



**Rosalba Sorice**

***Voluntas et propositum distinguunt maleficia.  
L'emersione della responsabilità soggettiva  
nell'età del diritto comune***

**Working papers del Centro di ricerca sulle Tecnologie  
Informatiche e Multimediali Applicate al Diritto (TIMAD)  
5/2012**



Università degli studi di Catania  
Centro di ricerca TIMAD  
Via Gallo, 25 – 95124 CATANIA  
Tel. +39 095 230855/230447  
cr.timad@unict.it – www.timad.unict.it

© Rosalba Sorice (2012)  
Dipartimento Seminario Giuridico - Università di Catania  
sorice@lex.unict.it

ISSN 2279-770X  
WP del Centro di ricerca TIMAD  
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)  
Tel. +39 095 230855 – Fax. +39 095 230447  
cr.timad@unict.it – www.timad.unict.it

**Rosalba Sorice  
Università di Catania**

***Voluntas et propositum distinguunt maleficia.*  
L'emersione della responsabilità soggettiva  
nell'età del diritto comune**

Un processo profondo segna nella storia del diritto il lento emergere della responsabilità individuale. Nei secoli alto-medievali è dominante la considerazione oggettiva del fatto criminoso, della commissione dell'atto e del danno ad esso correlato, la responsabilità è legata all'oggettività dell'accadimento. Non si distingue tra fatto volontario, danno intenzionale e fatto involontario, se non addirittura accidentale: la vendetta, la reazione della comunità guarda esclusivamente al danno materiale, il colpevole è colui che ha concretamente compiuto l'atto all'origine del danno, a prescindere da qualsiasi intenzionalità. La sanzione fonda la sua ragione sull'esistenza di un danno individuale o, nei casi più gravi, collettivo<sup>1</sup>.

---

Il saggio è una versione riveduta e ampliata dell'intervento tenuto in occasione del convegno "La responsabilità nel concorso di persone: pratiche discorsive dei giuristi", tenutosi a Catania-Siracusa 25-27 giugno 2009, in collaborazione tra l'Università degli Studi di Catania e l'OPCO- Osservatorio Permanente sulla Criminalità Organizzata, organizzato da Giuseppe Speciale, i cui atti sono in corso di stampa.

<sup>1</sup> Sull'argomento la letteratura è vastissima. Per quanto frutto della dogmatica imperante in pieno Ottocento aspetti interessanti sono presenti in A. LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*, Leipzig, Keip & von Delft GmbH, 1895. Un quadro di sintesi in E. CORTESE, *Il diritto nella Storia medievale I L'alto medioevo*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1998, p. 226 ss. e letteratura ivi citata; M. CARVALE, *Gli ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 41 ss. e letteratura ivi citata; M. SBRICCOLI, 'Giustizia criminale', *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. FIORAVANTI, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 178 ss.

All'indomani della riscoperta dei testi romano-giustiniani i giuristi si trovano a dover fare i conti con i numerosi passi che il *Corpus* consegna agli interpreti, passi che con palese evidenza sottolineano la non punibilità di un soggetto che non abbia volontariamente e dolosamente commesso un *crimen: in maleficiis voluntas spectatur, non effectum*<sup>2</sup>.

La spinta maggiore in questa direzione matura in quell'ambiente canonistico, sostanzialmente influenzato dalla letteratura teologica e morale, che non ha smesso di maneggiare le fonti romane. Inizia ad affermarsi l'idea che l'imputabilità di un peccato dev'essere legata alla responsabilità morale del peccatore. Si tratta certamente di considerazioni che restano sempre circoscritte all'inscindibile legame tra delitto e peccato, a un'idea di colpevolezza che non separa le infrazioni criminali dai fatti morali e religiosi e che non discerne le condizioni di una responsabilità individuale in campo penale<sup>3</sup>. Per tempo nel *Decretum* di Graziano è scolpita l'idea che compie peccato solo chi volontariamente trasgredisce alla *lex divina*, aspetto che in termini giuridici viene tradotto con l'apprezzamento dell'elemento intenzionale della *voluntas* nella punizione di un delitto, elemento in seguito chiaramente delineato nelle decretali gregoriane<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> D. 48.8.14, *Ad legem Corneliam de sicariis et veneficiis*, l. *Divus Adrianus*; C. 9.16.1 *Ad legem Corneliam de sicariis*, l. *Frater vester*: "Crimen enim contrahitur, si et voluntas nocendi intercedat".

<sup>3</sup> Sull'argomento si rinvia per tutti al fondamentale volume di STEPHAN KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX. Sitematisch auf Grund der handchriftlichen Quellen dargestellt*, Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, 1935, in particolare p. 4 ss. In riferimento alle tappe che segnano il progressivo allontanamento tra 'fori' e le relative, determinanti, ragioni cfr. per tutti P. PRODI, *Una storia della giustizia: dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 32 ss. e letteratura ivi citata.

<sup>4</sup> Gl. *sed hoc* ad C. 15. q. 1: "Superius dictum est quod peccatum... est voluntarium, ut nullo modo sit peccatum nisi sit voluntarium..."; C. 15. q. 1 c. 10: "Nemo trahitur ad culpam, nisi ductus propria uoluntate". Il testo graziano riproduce un brano di Sant'Agostino, sul quale si articoleranno i ragionamenti sulla colpevolezza e sulle cause di irresponsabilità dai decretisti in poi. Sulle riflessioni dei dottori canonisti in tema di responsabilità ampiamente KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre, passim*; si veda inoltre R.

La dottrina inizia ad interrogarsi sulla reale incidenza della *voluntas* del singolo nella commissione di un delitto, sull'imputabilità di un fatto delittuoso a un soggetto che lo ha commesso *voluntarie* o colposamente. Si fa strada l'idea che alla responsabilità materiale cui il soggetto è tenuto per il compimento dell'atto illecito deve affiancarsi una responsabilità soggettiva, la piena e cosciente consapevolezza legata al compimento dell'atto.

In questa direzione significative ci sono parse le riflessioni di un grande canonista attivo in pieno secolo XIII: Enrico da Susa. Personaggio atipico per il tempo, lontano dalle aule universitarie anche se in stretto contatto con i maestri bolognesi e fortemente legato agli ambienti della Curia pontificia<sup>5</sup>. Il suo commento al titolo *de homicidio* delle decretali gregoriane, che avrà grande fortuna fra canonisti e civilisti, offre interessanti prospettive sull'analisi della *voluntas* e dell'*animus*, sia per la peculiarità di alcune sue affermazioni, sia per la 'modernità' con cui gestisce il lessico giuridico.

---

METZ, *La responsabilité pénale dans le droit canonique médiéval*, in *La responsabilité pénale. Travaux du Colloque de philosophie pénale*, a cura di J. LÉAUTÉ, Parigi, 1961, pp. 83-91. In riferimento al passo contenuto in C. 15. q. 1 c. 10 si vedano i problemi legati all'edizione di Friedberg in T. GENKA, *Some critical comments on the rubric of C. 15 q. 1 c. 8 of Gratian's Decretum*, in «Forum Historiae Iuris», 2007. Nonostante, nel testo grazianteo, si individuano e si riescono a tenere distinte le sfere del peccato volontario dal peccato involontario, resta ancora da risolvere il complesso tema della oggettivizzazione della pena che ricade indifferentemente sul colpevole volontario e sul colpevole involontario: *qui inscienter peccat scienter emendet*. Lo stesso per la responsabilità collettiva legata all'accadimento reale dell'atto a prescindere dalla comune *voluntas*: interdetto, *excommunicatio*, polluzione notturna o ancora la responsabilità dei figli per i padri e altro. Da ultimo sulla responsabilità collettiva cfr. P.D. CLARKE, *The Interdict in the Thirteenth Century: a Question of Collective Guilt*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 30 ss. Sul problema della responsabilità dei figli cfr. V. PIERGIOVANNI, *La punibilità degli innocenti nel diritto canonico dell'età classica. I. La discussione del problema in Graziano e nella Decretistica*, Milano, 1971.

<sup>5</sup> K. PENNINGTON, *Enrico da Susa, detto l'Ostiense (Hostiensis, Henricus de Segusio o Segusio)*, in «Dizionario Biografico degli Italiani», 42, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1993, pp. 758-763. Esamina l'opera dell'Ostiense nella prospettiva dell'*irregularitas ex delicto* e della dispensa ai chierici L. KÉRY, *'Non enim homines de occultis, sed de manifestis iudicant. La culpabilité dans le droit pénal de l'Église à l'époque classique*, in «Revue de Droit Canonique», 53.2, 2003, p. 332 ss.

Nonostante il suo commento sia espressamente rivolto alla singola fattispecie delittuosa dell'omicidio, il giurista, a differenza di molti suoi contemporanei, non si limita a trattare esclusivamente lo specifico reato. Per l'Ostiense un delitto sia esso omicidio, furto, adulterio o rapimento dev'essere punito a condizione che il soggetto abbia agito con animo *nocendi*. Colpisce l'estrema cognizione con cui il giurista utilizza il verbo *imputare*: non possono essere imputati *nullo modo* a chicchessia atti che non dipendano espressamente dalla sua *voluntas*, così come non possono essere imputati atti o fatti che lo stesso soggetto non ha potuto prevedere<sup>6</sup>. I fatti illeciti imputabili e quindi punibili sono esclusivamente circoscritti agli *acta voluntaria*, ossia a tutti quegli atti che dipendono dal comportamento intenzionale della persona. Nel suo ragionamento la dimensione legata all'*animus nocendi* assume una specificità determinata anche a prescindere dalla commissione dall'atto materiale, fino a sostenere che debba essere punito il solo *malum propositum*<sup>7</sup>.

Entrando nello specifico, in ragione dell'ampia funzione esplicativa che ha la singola fattispecie dell'omicidio, l'Ostiense individua tre modi di commissione del delitto rispetto ai quali, però, è sempre rilevante la *voluntas nocendi: lingua, consilium, praeceptum perdis et actus*, il che significa che è imputabile non solo colui che intenzionalmente ha ucciso

---

<sup>6</sup> HOSTIENSIS, *Comm. ad c. de infantibus, de his qui filios occidetur*, X.5.9.3, Venetiis, apud Iuntas, 1581; rist. anast. Torino, Bottega d'Erasmus, 1965, nn. 1-2, fol. 42Arb: "... enim nullo modo potuit prevederi, tunc non imputatur culpae alicui, sed casus fortuito iudicatur...".

<sup>7</sup> HOSTIENSIS, *Comm. ad c. sicut dignum, de homicidio voluntario vel casuali*, X. 5.12.6, nn. 1-2, fol. 44rb: "qui animum habuerunt occidendi ferendi capiendi, secundum dominum nostrum... ex illo enim procedunt homicidia, adulteria et omnia coetera mala... sic voluntas puniuntur, licet ad actum non processerit corporalem propter malum propositum". Il riferimento all'insegnamento del suo maestro induce a pensare con sospetto che le sue elaborazioni in tema non siano nate esclusivamente in ambiente canonistico. Il giurista è stato certamente allievo di Iacopo Balduino e Homobonus, ma nulla si sa dei suoi maestri in diritto canonico (a parte la notizia mai confermata che abbia ascoltato le letture di Iacopo di Albenga), il che induce a credere che il pensiero di Enrico è, probabilmente, anche il frutto di discussioni avute con il Balduino esperto conoscitore della prassi del tempo. Su Balduino cfr. N. SARTI, *Un giurista fra Azzone e Accursio. Iacopo Balduino (1210- 1235) e il suo Libellus instructionis advocatorum*, Milano, 1990.

un uomo, ma anche colui che intenzionalmente ne ha provocato la morte al di là della commissione materiale dell'atto.

Il giurista indaga a fondo sull'elemento intenzionale dell'agente e declina una distinzione sostanziale tra gli atti criminali riconducibili a tre diversi contesti: *velle, necesse et casu*. In queste due ultime ipotesi manca il carattere soggettivo, manca la *voluntas nocendi* che determina l'*irregularitas* di un comportamento. Questo porta il giurista a distinguere ulteriormente il caso in cui il fatto criminale è commesso in stato di necessità, per esempio *in discrimine vitae*, e pertanto non punibile, dal fatto commesso *casualiter* rispetto al quale dev'essere valutata la possibile incidenza dell'elemento psicologico della colpa in relazione alla casualità dell'evento, colpa, da intendersi come comportamento negligente<sup>8</sup>.

In questa direzione l'Ostiense segue la traccia indicata dalla glossa al *Liber Extra* e distingue tra il comportamento che *dabat operam rei licitae* non punibile a condizione che il soggetto, in assenza dell'intenzione diretta ad uccidere, abbia operato con la dovuta diligenza e il comportamento che *dabat operam rei illicitae*, sempre e in ogni caso punibile<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Si tratta di ambiti all'interno dei quali si determinano e si definiscono i presupposti delle cause di esclusione dell'imputabilità e si riferiscono all'involontarietà (caso fortuito e forza maggiore) e allo stato di necessità o alla legittima difesa: HOSTIENSIS, *Comm. ad c. sicut dignum, de homicidio voluntario vel casuali*, X. 5.12.6, nn. 13-16, fol. 45ra-b; lo stesso in G. D'ANDREA, *In quintum decretalium novella Commentaria*, Venetiis, Apud Franciscum Senensem, 1581, n. 28, fol. 59a.

<sup>9</sup> Gl. *consilium ad § clericos autem, c. sicut dignum, de homicidio voluntario vel casuali*, X. 5.12.6; HOSTIENSIS, *Comm. ad c. Continebatur, de homicidio voluntario vel casuali*, X. 5.12.8, n. 1, fol. 45Aa-b. Secondo la glossa nel caso in cui si verifici un evento non previsto è considerato colposamente responsabile colui che pur agendo *licite* non abbia previsto le conseguenze e l'effetto della propria azione (per *negligentia*, o per *imprudencia*). Il contesto lecito permette di giustificare gli effetti non desiderati di una determinata azione: il soldato che involontariamente uccide il compagno d'armi nel corso di un'esercitazione permessa e voluta. In ogni caso è da considerare che l'agire in un contesto illecito non viene valutato quale criterio oggettivo e generale di imputabilità, questa piuttosto rimane sempre vincolata all'intenzionalità dell'agente. Significativamente secoli dopo Roberto Maranta, in tema di esclusione della responsabilità riunisce e sintetizza abilmente il pensiero dei giuristi dell'età di mezzo, con esplicito rinvio ad Aristotele (*Ethica Nicomachea*, lib. III, cap. 1),

L'intenzionalità si configura, dunque, quando l'agente *voluntarie* commette un *crimen* o quando vuole e compie un atto che è *causa proxima* del delitto. Il giurista non trascura di sottolineare il nesso di causalità che deve legare l'intenzione dell'agente al fatto criminoso. Questo significa che non può essere accusato di omicidio il fabbro che ha realizzato la lama di un coltello (causa remota) che viene in seguito utilizzato per la commissione di un omicidio, a meno che l'agente non abbia appositamente commissionato l'arma, manifestando il proprio intento. L'assenza di *voluntas* (e dei suoi diversi profili del dolo e della colpa) determina anche la non punibilità dell'omicidio commesso *casu fortuito*. La mancata consapevolezza è da sola sufficiente ad escludere la commissione dolosa del delitto a prescindere dall'antigiuridicità del comportamento<sup>10</sup>.

Il pensiero di Enrico da Susa ha gran fortuna fra i canonisti a cominciare da Guglielmo Durante che nel suo *Speculum* rinvia interamente alle costruzioni dell'Ostiense circa la distinzione fra omicidio volontario e casuale<sup>11</sup>. L'idea che non si possa più punire un delitto se non *ex animo voluntati* si sedimenta nella dottrina al punto che Giovanni D'Andrea non ritiene utile, così come sottolinea nel prologo al suo commento sull'omicidio, soffermarsi sull'incidenza della *voluntas*. Piuttosto preferisce elencare una serie di comportamenti rispetto ai quali

---

reputata fondamento delle teorie sul dolo e la responsabilità. Nel passo di Maranta è chiaro il ruolo e la funzione dell'elemento volontaristico come motore per l'imputabilità soggettiva: "Non potest cadere delictum in eo qui nescit quid facit... quod mala non sint quae nec crimine mentem implicat, nec conscientiam ligant... quod ea non esse voluntaria videtur quae vi aut imprudentia fiunt"; R. MARANTA, *Speculum aureum et lumen advocatorum...*, Venetiis, apud Andream Baba, 1615, nr. 85, fol. 62b. Sull'origine della teoria del *versari in re illicita*, attribuita dall'autore a Simone da Bisignano, estesamente KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre* p. 429 ss.; cfr. inoltre A. LAINGUI, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit: XVIe-XVIIIe siècle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970, pp. 75-80, 100-102, 367.

<sup>10</sup> HOSTIENSIS, *Comm. ad c. de infantibus, de his qui filios occidetur*, X.5.9.3, n. 1, fol. 42Aa-b.

<sup>11</sup> G. DURANTE, *Speculum Iudiciale*, Basel, 1574, fol. 516v-517r.



si è verificato il fatto illecito non direttamente voluto dal soggetto<sup>12</sup>.

Le posizioni dell'Ostiense fanno breccia nella dottrina. Così per esempio Alberico da Rosate, nei primi anni del '300, concorda con l'opinione diffusa che *in criminalis voluntas et propositum distinguunt maleficia* e afferma che possa essere punito il solo *animus occidendi*<sup>13</sup>. Per il giurista, però, qualora non si pervenga alla commissione materiale del crimine, sono rilevanti le motivazioni che hanno indotto il soggetto a non agire. È necessario distinguere tra la posizione di un soggetto che scientemente rinuncia al suo proposito criminale e la posizione di colui che non può portare a termine il delitto. In queste distinte ipotesi cambia sostanzialmente la responsabilità del reo. In ogni caso occorre indagare l'*animus* e la *voluntas* e valutare fino a che punto siano sorretti dal più alto grado di dolo rilevante in campo criminale<sup>14</sup>. Altro problema è come provare l'esistenza dell'*animus*, come provare l'intenzionalità dell'atto. In questi casi si procede per *coniecturae*: occorre stabilire, per esempio, se il soggetto gira armato per difendere se stesso o viceversa per portare a termine il suo progetto criminale, oppure se il tipo di arma e le ferite inferte siano atte a perpetrare un omicidio. Su questo la dottrina ha tessuto teorie infinite, minuziosamente elaborate con una serie di esami casistici più che dettagliati. In ogni caso per Alberico il reo dev'essere

---

<sup>12</sup> D'ANDREA, *In quintum decretalium novella Commentaria* nn. 1-3, fol. 42Aa-43a. Occorrerebbe valutare, in particolare in riferimento alle parole di Giovanni D'Andrea, quanto siano o possano essere considerate ancora valide le considerazioni di Engelmann che attribuisce al grande canonista la nascita della astratta e poco conforme alla realtà del tempo, dottrina del *dolus generalis*; W. ENGELMANN, *Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung. Eine historisch-dogmatische Darstellung der kriminellen Schuldlehre der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius*, Leipzig, 1895, rist. anast. Aalen, 1965, pp. 74 e ss., 103 e ss. In questo senso si vedano le osservazioni di F. CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, Laterza, 1985, p. 274 e ss.

<sup>13</sup> ALBERICI DE ROSATE... *In secundam Digesti Noui partem Commentarii*, Venetiis, 1585, rist. anast. Bologna, 1982, § *Divus* n. 1 fol. 185ra: "... si habens animum occidendi et non occidat, nihilominus punitur de homicidio et econverso non habens animun occidendi si occidat non punitur". Il giurista chiaramente esclude la pena edittale prevista per l'omicidio e ammette la possibilità di condanna a una pena inferiore per il tentativo.

<sup>14</sup> ALBERICI DE ROSATE... *In secundam Digesti Noui* § *Divus* n. 1 fol. 185ra.

punito anche a prescindere dall'*effectus* concreto voluto, una volta provato, *ex qualitate facti, l'animus*<sup>15</sup>.

Il principio del *nullum crimen nisi voluntarium* si radica fortemente nella *communis opinio*.

Momenti di continuità evidenti sono presenti anche in un contesto sensibilmente diverso, quello del *Regnum Siciliae*. Andrea d'Isernia, nel suo commento alle costituzioni federiciane, considera l'elemento psicologico determinate per la punizione del tentativo, in ragione del dettato normativo contenuto nella *Constitutio Asperitatem*<sup>16</sup>. *Animus* e dolo sono punibili nella misura in cui si può presumere la *voluntas nocendi* dell'agente: *per extrinseca probatur intrinseca*, il che significa che è penalmente responsabile colui che compie ciò che *in animo gerebat*<sup>17</sup>. Mantiene questa impostazione Matteo degli Afflitti, che circa due secoli dopo, è fermamente convinto che non si possa punire il *propositum*, se non a condizione che si sia trasformato in azione dolosa. Solo il compimento materiale di un *aliquis actus* prossimo al crimine offre

---

<sup>15</sup> ALBERICI DE ROSATE... *In secundam Digesti Noui* fol. 186va: "Maleficia non ex affectus iudicantur, non ex exitu... dolus pro facto est delictum nec non studiose commissum vocabulo et effectu criminis careat... Soluendo dic quod delictum et animo et dolose commissum punit ordinaria paena, si sit a lege communi, vel municipali statuta...". Alberico ribadisce la sua posizione anche nel *Commentarium de statutis*, riprendendo le riflessioni di Lambertino dei Ramponi. L'argomento, in riferimento alla rilevanza della perizia medica in sede di valutazione della *qualitas* delle ferite e dell'arma utilizzata, è esaminato in O. CAVALLAR, *Agli albori della medicina legale. I trattati "De percussionibus" e "De vulneribus"*, in «Ius Commune», 26, 1999, p. 60 nt. 142.

<sup>16</sup> *Const. Asperitatem, Constitutiones Regni... Siciliae... Glossis ordinariis Domini Andreae de Isernia...* (apud heredes Iacobi Iuntae, Lugduni, 1560) I.12 fol. 20: "Asperitatem veterum legum, quae constringentes gladios et extrahentes et percutientes cum eis indubitanter occidendi animum habuisse praesumuntur (interpretatione imperialis mansuetudinis lenientes) praesenti lege in perpetuum Deo propitio valitura sancimus...".

<sup>17</sup> ANDREA D'ISERNIA, gl. ad *Const. Asperitatem, Constitutiones Regni* I. 22 n. 60-70 fol. 20: "... Occidendi animum habuisse praesumunt quod si per confessionem, vel testes, vel alias legitime constaret... quia tunc debet puniri ac si fecisset quod in animo gerebat... Et poterat esse certum, quia sic dixerat extrahens tantum, vel percutiens. Volo tale occidere vel percutere. Animus probatur per extrinseca...".

prova diretta dell'intenzionalità<sup>18</sup>.

La questione è vivamente dibattuta. La pari punibilità prevista dalla *lex Cornelia* per il delitto consumato e il delitto tentato rimane uno scoglio difficile da superare a fronte delle diverse disposizioni normative di *ius proprium* che espressamente o *ex silentio* puniscono con la pena di morte solo il reato consumato e con pena inferiore il tentativo.

I giuristi intrecciano una lunga e complessa trama di riflessioni, volte a coordinare dal punto di vista teorico il dettato delle norme di *ius proprium* che commisurano la pena sulla base della realizzazione effettiva del disegno criminoso e le norme del diritto comune che al contrario individuano nella intenzionalità dell'agente un elemento sufficiente per la punizione del delitto a prescindere dalla sua materiale realizzazione.

Il superamento del contenuto della *lex Cornelia* in favore della *consuetudo* italica in base alla quale il giudice deve *temperare sententiam* nel caso del delitto tentato o colposo viene cercato e trovato dai *doctores*, nelle norme giustinianee e in particolare nella *lex Aquilia* che, *in civilibus*, prevede la commisurazione della pena alla gravità del danno arrecato<sup>19</sup>.

La soluzione non convince pienamente uno dei grandi maestri del diritto comune: Bartolo da Sassoferrato. Il pensiero del giurista ruota intorno a problemi ben diversi che propongono un mutamento di prospettiva sostanziale. Nelle sue riflessioni si nota, infatti, la tendenza a riconoscere nella *voluntas* criminale l'elemento distintivo su cui ruota non solo l'identificazione del delitto, ma il concetto stesso di colpevolezza.

A suo avviso il torto della dottrina è quello di aver esteso il contenuto della *lex Aquilia* a un contesto in cui *verba hoc non sonant*, in

---

<sup>18</sup> MATTHAEI DE AFFLICTIS, *Partenopei patricii ac iuriscons. clariss. in Utriusque Siciliae, Neapolisq. sanctiones, et constitutiones novissima* praelectio, Venetiis, Apud Marcum Guariscum, 1606, fol. 139vb n. 10: "unde solum propositum delinquendi non sufficit ad puniendum eum nisi pervenisset ad aliquem actum, per quem appareat de eius animo".

<sup>19</sup> Sul vastissimo argomento della responsabilità per colpa mi limito qui a segnalare M. BELLOMO, *Dolo civile (dir. intermedio)* in «Enciclopedia del Diritto», 12, Milano, 1964, pp. 725 e ss.; A. MARONGIU, *Dolo penale* in «Enciclopedia del Diritto», 12, Milano, 1964, pp. 731 e ss.; G.P. MASSETTO, *La responsabilità extracontrattuale (dir. intermedio)*, in «Enciclopedia del Diritto», 39, Milano, 1988, pp. 1126 e ss.

un contesto in cui la *lex* perde significato<sup>20</sup>.

Per Bartolo in campo penale l'applicazione delle norme statutarie logicamente tende ad escludere la punibilità della sola *voluntas occidendi* prevista dalla *lex Cornelia*. Ma dal momento stesso che l'aspetto dell'intenzionalità, della *voluntas* e del *propositum* sono stati individuati nelle norme di diritto comune come elementi che connotano l'illecito penale occorre carpire la *ratio legis* e per questa via ritenere punibile anche il semplice tentativo.

La matura sensibilità del giurista, influenzata dal pensiero dei canonisti di cui abbiamo detto sopra, risulta chiara ed evidente anche in riferimento alla responsabilità concorsuale. La compartecipazione di più soggetti a un omicidio e l'incertezza sul *verus occisor* rappresenta un altro dei temi scottanti su cui si sono avventurati gli interpreti. Il caso paradigmatico è rappresentato dall'omicidio compiuto da più persone o quello seguito a una rissa. Come stabilire l'identità del vero colpevole? Come individuare con certezza l'intenzionalità, la *voluntas* degli aggressori?

In questa prospettiva si pone per gli interpreti la necessità di accertare se la *voluntas occidendi* è proposito comune a tutti i partecipanti. Accantonando per un attimo la posizione di Bartolo in tema, ricorriamo ancora una volta ai dottori canonisti e in particolare a Guglielmo Durante. Secondo il giurista nell'incertezza nessuno dei compartecipi può essere accusato di omicidio, al più *in civilibus* l'azione esercitata in base alla *lex Aquilia* permette di condannare ciascuno dei compartecipi al pagamento di una somma di denaro equivalente al danno inferto. Nel caso in cui però si accerti che tutti i partecipanti abbiano agito con *animus nocendi* e quindi si siano volontariamente adoperati per cagionare la morte della vittima, tutti devono essere ritenuti responsabili in ragione del fatto che l'uno agisce *de voluntate et mandato aliorum*<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> BARTOLO, *Comm. ad D. 48.8.1, l. Cornelia § Divus, ad legem Corneliam de sicariis et veneficiis*, Lugduni, 1555, n. 1, fol. 185vb.

<sup>21</sup> DURANTE, *Speculum Iudiciale* fol. 517a.

Anche Giovanni d'Andrea concentra la sua attenzione sul grado di consapevolezza che spinge un gruppo di uomini all'omicidio: se costoro *forte sciebant*, sono perfettamente consapevoli della commissione del delitto, non esiste dubbio sulla loro responsabilità<sup>22</sup>.

La questione è senz'altro complessa soprattutto se trasferita nel contesto dell'omicidio commesso nel corso di una rissa. Anche in questo caso la mancanza di prove certe e sicure fa sostanzialmente saltare gli schemi della responsabilità personale. Il problema fondamentale investe, infatti, la necessità di accertare se la *voluntas* dei singoli corrisponda al comune intento omicida, e contemporaneamente verificare se la rissa sia scoppiata per caso o se sia intenzionalmente provocata con la deliberata *intentio* di giungere all'omicidio.

Il dubbio insiste sulla possibilità di considerare tutti i compartecipi come *interfectores* e quindi colpevoli di omicidio, oppure come semplici *vulnerantes* rispetto ai quali comminare una pena inferiore.

In linea di massima prevale l'indirizzo che nell'incertezza nessuno dei compartecipi può essere accusato di omicidio. *In criminalibus* l'incertezza sul materiale esecutore del crimine impedisce di considerare tutti indistintamente responsabili del delitto commesso e di condannare tutti alla pena capitale.

A conferma di ciò si inizia a distinguere la posizione di coloro che hanno prestato *auxilium in assistendo*, all'interno della quale rientrano coloro che in vario modo si sono adoperati per la commissione del crimine, a volte limitandosi a percuotere la vittima, dalla posizione di coloro che hanno materialmente commesso l'omicidio<sup>23</sup>. Buona parte della dottrina giustifica questa diversificazione sostenendo che le norme statutarie sull'omicidio prevedono che possa essere punito solo chi

---

<sup>22</sup> G. D'ANDREA, *In quintum decretalium...* nn. 5-8, fol. 58a.

<sup>23</sup> *Tabula consiliorum domini ALEXANDRI DE IMOLA cum decisionibus omnium consiliorum*, s.n., Venetiis, 1499, Cons. 15 fol. 19vb: "potuerun puniri tamquam prestantes auxilium omicidio assistendo ad homicidium committendum ... de auxilio praestito maleficio assistendo".

*effectualiter* uccide e che in esse non è prevista alcuna pena per chi si limita a ferire la vittima, anche se lo fa con *animus occidendi*. Ciononostante la minore 'intenzionalità' a delinquere, dimostrata dagli aggressori, non impedisce al giudice di condannare i compartecipi a una pena inferiore.

Fermo sostenitore di questa tesi, articolata sul pensiero dei suoi predecessori, Alessandro Tartagni insiste molto sul nesso di causalità tra la ferita e la conseguente immediata morte della vittima. Nell'ipotesi in cui l'aggressione sia stata perpetrata con la volontà di uccidere, ma non abbia prodotto l'*effectus* il giurista esclude che gli aggressori possano essere tenuti *de occiso* e pertanto condannati a morte. La riflessione incontra il favore della dottrina, come testimonia Matteo degli Afflitti, che apprezza molto l'opinione di Tartagni aggiungendo che in una simile fattispecie il delitto dev'essere distinto in principale e accessorio, e se c'è incertezza sul responsabile del delitto principale questa incertezza vizia anche il delitto accessorio<sup>24</sup>.

Ancora una volta sono le posizioni di Bartolo a creare scompiglio fra gli interpreti. Lo stesso Tommaso Diplovatazio nelle sue addizioni all'opera del grande maestro rileva che il pensiero di Bartolo in riferimento al concorso è singolare e atipico<sup>25</sup>.

Il giurista parte dal presupposto che nell'omicidio che segue a una rissa occorre considerare l'*animus* e non l'*ictus*, come generalmente si è sostenuto. Questo lo porta a distinguere e a individuare innanzitutto

---

<sup>24</sup> Il giurista cavilla sulle parole di Andrea d'Isernia che ritiene ugualmente responsabili tutti gli aggressori che in concorso hanno percosso e ucciso la vittima, ma non specifica per che cosa. A suo avviso l'espressione *omnes tenentur* utilizzata da Andrea d'Isernia dev'essere intesa non nel senso che tutti sono responsabili dell'omicidio, ma che tutti sono responsabili in solido al pagamento di una somma di denaro in relazione al danno. MATTHAEI DE AFFLICTIS, *In Utrusque Siciliae, Neapolisq. sanctiones, et constitutiones* fol. 66b-67a:

<sup>25</sup> THOMAS DIPLOVATIUS, *Add. a Bartolo, Comm. ad l. si in rixa, ad legem Cornelianam*: "Istum dictum fuit primum quod quando ex proposito teneatur omnes", in BARTHOLUS DE SAXOFERRATO, *Commentaria... cum additionibus Thomae Diplovatitii...* a cura di G. POLARA, vol. IX, Venetiis, per Baptistam de Tortis, 1526; rist. anast. Istituto Giuridico Bartolo da Sassoferrato, Roma 1996, n. 3, fol. 191rb.

quale è stato il movente della rissa e cioè se essa sia stata intenzionalmente provocata per giungere alla commissione dell'omicidio, o se essa sia scoppiata per ragioni indipendenti dalla volontà dei soggetti. Circostanza quest'ultima che, se accertata, consentirebbe di qualificare, secondo buona parte della dottrina, l'omicidio come un evento verificatosi *casualiter*. Per Bartolo, a differenza della *communis opinio*, in entrambe le ipotesi è l'*animus* e non l'*effectus* ad assumere rilevanza.

Nel caso in cui la rissa sia nata *ex quoddam accidendi*, non si può escludere che al momento dello scontro alcuni degli aggressori abbiano già in mente l'idea di commettere l'omicidio e pertanto anche in quest'ipotesi l'*ictus* serve per accertare l'eventuale *voluntas occidendi* di ciascuno dei compartecipanti<sup>26</sup>. Una volta accertato che la rissa sia scoppiata per motivi del tutto estranei alla volontà dei litiganti senza *animus principaliter*, ma solo in questo caso e, in assenza di prova sull'identità del vero omicida, il giurista ritiene che i compartecipi possano essere assolti *in criminalibus*, fatta salva l'azione di danno.

Diversamente se il dolo insiste *ex ante*, se è già nelle intenzioni dei compartecipi e denota la loro *voluntas occidendi* tutti debbono essere ritenuti colpevoli *de occiso*, anche nel caso in cui non si riesca ad accertare l'identità di chi ha inflitto il colpo mortale, al di là di ogni nesso di causalità tra ferita e morte. Gli aggressori sono tutti ugualmente responsabili anche quando il progetto criminale non sia stato portato a termine, nonostante le norme statutarie tengano in conto solo la commissione materiale del delitto. È su questo punto che il giurista prende le distanze dalla dottrina che, forse ad eccezione di Gandino, giustifica la punibilità del solo delitto consumato a condizione che sia identificato l'autore del colpo mortale<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> BARTOLO, *Comm. ad l. si in rixa, ad legem Corneliam* n. 2, fol. 191va: "ictus inspicitur ad hoc, ut videamus quem animum habuit quis occidendi vel non".

<sup>27</sup> Sul punto si vedano le posizioni di Saliceto, Calderini e Ancarani. M. LUCCHESI, *Si quis occidit, occidetur. L'omicidio doloso nelle fonti consiliari (secoli XIV-XVI)*, Padova, Cedam, 1999, p. 179.

La prospettiva di Bartolo si manifesta in tutta la sua coerenza nel momento stesso in cui il giurista sostiene che il delitto commesso *de pluribus delinquentibus* dev'essere valutato alla stregua di un unico delitto.

L'indagine sulle innumerevoli circostanze che portano alla commissione del *delictum*, che si disperde, tra infinite variabili, sul nesso di casualità tra ferite e morte perde di significato di fronte a questa sua affermazione. Per il giurista l'azione del singolo non ha rilevanza in un contesto in cui bisogna punire *alios propter illos delinquentes*. Egli considera i compartecipi alla stregua di singolo agente (*reputantur pro unum*) responsabile di unico delitto<sup>28</sup>. E in questo senso ha ragione Diplovatazio a ritenere la posizione di Bartolo unica nel suo genere.

Le numerose varianti sul tema della *voluntas*, della responsabilità mostrano quanto sia difficoltoso per gli interpreti medievali allontanarsi dalla dimensione giuridica legata alla concretezza del fatto e quanto l'elemento soggettivo stenti ancora ad affermarsi come condotta penalmente perseguibile. Ma, nonostante i dubbi, le incertezze il loro contributo è stato vitale e determinate.

Abili tessitori di una tela sulla quale lavoreranno i giuristi dell'età moderna, i *doctores* ragionano sulla responsabilità, sul dolo, sulla colpa, sul concorso, seguendo logiche discorsive e argomentative proprie del loro tempo, dando vita a una complessa e straordinaria architettura che rappresenterà a lungo la trave portante del pensiero giuridico.

---

<sup>28</sup> BARTOLO, *Comm. ad l. si in rixa, ad legem Corneliam* n. 2, fol. 191va: "Tunc omnes illi committentes unum delictum reputantur pro uno".