. XIII, nn. 1-66, pp. 373-391.

⁽¹⁰⁴⁾ J. TEDESCHI, *Il giudice e l'eretico. Studi sull'Inquisizione romana*, Milano, Vita&Pensiero, 1997; A. PROSPERI, *Tribunali della coscienza. Inquisitori, confessori, missionari*, Torino, Einaudi, 2009, pp. 5-210.

⁽¹⁰⁵⁾ Lc 13, 8-9: « Domine, dimitte illam et hoc anno, usque dum fodiam circa illam et mittam stercora, et si quidem fecerit fructum in futurum; sin autem succides eam ».

⁽¹⁰⁶⁾ C.1.1.8.35.

⁽¹⁰⁷⁾ V. LAVENIA, *Eretici sentenziati e reincorporati*, in *Misericordie. Conversioni sotto il patibolo tra Medioevo ed Età moderna*, a cura di A. Prosperi, Pisa, Edizioni della Normale, 2007, pp. 153-187.

⁽¹⁰⁸⁾ Spesso queste confraternite erano titolate a San Giovanni Decollato, morto per ingiusta sentenza ma assunto alla gloria del Paradiso. Cfr. G. ROMEO, *Aspettando il boia. Condannati a morte, confortatori e inquisitori nella Napoli della Controriforma*, Firenze, Sansoni, 1993.

buone ragioni per condannare a morte, il reo può trasformare quel castigo in un'occasione per compensare le sue colpe. Agli occhi di Dio, la sua accettazione trasforma la pena in penitenza, guadagnandogli il Paradiso o quantomeno uno sconto di Purgatorio. Ai confortatori è affidato l'onere di trasformare la vendetta pubblica in espiazione: emerge una funzione medicinale che, per quanto strida con le sorti del corpo, è tuttavia percepita come fondamentale ⁽¹⁰⁹⁾. È l'anima ciò che conta: e la si può salvare anche nel paradosso di un atroce supplizio. Il male fisico si capovolge nel sommo bene spirituale, altrimenti impensabile per chi ha condotto una vita dissoluta. Tutto ciò è coerente con la dottrina agostiniana del male, che confida nei disegni imperscrutabili della Provvidenza.

È chiaro che, in un contesto di confessionalizzazione, tale pratica devozionale si trasforma in strumento disciplinante. Le folle son pronte a lodare il novello Disma, traendone un esempio edificante e perfino catartico. L'autorità confida nell'effetto educativo di simili conversioni, laddove il condannato ammette le colpe e la giustezza della pena, implorando perdono per i peccati e perdonando a sua volta il boia. Gli *autos da fé* iberici sono esempio lampante di una giustizia che non si contenta più di punire il delitto ma ostenta la contrizione del responsabile ⁽¹¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ Secondo CAVINA, *Funzione*, cit., pp. 69-70 è proprio nella redenzione finale che riposava la cifra profonda della pena medievale. Tenacemente perseguita fin sotto il patibolo, rappresentava la *reductio ad unum* di tutte le altre funzioni prospettate. Un discorso analogo può essere svolto anche per la prima età moderna, nonostante qualche elemento di complicazione: la lunga vicenda delle congregazioni del conforto sta a dimostrarlo.

⁽¹¹⁰⁾ « La diversità delle persone e dei reati scompariva nella fissità del rito: un misto di liturgia sacra e di teatro, una sacra rappresentazione nella quale i condannati erano figuranti che ripetevano con poche varianti una parte nota d'anticipo agli spettatori. E tutti o quasi tutti si convertirono, si confessarono, ricevettero la comunione, assistettero alle messe celebrate per loro, uscirono in pubblico e morirono dando esempi di devozione. Il rispetto della regola aristotelica dell'unità di tempo vi appare assoluto. Dalla sera alla mattina, nel breve intervallo segnato dall'ingresso serale in conforteria e dal suono mattutino della campana della giustizia, il dramma a porte chiuse vide mutare il figurante centrale ma senza che il canovaccio ne poteva essere alterato. Lo scioglimento finale davanti alla folla della grande piazza venne connotato da una più o meno intensa commozione, ma quasi nessuno dei condannati fece nient'altro che raccomandarsi a Dio e pregare »: PROSPERI, *Delitto*, cit., p. 418. Cfr. le pp. 139-140, 151-152 e 186.

4. *Eziologia della pena ed arbitrium.*

Tra Cinque e Seicento, la criminalistica comincia a interrogarsi sulla pena, avviando un laborioso ripensamento della sapienza medievale. Si nota un tentativo di astrazione, più compiuto in certi autori, meno riuscito in altri. Questo dibattito riflette lo straordinario sviluppo di un sapere che si nutre avidamente di canonistica⁽¹¹¹⁾, teologia morale⁽¹¹²⁾, etica e politica. Dalla nostra indagine emerge l'apporto decisivo dei Culti, che innalzano la riflessione giuridica sistematizzando un'erudizione sterminata. Si è giustamente insistito sul rapporto tra *mos gallicus* e diritto privato⁽¹¹³⁾: ma autori come Tiraqueau e Grégoire sanno incidere anche *in criminalibus*. Attingendo alle sorgenti di Platone ed Aulo Gellio, il Tolosano disegna una tripartizione che razionalizza la complessità e dà spessore alla teoria della pena: siamo nel 1582⁽¹¹⁴⁾. Nel 1635, Carpzov adotterà la medesima impostazione: dopo le originarie incomprensioni, anche

⁽¹¹¹⁾ Sin dall'ultimo Baldo, i legisti si mostrano sempre più versati in diritto canonico. Il Quattrocento è la fucina di un *utrumque ius* ricco di prestiti reciproci: E. CORTESI, *Il diritto nella Storia medievale*, Roma, Il Cigno, 1995, II, pp. 389-390. I criminalisti citano canonisti coevi come Díaz, Azpilcueta, Covarrubias, Follerio, Fagnani. Ma è considerevole il peso della dottrina del sec. XV (specialmente il Panormitano e Sandei): M.G. DI RENZO VILLATA, *Alle origini di una scienza criminalistica laica matura: l'apporto dei canonisti quattrocenteschi. Riflessioni brevi*, in *Der Einfluss der Kanonistik auf die Europäische Rechtskultur*, a cura di O. Condorelli, F. Roumy, M. Schmoeckel, III, Weimar-Wien, Köln-Böhlau, 2012, pp. 1-21.

⁽¹¹²⁾ Aspetto evidente, in un'epoca di sovrapposizione tra reato e peccato, ma non ancora abbastanza studiato. La storiografia ha messo in luce l'apporto teologico in materia internazionalistica, contrattuale e pubblicistica; per il penale resta isolata la monografia di E. 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, Huérfanos, 1890. Nelle pagine dei criminalisti prevale l'autorità di Tommaso, Antonino, Soto, Azor, Lessio, Diana.

⁽¹¹³⁾ I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'Età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 23-35.

⁽¹¹⁴⁾ Nel *Syntagma*, il Giurista coniuga la sua erudizione con quella tensione sistematica evidenziata da C. PEDRAZZA GORLERO, *Immagini dell'ordo iuris. Ars e methodus nella riflessione di Pierre Grégoire*, Torino, Giappichelli, 2012. L'incontro è fecondo.

i seguaci del *mos italicus* sono pronti ad assorbire alcune elaborazioni dell'altra scuola ⁽¹¹⁵⁾.

Ma se alcuni giungono a risposte precise sul tema della *causa puniendi*, più spesso ci s'imbatte in discorsi meno schematici, che intrecciano con disinvoltura motivi apparentemente diversi. È possibile rimproverare ai nostri giuristi un'intollerabile confusione? La domanda, in realtà, è mal posta. Se la penalistica tra Sette e Ottocento potrà classificare in modo dogmatico le tre funzioni retributiva, generalpreventiva e specialpreventiva, tutt'ora al centro del dibattito ⁽¹¹⁶⁾, ciò sarà frutto dello sforzo avviato nei secoli del presunto oscurantismo penale. Al contempo, non è corretto affibbiare etichette posticce a categorie precedenti, non esattamente sussumibili in quelle posteriori.

Grégoire usa il termine *causa*, Carpzov adopera anche *ratio*: parole potenti, capaci di evocare secoli di elaborazione giuridica e concetti scolastici ⁽¹¹⁷⁾. Il loro significato esubera quello di *fnis*: nella terminologia aristotelica, la *causa finalis* è solo una delle quattro cause ⁽¹¹⁸⁾. Si può perciò prospettare la concorrenza di più *causæ*

⁽¹¹⁵⁾ Se in Matthes (1644) sarà più chiara l'influenza culta — perfino quella di Cuiacio — in autori come Deciani (1590) e Farinacci (1589-1614) non manca una tensione teorica che testimonia l'evoluzione delle vecchie *practicæ*. Il diritto criminale raggiunge una certa profondità speculativa, pur mantenendo un taglio prettamente casistico. Una sintesi in M. PIFFERI, *Criminalistica*, in *Il Contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Treccani, 2012, pp. 141-148.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, a cura di F. Zanuso, S. Fuselli, Padova, CEDAM, 2004; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2007, pp. 3-45 e 683-684.

⁽¹¹⁷⁾ *Causa* e *ratio* erano penetrate, nel lessico giuridico, sin dal tempo dei Glossatori: CORTESI, *Il diritto*, cit., II, pp. 391-394. I moderni s'interrogano su di esse. Seguendo Tommaso, la Seconda Scolastica ribadisce che la *ratio* è un elemento sostanziale del diritto. Da parte sua, Tiraqueau pubblica un *Tractatus cessante causa cessat effectus* (1552) e fa della *causa* l'asse portante del *De poenis temperandis*: ROSSI, *Incunaboli*, cit., pp. 248-251. Deciani adopera le quattro cause aristoteliche per spiegare il *delictum*: PIFFERI, *Generalia*, cit., pp. 184-188. Un simile dibattito tocca anche il diritto privato: I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 1997.

⁽¹¹⁸⁾ C. NATALI, *Causa motrice e causa finale nel libro Lambda della Metafisica di Aristotele*, Sankt Augustin, Academia, 1997.

puniendi operanti su livelli diversi ⁽¹¹⁹⁾. Tenendole sullo stesso piano, invece, bisogna rilevare che le diverse *rationes* non si escludono; non costituiscono, infatti, un'opzione da compiersi a monte una volta per tutte — come dovrebbe essere in un sistema fondato sulla legalità della pena — ma un ventaglio di esigenze fondate su argomenti testuali di pari dignità. Quali soddisfare, e come, spetta al giudice: anche per questo, la maggioranza dei giuristi non si preoccupa di schematizzarle ma preferisce intrecciarle. Molto dipenderà dalle contingenze, da interessi politici, dalla soglia di tolleranza comunitaria, da ciò che desidera la parte lesa e persino dal comportamento del reo. Un *discrimen* fondamentale è dato dal tipo di azione intrapreso e, ancor più, dalla giurisdizione competente: nonostante le reciproche influenze, resta una certa differenza tra lo spirito del processo laico e quello del processo canonico ⁽¹²⁰⁾. In concreto, i singoli strumenti sanzionatori possono rivelare più vocazioni a seconda del punto d'osservazione. Senza dimenticare che non è scontato che la pena costituisca l'esito dell'*iter*: per tutta l'Età moderna rimane il diaframma tra la giustizia egemonica e quella negoziata, la quale conserva sottotraccia l'antico fine della pace sociale e della composizione ⁽¹²¹⁾.

La ponderazione si complica, sommando fattori nuovi e vec-

⁽¹¹⁹⁾ Ad esempio, la retribuzione (se presa come causa formale) potrebbe ben coniugarsi con la deterrenza o la correzione (assunte come cause finali). Piuttosto, in virtù della regola *cessante causa cessat effectus*, sarebbe inconcepibile l'irrogazione di una pena laddove mancasse una qualsiasi causa; chiaro l'insegnamento di GELLIO, *Noctes*, cit., lib. VI, cap. XIV, p. 216. La sanzione non costituisce una manifestazione capricciosa del potere, ma deve giustificarsi razionalmente.

⁽¹²⁰⁾ Vendicativo il primo, correzionale il secondo. Si tratta, però, di approssimazioni; la stessa procedura criminale canonica distingue tra un'*accusatio ad poenam* (o *ad punitionem*) ed una *denuntiatio ad emendam* (o *ad correctionem*): FOLLERIO, *Canonica Criminalis Praxis*, cit., pars II, cap. 3, n. 39, p. 47.

⁽¹²¹⁾ « Boni iudicis est controversias dirimere per sententiam, vel concordiam »: P. FOLLERIO, *Practica criminalis*, Venetiis, 1557, pars prima, rubr. *Studeat se ornare bene vivendi moribus*, n. 34, p. 9. Così anche la giustizia privata sperimenta una lunga coesistenza con quella pubblica: *L'infrajudiciaire du Moyen Age à l'époque contemporaine*, a cura di B. Garnot, Dijon, EUD, 1996; O. NICCOLI, *Perdonare. Idee, pratiche, rituali in Italia tra Cinque e Seicento*, Roma-Bari, Laterza, 2007; G. ALESSI, *I patti della giustizia. L'instirpabile vocazione transattiva del Regno di Napoli*, in *La giustizia criminale nell'Italia moderna*, a cura di M. Cavina, Bologna, Patron, 2012, pp. 305-335;

chi: chiave di volta è l'*arbitrium in puniando*, regolarmente riconosciuto per *crimina atrocita* e *atrocissima*. La pena straordinaria, ormai applicata indifferentemente dal rito, da un lato consente l'aggiornamento di sanzioni edittali vetuste; dall'altro permette la giustizia del caso, adeguando la risposta alle molteplici variabili soggettive e oggettive. L'ordinamento si espande: tramite questo vettore emergono profili come colpa, recidiva, tentativo, concorso di persone, aggravanti e attenuanti ⁽¹²²⁾. È la pena arbitraria che consente al penale egemonico di non uscire sconfitto in caso di *semiplena probatio*, con la possibilità d'irrogare una misura ridotta. Ma è anche la pena arbitraria ad inasprire o, più spesso, mitigare la sanzione legale, in nome della *iusta causa*. Il sec.XVI ne rappresenta l'apogeo, in un contesto ove la costruzione dello Stato passa ancora per il canale giurisdizionale: la frattura tra potere e giustizia, legge e diritto, politica e *robins* non si è ancora consumata ⁽¹²³⁾. Nella convivenza non facile tra vecchio e nuovo, il ruolo dell'*arbitrium* esplicita il bisogno di mediare tra domande diverse, frutto di idee di giustizia diverse, tramite il discernimento del reato e degli interessi che gli gravitano intorno ⁽¹²⁴⁾.

5. Osservazioni conclusive.

Se è vero che « la storia del penale può essere intesa come [...] una lunga fuoriuscita dalla vendetta » ⁽¹²⁵⁾, allora questa è pure la storia del declino dell'idea retributiva. In tale percorso non privo di

Vengeance en Europe. XII-XVIII siècle, a cura di C. Gauvard, A. Zorzi, Paris, Publications de la Sorbonne, 2015.

⁽¹²²⁾ MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., pp. 196-237. La pena straordinaria svolge una funzione vitale per l'ordinamento: pertanto non la si può giudicare un « cardinale difetto » del processo, come riteneva A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, V, Torino, Salmin, 1892, pp. 389-400.

⁽¹²³⁾ L. MANNORI, *Per una preistoria della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, in « Quaderni fiorentini », XIX (1990), pp. 323-504.

⁽¹²⁴⁾ Ed è per questo che persino Bodin — fautore entusiasta della legge — ritiene che la pena straordinaria sia lo strumento più idoneo per realizzare la giustizia armoniosa: P. ORTEGO GIL, *El arbitrio de los jueces inferiores*, in *El arbitrio judicial en el Antiguo Régimen*, a cura di J. Sánchez-Arcilla Bernal, Madrid, Dykinson, 2012, p. 149.

⁽¹²⁵⁾ M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in Id., *Storia*, cit., pp. 3-4.

contraddizioni e ripensamenti, anche attuali, la fase a cavallo tra Cinque e Seicento costituisce una pietra miliare. Il *Giudizio universale* di Michelangelo (1535-1541) rappresenta l'ultimo esempio di una grande allegoria retributiva, che s'era svolta sulle controfacciate delle chiese medievali. La sensibilità moderna predilige il tema della misericordia: *Cristo e l'adultera* e la *Maddalena penitente* diventano τόποι sia per il luterano Cranach che per i manieristi della Contro-riforma. Certo, la carneficina di Stato continuerà a insanguinare le piazze ⁽¹²⁶⁾; eppure è proprio nel sec. XVI che i fondamenti della retribuzione subiscono crepe vistose. La rivoluzione cosmologica è destinata a disegnare nuove prospettive per il diritto ⁽¹²⁷⁾. Con la *Disputa di Heidelberg* (1518), Lutero contesta la metafisica tomista; la teoria della depravazione totale sovverte l'idea stessa di armonia. Tra la giustizia dei principi, pur necessaria, e quella del *Deus absconditus* si crea un abisso insondabile. L'uomo, *simul iustus simul peccator*, potrà giustificarsi per fede indipendentemente dalla condotta morale. Il servo arbitrio e la predestinazione svuotano di significato il dogma retributivo ⁽¹²⁸⁾.

Il neostoicismo, con la sua morale di Stato e la tolleranza confessionale, schiude le porte alla svolta laica del secondo Seicento. Verso tempi nuovi — che faranno professione di razionalismo, eudaimonismo o utilitarismo — esso reca con sé una traccia di

⁽¹²⁶⁾ Nella *vindicta publica* resta forte quel « saziamento d'ira » che, talora, si manifesta con ritualità così macabre da rievocare uno spettro che pareva sopito: quello del sacrificio umano. La teologia dichiara l'abolizione di ogni olocausto eccetto quello eucaristico, l'unico capace di mondare il peccato. Ma, sotto il patibolo, la superstizione popolare continua a percepire la sacralità di una cerimonia carica di simboli ed emozione. Molti raccolgono il sangue del giustiziato, per poi berlo: il Sant'Uffizio fatica ad estirpare l'usanza. Cfr. PROSPERI, *Delitto*, cit., pp. 27-29 e 67-96.

⁽¹²⁷⁾ Umanesimo, Protestantesimo e Rivoluzione scientifica incidono sul modo di concepire l'individuo e le sue relazioni col mondo: P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 67-78 e 83-96.

⁽¹²⁸⁾ M. LUTHER, *La disputa di Heidelberg*, in ID., *Scritti religiosi*, Torino, UTET, 1967, pp. 179-203. La *Theologia Crucis* esalta una sofferenza che sfiora l'assurdo e, tuttavia, reca il beneficio della grazia per quanti si abbandonano alla fede. Per chi insuperbisce o dispera, Dio è ancora un giudice terribile pronto alla vendetta. D'altra parte, nessuno può guadagnare il Paradiso per le sue buone opere e nessuno ha peccato tanto da non potervi sperare. Spinta alle estreme conseguenze, la Teologia della Croce di Lutero porta all'antiteodicea di Bayle.

elaborazioni teoriche precedenti. Il giusnaturalista Hobbes, scagliandosi contro la retribuzione, affermerà che la pena mira a correggere il reo e migliorare gli altri con l'esempio. Ugualmente, Thomasius finalizzerà la sanzione all'*assecuratio* e all'*emendatio*. Per entrambi vale il principio *non punitur quia peccatum est, sed punitur ne peccetur* ⁽¹²⁹⁾. Il disciplinamento appare, allora, un processo di lungo periodo che culminerà nello statalismo illuminista, contestualmente al tramonto della *iustitia* classica ⁽¹³⁰⁾.

In una realtà diversa, che separerà legge divina e legge umana, non poche istanze si riveleranno « traduzioni laico-immanentistiche dei principi cristiani della giustizia e dell'amore » ⁽¹³¹⁾. La Modernità penale, pertanto, non è stata solo drastico rigetto di categorie religiose (« secolarizzazione per negazione ») ma anche un lungo assorbimento di competenze e valori da parte del temporale (« secolarizzazione per conservazione »). In questo processo, che in ogni caso comporta desacralizzazione, anche il « resto » è, in definitiva, qualcosa di nuovo ⁽¹³²⁾.

⁽¹²⁹⁾ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, il Mulino, 1976, pp. 63-64 e 120-121.

⁽¹³⁰⁾ HESPANHA, *De la iustitia*, cit., pp. 185-186.

⁽¹³¹⁾ M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, a cura di L. Lombardi Vallauri, G. Dilcher, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 1275-1276.

⁽¹³²⁾ C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Berlin, Duncker&Humblot, 2015. Convincenti le osservazioni di E. BRAMBILLA, *La polizia dei tribunali ecclesiastici e le riforme della giustizia penale*, in *Corpi armati e ordine pubblico in Italia*, a cura di L. Antonielli, C. Donati, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003, pp. 103-107: le procedure pectorali di polizia e le pene correzionali introdotte verso fine Settecento non sono che « la recezione e laicizzazione del precedente sistema di polizia ecclesiastica contro i reati morali ». Scomparirà la giustizia criminale canonica *in laicos* ma, nel travaso di competenze, rimarrà una certa continuità di tecniche ed obiettivi. Dal punto di vista sostanziale, la depenalizzazione si limiterà ad alcune ipotesi eclatanti (eresia, stupro volontario): ma gran parte delle fattispecie (adulterio, stupro violento, sodomia, bestialità, bestemmia) resteranno quelle d'un tempo. Non a caso, quanti si opporranno al nuovo sistema rimpiangeranno l'elasticità delle corti diocesane, condannando il rigore egualitario degli apparati statali.