

Andrea Massironi

**La *malitia* dell'innocente:
il minore delinquente nella prima età moderna**

*The malitia of the Innocent:
The Juvenile Delinquent in the Early Modern Age*

SOMMARIO: 1. Il minore, ovvero i minori - 2. La responsabilità penale del minore - 3. Tra mitezza e severità: la pena - 4. La (in)capacità processuale del minore: il curatore - 5. La confessione - 6. La tortura - 7. Osservazioni conclusive.

ABSTRACT: The essay deals with the answers of early modern legal scholars to the questions relating to minors charged with crimes and involved in criminal trials. Starting from a Roman law-oriented idea of underage, they focused on different topics of both substantive and procedural law: the juvenile delinquent's criminal liability; the punishment to be inflicted on him/her; his/her capability to stand trial; the assessment of his/her confession by the judge; the possibility to even torture him/her. In their works, legal scholars tried to adapt a system actually conceived for 'adults' to the minors' peculiarities and discussed the practice of criminal procedure. Thus, on the one hand they claimed mildness for those delinquents due to their young age; but on the other hand they also witnessed how that principle could be neglected above all by high courts thanks to their unobjectionable discretionary judgment (*arbitrium*), on the strength of both minors' innate inclination to evil and the seriousness of the crime at issue.

KEYWORDS: Juvenile Delinquent; Criminal Procedure; Criminal Liability.

1. *Il minore, ovvero i minori*

Tra la fine del Medioevo e l'inizio dell'età moderna le indagini sulle fasi della vita – le c.d. età dell'uomo – costituivano una vera e propria categoria scientifica, all'interno di un sistema che intrecciava nozioni fisiche e filosofiche, che trovò ampio spazio in numerosi trattati. Il linguaggio impiegato per indicarle era però vario e non univoco, poiché rifletteva una spesso fluida determinazione dei loro confini. Un discorso relativo ai minori in quei periodi non può quindi fare a meno di affrontare preliminarmente anche alcune questioni definitorie¹.

Dal punto di vista tecnico-giuridico, una tale imprecisione (tanto lessicale quanto sostanziale) appariva meno evidente, fatta forse eccezione per alcune fonti di diritto canonico, il cui difetto di accuratezza è stato ampiamente

¹ «Quel territorio ha avuto nei secoli confini mutevoli e forme diverse di insediamento e popolamento»: O. Niccoli, *Il seme della violenza. Putti, fanciulli e mammoli nell'Italia tra Cinque e Seicento*, Roma-Bari 1995, pp. 3-10, 14-19 (citazione a p. 3). Pertanto, «qualsiasi ricerca sul ruolo dei fanciulli e dei giovani nella società medievale e moderna si confronta inevitabilmente» con tale «ben noto» problema: I. Taddei, *Fanciulli e giovani. Crescere a Firenze nel Rinascimento*, Firenze 2001, p. 13, che osserva anche come alcuni dei termini comunemente utilizzati fossero ricollegabili a fattori quali la posizione sociale o lavorativa dell'individuo, per cui, per esempio, nella Firenze rinascimentale 'bambino' era usato in senso spregiativo, mentre 'garzone' soprattutto per designare chi in giovane età svolgeva delle mansioni all'interno di un ambito professionale. V. anche C. Klapisch, *L'enfance en Toscane au début du XV^e siècle*, in «Annales de démographie historique», 1973, *Enfant et Sociétés*, pp. 99-122, pp. 100-102; P. Ariès, *Padri e figli nell'Europa medievale e moderna*, Roma Bari 1994 [*L'enfant et la vie familiale sous l'ancien régime*, 1975, I ed. 1960], pp. 15-31, con particolare riferimento alla difficoltà della lingua francese nel trovare corrispettivi adeguati per tradurre le molte parole che indicavano le età dell'uomo in antico regime. Di «estrema fluidità ... nell'uso dei termini» a fronte della precisione con cui invece si delineano i limiti delle età parlano invece S. Nagel – S. Vecchio, *Il bambino, la parola, il silenzio nella cultura medievale*, in «Quaderni storici», XIX, n. 57(3) (1984), pp. 719-763, pp. 719-720. I. Taddei, *Puerizia, adolescenza and giovinezza: Images and Conceptions of Youth in Florentine Society During the Renaissance*, in K. Eisenbichler (ed.), *The Premodern Teenager. Youth in Society 1150-1650*, Toronto 2002, pp. 15-26, però, nota che, a fronte di un uso ambiguo del termine 'giovane' e dell'assenza di un chiaro punto di demarcazione tra infanzia e giovinezza, questo tuttavia non significava necessariamente che vi fosse una vaga percezione dell'adolescenza, che si poneva come età di passaggio, segnata dalla crescita sessuale, tra quella dell'incompletezza (l'infanzia) e quella della maturazione fisica (la giovinezza): per esempio, a Firenze non si può ritenere che vi fosse intercambiabilità tra i termini impiegati, per lo meno a partire dal XV secolo, cioè da quando – nel 1429 – si cominciò a tenere traccia dell'età dei cittadini nel cd. 'Libro delle età', ai fini dell'eleggibilità a ruoli politici e dello svolgimento di obblighi all'interno del comune, ai quali era possibile accedere solo dopo aver per l'appunto raggiunto determinate soglie d'età.

evidenziato da un'attenta storiografia². Gli autori del tardo diritto comune, infatti, ancora si giovavano del vocabolario e della classificazione forniti dal diritto romano, che seguiva i cd. cicli ebdomadari³.

La parola 'minore' assumeva pertanto per i giuristi una valenza polisemica, racchiudendo in sé una complessità: indicava un *genus*, all'interno del quale erano identificabili alcune *species*. La minore età era così ripartita in fasi, attraverso le quali un individuo doveva passare fino al raggiungimento dei venticinque anni, compiuti i quali era considerato maggiore⁴.

Nel gradino più basso della scala che saliva verso il mondo degli adulti vi era l'infante, cioè colui che aveva meno di sette anni⁵: solo dopo aver perso i denti da latte, sostituiti da quelli definitivi, egli completava la capacità di esprimersi,

² Alla canonistica, con ampio ricorso alle categorie romanistiche, spettava il compito di fare ordine e chiarezza sul vocabolario di riferimento: cfr. R. Metz, *L'enfant dans le droit canonique médiéval: orientations de recherche*, in *L'enfant. II. Europe médiévale et moderne*, Bruxelles 1976, pp. 9-96, anche in Id., *La Femme et l'Enfant dans le Droit canonique médiéval*, London 1985, I, pp. 11-23; J. Goldberg, *The Legal Persona of the Child in Gratian's Decretum*, in «Bulletin of Medieval Canon Law», XXIV (2000), pp. 10-53, pp. 12, 15-18; F. Roumy, *Family Law*, in A. Winroth–J.C. Wei (eds.), *The Cambridge History of Medieval Canon Law*, Cambridge 2022, pp. 475-491, p. 477.

³ A. Burdese, *Età (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano 1967, pp. 79-80; cenni in U. Gualazzini, *Età (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano 1967, pp. 80-85, p. 84; J.-P. Néraudau, *Il bambino nella cultura romana*, in E. Becchi–D. Julia (curr.), *Storia dell'infanzia. I. Dall'antichità al Seicento*, Roma-Bari 1996, pp. 30-60, specialmente pp. 30-37 (dove si sottolinea anche la valenza simbolica del numero sette, conosciuta in tutta l'antichità e oltre). Sulla disciplina romana delle età nel diritto penale, con particolare riferimento alla responsabilità del minore, v. J.A.C. Thomas, *Delictal and Criminal Liability of the Young in Roman Law*, in *L'enfant. IV. La delinquance juvenile*, Bruxelles 1977, pp. 9-31, con analisi delle fonti romane dedicate alla materia.

⁴ Sulle classificazioni in base all'età nel diritto, v. A. Laingui, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit (XVI^e-XVIII^e siècle)*, Paris 1970, pp. 222-226; G. Pace, *Il discernimento dei fanciulli. Ricerche sulla imputabilità dei minori nella cultura giuridica moderna*, Torino 2000, pp. 11-15. Nei contesti extragiuridici si seguivano anche altri «schemi teorici» per la definizione delle età della vita e la loro rappresentazione: I. Taddei, *Fanciulli e giovani*, cit., pp. 20-34; Ead., *Puerizia, adolescenza and giovinezza*, cit., pp. 19-23. La partizione più diffusa era quella in sette età, data l'importanza che questo numero e i suoi multipli rivestivano nel pensiero dell'epoca, sulla base della coincidenza con altri importanti elementi, come i giorni della settimana (che erano anche i giorni della creazione), le età della storia del mondo e i pianeti (Luna, Mercurio, Venere, Sole, Marte, Giove, Saturno) nel sistema astronomico geocentrico, per quanto nel tempo siano stati proposti, descritti e interpretati da pensatori, artisti e scrittori schemi alternativi a quattro, sei o dodici età: E. Sears, *The Ages of Man. Medieval Interpretations of the Life Cycle*, Princeton 1986, pp. 38-120; G. Minois, *Storia della vecchiaia dall'antichità al Rinascimento*, Roma-Bari 1988, pp. 131-133, 176-181.

⁵ C. 6.30.18pr. (Teodosio e Valentiniano): «Si infanti, id est minori septem annis...».

direttamente collegata alle facoltà intellettive, secondo una concezione di origine stoica, penetrata nella cultura medievale e in quella successiva⁶. Prima di tale momento, l'*infans* era necessariamente connotato da incapacità e poteva ricoprire nella società solo un ruolo passivo⁷.

L'impubere (che le fonti indicavano anche come *puer* o come *pupillus*, impiegando quest'ultimo termine evidentemente in senso atecnico⁸) era il maggiore di sette anni, ma minore di dodici se femmina o quattordici se maschio. Durante questa età si cominciavano a formare legami con i coetanei, il mondo degli adulti, la comunità cittadina e, per chi poteva permetterselo, cioè per i membri delle classi medio-alte, iniziava anche l'istruzione scolastica, ora possibile perché si era acquisita la piena capacità di esprimersi (e si era quindi finalmente dotati delle adeguate facoltà intellettive)⁹. L'impubere poteva essere *proximus infantiae* o *proximus pubertati*, secondo una distinzione del diritto giustiniano, non irrilevante in generale né in relazione alla capacità giuridica né circa il regime della responsabilità penale¹⁰. Il discrimine stava nel compimento dei dieci anni e

⁶ V. Sancti Isidori Hispalensis Episcopi *Etymologiarum sive Originum Libri XX*, in *Opera omnia*, III-IV, ed. J.-P. Migne [PL 82], Lutetia Parisiorum 1850, lib. XI, cap. II, nn. 2 e 9, cc. 415-416: «Prima aetas infantia est pueri nascentis ad lucem, quae porrigitur in septem annis [...] Infans dicitur homo primae aetatis: dictus autem infans quia adhuc dari nescit, id est loqui non potest. Nondum enim bene ordinatis dentibus, minus est sermonis expressio». Cfr. S. Nagel – S. Vecchio, *Il bambino, la parola, il silenzio*, cit., pp. 720-725; P. Néraudau, *Il bambino nella cultura romana*, cit., p. 33.

⁷ O. Niccoli, *Il seme della violenza*, cit., p. XI.

⁸ Per *puer* come sinonimo di impubere (e *pueritia* come termine d'uso comune per designare questa fascia d'età), v. A. Alciatus, *De verborum significatione libri IIII ... in titulum XVI lib. L Digestorum commentarij*, Lugduni, impensis Ant. Gryphii, 1565, ad l. CCIV, *Pueri*, p. 491, n. 1 («cum puerum dicimus, impuberem intelligemus»); I. Menochius, *De arbitrariis iudicium quaestionibus et causis*, Coloniae Allobrogum, apud Philippum Albertum, 1630, lib. II, cent. I, *casus* 57, n. 1, fol. 200a e lib. II, cent. IV, *casus* 329, n. 1, fol. 608a; P. Farinaccius, *Praxis, et theoriae criminalis ... pars tertia*, Lugduni, sumptibus Horatii Cardon, 1606, q. 92, nn. 7-8, fol. 124b. Per *pupillus*, v. L. Corradus, *Praetorium, et curiale breviarium*, Venetiis, apud Ioan. Bapt. Somaschum, 1563, *Pupillus*, p. 103. Cfr. E. Becchi, *Medioevo*, in E. Becchi–D. Julia (curr.), *Storia dell'infanzia*, I, cit., pp. 61-90, p. 66.

⁹ O. Niccoli, *Il seme della violenza*, cit., p. XX; J.-P. Néraudau, *Il bambino nella cultura romana*, cit., p. 33; I. Taddei, *Fanciulli e giovani*, cit., p. 42.

¹⁰ V. M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, pp. 155-158; G. Coppola Bisazza, *Annotatiunculae (II). Qualche puntualizzazione sull'«infanti proximus» ed il «pubertati proximus»*, in «Rivista di diritto romano», XII (2012), pp. 1-15, con una rassegna critica delle fonti di diritto romano (in cui occupano un posto di rilievo le *Institutiones* gaiane) nelle quali comparivano tali espressioni. Per P. Riché–D. Alexandre-Bidon, *L'enfance au Moyen Age*, Paris 1994, p. 16, in riferimento proprio a questa distinzione, il ricorso a «plus nuancées» per indicare le diverse tappe della minore età connotava l'approccio dei giuristi.

mezzo per i maschi e dei nove e mezzo per le femmine: prima di tali limiti si rimaneva nell'ambito della prossimità all'infanzia, oltre si entrava conseguentemente in quello della prossimità alla pubertà¹¹.

Infine, vi era il pubere, maggiore di quattordici anni, ma minore di venticinque, al quale a certe condizioni tanto il *ius civile* quanto il *ius canonicum* riconoscevano diverse capacità: per esempio, testare, concludere contratti (ma con la possibilità di ottenere la *restitutio* in caso di *laesio*), sposarsi, essere giudice elettivo, essere notaio, essere avvocato (ma solo dopo i diciassette anni), essere arbitro (compiuti i venti anni)¹².

All'interno della società medievale prima e moderna poi, i minori – il discorso in misura diversa può valere per ciascuna delle età sin qui considerate – erano percepiti come soggetti che difettavano di qualcosa per raggiungere la loro compiutezza, non potendo ancora essere parte, per esempio, dei processi produttivi e decisionali¹³.

La necessaria carenza “ontologica” del minore – carenza inversamente proporzionale alla sua età – lo poneva a un livello basso della considerazione sociale. Nelle pagine dei criminalisti e della dottrina riecheggiavano così alcuni accostamenti – veri e propri *topoi* – con altri soggetti deboli in quella società, caratterizzati da qualche tipo di incapacità (naturale o disposta dall'ordinamento) e per questo destinatari di trattamenti giuridici specifici in relazione alle più disparate materie, che sia il diritto giustiniano sia il diritto canonico

¹¹ Gl. *Pupillum ad D.* 50.17.111(112), *De regulis iuris*, l. *Pupillum*, gl. *Promiserit ad D.* 46.2.1, *De novationibus*, l. *Novatio*; gl. *Proximus pubertati ad Inst.* 4.2.18(20), *De obligationibus quae ex delicto nascuntur*, § *In summa*; gl. *Infantiae proximus ad Inst.* 3.19(20).9, *De inutilibus stipulationibus*, § *Pupillus*. Riassume bene Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria in secundam Digesti Novi partem*, Lugduni, per Thomam Bertellum, 1547, *ad D.* 46.2.1, *De novationibus et delegationibus*, l. *Novatio*, n. 6, fol. 83rb. Tali classificazioni erano riproposte dalla quasi totalità degli autori che si occupavano di questi temi: diffuso P. Farinaccius, *Praxis, et theoriae criminalis ... pars tertia*, ed. cit., q. 92, nn. 9-17, foll. 125a-126a.

¹² Testamento: *D.* 28.1.15 (Ulpiano *ad edictum*). Matrimonio: *D.* 23.2.4 (Pomponio *ad Sabinum*); *X.* 4.2.1 (*Tua nos*, Ormisda al vescovo di Vercelli Eusebio; = 1Comp 4.2.2 = JK 869 = J³ 1676 = C.31 q.2 c.2 [*palea*]); *X.* 4.2.6 (*Continebatur*, = 1Comp. 4.2.8 = JL 14032 = WH 204; parte di una più ampia decretale di Alessandro III, inviata da Anagni all'arcivescovo di Trani il 9 settembre di un anno tra il 1173 e il 1176, secondo la ricostruzione fatta da W. Holtzmann, *Kanonistische Ergänzungen zur Italia Pontificia*, in «Quellen und Forschungen aus italienischen Archiven und Bibliotheken», XXXVIII [1958], pp. 67-175, p. 144, n. 191a); *X.* 4.2.7 (*De illis*, = 1Comp. 4.2.9 = JL 13767 = WH 4; anch'essa parte di una più lunga epistola di Alessandro III indirizzata al vescovo di Bath tra il 1174 e il 1181). Giudice: *D.* 42.1.57 (Ulpiano nelle *Disputationes*). Notaio: argomentando da *D.* 48.10.22pr. (Paolo *ad Senatus consultum Libonianum*). Avvocato: *D.* 3.1.1.3 (Ulpiano *ad edictum*). Arbitro: *D.* 4.8.41 (Callistrato nel primo libro dell'*edictum monitorium*).

¹³ G. Pace, *Il discernimento dei fanciulli*, cit., p. 5.

avevano introdotto e gli interpreti dell'uno e dell'altro avevano precisato: il minore era così affiancato alla donna¹⁴, al vecchio¹⁵, all'animale¹⁶, al *furiosus*¹⁷, al

¹⁴ C. 9.24.1.6 (Costantino) con equiparazione alla vedova; D. 2.8.8.2 (Paolo *ad edictum*); D. 3.1.1 (Ulpiano *ad edictum*), che nel complesso ispira C.3 q.7 c.2 §2; D. 5.1.12.2 (Paolo *ad edictum*), alla base del *dictum Tria sunt post C.3 q.7 c.1, Infamis persona*, secondo il quale la donna e l'impubere rientrano tra i soggetti esclusi dalla possibilità di ricoprire il ruolo di giudice, per quanto per ragioni differenti (*natura* il pubere, che *iudicio caret; moribus* le donne, non perché prive di giudizio, ma «quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur»); D. 22.6.9 (Paolo, *De iuris et facti ignorantia*), che permette l'*ignorantia iuris* al minore di venticinque anni e alla donna in alcuni casi; D. 48.2.8 (Macro, *de publicis iudiciis*), riprodotto in C.2 q.1 c.14, con divieto di accusare per donna e pupillo; Inst. 2.10.6, per il quale donne, impuberi, folli, sordi, muti, schiavi non possono essere testimoni di testamenti. La condizione di inferiorità giuridica della donna in età medievale, con attenzione anche alle influenze del diritto romano su quello canonico e sulla riflessione sviluppata intorno ad essa, è stata studiata da G. Minnucci, *La capacità processuale della donna nel pensiero canonistico classico. Da Graziano a Ugucione da Pisa*, Milano 1989; Id., *La capacità processuale della donna nel pensiero canonistico classico. II. Dalle scuole d'oltralpe a S. Raimondo di Pennaforte*, Milano 1994, nei quali si possono apprezzare anche i diversi approcci sviluppati nel tempo di fronte alle medesime questioni: tra gli altri, per esempio, in relazione al divieto di includere donna e minore nel novero dei testimoni, per la *Summa Parisiensis* la causa era per l'una il sesso muliebre e per l'altro l'età (vol. I, p. 70), mentre per la *Summa Coloniensis* il motivo era indistinguibile, cioè l'essere inabili in sé («propter personam», vol. II, pp. 6-7). V. anche dello stesso autore i successivi *Processo e condizione femminile nel pensiero dei primi glossatori civilisti*, in P. Linehan (ed.), *Studia Gratiana. XXIX. Life, Law and Letters: Historical Studies in Honour of Antonio García y García*, Romae 1998, pp. 641-660; *Processo e condizione femminile nella canonistica classica*, in F. Liotta (cur.), *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, Bologna 1999, pp. 129-183; *La condizione giuridica della donna tra Medio Evo ed Età Moderna: qualche riflessione*, in «Anuario de Historia del derecho español», LXXXI (2011), pp. 997-1008.

¹⁵ Per esempio, la gl. *Fere ad D. 50.17.108(109), De regulis iuris*, l. *Fere*. In generale, la dottrina, poi, quando si occupava della questione dell'età su temi attinenti alla materia criminale (sostanziale o processuale), tendeva a trattare in successione la minore età e la vecchiaia.

¹⁶ D. 9.2.5.2 (Ulpiano *ad edictum*), in tema di responsabilità aquiliana; *Dictum Ex eo autem post C.15 q.1 c.3, Firmissime*.

¹⁷ Per esempio, v. D. 2.4.4pr. (Ulpiano *ad edictum*); D. 4.6.22.2 (Paolo *ad edictum*); D. 5.1.12.2 (= *dictum Tria sunt post C.3 q.7 c.1*); D. 6.1.60 (Pomponio *ad Sabinum*); D. 8.2.5 (Ulpiano *ad edictum*); D. 9.2.5.2 (Ulpiano *ad edictum*); D. 13.1.2 (Pomponio *ad Sabinum*); D. 21.1.23.2 (Ulpiano *ad edictum aedilium curulium*); D. 37.11.1.8 (Ulpiano *ad edictum*) sul divieto per entrambi di testare; D. 38.16.1pr. (Ulpiano *ad Sabinum*) sullo stesso tema; D. 39.1.10 (Ulpiano *ad Sabinum*) in materia di *operis novi nuntiatio*; D. 39.1.11 (Paolo *ad Sabinum*), in cui infante e folle sono accostati per mancanza di *intelligentia*; D. 40.12.6 (Gaio *ad edictum praetoris urbanis*); D. 41.2.1.5 (Paolo *ad edictum*), in tema di possesso; D. 43.4.1.6 (Ulpiano *ad edictum*); D. 47.10.3.1 (Ulpiano *ad edictum*), poi riportato anche in C.15 q.1 c.2, *Illud relatam* (il concetto è inoltre ribadito dal successivo *dictum* di Graziano, *Ut itaque*); D. 48.8.12 (Modestino nelle *Regulae*), che scusa l'infante e il *furiosus* che abbiano commesso un omicidio, rispettivamente per *innocentia* e la *fati infelicitas*; D. 50.16.246pr. (Pomponio, *Epistulae*); Inst. 3.19.10;

sordomuto¹⁸, al servo¹⁹. Del minore, a differenza di alcuni di essi, si poteva sapere però con quasi certezza che questa situazione di inferiorità era destinata a terminare nel momento in cui fosse cresciuto e fosse entrato a pieno titolo e a tutti gli effetti (cioè anche giuridicamente) nel mondo degli adulti²⁰.

La condizione del minore era una conseguenza anche del suo essere privo – così si credeva – della componente razionale che invece caratterizzava (o avrebbe dovuto caratterizzare) l'adulto. La sua parte primordiale, gli istinti, le passioni, l'imprudenza prevalevano in lui: era un soggetto incompleto, che si affinava e portava a termine la sua crescita fisica e intellettuale nel tempo.

Incapace quindi per natura di tenere a freno o controllare la sua indole, il minore non era estraneo a manifestazioni di violenza, della quale le società medioevale e moderna erano profondamente permeate²¹. Tralasciando le azioni persino efferate delle quali poteva rendersi lecitamente protagonista, spesso all'interno di gruppi di suoi coetanei, impiegati come strumento di una giustizia

Clem. 5.4.1 (indicato da Friedberg e dai manoscritti come canone del Concilio di Vienne del 1311-1312, dove però non figura tra i testi approvati: sui motivi di tale errato riferimento, v. N. Laurent-Bonne, *Dormiens comparatur furioso: les origines canoniques de l'irresponsabilité pénale du dormeur*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung», C [2014], pp. 153-177, pp. 171-173). Sugli aspetti penalistici della figura del folle e il trattamento a lui riservato nella prima età moderna (per molti aspetti sovrapponibile a quello destinato al minore già dalla riflessione di Alberto Gandino), v. M. Boari, *Qui venit contra iura. Il furiosus nella criminalistica dei secoli XV e XVI*, Milano 1983.

¹⁸ D. 3.1.1.3 (Ulpiano *ad edictum*), minore di diciassette anni e sordo non potevano *postulare* al pretore (ripreso da C.3 q.7 c.2 §2); D. 5.1.12.2 (= *dictum Tria sunt post C.3 q.7 c.1*), con chiara indicazione della causa: «quia iudicio carent»; D. 45.1.1pr. (Ulpiano *ad Sabinum*), infante e sordomuto non potevano contrarre una *stipulatio* in quanto incapaci di parlare; D. 50.16.246pr. (Pomponio, *Epistulae*); D.4 *de cons.* c.74, *Parvuli*, dal *De ecclesiasticis officiis* di Isidoro di Siviglia (in Sancti Isidori Hispalensis Episcopi *Opera omnia*, V, ed. J.-P. Migne [PL 83], Lutetia Parisiorum 1862, lib. II, cap. 24, § 7, c. 822); X. 4.1.25, in materia matrimoniale (= 3Comp. 4.1.5 = Po. 2656 = *Die Register Innocenz' III. 8. Pontifikatsjahr 1205/1206*, hgg. O. Hageneder et al., Wien 2001, n. 190 [189], pp. 324-326; parte di una più ampia decretale, *Tue fraternitatis devotio*, di Innocenzo III tra la fine del 1205 e l'inizio del 1206 da Roma in San Pietro al vescovo di Brescia Giovanni da Palazzo).

¹⁹ D. 5.1.12.2 (= *dictum Tria sunt post C.3 q.7 c.1*); D. 40.1.4.8 (Ulpiano, *Disputationes*); Inst. 2.10.6.

²⁰ Il termine è qui usato, forse in modo improprio, per indicare i maggiori di venticinque anni.

²¹ Cfr. G. Liva, *Criminalità e giustizia nel ducato di Milano tra Cinque e Seicento (1570-1630)*, in *Aspetti della società lombarda in età spagnola*, Como 1985, II, pp. 8-50, che sottolinea i diversi fattori che rendevano così violenta la società del tempo, nella quale era scarso il valore attribuito alla vita e le reazioni di fronte alle offese subite erano spesso sproporzionate (l'uso diffuso di portare con sé armi più o meno letali accresceva poi il pericolo).

superiore o rituale²², egli poteva essere anche autore di reati comuni, compresi quelli ritenuti più gravi: omicidi, percosse, ferite, furti, porti d'armi abusivi denotavano una propensione al crimine che sotto diversi profili non presentava differenze con il mondo degli adulti²³.

Se da un lato, però, l'aggressività era diffusa nella società in modo abbastanza generalizzato, dall'altro ne esisteva una specifica riconducibile a ciascun gruppo di età, inclusi quindi in particolare i più giovani²⁴. Alcuni reati, pertanto, come messo in evidenza dai *doctores*, si prestavano più di altri a essere commessi dal minore, in qualsiasi contesto egli si trovasse a vivere e agire (tanto in città quanto in campagna, benché i luoghi della quotidianità incidessero ovviamente sulle tendenze a compiere alcuni crimini piuttosto che altri)²⁵: per esempio, furti per fame o a scopo ludico; ferimenti, omicidi, percosse durante risse²⁶, che potevano coinvolgere bande di ragazzini²⁷, oppure come conseguenza spesso non voluta di giochi con le armi o intrinsecamente violenti e rischiosi, tipici del tempo, come le sassaiole²⁸, la riproduzione di combattimenti più o meno organizzati (le cd. battagliole o battajole)²⁹, il tiro con l'arco o con la balestra.

²² Cfr. O. Niccoli, *Il seme della violenza*, cit., pp. 21-83: le città medievali e della prima età moderna vedevano spesso bande di ragazzini infierire contro i corpi dei condannati a morte, ma anche dei loro carnefici (se si riteneva, per esempio, che non avessero svolto a dovere le loro mansioni) o imperversare contro alcuni gruppi – soprattutto gli ebrei e specialmente in alcuni periodi dell'anno, come la Settimana Santa o nell'imminenza dell'elezione di un nuovo pontefice – con il benessere della comunità, che vedeva in queste loro azioni un che di profetico, oltre che un modo per incanalare la loro violenza e concedere una via di sfogo ai loro istinti.

²³ G.P. Massetto, *Un magistrato e una città nella Lombardia spagnola. Giulio Claro pretore a Cremona*, Milano 1985, pp. 220-239, che alle manifestazioni della delinquenza minorile fronteggiata da Claro durante la sua esperienza pretorile cremonese dedica un ampio quadro.

²⁴ Cfr. O. Niccoli, *Il seme della violenza*, cit., p. 31.

²⁵ Ivi, pp. 141-193; Ead., *Rituals of Youth: Love, Play, and Violence in Tridentine Bologna*, in K. Eisenbichler (ed.), *The Premodern Teenager*, cit., pp. 75-94, pp. 77-79.

²⁶ Sui problemi concernenti l'accertamento delle responsabilità nei reati (in particolar modo l'omicidio) commessi nel corso di una rissa (individuazione del colpevole, pena da comminare, etc.), v. M. Lucchesi, *Si quis occidit occidetur. L'omicidio doloso nelle fonti consiliari (secoli XIV-XVI)*, Padova 1999, pp. 173-194.

²⁷ V. O. Niccoli, *Il seme della violenza*, cit., p. 25.

²⁸ O. Niccoli, *Rituals of Youth*, cit., pp. 79-81; T. Dean, *Crime and Justice in Late Medieval Italy*, Cambridge 2007, pp. 27, 98, 100.

²⁹ A mani nude, con pietre o armi, per lo più di legno come mazze o clave, questi scontri tra 'squadre' riguardavano trasversalmente soggetti di tutte le classi sociali ed età all'interno delle città, le cui piazze e strade diventavano luogo di elezione delle zuffe, di fronte alle quali le autorità comunali si videro costrette nel tempo (a partire dal XIII secolo) a intervenire in vario modo per cercare di contenere il fenomeno, non privo di valenza rituale, che da una

Un discorso a parte meritano i cd. *delicta carnis*, nei quali anche i minori potevano essere coinvolti. All'interno di un ordinamento che considerava colpevoli e punibili anche coloro «qui permiserant se ab aliis carnaliter cognosci»³⁰, a spingere i giovani verso tali azioni – o a sopportarle – poteva essere sia il desiderio di assecondare i propri istinti più bassi, dei quali, come visto, anch'essi non difettavano, sia, come spesso capitava, la necessità: numerosi erano purtroppo i casi di chi, spinto dal bisogno – in un contesto nel quale larga parte della popolazione viveva al di sotto della soglia di sopravvivenza – si concedeva in cambio di qualche bene di conforto. Tuttavia, la dottrina attribuiva in linea di massima la possibilità di commettere questo tipo di reati solo ai puberi, perché si richiedeva – potremmo dire per definizione – la piena maturità sessuale per poterne essere materialmente capaci, secondo una teoria che trovava riscontro anche nel diritto giustiniano, almeno in relazione al reato di adulterio, e che già Azzone, ripreso da Alberto Gandino, aveva riportato al pensiero agostiniano³¹.

parte consentiva di dare sfogo alla violenza individuale e alle tensioni sociali attraverso un gioco 'militare' e quindi in qualche misura educativo ('addestrativo'), dall'altra poteva costituire – nel momento in cui fosse degenerato, come poteva facilmente accadere – non solo una fonte di lutti, ma persino un elemento di instabilità politica. Anche come conseguenza di scelte repressive, a partire dal XV secolo le battaglie divennero meno frequenti e subirono una graduale mutazione, progressivamente sostituite da sfide meno cruento (per esempio, a colpi di ortaggi anziché di pietre) o confinate alla sfera infantile (conservando talvolta, in questi casi, il loro carattere violento). V. O. Niccoli, *Il seme della violenza*, cit., pp. 41-50; A. Rizzi, *Ludus/ludere. Giocare in Italia alla fine del medio evo*, Treviso-Roma 1995, pp. 41-46, 99-101, 142-144, 209-210; Ead., *Il gioco della "battagliola"*, in *Pace e guerra nel Basso Medioevo*, Atti del XL Convegno storico internazionale (Todi, 12-14 ottobre 2003), Spoleto 2004, pp. 219-254; Ead., *Prima degli sport contemporanei. Giochi addestrativi d'antico regime (riflessioni e percezioni)*, in «La Ricerca Folklorica», LX (2009), pp. 15-23, in particolare pp. 17-21.

³⁰ I. Clarus, *Sententiarum receptorum Liber V*, Venetiis, apud Cornelium Arrivabenum, 1587, § fin., q. 60, vers. *Dictum est*, fol. 169vb. C. Lansing, *Girls in Trouble in Late Medieval Bologna*, in K. Eisenbichler (ed.), *The Premodern Teenager*, cit., pp. 293-309 descrive un quadro squallido, nel quale soprattutto le giovani ragazze oggetto di attacchi, violenze, stupri e abusi dovevano spesso fronteggiare anche l'accusa di avere cattiva fama o costumi non specchiati, se non addirittura di essere state all'origine del comportamento dell'aggressore, avendolo provocato o apertamente sedotto.

³¹ Azo, *Summa*, Lugduni, sub scuto Coloniensi, apud Ioannem et Franciscum Frellaeos, fratres, 1540, ad C. 9.2, *De accusationibus et inscriptionibus*, pr., fol. 225vb, ripreso da A. Gandinus, *Tractatus de maleficiis*, ed. H. Kantorowicz, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik. Zweiter (letzter) Band: Die Theorie. Kritische Ausgabe des Tractatus de maleficiis nebst textkritischer Einleitung*, Berlin-Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1926, *Qui accusari possunt et qui non*, n. 4, p. 19. Per M. Conetti, *Responsabilità e pena: un tema etico nella scienza del diritto civile (secoli XIII-XIV)*, Milano 2011, pp. 117-118, nt. 14, il riferimento alla fonte ispiratrice della teoria è «oscuro», poiché nel *corpus* delle opere agostiniane non sarebbe rintracciabile un antecedente

D'altro canto, al minore, soprattutto al più giovane, era attribuita anche un'innata innocenza, che lo rendeva persino un possibile (e privilegiato) mediatore con il divino³²: lo testimoniava l'etimologia della stessa parola *puer*, che si faceva risalire alla sua purezza, secondo una tradizione non estranea nemmeno ai giuristi, che usavano ricorrere a queste argomentazioni nel condurre i loro ragionamenti e sviluppare le loro interpretazioni³³. Anzi, nel linguaggio comune il fanciullo era l'innocente per antonomasia: l'infanzia era l'età dell'innocenza; la

sicuro e anche i due giuristi forse dubitavano della paternità del passo. Se è innegabile che in quei termini il testo non compaia negli scritti di Agostino, esso coincide però ampiamente per contenuto con X. 5.23.1 (*Pueris grandiusculis*, = 1Comp. 5.20.1: «*Pueris grandiusculis peccatum nolunt attribuire quidam, nisi ab annis XIV, quum pubescere coeperint. Quod merito crederemus, si nulla essent peccata, nisi quae membris genitalibus admittuntur...*»), che, benché sia ascritto nelle edizioni moderne e in quella di Friedberg a Gregorio (Magno?), è in realtà tratto dal *De Genesi ad litteram* di Agostino: cfr. Sancti Aurelii Augustinii, Hipponensis Episcopi *Opera omnia*, III.1, ed. J.-P. Migne [PL 34], Lutetia Parisiorum 1865, lib. X, cap. XIII, § 23, c. 417. Di Gandino sul tema v. anche il tit. *De penis reorum in genere et de percussione et insultu*, n. 31, p. 231.

Per il diritto romano-giustiniano, cfr. D. 48.5.37(36) (Papiniano nelle *quaestiones*): «*Si minor annis adulterium commiserit, lege Iulia tenetur, quoniam tale crimen post pubertatem incipit*». Cfr. G. Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce 1997, p. 201, nt. 113. A. Gomezius, *Variae resolutiones*, Lugduni, sumptibus Petri Bruyset, et sociorum, 1744, t. III, *De delictis*, cap. 1, n. 59, p. 27b riportava come le *Partidas* avessero recepito tale esenzione di responsabilità per gli impuberi: cfr. *Las siete Partidas*, Salamanca, por Andrea de Portonariis, 1555, part. VII, tit. 1, ley 9, fol. 5rb-5va. Il minore poteva però essere chiamato anche prima dei quattordici anni a rispondere di *stuprum*, sulla base dell'interpretazione data a D. 48.5.35(34).1 (Modestino nelle *regulae*), che tra i soggetti con cui tale reato poteva essere consumato elencava, accanto alle non coniugate (specificamente la *vidua* e la *virgo*), anche il *puer*: cfr. Accursius, gl. *Crimen ad D. 48.5.37(36)*, *Ad legem Iuliam de adulteriis coercendis et stupro*, l. *Si minor*, v. anche gl. *Cadere potest ad C. 9.47.7, De poenis*, l. *Impunitas*. I. Clarus, *Sententiarum receptarum Liber V*, ed. cit., § *Stuprum*, pr., fol. 52vb concludeva sbrigativamente che la disciplina da applicare in questi casi coincideva con quella prevista per la sodomia, secondo la quale erano colpevoli sia l'*agens* sia il *patiens*. Nella definizione romanistica riportata da D. 48.5.6.1 (Papinianus, *de adulteriis*), d'altronde, tra i soggetti che potevano essere coinvolti nel reato di *stuprum* comparivano solo vedova e vergine.

³² P. Riché – D. Alexandre-Bidon, *L'enfance au Moyen Age*, cit., p. 22; J.L. Nelson, *Introduction*, in D. Wood (ed.), *The Church and Childhood*. Papers read at the 1993 Summer Meeting and the 1994 Winter Meeting of The Ecclesiastical History Society, Oxford 1994, pp. xix-xxiv, p. xix: «*peculiarly apt vessels for the Spirit*».

³³ «*Puer a puritate dici quidam existimaverunt*»: A. Alciatus, *De verborum significatione libri IIII*, ed. cit., ad l. CLXI, *Illa verba*, § *Pueri*, p. 395, n. 1. Tra i *quidam* richiamati da Alciato si può immaginare che figurasse sicuramente Isidoro da Siviglia: v. Sancti Isidori Hispalensis Episcopi *Etymologiarum sive Originum Libri XX*, ed. cit., lib. XI, cap. II, n. 10, c. 416 («*Puer, a puritate vocatus, quia purus est*»).

strage voluta da Erode era detta degli innocenti; gli abbandonati dalle famiglie accolti nelle strutture che si prendevano cura di loro erano chiamati proprio innocenti³⁴. A influenzare questa percezione aveva contribuito a partire dal XII secolo, grazie al movimento cistercense e in opposizione alla tradizione di origine aristotelica³⁵, l'affermazione di un'idea positiva del più giovane, legata a una nuova considerazione della natura umana di Cristo e al culto del Bambin Gesù (di cui sono testimoni numerose rappresentazioni figurative)³⁶. Giocò un ruolo importante in questo senso anche la predicazione che gli ordini mendicanti dedicavano specificamente alle prime età dell'uomo, all'interno di un'opera di valorizzazione soprattutto dell'infanzia e della puerizia, che attirò pure nei secoli successivi un crescente interesse da parte dei laici, ben visibile dal Quattrocento, specialmente attraverso i lavori della cultura – la pedagogia innanzitutto – di ambiente umanistico³⁷.

Di fronte a un soggetto non ancora adulto, ma che dal mondo degli adulti era contaminato e traeva anche i peggiori esempi; che, in quanto ancora debole, era più esposto al peccato e alle tentazioni; che oscillava tra bene e male e, cedendo alle passioni e abbandonando la sua purezza, non era sempre in grado di scegliere e percorrere la retta via; che spesso non riusciva a far prevalere la sua parte innocente, arrendendosi anzi a quella violenta; che, subendo i condizionamenti dell'ambiente (di frequente ostile e degradato) in cui viveva, non esitava a colpire cose o persone; di fronte insomma al minore delinquente, i giuristi del tardo diritto comune si interrogavano su numerose questioni, alle quali cercavano di proporre soluzioni. La particolare situazione del minore animava e alimentava pertanto le loro discussioni, che si collocavano a cavaliere tra quelli che, sulla base di categorie attuali, definiremmo il diritto sostanziale e il diritto

³⁴ Una delle più note strutture costruite a questo scopo è probabilmente il fiorentino Spedale degli Innocenti, la cui edificazione a carico dell'Arte della seta risale al 1419, per essere successivamente inaugurato nel 1445: P. Gavitt, *Charity and Children in Renaissance Florence. The Ospedale degli Innocenti, 1410-1536*, Ann Arbor 1990, p. 55. C. Klapisch-Zuber, *Il bambino, la memoria e la morte*, in E. Becchi-D. Julia (curr.), *Storia dell'infanzia*, I, cit., pp. 155-181, pp. 173-174. Su tali richiami all'innocenza dei fanciulli nel linguaggio comune dell'epoca, v. anche G. Pace, *Il discernimento dei fanciulli*, cit., pp. 8-9.

³⁵ E. Becchi, *L'antichità*, in E. Becchi-D. Julia (curr.), *Storia dell'infanzia*, I, cit., pp. 3-29, pp. 27-28.

³⁶ P. Riché – D. Alexandre-Bidon, *L'enfance au Moyen Age*, cit., p. 27; A. Martindale, *The Child in the Picture: a Medieval Perspective*, in D. Wood (ed.), *The Church and Childhood*, cit., pp. 197-232, che evidenzia a partire dal XIII secolo un nuovo realismo nella raffigurazione dei bambini (incluso il Bambin Gesù) nell'arte, possibile conseguenza della 'rivalutazione dei sensi' compiuta dall'interpretazione dell'aristotelismo in chiave cristiana.

³⁷ I. Taddei, *Fanciulli e giovani*, cit., pp. 69-74, 283-285.

processuale³⁸. Alcuni autori si soffermavano sul tema, dedicandovi appositamente uno spazio specifico all'interno delle loro opere³⁹, mentre altri – la maggior parte – costellavano di volta in volta i loro lavori di riferimenti, nei più diversi contesti, a seconda del tema preso in esame (per esempio, trattando dei singoli reati piuttosto che su aspetti di carattere processuale), qualora il richiamo fosse funzionale alla narrazione, all'argomentazione o allo svolgimento di quanto veniva affrontato in quel momento.

Le materie su cui i criminalisti si focalizzavano erano quindi da una parte soprattutto la responsabilità del minore e la pena a lui eventualmente comminabile e dall'altra le regole processuali che potevano essergli applicate, tra le altre cose, in relazione alla sua capacità di stare in giudizio, alla validità e al valore della confessione rilasciata, alla possibilità di sottoporlo alla tortura.

³⁸ Sull'inevitabile accostamento tra diritto sostanziale e processuale nel periodo in questione, nel quale la scissione tra i due campi del penale non si era ancora compiuta (si sarebbe concretizzata, infatti, come noto, anche se non immediatamente in modo definitivo, solo all'inizio dell'Ottocento, quando essi acquistarono reciproca autonomia, anche grazie alla codificazione), v. M.N. Miletti, *Diritto e processo penale: storia di una dialettica tra antico e nuovo regime*, in F. Danovi (cur.), *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, Torino 2015, pp. 8-53, pp. 10-11, 13-19 (sulla criminalistica cinquecentesca), 39.

³⁹ È il caso, per esempio, di Giulio Cesare Rugginelli, il cui trentacinquesimo capitolo delle *Practicae quaestiones*, consacrato alla pena comminabile al minore, prendeva in esame il tema, come spesso accadeva, reato per reato (*exemplis in unaquaque delicti specie*) ma toccava anche altre importanti questioni (I.C. Ruginellus, *Practicarum quaestionum rerumque iudicatarum liber singularis*, Venetiis, apud Baretium Baretium bibliopolam, ad signum Beatae Mariae Virginis, 1610, cap. 35, fol. 89vb-101va); e di Prospero Farinaccio, che si concentrava su numerosi problemi relativi al minore nella novantaduesima *quaestio* della parte terza della sua monumentale opera (P. Farinaccius, *Praxis, et theoricæ criminalis ... pars tertia*, ed. cit., q. 92, fol. 123a-145a), senza mancare tuttavia di fare gli opportuni richiami anche in altri luoghi della sua *practica criminalis*. Considerando la ricchezza di questi due autori in relazione alla tematica qui affrontata, la disciplina del minore delinquente nella prima età moderna sarà analizzata tenendo conto principalmente, ma non esclusivamente, dell'area lombarda e di quella romana. Non può non valere anche in questo caso quanto annotato, in relazione all'opera di Giulio Claro, da G.P. Massetto, *La prassi giuridica lombarda nell'opera di Giulio Claro*, in *Confluence des droits savants et des pratiques juridiques* (Actes du Colloque de Montpellier, 12-14 décembre 1977), Milano 1979, pp. 491-546, anche in Id., *Saggi di storia del diritto penale lombardo (secc. XVI-XVIII)*, Milano 1994, pp. 11-59, pp. 36-37: il raffronto con altre realtà era inevitabile e necessario per capire la rete delle rispettive e reciproche influenze nonché la portata (locale o, per così dire, 'sovranaazionale') delle consuetudini e delle prassi che si erano sviluppate e imposte.

2. *La responsabilità penale del minore*

A ognuna delle fasce d'età individuate si collegavano un diverso grado di capacità e differenti conseguenze (e discipline) in materia criminale. In quanto elemento che influiva sullo sviluppo fisico e psichico di un soggetto, l'età incidva infatti sulla considerazione della sua responsabilità penale⁴⁰, talvolta riducendola (fungendo da vera e propria attenuante), talaltra addirittura escludendola radicalmente⁴¹. L'irresponsabilità o la responsabilità mitigata del minore si fondavano presuntivamente sulla debolezza naturale dell'animo giovanile e sul suo altrettanto naturale difetto di discernimento: crescendo, egli avrebbe compreso meglio il carattere lecito o illecito delle sue azioni. Il grado di maturazione raggiunto dall'individuo era determinato dall'età, la quale dava la misura della sua responsabilità, salendo gradino dopo gradino (anno dopo anno) la scala della colpevolezza⁴². L'età del minore era considerata in modo differente – una costante nel corso della storia giuridica – a seconda che si volessero valutare la capacità giuridica e l'imputabilità penale. In questo secondo caso, di norma era più bassa, benché alcune variazioni fossero talora determinate dal *ius proprium*⁴³.

L'infante (cioè chi ancora non aveva compiuto sette anni) non era imputabile: l'età lo scusava, poiché «quid videat, ignorat», come citavano invariabilmente tutti i criminalisti per indicarne l'incapacità di discernimento, mutuando l'espressione da una costituzione di Costantino (C. 9.24.1.6)⁴⁴. Il fanciullo andava tutelato, quindi, perché non aveva reale percezione dell'atto che compiva

⁴⁰ Sulla responsabilità penale del minore tra Medioevo ed età moderna, v. A. Laingui, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit*, cit., pp. 219-247 (con una lettura non sempre precisa delle fonti); G. Pace, *Il discernimento dei fanciulli*, cit., pp. 15-22; A. Lefebvre-Teillard, *La responsabilité de l'enfant en droit canonique classique*, in J. Bouineau (dir.), *Enfant et romanité. Analyse comparée de la condition de l'enfant*, Paris 2007, pp. 135-152, anche in Ead., *Autour de l'enfant. Du droit canonique et romain médiéval au Code civil de 1804*, Leiden 2008, pp. 131-146.

⁴¹ C. Pecorella, *Cause di giustificazione, circostanze attenuanti e aggravanti del reato dalla Glossa alla c.d. Riforma del diritto penale*, in «Studi parmensi», VII (1957), pp. 301-374, anche in Id., *Studi e ricerche di storia del diritto*, Torino 1995, pp. 31-85, pp. 65-67; U. Gualazzini, *Età (diritto intermedio)*, cit., p. 84; A. Laingui, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit*, cit., p. 219.

⁴² A. Laingui, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit*, cit., p. 221.

⁴³ Sulla «teoria statutaria dei limiti e dei modificatori dell'imputabilità di natura biologica», con riferimento anche alle altre situazioni equiparabili alla minore età (condizione femminile, infermità mentale, sordomutismo...), v. T. Gatti, *L'imputabilità, i moventi del reato e la prevenzione criminale negli statuti italiani dei sec. XII-XVI*, Padova 1933, pp. 82-102 (in particolare pp. 85-89 per la minore età); M.G. di Renzo Villata, *Persone e famiglia nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XIII, Torino 1995, pp. 457-527, pp. 466-467.

⁴⁴ Per esempio, I. Clarus, *Sententiarum receptorum Liber V*, ed. cit., § fin., q. 60, vers. *Dictum est*, fol. 169va.

(non aveva «*animum, intellectum, nec iudicium rationis*») perché gli si potessero imputare colpa o dolo, secondo la sintesi di Antonio Gómez⁴⁵): quel che aveva fatto non poteva nemmeno essere considerato come atto delittuoso, poiché egli non poteva tecnicamente delinquere.

Dalla lettura dei frammenti della compilazione giustiniana⁴⁶, la dottrina di diritto comune traeva dunque la conclusione che l'infante fosse assolutamente incapace di commettere un reato e dovesse essere conseguentemente escluso in ogni caso dall'inflizione di una pena. Ogni sua azione non poteva essere frutto di colpa o dolo, ma era al pari di un evento realizzatosi per caso fortuito, che non poteva logicamente comportare una punizione⁴⁷. Di fronte all'infante – una volta che se ne fosse accertata l'effettiva età – il giudice doveva così pronunciare *ex officio* una sentenza che determinasse l'improcedibilità⁴⁸.

Non era tuttavia un orientamento sempre condiviso, dato che, per esempio, per Ippolito Marsili la presunzione di ignoranza fissata dalla compilazione giustiniana era ai suoi tempi ormai anacronistica. La realtà quotidiana dimostrava infatti a quale livello fossero giunti la decadenza e la degenerazione dei costumi: condotte un tempo attribuibili a giovani di quindici e più anni erano ormai riscontrabili in bambini di nemmeno sette, che si dedicavano perfino ad attività proibite, come il gioco dei dadi, nel quale peraltro baravano per vincere – notava polemicamente il giurista bolognese. La straordinarietà della situazione (che però tale non poteva più essere considerata) avrebbe quindi richiesto un'adeguata riconsiderazione della soglia di punibilità, per verificare di caso in caso se esistessero da parte dei minori anche infanti l'indole a delinquere e la capacità di dolo⁴⁹.

⁴⁵ A. Gomezius, *Variae resolutiones*, ed. cit., t. III, *De delictis*, cap. 1, n. 57, p. 26b.

⁴⁶ D. 9.2.5.2 (Ulpiano *ad edictum*), che esonerava l'infante dalla responsabilità aquiliana; D. 48.8.12 (Modestino nelle *Regulae*), in materia di omicidio, con esclusione dell'applicazione della *lex Cornelia*; C. 9.24.1.6 (Costantino), in tema di falso in moneta.

⁴⁷ V., per esempio, Baldus de Ubaldis, *In primam Digesti veteris partem Commentaria*, Venetiis, 1577, ad D. 9.2.5.1, *Ad legem Aquiliam*, l. *Sed et si*, § *Iniuriam*, n. 2, fol. 333ra: «nota quod furiosus et infans non sunt capaces delicti, sicut nec animalia bruta, et ideo factum ab eis sit impune, quia est factum sine dolo et culpa, nam casus fortuitus nunquam punitur per modum criminis».

⁴⁸ I.B. Baiardus, *Additiones et annotationes ... ad Iulii Clari receptorum Sententiarum Libros V*, Francofurti, officina typographica Nicolai Hoffmanni, impensis Ioannis Bassaei, 1617, add. *Quaero igitur*, ad § fin., q. 60, vers. *Dictum est*, n. 8, fol. 220b.

⁴⁹ H. de Marsiliis, *Commentaria super titulis ff. ad legem Corneliam de sicariis*, Lugduni, cudebat Benedictus Bonyn, 1531, ad D. 48.8.12, l. *Infans*, nn. 3-4, fol. 39rb-39va. Date queste premesse poco promettenti, all'infante che aveva commesso un omicidio Marsili avrebbe riconosciuto un trattamento pari a quello di un qualsiasi impubere (del quale si dirà tra breve), anziché l'esclusione da ogni procedimento e punizione.

Un'eccezione alla regola che escludeva la responsabilità penale dell'infante pare fosse il reato di blasfemia, per il quale non si riteneva che l'età potesse costituire una scusante: quando si fosse accertata nel concreto la sua capacità di dolo, allora pure il minore di sette anni doveva essere sottoposto a punizione, anche non lieve. La particolare durezza del trattamento riservato in queste circostanze era ricollegabile allo scopo che si voleva raggiungere, cioè quello di reindirizzare e correggere l'errante fin dalla sua più giovane età. Per dimostrare la sua potenziale propensione al dolo – di norma si presumeva infatti l'opposto – e giustificare la conseguente disciplina in deroga a quella ordinaria, i criminalisti si appoggiavano all'opinione dei canonisti (in una tale materia era quasi scontato), i quali argomentavano con un testo di Gregorio Magno relativo a un bambino di cinque anni solito bestemmiare (senza che i genitori lo riprendessero per questo) e che al momento della morte sopraggiunta per la peste era stato da alcuni demoni sottratto alle mani paterne⁵⁰. L'episodio insegnava chiaramente – questa la morale che ne traeva Ippolito Marsili – che il dolo e la peggiore malizia potevano albergare anche negli infanti, perché altrimenti la giustizia divina non avrebbe permesso che il bambino in questione fosse trascinato via dal maligno⁵¹. Per Tiberio Deciani e Prospero Farinaccio se era vero che, data la gravità del reato, in questo caso non valeva la presunzione di incapacità di dolo dell'infante, era tuttavia assolutamente necessario nel concreto verificare l'effettiva sussistenza di tale capacità, per cercare di appurare se egli comprendesse il significato delle sue bestemmie. In caso contrario, se non fosse stato in grado di capire la portata e il senso delle sue azioni e delle sue parole, allora non avrebbe dovuto essere punito⁵².

Quando al compimento dei sette anni il minore era classificato come impubere, il livello di maturazione che aveva raggiunto, benché sicuramente superiore a quello dell'infante, non era certamente ancora pieno. Tre erano i requisiti

⁵⁰ Cfr. Sancti Gregorii papae *Dialogorum libri IV*, in *Sancti Gregorii papae I cognomento Magni Opera omnia*, III, ed. J.-P. Migne [PL 77], Lutetia Parisiorum 1862, lib. IV, cap. 18, c. 349. V. Henricus de Segusio Cardinalis Hostiensis, *In quintum decretalium librum commentaria*, Venetiis, apud Iuntas, 1581, ad X. 5.23.1, *De delictis puerorum*, c. *Pueris*, n. 2, fol. 64rb; Iohannes Andreae, *In quintum decretalium librum Novella commentaria*, Venetiis, apud Franciscum Franciscum Senensem, 1581, ad locum, n. 4, fol. 83ra.

⁵¹ H. de Marsiliis, *Commentaria super titulis ff. ad legem Corneliam de sicariis*, ed. cit., ad D. 48.8.12, l. *Infans*, n. 1, fol. 39ra. Riportavano l'episodio anche T. Decianus, *Tractatus criminalis ... tomus secundus*, Francofurti ad Moenum, impensis Petri Fischeri, 1591, lib. 6, cap. 3, n. 19, p. 10b, a cui aggiungeva l'esperienza personale relativa a un bambino da lui conosciuto, aduso alle bestemmie, orrendamente ucciso da alcuni contadini senza che i genitori riuscissero a opporsi; P. Farinaccius, *Praxis, et theoriae criminalis ... pars tertia*, ed. cit., q. 92, n. 48, fol. 128b.

⁵² T. Decianus, *Tractatus criminalis ... tomus secundus*, ed. cit., lib. 6, cap. 5, n. 6, p. 14a; P. Farinaccius, *Praxis, et theoriae criminalis ... pars tertia*, ed. cit., q. 92, n. 191, fol. 142a.

che dovevano concorrere perché potesse essere accusato ed eventualmente riconosciuto responsabile di un reato e punito di conseguenza. Innanzitutto, bisognava distinguere se gli fosse attribuito un reato omissivo (non punibile) o commissivo (punibile)⁵³. Si riteneva evidentemente che in questo secondo caso fosse maggiore il coinvolgimento del delinquente, autore in prima persona di un comportamento dannoso, e non mero spettatore di fatti per ostacolare i quali avrebbe potuto o dovuto intervenire. Poi occorreva verificare se l'impubere fosse *doli capax*⁵⁴. In assenza della volontà di nuocere e della comprensione della gravità delle proprie azioni non poteva quindi essere accusato né tantomeno punito⁵⁵: un altro risultato approvato dalla dottrina, da cui pare potersi ricavare a quell'età la non punibilità del reato derivante da mera colpa. I giuristi aggiungevano infine che l'impubere dovesse essere prossimo alla pubertà⁵⁶, secondo

⁵³ V. già le *Antiquissimorum glossatorum distinctiones. Collectio Senensis ex Cod. ms. Senensi I.H.13*, prodit curante J.B. Palmerio, in *Scripta anecdota antiquissimorum glossatorum* (Bibliotheca Iuridica Medii Aevii), Bononiae 1892, XV, p. 147. La distinzione continuava poi nel tempo ed era riproposta da molti, tra i quali v. Cynus Pistoriensis, *In Codicem, et aliquot titulos primi Pandectarum tomi*, Francoforti ad Moenum, impensis Sigismundi Feyerabendt, 1578, ad C. 9.24.1, *De falsa moneta*, l. *Quoniam*, n. 10, fol. 557rb-557va; Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria in primam Infortiati partem*, Lugduni, excudebat Thomas Bertellus, 1547, ad D. 29.5.1.32, *De Senatusconsulto Syllaniano et Claudiano, et quorum testamenta non aperiuntur*, l. *Cum aliter*, § *Impubes*, n. 1, fol. 195va; Bartholomaeus de Salyceto, *Ad V. VI. VII. VIII. et IX. libros Codicis commentarii*, Lugduni, [Claudius Servanius,] 1560, ad C. 9.24.1, *De falsa moneta*, l. *Quoniam*, n. 3, fol. 404rb.

⁵⁴ Bisognava superare, con l'esame della situazione in concreto, quanto affermato da D. 47.10.3.1 (Ulpiano *ad edictum*: «Sane sunt quidam, qui facere non possunt, ut puta furiosus et impubes, qui doli capax non est») e da D. 47.12.3.1 (Ulpiano *ad edictum*, che esemplificava con «ut admodum impuberes» le *personae* «doli non capaces»). Già la Glossa (gl. *Impuberes*) a quest'ultimo frammento, però, limitava l'ostacolo all'estensione della responsabilità sotto i quattordici anni con un chiaro «quidam, sed non omnes». D'altro canto nella compilazione giustiniana si trovavano anche altri testi di senso opposto, che aprivano alla verifica dell'effettiva capacità di dolo di tali soggetti: D. 47.2.23 (Ulpiano *ad Sabinum*: «Impuberem furtum facere posse, si iam doli capax sit...»), D. 50.17.111pr. (Gaio *ad edictum provinciale*: «Pupillum, qui proximus pubertati sit, capacem esse et furandi et iniuriae faciendae»).

⁵⁵ Già A. Gandinus, *Tractatus de maleficiis*, ed. cit., *Qui accusari possunt et qui non*, n. 4, p. 19. Kantorowicz indica come fonte del passo Azo, *Summa*, ed. cit., 1540, ad C.9.2, *De accusationibus et inscriptionibus*, pr., fol. 225vb, che aveva parlato più genericamente di impubere *capax intellectus*.

⁵⁶ V. già la Glossa, che limitava in questo modo la possibilità riconosciuta dal diritto giustiniano di ritenere l'impubere *proximus pubertati* capace di furto e *iniuria* (D. 50.17.111[112], Gaio *ad edictum provinciale*), mentre al di fuori di questo caso la sua incapacità si presumeva assoluta: gl. *Capax sit ad D. 47.2.23, De furtis*, l. *Impuberem*: «veluti si sit proximus pubertati, non alias». Cfr. I. Clarus, *Sententiarum receptarum Liber V*, ed. cit., § fin., q. 60, vers. *Dictum est*, fol. 169vab.

le indicazioni derivanti dal diritto romano e le interpretazioni della scienza giuridica medievale di cui si è già detto. Questo significava che fino ai dieci anni e mezzo comunque l'impubere non poteva essere capace di dolo, mentre superata questa età il giudice avrebbe dovuto verificare se lo fosse tenuto in considerazione la persona e le circostanze del reato.

Nonostante le indicazioni provenienti da una lunga tradizione, il parametro della prossimità poteva presentare comunque problemi di determinazione. Per esempio, Iacopo Menochio, dopo un'accurata ricostruzione di tutte le teorie in merito, sosteneva che fosse più corretto fare affidamento sulla prudente valutazione del giudice per definirlo in concreto di volta in volta; anzi, quella era l'opinione «*hodie magis recepta*»⁵⁷. In ogni caso, era evidente che la sottopartizione dell'età impubere da un lato dilatava l'ambito della non punibilità anche oltre i sette anni, includendo tutto il periodo in cui il minore era considerato ancora prossimo all'infanzia, dall'altro lato, però, implicava una presunzione a danno del minore, che, raggiunta la prossimità alla pubertà poteva essere presunto capace di dolo, anticipando in questo modo la soglia della sua punibilità⁵⁸, dal momento che il pubere si presumeva in definitiva responsabile delle sue azioni e conscio delle sue facoltà mentali, benché ancora possibile preda delle passioni e degli eccessi tipici della sua età. Varcato il limite dei quattordici anni, infatti, il minore sarebbe finalmente entrato in quella fase della vita nella quale avrebbe acquisito la comprensione di ciò che costituisce un reato e gli sarebbero diventati chiari i principi di diritto naturale per cui non bisogna nuocere agli altri

⁵⁷ I. Menochius, *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis*, ed. cit., lib. II, cent. I, *casus* 57, n. 44, fol. 203a, punto di riferimento anche per i canonisti del XVI secolo, come nota A. Lefebvre-Teillard, *La responsabilité de l'enfant*, cit., p. 139. V. anche P. Decius, *In tit. ff. De regulis iuris*, Lugduni, ex officina Iuntarum, 1591, ad D. 50.17.111, l. *Pupillum*, n. 2, fol. 308b-309a, secondo il quale la presunzione di capacità di dolo poteva riferirsi, stante il testo della *lex* in esame, ai soli *proximi pubertati*, senza potersi però spingere a ritenere che si potessero parimenti credere *doli capaces* infanti e prossimi all'infanzia; i confini di tale fascia d'età potevano essere definiti, in mancanza di un'esplicita dichiarazione, dall'*arbitrium iudicis*. V. anche I.C. Ruginellus, *Practicarum quaestionum rerumque indicatarum liber singularis*, ed. cit., cap. 35, n. 78, fol. 101va: «*verius tamen existimo ego, si haec omnia religioni ac prudenti consilio, et arbitrio iudicis relinquuntur: potissimum si nec lege civili aut municipali nullum tempus aetati in delictis sit prefinitum*».

⁵⁸ Augustinus Ariminensis, *Additiones ad Angelus Aretinus, De maleficiis*, Lugduni, apud haeredes Iacobi Iuntae, 1555, add. *ad Scienter et dolose*, § *Quid de infante*, n. 6, pp. 319b-320a annotava criticamente la posizione di Gambigliani, che aveva sintetizzato eccessivamente i concetti, non escludendo la punizione dell'infante delinquente e *doli capax*: per punire, in realtà erano due i parametri di cui tenere conto, cioè tanto la capacità di dolo quanto la prossimità alla pubertà.

né fare loro ciò che non si vuole venga fatto a se stessi, come annotavano alcune fonti⁵⁹.

Il tema della responsabilità penale del minore era oggetto di attenzione anche da parte del diritto canonico. Sulla base del presupposto che la capacità a delinquere fosse strettamente collegata a quella di commettere peccato, i canonisti approfondirono infatti il tema con sempre maggiore interesse dopo il IV Concilio Lateranense del 1215, la cui costituzione *Omnis utriusque sexus* aveva introdotto per i fedeli l'obbligo della confessione annuale una volta raggiunta l'età del discernimento (*discretio*)⁶⁰. Tale limite era definito dalla canonistica, che si divideva tra chi lo interpretava sulla base delle caratteristiche soggettive dell'individuo, parametrato a un'astratta capacità di compiere atti dolosi da verificare caso per caso⁶¹, e chi lo intendeva oggettivamente, facendo coincidere l'acquisto della capacità di distinguere il bene dal male e di conseguenza di commettere azioni con dolo già al compimento dei sette anni⁶², secondo una tradizione

⁵⁹ Ioannes de Anania, *Super quinto decretalium*, Lugduni, excudebat Petrus Fradin, 1553, ad X. 5.9.2, *De apostatis et reiterantibus baptismum*, c. *Ex literarum*, n. 5, fol. 108vb, in gl. *Minor etas*, argomentando tanto con il diritto giustiniano (C. 2.2.2) quanto con il diritto canonico (D.36 c.10), riportava come fosse opinione dei *doctores* che ai minori fosse lecito ignorare il diritto positivo, ma non quello naturale e divino. A. Gomezius, *Variae resolutiones*, ed. cit., t. III, *De delictis*, cap. 1, n. 58, p. 27a parlava in tal senso di un *instinctus naturae* evidente a ciascuno.

⁶⁰ c. 21 = 4Comp. 5.14.2 = X. 5.38.12: «Omnis utriusque sexus fidelis, postquam ad annos discretionis pervenerit, omnia sua solus peccata confiteatur fideliter, saltem semel in anno, proprio sacerdoti...» (*Constitutiones Concilii quarti Lateranensis una cum Commentariis glossatorum*, ed. A. García y García, Citta del Vaticano 1981, p. 67). V. F. Gillmann, *Die "anni discretionis" im Kanon Omnis utriusque sexus (c. 21 conc. Lat IV). Unter besonderer Rücksicht auf Dr. Johann Ernst: Die Zeit der ersten hl. Kommunion und die "Jahre der Unterscheidung" seit dem IV. allgem. Konzil vom Lateran (1215), Historisch-dogmatische Untersuchungen über das kommunionpflichtige Alter*, in «Archiv für katholisches Kirchenrecht», CVIII (1928), pp. 556-617; R. Metz, *L'enfant dans le droit canonique médiéval*, cit., p. 64. Cfr. A. Lefebvre-Teillard, *La responsabilité de l'enfant*, cit., pp. 133-136.

⁶¹ V. Joannes Teutonicus, *Apparatus in Concilium quartum Lateranense* (in *Constitutiones Concilii quarti Lateranensis*, ed. cit.), ad c. 21, v. *Omnis utriusque... postquam ad annos discretionis pervenerit*, p. 208: «id est cum est doli capax, quia etas per malitiam suppletur». Tra i canonisti successivi v., per esempio, Henricus de Segusio, *Summa*, Lugduni, ex officina solertissimi viri Theobaldi Pagani, 1537, ad X. 5.38, *De poenitentibus et remissionibus*, n. 7, 623va: «intelligas hic anno discretionis ex quo scilicet quis discernit inter bonum et malum»; Bernardus Parmensis, App. ad X. 5.38.12, *De poenitentibus et remissionibus*, c. *Omnis utriusque sexus*, v. *Discretionis*: «id est, cum est doli capax: quia tunc potest peccare».

⁶² Vincentius Hispanus, *Apparatus in Concilium quartum Lateranense* (in *Constitutiones Concilii quarti Lateranensis*, ed. cit.), ad c. 21, v. *Omnis... postquam ad annos discretionis pervenerit*, p. 314: «id est ad septennium. Ex tunc enim mentiuntur ... Doli capax puer licet non pervenerit ad aetatem tenetur ... Sepe enim malitia supplet etatem»; Damasus, *Apparatus in Concilium quartum Lateranense* (in *Constitutiones Concilii quarti Lateranensis*, ed. cit.), ad c. 21, v. *Omnis ... ad annos discretionis*, p. 428: «id est, ad septennium... Postquam enim discreti sunt parvuli, omnia

risalente nel tempo⁶³. Per il diritto canonico, quindi, se prima di tale discriminazione il minore non difettava solo di un livello minimo di ragione, ma anche della volontà di fare il male (peccato o reato che fosse), che precludeva ogni possibilità di sottoporlo a punizioni⁶⁴, superata l'infanzia egli acquisiva invece una *malitia* che suppliva e colmava un poco le distanze – comunque ancora presenti e legate alla sua giovane età – con il mondo degli adulti. L'impubere diventava quindi pienamente in grado di commettere peccati/reati, come il furto, il mendacio, lo spergiuro (ma non i reati sessuali, dei quali si è già detto), secondo l'elenco che a titolo esemplificativo compariva in un capitolo agostiniano inserito tra le decretali del *Liber Extra*⁶⁵. Per il diritto della Chiesa assumeva dunque valore fondamentale la capacità di distinguere il bene dal male, che si credeva

crimina perpetrare possunt que preter genitalia committuntur». Proponeva una sintesi dei due schieramenti, senza propendere per l'uno o per l'altro, Archidiaconus, *Super Decreto*, Lugduni, apud Hugonem à Porta, 1549, ad C.15 q.1 c.2, *Illud relatam*, n. 1, fol. 243va. Sulle posizioni dei canonisti v. S. Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX. Systematisch auf Grund der handschriftlichen Quellen dargestellt*, Città del Vaticano 1935, pp. 127-128, e J. Dohnalik, *Il precetto pasquale. La normativa sulla Comunione e la confessione annuale (cann. 920 e 989) alla luce della tradizione canonica*, Roma 2015, pp. 65-74. In alcuni successivi concili (Narbonne 1227, Lucca 1287, Avignone 1341, Béziers 1354) l'età per la confessione (e quindi della discrezione) fu fissata a quattordici anni; a Tarragona (1329) si distinse tra maschi (quattordici anni) e femmine (dodici); nemmeno il concilio di Trento approdò a una definizione precisa, per la quale si dovette attendere il decreto *Quam singulari* del 1910, ripreso poi dal codice di diritto canonico del 1917, che fece coincidere l'età della discrezione con quella della ragione (cioè i sette anni): R. Metz, *L'enfant dans le droit canonique médiéval*, cit., pp. 65-66. Il codice di diritto canonico attualmente in vigore torna alla formula *anni discretionis*.

⁶³ I canonisti richiamavano come testo ispiratore di questa teoria un passo di Agostino – riportato tanto dalla Glossa ordinaria al *Decretum* quanto da quella al *Liber Extra* – in tema di pronuncia di professione di fede durante il battesimo: «Aug. in epistola ad Renatum Episcopum Septennis aetatis pueri et mentiri, et verum dicere, confiteri et negare iam possunt...» (Johannes Teutonicus, App. ad D.4 de cons. c.74, *Parvuli*, v. *Loqui*; Bernardus Parmensis, App. ad X. 5.23.1, *De delictis puerorum*, c. *Pueris*, v. *Grandiusculis*). Si tratta di un brano tratto dal *De anima et eius origine*, in Sancti Aurelii Augustini, Hipponensis Episcopi *Opera omnia*, X.1, ed. J.-P. Migne [PL 44], Lutetia Parisiorum 1865, lib. I, cap. X, § 12, c. 481. Sulla propensione già dei più piccoli a commettere peccato sostenuta da Agostino, cfr. G. Clark, *The Fathers and Children*, in D. Wood (ed.), *The Church and Childhood*, cit., pp. 1-27, pp. 23-24. V. già anche Rufinus, *Summa Decretorum*, ed. H. Singer, Paderborn 1902 (= Aalen 1963), ad C.16 q.3, p. 381: «capax autem doli esse potest a septennio et deinceps». Cfr. A. LeFebvre-Teillard, *La responsabilité de l'enfant*, cit., pp. 133-134.

⁶⁴ Bernardus Papiensis, *Summa Decretalium*, ed. E.A.T. Laspeyres, Regensburg 1860 (= Graz 1956), ad tit. 2.18, *De delicto puerorum*, § 1, p. 245: «nam doli capax aliquatenus punitur, infans autem nequaquam».

⁶⁵ X. 5.23.1 (*Pueris grandiusculis*, = 1Comp. 5.20.1), del quale si è già ricordata l'errata attribuzione nelle edizioni moderne e in quella curata da Friedberg.

potesse maturare nel minore già dopo i sette anni, quando si presumeva che il fanciullo giungesse a un grado di maturazione sufficiente per essere ritenuto capace di dolo. Per l'impubere erano conseguentemente possibili punizioni, benché necessariamente meno gravi rispetto a quelle riservate agli adulti, secondo un criterio del quale si dirà ampiamente a breve⁶⁶.

3. *Tra mitezza e severità: la pena*

Direttamente collegata alla responsabilità del minore, che cresceva insieme a lui per approssimarsi sempre più a quella piena dell'adulto, si presentava la questione della pena a lui comminabile⁶⁷. Il tema era al centro dell'attenzione dei giuristi da sempre, affrontato nei tribunali e variamente studiato dalla dottrina, con decisioni e su posizioni non di rado contrastanti⁶⁸.

Accanto a valutazioni relative alla maggiore o minore gravità del reato, alla sua modalità di esecuzione, all'unicità o ripetizione dell'evento, anche l'età del delinquente, tenendo a mente le classificazioni che abbiamo visto, era un elemento che concorrevva alla determinazione della corretta punizione per il delinquente: era dunque importante sapere se l'autore fosse annoverabile tra gli infanti, se fosse impubere – e in tal caso se fosse prossimo o meno alla pubertà – oppure se fosse già diventato pubere. La giovane età, a seconda dei casi, poteva così escludere completamente l'applicazione della pena ovvero influire sul tipo e sul *quantum*. Nella ricostruzione teorica della questione, a una graduazione della responsabilità ricavata presuntivamente sulla base dell'età doveva (o avrebbe dovuto) pertanto corrispondere una graduazione della relativa pena.

Assodato che l'infante non poteva essere imputabile di reato né sottoposto a procedimento penale e conseguentemente nemmeno punito (per quanto si sia fatto cenno a quelle situazioni in cui perfino tale assunto veniva posto in discussione) e considerato che l'impubere *proximus infantiae* era ad esso

⁶⁶ Cfr. ancora X. 5.23.1 e le relative glosse (di Bernardo da Parma e Lorenzo Ispanico).

⁶⁷ Cfr. M. Conetti, *Responsabilità e pena*, cit., in particolare pp. 115-122, sulla minore età come elemento che impediva la formazione di liberi processi volitivi che insieme all'atto determinavano la responsabilità e quindi la punibilità di un soggetto secondo le teorie del crimine e della pena tra Medioevo e prima età moderna, con conseguente «gradazione degli effetti deresponsabilizzanti dell'età».

⁶⁸ I.C. Ruginellus, *Practicarum quaestionum rerumque iudicatarum liber singularis*, ed. cit., cap. 35, pr., fol. 89vb: «questionem non novam, sed veterem, multis exemplis omnino contrariis munitam, in foro frequentem, et a plerisque scribentibus varie agitatam...».

sostanzialmente equiparato⁶⁹, il discorso verteva dunque principalmente sul minore in quelle fasce d'età che andavano dalla prossimità alla pubertà ai venticinque anni.

Il principio guida, frutto delle speculazioni dottrinali e a cui tendenzialmente si conformava la giurisprudenza, era che la pena da infliggere all'impubere responsabile di un reato (quindi *proximus pubertati*, capace di dolo e autore di un reato commissivo) dovesse essere inferiore a quella che avrebbe meritato un adulto autore dello stesso crimine⁷⁰. Questa riduzione o mitigazione (nella misura e nel tipo) era determinata dall'*arbitrium* del giudice⁷¹, che dava così concretezza alla previsione del diritto romano (nello specifico la l. *Fere*, D. 50.17.108, un frammento paolino *ad edictum*, ineludibile riferimento per la materia), secondo la quale occorreva portare una qualche forma di aiuto a un soggetto a causa della sua età⁷². La pena arbitraria, per definizione meno severa di quella

⁶⁹ Cfr. Inst. 3.19.10, in materia di *stipulatio*, ma usato proficuamente per argomentare anche in questi contesti: «... infans et qui infanti proximus est non multum a furioso distant, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent». Tuttavia, P. Farinaccius, *Praxis, et theoricae criminalis ... pars tertia*, ed. cit., q. 92, n. 171, fol. 140a riferiva che a Roma, «quae omnium aliarum civitatum magistra reputatur», aveva visto rispettato il principio in forza del quale gli impuberi non ancora prossimi alla pubertà non erano mai puniti dai giudici *boni* e *practici* con una pena diversa dalla *ferula* e mai pubblicamente o da un ufficiale pubblico, bensì in carcere dai genitori, da un parente o dal carceriere, per evitare in tal modo l'infamia che ne sarebbe potuta conseguire. Così si praticava anche in Francia: A. Laingui, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit*, cit., pp. 231-232. Il brano di Farinaccio è particolarmente interessante sia contenutisticamente, perché informava che la prassi romana colpiva anche i prossimi all'infanzia, sia per la sua costruzione formale, poiché in poche righe sintetizzava con un chiaro *climax* ascendente l'aumentare della gravità delle sanzioni con il crescere dell'età del delinquente (come si darà conto nel prosieguo del lavoro).

⁷⁰ V. gl. *Cadere potest ad C. 9.47.7, De poenis*, l. *Impunitas*, che scioglieva in «quia sit proximus pubertati» la seconda parte della costituzione di Alessandro Severo che vietava di lasciare impunito il reato di cui era autore un minore, purché si trattasse di uno di quelli che potevano da lui essere commessi.

⁷¹ Sul tema, centrale nel funzionamento del sistema, M. Meccarelli, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano 1998, in particolare pp. 195-224 per il ruolo giocato nella determinazione della pena straordinaria (costituendo peraltro la sanzione penale il nucleo tradizionale di applicazione dell'*arbitrium iudicis*). V. anche B. Schnapper, *Les peines arbitraires du XIIIe au XVIIIe siècle (doctrines savantes et usages français)*, in «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», XLI, 2 (1973), pp. 237-277, e XLII, 1 (1974), pp. 81-112.

⁷² Così P. Decius, *In tit. ff. De regulis iuris*, ed. cit., ad D. 50.17.108, l. *Fere*, n. 1, fol. 299b. I.C. Ruginellus, *Practicarum quaestionum rerumque indicatarum liber singularis*, ed. cit., cap. 35, n. 1, fol. 90rb-90va elencava le numerose *leges* e *rationes* che tradizionalmente giustificavano la riduzione della pena per il minore. Tra le *leges*: una delle leggi delle Dodici Tavole sul danneggiamento notturno del pascolo; D. 48.19.16.3 (Paolo Saturnino nel *De poenis*

edittale⁷³ (o almeno formalmente meno severa), era dunque la risposta che l'ordinamento dava all'esigenza di punire il minore *proximus pubertati* tenuto a rispondere *ex delicto* nel rispetto delle regole che imponevano di prendere nel dovuto conto la sua particolare condizione. Inoltre, sempre in via di principio, si sarebbe dovuta escludere la pena capitale o la mutilazione di un arto, dovendosi invece preferire la pena pecuniaria, della relegazione o non afflittiva⁷⁴.

paganorum: «consideratione aetatis quoque ratio habeatur»); D. 4.4.37.1 (Trifonino nelle *Disputationes*: «...quatenus interdum miseratio aetatis ad mediocrem poenam...»); D. 50.17.108 (Paolo *ad edictum*: «Fere in omnibus poenalibus iudiciis et aetati ... succurritur»); D. 29.5.1.32 (Ulpiano *ad edictum*: «aetas enim excusationem meretur»); X. 5.23.1 («...in eis non ita, ut in maioribus, punienda videantur»); D. 21.1.23.2 (Ulpiano *ad edictum aedilium curulium*: «... in eis [*impubes* e *furiosus*] non ita, ut in maioribus, punienda videantur»); *a contrario* da Inst. 4.1.18(20) («... obligari eo crimine [*furtum*] impuberem, si proximus pubertati sit»); C. 9.24.1.6 (Costantino: «aetas eorum quid videat ignorat»); D. 48.10.22pr. (Paolo *ad Senatus consultum Libonianum*: «Impuberem in hoc edictum incidere dicendum non est, quoniam falsi crimine vix possit teneri, cum dolus malus in eam aetatem non cadit»). Tra le *rationes*: argomentando con la gl. *Non datur ad C. 9.47.7, De poenis, l. Impunitas* («mitius tamen agitur») e Bernardus Parmensis, App. ad X. 5.39.60, *De sententia excommunicationis, c. Pueris, v. Aetatis* («parcitur aetati, licet non in totum, sed quo ad minorem poenam, ut in delictis»); argomentando con D.45 c.15, *Vera iusticia* («vera iusticia compassionem habet») per ribadire che la vera giustizia sta nel mostrare compassione verso i delinquenti; come nel reato compiuto con meno dolo deve essere irrogata una pena inferiore, così deve avvenire con il minore, nel quale non si può riscontrare un dolo tanto grande (e quindi è meritevole di una pena più mite); per quanto il minore possa compiere qualcosa con astuzia, essa non può tuttavia essere imputata *in toto* alla malizia, ma piuttosto al caso; se al minore di solito si attribuisce un tutore o un curatore, senza il quale non può amministrare i suoi affari, ne consegue che anche in materia criminale occorre fornire un qualche aiuto alla sua età; si dice che il reato sia stato commesso dal minore seguendo gli istinti primordiali e l'irruenza dovuta alla gioventù e alle passioni piuttosto che per malvagità o innata crudeltà, che prevalgono sulla parte intellettuale e razionale a causa della maturazione fisica e mentale ancora non pienamente compiute («dum enim sanguis ebullit, corpus crescit, sed imperfecta operatio est rationis»); i minori per l'età mancano di saggezza e capacità di giudizio. L'autore faceva peraltro seguire a titolo di completezza, secondo uno schema argomentativo tradizionale, anche le *leges* e le *rationes* a sostegno della tesi opposta, cioè che non si dovesse tenere in conto l'età del delinquente ai fini della determinazione della pena (nn. 4-5, foll. 90vb-91rb).

⁷³ Antonius de Butrio, *Super quinto libro decretalium*, Venetiis, per Ioannem et Gregorium de Gregoriis fratres, 1503, ad X. 5.1.21, *De accusationibus, inquisitionibus et denunciationibus, c. Inquisitionis*, fol. 15vb: «Nota bene quo ubi loco ordinarie pene relinquitur pena ad arbitrium iudicantis, iudex potest arbitrari usque ad quantitatem pene ordinarie, cuius arbitraria est surrogata, sed non potest ultra illam imponere».

⁷⁴ Per esempio, secondo A. Gandinus, *Tractatus de maleficiis*, ed. cit., *De penis reorum in genere et de percussione et insultu*, n. 31, p. 231, l'impubere doveva essere colpito con la verga quando per il reato era prevista la pena capitale. V. anche H. de Marsiliis, *Practica criminalis*, Venetiis, ex typographia Bartholomei Rubini, 1574, § *Quoniam*, n. 96, foll. 136v-137r.

Giulio Claro, per esempio, informava che questa era la prassi nel Ducato milanese, soprattutto nei riguardi dei fanciulli che si erano macchiati di reati sessuali (si ricordi che responsabili erano ritenuti anche coloro che non si erano opposti a essere conosciuti carnalmente), solo frustati anziché bruciati sul rogo⁷⁵. Lo stesso può dirsi per Roma, stante le parole di Farinaccio, che anche per i ladri plurimi oltre che per i sodomiti testimoniava *saepissime* l'uso della fustigazione in pubblico, mentre non aveva mai assistito a una condanna alla trireme – pena tra le più severe – «propter eorum tenellam aetatem»⁷⁶.

In realtà sui reati carnali era aperto un dibattito, perché c'era chi riteneva vigesse per tutti gli impuberi, quindi anche per quelli prossimi alla pubertà, la presunzione di non imputabilità a causa della loro impotenza naturale, senza che si dovesse nemmeno verificare caso per caso, come sostenevano altri, se il minore in questione fosse già *viripotens*⁷⁷. Gómez, annoverabile tra coloro che

⁷⁵ I. Clarus, *Sententiarum receptarum Liber V*, ed. cit., § fin., q. 60, vers. *Dictum est*, fol. 169vb. Per la pena ordinaria che secondo le *Novae Constitutiones* spettava nel Ducato di Milano ai sodomiti, ai quali sembra che facesse qui riferimento Claro, v. *Constitutiones Domini Mediolanensis*, Mediolani, apud Valerium & Hieronymum Metios fratres calcographos, 1552, lib. IV, tit. *De poenis*, cap. *Sodomitae*, p. 75v.

⁷⁶ P. Farinaccius, *Praxis, et theoricæ criminalis ... pars tertia*, ed. cit., q. 92, n. 171, fol. 140a. Il remo era una pena talmente dura da essere ritenuta un'*altera mors*; se perpetua, la moglie del condannato era addirittura considerata alla stregua di una vedova: v. G. Alessi Palazzolo, *Pene e "remieri" a Napoli tra Cinque e Seicento. Un aspetto singolare dell'illegalismo d'Ancien Régime*, in «Archivio storico per le province napoletane», XCIV (1977), pp. 235-251; G.P. Massetto, *Aspetti della prassi penalistica lombarda nell'età delle riforme: il ruolo del Senato milanese*, in «Studia et Documenta Historiae et Iuris», XLVII (1981), pp. 93-194, anche in Id., *Saggi di storia del diritto penale lombardo*, cit., pp. 331-424, pp. 372-387; Id., *Aspetti dell'amministrazione della giustizia in Italia nell'età del Don Chisciotte*, in *El derecho en la época del Quijote* (Seminario Internacional, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 15-17 marzo 2005), Cizur Menor 2006, pp. 119-184, anche in *Scritti di storia giuridica di Gian Paolo Massetto*, Milano 2017, tomo II, pp. 1053-1119, pp. 147-148. Pur non negando la gravità generalmente riconosciuta a tale supplizio (alcuni condannati preferivano essere decapitati piuttosto che essere destinati alle galere), C.C. Fornili, *Delinquenti e carcerati a Roma alla metà del '600. Opera dei Papi nella riforma carceraria*, Roma 1991, pp. 182-183 mette in evidenza come tuttavia per alcuni potesse anche trattarsi di una condizione non insopportabile, poiché è documentata la scelta di molti che, giunto il momento della liberazione, preferivano comunque continuare quella vita.

⁷⁷ P. Farinaccius, *Praxis, et theoricæ criminalis ... pars tertia*, ed. cit., q. 92, nn. 77-82, foll. 132a-133a, che accomunava la disciplina dell'adulterio a quella di tutti gli altri reati sessuali, riportava le opinioni secondo le quali sotto certi aspetti non occorresse distinguere la posizione del pubere, colpito da pena *mitior*, da quella dell'impubere, una volta concretamente verificata la sua effettiva capacità di unirsi a una donna. In alcune occasioni era infatti accaduto che un impubere fosse stato in grado di avere rapporti sessuali, benché non avesse ancora raggiunto l'età che convenzionalmente segnava il passaggio alla pubertà. Tuttavia, il giurista romano preferiva in queste circostanze attenersi alla teoria tradizionale, peraltro

affermavano *indistincte* la regola tradizionale, portava ad esempio il caso di un undicenne di cui era stato il difensore e che, seppur a fatica, era riuscito a far liberare sulla base di tale principio⁷⁸. Coloro che invece erano di contrario avviso, per questa fattispecie prospettando gravi conseguenze nel caso di accertata capacità a compiere atti di natura sessuale da parte del minore, fondavano la responsabilità dell'impubere sul principio *malitia supplet aetatem*, ricavato da una costituzione di Diocleziano e Massimiano (C. 2.42.3): questo poteva essere il pericoloso grimaldello per aprire non solo al superamento dell'idea che la pena contro il minore dovesse essere diminuita, ma anche a considerazioni più ampie, dal momento che in alcuni minori la *malitia* innata poteva raggiungere livelli tali da neutralizzare ogni espressione di benevolenza, che aveva il suo fondamento proprio nella loro giovane età. Se i minori per la loro gioventù, la loro imprudenza e le loro passioni potevano in generale essere scusati, tali giustificazioni non erano più ammissibili quando venivano commessi reati così gravi che dovevano necessariamente essere il frutto di una grande *malitia*.

L'accertamento dell'età impubere al tempo del reato poteva portare alla correzione di una condanna a morte in precedenza erroneamente comminata, in favore di una pena *extra ordinem*. Per esempio, Giulio Cesare Rugginelli, profondo conoscitore dell'ordinamento giuridico lombardo tra XVI e XVII secolo e «portavoce» della prassi senatoria⁷⁹, informava che Ercole Nuvoloni nel 1580 era stato condannato a morte in contumacia per l'omicidio di Camillo della Rocca, ma il 20 giugno 1588 era stato ammesso a provare la sua età su ordine del Senato⁸⁰, sentita la relazione del pretore di Cremona relativa alla causa,

«magis communiter recepta [...] et verissima», secondo la quale l'infraquattordicenne (anche quindi il *proximus pubertati*) non era punibile per la sua naturale supposta *impotentia coeundi* («propter defectum naturalis praesidii»), poiché si riteneva che avesse così agito non per una personale inclinazione al male, ma perché quasi costretto dalla sua indole, per la quale era previsto un conseguente trattamento più benevolo.

⁷⁸ A. Gomezius, *Variae resolutiones*, ed. cit., t. III, *De delictis*, cap. 1, n. 60, p. 27b.

⁷⁹ A. Monti, *Rugginelli, Giulio Cesare*, in I. Birocchi–E. Cortese–A. Mattone–M.N. Miletta (curr.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna 2013, II, pp. 1757-1758.

⁸⁰ Sul ruolo centrale anche e soprattutto *in criminalibus* di questo imprescindibile «grande protagonista» della storia giuridica e politica dello Stato di Milano (A. Cavanna, *La giustizia penale nella Milano del Settecento (un'occasione di riflessione sulla preistoria dei diritti dell'uomo)*, in «Rivista internazionale dei diritti dell'uomo», II [1989], pp. 1-20, anche in Id., *Scritti (1968-2002)*, II, Napoli 2007, pp. 657-687, p. 663; Id., *La "coscienza del giudice" nello stylus iudicandi del Senato di Milano*, in *Studi di storia del diritto*, II, Milano 1999, pp. 581-626, anche in Id., *Scritti*, II, cit., pp. 1037-1078, p. 1044), v. U. Petronio, *Il Senato di Milano. Istituzioni giuridiche ed esercizio del potere nel Ducato di Milano da Carlo V a Giuseppe II*, Milano 1972, in particolare il cap. II (pp. 93-201), intitolato alla *Nascita dell'egemonia del Senato*; L. Garlati, *Prima che il mondo cambi: la*

secondo la quale al tempo del delitto l'omicida era un *puer*, come appariva anche dal suo aspetto e dall'ispezione fatta dal pretore stesso e da un senatore, che ritenevano non potesse superare i venti anni. Pertanto, poiché sulla base delle verifiche era risultato evidente che al momento dell'omicidio egli non avesse comunque più di dodici anni, il 10 aprile 1589 si decise che fosse punito pubblicamente con un unico tratto di corda e poi rilasciato⁸¹.

Qualora però l'impubere *proximus pubertati* fosse stato partecipe di un reato configurabile come lesa maestà (etichetta sotto la quale rientrava una vasta serie di comportamenti contrari all'ordine della *res publica* e all'integrità del governo e dei governanti⁸²), l'età non avrebbe potuto in nessun modo essergli di qualche aiuto per evitare la pena più grave. Farinaccio ricordava a tal proposito che, sotto il pontificato di Gregorio XIII, fu *suspensus per pedes* a Castel Sant'Angelo un *adolescentulus* coinvolto attivamente nel fallito tentativo di fuga di Cesare Caetani⁸³, che lì era stato rinchiuso⁸⁴.

Pene blande stabilite dal giudice, che non escludevano comunque l'inflizione di quelle corporali, venivano di solito riconosciute dalla dottrina della prima età moderna a quei *pueri* che avessero cagionato danni, ferite o persino la morte di

Milano dei senatori nel Transunto del metodo giudiziario (1769), in *Studi di storia del diritto*, III, Milano 2001, pp. 521-639, specialmente pp. 603-625.

⁸¹ I.C. Ruginellus, *Practicarum quaestionum rerumque iudicatarum liber singularis*, ed. cit., cap. 35, n. 38, fol. 95ra.

⁸² M. Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano 1974, pp. 178-202 in particolare per la difficoltà nel definirne i contorni.

⁸³ Dedito a una vita di eccessi e delitti, riuscito più volte a evitare processi e condanne, forte dell'immunità feudale di cui godeva la famiglia e di influenti appoggi in ambito curiale, si era dato al brigantaggio, infestando le strade tra Lazio e Campania, finché nel 1582 fece l'errore di partecipare alla rapina e uccisione del corriere di Venezia diretto a Napoli; posti sotto sequestro i suoi possedimenti feudali, fu fatto prigioniero a Castel Sant'Angelo, da cui dopo sei mesi, la notte del 26 novembre 1583, provò invano una rocambolesca fuga, che gli costò la vita per decapitazione, eseguita il 29 novembre di quello stesso anno, non senza suscitare un certo clamore negli ambienti romani, abituati all'impunità di cui godevano i nobili conniventi con i banditi: G. De Caro, *Caetani, Cesare*, in *Dizionario biografico degli italiani*, XVI, Roma 1973, pp. 141-143, pp. 142-143; I. Polverini Fosi, *La società violenta. Il banditismo dello Stato pontificio nella seconda metà del Cinquecento*, Roma 1985, pp. 121-122; Ead., *La giustizia del papa. Sudditi e tribunali nello Stato pontificio in età moderna*, Roma-Bari 2007, p. 73.

⁸⁴ P. Farinaccius, *Praxis, et theoricæ criminalis ... pars tertia*, ed. cit., q. 92, n. 107, fol. 135a, che citava a sostegno T. Decianus, *Tractatus criminalis ... tomus secundus*, ed. cit., lib. 7, cap. 49, n. 12, p. 249a. Anche I.C. Ruginellus, *Practicarum quaestionum rerumque iudicatarum liber singularis*, ed. cit., cap. 35, n. 46, fol. 96vab indicava il *crimen laesae maiestatis* come eccezione alla regola, ma, evidentemente a corto di casi ricavabili dall'attualità e dall'esperienza personale, argomentava con esempi tratti dalla storia di Roma antica.

qualcuno – spesso un loro coetaneo – nello svolgimento di attività ludiche tipiche del tempo, nelle quali la violenza individuale o di gruppo era parte costitutiva⁸⁵: sassaiole, battagliole, tiro con l'arco o con la balestra, zuffe che talvolta sfuggivano di mano o si concludevano in modo tragico per sfortunate fatalità⁸⁶, senza contare gli scontri tra bande, anche per imporre la propria supremazia sul territorio. Il rischio di provocare eventi luttuosi era tutt'altro che raro, sia per la natura stessa di questi giochi così 'fisici' sia per l'imprudenza, la foga, lo spirito

⁸⁵ P. de Ancharano, *Consilia sive iuris Responsa*, Venetiis, apud Nicolaum Bevilaquam, 1568, cons. 283, fol. 149va-150ra escludeva la pena per l'*adulescens* che ne aveva ucciso un altro giocando a battagliola, ma sulla base dell'esame delle circostanze attribuiva al giudice la facoltà di irrogargli una pena pecuniaria o corporale o il bando per un certo periodo. B. Caepolla, *Consilia criminalia*, Lugduni, opera probi viri Benedicti Bonnyn ac impensis honesti viri Jacobi de Giunta Florentini, 1540, cons. 30, foll. 77rb-78rb propendeva per l'assoluzione o per il bando non oltre i cinque anni per il *regacius* che a Padova giocando a lanciare pietre con altri *scholares* ne aveva colpito alla testa un altro, che dopo pochi giorni era morto (sul *consilium* v. M.G. di Renzo Villata, *Bartolomeo Cipolla criminalista. Un itinerario alla ricerca di un sistema*, in G. Rossi (cur.), *Bartolomeo Cipolla: un giurista veronese del Quattrocento tra cattedra, foro e luoghi del potere*, Padova 2009, pp. 1-68, pp. 10-12; R. Sorice, *Vittime colpevoli e colpevoli innocenti. Ricerche sulle responsabilità penali nell'età del diritto comune*, Bologna 2018, pp. 129-132). In riferimento a entrambi gli episodi, v. E. Orlando, *Gioco, violenza e punibilità del puer nel basso medioevo. Dalla tolleranza alla repressione, tra caso, colpa e dolo*, in *Filii, filiae ...: položaj i uloga djece na Jadranskom prostoru / Filii, filiae ...: Position and Role of Children in the Adriatic Area*, Poreč 2011, pp. 46-68, pp. 59-60. A. Alcatus, *Dispunctionum libri IIII*, in *Paradoxorum...*, Lugduni, Seb. Gryphius excudebat, 1532, cap. 17, p. 117 diceva che il *puer* che, adiratosi durante una partita a dadi, aveva ucciso con un temperino un coetaneo con cui si era azzuffato, doveva essere punito con l'esilio. Un po' critico verso l'eccessiva clemenza che si dimostrava in tali situazioni Augustinus Ariminensis, *Additiones ad Angelus Aretinus, De maleficiis*, ed. cit., add. *ad Scienter et dolose*, § *Quid de infante*, n. 6, pp. 319b-320a, che, in risposta al dubbio che sempre si ripresentava circa la pena da applicare a «isti pueri qui excesserunt infantiam, proiciunt lapides, et occidunt unum», rispondeva di attenersi alla verifica tanto della capacità di dolo quanto della prossimità alla pubertà, portando il personale esempio di quello che aveva fatto a Ferrara, dove sulla base di queste premesse era riuscito a far scarcerare un *puer* – in assenza di ulteriori specificazioni e date le conseguenze, si può dedurre che fosse evidentemente *proximus infantiae* – che aveva ucciso un uomo in riva al Po. Lasciava tuttavia intendere che per reati del genere si sarebbe dovuta comunque prevedere una qualche punizione – almeno una bastonata – in modo che il castigo dissuadesse dal commettere altri reati (questa almeno la lettura fornita da I.C. Ruginellus, *Practicarum quaestionum rerumque iudicatarum liber singularis*, ed. cit., cap. 35, n. 38, fol. 95ra).

⁸⁶ Anche per l'abitudine di portare in cintura, spesso senza fodero, un coltellino, che all'evenienza potesse essere rivolto contro qualcuno, ma che nella foga del gioco – anche non cruento e innocente come la 'cavallina' – o durante una baruffa poteva essere urtato accidentalmente, penetrando nel fianco del suo stesso proprietario: cfr. T. Dean, *Crime and Justice*, cit., pp. 27, 32; E. Orlando, *Gioco, violenza e punibilità del puer*, cit., pp. 52-53. Sull'uso di portare armi fin dalla più tenera età, v. anche P. Ariès, *Padri e figli*, cit., pp. 367-368.

di competizione e l'incapacità di un pieno controllo di sé dei partecipanti. In molti casi le legislazioni statutarie erano state spinte a intervenire, nel tentativo di porvi dei limiti⁸⁷. Nonostante il più delle volte non fosse ravvisabile alcun elemento volontario di nuocere o di cagionare danni così gravi⁸⁸ e le conseguenze più tragiche fossero riconducibili al caso, escludendosi quindi in linea teorica la punibilità dei soggetti coinvolti⁸⁹, la necessità di arginare gli effetti più infausti di queste attività fonti di pericolo e fattori di rischio, insieme a più generali ragioni di repressione e di politica criminale, suggerivano di colpire anche gli autori di questi reati. La valutazione dei fatti e la considerazione dell'età portavano pertanto a imporre il più delle volte pene straordinarie anche in queste situazioni.

Il minore tra i quattordici e i venticinque anni era sicuramente punibile per ogni tipo di reato (inclusi quindi quelli omissivi), ma anche per lui, a causa dell'*imbecillitas aetatis*, vi era il beneficio di una pena più mite di quella ordinaria prevista per il maggiore autore del medesimo reato, stabilita dal giudice sulla base del suo *arbitrium*: questa era la *communis opinio*.

Poste queste regole, le personali esperienze di avvocati, consulenti e magistrati nei più autorevoli e prestigiosi consessi registravano prassi e idee che li rispecchiavano e non di rado se ne discostavano, fornendo l'immagine del funzionamento della giustizia del loro tempo e dando modo ai giuristi di sviluppare

⁸⁷ Sul tema specifico dei giochi violenti e delle loro conseguenze di ordine giuridico, v. E. Orlando, *Gioco, violenza e punibilità del puer*, cit., pp. 46-68.

⁸⁸ Sull'elaborazione delle teorie relative alla responsabilità penale per dolo e per colpa, sulla costruzione e definizione di queste due *figurae*, v. R. Sorice, *Voluntas et propositum distinguunt maleficia. L'emersione della responsabilità soggettiva nell'età del diritto comune*, in R. Sorice (cur.), *Concorso di persone nel reato e pratiche discorsive dei giuristi. Un contributo interdisciplinare*, Bologna 2013, pp. 43-53; Ead., *Vittime colpevoli e colpevoli innocenti*, cit.; Ead., *La rilevanza penale della colpa nel Medioevo. Ricerche sulla Doctrina Bartoli*, in «Rivista internazionale di Diritto comune», XXXI (2020), pp. 199-229. Per l'esame dell'elemento soggettivo dell'omicidio nella prospettiva della letteratura consiliare del tardo diritto comune, v. M. Lucchesi, *Si quis occidit occidetur*, cit., in particolare pp. 1-46.

⁸⁹ Sull'esclusione della punibilità dei reati (specialmente degli omicidi) *in ludo* e nelle attività assimilabili (i tradizionali tornei, ma anche 'sport' «cum pugnīs, aut calcibus»), in sintesi P. Farinaccius, *Praxis, et theoricæ criminalis ... pars tertia*, ed. cit., q. 95, n. 25, fol. 154b. Sul tema della responsabilità penale derivante da eventi e fatti sportivi, v. U. Gualazzini, *Premesse storiche al diritto sportivo*, Milano 1965, pp. 149-163, 306-342. Le dinamiche di gioco dei giovani causa della morte di uno dei *ludentes* e la relativa assenza di punizione per l'omicida erano state peraltro esemplificate dalla decretale, divenuta testo di riferimento, *Referente nobis* (X. 5.23.2 = 1Comp. 5.20.2 = JL 13957 = WH 856; Alessandro III all'arcivescovo di Reims Enrico tra il 1162 e il 1175), sulla quale v. S. Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre*, cit., p. 130. Holtzmann segnala che una lettera parallela nei contenuti (*Quendam monet*, JL 11737) era stata inviata il 5 marzo 1170 dallo stesso pontefice a Pierre de Celle, abate di St.-Remi.

i loro discorsi, in senso critico o favorevole, riguardo a quanto avveniva nei tribunali.

Non mancano quindi esempi indicativi del rispetto delle regole elaborate in sede teorica. L'età come elemento che portava a un intervento arbitrario del giudice nella determinazione della pena straordinaria (temperata) per il pubere⁹⁰ si riscontra così nel caso del diciassettenne (o diciottenne) omicida Bernardo Porro: sentita la relazione del giudice del Cavallo di Milano⁹¹ sul processo istruito contro di lui, il Senato, proprio considerata la minore età, con ordine del 5 dicembre 1598 dispose che fosse citato *sub poena* a cinque anni di remo⁹².

L'applicazione del principio è evidente anche nella vicenda relativa a un'infanticida riferita dall'«esperto della prassi giuridica milanese»⁹³ Giovanni Antonio Zavattari, che si era conclusa con una condanna alla pubblica fustigazione anziché alla pena capitale⁹⁴. Anche in caso di aborto da parte di una minore si poteva giungere alla mitigazione della punizione in forza dell'età: la pena inferiore a quella ordinaria (e mai quella di morte) doveva riguardare persino la donna riconosciuta colpevole di più d'uno di questi eventi delittuosi. In alcune situazioni (per esempio, se avesse agito su ordine della madre e fosse stata particolarmente giovane e *fatua*), Filippo Decio sembrava ventilare che si potesse

⁹⁰ Così P. Decius, *In tit. ff. De regulis iuris*, ed. cit., ad D. 50.17.108, l. *Fere*, nn. 3-4, foll. 299a-300a.

⁹¹ Sugli organi di amministrazione della giustizia penale nel Ducato milanese anche in età spagnola, v. G. Liva, *Criminalità e giustizia nel ducato di Milano*, cit., pp. 9-11; L. Garlati, *Organizzazione giudiziaria e processo penale nella Lombardia d'antico regime*, in M. Cavina (cur.), *La giustizia criminale nell'Italia moderna (XVI-XVIII secolo)*, Bologna 2012, pp. 145-168, pp. 155-156, ed Ead., *L'amministrazione della giustizia penale nella Lombardia spagnola*, in *La Lomellina. Un territorio e molte storie*, Milano 2013, pp. 137-148, pp. 138-139. Sul procedimento di relazione al Senato e la conseguente decisione con voto della Curia, v. G.P. Massetto, *Un magistrato e una città*, cit., pp. 277-291.

⁹² *Ordines excellentissimi Senatus Mediolani*, Mediolani, in Curia Regis, sumptibus Joseph Richini Malatestae Regii Ducalis Typographi, 1743, fol. 171. Nella sua annotazione, Pio Antonio Moggi Fossati rilevava come si trattasse comunque di una pena abbastanza grave, rinviando anche a quanto scritto sul tema della punizione contro i minori omicidi a I.C. Ruginellus, *Practicarum quaestionum rerumque indicatarum liber singularis*, ed. cit., cap. 35, n. 38, fol. 95a. Cita il caso G.P. Massetto, *Un magistrato e una città*, cit., p. 229, nt. 158. L'incertezza sull'età, che compare nelle fonti, non compromette il discorso, trattandosi comunque di un maggiore di quattordici anni e minore di venticinque: all'epoca, in realtà, ci si sarebbe dovuti meravigliare del contrario, cioè delle situazioni in cui si indicava con sicurezza l'età di un soggetto, poiché spesso non si era in grado di determinarla nemmeno in prima persona. In assenza di strumenti e pratiche per registrare con precisione le nascite, in questa materia ci si affidava quindi alla memoria e ai ricordi e pertanto regnava di norma l'approssimazione.

⁹³ G.P. Massetto, *Un magistrato e una città*, cit., p. 127.

⁹⁴ I.A. Zavattarius, *Panegyricus*, Mediolani, apud Franciscum Paganellum, 1595, pp. 77-79.

addirittura prendere in considerazione l'ipotesi di scusarla completamente⁹⁵, ma Menochio e Farinaccio ritenevano che fosse meglio propendere comunque per una pena arbitraria, data la gravità del reato⁹⁶.

Sempre Menochio riferiva che il 20 luglio 1592 il Senato di Milano, mentre lui stesso sedeva nel collegio, aveva giudicato che il parricida Ruggero Beltrami di sedici anni dovesse essere mandato alla trireme, anziché essere condannato alla pena ordinaria prevista per aver commesso un reato considerato tra i più odiosi⁹⁷.

⁹⁵ P. Decius, *Consiliorum sive responsorum ... tomus secundus*, Venetiis, [Societas aquilae se renovantis,] 1580, cons. 535 (*Requisitus*), nn. 5-6, fol. 194ra, relativo a una tale Nanna Gherardi di San Lorenzo a Pagnatico (il *consilium* risale al periodo pisano di Decio), rea confessata di ripetuti aborti compiuti quando era dodicenne o poco più con la collaborazione della madre, che le aveva fornito delle pozioni. In un contesto di estremo degrado e di ignoranza (cosa non rara in quei tempi e in quei luoghi), in cui emerge la soggezione della giovane alla madre, tra le argomentazioni addotte dal giurista era ovviamente centrale anche la minore età al momento dei fatti, allo scopo della determinazione della giusta pena da infliggere, che, secondo Decio, proprio per questo non doveva essere di natura corporale. V. anche O. Cacheranus, *Decisiones sacri Senatus Pedemontani*, Francofurti, Paltheniana, curante Ioanne Feyrabendio, 1599, dec. 60, nn. 8-9, p. 156a, che riferiva come soprattutto a causa della minore età il Senato piemontese avesse deciso di punire con la fustigazione pubblica e l'esilio anziché con la morte una minore che aveva confessato di aver commesso un aborto (e che aveva peraltro cercato di giustificarsi affermando di non essere in realtà consapevole della gravidanza).

⁹⁶ I. Menochius, *De arbitrariis iudicium quaestionibus et causis*, ed. cit., 1630, lib. II, cent. IV, *casus* 357, n. 20, fol. 659a; P. Farinaccius, *Praxis, et theoriae criminalis ... pars tertia*, ed. cit., q. 97, *casus* 8, cap. 10, n. 150, fol. 185a.

⁹⁷ I. Menochius, *De arbitrariis iudicium quaestionibus et causis*, ed. cit., lib. II, cent. IV, *casus* 329, n. 15, fol. 610a. In realtà l'autore teneva a precisare che a pesare sulla decisione del Senato fosse stato anche il fatto che il padre aveva usato violenza contro il figlio. Infatti, come specificato da H. Giacharius, *Annotationes ad I. Clarus, Sententiarum receptarum Liber V*, ed. cit., ad § *Parricidium*, vers. *Scias etiam*, ann. b, fol. 48ra, il parricida *ex causa* doveva essere punito con pena straordinaria ad arbitrio del giudice. La pena del remo era generalmente inflitta contro chi, a causa della minore età, non poteva essere condannato a quella ordinaria: G.P. Massetto, *Aspetti della prassi penalistica lombarda nell'età delle riforme*, cit., p. 379, con numerosi esempi (nt. 162), specialmente del XVII secolo, tratti dalle *Decisiones et annotationes* di Moggi Fossati. Sull'*arbitrium* del Senato milanese – che trovava un limite almeno formale nell'equità – nella generale gestione della materia criminale (in relazione alla quale il titolo *De Senatoribus* delle *Novae Constitutiones*, gli conferiva «prerogative quasi sconfinata»: A. Monti, *I formulari del Senato di Milano (secoli XVI-XVIII)*, Milano 2001, p. 58) e nello stabilire pene straordinarie (nonché nell'adattare quelle edittali, attraverso l'interpretazione del titolo *De poenis* del libro quarto delle *Novae Constitutiones*), v. A. Cavanna, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano 1975, pp. 200-221; A. Monti, *Iudicare tamquam Deus. I modi della giustizia senatoria nel Ducato di Milano tra Cinque e Settecento*, Milano 2003, specialmente pp. 266-272, 349-365.

Il principio della sostituzione della pena con una straordinaria a causa dell'età del delinquente, che vedeva interpretazioni anche molto originali da parte di ogni tribunale⁹⁸, era esemplificato da Farinaccio con il celeberrimo caso Cenci, nel quale aveva avuto, com'è noto, un coinvolgimento nel ruolo di difensore degli imputati – tanto da costituire «l'episodio più frequentemente ricordato dai suoi biografii»⁹⁹. Infatti, la pena ordinaria (capitale) che sarebbe dovuta spettare al pari della madre Lucrezia, del fratello Giacomo e della sorella Beatrice anche a Bernardo, confesso del parricidio del padre Francesco, fu mitigata e commutata da papa Clemente VIII nella confisca dei beni e in un anno di carcere seguito dalla trireme perpetua, poiché al tempo del delitto egli era sedicenne, risparmiandogli in questo modo il tragico destino degli altri membri della sua famiglia, giustiziati sulla pubblica piazza l'11 settembre 1599 con «horrendum et miserandum ... spectaculum»¹⁰⁰. La pena comminata al più giovane dei fratelli Cenci era in linea con quanto lo stesso Farinaccio teorizzava: qualora fosse stato commesso un reato grave, la punizione da infliggere sarebbe dovuta consistere nella fustigazione e nella trireme, a meno che questo implicasse il rischio di maggiore scandalo e peccato. Spettava ovviamente al giudice la valutazione del caso e al limite se astenersi addirittura dal punire in tal modo. Il giurista romano, aprendo una finestra sulla società dell'epoca divisa in ceti e costruita

⁹⁸ Per il reato di sacrilegio, per esempio, v. in Catalogna L. a Peguera, *Decisiones aureae ... ex variis Sacri Regii Consilii Cathaloniae, Venetiis*, apud Iacobum Antonium Somaschum, 1608, dec. 24, n. 23, fol. 33ra: il Regio Consiglio il 7 marzo 1584 condannò il minore Bernardo Sampso di Minorca per il furto di sei drappi di modico valore dall'altare delle cappelle del duomo della città, in ragione della sua età, alla fustigazione e alla trireme per cinque anni (anziché in perpetuo) sulle regie galere; a Bordeaux N. Boerius, *Decisiones Burdegalenses*, Lugduni, apud Caesarem Farinam, 1566, dec. 254, n. 20, fol. 496a: due giovani il giovedì santo avevano trafugato una patena e un calice dall'altare, sul quale erano stati esposti, e per questo furono condannati a essere bastonati per due sabati in luogo pubblico nella parrocchia in cui avevano commesso il furto, e a chiedere a gran voce perdono e misericordia al momento dell'elevazione durante la consacrazione nel corso di una messa domenicale, vestiti solo della camicia e con una fiaccola in mano.

⁹⁹ A. Mazzacane, *Prospero Farinacci*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero – Diritto*, Roma 2012, pp. 153-156, p. 154; Id., *Farinacci, Prospero*, in I. Birocchi–E. Cortese–A. Mattone–M.N. Miletta (curr.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna 2013, I, pp. 822-825, p. 823. Su questa «rumorosa» vicenda, che insieme ad altri due crimini consumati all'interno di nobili famiglie (i Massimo e i Santacroce) scosse Roma a cavaliere tra XVI e XVII secolo, v. S. Feci, *Violenza nobiliare e giustizia nella Roma di Clemente VIII*, in M. Di Sivo (cur.), *I Cenci. Nobiltà di sangue*, Roma 2002, pp. 237-253; A. Mazzacane, *Diritto e miti: il caso di Beatrice Cenci*, in «Studi Storici», LI, 4 (2010), pp. 935-965.

¹⁰⁰ P. Farinaccius, *Praxis, et theoricae criminalis ... pars tertia*, ed. cit., q. 92, n. 108, fol. 135a: il fratello Giacomo (in quanto primogenito e capofamiglia) fu abbattuto con una mazza e squartato, mentre la sorella Beatrice e la madre Lucrezia furono decapitate.

sui privilegi legati all'appartenenza di classe, introduceva poi un'altra variabile di cui era opportuno tenere conto: se si fosse trattato di un nobile condannato alla galera per aver commesso un reato punito con pena capitale, lo si sarebbe dovuto destinare non già a remare, ma a servire gli uomini liberi a bordo dell'imbarcazione e a combattere contro i nemici¹⁰¹.

La diminuzione della pena per il minore autore di un reato sarebbe stata riconosciuta anche in un particolarissimo caso, che identificava e connotava l'ambiente e la società entro cui questi problemi si presentavano: si trattava del figlio accusato dal padre o comunque da lui presentato in giudizio. Secondo un riconosciuto principio di umanità, egli doveva essere sottoposto a una pena più mite di quella prevista dall'ordinamento: così argomentava anche Bartolomeo Cipolla, estendendo la prescrizione del diritto giustiniano relativa al disertore consegnato dal genitore, che doveva svolgere il servizio militare in una posizione deteriore e più dura, ma non doveva essere condannato a morte¹⁰², poiché il padre non assistesse al (e fosse causa del) sacrificio del figlio. L'umanità a cui ci si appellava per sostenere questo meccanismo sembra dunque essere non tanto quella da dimostrare verso l'età del delinquente, quanto quella nei confronti del genitore, che vedeva premiata la sua fedeltà allo stato con la clemenza – che per lui era al contempo incentivo alla collaborazione – nei confronti del figlio¹⁰³. Menochio segnalava come l'intervento paterno in questi casi non potesse essere interpretato semplicemente come la volontà di assecondare la meritata punizione, ma piuttosto vi si potesse sempre scorgere un atto di benevolenza dettato dalla *pietas*: era inconcepibile presumere che il genitore volesse che il figlio fosse sottoposto all'estremo supplizio. Era in questo modo il maggiore tra gli effetti prodotti dall'amore di un padre per il figlio¹⁰⁴. Due autori del

¹⁰¹ P. Farinaccius, *Praxis, et theoricæ criminalis ... pars tertia*, ed. cit., q. 92, n. 171, fol. 140a. La descrizione della prassi romana di cui era testimone diretto si concludeva però con il riconoscimento ai giudici della piena facoltà di imporre comunque una pena (esilio, pecuniaria, corporale) sulla base del loro *arbitrium*, considerate le persone e le circostanze di fatto: «et hoc in practica nullam apud nos habet difficultatem».

¹⁰² D. 49.16.13.6 (Macro, *De re militari*).

¹⁰³ B. Caepolla, *Tractatus. Cautelae*, Lugduni, apud Godefridum et Marcellum Beringos, fratres, 1552, caut. I, pp. 738a-739a, che riferiva anche che Raniero Arsendi aveva dato a Forlì un parere su un caso in cui era stato coinvolto un uomo che aveva compiuto un omicidio e che, consegnato dal padre, aveva evitato la decapitazione. E come nello stesso senso avesse espresso un *consilium* Paolo di Castro in favore di un figlio del conte Palatino, che ottenne così dall'imperatore Federico III la pena della relegazione anziché la condanna a morte per essersi macchiato di lesa maestà.

¹⁰⁴ I. Menochius, *De arbitrariis indicum quaestionibus et causis*, ed. cit., lib. II, cent. IV, *casus* 347, n. 1, fol. 631ab («Amor ille incredibilis, quem erga filium pater gerit, inter multa, quae operatur, illud unum maximum est...»); Id., *De praesumptionibus, coniecturis, signis, et indiciis*,

calibro di Claro e Farinaccio, tuttavia, osservavano una certa discrasia tra quanto si sosteneva sul punto nella teoria e quanto effettivamente si praticava: entrambi non avevano mai assistito personalmente all'applicazione della regola (e nemmeno alla proposta del suo utilizzo), benché Farinaccio ritenesse auspicabile che il giudice in questi casi effettivamente procedesse con la diminuzione della pena¹⁰⁵. Come suggeriva Rugginelli, il motivo per cui le corti erano così restie a mantenersi conformi al principio risiedeva probabilmente nel fatto che potesse apparire come un incentivo per i figli a commettere reati: data comunque l'incertezza dell'attuazione della *cautela*, egli credeva che fosse pericoloso suggerire a un padre di presentare alla giustizia il proprio figlio delinquente¹⁰⁶.

Non concorrevano invece a creare la *communis opinio* sul tema della punizione le argomentazioni a sostegno dell'idea che la minore età del delinquente non dovesse essere un elemento da valutare e ponderare per la determinazione di una pena *mitior*¹⁰⁷. Gli autori che si facevano portavoce di questa posizione affermavano che chi fosse riconosciuto capace di dolo dovesse necessariamente risponderne, tanto più che già il minore impubere era ritenuto in grado di commettere qualsiasi delitto, a eccezione, come già detto, di quelli carnali. Anzi, ci si poteva spingere a sostenere che il minore avrebbe dovuto addirittura essere punito più severamente, sia perché iniziava presto a trasgredire alla legge e a turbare la pace tra gli uomini – sintomo di una *malitia* già fin troppo sviluppata e libera di agire – sia per evitare che, a causa dell'indulgenza ricevuta, si dedicasse ad altri reati simili a quello già compiuto: una pena dura poteva così fungere da utile dissuasore¹⁰⁸.

Coloniae Agrippinae, ex officina Antonii Hierat Bibliopolae, 1615, lib. 5, praes. 14, nn. 8-9, fol. 979a. V. anche A. Alciatus, *Tractatus de praesumptionibus*, Coloniae Agrippinae, apud Ioannem Gymnicum, sub Monocerote, 1580, praes. 4, n. 1, p. 51. Cfr. A. Massironi, *La pietas del padre: punizione e correzione dei figli nel tardo diritto comune*, in «Rivista internazionale di Diritto comune», XXVI (2015), pp. 141-178, p. 163.

¹⁰⁵ I. Clarus, *Sententiarum receptarum Liber V*, ed. cit., § fin., q. 60, vers. *Solet etiam*, fol. 173rb; P. Farinaccius, *Praxis, et theoriae criminalis ... pars tertia*, ed. cit., q. 98, causa 18, n. 172, fol. 204b: ogni volta che aveva assistito alla scarcerazione di un delinquente consegnato dal padre, non era stato in forza del funzionamento di tale *cautela*, ma perché effettivamente esistevano gli estremi per il rilascio sulla base di altre motivazioni.

¹⁰⁶ I.C. Ruginellus, *Practicarum quaestionum rerumque iudicatarum liber singularis*, ed. cit., cap. 35, n. 8, fol. 92rb.

¹⁰⁷ Ampiamente illustrate ivi, nn. 4-5, foll. 90vb-91ra.

¹⁰⁸ S. Oddus, *De restitutione in integrum*, Francofurti, apud Egenolphum Emmelium, 1627, pars II, q. 80, art. 9, n. 72, p. 397a. L'autore, dopo lunghi ragionamenti e tenuto conto del *ius commune omnium provinciarum*, si sentiva di suggerire ai giudici, perché decidessero in modo equilibrato, cioè non troppo severamente né con troppa indulgenza, di distinguere a seconda del motivo che aveva portato il minore a delinquere (nn. 89-92, pp. 400b-402a): se il giovane

Esistevano poi norme di *ius proprium* che, in deroga ai principi comunemente accettati, ridefinivano i limiti di età per la comminazione della pena al minore. Per esempio, per uno statuto criminale quattrocentesco di Milano nessun minore di quattordici anni poteva essere punito con la morte o la mutilazione di un arto, ma nel caso in cui egli fosse condannabile a una di quelle pene, poteva essere colpito nei suoi beni o nella sua persona sulla base dell'*arbitrium* del giudice¹⁰⁹: se la previsione era stata introdotta per raccomandare di fatto mitezza mediante il ricorso alle pene straordinarie, lasciava però la materia nella disponibilità del giudice e non escludeva la possibilità di colpire con pene afflittive – persino quella capitale – già i maggiori di quattordici anni¹¹⁰.

Gli statuti fiorentini del 1415 assimilavano il trattamento del delinquente sedicenne a quello destinato al diciottenne (coincidendo il compimento dei

aveva commesso il reato spinto dalla volontà di appagare la *voluptas* che caratterizzava la sua età, allora bisognava mostrare misericordia e mitigare la pena, perché aveva di fatto assecondato i propri sensi; se il reato era stato commesso con *cupiditas*, che cresce negli anni, la pena doveva essere quella ordinaria, perché non si poteva sperare in una correzione; se il reato era particolarmente efferato anche nella sua esecuzione o era diretto contro un innocente, allora si fondava su una *malignitas* destinata col tempo ad aumentare e per questo motivo meritava una pena più grave.

¹⁰⁹ *Statuta criminalia Mediolani*, Bergomi, typis Comini Venturae, sumptibus Antonij de Antonijs bibliopolae Mediolanensis, 1594, cap. 101 (erroneamente indicato come 91), p. 16v. Come «capitolo di statuti del XV secolo», ritrovato in un «foglietto degli Archivj di S. Fedele. Statuti. – M-Z», è stato identificato da Francesco Berlan nella sua ricognizione degli statuti municipali di Milano dall'XI al XVI secolo esposta in *Liber consuetudinum Mediolani anni MCCXVI*, ed. F. Berlan, Mediolani, ex officina Jacobi Agnelli, 1866, p. 240. La norma era ripresa alla lettera anche da *Statuta civitatis Cremonae*, Cremonae, apud Christophorum Draconium typographum Cremonensem et Petrum Bozolan, socios, 1578, cap. 169, p. 51. I.B. Caballinus, *Actuarium practicae criminalis*, Mediolani, apud haeredes Matthaei Besutii, 1587, secunda pars, p. 74r sottolineava come si trattasse di una disposizione «statuti in viridi observantia existentis» al suo tempo.

¹¹⁰ A. Bossius, *Tractatus varii*, Lugduni, apud haeredes Iacobi Iuntae, 1562, tit. *De decreto Mediolani*, n. 27, fol. 123b, tit. *De confessis*, n. 69, foll. 151b-152a, tit. *De homicidio*, n. 79, foll. 272b-273a, da questa disposizione ricavava infatti che a norma di statuto si dovesse considerare maggiore (e conseguentemente punibile) colui che aveva superato i quattordici anni di età. Cita questo richiamo fatto «più volte» all'interno dei *Tractatus varii*, M.G. di Renzo Villata, Egidio Bossi. *Un grande criminalista milanese quasi dimenticato*, in *Ius Mediolani. Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano 1996, pp. 365-616, pp. 529-530 e nt. 216. Il Senato l'11 febbraio 1592 (relatore il provicario di giustizia) nella causa del minore Flaminio Annoni, che aveva ferito a morte Annibale Vianova, aveva poi posto il principio secondo il quale se non si irrogava la pena capitale sulla base della considerazione dell'età del delinquente, non bisognava nemmeno applicare la confisca dei beni: I.C. Ruginellus, *Practicarum quaestionum rerumque iudicatarum liber singularis*, ed. cit., cap. 35, n. 69, fol. 98vb.

diciotto anni con il momento di ingresso nella ‘maturità fiscale’ e di fatto nell’età adulta)¹¹¹.

Una prammatica del Regno di Napoli fissava sia per i maschi sia per le femmine a diciotto anni l’età superata la quale il trattamento ricevuto doveva coincidere con quello riservato a un maggiore¹¹².

Nello Stato pontificio una bolla di Giulio II del 29 dicembre 1510 equiparava gli omicidi tra i venti e i venticinque anni ai maggiori¹¹³ e in seguito Pio IV inasprì ulteriormente la disciplina con un *motu proprio* del 26 marzo 1565, in forza del quale all’omicida non giovava avere meno di vent’anni, purché avesse superato i quattordici¹¹⁴. Queste disposizioni statutarie in deroga al diritto comune non dovevano però essere interpretate estensivamente e pertanto si applicavano alle sole fattispecie espressamente regolate: quindi, per esempio, i richiamati provvedimenti pontifici riguardavano solo gli omicidi e non potevano nemmeno ricomprendere coloro che avevano fornito loro *auxilium*, come raccomandavano i criminalisti più accorti¹¹⁵.

Sempre a Roma, tuttavia, trovava attuazione generalizzata, senza che rilevasse cioè l’età degli agenti, una bolla emanata il 1° luglio 1585 da Sisto V, uno

¹¹¹ *Statuta Populi et Communis Florentiae ... anno salutis MCCCCXV*, Friburgi, apud Michaellem Kluch, Tom. I, lib. III, rubr. XXXIII, *Qualiter minor decem octo annorum delinquens puniatur*, p. 249. Per la considerazione delle età specificamente nella società rinascimentale fiorentina, v. I. Taddei, *Fanciulli e giovani*, cit., pp. 40-63.

¹¹² *Constitutiones Regni utriusque Siciliae*, Lugduni, apud haeredes Iacobi Iunctae, 1568, lib. II, tit. 42 *De restitutione minorum, Minorum iura*, foll. 185b-187a. M. de Afflictis, *In utriusque Siciliae, Neapolisque Sanctiones, et Constitutiones novissima praelectio*, Venetiis, apud Ioannem Variscum, 1580, n. 14, fol. 70rb annotava correttamente che questa disposizione correggeva il diritto comune.

¹¹³ *Bullarum, diplomatum et privilegiorum Sanctorum Romanorum Pontificum Taurinensis editio ... Tomus V*, Augustae Taurinorum, Seb. Franco et Henrico Dalmazzo editoribus, 1860, n. XXIX, *Fide digna*, § 4 *Statuimus insuper*, p. 490a.

¹¹⁴ *Bullarum, diplomatum et privilegiorum Sanctorum Romanorum Pontificum Taurinensis editio ... Tomus VII*, Augustae Taurinorum, Seb. Franco et Henrico Dalmazzo editoribus, 1862, *Licet dudum*, § 10 *Nec homicidis*, p. 192b. L’applicazione di questo *motu proprio* era testimoniata personalmente da I. Ludovicus, *Decisiones Rotae illustris. Reip. Lucensis pars prima*, Florentiae, apud Iuntas, 1577, dec. 17, nn. 53-56, p. 110, che al tempo di Pio V aveva assistito all’impiccagione di un ragazzo di Fermo reo di aver avvelenato lo zio chierico per motivi successori, e a quella di un altro ragazzo, complice di alcuni *latrones* in un furto, al quale aveva collaborato immobilizzando per le briglie il cavallo della vittima, un *tabellio* veneto; e da P. Farinaccius, *Praxis, et theoricæ criminalis ... pars tertia*, ed. cit., q. 92, n. 185, fol. 142a, in relazione a due giovani che avevano ucciso Benedetto Guerino da Bassano.

¹¹⁵ F. Chartarius, *Tractatus de executione sententiae contumacialis capto bandito*, Venetiis, apud Ioannem Zenarium, et fratres, 1587, cap. fin., nn. 230-232, p. 128r; P. Farinaccius, *Praxis, et theoricæ criminalis ... pars tertia*, ed. cit., q. 92, n. 182, fol. 141b, e nn. 188-189, fol. 142a.

dei papi «più attivi nella repressione del banditismo e della criminalità in genere», diretta a colpire *bannitos, homicidas, latrones, eorumque complices, fautores, ac receptatores*¹¹⁶: il maggiore di quattordici anni non godeva in questo modo di alcuna garanzia se colpevole di uno di quei reati o se avesse aiutato o protetto i loro autori. Proprio in forza di queste disposizioni, Farinaccio vide impiccare, «nulla sua aetatis habita miseratione», l'*adolescentulus* Michele Corso, che nel territorio di Cerveteri era stato trovato armato insieme ad alcuni banditi e si era scontrato con i berrovieri¹¹⁷. Lo stesso criminalista romano, tuttavia, sottolineava che in ogni situazione il giudice aveva comunque la possibilità di attenuare la pena, non avendo le *manus ligatae* da quelle *bullae factae ad terrorem*: sarebbe stato ingiusto e irrazionale interpretarle in altro modo, colpendo quindi indiscriminatamente con la stessa pena il maggiore e il minore. Discostarsi dalla lettera della legislazione *ex miseratione aetatis* non avrebbe certo implicato la commissione di un peccato. Egli auspicava pertanto che i tribunali del suo tempo si comportassero così e perlomeno consultassero il principe – lui stesso avrebbe compiuto tale scelta se chiamato a giudicare quelle cause – cercando di convincerlo a *temperare* la punizione, evitando di comportarsi in modo inumano come quei giudici, che aveva avuto modo di osservare e di cui aveva riferito le decisioni, che si erano effettivamente attenuti alla *cortex verborum* delle bolle¹¹⁸.

¹¹⁶ *Bullarum, diplomatum et privilegiorum Sanctorum Romanorum Pontificum Taurinensis editio ... Tomus VIII, Augustae Taurinorum*, Seb. Franco et Henrico Dalmazzo editoribus, 1863, n. IX, *Hoc nostri Pontificatus initio*, § 8 *Duces quoque*, pp. 587b-588a. F. Chartarius, *Tractatus de executione sententiae contumacialis capto bannito*, ed. cit., cap. fin., n. 236, p. 128v precisava che chi avesse commesso uno dei reati previsti nella lista introdotta dalla bolla sistina incorreva nella lesa maestà (e a quel punto sarebbe stata possibile qualsiasi deroga o eccezione alle regole più favorevoli al minore). La citazione nel testo è da L. Lacché, *Latrocinium. Giustizia, scienza penale e repressione del banditismo in antico regime*, Milano 1988, p. 227. Sul diffuso fenomeno del banditismo tra fine Cinquecento e inizio Seicento nello Stato pontificio e la politica di repressione intrapresa dai papi (soprattutto Sisto V e Clemente VIII), che sul finire del XVI secolo si videro costretti a ricorrere a strumenti e procedure ben al di là di quelli ordinari, inefficaci contro il suo dilagare, v. I. Polverini Fosi, *Il banditismo nello Stato pontificio nella seconda metà del Cinquecento*, in *Bande armate, banditi, banditismo e repressione di giustizia negli Stati europei di antico regime*, Atti del convegno (Venezia, 2-5 novembre 1985), Roma 1986, pp. 67-85. Per un giudizio sull'opera di contrasto al crimine e di moralizzazione della società tra propaganda e ideale di realizzazione di una *perfecta securitas* da parte di Sisto V, v. anche Ead., *La società violenta*, cit., pp. 135-141; Ead., *La giustizia del papa*, cit., pp. 209-213.

¹¹⁷ P. Farinaccius, *Praxis, et theoricæ criminalis ... pars tertia*, ed. cit., q. 92, n. 186, fol. 142a.

¹¹⁸ Ivi, n. 190, fol. 142a. A dimostrazione della sua tesi, Farinaccio citava un *consilium* di Giovanni Vincenzo Ondedei, che voleva restringere il più possibile l'operatività del *ius proprium* rispetto alle regole generali di tutela dei minori: cfr. I.V. Hondedeus, *Consiliorum sive responsorum... volumen primum*, Venetiis, apud haeredem Luciani Pasini et socios, 1592, cons. 99, specialmente nn. 48-55, fol. 811ab, che in calce riportava anche l'esito favorevole della

Era poi questione dibattuta in dottrina se il giudice, nell'ambito dell'*arbitrium* concessogli nel determinare la pena per il minore, fosse obbligato a diminuirla o avesse semplicemente la facoltà di farlo¹¹⁹, potendo addirittura optare per la comminazione direttamente di quella edittale. Sulla base dell'*arbitrium*, quindi, tenendo in considerazione le specificità del caso concreto, sarebbe stata possibile la deroga alla regola. Talvolta intervenne il *ius proprium* a fugare esplicitamente il dubbio se questa fosse una scelta esercitabile¹²⁰, mentre talaltra questa opzione era riconosciuta possibile soltanto in relazione ad alcune fasce di età¹²¹.

causa, nella quale Fulvio Zacchino, luogotenente *in criminalibus* a Perugia del Legato cardinal Riario, aveva assolto il 3 gennaio 1583 dall'accusa di omicidio il diciottenne Sebastiano da Sant'Orfeto, accusato di aver ucciso Vincenzo Zucca nel corso di una rissa.

¹¹⁹ Riassunse il dibattito P. Farinaccius, *Praxis, et theoricæ criminalis ... pars tertia*, ed. cit., q. 92, nn. 163-165, fol. 140ab, che indicava come *magis communiter recepta* la teoria che imponeva l'obbligo di seguire la regola della mitigazione della pena per i minori di tutte le età e per i reati di qualsiasi gravità, ad esclusione però degli *atrocissima*: in questi casi, per non sbagliare, era meglio fare riferimento al *princeps*.

¹²⁰ Per esempio, per una prammatica del Regno di Napoli del 26 ottobre 1558 la diminuzione della pena non doveva essere applicata automaticamente, ma era nell'*arbitrium* del giudice stabilire se i minori delinquenti dovessero subire la pena ordinaria o una più mite, considerata l'atrocità del crimine, la *qualitas personae*, la reiterazione del reato e tutti gli elementi del caso: cfr. *Nuova collezione delle prammatiche del Regno di Napoli*, tomo VII, Napoli, nella stamperia Simoniana 1804, tit. 173, *De minoribus*, prammatica prima, p. 248. V. De Franchis, *Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani ... tomus secundus*, Venetiis, apud Nicolaum Pezzana, 1720, dec. 230, nn. 3-4, fol. 6b ricollegava questa legislazione al caso del giovane nobile non ancora diciottenne che, per aver avvelenato il padre, per decisione della Magna Curia della Vicaria fu condannato a essere prima decapitato e poi chiuso in un sacco (con una ritualità che ricorda C. 9.17.1 e D. 48.9.9pr.) da gettare in mare, perché non avesse nemmeno una sepoltura. De Franchis ammetteva che una tale soluzione particolarmente severa fosse anche determinata dall'atrocità del crimine commesso. La sentenza, fissata per il 16 luglio 1580, non venne peraltro eseguita per l'intervenuta grazia del viceré in seguito alla supplica di alcuni nobili. Il caso è citato da M.N. Miletta, *Tra equità e dottrina: il Sacro Regio Consiglio e le Decisiones di V. De Franchis*, Napoli 1995, p. 340, nt. 36.

¹²¹ In Spagna il giudice doveva ridurre la pena se il delinquente aveva meno di diciassette anni, mentre se ne aveva di più la diminuzione era una mera facoltà, comunque subordinata alla valutazione della «*qualitas delicti, personae, et aliorum*»: A. Gomezius, *Variæ resolutiones*, ed. cit., t. III, *De delictis*, cap. 1, n. 63, pp. 28a-28b. Il riferimento è a *Las siete Partidas*, ed. cit., part. VII, tit. 31, ley 8, fol. 94ra-94va, «el texto legal más amplio y de contenido más general» in materia di cause che determinano la diminuzione della pena da parte del giudice: F. Tomás y Valiente, *El derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, in Id., *Obras completas*, I, Madrid 1997, pp. 431, 435-438, che riporta come alcuni autori dell'epoca raccontassero che i giudici, «aunque no había precepto legal sobre ello», riservassero comunque agli infraventicinquenni il medesimo trattamento dei minori di diciassette anni e che alcune leggi reali introdussero nel tempo ulteriori limiti di età per determinati delitti. Riferiva di queste legislazioni I.B. Baiardus, *Additiones et annotationes ... ad Iulii Clari receptorum*

Nonostante la dottrina accogliesse apertamente il principio di garanzia enunciato dalla *lex Fere*¹²², sulla base della valutazione del caso concreto operata dal giudice, che prendeva il sopravvento, dopo aver esaminato la *qualitas personae* e altri elementi (recidiva, atrocità del crimine, modalità di realizzazione...) ¹²³, l'infrazione e l'esecuzione materiale di pene molto severe, afflittive e corporali fino a quella capitale, in seguito a un crimine ritenuto estremamente grave – atrocissimo¹²⁴ –, alla prova dei fatti era per il minore un'eventualità tutt'altro che rara.

Sententiarum Libros V, ed. cit., add. *Aut vero est maior, ad § fin., q. 60, vers. Dictum est*, nn. 11-15, fol. 221a.

¹²² V., per esempio, I. Menochius, *De arbitrariis iudicium quaestionibus et causis*, ed. cit., lib. II, cent. I, *casus* 57, n. 1, fol. 200a e lib. II, cent. IV, *casus* 329, che però sviluppava il suo discorso in una prospettiva più ampia, prendendo cioè in considerazione i differenti effetti in relazione alle cinque età dell'uomo (*infantia, pueritia, pubertati proximitas, adulescentia, senectus*), dal momento che, annotava il giurista pavese, «non explicet eo in loco Paulus, qua de aetate intelligat».

¹²³ Sul tema dell'uso dell'*arbitrium* per la commisurazione della pena in considerazione degli elementi soggettivi e delle circostanze del reato, v. M. Meccarelli, *Arbitrium*, cit., pp. 225-237.

¹²⁴ La distinzione dei reati in lievi, atroci e atrocissimi, «dagli importanti riflessi di ordine pratico» (primo tra tutti la possibilità di *iura transgredi* anche in relazione alle regole processuali ordinarie) era «vivacemente dibattuta». Delle diverse teorie elaborate per la loro individuazione – non esisteva (né poteva esistere) un criterio univoco – dà conto G.P. Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, in «Studia et Documenta Historiae et Iuris», XLV (1979), pp. 328-503, anche in Id., *Saggi di storia del diritto penale lombardo*, cit., pp. 61-227, pp. 76-84 (da cui è tratta la citazione). A Milano le *Novae Constitutiones* del 1541 avevano previsto una trentina di crimini atroci, punibili con la pena capitale; gli Ordini di Segovia emanati da Filippo II il 9 agosto 1565 (*Ordines excellentissimi Senatus Mediolani*, ed. cit., fol. 77, sui quali U. Petronio, *Il Senato di Milano*, cit., p. 127 e nt. 118) presentavano un elenco di crimini atroci, tuttavia non tassativo, poiché era nelle facoltà del Senato punire come tali anche reati che non lo fossero in sé, ma che lo potevano diventare nella valutazione complessiva delle circostanze che il supremo tribunale milanese poteva farne: A. Cavanna, *La codificazione penale in Italia*, cit., pp. 35-36 nt. 43, 182-188; Id., *Giudici e leggi nella Milano di Cesare Beccaria*, in «Jus. Rivista di scienze giuridiche», XXXVI, 1 (1989), pp. 17-39, anche in G.D. Pisapia-S. Romagnoli (curr.), *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa. Convegno di Studi per il 250° anniversario della nascita promosso dal comune di Milano*, Milano 1990, pp. 168-224, e in Id., *Scritti*, I, cit., pp. 627-656, pp. 639-640; Id., *La "coscienza del giudice"*, cit., p. 1067. Claro, che si dilungava sulla questione (I. Clarus, *Sententiarum receptorum Liber V*, ed. cit., § *primus*, vers. *Sunt etiam*, fol. 2ra-2va), informava che a Milano per il Senato erano reati atroci: ribellione, lesa maestà, omicidio premeditato, falso in moneta, terzo omicidio, ferita a tradimento con schioppo a ruota, terza tosatura delle monete, ratto di ragazza vergine di buona famiglia anche se non era seguita copula, rapporto sessuale con una monaca, sodomia, rapina su strada, falsificazione del sigillo del re o del Senato. Personalmente, però, il giurista alessandrino adottava come criterio discrezionale il tipo di pena inflitto, in modo che i reati puniti con la pena di morte semplice fossero da considerare atroci, mentre fossero da annoverare tra gli atrocissimi quelli colpiti

Nel Ducato di Milano questo non sembrava essere in discussione. Come testimoniano i casi cremonesi studiati da Gian Paolo Massetto in relazione all'esperienza pretorile di Giulio Claro, anche i minori potevano essere condannati – e anzi di norma lo erano, persino in contumacia – alla pena capitale e alla confisca dei beni. In molti di questi casi, tuttavia, la giovane età veniva allegata come causa per l'ottenimento della grazia, poi effettivamente accordata dal Governatore¹²⁵. Realmente meritevole di tale provvedimento – riportava Rugginelli – venne infatti giudicato dal Senato di Milano con decreto dell'8 novembre 1593 un minore, un tale Alessio, colpevole di assassinio, poiché ne aveva commesso uno solo insieme a una *robaria*¹²⁶.

Non tutti però avevano la fortuna di ottenere atti di clemenza. Per esempio, il Senato nel 1599 condannò alla trireme perpetua – si è già osservato come nella comune considerazione questa fosse una punizione di fatto equiparabile

da pena capitale aggravata (cioè eresia, sodomia, parricidio, rapina sulla pubblica via, assassinio, lesa maestà – che peraltro colpiva anche i figli del reo). Massetto, loc. cit., precisa come Claro, poi, entrando nel merito dei singoli reati, completasse la lista già fornita con la blasfemia e l'incendio. Più descrittivo, pur riportando un certo numero di esempi tratti dalla pratica, I.C. Ruginellus, *Practicarum quaestionum rerumque iudicatarum liber singularis*, ed. cit., cap. 35, nn. 73-74, foll. 99rb-100ra. Sul rapporto tra crimini atroci e *arbitrium iudicis*, che giustificava la deroga alle flessibili regole processuali, v. L. Lacché, "Ordo non servatus". *Anomalie processuali, giustizia militare e "specialia" in antico regime*, in «Studi Storici», XXIX, n. 2 (1988), pp. 361-384; Id., *Latrocinium*, cit., pp. 205-279; J. Théry, *Atrocitas/Enormitas. Pour une histoire de la catégorie d'«énormité» ou «crime énorme» du Moyen Âge à l'époque moderne*, in «Clio@Thémis», IV (2011), pp. 1-45, pp. 25-45. Sui rapporti tra *ordinarium* ed *extraordinarium* e la «consistenza relativa» dell'*ordo*: M. Meccarelli, *Le categorie dottrinali della procedura e l'effettività della giustizia medievale nel tardo Medioevo*, in J. Chiffolleau–C. Gauvard–A. Zorzi (dirr.), *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à la fin du Moyen Âge*, Rome 2007, pp. 573-594; Id., *Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale. Una prospettiva storico-giuridica*, in «Quaderni storici», XLIV, 2 (2009), pp. 493-521, pp. 495-500; Id., *Dimensions of Justice and Ordering Factors in Criminal Law from the Middle Ages till Juridical Modernity*, in G. Martyn–A. Musson–H. Pihlajamäki (eds.), *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle. Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*, Berlin 2013, pp. 49-67. Per un esempio di estensione dell'*arbitrium* del giudice in occasione di crimini enormi, v. G. Chiodi, *Crimini enormi e tortura ex processu informativo: una violazione del diritto di difesa dell'imputato?*, in «Glossae», XIII (2016), pp. 72-107.

¹²⁵ G.P. Massetto, *Un magistrato e una città*, cit., pp. 220-229. Sulla grazia nel Ducato di Milano, all'interno di dinamiche spesso conflittuali tra gli organi coinvolti nella sua concessione, v. U. Petronio, *Il Senato di Milano*, cit., pp. 124-141; G.P. Massetto, *Un magistrato e una città*, cit., pp. 301-331 e Id., *Monarchia spagnola, Senato e Governatore: la questione delle grazie nel Ducato di Milano. Secoli XVI-XVII*, in «Archivio storico lombardo», CXVI (1990), pp. 75-112, anche in Id., *Saggi di storia del diritto penale lombardo*, cit., pp. 229-268.

¹²⁶ I.C. Ruginellus, *Practicarum quaestionum rerumque iudicatarum liber singularis*, ed. cit., cap. 35, n. 13, fol. 92va.

alla pena capitale – il minore Giacomo Alfieri, mandante dell’attentato alla vita di un parente suo omonimo¹²⁷, giurista collegiato di Milano, nonostante l’omicidio pianificato non fosse andato a buon fine¹²⁸. In altra occasione dichiarò applicabile anche ai minori la legislazione in materia di violenza sulle donne, che sanzionava il delinquente con la pena di morte e la confisca dei beni, anche se non c’era stata copula¹²⁹: infatti, il 31 maggio 1595 si era abbattuta sul nobile

¹²⁷ La dottrina, che aveva in precedenza concentrato gli sforzi nella distinzione del diverso grado di responsabilità da attribuire ai compartecipi al reato sulla base del loro apporto alla sua realizzazione, approdò infine progressivamente alla rappresentazione unitaria del mandato, con pari considerazione delle responsabilità del mandante e del mandatario, e il conseguente conferimento al giudice di un efficace strumento di repressione «che corrisponde[va] perfettamente alle politiche criminali dell’epoca»: v. M. Pifferi, *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la “parte generale” di diritto penale*, Milano 2006, pp. 431-451; G. Speciale, *Alteri ad delictum praebeuit occasionem. A proposito di mandatum e consilium: voci dal discorso sulla responsabilità*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VIII, Milano 2007, pp. 1-56, specialmente pp. 1-42; Id., *Introduzione. La compartecipazione criminosa nel discorso umano sulla responsabilità*, in R. Sorice (cur.), *Concorso di persone nel reato*, cit., pp. 7-22, in particolare pp. 8-17; B. Pasciuta, *De mandato aliorum et voluntate. Responsabilità e concorso nella dottrina di diritto comune: il Tractatus de maleficiis di Alberto Gandino*, ivi, pp. 23-41; M. Pifferi, *Il mandatum nella criminalistica del Cinquecento. Finzioni argomentative e logiche punitive*, ivi, pp. 67-88, già in «Historia et ius», I (2012), paper 8 (da cui è tratta la citazione, p. 18).

¹²⁸ I.C. Ruginellus, *Practicarum quaestionum rerumque indicatarum liber singularis*, ed. cit., cap. 35, n. 38, fol. 95rb. Secondo le *Constitutiones Domini Mediolanensis*, ed. cit., lib. IV, tit. *De poenis*, cap. *Homicida*, § *Et tamquam homicida*, p. 74r, il tentativo di omicidio doveva essere punito come il reato perfetto. Per il Piemonte, G.A. Thesaurus, *Quaestionum forensium libri quatuor*, Genevae, sumptibus Ioannis Antonii, et Samuelis de Tournes, 1655, q. 46, n. 4, fol. 112a esponeva un caso simile, in cui la decisione finale era stata addirittura a maggior danno dell’imputato: il Senato pedemontano, infatti, in una causa in cui lo stesso Gaspare Antonio Tesauero era stato relatore, aveva sentenziato nel febbraio del 1599 la morte per impiccagione per il servitore di un nobile di Chieri che, all’epoca minore di venticinque anni, aveva collaborato al tentativo di omicidio del suo padrone (scampato all’attentato «Dei voluntate, et auxilio»), facendo entrare nottetempo un uomo in casa perché lo uccidesse. Il giurista approvava la decisione, perché a nulla poteva giovare la minore età in una situazione del genere, dato che il *famulus* aveva commesso (o meglio, avrebbe voluto commettere) un reato particolarmente atroce, tradendo la fiducia del suo *dominus*, che aveva posto nelle sue mani la sua sicurezza durante il sonno.

¹²⁹ Cfr. *Constitutiones Domini Mediolanensis*, ed. cit., lib. IV, tit. *De raptu mulierum*, pr., *Raptores*, p. 71r. Mognus Fossatus, *Decisiones et Annotationes*, in *Constitutiones Mediolanensis Domini curante ... Gabriele Verro*, Mediolani, ex typographia Josephi Marelli, 1764, ad tit. *De raptu mulierum*, ad § *Raptores*, vers. *etiam si copula non sequatur*, n. 4, p. 245 specificava che, perché si applicasse effettivamente tale disposizione, occorreva che ci fosse stato almeno il tentativo (benché non riuscito) di congiungersi carnalmente, tant’è che il 23 luglio 1557 il Senato aveva evitato di imporre la pena ordinaria a un cavaliere che aveva sottratto dal monastero di Santa Chiara una giovane nobile con la quale non c’era stata *attentatio copulae*. I. Clarus, *Sententiarum*

ventiduenne Orazio Mezzabarba, che aveva rapito e tentato di conoscere carnalmente la nobile vergine Paola Beccaria¹³⁰.

Così, Rugginelli, sempre prodigo di esempi tratti dalla sua personale esperienza, riportava di aver assistito all'impiccagione di Lucrezia Calca (insieme alla madre Giovanna Castiglioni e a Girolamo e Claudio Medici, suoi fratellastri), per cospirazione e mandato a uccidere il marito, Luigi Cisinuscolo, nonostante fosse ancora minore al momento della condanna, decretata dal Senato il 12 luglio 1593. Di nuovo, il 15 marzo 1607 il supremo consesso milanese decise per il diciottenne Giovanni Battista (detto Battistino) Camagno la pena ordinaria dopo che gli fosse stata amputata la mano davanti alla casa dove aveva consumato il suo reato, del quale era convinto e confesso: armato di schioppo a ruota e di uno stiletto, aveva infatti a tradimento pugnalato a morte il fratellastro Giovanni Pietro Bernadigio¹³¹. Inoltre, al tempo della peste il Senato aveva mandato a morte per falsificazione di monete tre fratelli, uno dei quali aveva meno di venti anni¹³².

Prassi simile riferiva per lo Stato piemontese Antonino Tesauro, secondo il quale comunemente di fronte al Senato sabaudo in caso di assassinio – uno di

receptarum Liber V, ed. cit., § *Raptus*, vers. *Sed quid*, fol. 49va distingueva a seconda che il mancato congiungimento carnale dipendesse da impossibilità (e quindi si doveva applicare la pena ordinaria) o volontà (con conseguente comminazione di una pena straordinaria): v. G.P. Massetto, *I reati nell'opera di Giulio Claro*, cit., p. 195.

¹³⁰ I.C. Ruginellus, *Practicarum quaestionum rerumque iudicatarum liber singularis*, ed. cit., cap. 35, n. 59, fol. 97va. Conformemente a una costituzione di Giustiniano (C. 9.13.1pr.), la criminalistica ribadiva che tra gli elementi costitutivi del *crimen raptus* dovesse necessariamente figurare l'onestà dei costumi della donna: cfr. G.P. Massetto, *Ratto (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Milano 1987, pp. 725-743, pp. 730-732; A. Santangelo Cordani, *Tra diritto e morale. La violenza sessuale nella dottrina criminalistica di antico regime*, in A. Santangelo Cordani–G. Ziccardi (curr.), *Tra odio e (dis)amore. Violenza di genere e violenza sui minori dalla prospettiva storica all'era digitale*, Milano 2020, pp. 57-75, pp. 63-65.

¹³¹ *Ordines excellentissimi Senatus Mediolani*, ed. cit., fol. 195. I.C. Ruginellus, *Practicarum quaestionum rerumque iudicatarum liber singularis*, ed. cit., cap. 35, n. 38, fol. 95rb, che riportava la decisione, usava la dizione del cognome Camnago, che compare anche nell'edizione degli *Ordines* curata da Angelo Stefano Garoni (*Ordines, ac decreta, constitutionumque declarationes Mediolani*, Mediolani, apud Ioannem Baptistam Bidellium [1639], p. 220). Cita il caso G.P. Massetto, *Un magistrato e una città*, cit., p. 229, nt. 158. Sulla natura legale (non completamente definita) e le edizioni degli *ordines* senatori, v. A. Monti, *Between Case Law and Legislation: The Senato of Milan, a Supreme Court during the Ancien Régime*, in B. Feldner et al. (hrsg.), *Ad fontes. Europäisches Forum Junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker Wien 2001*, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Wien 2002, pp. 303-318, pp. 313-314; Ead., *Iudicare tamquam Deus*, cit., pp. 216-224.

¹³² I.C. Ruginellus, *Practicarum quaestionum rerumque iudicatarum liber singularis*, ed. cit., cap. 35, n. 49, fol. 96vb.

quei *crimina atrociora* per i quali il giudice poteva scegliere di non diminuire la pena anche se l'autore era un minore –, si disponesse la pena capitale. Così era accaduto effettivamente a un ventiquattrenne *de Ursilis* che aveva trapassato con un'alabarda un uomo ed era stato condannato alla decapitazione, nonostante l'opposizione di Tesauro stesso, membro del collegio giudicante, che, a causa della minore età, ne aveva chiesto invece l'invio in perpetuo su una trireme¹³³; nonché a un diciannovenne e a un ventenne, impiccati il 4 febbraio 1589 per aver ucciso sulla pubblica via un uomo per derubarlo¹³⁴.

Farinaccio registrava la prassi romana secondo la quale per giungere alla condanna a pena capitale di un minore occorreva da una parte che, conformemente al diritto pontificio, fosse almeno quattordicenne (benché lui stesso riferisse nella sua opera numerosi esempi di eccezione a questa regola, dei quali si è anche avuto modo di dire) e dall'altra che fosse stato sentito il papa: per esperienza personale, infatti, non era a conoscenza di casi in cui i minori di vent'anni fossero stati mandati a morte *inconsulto principe*, che, per quanto possibile, il giudice doveva cercare di convincere a propendere per una decisione piuttosto mite e clemente¹³⁵.

¹³³ A. Thesaurus, *Novae decisiones sacri Senatus Pedemontani*, Venetiis, apud Hieronymum Polum, 1591, dec. 161, n. 2, fol. 178rb-178va.

¹³⁴ Ivi, nn. 3-4, fol. 178vab, che peraltro non approvava la generale *observantia Senatus* e si dispiaceva di non essere mai riuscito a dimostrare che si trattava di una pratica troppo severa e indegna di un giudice umano.

¹³⁵ P. Farinaccius, *Praxis, et theoricæ criminalis ... pars tertia*, ed. cit., q. 92, n. 108, fol. 135a. A Milano (come riferiva anche I.C. Ruginellus, *Practicarum quaestionum rerumque iudicatarum liber singularis*, ed. cit., cap. 35, n. 79, fol. 101va), secondo le *Novae Constitutiones*, che svolgevano un «ruolo predominante ... nel regolare la vita giuridica del dominio milanese, nel disciplinare gli organi di governo, nell'assemblare una normativa di diritto penale di un certo livello», nessun giudice, ad eccezione dei casi espressamente previsti, poteva condannare qualcuno a una pena corporale, oppure condannare (e finanche assolvere) un reo in una causa per la quale fosse prevista la pena capitale, la mutilazione o la confisca dei beni *Senatu inconsulto*: v. *Constitutiones Domini Mediolanensis*, ed. cit., lib. IV, tit. *De poenis*, capp. *Nullus corporaliter* e *Nullus officialis*, pp. 81v-82r. Il giudizio sulla legislazione che Carlo V diede al Ducato milanese è di M.G. di Renzo Villata, *Tra leggi e scienza giuridica nella Milano d'ancien régime*, in G. Buccellati-A. Marchi (curr.), A. Padoa Schioppa-G. di Renzo Villata (dirr.), *Bibliotheca Senatus Mediolanensis. I libri giuridici di un Grande Tribunale d'ancien régime*, Milano 2002, pp. 59-98, p. 60. V. anche la valutazione complessiva, in relazione al sistema delle fonti dell'epoca e al ruolo svolto dalla scienza giuridica coeva nella sua interpretazione e nel suo sviluppo, espressa in Ead., *Sulle tracce di un diritto 'patrio' nel Ducato di Milano a metà Cinquecento: tra Novae Constitutiones (1541) e ... fonti del diritto antiche e recenti*, in A. Rocca-P. Vismara (curr.), *Studia Borromaica. Saggi e documenti di storia religiosa e civile della prima età moderna. Prima di Carlo Borromeo. Istituzioni, religione e società a Milano agli inizi del '500*, Milano-Roma 2012, pp. 93-128; Ead., *Diritto comune e diritto locale nella cultura giuridica lombarda dell'età moderna*, in *Diritto comune e diritti locali nella storia*

In relazione al Regno di Napoli, Tommaso Grammatico testimoniava di aver sempre applicato e visto applicare la regola della riduzione della pena a favore del minore, tranne che per gli autori di reati atrocissimi. Portava quindi l'esempio relativo a una causa di trentacinque anni prima, quando un diciassettenne, figlio di Giovanni Battista da Norcia, custode delle carceri della Magna Curia della Vicaria, il giorno di san Lorenzo senza motivo apparente aveva inferito a una donna all'ingresso di una chiesa due ferite, poi rivelatesi letali. Catturato immediatamente, per ordine del viceré Raimondo di Cardona su consiglio di Ludovico Montalto, reggente della cancelleria, gli fu subito amputata la mano destra, con la quale aveva commesso il reato; in seguito, dopo la morte della donna in capo a tre giorni, fu impiccato, nonostante la minore età¹³⁶. Parimenti grave fu valutato il reato (sodomia) compiuto dal figlio di un oste di Napoli, che fu condannato alla pena capitale e poi a essere bruciato dal voto unanime del Sacro Regio Consiglio (con Grammatico relatore), a cui si era peraltro rivolto per ottenere la diminuzione della pena data la minore età¹³⁷.

La gestione e la valutazione discrezionale dei singoli casi da parte dei giudici restituivano però anche situazioni nelle quali non occorre nemmeno che il reato del minore fosse particolarmente grave e odioso per condurre a pene severe. Antonino Tesauro raccontava, infatti, come fosse bastato il furto semplice a portare alla condanna alla trireme perpetua di un ventunenne torinese, reputato però *fur famosus* per aver reiterato la sua condotta criminale un numero imprecisato di volte¹³⁸ (la recidiva infatti compariva sempre tra gli elementi che il

dell'Europa (Atti del convegno di Varenna, 12-15 giugno 1979), Milano 1980, pp. 329-388, anche in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, vol. I, Milano 1980, pp. 635-696; Ead., *Tra ius nostrum e ius commune. Il diritto patrio nel Ducato di Milano*, in I. Birocchi–A. Mattone (curr.), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, Atti del Convegno Internazionale (Alghero, 4-6 novembre 2004), Roma 2006, pp. 217-254, specialmente pp. 218-230.

¹³⁶ T. Grammaticus, *In constitutionibus, capitulis, et pragmaticis Regni Neapolitani*, Venetiis, impressum apud Ioannem Variscum, expensis D. Baptistae de Christophoro Bibliopolae Parthenopei, 1562, lib. II, *De restitutione minorum*, n. 7, fol. 73rb-73va

¹³⁷ Ivi, n. 7, fol. 73va. A. Laingui, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit*, cit., pp. 244-245 riporta che in Francia era ancora in uso nel XVIII secolo per i minori colpevoli di crimini enormi «un supplice spectaculaire», introdotto dalla giurisprudenza come alternativa alla pena capitale, che sarebbe stata loro imposta se fossero stati adulti, consistente nel tenerli sospesi sotto le ascelle. Si trattava di una punizione in sé molto dolorosa, che non poteva prolungarsi oltre l'ora di tempo, a rischio della vita stessa del condannato (come effettivamente avvenne in alcune occasioni).

¹³⁸ A. Thesaurus, *Novae decisiones sacri Senatus Pedemontani*, ed. cit., dec. 161, n. 8, fol. 179vb, con critica alla condanna per furto sia per motivi sostanziali (la minore età) sia per motivi procedurali (la prova ottenuta con confessione rilasciata sotto tortura, ma comminata senza precedenti indizi legittimi, e quindi nulla). La reiterazione del reato come elemento che

giudice doveva prendere in considerazione per la determinazione della pena). Ippolito Marsili, dal canto suo, apostrofava pesantemente il giudice che aveva addirittura condannato all'impiccagione un minore autore di un reato lieve¹³⁹.

Un punto sul quale tutti gli autori sembravano convergere, però, era la regola (già nella Glossa¹⁴⁰) secondo la quale chi avesse commesso il reato durante la minore età non doveva subire la pena prevista per il delinquente adulto nel momento in cui avesse superato i venticinque anni. La punizione era infatti determinata guardando esclusivamente al *tempus commissi delicti*¹⁴¹. Se quindi egli non poteva essere punito durante la minore età, non lo era nemmeno dopo essere diventato maggiore¹⁴².

Essere punibile e sentenziato colpevole non implicava tuttavia necessariamente che al minore delinquente fosse applicata una pena: poteva infatti accadere che egli non fosse effettivamente punito, in forza del ricorso alla *restitutio in integrum*. La rimozione delle conseguenze negative della condanna si sostanzialmente evitargli del tutto la sanzione.

escludeva la riduzione della pena è visibile anche nel caso riferito da I. Bertachinus, *Repertorium ... aurem, pars tertia*, Lugduni, apud Sebastianum Gryphem Germanum, 1525, sub voce *Sacrilegium*, 16, fol. 151va, che raccontava di aver condannato nel corso dello stesso anno, quando sedeva *in capitolio urbis*, un giovane all'amputazione di un arto *ratione aetatis*, mentre un altro all'impiccagione, perché non poteva più giovare dei benefici legati all'età dopo aver commesso un secondo furto sacrilego.

¹³⁹ H. de Marsiliis, *Singularia*, [Lione, Jacques Giunta,] 1531, n. 378, fol. 113vab. Davvero dure le parole impiegate dal giurista bolognese nel riferire l'episodio verificatosi nella sua città, esempio di ingiustizia e iniquità laddove si sarebbe invece potuto fare giustizia, opera di un giudice *bestialis* che se fosse stato capace di mangiare fieno sarebbe stato un asino, ma che invece si atteggiava a dotto, lui che mancava di *doctrina* e che per questo si sarebbe meritato il cappio al posto del minore... Molto più grave – proseguiva Marsili nella sua invettiva – che i giudici superiori l'avessero permesso, ma questo purtroppo accadeva quando non erano sottoposti a sindacato e quindi potevano fare quel che piaceva loro (anzi, rendevano lecito quel che piaceva loro: «tunc quod placet licet») e sostituivano la loro volontà alla legge. Questo però – e anche di peggio – era quel che succedeva ai suoi tempi («sed ista transeant cum aliis enormitatibus hodiernis»), l'amara conclusione.

¹⁴⁰ Gl. *Moritur ad C. 6.58.10, De legitimis haeredibus*, l. *Sciant*.

¹⁴¹ H. de Marsiliis, *Commentaria super titulis ff. ad legem Corneliam de sicariis*, ed. cit., ad D. 48.8.12, l. *Infans*, n. 15, fol. 39vb; v. anche l'esempio relativo al caso di Ercole Nuvoloni riportato da I.C. Ruginellus, *Practicarum quaestionum rerumque iudicatarum liber singularis*, ed. cit., cap. 35, n. 38, fol. 95a, del quale si è già detto.

¹⁴² H. de Marsiliis, *Tractatus de questionibus*, Lugduni, impressum a Iohanne Moylin als de Cambray, 1521, n. 62, fol. 59va; I. Clarus, *Sententiarum receptorum Liber V*, ed. cit., § fin., q. 60, vers. *Sed nunquid*, fol. 170ra; P. Farinaccius, *Praxis, et theoricæ criminalis ... pars tertia*, ed. cit., q. 92, n. 162, fol. 139a; I.C. Ruginellus, *Practicarum quaestionum rerumque iudicatarum liber singularis*, ed. cit., cap. 35, n. 3, fol. 90vb.

Sulla base del diritto giustiniano, il delinquente infraventicinquenne avrebbe potuto giovare qualora non fosse stato autore di un delitto *ex animo*¹⁴³: i *doctores* concordavano quindi sulla possibilità di concedere il beneficio solo qualora il reato fosse derivato da *culpa*¹⁴⁴.

In questi casi si doveva valutare la punibilità effettiva del minore: era quanto ricavava la scienza giuridica interpretando congiuntamente alcune disposizioni della compilazione giustiniana¹⁴⁵. La Glossa aveva posto le basi per questa

¹⁴³ Il riferimento era C. 2.34(35).1, una costituzione di inizio III secolo degli imperatori Severo e Antonino. V. Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria in primam Digesti veteris partem*, Lugduni, excudebat Thomas Bertellus, 1547, ad D. 4.4.37pr., *De minoribus vigintiquinque annis*, l. *Auxilium*, n. 2, fol. 153ra.

¹⁴⁴ L'elaborazione di una responsabilità penale fondata sulla colpa fu il risultato di un non semplice percorso ad opera della scienza giuridica (civilistica e canonistica). Nel diritto romano giustiniano, infatti, la colpa trovava spazio all'interno della sfera della responsabilità aquiliana. Per i *doctores* medievali, pertanto, in *maleficiis* l'addebito del fatto criminoso non poteva prescindere dalla volontà di realizzarlo da parte dell'agente. La colpa, invece, si sostanziava in un comportamento o atto connotato da antigiridicità e i *delicta* colposi commessi anche *praeter intentionem* erano conseguentemente relegati a una valutazione di stampo civilistico secondo criteri di responsabilità extracontrattuale, che metteva in rilievo la dimensione risarcitoria della giustizia medievale (sulla quale v. M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, in M. Fioravanti (cur.), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari 2002, pp. 163-205, anche in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, I, Milano 2009, pp. 3-44, pp. 4-7; Id., *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in M. Bellabarba-G. Schwerhoff-A. Zorzi (curr.), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna*, Bologna-Berlin 2001, pp. 345-364, anche in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, II, cit., pp. 1223-1245, pp. 1236-1240). La stessa *restitutio in integrum* evidenzia peraltro una contaminazione tra elementi di diritto civile e penale in tema di colpa e il permanere di meccanismi non puramente criminali all'interno del sistema. Il compito dei giuristi fu nel tempo quello di costruire forme di responsabilità fondate sulla colpa anche in ambito penale: la sistematizzazione della materia cominciò a concretizzarsi nella seconda metà del XVI secolo. Cfr. A. Marongiu, *Colpa penale (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano 1960, pp. 617-623, pp. 619-621; Id., *Dolo penale (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano 1964, pp. 731-738, pp. 732-735; M. Lucchesi, *Si quis occidit occidetur*, cit., pp. 57-81; M. Pifferi, *Generalia delictorum*, cit., pp. 226-262; R. Sorice, *Voluntas et propositum distinguunt maleficia*, cit.; Ead., *La dialettica tra volontario e involontario nella dimensione penale pre-gregoriana: l'omicidio sponte commissum nei Penitenziali e nei Capitularia carolingi*, in «Rivista internazionale di Diritto comune», XXIX (2018), pp. 45-64; Ead., *Vittime colpevoli e colpevoli innocenti*, cit.; Ead., *La teoria del versari in re illicita nel pensiero di Giovanni d'Andrea: dolus generalis?*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung», CV (2019), pp. 99-152; Ead., *La rilevanza penale della colpa nel Medioevo*, cit.

¹⁴⁵ D. 50.17.108 (Paolo *ad edictum*), una *regula iuris* che indicava nell'età uno degli elementi in grado di influire sulla punibilità del delinquente; D. 4.4.9.2 (Ulpiano *ad edictum*), che escludeva benefici di sorta per i minori delinquenti che avessero commesso il reato volontariamente;

teoria, approdando attraverso una serie di distinzioni alla definizione della disciplina da applicare al minore delinquente autore di un *delictum* compiuto non intenzionalmente¹⁴⁶: in suo favore operava infatti un meccanismo *ipso iure* (per l'infante, non punibile) oppure era possibile lo strumento della *restitutio in integrum*. Pertanto, al minore maggiore dell'infante e capace di dolo che non avesse volontariamente commesso un reato si prospettava l'alternativa di una punizione più mite del previsto ovvero di ottenere la *restitutio* (senza quindi essere materialmente punito)¹⁴⁷; qualora avesse invece agito con dolo, commettendo un reato 'soltanto' atroce, per lui l'unico beneficio possibile era la diminuzione della pena sulla base della *miseratio* personalmente provata dal giudice verso la sua età; per i reati atrocissimi, infine, nessun trattamento di favore poteva andare a vantaggio del minore¹⁴⁸.

Che gli impuberi e i prossimi alla pubertà fossero scusati per i reati commessi *praeter conscientiam* e potessero quindi accedere alla *restitutio in integrum* era

D. 4.4.9.5, che impediva il rimedio della *restitutio in integrum* per chi delinqueva dolosamente; di nuovo C. 2.34(35).1, forse la *sedes materiae* privilegiata su questo tema.

¹⁴⁶ Cfr. gl. *Fere ad D. 50.17.108(109)*, *De diversis regulis iuris*, l. *Fere*. V. anche gl. *Ei subvenietur ad D. 4.4.9.2*, *De minoribus viginti quinque annis*, l. *Si ex causa*, § *Nunc videndum*; le glosse *Delictum*, *Extra venit* e *Non committitur ad C. 2.34(35).1*, *Si adversus delictum suum*, l. *In criminibus*, che a vario titolo facevano riferimento alla non volontarietà del reato commesso. V. inoltre *Antiquissimorum glossatorum distinctiones. Collectio Senensis*, ed. cit., XV, p. 148. P. Decius, *In tit. ff. De regulis iuris*, ed. cit., ad D. 50.17.108, l. *Fere*, n. 2, fol. 299b faceva l'esempio – forse meno calzante all'interno della teoria – del pupillo *doli capax* omicida, non punibile con pena di morte ma con altre pene (in particolare, la multa), che dovevano però essere *retractatae* in appello o, per l'appunto, attraverso l'applicazione della *restitutio in integrum*.

¹⁴⁷ La pena inferiore era posta in alternativa alla *restitutio* per il minore delinquente per colpa già secondo A. Gandinus, *Tractatus de maleficiis*, ed. cit., *De penis reorum in genere et de percussione et insultu*, n. 31, p. 231.

¹⁴⁸ D. 4.4.37.1 (Trifonino nel terzo libro delle *Disputationes*): «In delictis autem minor annis viginti quinque non meretur in integrum restitutionem, utique atrocioribus, nisi quatenus interdum miseratio aetatis ad mediocrem poenam iudicem produxerit».

un'acquisizione non solo della scienza giuridica civilistica¹⁴⁹, ma anche dei più autorevoli esponenti della canonistica¹⁵⁰.

La questione, che poteva dunque vantare un importante apparato teorico costruito dalla scienza giuridica e rinforzato dalla prassi dei secoli precedenti, occupava ancora molto spazio all'interno delle trattazioni dei criminalisti d'età moderna. Claro ammetteva senza mezzi termini che la possibilità per il minore

¹⁴⁹ Oltre alla Glossa, cfr. Iacobus de Ravaniis [Petrus de Bellapertica], *Lectura insignis et secunda super prima parte Codicis*, Parrhisijis, in edibus M. Petri Gromorsi sub insigni Britannie in via ad Divum Jacobum situs, 1519 (= Bologna, Forni, 1967), ad C. 2.34[35].1, *Si adversus delictum suum*, l. *In criminibus*, fol. 103vab; Petrus de Bellapertica, *Lectura Codicis*, ms. Firenze, Biblioteca Medicea Laurenziana, Plut. 6 sin. 6, ad locum, c. 109ra («queratur numquid minor adversus delicta restituetur? Aut est animo commissum, aut ex [rectius, interl.: praeter] animum, si sit commissum praeter conscientiam. Praeter conscientiam incidit in delictum, tunc restituitur»); Cynus Pistoriensis, *In Codicem*, ed. cit., ad locum, n. 1, fol. 101rb, che riprendeva in larghissima parte Belleperche, anche nelle espressioni impiegate; Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria in primam Digesti veteris partem*, ed. cit., ad D. 4.4.9.2, *De minoribus viginti quinque annis*, l. *Si ex causa*, § *Nunc videndum*, n. 3, fol. 149vb; Id., *Commentaria in primam Codicis partem*, Lugduni, apud Thomam Bertellum, 1547, ad C. 2.34(35).1, *Si adversus delictum suum*, l. *In criminibus*, pr.-1, fol. 102ra; Albericus de Rosate, *Prima super Digesto Veteri*, Lugduni, per Thomam Bertheau, 1545, ad D. 4.4.9.2, *De minoribus*, l. *Si ex causa*, § *Nunc videndum*, n. 3, fol. 270rb; Baldus de Ubaldis, *In primum, secundum, et tertium Codicis libros commentaria*, Venetiis, [Societas aquilae se renovantis,] 1599, ad C. 2.34(35).1, *Si adversus delictum suum*, l. *In criminibus*, pr., fol. 156va; Paulus Castrensis, *In primam Codicis partem commentaria*, Lugduni, [Compagnie des libraires de Lyon,] 1583, ad locum, n. 2, fol. 91vb; Bartholomaeus de Salyceto, *Ad I. II. III. et IV. libros Codicis commentarii*, Lugduni, excudebat Claudius Servanius, 1560, ad locum, nn. 1 e 3, fol. 135ra; R. Fulgosius, *In d. Iustiniani Codicem commentariorum tomus primus*, Lugduni, apud Hugonem et haeredes Aemonis à Porta, 1547, ad locum, pr., fol. 110va; J. Faber, *In quatuor libros Institutionum eruditissima commentaria*, Venetiis, apud Altobellum Salicatum, 1572, ad Inst. 4.1.18(20), *De obligationibus quae ex delicto nascuntur*, § *In summa*, fol. 110va; A. de Gambilionibus, *In quatuor Institutionum Iustiniani libros commentaria*, Venetiis, ad candentis salamandrae insignia, 1574, ad locum, n. 1, fol. 192vb.

¹⁵⁰ Bernardus Parmensis, App. ad X. 5.23.2, *De delictis puerorum*, c. *Referente*, v. *Inultum* («et quia delictum extra venit, non ex animo, licet in culpa fuerit, et ideo noxa non commisit: unde habet in integrum restitutionem, si voluerit»); Henricus de Segusio Cardinalis Hostiensis, *In quintum decretalium librum commentaria*, ed. cit., ad locum, n. 4, fol. 64va; Antonius de Butrio, *Super quinto decretalium*, ed. cit., ad locum, vers. *Hinc est quod etiam*, fol. 76rb; P. de Ancharrano, *Super quinto decretalium facundissima commentaria*, Bononiae, apud societatem typographiae Bononiensis, 1581, ad locum, n. 4, p. 123a (in cui reato per colpa e per caso erano posti sullo stesso piano, accomunati dalla loro estraneità alla volontà dell'agente); M. Socinus senior, *Nova, et utilissima commentaria super secunda parte Libri quinti decretalium*, Venetiis, apud Iuntas, 1593, ad locum, nn. 17-19, fol. 39vab.

di avvalersi della *restitutio*, evitando in tali circostanze di sottostare totalmente alla pena, fosse la *communis opinio*¹⁵¹.

Sull'estensione della colpa che permetteva al minore di ottenere i benefici previsti, però, la dottrina di diritto comune era divisa, giacché c'era chi riteneva che la *restitutio in integrum* dovesse riguardare solo gli autori di reati compiuti con colpa lieve e lievissima e chi invece prevedeva che la regola si applicasse anche alla colpa *lata*. Non era peraltro semplice riuscire a districarsi tra le diverse opinioni dottrinali sul tema, dato che il dibattito era risalente nel tempo¹⁵². Le tesi favorevoli alla *restitutio* in ogni caso facevano capo alla Glossa¹⁵³, mentre quelle contrarie a Jacques de Revigny¹⁵⁴ e Pierre de Belleperche, che criticava aspra-

¹⁵¹ I. Clarus, *Sententiarum receptorum Liber V*, ed. cit., § fin., q. 60, vers. *Dictum est*, foll. 169vb-170ra («Quando autem minor reperitur deliquisse per dolum non restituitur, sed si per culpam, tunc restituitur. Et ita communiter dicitur»), che richiamava Ioannes de Anania, *Super quinto decretalium*, ed. cit., ad X. 5.9.2, *De apostatis et reiterantibus baptisma*, c. *Ex literarum*, n. 8, fol. 108vb, in *gl. Minor etas*: «Communiter dicitur, quod si minor reperitur deliquisse propter dolum non restituitur. Secus si propter culpam».

¹⁵² Un tempo nel quale la responsabilità criminale per colpa era ancora lontana dall'essere compiutamente elaborata: queste contrapposizioni sui gradi della colpa e le *sedes materiae* sulle quali si concentravano gli sforzi interpretativi per costruirle evidenziano l'origine 'civilistica' del tema e il suo iniziale ancoraggio alla responsabilità aquiliana.

¹⁵³ Gl. *Si mulier cum culpa ad D. 4.4.9.3, De minoribus*, l. *Si ex causa*, § *Si mulier*: «si culpa tantum restituitur in totum». Si aggiunga che la gl. *In delictis* (di Accursio) *ad D. 4.4.9.2, De minoribus*, l. *Si ex causa*, § *Nunc videndum* limitava l'esclusione di trattamenti più favorevoli ai minori ai soli casi di reati commessi *ex animo*. Tuttavia, con un'equiparazione che avrebbe fatto scuola, ma sarebbe stata anche molto criticata, la stessa gl. *Si mulier cum culpa* interpretava la parola *culpa* come dolo, con tutte le conseguenze del caso (prima fra tutte generare confusione).

¹⁵⁴ Iacobus de Ravaniis [Petrus de Bellapertica], *Lectura insignis et secunda super prima parte Codicis*, ed. cit., ad C. 2.34(35).1, *Si adversus delictum suum*, l. *In criminibus*, fol. 103vb. Revigny riteneva necessaria una netta distinzione tra i gradi della colpa, giacché quella *levis* rendeva impunito il minore, mentre quella *gravis* (o *lata*) non solo gli precludeva la *restitutio*, ma lo rendeva anche punibile. La distinzione era introdotta dal resoconto di un'esperienza personale, cioè la richiesta di un consulto a un *quidam peritus* circa la punibilità di un minore di venticinque anni (ma maggiore di venti) che scagliando frecce per gioco in strada aveva ucciso un uomo. Il giurista interpellato aveva risposto che il minore, per quanto in colpa, non era in dolo, e questo implicava la sua impunità. Revigny sviluppava il suo discorso in disaccordo con la risposta. Sulla corretta paternità della *Lectura Codicis* di Revigny, a lungo attribuita a Belleperche, v. E.M. Meijers, *L'université d'Orléans au XIII^e siècle*, in R. Feenstra—H.W.D. Fischer (dirr.), *Études d'histoire du droit*. III. *Le droit romain au Moyen Âge*, Leyde 1959, pp. 3-148, pp. 72-77; H. Kiefner, *Zur gedruckten Codexlectura des Jacques de Révigny*, in «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», XXXI (1963), pp. 5-38; E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*. II. *Il basso medioevo*, Roma 1995, p. 398, nt. 21. V. anche, sulla stessa falsariga e con parole in larga parte coincidenti, Iacobus de Ravaniis, *Lectura super I. et II. ff. veteris*, ms. Napoli, Biblioteca Nazionale Vittorio Emanuele III, III.A.6, ad D. 4.4.9.2, *De minoribus vigintiquinque annis*, l. *Si*

mente le interpretazioni a sua detta generate da alcune ambiguità introdotte dall'apparato accursiano¹⁵⁵.

4. *La (in)capacità processuale del minore: il curatore*

La minore età dell'imputato aveva conseguenze anche sul piano delle regole a lui applicabili all'interno del processo che doveva accertare la sua

ex causa, § *Nunc videndum*, c. 80ra: «Ego semel consiliatus fui cuidam et dicebam ei si minor xxv. annis staret in via cum arcu suo et traheret et interficeret transeuntem in culpa est si ex animo eum non interficiat: numquid restituetur in totum? Ipse dicebat quod sic, quia lex dicit hoc ex quo delictum est culpa commissum et non ex animo et minor in totum evadet penam. Ego credo quod ille qui haberet eum iudicare puniret eum et quod in totum non esset impugnitus [*sic*]. Ego distinguo hic aut est culpa levis et tunc intelligo quod restituatur; aut est culpa gravis et lata, quia tunc non est restituendus». Il problema e i testi di Revigny sono richiamati e presi in esame in A. Lefebvre-Teillard, «*Si minor delinquit ex culpa*»: à propos d'une controverse soulevée par Jacques de Revigny, in «*Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*», LXXIX (2011), pp. 203-218, pp. 210-213 e in Ead., *Materia de dolo et culpa. Une offensive menée par Jacques de Revigny contre la Glose d'Accurse*, in «*Revue historique de droit français et étranger*», XCI, 3 (2013), pp. 371-397, specialmente 373-374 e nt. 10. Ripercorre l'impostazione di Revigny Albericus de Rosate, *Prima super Digesto Veteri*, ed. cit., *ad locum*, n. 3, fol. 270rb, con riferimento all'approccio più indulgente nei confronti dei minori autori di *delicta per culpam* anche per i reati gravi e atroci.

¹⁵⁵ V. Petrus de Bellapertica, *Lectura Codicis*, ms. Firenze, Biblioteca Medicea Laurenziana, Plut. 6 sin. 6, *ad C. 2.34(35).1, Si adversus delictum suum*, l. *In criminibus*, c. 109rb, contrario alla *restitutio*, sulla base dell'equiparazione della *culpa lata* al dolo (con critica verso quelle interpretazioni che ponevano sullo stesso piano qualsiasi grado della colpa e il dolo): «secundo queritur: dicitur quod adversus delicta ex animo commissa non restituitur; quid si ob latam culpam delinquerit? Scire debetis quod dicunt doctores. Si in via publica sagittabat et interficiat hominem, ibi non est dolus, set lata culpa. Ergo pone: aliquis interfecit hominem lata culpa, numquid restitui potest? Dicit glosa quod sic, quia sine animo fuit commissum. Moderni dicunt contra et certo quod in curia seculari istud custodiretur, quia lata culpa dolo comparatur ar. ff. Depositi l. Nerva [D. 16.3.32] et ff. De [verborum] significatione l. Magna [D. 50.16.226]. Propterea l. est expressa nisi ei fuerit violentia. Si non gravis culpa commissa sit, restituatur. Supponit si gravis culpa commissa fuerit, et hoc est lata culpa, non restituatur ut ff. De minoribus Si ex causa § Si mulier [D. 4.4.9.3]. Glosa exponit si non gravi i. dolo. Hoc est facere violentiam litterae». Il testo è riportato e analizzato anche da A. Lefebvre-Teillard, «*Si minor delinquit ex culpa*», cit., pp. 213-214. Riferiva succintamente l'opinione di Belleperche Cynus Pistoriensis, *In Codicem*, ed. cit., *ad locum*, n. 2, fol. 101rb-101va. Per un riassunto delle posizioni della scienza giuridica, v. S. Oddus, *De restitutione in integrum*, ed. cit., pars II, q. 80, art. 6, pp. 389a-391a, che dichiarava quella favorevole *communis opinio*, poiché la *culpa lata* non era dolo vero, ma solo presunto, non sufficiente per applicare pene quando si trattava di delitti. La ricostruzione del dibattito era offerta anche da P. Farinaccius, *Praxis, et theoricae criminalis ... pars tertia*, ed. cit., q. 92, nn. 95-102, fol. 134ab.

responsabilità e determinare eventualmente la pena per le sue azioni criminose. Per questo motivo, la verifica dell'età di un soggetto assumeva importanza per stabilire la sua sottoponibilità o meno a un procedimento e soprattutto le regole da seguire nel caso lo fosse.

L'accertamento dell'età era pertanto una pregiudiziale che doveva essere appurata dal giudice agli esordi del processo, «in ianua iudiciorum», come spiegava con efficace espressione Baldo degli Ubaldi¹⁵⁶.

Flaminio Cartari indicava l'importanza di chiedere l'età all'imputato all'inizio del costituito, quando si assumevano di norma informazioni circa l'identità dell'indagato. Se poi un minore si fosse dichiarato maggiore – continuava il criminalista orvietano, ponendosi nella scia della tradizione risalente ad Accursio –, questo sarebbe certamente andato a suo nocimento: tuttavia, egli avrebbe poi potuto avvalersi della *restitutio in integrum*, cancellando gli esiti negativi di quanto era accaduto, sempre che non avesse agito con dolo (in tal caso non avrebbe potuto giovare di alcun beneficio)¹⁵⁷.

In un contesto nel quale raramente esistevano strumenti ufficiali per tenere memoria delle nascite e nel quale, per assicurarsi il trattamento di favore (sostanziale e processuale) spettante al minore, poteva risultare vantaggioso per chi fosse coinvolto in una causa criminale mentire sulla propria età, i *doctores* si facevano carico di elaborare i criteri da seguire per indagare quanti anni avesse un imputato, discutendo anche su chi incombessse l'onere di tale prova¹⁵⁸. La materia era ritenuta non semplice e per questo motivo era abituale affidarsi anche a presunzioni e congetture¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Baldus de Ubaldis, *Consiliorum ... volumen primum*, Venetiis, apud haeredes Alexandri Paganini, 1609, cons. 310, n. 4, fol. 92rb: «praeiudiciale liminis iudicii» era definito tale accertamento.

¹⁵⁷ F. Chartarius, *Praxis et theoricæ interrogandorum reorum libri quattuor*, Venetiis, apud Ioannem Boatium, 1618, lib. III, cap. III, n. 10, p. 75, che di fatto si limitava a riportare la gl. *Respondere ad D. 11.1.11pr.*, *De interrogationibus in iure faciendis, et interrogatoriis actionibus*, l. *De aetate*, che argomentava da una parte con D. 42.2.6.6, la generale previsione della *restitutio* per i minori, e dall'altra con D. 4.4.9.2, che escludeva per l'appunto benefici di sorta per i minori delinquenti che avevano agito con dolo.

¹⁵⁸ Per esempio, per A. Gomezius, *Variae resolutiones*, ed. cit., t. III, *De delictis*, cap. 1, n. 63, pp. 28b-29a, supportato da un nutrito numero di autorità, a dimostrare di non avere ancora raggiunto la maggiore età doveva essere il minore che voleva godere dei benefici connessi alla sua condizione, dipendendo l'onere della prova proprio da questa *principalis causa suae intentionis*.

¹⁵⁹ Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria in primam Digesti veteris partem*, ed. cit., ad D. 4.4.43, *De minoribus viginti quinque annis*, l. *De aetate*, nn. 6-14, foll. 154vb-155ra aveva specificato che l'età si poteva provare per testimoni o prendendo in esame l'aspetto della persona, ma aveva comunque ammesso che questa verifica presentava qualche difficoltà. Diffusi sull'uso delle

Zavattari forniva un utile esempio sulle modalità di determinazione e verifica dell'età dell'imputato per comprendere come procedere nel modo più adeguato: il Senato di Milano si era trovato infatti a dover decidere di una donna indigente autrice di un infanticidio (alla quale si è già fatto cenno). Il senatore lettore criminale Simone Bossi¹⁶⁰ aveva proposto di non approvare la relazione del caso votata dal fiscale¹⁶¹ proprio perché non vi era alcuna prova circa l'età dell'imputata: sospettando che ella fosse in realtà ancora minore, ma non riuscendo a chiarire tale questione a causa della cattiva prassi seguita nello svolgere le indagini sull'età, aveva quindi chiesto a ragione di rimandare il caso al pretore di Treviglio per approfondire tale aspetto. Le ulteriori attività investigative avevano dato effettivamente ragione al prudente senatore¹⁶².

L'accertamento dell'età del delinquente, specialmente se *pupillus*, poteva giovargli non solo nel corso del processo, ma persino quando fosse già stata pronunciata una sentenza di condanna in contumacia: Giulio Claro riferiva infatti del caso di tal Giandomenico Bonesco, inizialmente condannato a tre tratti di corda o in alternativa al pagamento della somma di duecento aurei, ma che, dopo l'ordine del Senato di assumere ulteriori informazioni e la conseguente

presunzioni a questi fini I. Menochius, *De praesumptionibus, coniecturis, signis, et indiciis*, ed. cit., lib. I, praes. 58, n. 16, fol. 59b, che sviluppava poi il tema in lib. II, praes. 50, foll. 152a-155b, e praes. 51, foll. 155b-163a, e soprattutto I. Mascardus, *Conclusiones probationum ... volumen secundum*, Francofurti ad Moenum, impensis haeredum Sigis. Feyrab., 1593, concl. 665-679, fol. 50ra-60ra, che toccava tutti i principali problemi relativi alla prova dell'età. In *Ordines excellentissimi Senatus Mediolani*, ed. cit., fol. 171, relativo al già menzionato caso di Bernardo Porro, si può trovare un chiaro riferimento a questa modalità di prova dell'età: «lectis etiam inditiis ... ex quibus apparet de dicta minori aetate».

¹⁶⁰ Appartenente a una delle «dieci famiglie» i cui membri di generazione in generazione – oculatamente e consapevolmente anche per motivi politici – avevano avuto modo di mostrare la loro «spiccata vocazione burocratica» all'interno del Ducato milanese (U. Petronio, *Burocrazia e burocrati nel Ducato di Milano dal 1561 al 1706*, in *Per Francesco Calasso. Studi degli allievi*, Roma 1978, pp. 479-561, pp. 516-517 e 518, nt. 168), fu nominato senatore da Filippo II nel 1582 ed ebbe successivamente accesso alle supreme magistrature pubbliche dello Stato di Milano (V. Castronovo, *Bossi, Simone*, in *Dizionario biografico degli italiani*, XIII, Roma 1971, pp. 337-338).

¹⁶¹ Sul ruolo e l'attività dell'avvocato fiscale all'interno degli apparati della giustizia nel Ducato di Milano, v. G.P. Massetto, *Avvocatura fiscale e giustizia nella Lombardia spagnola. Note su un manoscritto secentesco*, in *Diritto comune e diritti locali nella storia dell'Europa*, cit., pp. 389-456, anche in Id., *Saggi di storia del diritto penale lombardo*, cit., pp. 269-329.

¹⁶² I.A. Zavattarius, *Panegyricus*, ed. cit., pp. 77-79. Sulle dinamiche e i rapporti tra i giudici inferiori e il Senato milanese, v. L. Garlati, *Prima che il mondo cambi*, cit., pp. 578-602; A. Monti, *I formulari del Senato di Milano*, cit., pp. 45-69.

scoperta che all'epoca della condanna aveva solo otto anni, alla fine era stato assolto il 15 aprile 1564¹⁶³.

Nelle discussioni sugli aspetti processuali che vedevano implicato un minore in qualità di imputato, sembrava ormai superata la diatriba condotta dalla migliore scienza giuridica medievale, attraverso un non semplice percorso lastricato di distinzioni, sulla necessità o meno dell'autorizzazione del padre per i giudizi intentati contro il *filiusfamilias*, in quanto sottoposto alla *patria potestas*¹⁶⁴. Claro, infatti, negava recisamente che al suo tempo, affermatosi ormai il principio dell'indisponibilità del processo¹⁶⁵, tanto per il figlio che voleva accusare quanto per quello (anzi, soprattutto per quello) che nel giudizio si doveva invece difendere, si mettesse mai in dubbio nella pratica – che egli personalmente approvava – la possibilità di procedere senza consenso paterno¹⁶⁶.

Il modello di processo penale che nella prima età moderna faceva da sfondo all'amministrazione della giustizia criminale e trovava applicazione anche nei confronti dei minori accusati di reati era infatti, com'è noto, quello di stampo inquisitorio, che nel corso del XVI secolo si era perfezionato un po' in tutta Europa e aveva ricevuto importanti riconoscimenti sul piano normativo¹⁶⁷. Pur sussistendo ancora nella teoria una distinzione tra processo ordinario (accusatorio) e straordinario (inquisitorio), è altrettanto noto che nella realtà tale

¹⁶³ I. Clarus, *Sententiarum receptarum Liber V*, ed. cit., § fin., q. 60, vers. *Dictum est*, fol. 169vb.

¹⁶⁴ Il dibattito dottrinale, che riguardava certo anche, ma non esclusivamente, i minori di venticinque anni (potendosi estendere la condizione di *filiusfamilias* oltre questo limite di età), è ricostruito da M. Bellomo, *Problemi di diritto familiare nell'età dei comuni. Beni paterni e "pars filii"*, Milano 1968, pp. 178-205. In sintesi anche Id., *Die Familie und ihre rechtliche Struktur in den italienischen Stadtkommunen des Mittelalters (12.-14. Jahrhundert)*, in A. Haverkamp (hg.), *Haus und Familie in der spätmittelalterlichen Stadt*, Köln-Wien, 1984, pp. 99-135, pp. 133-134.

¹⁶⁵ M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, cit., p. 8.

¹⁶⁶ I. Clarus, *Sententiarum receptarum Liber V*, ed. cit., § fin., q. 14, vers. *Sed quid in filiofamilias*, fol. 79rb-79va. L'eventuale coinvolgimento del padre, comunque non necessario, sarebbe stato un'*abundans cautela*, che di certo non avrebbe nociuto alla celebrazione del processo. Confermava la prassi anche I.B. Baiardus, *Additiones et annotationes ... ad Iulii Clari receptarum Sententiarum Libros V*, ed. cit., ad § fin., q. 14, vers. *Sed quid in filiofamilias*, n. 23, fol. 106a. In modo esplicito erano dovute intervenire nello Stato pontificio le Costituzioni egidiane del 1357, che avevano concesso ai minori di venticinque anni, ma maggiori di quattordici, la possibilità di stare legittimamente in giudizio nelle cause criminali, tanto di primo grado quanto d'appello, senza il consenso del padre o del curatore (v. *Aegidiane Constitutiones*, Romae, in aedibus Francisci Priscianensis, 1543, lib. 4, cap. 17, fol. 87r).

¹⁶⁷ J.H. Langbein, *Prosecuting Crime in the Renaissance. England, Germany, France*, Cambridge, Massachusetts 1974; E. Dezza, "Pour pouvoir au bien de notre justice". *Legislazioni statali, processo penale e modulo inquisitorio nell'Europa del XVI secolo*, in «Diritto penale XXI secolo», I (2002), pp. 159-202, anche in «Acta Histriae», X, 1 (2002), pp. 7-38.

rapporto si era invertito e ogni processo si svolgeva secondo il rito inquisitorio, stando a quanto ripeteva anche Claro, che a sua volta si rifaceva a una tradizione ai suoi tempi ben consolidata¹⁶⁸. Tale modello era connotato da meccanismi atti al raggiungimento dei suoi scopi principali, indicati fin dalla sua creazione tra la fine del XII e l'inizio del XIII secolo con l'adagio *ne crimina manean impunita*¹⁶⁹: lo strumento ideale per produrre colpevoli, quindi, auspicabilmente – ma non necessariamente – i veri colpevoli all'interno di dinamiche e politiche criminali che da un lato garantissero il mantenimento dell'ordine pubblico e dall'altro consentissero al potere di conservare e rafforzare autorità e credibilità¹⁷⁰.

¹⁶⁸ I. Clarus, *Sententiarum receptarum Liber V*, ed. cit., § fin., q. 58, princ., vers. *Sequens*, fol. 162ra: «hodie iudices pro quocumque crimine procedunt per inquisitionem, idest ex officio». V. anche ivi, q. 3, vers. *Sed certe*, fol. 63va, che riportava numerosi autori precedenti, a partire da Gandino, che avevano già attestato tale prassi; ivi, q. 14, vers. *Scias tamen*, fol. 78vb. Cfr. E. Dezza, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, Milano 1989, pp. 37-39. Sul noto passo di Gandino (A. Gandinus, *Tractatus de maleficiis*, ed. cit., *Quomodo de maleficiis cognoscatur per inquisitionem*, n. 4, p. 39), v. M. Sbriccoli, «Vidi communiter observari». *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXVII (1998), pp. 231-268, anche in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, I, cit., pp. 73-110.

¹⁶⁹ Il principio compare, con alcune varianti lessicali, in due decretali di Innocenzo III: la *Inauditum* del 4 febbraio 1199 dal Laterano al re d'Ungheria Emerico (Po. 591 = *Die Register Innocenz' III. 1. Pontifikatsjahr 1198/1199*, ed. O. Hageneder – A. Haidacher, Wien 1964, n. 546 [549], pp. 790-791) e la *Ut famae* del 10 dicembre 1203 da Anagni all'arcivescovo di Lund Anders Sunesen (3Comp. 5.21.8 = X. 5.39.35 = Po. 2038 = *Die Register Innocenz' III. 6. Pontifikatsjahr 1203/1204*, ed. O. Hageneder et al., Wien 1995, n. 181 [183], pp. 301-302). Sull'origine canonistica del principio e la sua non estraneità al diritto romano (in particolare D. 9.2.51.2, Giuliano nei *digesta*) la storiografia ha tuttavia molto discusso: cfr. R.M. Fraher, *The Theoretical Justification for the New Criminal Law of the High Middle Ages: 'Rei publicae interest, ne crimina remaneant impunita'*, in «University of Illinois Law Review» III (1984), pp. 577-595 (con alcuni non secondari errori, però, nella valutazione delle fonti canonistiche); K. Pennington, *Innocent III and the Ius commune*, in R.H. Helmholz–P. Mikat–J. Müller–M. Stolleis (hrsg.), *Grundlagen des Rechts. Festschrift für Peter Landau zum 65. Geburtstag*, Paderborn 2000, pp. 349-366, specialmente pp. 352-355; G. Jerouschek, „Ne crimina remaneant impunita“: *Auf daß Verbrechen nicht ungestraft bleiben. Überlegungen zur Begründung öffentlicher Strafverfolgung im Mittelalter*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung», LXXXIX (2003), pp. 323-337; P. Landau, *'Ne crimina manean impunita'. Zur Entstehung des öffentlichen Strafanspruchs in der Rechtswissenschaft des 12. Jahrhunderts*, in M. Schmoeckel–O. Condorelli–F. Roumy (hrsg.), *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur. III. Straf- und Strafprozessrecht*, Köln-Weimar-Wien 2012, pp. 25-35; C.E. Varalda, *Il contributo di Innocenzo III alla formazione della cultura giuridica occidentale: in particolare in relazione al noto principio 'rei publicae interest ne crimina remaneant impunita'*, in «Vergentis», III (2016), pp. 145-169.

¹⁷⁰ Sul significato 'politico' che assumeva il principio all'interno delle azioni rivolte alla repressione criminale, v. M. Sbriccoli, *Legislation, Justice, and Political Power in Italian Cities, 1200-1400*, in *Legislation and Justice: The Origins of the Modern State, 13th-18th Centuries*, Oxford 1997,

A tenere invece formalmente ancora banco era il tema della concessione di un curatore al minore imputato e conseguentemente della sorte del processo qualora non gli fosse stato assegnato. La dottrina di diritto comune sembrava infatti accettare quanto previsto dal diritto romano, che imponeva di nominarne uno¹⁷¹: Bartolo, per esempio, aveva ribadito che la sua presenza era *de necessitate*¹⁷², poiché l'incapacità del minore non gli permetteva di concludere atti giuridicamente validi senza l'intervento di una persona adulta che, a tutela dei suoi interessi, li compisse a suo nome o confermasse quelli che avesse già concluso (li sanzionasse con l'*auctoritas* derivante dalla maggiore età). Angelo Gambigioni rivolgeva direttamente al giudice la raccomandazione di essere cauto nelle cause che vedevano imputato un minore di venticinque anni e di nominargli un curatore, poiché, tanto nelle cause civili quanto in quelle criminali, egli non era legittimato a stare in giudizio da solo¹⁷³. La *communis opinio* propendeva per riconoscere in tali circostanze sicuramente non solo la nullità degli atti compiuti dal minore (inclusa la confessione, rilasciata spontaneamente, come vedremo tra breve), ma anche dell'intero procedimento¹⁷⁴.

Nel caso in cui il processo fosse stato comunque instaurato, si sarebbero potute impostare le difese del minore proprio su tale violazione formale. Questa strategia avrebbe potuto funzionare in Spagna, dove pare che queste regole fossero recepite e osservate, ma certamente non a Milano¹⁷⁵, dove si seguiva un

pp. 37-55, anche in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, I, cit., pp. 47-72, pp. 61-66; Id., «*Tormentum idest torquere mentem*». *Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell'Italia comunale*, in J.-C. Maire-Vigueur-C. Paravicini Bagliani (curr.), *La parola all'accusato*, Palermo 1991, pp. 17-32, anche in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, I, cit., pp. 111-128, pp. 114-117.

¹⁷¹ C. 5.59.4 (Giustiniano): «*Clarum posteritati facientes sancimus omnimodo debere et agentibus et pulsatis in criminalibus causis minoribus viginti quinque annis adesse curatores vel tutores, in quibus casibus et pupillos leges accusari concedunt, cum cautius et melius est cum suasionem perfectissima et responsa facere minores et litem inferre, ne ex sua imperitia vel iuvenali calore aliquid vel dicant vel taceant, quod, si fuisset prolatum vel non expressum, prodesse eis poterat et a deteriore calculo eos eripere*».

¹⁷² Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria in secundam Digesti veteris partem*, Lugduni, excudebat Thomas Bertheau, 1547, ad D. 12.3.4, *De in litem iurando*, l. *Videamus*, n. 7, fol. 40va. V. anche Baldus de Ubaldis, *Consiliorum ... volumen primum*, ed. cit., cons. 310, n. 1, fol. 92ra.

¹⁷³ Angelus Aretinus, *De maleficiis*, ed. cit., *Comparuerunt dicti inquisiti, et confitentur totum*, § *Nec non*, n. 7, p. 642b.

¹⁷⁴ H. de Marsiliis, *Practica criminalis*, ed. cit., § *Nunc est videndum*, n. 31, fol. 52r; Id., *Tractatus de questionibus*, ed. cit., n. 17, fol. 3rb. La Glossa aveva parlato di invalidità *ipso iure* della sentenza pronunciata in giudizio senza l'autorità del tutore: gl. *Calculo ad C. 5.59.4, De autoritate praestanda*, l. *Clarum*.

¹⁷⁵ P. a Plaza y Moraza, *Epitome delictorum causarumque criminalium*, Venetiis, apud Hieronymum Scotum, 1573, n. 12, p. 567.

diverso orientamento, in contrasto con il diritto romano e il pensiero dei *doctores*, come riferiva di aver visto quotidianamente fare Egidio Bossi. Nel Ducato, infatti, l'eccezione della mancanza di un curatore nella pratica era respinta: all'interno del processo criminale il minore di venticinque anni – purché ne avesse più di quattordici – era considerato in tutto e per tutto al pari di un maggiore, a dispetto del principio «qui non debet examinari, examinatus non probat». A cadere erano soprattutto le “garanzie” processuali in suo favore, come per esempio la possibilità di avvalersi della *restitutio in integrum* o la nullità della confessione rilasciata in assenza del curatore.

Stabilita la regolarità del procedimento¹⁷⁶, si doveva fare affidamento su una conclusione favorevole della decisione da parte del giudice, poiché per il pubere rimaneva comunque aperta la porta alla mitigazione della pena¹⁷⁷. Questo restava l'unico fine raggiungibile impiegando la linea difensiva che facesse appello alla mancanza di un curatore, soprattutto quando il minore avesse confessato, come spiegava Claro: l'eventuale eccezione circa la validità delle dichiarazioni rilasciate al giudice nel corso dell'interrogatorio non era infatti accolta¹⁷⁸. La consuetudine lombarda era peraltro seguita anche altrove¹⁷⁹.

L'intervento di conferma da parte del padre o di un curatore non si credeva quindi nella pratica indispensabile, perché nella realtà si dubitava fortemente della loro funzione, giacché – le notazioni di Giovanni Battista Baiardi all'opera di Claro sono illuminanti della mentalità del tempo¹⁸⁰ – da un lato non si trovava un padre (che era il primo soggetto a cui veniva assegnata la tutela del figlio se *in potestate*) che volesse avvalorare la confessione di un reato rilasciata dal figlio, sancendone in definitiva la condanna, dall'altro la presenza del giudice suppliva

¹⁷⁶ A. Bossius, *Tractatus varii*, ed. cit., tit. *Si adversus rem indicatam restitutio postuletur*, n. 22, fol. 566ra: tale difetto procedurale poteva essere opposto nelle cause civili, ma «in his vero, quae pertinent ad inquisitionem veritatis, valeat sine curatore iudicium». Mezzo (processo inquisitorio) e fine (ricerca della verità) prevalevano sulla condizione individuale dell'imputato.

¹⁷⁷ A. Bossius, *Tractatus varii*, ed. cit., tit. *De confessis*, n. 69, foll. 151b-152a.

¹⁷⁸ I. Clarus, *Sententiarum receptorum Liber V*, ed. cit., § fin., q. 50, vers. *Nunc de reorum defensionibus*, fol. 147rb-147va; ivi, § fin., q. 55, vers. *Uterius*, fol. 157vb.

¹⁷⁹ P. Farinaccius, *Praxis, et theoricæ criminalis ... pars tertia*, ed. cit., q. 81, cap. 10, n. 370, fol. 43b.

¹⁸⁰ Sull'importanza delle note di Baiardi, «uomo di profonda dottrina», anche per i ragguagli circa il diritto di altre realtà del tempo, soprattutto dello Stato della Chiesa, all'interno del quale ricoprì per molti anni diversi incarichi, v. G.P. Massetto, *La prassi giuridica lombarda nell'opera di Giulio Claro*, cit., p. 26, nt. 59; Id., *I reati nell'opera di Giulio Claro*, cit., p. 227, nt. 882 (da cui è tratta la citazione); A. Aliani, *I libri di un giurista del Cinquecento. Giovanni Battista Baiardi (1530-1599)*, in «Le carte e la storia. Rivista di storia delle istituzioni», X, 2 (2004), pp. 149-171, con ampia ricostruzione biografica.

a questa mancanza (anche quando il minore veniva torturato: così i criminalisti dopo Cino da Pistoia e Baldo degli Ubaldi)¹⁸¹.

Il minore che, citato, fosse rimasto contumace poteva essere soggetto a bando, anche se non gli era stato assegnato un curatore, purché si trovasse in un'età in cui poteva essere ritenuto responsabile e punibile per il delitto del quale era accusato: Egidio Bossi spiegava infatti che i *doctores* ritenevano il provvedimento possibile proprio perché se il minore delinquente fosse stato presente e fosse comparso in giudizio sarebbe stato condannato (o per lo meno condannabile)¹⁸². Il discorso non poteva riguardare logicamente l'infante e, a maggior ragione, il nascituro, secondo quanto un importante filone dottrinale sosteneva ormai da tempo in risposta a un quesito che comunque era stato posto, nemmeno qualora la madre e tutta la sua famiglia fossero stati colpiti da bando¹⁸³.

Il dibattito piuttosto verteva sulla condizione del minore (non infante) bandito e poi catturato, poiché occorreva comprendere se fosse sottoponibile alla pena ordinaria, come avveniva di norma per gli adulti nella medesima condizione. *De iure civili* a ogni bandito, però, si sarebbe dovuta concedere la

¹⁸¹ I.B. Baiardus, *Additiones et annotationes ... ad Iulii Clari receptorum Sententiarum Libros V*, ed. cit., add. *Et dicit Bossius*, ad § fin., q. 50, vers. *Nunc de reorum*, nn. 8-9, fol. 192b, e add. *Etiā dicit Albericus* ad § fin., q. 55, vers. *Ulterius*, n. 24, fol. 201ab.

¹⁸² A. Bossius, *Tractatus varii*, ed. cit., tit. *Banniri qui possint*, n. 3, foll. 464b-465a. Per Angelus Aretinus, *De maleficiis*, ed. cit., *Qui dominus iudex addidit*, § *Quod bannum*, nn. 1-2, p. 598a, invece, il minore poteva essere soggetto a bando in quanto esso veniva comminato con sentenza interlocutoria.

¹⁸³ H. de Marsiliis, *Avogadra. Lectura super titu. C. ad l. Corne. de sicca.*, Lugduni, per Ioannem David als la mouche, 1529, ad C. 9.16.7, l. *Si quis necandi*, n. 7, foll. 22va-23ra: *l'infans iam non natus*, per il solo fatto di appartenere a una *prosapia* soggetta a bando, una volta venuto al mondo non poteva essere parificato sotto questo aspetto agli altri membri del gruppo familiare. Sul tema già si era espresso Nellus de Sancto Geminiano, *Tractatus ... de bannitis*, in *Tractatus Illustrium, in utraque, tum Pontificii, tum Caesarei iuris, De iudiciis criminalibus*, Tomus XI, Pars I, Venetiis, [Franciscus Zilettus,] 1584, fol. 357rb-406ra, tempus I, pars I, nn. 9-10, fol. 359rab, anche sulla base della necessità di interpretazione restrittiva delle disposizioni statutarie in tali materie («in dubio semper debet intelligi condemnatio in minori significato [...] saltem in odiosis in quibus etiam sententia non extenditur»). Che l'esclusione riguardasse però i soli figli ancora non nati al momento della comminazione del bando è esplicitato dallo stesso Nello: qualora lo statuto prevedesse che i figli del bandito ne condividessero la sorte, tale disposizione li riguardava anche se a essere colpita da bando fosse la madre (ivi, tempus II, pars II, n. 44, fol. 383ra). Tratta brevemente degli effetti del bando sull'intera *stirps* del bandito e dei conseguenti tentativi dei giuristi di restringerne la portata, C. Ghisalberti, *La condanna al bando nel diritto comune*, in «Archivio giuridico Filippo Serafini», CLVIII (1960), pp. 3-75, pp. 50-51.

possibilità di essere sentito e di difendersi¹⁸⁴. Tuttavia, come osservato già da molto tempo, vi era la consapevolezza che gli statuti italiani considerassero la contumacia alla stregua di una confessione e il bandito come un reo confessore, con la conseguenza che al bandito consegnato alla giustizia non era data occasione di apprestare e proporre una difesa¹⁸⁵ e si potesse perfino giungere direttamente alla comminazione della pena capitale¹⁸⁶. Sorgeva il dubbio pertanto su quale fosse la disciplina applicabile al minore di venticinque anni, dovendosi scegliere tra quella del diritto comune e quella introdotta dagli statuti. Il problema era di primaria importanza, perché era collegato a un diritto irrinunciabile

¹⁸⁴ C. 9.2.6pr. (Gordiano: «Absentem capitali crimine accusari non posse») e il complesso dei frammenti che costituiscono il titolo D. 48.17 (*De requirendis vel absentibus dammandis*), non specificamente diretti a disciplinare il caso del minore, ma quello del contumace in generale.

¹⁸⁵ All'interno di una «logica del contrappasso», secondo la quale il contumace, sottraendosi alla giustizia, aveva palesato il suo disprezzo per essa e pertanto non aveva più il diritto di invocarla: A.A. Cassi, *Il “segno di Caino” e “i figliuoli di Bruto”. I banditi nella (dalla) civitas dell'Italia comunale e signorile tra prassi statutaria e scientia juris*, in A.A. Cassi (cur.), *Ai margini della civitas. Figure giuridiche dell'altro tra medioevo e futuro*, Soveria Mannelli 2013, pp. 79-104, pp. 90-91. Per una sintesi del problema, C. Ghisalberti, *La condanna al bando nel diritto comune*, cit., pp. 61-65.

¹⁸⁶ Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria in secundam Digesti Novi partem*, ed. cit., ad D. 48.17.1, *De requirendis reis*, l. *Divi Severi*, n. 3, fol. 193vb: «Haec sunt vera de iure communi: sed ex forma statutorum civitatum Italiae contumax, et exbannitus habetur pro confesso: et postea de crimine non auditur». Condivideva e testimoniava questa prassi (almeno per le sentenze appellabili) nel Ducato di Milano, A. Bossius, *Tractatus varii*, ed. cit., tit. *De reis requirendis et absentibus dammandis*, n. 2, foll. 461b-462a, e tit. *Banniti quid amittant*, nn. 18-19, foll. 472b-473a, che illustrava l'uso del Senato («oculatissimo») di torturare il reo non più contumace per fargli confessare il reato prima di sottoporlo alla pena nel caso in cui dall'esame degli indizi a lui sfavorevoli non si riuscisse a ricavare la convinzione della sua colpevolezza. V. anche I. Clarus, *Sententiarum receptorum Liber V*, ed. cit., § fin., q. 32, vers. *Haec autem*, fol. 112vb; q. 44, versic. *Licet autem*, fol. 136va; q. 45, versic. *Et in primis*, fol. 138rb. D'altronde, le *Constitutiones Domini Mediolanensis*, ed. cit., lib. IV, tit. *De accusationibus et denunciationibus*, cap. *Procedant*, § *Quod si quis*, p. 69v prevedevano espressamente che in caso di contumacia vi fosse l'equiparazione degli effetti tra contumacia e confessione, in modo che potesse essere pronunciata una sentenza definitiva di condanna alla pena edittale. Per la formazione e l'evoluzione di tale *fictio*, che forniva una presunzione di colpevolezza e quindi una prova piena, a dispetto della contrarietà alle fonti giustinianee, fondandosi invece sulla prassi (ripresa dagli statuti), v. E. Cortese, *Contumacia (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano 1962, pp. 452-458, anche in Id., *Scritti*, a cura di I. Birocchi e U. Petronio, II, Spoleto 1999, pp. 1227-1232, p. 457; D. Cavalca, *Il bando nella prassi e nella dottrina giuridica medievale*, Milano 1978, pp. 175-187; E. Dezza, *Il Granduca, i filosofi e il codice degli Irochesi. Il principio contumax pro confesso habetur e la riforma leopoldina*, in «Italian Review of Legal History», III (2017), n. 13, pp. 1-79, pp. 7-29; M. Conetti, *La contumacia tra teoria del processo e amministrazione della giustizia (secoli XIII-XIV)*, in G. Cariboni-N. D'Acunto-E. Filippini (curr.), *Presenza-assenza. Meccanismi dell'istituzionalità nella 'societas christiana' (secoli IX-XIII)*, Atti del convegno internazionale (Brescia, 16-18 settembre 2019), Milano 2021, pp. 301-330, pp. 308, 313-324.

– quello alla difesa – e anche in questo caso si intrecciava con il tema della necessaria nomina del curatore per il minore che partecipava al processo, come previsto dal diritto giustiniano. Per l'applicazione del diritto comune si levarono nel tempo le autorevoli voci di Alberico da Rosate, Agostino Bonfranceschi da Rimini, Rolando della Valle, Flaminio Cartari, Prospero Farinaccio¹⁸⁷: se anche il minore fosse stato condannato in forza del bando, la sentenza non avrebbe dovuto essere eseguita. Tuttavia, voci al pari autorevoli e forse più numerose sostenevano l'equiparazione tra contumacia e confessione pure per i minori: Baldo degli Ubaldi, Marco Antonio Natta, Tiberio Deciani, Giovanni Cefali, Iacopo Menochio¹⁸⁸. Anche Rugginelli riteneva che al minore dovesse

¹⁸⁷ Albericus de Rosate, *In primam Codicis partem Commentarii*, Venetiis, 1586 (= Bologna, Forni, 1979), ad C. 2.26.4, *Si adversus rem indicatam*, l. *Cum et vos minores*, n. 4, fol. 110rb; Id., *Singularis in statutorum materia tractatus*, Lugduni, per Ioannem de Cambray als Moylin, 1529, p. 3, q. 84, fol. 68rb-68va. Alberico ricollegava l'inapplicabilità degli statuti soprattutto alla mancanza di un tutore o di un curatore che si occupasse degli interessi del minore.

Augustinus Ariminensis, *Additiones ad Angelus Aretinus, De maleficiis*, ed. cit., *Qui dominus iudex addidit*, § *Quod bannum*, n. 3, p. 598b.

Rolandus a Valle, *Consiliorum... volumen secundum*, Francoforti, apud Martinum Lechlerum, impensis Sigismundi Feyrabendii, 1584, cons. 68, n. 31, pp. 237b-238a, dal momento che la contumacia non era dettata da dolo vero, come per gli ultraventicinquenni, ma solamente da dolo presunto; Id., *Consiliorum... liber quartus*, Francoforti, apud Petrum Fabricium, impensis Sigismundi Feyerabend, 1584, cons. 94, n. 32, p. 304a, che ripeteva le stesse argomentazioni mettendo sul medesimo piano minore, donna e *rusticus*.

F. Chartarius, *Tractatus de executione sententiae contumacialis capto bannito*, ed. cit., cap. fin., n. 226, p. 127r-127v.

P. Farinaccius, *Praxis, et theoricæ criminalis, partis primæ tomus primus*, Lugduni, sumptibus Horatii Cardon, 1606, q. 11, n. 26, fol. 132b.

¹⁸⁸ Baldus de Ubaldis, *In vii, viii, ix, x et xi Codici libros Commentaria*, Venetiis, [Societas aquilae se renovantis,] 1607, ad C. 7.59.1, *De confessis*, l. *Confessos*, n. 29, fol. 88vb.

M.A. Natta, *Consiliorum ... tomus tertius*, Francofurti ad Moneum, impensis Sigis. Feyerabend, 1588, cons. 540, pp. 159b-161a; cons. 541, pp. 162a-163b; cons. 542, pp. 163b-165b.

T. Decianus, *Responsorum ... volumen primum*, Venetiis, apud Vassallinum, 1602, cons. 18, nn. 174-180, fol. 130rb-130va.

I. Cephalus, *Consiliorum ... liber tertius*, Francofurti, sumptibus Godefridi Tampachii bibliopolae, 1624, nn. 126-132, p. 30a: il regime scelto era giustificato in questo caso anche dal fatto che si trattava di lesa maestà, che autorizzava la deroga alle procedure ordinarie.

I. Menochius, *Consiliorum ... liber primus*, Francofurti ad Moenum, typis et sumptibus Wecheliorum, apud Danielem et Davidem Aubrios et Clementem Schleichium, 1625, nn. 120-165, pp. 471b-474a, che ribatteva molto precisamente una a una le obiezioni che potevano essere sollevate, sposando l'idea che si dovesse seguire la previsione dello statuto, che esprimendosi in termini generici nell'enunciare la *fictio contumax pro confesso habetur* si riferiva quindi anche al minore. L'assenza del curatore era poi motivata dal punto di vista

essere applicato lo statuto, ma cionondimeno credeva che sarebbe stato comunque opportuno ammetterlo a difendersi¹⁸⁹, stante la prassi del Senato di torturare i contumaci maggiorenni catturati quando la questione non fosse chiara sulla base degli indizi raccolti¹⁹⁰: come riferiva Bossi, già al tempo di Ludovico il Moro vigeva il principio che non si dovesse direttamente condannare a morte in forza della sola contumacia¹⁹¹. Se infatti si dava questa opportunità (!) ai maggiorenni, tanto più si doveva concedere qualche possibilità anche al minore, che comunque poteva sicuramente giovare di una diminuzione della pena¹⁹².

Baiardi, commentando Claro, riferiva la prassi dello Stato della Chiesa, della quale aveva avuto esperienza diretta nel corso della sua carriera: in forza di una legislazione introdotta da Pio V, applicata anche ai minori, come aveva sempre personalmente visto fare, chi non fosse comparso in giudizio entro un anno dalla condanna al bando non sarebbe stato più ammesso alle difese. Tuttavia, il minore, esattamente come il maggiore, che per un giusto impedimento (per esempio, a causa di una malattia oppure per essere stato fatto prigioniero) fosse stato trattenuto dal presentarsi entro il termine per discolarsi, avrebbe comunque dovuto poterlo fare. Non si introduceva però nell'ordinamento un automatismo: tale concessione o la *restitutio* dal bando, trattandosi di una questione *ex gratia iustitiae*, non poteva essere accordata dal giudice, ma doveva essere ottenuta con richiesta rivolta al principe. Pertanto, si era espressamente previsto che i giudici non potessero concedere le difese ai banditi – di qualsiasi età – che

tecnico, poiché la citazione, la cui mancata risposta stava all'origine della contumacia, era un *actus iudicis*, che non implicava la partecipazione di altre persone (anzi, la carenza del curatore sarebbe stata colmata dall'*auctoritas statuti*). Inoltre, nel momento in cui citava il reo, il giudice non poteva sapere se si trattasse di un minore, ma poteva scoprirlo solo quando costui si fosse fisicamente presentato al suo cospetto: pertanto, la citazione doveva poter produrre le conseguenze che usualmente produceva. Una sintesi di tutte le posizioni, favorevoli e contrarie, in merito, in P. Farinaccius, *Praxis, et theoricæ criminalis ... pars tertia*, ed. cit., q. 81, cap. 10, nn. 352-390, foll. 42a-45b.

¹⁸⁹ I.C. Ruginellus, *Practicarum quaestionum rerumque iudicatarum liber singularis*, ed. cit., cap. 35, n. 18, fol. 93ra.

¹⁹⁰ La condanna sarebbe stata infatti una conseguenza dell'essere stati contumaci, non dell'aver commesso il reato: argomento tratto da Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria in secundam Digesti veteris partem*, ed. cit., ad D. 21.2.55, *De evictionibus et duplae stipulatione*, l. *Si ideo*, fol. 156va.

¹⁹¹ A. Bossius, *Tractatus varii*, ed. cit., tit. *De confessis per torturam*, nn. 23-24, fol. 205ab. Cita il passo E. Dezza, *Il Granduca, i filosofi e il codice degli Irochesi*, cit., pp. 17-18.

¹⁹² Fu quanto effettivamente accadde al sedicenne cremonese Bernardo Morsolino, contumace e quindi confesso del furto di trentacinque galline e per questo condannato alla fustigazione e all'accecamento di un occhio, al contrario dei suoi complici che finirono impiccati, come riporta G.P. Massetto, *Un magistrato e una città*, cit., p. 258.

erano stati catturati prima o dopo che fosse decorso il termine dell'anno, ma dovessero limitarsi a eseguire la relativa sentenza, nonostante qualsiasi richiesta fosse stata nel frattempo avanzata, salvo espressa autorizzazione del principe, a cui questa facoltà era stata riservata¹⁹³.

5. *La confessione*

Tra gli atti che il minore compiva all'interno del processo (con o senza curatore), la confessione aveva un particolare rilievo, poiché, com'è noto, nel sistema probatorio che caratterizzava (e informava) il processo inquisitorio d'età moderna essa era la regina delle prove, il risultato ideale a cui i giudici aspiravano – con ogni mezzo – per condannare il reo¹⁹⁴ (l'imputato, *reus*, la persona divenuta oggetto¹⁹⁵).

Si dibatteva dunque sul valore delle dichiarazioni autoincriminanti rilasciate dal minore. La regola, derivata da quella generale della quale si è appena dato conto, era che la confessione da lui resa senza l'assistenza di un curatore o di un tutore, anche se giurata, non fosse valida *ipso iure* e non gli potesse nuocere, poiché egli non era un soggetto legittimato a stare autonomamente in giudizio, mancando i suoi atti della necessaria *auctoritas*, che l'intervento di un curatore avrebbe invece potuto conferire¹⁹⁶. Così aveva stabilito, come visto, il diritto

¹⁹³ I.B. Baiardus, *Additiones et annotationes ... ad Iulii Clari receptorum Sententiarum Libros V*, ed. cit., add. *Ergo multo minus*, ad § fin., q. 44, vers. *Dictum est*, nn. 50-51, foll. 167b-168a. Per la legislazione di Pio V a cui si fa riferimento, v. *Bullarum, diplomatum et privilegiorum Sanctorum Romanorum Pontificum Taurinensis editio ... Tomus VII*, ed. cit., n. XVIII, *Cum, ob innumeras*, § 4 *Cumque etiam saepe*, pp. 465b-466a del 20 giugno 1566, la cui disciplina venne completata da una *declaratio dictae constitutionis* del 13 settembre 1571, ivi, *Dudum postquam felicitis recordationis*, § 2 *Nos igitur*, pp. 467b-468a, riproposta anche al n. CCV, p. 941b.

¹⁹⁴ V. P. Marchetti, *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Milano 1994, in particolare pp. 11-151; L. Garlati, *Miti inquisitori: la confessione tra ricerca della verità e 'garanzie processuali'*, in L. Luparia-L. Marafioti (curr.), *Confessione, liturgie della verità e macchine sanzionatorie. Scritti raccolti in occasione del Seminario di studio sulle 'Lezioni di Lovanio' di Michel Foucault*, Torino 2015, pp. 69-93.

¹⁹⁵ M. Sbriccoli, «*Tormentum idest torquere mentem*», cit., p. 119.

¹⁹⁶ V. Baldus de Ubaldis, *Consiliorum ... volumen primum*, ed. cit., cons. 310, n. 2, fol. 92ra. Alla confessione del minore dedicava un'approfondita disamina P. Farinaccius, *Praxis, et theoricæ criminalis ... pars tertia*, ed. cit., q. 81, cap. 10, nn. 352-390, foll. 42a-45b.

giustiniano¹⁹⁷ e così riferivano puntualmente i *doctores*¹⁹⁸, che anche nello svolgere la loro attività consulente inserivano questo principio tra gli argomenti a sostegno dei minori inquisiti¹⁹⁹.

Era scontato che fosse sicuramente riconosciuta come invalida la confessione dell'infante, che non poteva costituire prova nemmeno quando vi fosse effettivamente un tutore o un curatore che vi desse autorità, per il semplice fatto che contro di lui non si poteva procedere né egli poteva in ogni caso essere citato in giudizio²⁰⁰.

Molti autori ritenevano opportuno poi distinguere tra la confessione rilasciata senza curatore dal pupillo (cioè l'impubere, maggiore di sette anni che ancora non aveva compiuto i quattordici), sempre invalida a prescindere dal suo

¹⁹⁷ C. 5.59.4, a cui nelle argomentazioni dei giuristi spesso venivano affiancati anche C. 5.34.11 e C. 9.9.7.1 (entrambe costituzioni di Alessandro Severo), che a vario titolo imponevano la presenza di un curatore per la validità degli atti compiuti da un soggetto privo della capacità d'agire.

¹⁹⁸ Baldus de Ubaldis, *In quartum et quintum Codicis libros Commentaria*, Venetiis, [Societas aquilae se renovantis,] 1599, ad C. 5.59.4, *De auctoritate praestanda*, l. *Clarum*, nn. 1-5, fol. 205rb-205va: la confessione non aveva valore, perché se il minore non poteva validamente compiere senza curatore alcun atto, a maggior ragione non poteva rilasciare una confessione, che era per lui pregiudizievole, e la sentenza pronunciata sulla base di una tale confessione era pertanto nulla; Angelus Aretinus, *De maleficiis*, ed. cit., *Comparuerunt dicti inquisiti, et confitentur totum*, § *Nec non*, n. 7, pp. 642b-643a.

¹⁹⁹ H. de Marsiliis, *Consilia*, Venetiis, ad signum Seminantis, 1573, cons. 48, pr.-1, pp. 365b-366a, e nn. 30-32, pp. 370b-371b (in favore del barbiere sedicenne Giovanni Maria, inquisito di furto dalla curia del podestà di Bologna, a cui aveva reso una confessione spontanea: la nomina del curatore, il *causidicus* ser Tommaso Ruggeri, non sanava l'invalidità della confessione, resa nel momento stesso della nomina, senza che il curatore potesse avere contezza di quanto affermato); cons. 130, n. 22, p. 875a (in favore di Alessandro Benigni, minore di vent'anni, accusato del furto di più di 200 ducati e confesso senza curatore); Rolandus a Valle, *Consilia*, Francofurti ad Moenum, apud Ioannem Wechelum, impensis Sigismundi Feyerabendii, 1584, lib. 1, cons. 31, nn. 1-10, pp. 148b-149a (in favore di Giovanni Parmola, minore di venticinque anni accusato di omicidio e confesso senza curatore), e cons. 51, nn. 34-37, pp. 212b-213a (in favore di Antonio Bavoio, minore di vent'anni, inquisito per furto, confesso senza l'intervento del curatore: l'autore esortava i giudici a non commettere mai un tale errore procedurale); Id., *Consiliorum sive responsorum ... Liber tertius*, Francofurti ad Moenum, apud Ioannem Wechelum, impensis Sigismundi Feyerabendii, 1584, cons. 3, n. 34, p. 20a (a sostegno del nobile Aloisio da Gallarate, reo di aver favorito l'evasione di Antonio Roberti, al quale era stato nominato un curatore, ma nel momento stesso in cui aveva rilasciato la confessione e quindi non in tempo perché la nomina potesse essere considerata valida ed efficace).

²⁰⁰ P. Farinaccius, *Praxis, et theoricæ criminalis ... pars tertia*, ed. cit., q. 81, cap. 10, n. 353, fol. 42a.

contenuto, e quella pronunciata dal minore nella fascia d'età tra i quattordici e i venticinque anni, valida ma potenzialmente soggetta a *restitutio in integrum*²⁰¹.

Laddove il curatore fosse coinvolto, il suo compito non consisteva però nel rispondere alle domande in luogo del minore interrogato, poiché la confessione era una questione attinente alla *scientia* e *conscientia* personale del minore. In realtà, egli non doveva nemmeno assistere al costituito, ma al limite solo al giuramento che lo precedeva²⁰², poiché se la sua sola presenza era sufficiente a conferire *auctoritas* al giuramento, giocoforza la attribuiva anche alle dichiarazioni successive²⁰³. La non partecipazione del curatore all'interrogatorio garantiva il mantenimento della segretezza, elemento fondamentale del rito inquisitorio, «perfetto meccanismo antigarantistico»²⁰⁴, che, come in ogni fase del procedimento, andava preservato per assicurare che l'imputato non venisse istruito e ostacolasse così il raggiungimento e l'accertamento della verità da parte del giudice²⁰⁵.

La prassi e le consuetudini delle corti – come anticipato in termini generali – divergevano da questa regola, anche nelle sue interpretazioni più blande, e, benché comunemente non si nominasse un curatore per il minore inquisito (specialmente se maggiore di quattordici anni), la confessione era comunque ritenuta valida e poteva condurlo alla condanna²⁰⁶, facendo assumere ai dibattiti,

²⁰¹ Cynus Pistoriensis, *In Codicem*, ed. cit., ad C. 5.59.4, *De auctoritate praestanda*, l. *Clarum*, n. 5, fol. 332rb; Albericus de Rosate, *In primam Codicis partem Commentarii*, ed. cit., ad locum, n. 2, fol. 278vb.

²⁰² Bartholomaeus de Salyceto, *Ad V. VI. VII. VIII. et IX. libros Codicis commentarii*, ed. cit., ad C. 5.59.4, *De auctoritate praestanda*, l. *Clarum*, n. 5, fol. 53ra; ad C. 7.59.1, *De confessis*, l. *Confessos*, n. 18, foll. 241vb-242ra, che, pur riferendosi al solo *adultus*, fece scuola: v., per esempio, M. de Afflictis, *Decisionum Sacri Regii Neapolitani Consilii ... centuriae quatuor*, Francofurti, apud Ioannem Feyrabendum, 1600, dec. 208, n. 3, p. 276b; C. de Ursillis, *Aureae iurium additiones, annotationes ... ad Decisiones sacri Consilii Domini Matthaei de Afflicto*, Venetiis, expensis DD. Baptistae de Christophoro et Iacobi Anielli de Maria Bibliopolae Parthenopei, 1568, in dec. 208, n. 2, p. 273a, cavillando che la l. *Clarum* imponeva la presenza del curatore, non determinando però come questa presenza dovesse concretamente esplicarsi.

²⁰³ A. Gomezius, *Variae resolutiones*, ed. cit., t. III, *De delictis*, cap. 1, n. 65, p. 29b.

²⁰⁴ A. Cavanna, *Giudici e leggi a Milano*, cit., p. 644.

²⁰⁵ A. Gomezius, *Variae resolutiones*, ed. cit., t. III, *De delictis*, cap. 1, n. 65, p. 29b.

²⁰⁶ V., per esempio, N. Boerius, *Decisiones Burdegalenses*, ed. cit., dec. 63, nn. 6 e 10, p. 134a, per il Parlamento di Bordeaux, ma con la precisazione che si trattava di uno *stylus* di tutte le *curiae* francesi; I. Clarus, *Sententiarum receptorum Liber V*, ed. cit., § fin., q. 55, vers. *Uterius*, fol. 157vb, per Milano, il Veneto e molte parti d'Italia; I. Ludovicus, *Decisiones Rotae illustris. Reip. Lucensis pars prima*, ed. cit., dec. 17, nn. 1-7, p. 105, che raccontava di aver fatto eseguire a Lucca condanne (non solo pecuniarie, ma anche corporali e capitali) contro minori rei confessi senza l'ausilio del curatore, conformemente a quanto si osservava quotidianamente;

che pure occupavano i giuristi anche con sottili argomentazioni in punto di diritto, il carattere di mere speculazioni teoriche.

Il minore era chiamato a rispondere alle domande sul fatto e sul reato, poiché se era capace di delinquere si riteneva parimenti capace di giurare e di fare tutto quello che fosse necessario all'interno della causa criminale. Nonostante non potesse essere un valido testimone, tuttavia le dichiarazioni autoincriminanti erano utilizzabili dal giudice.

Perché la confessione fosse tenuta in considerazione e valutata come prova piena per portare alla condanna occorreva però che fosse corroborata (*vestita*) da altri indizi, perché si pensava che il minore non fosse di animo costante né fermo nelle sue dichiarazioni e quindi la sua confessione non godeva della stessa affidabilità di quella del maggiore, che si presumeva invece vera e spontanea²⁰⁷: un risvolto parzialmente positivo, seppur fondato su una concezione deteriore del soggetto confitente.

Secondo alcuni giuristi la minore età poteva essere invocata per richiedere e ottenere la *restitutio in integrum* anche contro la confessione validamente rilasciata

C. de Ursillis, *Aureae iurium addictiones*, ed. cit., in dec. 208, n. 2, p. 273a, per la Vicaria nel Regno di Napoli; I.P. de Ferraris, *Aurea practica*, Taurini, [eredi di Niccolò Bevilacqua,] 1587, *Forma inquisitionis*, vers. *Contra et adversus*, n. 2, p. 651b, che però non approvava; M. Brunus, *Consiliorum ... volumen primum, et secundum*, Venetiis, apud Altobellum Salicatum, 1582, cons. 94, n. 8, p. 209b, che riferiva come, al tempo in cui presiedeva la curia capitolina *in criminalibus*, si rispettava questa consuetudine, poiché si riteneva che fosse sufficiente la presenza del giudice a sanare il difetto di curatore; F. Chartarius, *Praxis et theoricæ interrogandorum reorum libri quattuor*, ed. cit., lib. 3, cap. 3, nn. 4-5, pp. 74-75; I. Menochius, *De arbitrariis iudicium quaestionibus et causis*, ed. cit., lib. II, cent. III, *casus* 268, n. 2, foll. 525b-526a; S. Oddus, *De restitutione in integrum*, ed. cit., pars II, q. 65, art. 6, n. 13, p. 171ab; P. Farinaccius, *Praxis, et theoricæ criminalis ... pars tertia*, ed. cit., q. 81, cap. 10, n. 370, fol. 43b, che, come suo solito, riportava e sintetizzava le esperienze e le opinioni di numerosi altri autori e testimoniava come a Roma non avesse mai visto, nemmeno nella curia capitolina, la concessione di tutori e curatori, nonostante l'esistenza di un apposito statuto secondo il quale i minori di diciassette anni senza l'intervento di un curatore legittimo non potessero stare in giudizio e qualsiasi loro atto (inclusa la confessione) fosse da considerare invalido: la facoltà data ai senatori nelle cause criminali di procedere *motu proprio* come il Governatore dell'Urbe, nel cui tribunale non si rispettava tale solennità, era per Farinaccio la causa del loro *modus procedendi*, poiché riteneva che in assenza di questa possibilità d'azione le confessioni al di fuori delle formalità statutarie avrebbero dovuto essere ritenute radicalmente invalide (nn. 372-373, fol. 44a).

²⁰⁷ Baldus de Ubaldis, *Consiliorum ... volumen primum*, ed. cit., cons. 310, n. 2, fol. 92ra. Occorre comunque ridimensionare l'idea un po' semplicistica di un automatismo tra confessione e condanna, poiché i criminalisti raccomandavano di solito al giudice di accertare la sussistenza di altri elementi al fine di verificarne l'attendibilità prima di procedere con l'irrogazione della pena: L. Garlati, *Miti inquisitori*, cit., pp. 84-87.

(cioè con la presenza di un curatore), quando a carico dell'imputato non esistesse altra prova. Secondo una certa dottrina non sarebbe stato nemmeno necessario dimostrare che vi fosse stata effettivamente una *laesio*, che si presumeva e si concretizzava nella confessione stessa²⁰⁸, o che vi fosse qualche errore nelle dichiarazioni²⁰⁹. Persino la confessione giurata avrebbe potuto non sortire conseguenze ed essere posta nel nulla²¹⁰: lo sostenevano, tra gli altri, Angelo Gambiglioni e Ippolito Marsili²¹¹. A posizioni così benevole verso il minore se ne contrapponevano però altre più severe, che non ritenevano possibile l'applicazione della *restitutio in integrum* senza che fosse provato il danno per il minore o l'errore della confessione²¹².

Antonio Gómez testimoniava nelle sue *Variae resolutiones*²¹³ come a Talavera de la Reina, sua città natale, un minore, confessato un crimine enorme *contra naturam* non provato con altri mezzi che con la sua sola parola, aveva poi ottenuto la *restitutio in integrum* senza dover dimostrare altro. Il giurista spagnolo qualificava tale posizione come *communis opinio*, ma ne prendeva le distanze, poiché quando il minore concedeva una valida confessione di un delitto che poteva commettere, questa doveva essere considerata una prova piena sufficiente per farlo condannare: per ottenere un qualche beneficio doveva provare di aver

²⁰⁸ Iason Mayni, *In secundam Digesti Veteris partem commentaria*, Lugduni, excudit Ant. Blanc, 1582, ad D. 12.2.9.4, *De iureiurando*, l. *Nam posteaquam*, § *Si minor*, n. 7, fol. 67vb; H. de Marsiliis, *Singularia*, ed. cit., n. 445, fol. 125va; P. Decius, *In tit. ff. De regulis iuris*, ed. cit., ad D. 50.17.116, l. *Nihil consensui*, § *Non capitur*, n. 4, fol. 315a.

²⁰⁹ A. Bossius, *Tractatus varii*, ed. cit., tit. *De confessis*, n. 67, fol. 151b e tit. *Si adversus rem iudicatam restitutio postuletur*, n. 23, fol. 566ab.

²¹⁰ I. Clarus, *Sententiarum receptarum Liber V*, ed. cit., § fin., q. 60, vers. *Dictum est*, fol. 170ra.

²¹¹ Angelus Aretinus, *De maleficiis*, ed. cit., *Comparuerunt dicti inquisiti, et confitentur totum*, § *Nec non*, n. 9, p. 643a; H. de Marsiliis, *Tractatus de questionibus*, ed. cit., n. 17, fol. 3rb-3va; Id., *Practica criminalis*, ed. cit., § *Nunc est videndum*, n. 31, fol. 52r.

²¹² Molti erano gli autori nell'uno e nell'altro 'schieramento'. Per una ricostruzione, v. P. Farinaccius, *Praxis, et theoricæ criminalis ... pars tertia*, ed. cit., q. 81, cap. 10, nn. 377-378, foll. 44b-45a. Mediana appare la posizione di I. Menochius, *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis*, ed. cit., lib. II, cent. III, *casus* 268, nn. 3-4, fol. 526a, che ammetteva la concessione della restituzione senza prova dell'errore e della lesione, richiedendo tuttavia che il minore dimostrasse di essere stato indotto alla confessione dall'inganno dell'avversario o dalle blandizie del giudice.

²¹³ Pubblicate per la prima volta a Salamanca tra il 1552 e il 1555, secondo l'autorevole giudizio di F. Tomás y Valiente, *El derecho penal de la Monarquía absoluta*, cit., pp. 275-276, possono essere considerate «las más destacadas obras de la literatura jurídica penal castellana»: in particolare il terzo libro, dedicato ai delitti, «es la obra penal más completa de la literatura castellana, es decir, de lo que podríamos llamar *mos italicus* castellano», nel quale sono numerosi e costanti i riferimenti alla criminalistica italiana.

ricevuto una *laesio*, che non poteva certo riscontrarsi nel fatto stesso di aver confessato. Gómez si spingeva oltre: se in una tale causa fosse stato lui stesso il giudice, l'avrebbe decisa discostandosi dall'opinione comune, mentre se gli fosse capitato di essere il difensore – lui che ricopriva il ruolo di avvocato dei poveri²¹⁴ – non avrebbe avuto il coraggio di richiedere la *restitutio*, a meno che non fosse evidente il danno patito dal minore oppure la sua innocenza. Anzi, Gómez precisava che, in modo coerente con le sue idee, effettivamente durante la sua carriera di patrocinatore gli era capitato molte volte di difendere casi simili, ma non aveva voluto chiedere la *restitutio*, per permettere alla giustizia di fare il suo corso. Uno di questi, per esempio, riguardava un giovane servitore che aveva sottratto duecento aurei al suo padrone e dopo la cattura aveva spontaneamente confessato, ma il giurista non aveva allegato la *restitutio*, bensì soltanto la domanda di una diminuzione della pena e dell'esclusione della condanna alla pena capitale (trattandosi di un minore di diciassette anni). A un altro minore macchiatosi di un grave furto, poi, che aveva avanzato la richiesta personalmente, egli aveva negato il suo patrocinio. In definitiva, per Gómez la *restitutio* era un'opzione praticabile solo qualora all'avvocato «constet sibi de iustitia»²¹⁵.

²¹⁴ Una volta cominciata la carriera accademica nell'Università di Salamanca nel 1529, Gómez si dedicò ad essa in modo quasi esclusivo, rinunciando a svolgere contemporaneamente professioni redditizie come l'avvocatura, ma esercitando il patrocinio gratuito dei poveri e dei bisognosi, come testimonia nelle sue opere, nelle quali rivela la sua profonda conoscenza della dottrina (soprattutto italiana), del diritto castigliano, della pratica del foro e dei casi a cui prese personalmente parte, riuscendo così a fornire uno spaccato del funzionamento della giustizia castigliana del suo tempo: v. F. Tomás y Valiente, *El derecho penal de la Monarquía absoluta*, cit., pp. 275-279; la corrispondente voce di S. de Dios de Dios nel *Diccionario Biográfico Español* (<https://dbe.rah.es/biografias/16319/antonio-gomez>); P. Alonso Romero, *Antonio Gómez, catedrático de Leyes en la Universidad de Salamanca*, in J. Infante – E. Torijano (coords.), *De nuevo sobre Juristas Salmanticensis. Estudios en homenaje al profesor Salustiano de Dios*, Salamanca 2015, pp. 25-49, pp. 48-49; Ead., *Entre la catedra y el foro: la huella profesional de Antonio Gómez en sus libros*, in M. Torres Aguilar–M. Pino Abad (eds.), *Burocracia, poder político y justicia. Libro-homenaje de amigos del profesor José María García Marín*, Madrid 2015, pp. 63-83.

²¹⁵ A. Gomezius, *Variae resolutiones*, ed. cit., t. III, *De delictis*, cap. 1, n. 66, pp. 30b-31b. Gómez a sostegno della sua posizione dichiarava di avere anche consultato teologi di specchiata moralità e saggezza, che ne avevano condiviso l'orientamento. Sul ruolo dell'avvocato quale realizzatore della giustizia, conservando al contempo il compito di salvaguardia degli interessi del suo assistito, v. R. Bianchi Riva, *La coscienza dell'avvocato. La deontologia forense fra diritto e etica in età moderna*, Milano 2015, in particolare pp. 124-128 per il pensiero degli esponenti della Seconda Scolastica. Per un inquadramento generale del tema e per le sue premesse, v. anche Ead., *L'avvocato non difenda cause ingiuste. Ricerche sulla deontologia forense in età medievale e moderna. Parte prima. Il Medioevo*, Milano 2012.

A Milano, stando a quanto riferiva Claro, che approvava (anche perché era conforme alla dottrina dei teologi sul tema), il giovane di Talavera di cui parlava Gómez non avrebbe ricevuto la clemenza riservatagli in Spagna, dato che nella pratica la confessione semplice poteva essere sufficiente a condannare, soprattutto nei reati più gravi (*in atrocioribus*)²¹⁶. La scienza giuridica aveva in verità pensato una tale eccezione per la sola lesa maestà, reato per il quale come sappiamo era abitualmente permessa la deroga alle regole e procedure ordinarie e il minore poteva essere considerato alla stregua di un maggiore²¹⁷, ma la prassi milanese ne estendeva la portata. L'atrocità del reato era il tradizionale parametro utilizzato per imporre eccezioni alle regole e considerare, per esempio, come indicava anche Marsili, non revocabile una confessione altrimenti invalida²¹⁸.

6. *La tortura*

Non era certo remoto per il minore accusato di un reato il rischio di essere sottoposto a tortura, strumento di largo uso per estorcere la confessione dell'imputato all'interno dei meccanismi inquisitori. Se nel corso del costituito, «fulcro dell'intero procedimento giudiziario»²¹⁹, egli si fosse rifiutato di rispondere alle domande del giudice (per tutta l'età moderna il silenzio non era un'opzione praticabile a propria difesa, ma anzi era valutato come un'offesa e un comportamento ostruzionistico contro l'amministrazione della giustizia²²⁰), se fosse stato reticente o avesse fornito risposte che non riuscivano a smentire persuasivamente – o anche solo se si riteneva che non lo facessero – le prove e gli indizi raccolti fino a quel momento contro di lui, se, in altri termini, il giudice

²¹⁶ I. Clarus, *Sententiarum receptarum Liber V*, ed. cit., § fin., q. 60, vers. *Dictum est*, fol. 170ra: «certe apud nos non obtinisset ille minor huiusmodi restitutionem, presertim in tam gravi crimine».

²¹⁷ I.B. Baiardus, *Additiones et annotationes ... ad Iulii Clari receptarum Sententiarum Libros V*, ed. cit., add. *Proderit etiam minor aetas*, ad § fin., q. 60, vers. *Dictum est*, n. 24, fol. 221b.

²¹⁸ H. de Marsiliis, *Tractatus de questionibus*, ed. cit., n. 57, fol. 59rb.

²¹⁹ L. Garlati, *Inseguendo la verità. Processo penale e giustizia nel Ristretto della pratica criminale per lo Stato di Milano*, Milano 1999, p. 141.

²²⁰ L. Garlati, *Silenzio colpevole, silenzio innocente: l'interrogatorio dell'imputato da mezzo di prova a strumento di difesa nell'esperienza giuridica italiana*, in M.N. Miletta (cur.), *Riti, tecniche, interessi: il processo penale tra Otto e Novecento*, Atti del Convegno di Foggia (5-6 maggio 2006), Milano 2006, pp. 265-359, pp. 280-307. Un'idea talmente radicata, quella del *taciturnus* quale ostacolo al corretto funzionamento della giustizia, che perfino Cesare Beccaria avrebbe proposto che fosse sanzionato severamente dalla legge.

non fosse riuscito a ricavare da lui la verità²²¹ attraverso un percorso sapientemente costruito, domanda dopo domanda, per vincere le sue resistenze e portarlo a collaborare²²², allora non si sarebbe potuto escludere il ricorso a forme di coercizione fisica e psicologica per indurlo a rivelare informazioni sul reato e il suo autore, esattamente come per qualsiasi altro soggetto invischiato in un procedimento penale. La posizione del reo minore all'interno del processo, pertanto, già non priva di risvolti problematici, si complicava ulteriormente per i rischi personali ai quali veniva esposto.

Eppure, l'età avrebbe dovuto garantire – secondo quella che veniva riconosciuta e ribadita da tutti i criminalisti come la *communis opinio* – un'immunità personale all'applicazione della tortura almeno agli infraquattordicenni (maggiore di sette anni, stante l'intangibilità degli infanti)²²³: chi non fosse nella pienezza delle capacità fisiche e mentali – gli impuberi (parificati in questo agli anziani) ricadevano in tale categoria – non poteva essere oggetto di tormenti²²⁴.

²²¹ La verità, ricercata in modo ossessivo dal giudice, si credeva fosse all'interno dell'imputato, che in quest'ottica altro non era se non «una scatola umana che racchiude una verità materiale da tirar fuori pezzo per pezzo»: A. Cavanna, *Giudici e leggi a Milano*, cit., p. 648.

²²² P. Marchetti, *Testis contra se*, cit., p. 59. Durante l'interrogatorio era compito del giudice prestare attenzione e interpretare anche altri elementi in grado di fornirgli preziose indicazioni e indizi, quali le espressioni del volto, il pallore o il rossore, le reazioni, le emozioni, le alterazioni della voce, le titubanze..., parametri di valutazione che aprivano la strada a ulteriori fasi processuali e di cui si occupavano dettagliatamente gli scritti dei criminalisti: L. Garlati, *La voce, il volto, la colpa. Il comportamento dell'imputato durante l'interrogatorio: conseguenze ed effetti giuridici secondo le pratiche criminali d'età moderna*, in «La Corte d'assise», 2013, pp. 25-45.

²²³ V. I.B. Baiardus, *Additiones et annotationes ... ad Iulii Clari receptorum Sententiarum Libros V*, ed. cit., ad § fin., q. 64, vers. *Quaero nunquid minores*, n. 68, fol. 236a. Il *Tractatus criminum*, sulla base di D. 48.18.15.1 (Callistrato, *de cognitionibus*), aveva ricondotto questa limitazione alla tendenza dei più giovani a mentire, salvo poi riconoscere le eccezioni di cui si dirà: v. *Tractatus criminum saeculi XII*, ed. G. Minnucci, Bologna 1997, p. 41. Sui soggetti e sulle situazioni e condizioni personali che rendevano temporaneamente o permanentemente esenti dall'applicazione della tortura, tra i molti, per l'apprezzabile essenzialità della lista di sintesi, v. I.B. Caballinus, *Actuarium practicae criminalis*, ed. cit., prima pars, pp. 62r-62v. V. P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, I, Milano 1953, p. 277; J.H. Langbein, *Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago 2006 [I ed. 1976], p. 13 (per i minori si tratta di una delle esenzioni «based upon the accused's physical frailty»).

²²⁴ Se pure il minore di quattordici anni poteva aver raggiunto una particolare maturità, tuttavia non aveva ancora il sufficiente *vigor corporis* per sostenere la tortura; era compito del medico individuare le categorie di soggetti e in concreto, nei singoli casi, gli impedimenti che escludevano la sottoponibilità di un reo ai tormenti per motivi riconducibili alla sua condizione fisica o al suo stato di salute: G. Rossi, *Aspetti medico-legali della tortura giudiziaria nelle Quaestiones di Paolo Zacchia*, in A. Pastore–G. Rossi (curr.), *Paolo Zacchia. Alle origini della medicina legale (1584-1659)*, Milano 2008, pp. 163-199, pp. 190-191.

Si discuteva però dei limiti della loro esenzione e dell'età in cui questa regola potesse subire delle deroghe, anche solo parziali²²⁵.

La garanzia prevista era però soprattutto teorica e la pratica e la consuetudine dei tribunali smentivano quotidianamente il rispetto dei privilegi relativi a tutte le categorie per i quali erano stati introdotti²²⁶. A dire il vero, già nella sua enunciazione si apriva alla possibilità di ledere in qualche misura l'integrità fisica del minore. Infatti, per il diritto giustiniano, che aveva imposto come regola il divieto²²⁷, i minori di quattordici anni potevano essere *terruti* e colpiti con una cinghia, una verga o una canna²²⁸. Questo era l'uso che si seguiva anche nel Ducato di Milano²²⁹. Come se le bastonate o le frustate non fossero un modo violento di estorcere la confessione solo per il fatto che differivano dalla corda, la *regina tormentorum*, lo strumento più diffuso e impiegato a questo fine «per i suoi vantaggi tecnici»²³⁰. Nell'ottica degli autori che si occupavano della questione,

²²⁵ P. Fiorelli, *La tortura*, I, cit., p. 284.

²²⁶ L. Garlati, *Per una storia del processo penale: le Pratiche criminali*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXXXIX (2016), pp. 71-109, pp. 81 nt. 40, 90 nt. 84, 92.

²²⁷ D. 48.18.10pr. (Aurelio Arcadio Carisio, *Liber singularis de testibus*): «De minore quattuordecim annis quaestio habenda non est». Il diritto romano, come noto, si riferiva alla tortura applicata agli schiavi.

²²⁸ Così D. 29.5.1.33 (Ulpiano nel libro 50 *ad edictum*): «Impuberi autem utrum in supplicio tantum parcimus an vero etiam in quaestione? Et magis est, ut de impubere nec quaestio habeatur: et alias solet hoc in usu observari, ut impuberes non torqueantur: terreri tantum solent et habena et ferula vel caedi». Cfr. poi gl. *Servos ad C. 6.35.12, De his quibus ut indignis auferuntur et ad Senatus consultum Silanianum*, l. *Talis*: «impuberes, qui solent ferula caedi ad inquirendum, non ad puniendum»; Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria in secundam Codicis partem*, Lugduni, excudebat Thomas Bertellus, 1547, *ad locum*, n. 2, fol. 43ra.

²²⁹ A. Bossius, *Tractatus varii*, ed. cit., tit. *De indicis et considerationibus ante torturam*, n. 121, fol. 183, ponendo sullo stesso piano *decrepiti* e minori, ricordava che in dottrina nessuno metteva in discussione la cosa né in punto di diritto né prendendo in considerazione la consuetudine; I. Clarus, *Sententiarum receptorum Liber V*, ed. cit., § fin., q. 64, vers. *Uterius*, fol. 181vb.

²³⁰ «È energica, a dosaggio regolabile, e non provoca la morte del reo creando fastidi al giudice»: A. Cavanna, *La "coscienza del giudice"*, cit., p. 1058. *Regina tormentorum* l'avrebbe chiamata in modo «beffardo» (A. Cavanna, *La giustizia penale nella Milano del Settecento*, cit., p. 676) Pietro Verri nella sua *Orazione panegirica sulla giurisprudenza milanese*. Si trattava peraltro di una definizione che «si ripete[va] da secoli nei tribunali lombardi» (A. Cavanna, *Giudici e leggi nella Milano di Cesare Beccaria*, cit., p. 648) ed era unanimemente impiegata dalla dottrina (L. Garlati, Edizione critica di *Osservazioni sulla tortura*, in *Scritti politici della maturità. Edizione nazionale delle opere di Pietro Verri*, a cura di C. Capra, VI, Roma 2010, p. 53, nt. 19): v., per esempio, S. Guazzinus, *Tractatus ad defensam inquisitorum, carceratorum, reorum et condemnatorum super quocumque crimine*, Antverpiae, apud Michaellem Cnobbaert, sub signo S. Petri, 1668, def.

tuttavia, era questa una garanzia a tutela del minore, che in tal modo non subiva forme di costrizione più gravose, attraverso le quali – ulteriore conseguenza che si può trarre da questa impostazione della questione – sarebbe stato invece necessario e spesso inevitabile passare, non potendosene fare a meno all'interno di quelle dinamiche processuali²³¹. Antonio Gómez con chiarezza e senza ipocrisia esplicitava quel che gli altri invece sottintendevano: quando si affermava che il minore non poteva essere sottoposto a tortura, si intendeva che non potesse subire la medesima tortura a cui soggiacevano gli adulti, cioè quella della corda²³². Di fatto, in modo più leggero, poteva affrontare i tormenti – questo quanto si praticava in Spagna, peraltro – tenendo in considerazione di volta in volta la *qualitas personae*²³³. Farinaccio riferiva che a Roma l'unica tortura ammessa contro gli impuberi era quella dei sibili, ritenuti uno strumento meno crudele, anziché quella della corda²³⁴: non c'era solo il divieto di elevarli, ma anche soltanto di applicare loro la fune intorno ai polsi, perché la legatura spesso era talmente stretta da costituire già essa stessa un tormento²³⁵.

Tutte queste teorizzazioni e distinguo non impedirono però al Senato di Milano – come riferisce Claro – di ricorrere proprio alla corda almeno in un'occasione, l'8 aprile 1552, contro un minore di quattordici anni, tal Martino Magoni, cosa della quale ci si deve tanto più meravigliare perché era stato accusato di un reato tutt'altro che grave (percosse con pietre da cui non era seguita la morte della vittima, che aveva anche ritirato la querela)²³⁶. La consuetudine, infatti, era che solo l'atrocità del reato giustificasse l'eccezione alla regola, come per

30, cap. 21, n. 6, fol. 135a. Un riferimento a tale denominazione anche in P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, II, Milano 1954, p. 103.

²³¹ L. Garlati, *Inseguendo la verità*, cit., p. 150.

²³² Tra le righe già chiaro Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria in secundam Digesti novi partem*, ed. cit., ad D. 48.18.10, *De quaestionibus*, l. *De minore*, fol. 197va: «non potest torqueri ea tortura qua torquentur maiores, sed debent ferula, vel habena cedi».

²³³ A. Gomezius, *Variae resolutiones*, ed. cit., t. III, *De delictis*, cap. 1, n. 67, pp. 31b-32a.

²³⁴ I sibili o cannette, che attraverso un sistema di legnetti e cordicelle provocavano dolore alle dita delle mani, erano la forma di tortura ritenuta adatta per soggetti reputati particolarmente deboli, come donne e appunto ragazzi: G. Rossi, *Aspetti medico-legali della tortura*, cit., p. 178.

²³⁵ P. Farinaccius, *Praxis, et theoricæ criminalis, partis primæ tomus secundus*, Lugduni, sumptibus Horatii Cardon, 1606, q. 41, nn. 18-19, fol. 235a.

²³⁶ I. Clarus, *Sententiarum receptarum Liber V*, ed. cit., § fin., q. 64, vers. *Ulterius*, fol. 181vb, ripreso anche da I.C. Ruginellus, *Practicarum quaestionum rerumque indicatarum liber singularis*, ed. cit., cap. 35, n. 72, fol. 99rb. Riporta l'episodio citato da Claro anche G.P. Massetto, *Un magistrato e una città*, cit., p. 296, nt. 365.

esempio quando l'imputazione fosse di lesa maestà²³⁷. Molti riassumevano la questione dicendo che gli infraquattordicenni erano sottoponibili ai tormenti (della corda) nei casi in cui fosse possibile ammetterli alla testimonianza, cioè, al pari di altri soggetti ritenuti inabili, qualora si trattasse di crimini cd. *excepti*, per i quali, come suggeriva il nome stesso che li designava, era consentita la deroga ai comuni principî, a causa della loro gravità e della difficoltà della prova²³⁸.

Esenzioni di nessun genere si ritrovavano nel diritto romano e nel diritto comune per la tortura degli adolescenti dai quattordici ai venticinque anni, che pur non avendo raggiunto la maggiore età non erano più impuberi. Farinaccio confermava che tali limitazioni cadevano per i puberi, ritenendo però che fino ai vent'anni la tortura dovesse essere eseguita in modo più leggero²³⁹. Francesco

²³⁷ I.B. Caballinus, *Actuarium practicae criminalis*, ed. cit., prima pars, p. 62r impostava il suo discorso sulle esenzioni alla tortura partendo proprio con lo specificare quali fossero i casi per i quali si potesse derogare all'eccezione, secondo uno schema seguito pure da altri autori. V. anche F. Chartarius, *Praxis et theoricae interrogandorum reorum libri quattuor*, ed. cit., lib. IV, cap. I, n. 49, p. 202. Sulla lesa maestà quale eccezione alla regola, v. P. Fiorelli, *La tortura*, I, cit., p. 286.

²³⁸ V. tra gli altri, F. Brunus, *Tractatus de iudiciis et tortura*, Lugduni, apud Gulielmum Rovillium sub scuto Veneto, 1553, pars. II, q. IV, n. 16, pp. 78-79; L. Carerius, *Practica causarum criminalium*, Lugduni, apud Gulielmum Rovillium sub scuto Veneto, 1562, n. 37, p. 85v; H. Giacharius, *Annotationes ad I. Clarus, Sententiarum receptarum Liber V*, ed. cit., ad § fin., q. 64, vers. *Nunquid minores quatuordecim annis*, ann. b, fol. 186vb; I.B. Baiardus, *Additiones et annotationes ... ad Iulii Clari receptarum Sententiarum Libros V*, ed. cit., ad § fin., q. 64, vers. *Quaero nunquid minores*, n. 67, fol. 236a; H. Cavalcanus, *De brachio regio*, Marpurgi Cattorum, excudebat Paulus Egenolphus, 1605, pars III, n. 125, p. 251. La disciplina del minore testimone nel processo penale d'età moderna è un tema che merita di essere approfondito in altra sede. Sui testimoni cd. inabili v. B. Schnapper, *Testes inhabiles. Les temoins reprochables dans l'ancien droit penal*, in «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», XXXIII (1965), pp. 575-616, anche in Id., *Voies nouvelles en histoire du droit. La justice, la famille, le répression pénal (XVIème-XXème siècles)*, Poitiers 1991, pp. 144-175; Y. Mausen, *Veritatis adiutor. La procédure du témoignage dans le droit savant et la pratique française (XIIe-XIVe siècles)*, Milano 2006, pp. 387-580. Per l'analisi di «una delle figure più importanti di testimone inabile secondo il diritto comune civile e canonico», v. G. Chiodi, *Nel labirinto delle prove legali: la testimonianza del complice nel processo penale d'età moderna*, in «Rivista internazionale di Diritto comune», XXIV (2013), pp. 113-179 (da cui è tratta la citazione); Id., *Tortura 'in caput alterius', confessione 'contra alios' e testimonianza del correo nel processo criminale medievale. Nascita e primi sviluppi dei criteri del diritto comune (secoli XII-XIV)*, in D. Mantovani-A. Padoa Schioppa (curr.), *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, Pavia 2014, pp. 673-728; Id., *Ad praesumptionem o ad plenam fidem? Il valore probatorio della testimonianza del complice nel diritto canonico medievale*, in «Italian Review of Legal History», II (2017), n. 02, pp. 1-37.

²³⁹ P. Farinaccius, *Praxis, et theoricae criminalis, partis primae tomus secundus*, ed. cit., q. 41, nn. 18-19, fol. 235a.

Bernardino Porro riferiva un episodio che lo aveva visto diretto protagonista in veste di giudice durante un costituito sotto tortura di un diciassettenne che, ancora sospeso sulla corda, si era chiuso in un mutismo che aveva preoccupato l'inquisitore, il quale, per verificarne le reali condizioni (temendo che il giovane fosse morto), aveva messo a punto un inganno: chiese al torturatore di infierire sul ragazzo, per provocarne la reazione, come effettivamente avvenne, svelando così il finto torpore. Da quel momento, attraverso un interrogatorio continuato diverse ore, era cominciata una confessione dei misfatti compiuti, che aveva condotto il minore alla condanna alla trireme per dieci anni anziché alla pena ordinaria: non avere ancora raggiunto i venticinque anni lo aveva quindi preservato dal ricevere punizioni ancora più severe, ma essere maggiore di quattordici non gli aveva risparmiato l'elevazione per mezzo della fune²⁴⁰.

Se poteva suscitare problemi e discussioni il valore della confessione spontanea del minore, lo era tanto più quella estorta con la forza. Era infatti «difficultas maxima» capire se una confessione, soprattutto se rilasciata sotto i tormenti, pregiudicasse il minore: così Agostino Bonfranceschi da Rimini nelle sue *additiones* al *De maleficiis* di Angelo Gambiglioni²⁴¹.

Anche per il costituito sotto tortura ritornavano i problemi relativi al coinvolgimento di un curatore: i giuristi dichiaravano illecita in linea di principio la tortura del minore senza che il suo curatore fosse stato citato e quindi invalida la confessione che gli venisse eventualmente strappata in questo modo. Non era però necessario che il curatore assistesse all'esecuzione della tortura²⁴², ma era sufficiente ammetterlo alla discussione al momento in cui questa fosse disposta: egli doveva essere citato per addurre argomentazioni contro la

²⁴⁰ F.B. Porrus, *Scholia in cap. XIV, lib. IV, n. 5 vers. Ita pariter*, in T. Ambrosinus, *Processus informativus*, Venetiis, apud Paulum Balleomiun, 1702, p. 217. L'episodio è citato da L. Garlati, *Per una storia del processo penale*, cit., p. 91, nt. 87. Le annotazioni di Porro leggevano il processo informativo descritto dal senigalliese Ambrosini, che operava all'interno dello Stato pontificio, alla luce della prassi lombarda e del Senato milanese, «esempio di una fruizione “transnazionale” delle regole processuali. Il confronto e il raffronto non avrebbero ragione d'essere se [...] non vi fosse una trama processuale condivisa su cui innestare le specificità applicative locali; e non vi sarebbe bisogno di evidenziare le varianti se non vi fosse un'operazione congiunta tesa alla costruzione di metodi e regole comuni, in grado di germogliare proprio grazie alla comparazione» (ivi, pp. 102-103).

²⁴¹ Augustinus Ariminensis, *Additiones ad Angelus Aretinus, De maleficiis*, ed. cit., *Comparuerunt dicti inquisiti, et confitentur totum*, § *Nec non*, n. 12, p. 644a.

²⁴² Cynus Pistoriensis, *In Codicem*, ed. cit., ad C. 5.59.4, *De auctoritate praestanda*, l. *Clarum*, n. 6, fol. 332rb: *l'auctoritas* era conferita *libenter* dai podestà e dai rettori del luogo; Abbas Panormitanus, *Commentaria primae partis in secundum Decretalium librum*, Venetiis, [Societas aquilae se renovantis,] 1591, ad X. 2.18.3, *De confessis*, c. *Ex parte*, n. 9, fol. 232vb. P. Fiorelli, *La tortura*, I, cit., pp. 287-288.

valutazione fatta del giudice circa gli indizi, in base ai quali sarebbe stata emanata la sentenza con l'ordine dei tormenti. Il costituito sotto tortura era la fase di esecuzione di quella sentenza, un *actus iudicis* al quale il curatore non poteva conferire alcun tipo di autorità²⁴³.

Abbiamo già potuto constatare, però, come queste regole relative alla partecipazione del curatore – che pure continuavano a occupare pagine e pagine delle opere dottrinali, con argomenti e interpretazioni che alimentavano dibattiti in sé ormai inutili – fossero generalmente respinte dalla prassi. Basti ricordare, a sottolineare una consuetudine diffusa ormai ovunque, la conclusione di Francesco Casoni, che dopo aver ricordato la regola prevista dal diritto comune, affermava che «hodie vero per illustrissimos Venetos, multaque Italiae loca non observatur»²⁴⁴. Era addirittura semplicemente *ridiculum* parlarne, come chiosava Angelo Gambiglioni²⁴⁵.

7. Osservazioni conclusive

Nella prima età moderna non mancavano le regole poste a disciplinare la condizione giuridica del minore delinquente, eredità di una tradizione che affondava le radici nel diritto romano giustiniano, nel diritto canonico e nell'interpretazione dottrinale di diritto comune sviluppata nei secoli precedenti. Si trattava in linea di massima di principî che fornivano *cautelae* soprattutto in chiave di riduzione e di adattamento di un sistema pensato per chi era maggiore. Il minore, in quanto adulto in formazione, si trovava in una posizione di incompiutezza e inferiorità e di questo si teneva conto: dall'incapacità totale dell'infanzia, legata alla sua *ignorantia*, ci si avvicinava per gradi alla capacità piena, in modo che fino ai venticinque anni si restasse in una condizione di *imbecillitas* che determinava via via la comminazione di pene di diverso tipo e gravità e

²⁴³ Così si era chiaramente espresso Baldus de Ubaldis, *In vii, viii, ix, x et xi Codici libros Commentaria*, ed. cit., ad C. 7.59.1, *De confessis*, l. *Confessos*, n. 27, fol. 88ra, ripreso poi pedissequamente da successivi autori, come Angelus Aretinus, *De maleficiis*, ed. cit., *Comparuerunt dicti inquisiti, et confitentur totum*, § *Nec non*, nn. 7-8, p. 642b-643a, e F. Chartarius, *Praxis et theoricæ interrogandorum reorum libri quattuor*, ed. cit., lib. IV, cap. I, n. 49, p. 202.

²⁴⁴ F. Casonus, *De indicis, et tormentis tractatus duo*, Venetiis, apud Cominum de Tridino Montisferrati, 1557, *de tormentis*, cap. 10, n. 2, fol. 76v.

²⁴⁵ Angelus Aretinus, *De maleficiis*, ed. cit., *Comparuerunt dicti inquisiti, et confitentur totum*, § *Nec non*, nn. 7-8, p. 643a. L'espressione figura ripetutamente nelle opere di altri autori, che le facevano assumere una portata più generale, riferendola alla necessaria partecipazione del curatore a qualsiasi atto processuale, allo scopo di conferirgli validità: la sola idea ormai suscitava ilarità.

l'applicazione di specifiche regole processuali. Ulteriori strumenti erano poi pensati (come la *restitutio in integrum*) o applicati con una certa indulgenza (come la grazia) per riparare a situazioni che rischiavano di risolversi a danno del minore. Occorreva dare un supporto alla minorità, secondo l'interpretazione di un frammento del diritto giustiniano da cui si estrapolava una massima – *aetati succurritur* – su cui si fondava il sistema di tutela e garanzia per il minore.

Perché il mondo degli adulti fosse portato 'a misura' di minore, perché cioè quelle garanzie e tutele introdotte a vario titolo si concretizzassero, l'*arbitrium* giudiziale giocava un ruolo fondamentale: era lo strumento per provvedere quell'aiuto che gli si doveva dare e che altrimenti avrebbe avuto solo una dimensione astratta. Giovandosi di classificazioni, definizioni, interpretazioni, limiti e presunzioni che la tradizione dottrinale aveva elaborato e gli consegnava, il giudice aveva la facoltà di scegliere come tradurre nella realtà delle sue decisioni quotidiane quella previsione, per esempio stabilendo per ogni caso in cui fosse imputato un minore la pena arbitraria più adatta.

Di fronte al reato commesso dal minore, le reazioni dell'ordinamento, dal punto di vista tanto sostanziale quanto processuale, riflettevano però la duplice visione che di lui aveva la società del tempo: erano cioè ambivalenti. Se il minore, da una parte, in quanto innocente e mite, ancora non toccato dalle nefaste influenze del mondo, meritava benevolenza per la sua giovane età, dall'altra era pur sempre dotato di una componente violenta e irrazionale, alimentata da una *malitia* innata che aveva cominciato a crescere e svilupparsi insieme a lui fin dalla più tenera età (chi poteva dirsi davvero innocente a causa del peccato originale?), che meritava di essere arginata.

Il mondo degli adulti poteva così sovrapporsi a quello dei minori, se la *malitia* di questi ultimi li avesse spinti a condotte tali da rendere necessaria una reazione pari a quella che si sarebbe determinata di fronte a un reato commesso da un ultraventicinquenne. Crimini enormi e atrocissimi cancellavano la possibilità di provare una qualche pietà (*miseratio*) verso i loro autori, seppur giovani. Ancora una volta risultava centrale l'*arbitrium* del giudice, non più strumento di attuazione delle garanzie per il minore, ma piuttosto di severità e repressione. Il giudice valutando persone e circostanze – *inspecta qualitate personae et facti*, come ripeteva la formula che segnalava il criterio di adeguamento della legge al caso concreto – di volta in volta poteva trattare quei minori come se fossero degli adulti, contravvenendo alle regole (sostanziali e processuali) del diritto comune, secondo regimi di eccezione che rispondevano a superiori esigenze di giustizia e di attuazione di politiche criminali.

Le scelte repressive nei confronti della delinquenza minorile erano però evidenti non solo nelle attribuzioni dei giudici, ma anche considerando altri elementi. Spesso le legislazioni locali, derogando al *ius commune*, abbassavano la

soglia della responsabilità penale, prevedevano trattamenti indiscriminati dei delinquenti indipendentemente dalla loro età o cominciarono a punire comportamenti verso i quali per molto tempo era stata dimostrata tolleranza (‘forzando’ anche alcuni principi, come quello secondo il quale non si sarebbe dovuto sanzionare l’autore di un evento attribuibile al caso o conseguenza di un’attività ludica). Inoltre, alcune cautele ancora formalmente in vigore venivano superate nella pratica, ritenute non più funzionali ai fini che si volevano perseguire e che il processo di stampo inquisitorio consentiva di raggiungere: si pensi alla questione dell’assegnazione del curatore al minore imputato e alla validità degli atti compiuti in sua assenza, che tanto impegnava in sottili (e sterili) analisi la criminalistica, ma che si risolveva invariabilmente nel riconoscimento della sua superfluità e del suo abbandono da parte dei tribunali.

Proprio il problema di coniugare l’impianto teorico di natura dottrinale, le consuetudini e la prassi dei tribunali, nel contrasto e nella dialettica tra ciò che secondo un complesso di regole formali si sarebbe dovuto applicare e quel che accadeva effettivamente nella pratica, è uno dei più interessanti frutti che si possono cogliere dalla lettura dei criminalisti della prima età moderna in relazione al minore delinquente. La materia qui presa in esame restituisce infatti un quadro in cui emerge come, nella loro applicazione, i principi posti a difesa del minore nel loro insieme sbiadissero a causa delle numerose eccezioni che soffrivano e dello spazio lasciato alle valutazioni discrezionali del giudice, indispensabili per riequilibrare e consentire nel concreto il funzionamento del sistema, all’interno di politiche di contrasto al crimine improntate alla punizione e alla severità. Questa possibilità di derogare, nei casi più gravi e difficili, alle garanzie assegnate al minore può essere in definitiva la chiave di lettura e la prospettiva attraverso cui guardare al tema.

I criminalisti, che pure nel complesso approvavano e sposavano tali orientamenti repressivi generali²⁴⁶, che segnalavano meticolosamente le regole e le eccezioni introdotte dalle consuetudini e dagli *styli* delle corti, tentavano di fornire risposte ai molti quesiti che emergevano nel foro e spesso non mancavano di manifestare dubbi o esprimere critiche nei confronti di alcune decisioni che parevano loro come forzature. Lasciare alla valutazione del giudice, per quanto prudente, la possibilità di superare principi consolidati (o presunti tali), che lo portavano conseguentemente a prendere in esame secondo il suo personale apprezzamento una serie di parametri relativi tanto ai soggetti coinvolti quanto alla situazione, condannava il sistema all’incertezza. Per questo motivo, poteva accadere che fossero costretti ad ammettere come fosse complicato trovare regole stabili o una sintesi condivisa su alcuni problemi (per esempio, quale fosse

²⁴⁶ M. Pifferi, *La criminalistica*, in *Il contributo italiano*, cit., pp. 141-148, p. 145.

la pena da applicare – e quale quella effettivamente applicata – al minore per un determinato reato) e si riducevano in definitiva a riportare i più differenti punti di vista, affidando al lettore il compito di dare un'interpretazione a quanto riferito²⁴⁷.

Anche questo aspetto rafforza l'idea che quello del minore fosse un ambito necessariamente dominato dall'*arbitrium* del giudice, a cui le legislazioni e gli stessi *doctores* alla fine erano quasi costretti a lasciare molto spazio e ampio margine di valutazione, anche in chiave di controllo, per limitare il più possibile eventuali sacche di impunità. Persino quando si seguivano le regole del diritto comune e si rimaneva nell'ambito della mitigazione dei provvedimenti contro il minore, è infatti possibile scorgere l'impostazione secondo la quale la repressione dovesse essere il riferimento del giudice nell'attuazione di più ampie politiche criminali. La mitezza raccomandata e impiegata era infatti spesso solo formale: per esempio, la pena straordinaria, più lieve di quella ordinaria, poteva comunque essere – e di frequente lo era – molto severa (si pensi alla trireme in luogo della pena capitale) e le bastonate al posto dell'elevazione sulla corda per i più giovani, che consentivano addirittura di affermare che la tortura non si applicasse loro, imponevano comunque forme di costrizione e violenza fisica somministrata per ottenerne la collaborazione.

²⁴⁷ Emblematico I.C. Ruginellus, *Practicarum quaestionum rerumque iudicatarum liber singularis*, ed. cit., 1610, cap. 35, n. 6, fol. 91rb, che lasciava di fatto al lettore la valutazione dei casi che proponeva per argomentare: «adducamus nunc exempla, quibus questio nostra vel clarior vel obscurior reddatur...».