

Michele Pifferi

Il *mandatum* nella criminalistica del Cinquecento. Finzioni argomentative e logiche punitive¹

SOMMARIO: 1. *Rationes* a confronto – 2. Le critiche retrospettive tra Sette e Ottocento – 3. La costruzione interpretativa dell'*unum delictum* – 4. Finalità pratiche e consuetudini di giudizio

ABSTRACT: The paper focuses on the elaboration of the *mandatum ad delinquendum* by the late medieval criminal law scholars. Their theory, that became *communis opinio* and was largely applied by the courts, was based on the representation of this crime as a conceptual unity including the illegal behaviors of both the principal in a crime and the agent, and was grounded on the logical correlative argument. It allowed the judge to punish both the criminals, i.e. the person who contrived the crime and the one who carried it out, with the same penalty and to apply the same aggravating circumstances to the connected criminal behaviors. Due to the spread of this crime, this theory, which was criticized from the Enlightenment onwards, granted the public power a more effective repressive tool.

KEYWORDS: medieval criminal law - criminal agency theory - doctrinal interpretation of crimes

1. *Rationes* a confronto

Il problema della punibilità dell'*auxilium*, in particolare del mandato, costringe i giuristi medievali ad un faticoso lavoro di sintesi concettuale per fornire agli operatori del diritto un modello di partecipazione che riduca entro linee generali unitarie la multiforme casistica, le difformi previsioni statutarie sulla punibilità dei complici, le controverse *opiniones* in tema di responsabilità penale dolosa, le tesi canonistiche che accentuano l'*animus* più dell'*exitus*. La frequenza pratica della fattispecie, con il ripetersi di questioni di rilievo sia sostanziale (qualificazione del *delictum*) sia processuale (regole dell'*inquisitio* o dell'*accusatio* contro mandante e mandatario) sia di quantificazione della pena (come proporzionare la pena tra i complici) rendono il *topos* del mandato assai dibattuto.

Oggetto del presente contributo, al di là delle molte questioni di dettaglio che solo in parte verranno richiamate, sono proprio le *rationes* che muovono i giuristi di diritto comune nello sforzo scientifico di configurare l'*auxilium* unitamente al delitto principale e il mandato come *unum et idem delictum*, in funzione delle conseguenze applicative che sperano di ottenere dalle loro costruzioni. Il tema cruciale che impegna la *scientia iuris* consiste nell'elaborazione di alcune regole generali applicabili alle varie ipotesi di concorso: la necessità dei *doctores* è quella di ricondurre ad unità la materia, ricapitolando la diversità di discipline, consuetudini, brocardi, entro un quadro sistematico e coerente, in cui le varie specie di *auxilium* siano definite nei loro elementi costitutivi. Il risultato, come vedremo, smentisce in parte le severe critiche ottocentesche rivolte contro la teorica del mandato, e rivela, invece, un'avvedutezza speculativa e un uso della dialettica votata al senso pratico che, pur passando per argomentazioni diverse, portarono a risultati non troppo dissimili da quelli della penalistica moderna. Il superamento della confusione

¹ L'articolo è una versione riveduta ed ampliata dell'intervento tenuto in occasione del convegno "La responsabilità nel concorso di persone: pratiche discorsive dei giuristi", tenutosi a Catania-Siracusa 25-27 giugno 2009, in collaborazione tra l'Università degli Studi di Catania e l'OPCO, organizzato da Giuseppe Speciale, che tengo qui a ringraziare particolarmente.

teorica raggiunto dai criminalisti del Cinquecento grazie ad invenzioni interpretative unificanti è stato criticato, in seguito, alla luce di più moderni principi di colpevolezza e della sempre più netta divisione tra criterio di imputazione morale e politica: le diverse premesse non hanno, tuttavia, comportato rivolgimenti sostanziali di disciplina.

Percorrendo il cammino a ritroso, partiremo dalla rilettura della *doctrina mandati* nei giuristi di fine Sette inizio Ottocento. Il loro critico sguardo retrospettivo segna l'avvento di tempi nuovi nel diritto penale, ma nello stesso tempo conferma la consistenza speculativa dei criminalisti basso medievali: l'eredità dottrinale dei *tractatus*, dei *commentarii* e delle *practicae* non è semplice da rimuovere ed occorre un ripensamento profondo dei principi generali per poter esporre la dottrina della complicità entro nuove linee sistematiche ed interpretative.

2. Le critiche retrospettive tra Sette e Ottocento

Alla fine del Settecento, De Simoni ripropone la ricostruzione teorica del mandato elaborata dai criminalisti tardo medievali in base alla quale «il mandante e il mandatario sono due correlativi di reciproca moralità, per cui s'imputano ad amendue i rispettivi delitti, e la natura dei correlativi è tale che costituisce una regola di parità fra essi, tanto in senso fisico, che in senso morale»². L'argomento *a correlativis* è l'espedito logico che giustifica «la stretta relazione ed analogia» tra il «mero affetto» e «l'azione esterna», cause formali rispettivamente di mandante e mandatario: il giurista ricorre ancora ad una finzione argomentativa per fondare non più un *unum et idem delictum* bensì un unitario, reciproco criterio di imputazione per due fatti diversi ma finalisticamente collegati. La dottrina medievale è invece criticata in riferimento all'ipotesi di mandato non eseguito: «assai malamente opinarono molti criminalisti, per difetto di civile e politica filosofia, coll'indistintamente misurare il delitto del mandante da quello del suo mandatario»³. Se il mandatario non dà attuazione all'incarico ricevuto per timore delle conseguenze o pentimento è esente da pena, ma – continua De Simoni – non può essere altrettanto per il mandante, il quale rimane «reo nel criminoso suo affetto, avendo per parte sua consumato moralmente il delitto nel trattato ed accordo fatto e concluso»⁴. Il solo «trattato espresso» costituisce, dunque, di per sé un «fatto criminoso» autonomo carico di disvalore e meritevole di pena, seppur straordinaria, perché la «politica economia, sempre vegliante per provvedere alla pubblica e privata sicurezza ed al buon ordine civile», non può permettersi di lasciare impunita l'intenzione delittuosa manifestata dall'ideatore.

La finzione teorica che collega in un'unica fattispecie le due distinte azioni di mandante e mandatario, utile sia per semplificare in via di principio la procedibilità dell'intero progetto criminoso sia per giustificare la trasmissibilità delle circostanze, non può trasformarsi in una rigida gabbia interpretativa che ostacoli l'attuazione di una più pervasiva politica sanzionatoria. L'utilizzo 'politico' della pena per garantire la pubblica sicurezza implica in questo caso un arretramento della soglia di punibilità all'intenzione prava manifestata dal mandante, senza che vi sia stata alcuna concreta lesione del bene giuridico oggetto del reato-fine. Sebbene la critica rivolta da De Simoni ai giuristi medievali sia infondata o quanto meno troppo indiscriminata, poiché come vedremo il problema della responsabilità autonoma del mandante pur in assenza di esecuzione del

² A. De Simoni, *Dei delitti di mero affetto. Parte seconda*, Como 1784, p. 82.

³ Ivi, p. 85.

⁴ Ivi, p. 84-85.

mandato era già ampiamente affrontato tra XV e XVI secolo, affiora ormai la consapevolezza dell'insufficienza della 'vecchia' teoria dei correlativi alla luce delle 'nuove' dottrine penali.

Sul finire del XVIII secolo, la graduale elaborazione di un sistema generale dei reati e delle pene orientato da regole di razionalità ed utilità sociale porta ad un rifiuto formale delle teoriche del diritto comune. La collocazione sistematica della disciplina del mandato entro il più generale tema della complicità, ordinato in funzione delle nozioni di imputabilità, forza morale e forza fisica nel reato, non può più limitarsi a ripetere la regola che parifica ideatore ed esecutore. Nello stesso tempo, tuttavia, lo sforzo dogmatico di ripensare le distinte responsabilità e gli assetti sanzionatori del mandato alla luce delle nuove consapevolezze teoriche sembra portare a risultati non troppo diversi da quelli medievali: cambia lo strumentario logico-argomentativo ma la soluzione che punisce con egual pena chi ordina e chi commette il crimine resta pressoché immutata. Carmignani, per esempio, criticamente afferma che «tutto nella teoria della complicità è confusione se si adotta la formula “*De his qui causa sunt alienorum delictorum*”»⁵ scelta da Renazzi nei suoi *Elementa*, erudita sintesi delle *doctrinae* dello *ius commune*. Il professore romano risolve il problema della complicità equiparando in generale la *caussa moralis* alla *caussa physica*⁶: nell'ipotesi specifica del mandato, tuttavia, il mandante, «*scleris caput*» ed «*efficax causa*» del reato del mandatario, merita una pena più grave del mandatario, «*manus atque instrumentum mandantis*». L'*instrumentum cooperativum* è l'espedito retorico che rende l'autore materiale un protagonista non meramente passivo del *factum criminis*, descritto ancora come unitario⁷.

Carmignani vuole invece uscire dagli schemi medievali per proporre una più razionale teoria della complicità poiché «i nuovi conflitti, ne' quali in questa materia si son trovati tra loro il principio morale, e il principio politico, hanno prodotto errori, incertezze, e dispute difficili ad esser composte»⁸. I «sistemi di cognizione» dell'ideologia, della morale e della politica devono essere tenuti distinti, così come la classificazione basata sul grado d'influenza morale del complice, se è «ottima per il moralista, il quale può scorgere nell'interno dell'animo, e leggervi le sue più segrete inclinazioni», non è invece affatto idonea per il politico che seguendola contraddirebbe i propri principi «col partire dal carattere intrinseco anziché dall'estrinseco degli atti de' quali dee giudicare»⁹. Il criterio politico, nettamente separato da quello morale, deve basarsi solamente sull'«estrinseco carattere degli atti» e sul danno o pericolo sociale che esso produce¹⁰. Nel caso del mandato, dunque, non è più accettabile la completa parificazione tra i due complici elaborata dalla *scientia iuris* medievale sulla scorta di una «erronea applicazione alla criminale imputazione» di frammenti del diritto romano riferiti ai delitti privati o alle conseguenze civili del mandato nei reati più gravi, né può continuare la trasposizione di

⁵ G. Carmignani, *Teoria delle leggi e della sicurezza sociale*, Pisa 1831, lib. II., cap. XVII, nt. 2, p. 364.

⁶ F.M. Renazzi, *Elementa Juris Criminalis*, Venetiis 1776, lib. I, cap. IX, pp. 153-154: «Qui igitur dolo culpave causa, moralis nempe, fuerunt alienorum criminorum, delicta contrahunt aequae, ac illi, qui ea executi sunt, scilicet ipsorum physica causa extiterunt».

⁷ Ivi, p. 155.

⁸ G. Carmignani, *Teoria delle leggi e della sicurezza sociale*, cit., lib. II., cap. XVII, p. 362.

⁹ Ivi, p. 365.

¹⁰ *Ibidem*. Alla luce della 'nuova' distinzione tra forza morale e forza fisica e del «carattere politico, che l'una imprime sull'altra», il professore pisano ritiene necessario «stabilire una nuova nomenclatura atta a designare con esattezza» i vari possibili casi di complicità (Ivi, p. 366).

regole canoniche di foro interno al foro giurisdizionale penale. Sebbene il mandante certamente manifesti «una piena intenzione di delinquere», egli soltanto vuole il delitto, mentre il mandatario lo vuole e lo esegue; pertanto «la civile imputazione del mandante e quella del mandatario non hanno una eguale base»¹¹, diversamente dall'imputabilità morale comune ad entrambi. Secondo Carmignani il costante paragone con il mandato civilistico, a cui sono ricorsi i *doctores* per costruire la loro teoria dell'*unum delictum*, è completamente infondato, «infatti il mandato delittuoso, e l'eseguito delitto dovrebbero esser considerati come due cose separate, e distinte tra loro, e la sola abusiva illazione del mandato in materia civile al mandato in materia criminale ha potuto insieme confonderle»¹².

Posta sotto la lente riformatrice del professore pisano, la tradizionale teoria dei correlativi non pare più né giusta né utile¹³, così come non sono condivisibili né l'opinione dei criminalisti del diritto comune, né la successiva elaborazione di Strykius «che adduce delle ragioni più speciose che solide», o di Matthes che «per far riguardare il mandatario come la mano del mandante, sa più di retorica che di politica»¹⁴, né, da ultimo, le teoria tedesca che considera il mandante come 'il motore' che costringe al delitto¹⁵. La regola dei «delitti connessi» proposta da Carmignani, la quale «reclama nell'interesse della sicurezza sociale»¹⁶ una pena minore al mandante, se da un lato rompe con la tradizione per valorizzare il criterio 'politico' dell'imputazione basata su atti esterni oggettivamente dannosi o pericolosi, dall'altro recepisce la proposta utilitarista di Beccaria, secondo il quale la pena del mandatario deve essere più severa di quella del mandante in modo da suscitare la diffidenza e favorire il disaccordo tra i complici¹⁷.

Nell'Ottocento s'impongono principi di politica criminale che cambiano il quadro teorico della complicità senza, tuttavia, riuscire a proporre soluzioni realmente innovative per la distribuzione della pena tra compartecipi. Giuseppe Giuliani indica come tre «canoni di prudenza politica» in tema di concorso il criterio dell'«imputabilità politica», che consente di sanzionare l'«adesione» del complice solo se ha realmente influito nell'azione delittuosa, il «fine politico d'impedire le azioni criminose», che implica l'accettazione della tesi utilitarista della maggior pena al delinquente principale per minare l'accordo criminoso e, da ultimo, la nozione di responsabilità penale proporzionata agli

¹¹ G. Carmignani, *Elementi del diritto criminale*, Napoli 1854, § 254, p. 76.

¹² G. Carmignani, *Teoria delle leggi e della sicurezza sociale*, cit., cap. XVIII, § 1, p. 377.

¹³ La regola dei rigorosi correlativi riproposta da De Simoni si regge, secondo Carmignani, «colla immaginaria ragione» (Ivi, p. 375).

¹⁴ G. Carmignani, *Elementi del diritto criminale*, cit., nt. 1 al § 254, p. 76.

¹⁵ Motore è «parola di ambiguo ed abusivo significato come quella, la quale parificando l'azione di due volontà tra loro per un moto, che nell'ordine di tempo parte dall'una, e si comunica all'altra, somministra la idea di due fisici corpi l'uno fornito di forza sufficiente a muoverne un altro, e questi passivo al moto comunicatogli, disprezzando così tutta la influenza, che nel qualificare come morale un moto qualunque dee esercitarvi la libertà» (G. Carmignani, *Teoria delle leggi e della sicurezza sociale*, cit., cap. XVII, p. 368).

¹⁶ G. Carmignani, *Teoria delle leggi e della sicurezza sociale*, cit., cap. XVIII, § 1, p. 378.

¹⁷ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Torino 1965, § XXXVII, p. 89: «Quando più uomini si uniscono in un rischio, quant'egli sarà più grande tanto più cercano che sia uguale per tutti; sarà dunque più difficile trovare chi si contenti d'esserne l'esecutore, correndo un rischio maggiore degli altri complici. (...) Tali riflessioni sembreran troppo metafisiche a chi non rifletterà essere utilissimo che le leggi procurino meno motivi di accordo che sia possibile tra i compagni di un delitto». Nell'ipotesi di premio per l'esecutore, tuttavia, lo stesso Beccaria ritiene giusta la uguale pena.

atti propri «esternamente» commessi o all'impulso effettivo dato a quelli altrui¹⁸. In tema di mandato Giuliani, commentando il regolamento penale gregoriano del 1832 ed esponendo «i principj del diritto costituendo», critica tanto la regola di diritto comune che semplicemente parifica nella sanzione mandante e mandatario, quanto la già citata opinione di Renazzi che, attribuendo maggior colpa al mandante, giudica «ottima in morale» ma «di alcun'uso per la politica il cui magistero non è di espiatione ma di prevenzione»¹⁹. In caso di mandato gratuito, dunque, anche il professore maceratese segue «la ragione politica» mostrata da Beccaria nell'attribuire maggior pena all'esecutore ed avverte: «non si turbino a questa dottrina i troppo ligj delle antiche opinioni, ma ne pesino l'importanza»²⁰.

Il profilo criticato della dottrina medievale a partire dalla seconda metà del XVIII secolo non sembra tanto quello della concreta pena da comminare ai complici, tant'è che nell'ipotesi più frequente di mandato prezzolato la parificazione degli agenti resta invariata, quanto piuttosto la giustificazione teorica del nesso che lega giuridicamente la responsabilità dell'ideatore e dell'esecutore. L'interpretazione dei *doctores* che fondava l'*idem delictum* sulla logica dei correlativi si reggeva su una doppia necessità, l'una politica, l'altra morale. La *fictio*, infatti, per un verso offriva agli attori della giustizia penale pubblica un efficace strumento giuridico di contrasto all'endemico fenomeno medievale del crimine su commissione, considerando il mandante imputabile e punibile alla stessa stregua del sicario. Per altro verso essa traeva piena legittimazione dalla considerazione d'ordine morale in virtù della quale colui che induce, favorisce o istiga l'altrui *animus delinquendi* ne è il vero responsabile ed è tenuto a risponderne sia in coscienza sia davanti alla legge. Entrambi gli argomenti diventano inconciliabili con il modello di giustizia criminale ottocentesco, basato non più sull'esercizio del potere repressivo ma «sui principj del gran sistema della *prevenzione*»²¹ e fondato sulla netta separazione tra la sfera degli atti esterni giuridicamente punibili perché lesivi di un bene tutelato dalla legge e quella dei comportamenti moralmente riprovevoli ma irrilevanti per il diritto.

«La scienza penale che ha per oggetto i soli atti esterni, e dei pensieri non si occupa se non per indagare le cagioni di quelli – afferma con decisione Carrara –, non può parificare l'autore di una idea all'autore di un fatto»²²: il delitto come ente giuridico, «risultando dalla contraddizione tra un fatto e la legge»²³, non esiste se non vi è un soggetto che con il

¹⁸ G. Giuliani, *Istituzioni di diritto criminale*, vol. I, Macerata 1833, pp. 221-222.

¹⁹ Ivi, p. 223.

²⁰ *Ibidem*. Se, invece, il mandatario riceve un premio in denaro allora entrambi i complici meritano la medesima sanzione. L'art. 276, § 5 del *Regolamento sui delitti e sulle pene* di Papa Gregorio XVI recita: «È punito con la morte di esemplarità: il mandante e il mandatario di un omicidio seguito, ancorchè il mandato sia gratuito». L'art. 13 del tit. III *Della correatà, e complicità nei delitti* prevede invece la possibilità di graduare la pena dei complici in funzione del diverso grado di dolo: «I correi e i complici di un delitto, il dolo dei quali nel concepirlo, eseguirlo e consumarlo si è manifestato minore di quello dell'agente principale, sono puniti da uno ai tre gradi di pena minore di quella prescritta per gli stessi agenti principali».

²¹ L'espressione è usata da G. Giuliani, *Istituzioni di diritto criminale*, cit., p. 232, per criticare la legislazione che ammette la punizione del mandante, con sanzione minore, indipendentemente dall'esecuzione del mandatario anche in caso di mandato non eseguito, prevedendo il mandato criminoso come un delitto isolato ed autonomo rispetto all'azione criminosa commissionata: «Ma una tale legislazione urterebbe i principj del gran sistema della *prevenzione*».

²² F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, vol. I, Lucca 1877, § 428, p. 332.

²³ *Ibidem*.

proprio agire materialmente violi il diritto positivo. Su queste premesse il maestro lucchese critica duramente la «finzione» dell'ideatore come autore²⁴, perché si regge su premesse teoriche sbagliate, non più applicabili in un sistema retto dai principi dell'imputabilità politica e della forza fisica del reato come impulso al fatto esterno contrario alla legge²⁵. Interessa qui sottolineare come anche Carrara, pur partendo da premesse filosofiche diverse e seguendo percorsi argomentativi differenti dalla finzione dell'*idem delictum*, giunga comunque alla medesima conclusione «della perfetta uguaglianza nella imputazione tra mandante e mandatario»²⁶. In polemica con Pessina, che erroneamente inquadra l'«omicidio per altrui mandato» come una «circostanza aggravatrice dell'omicidio» che accomuna i concorrenti a condizione che il mandato sia stata «l'unica causale»²⁷ a motivare l'azione dell'esecutore, Carrara non crede nella «teoria dei *motivi proprii*»²⁸ avanzata dal giurista napoletano. «L'aumento della quantità politica nell'omicidio per mandato» non può essere dovuto alla «duplicazione delle forze del delitto», perché di fatto l'esecutore è sempre e solo uno, ma «la vera ragione dell'odiosità maggiore che incontra la strage conduttizia sta a mio giudizio unicamente nell'aumentato pericolo, perché la vittima in faccia all'omicidio per mandato non sa da chi guardarsi»²⁹.

Nei diversi approcci della penalistica tra fine XVIII ed inizio XIX secolo, non è, dunque, il profilo sanzionatorio ciò che viene rifiutato della *doctrina* medievale sul mandato, poiché salvo le opposizioni di Beccaria per un principio di politica e di Carmignani per un principio di giustizia, la tesi della parificazione è la più diffusa. Sono, piuttosto, i fondamenti giuridici e politici che la legittimano a dover essere ripensati: l'impianto interpretativo dei *doctores* non risponde più né alle mutate esigenze di prevenzione e sicurezza, né ai criteri oggettivi della pericolosità e dell'imputabilità frutto della compiuta secolarizzazione del diritto penale. Le chiavi di lettura del mandato non sono i motivi interni che hanno mosso i due complici nell'intero processo criminoso, sono troppo difficili da valutare, troppo incerti nel grado di reciproca influenza: meglio spostare la lente dall'elemento astratto che rende ontologicamente unitaria la fattispecie al

²⁴ Ivi, § 430, p. 334: «Dire *autore* del delitto chi lo ideò, è una finzione, una figura rettorica. Ma una scienza positiva come la nostra deve bandire le metafore dal suo linguaggio».

²⁵ Anche Carrara naturalmente prevede la possibilità del «concorso di volontà senza concorso di azione» in colui che definisce «*causa morale*» del delitto: «in lui non s'imputa il *pensiero* (il giure penale, sempre logico, non perseguita gli atti interni), ma oltre l'atto interno è intervenuto un atto *esterno* che ha violato la legge». Non vi è, nella sistematica del *Programma*, alcun bisogno di ricorrere ad una *fictio*, ma anzi tutto è perfettamente spiegabile entro le logiche coordinate dei principi generali: «perché dunque il concorso puramente *morale* al delitto altrui sia imputabile politicamente, è indispensabile che nel medesimo possa riscontrarsi un *impulso* al delitto stesso». Se il pensiero criminoso è «*comunicato*» all'agente e lo spinge ad agire, «allora è ben naturale che del *fatto* risponda chi *nulla fece*» in quanto causa dell'azione. Ciò non significa, tuttavia, che il concorso morale implichi l'eccezione di un reato senza forza fisica, non solo perché una «*forza fisica speciale*» è comunque necessaria «nella forma di comando o di consiglio o di minaccia» per determinare la volontà criminosa dell'autore, ma anche «perché la forza fisica si *comunica* fra i partecipi dato il concorso *morale*, e secondo le condizioni del medesimo» (Ivi, § 441, p. 342 e nt. 1 al § 441, pp. 342-343).

²⁶ Ivi, § 456, p. 349; la parificazione, specifica poi Carrara, presuppone due condizioni, «*un grado uguale di dolo*» nei due complici e «che trattisi di *vero e proprio* mandatario», poiché se l'esecutore ha un interesse anche proprio al delitto o se è stato il primo a concepirlo allora non si ricade più nella fattispecie di mandato (Ivi, § 457, pp. 352-353).

²⁷ E. Pessina, *Trattato di penalità speciale secondo le leggi delle Due Sicilie*, Napoli 1859, § 16, p. 26.

²⁸ F. Carrara, *Programma del corso di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Firenze 1925, nt. 3, p. 300.

²⁹ *Ibidem*.

più effettivo dato della pericolosità percepita dall'offeso, alla ragione politica della sua maggiore sanzionabilità.

Proprio quella teorica del *mandatum* come *unum et idem delictum* era, invece, perfettamente funzionale alla strategia di giustizia 'egemonica' dei *principes* basso medievali, impegnati nel tentativo di ridurre la diffusa conflittualità sociale e mobilitati in una continua lotta per sottoporre alla loro giurisdizione le faide nobiliari che, coinvolgendo i sicari in una spirale di violenza, laceravano la pace delle comunità³⁰. La costruzione teorico interpretativa proposta dai giuristi di diritto comune, giunta a compimento con la criminalistica del Cinquecento, riusciva ad offrire soluzioni tecniche praticabili e giustificazioni speculative plausibili che rispondevano pienamente alle esigenze di politica criminale dell'epoca. L'elaborazione dei profili più rilevanti di tale complessa *doctrina mandati*, combinazione di interpretazioni del *corpus iuris*, del diritto statutario e delle fonti canoniche, sarà l'oggetto dei seguenti paragrafi.

3. La costruzione interpretativa dell'*unum delictum*

Per la scienza giuridica medievale il problema teorico principale nell'elaborazione della disciplina del mandato consiste nella spiegazione del nesso che lega l'azione del mandante a quella del mandatario. «An delictum mandantis et mandatarii sit unum et idem numero»: questa è la domanda ricorrente, dalla cui risposta dipende logicamente tutta la *doctrina mandati*, in termini sostanziali, processuali, sanzionatori. La difficoltà dei *doctores* e dei *practici* è legata in prima battuta alla necessità di ricorrere ad un'astrazione concettuale per dare risposta ad un fenomeno sociale ricorrente: l'incarico affidato dall'istigatore al sicario è un *factum* materialmente ben distinto dal delitto commesso dal mandatario, sono due azioni che si svolgono fisicamente in luoghi, tempi, modalità assai diverse, eppure solo se interpretate unitariamente consentono di cogliere il vero disvalore del complessivo disegno criminoso. Questione logica, dunque, che implica la capacità di ordinare la realtà fenomenica entro categorie giuridiche svincolate dalla mera fisicità dei fatti, di sostituire alla semplice osservazione degli avvenimenti la ricostruzione artificiale di un modello, di cambiare la descrizione casistica dei delitti con la definizione di una fattispecie per via interpretativa.

«Mandans enim non dicitur proprie facere, sed interpretative, secundum Bartolus (...) cum quo est communis opinio fere omnium scribentium»³¹: nel linguaggio tecnico e

³⁰ La categoria del penale egemonico, in opposizione al penale negoziato, è mutuata dai lavori di sintesi di Mario Sbriccoli, in particolare *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, e *Giustizia criminale*, in M. Fioravanti (cur.), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari 2002, pp.163-205, ora in M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano 2009, rispettivamente in vol. II, pp. 1223-1245 e vol. I, pp. 3-44; per ulteriori tematizzazioni cfr. L. Lacchè, C. Latini, P. Marchetti, M. Meccarelli (curr.), *Penale giustizia potere. Per ricordare Mario Sbriccoli*, Macerata 2007, in particolare i contributi di A. Zorzi, *L'egemonia del penale in Mario Sbriccoli*, pp. 155-178; I. Birocchi, *La giustizia di tipo egemonico: qualche spunto di riflessione*, pp. 179-211; G. Alessi, *La giustizia pubblica come "risorsa": un tentativo di riflessione storiografica*, pp. 213-234.

³¹ G. Claro, *Liber V receptorum sententiarum*, in Id., *Opera omnia*, Augustae Taurinorum 1586, § *Finalis Practica Criminalis, Quae. LXXXIX*, n. 2, p. 409. L'opinione, che diviene ampiamente *communis* come riferito dal giurista alessandrino, è confermata per es. anche in A. Gambiglioni, *Tractatus de maleficiis cum additionibus Augustus Bonfrancisci*, Coloniae Agrippinae 1599 [rist. an. Goldbach 1998], § *Et Sempronium mandatorem*, n. 32, p. 145; T. Deciani, *Tractatus criminalis*, Venetiis 1614, lib. IX, XXXII *Mandans quando sub statutis*

secondo gli schemi di traduzione della realtà in diritto, l'equiparazione tra l'esecutore e il mandante è una *fiction iuris*, un'*interpretatio*, un'*improprietas*, una *similitudo*. L'assenza di un materiale nesso causale costringe i giuristi a modificare gli strumenti di descrizione del fatto pur di trovare un razionale criterio d'imputazione per chi conferisce l'incarico senza agire personalmente. L'autorità sempre richiamata a sostegno di tale *topos* è un'opinione di Bartolo secondo cui «si mandatum non esset licitum, et imo ille per quem quis fecerit non fecit hoc de necessitate naturae, quia liberum habet arbitrium, nec ex necessitate legali, quia rei turpis nullum est mandatum, tunc ille qui mandat, non fecit vere, sed interpretative»³². La fortunata formula bartoliana, destinata a legittimare dal punto di vista giuridico la condanna del mandante, è meno banale di quanto non possa apparire: fa leva, da un lato, sul libero arbitrio dell'esecutore, escludendo che agisca per necessità e lasciando dunque spazio alla sua scelta morale di cui risponderà anche in foro interno, dall'altro sulla nullità dell'accordo per l'illiceità della causa, togliendo così ogni parvenza di legalità formale al concorso del mandatario³³.

Un contributo rilevante alla tesi dell'equiparazione viene anche da due passi delle Decretali e dai relativi commenti. In uno si prevede la sanzione dell'*irregularitas* per il religioso mandante in caso di eccesso del mandatario, poiché «mandando in culpa fuerit» e avrebbe dovuto prevedere la possibilità di un *excessus finis*³⁴; nell'altro si prevede la pena della scomunica per coloro i quali fanno violenza contro i chierici non in prima persona ma inducendo altri ad agire, o per la propria autorità o per mandato, «quum is committat vere, cuius auctoritate vel mandato delictum committi probatur»³⁵. È, in particolare, questo ultimo *committat vere* ad offrire argomenti per la piena equiparazione tra ideatore ed esecutore di un illecito: per un ordinamento, come quello della Chiesa, votato ad indagare l'*animus* del peccatore più dell'*exitus*, sembra naturale considerare il *mandans* come il vero, diretto responsabile del fatto, senza neppure il bisogno di ricorrere all'artificio della *fiction* o all'estensione *per interpretationem*. Sebbene anche la dottrina canonistica aderisca poi alla tesi

comprehendatur, n. 2, p. 425: «Et haec profectio conclusio, quod mandans non dici possit facere vere, sed tantum interpretative, nullam videtur habere vel saltem modicam dubitationem (...) ergo sequetur haec certa conclusio, quod ubicunque lex vel constitutio, vel statutum, vel dispositio aliqua loquatur de faciente ex proprietate sermonis, nunquam comprehendet mandantem, sed dumtaxat per interpretationem».

³² Bartolo da Sassoferrato, *In Secundam Digesti Novi Partem Commentaria*, Venetiis 1590, ad D. 47.10.17.2, *l. sed si unius, de iniuriis et famosis libellis*, § *servus meus*, n. 3, f. 132ra: il giurista, prima di concludere con la citazione sopra riportata, distingue gli atti «qui non possunt explicari per instrumentum separatum ab ipso corpore» come l'adulterio, nei quali chi agisce attraverso terzi «ipse vere non facit», dai fatti, come l'omicidio o le percosse, che possono essere compiuti «per instrumentum separatum a corpore»; questi ultimi sono a loro volta divisi tra quelli nei quali lo strumento usato per la perpetrazione «agit de necessitate, nec potest non agere» e dunque chi usa tale strumento «vere facit», «agit in virtute libertatis suae» e dunque «vere facit» colui che agisce perché lo fa per libera scelta, «agit de necessitate civilis» come nel caso del procuratore (Ivi, n. 2, ff. 131vb-132ra).

³³ L'analogia con il contratto di mandato, se può servire per giustificare la trasferibilità in capo al mandante degli effetti dell'azione del mandatario, ovvero l'applicazione della medesima pena, non può invece essere giocata come scusante né per l'esecutore stesso né per il mandante in caso di eccesso del mandatario. In questo senso cfr. per es. B. Carpzov, *Practica Nova Saxonica Rerum Criminalium*, Wittenberg 1636, [rist. Goldbach 1996], p. I, *Quae. IV*, n. 24, p. 30, dove afferma che il mandante non risponde dell'*excessus* del mandatario: «quia haec consequentia solum valet in mandato in contractibus, in quibus mandans non obligatur ex eo, quod mandatarius gessit, sed ex contractu mandati: in delictis vero mandans non ex contractu, ut qui de re turpi et inhonesta invalidus est: sed ex subsecuto delicto obligatur».

³⁴ VI. 5.4.3, *de privilegiis, c. is, qui mandat*.

³⁵ VI. 5.39.6.1, *de sententia excommunicationis, c. mulieres*, § *Illi vero*.

secondo cui il *mandator* può essere incluso nella *dispositio iuris* che punisce un delitto solo *ex interpretatione*, questo passo mal si concilia con tale lettura prevalente. Bartolo lo spiega sostenendo che esso riguardi solo il foro interno e sia da riferire al peccato dove i canonisti «magis considerant animum quam actum»³⁶, e dunque il mandante *vere* commetta un peccato ma solo *interpretative* commetta un delitto. Anche Niccolò Tedeschi, che pure corregge questa lettura bartoliana precisando come il testo non parli solo di peccato, ma «de poena peccati, et excommunicationis poena est maxima»³⁷, argomenta poi nel senso del mandante come colui che *videtur facere*, dove il *verbum fictum* indica la distanza tra chi commissiona e chi davvero esegue. Al di là delle sue possibili varianti interpretative, il *c. mulieres* aggiunge dunque un ulteriore apporto alla parificazione dei complici³⁸.

La *fictio iuris* pone le premesse per risolvere il dilemma fondamentale in tema di mandato, ovvero se il delitto del mandante e del mandatario sia *unum et idem*. La risposta a tale quesito condiziona tutta la disciplina della fattispecie, dall'applicazione della medesima legge all'irrogazione dell'identica sanzione, dalla nascita di una stessa *obligatio* in capo ai complici alla trasmissibilità delle *qualitates* dall'uno all'altro, dalla procedibilità per entrambi con lo stesso libello accusatorio su un comune *thema probandi* alla definizione di *locus* e *tempus commissi delicti*. L'*idem delictum*, ovvero la possibilità di ricondurre ad un *unicum* illecito due comportamenti, diversi nelle condotte e separati nei tempi, implica l'elaborazione dottrinale di un tipo criminoso complesso formato dalla risultante di due azioni antiggiuridiche, il cui peculiare disvalore viene pesato nell'insieme, con l'obiettivo di colpire il fine comune che muove i due *socii* e di stigmatizzare il disegno criminoso sottostante a tutto il percorso delinquenziale, dall'incarico del mandante all'esecuzione del mandatario. Le questioni tecniche collegate a tale concezione del mandato come reato composito sono numerose e attingono spesso ai luoghi civilistici relativi al *contractus mandati* per trovare soluzioni e *rationes* corrispondenti.

Gli argomenti per fondare l'unicità del delitto si consolidano lentamente, imponendosi nel tempo sulle *opiniones* contrarie come quelle autorevoli di Cino e di Bartolo, il quale, perdendosi in sottili distinzioni, sostiene che i due reati dell'ideatore e dell'esecutore debbano essere considerati separatamente poiché «tot sunt obligationes, quot sunt personae delinquentium»³⁹. Bartolomeo da Saliceto, invece, vede nell'*unus effectus* la ragione che collega le due azioni in un unico delitto: è vero, infatti, che ci sono più delinquenti, più azioni illecite e dunque più obbligazioni distinte, ma il fatto genetico del reato nel suo complesso è uno solo ed è possibile ridurre i due comportamenti in un'unitaria fattispecie,

³⁶ Bartolo, *In Secundam Digesti Novi*, cit., in D. 47.10.17.2, *l. sed si unius, de iniuriis et famosis libellis*, § *servus meus*, n. 4, f. 132ra. L'idea che il mandante «in foro conscientiae et quoad peccatum vere agit et poenam delinquenti impositam incurrit» verrà riproposta ancora da Farinaccio, che richiama il commento sopra citato in cui Bartolo «reddat bonam rationem» (Farinaccio, *Praxis et theoriae criminalis amplissima. Pars Quarta*, cit., *tit. de consultoribus, etc.*, Quae. 135, pars III, n. 139, p. 524)

³⁷ Niccolò Tedeschi (Abbas Panormitano), *Commentaria in Quartum et Quintum Decretalium Librum*, Venetiis 1571, in VI. 5.39.6.1, *de sententia excommunicationis, c. Mulieres*, n. 12, f. 214ra.

³⁸ Cfr. per es. il commento al medesimo passo di F. Sandeo, *Commentariorum in Decretalium Libros V, pars tertia*, Basileae 1567, coll. 1171-1172: «Ego tamen credo, quod in omni casu faciens per alium, puniatur, ac si per se faceret: quia quoties a lege casus verus et casus fictus aequiparantur, statutum loquens in casu vero habet locum in casu ficto».

³⁹ Bartolo, *In Secundam Digesti Novi*, cit., in D. 47.10.17.2, *l. sed si unius, de iniuriis et famosis libellis*, § *servus meus*, n. 5, f. 132ra.

identica nella definizione e nel numero ma diversa nelle qualità⁴⁰. L'argomento è ripreso e rafforzato da Baldo grazie al paragone con l'istituto civilistico: come il contratto concluso dal mandatario *nomine alieno* produce effetti in capo al mandante, «sic est in delicto»⁴¹ dove l'illecito commesso dall'esecutore spendendo il nome del mandante è *unicus in persona utriusque*. Il delitto dei due complici deve considerarsi, dunque, *solum unum numero* poiché uno solo è l'*effectus* ed uno solo è il *finis*, «quia finaliter delictum est unum, sed modi delinquendi sunt plures numero»⁴². Considerando la fattispecie in relazione all'effetto finale, afferma il perugino, mandante e mandatario sono obbligati *ex uno et eodem facto numero* ogni volta che l'illecito commesso dall'esecutore corrisponda al *nomen delicti* oggetto dell'incarico del *mandator*, rispondendo il primo quale *causa immediata* e il secondo *ratione mandati*; se, invece, il *nomen delicti* non può essere il medesimo per i due complici (come nel caso di mandato a commettere adulterio o di chi dà incarico ad un servo altrui di commettere un reato, rispondendo il *mandans* di *delictum corruptionis* e il servo dell'illecito realizzato), allora non rispondono più dell'*idem et unum delictum* ma le responsabilità si differenziano⁴³.

La ricostruzione di Baldo ha il merito di fondare l'unicità del reato su *rationes* che non si limitano agli aspetti fenomenici dell'effetto o del fine raggiunto, ma rinviano a criteri sostanziali generali nella descrizione dei *delicta*: il ricorso alla tripartizione in *esse* (l'essenza rappresentata dalla consumazione o dal tentativo se previsto dalla legge), *nomen* (la qualificazione giuridica di un'azione come penalmente rilevante in virtù dell'*impositio nominis* prerogativa della *potestas legis*) e *qualitates* (riferite a profili sostanziali o accidentali, soggettive od oggettive) per spiegare le condizioni di identità tra le azioni dei due complici dimostra non solo la profondità speculativa di Baldo, ma anche la necessità scientifica di uno strumentario teorico che analizzi la *substantia delicti* più che l'empirica casistica⁴⁴. Tale *doctrina* non è un mero esercizio di stile; dalla *regula* per cui *delictum mandantis et mandatarii est unum et idem* discende tutta la concreta disciplina, sostanziale e processuale, della fattispecie, con un ventaglio di ricadute pratiche che incidono profondamente sui diritti dei soggetti, l'andamento del giudizio, l'irrogazione della pena. Le *opiniones* di Saliceto e Baldo, *auctoritates* richiamate con frequenza nella letteratura successiva⁴⁵, non sono tuttavia la sola opzione elaborata per sostenere l'unicità del delitto nel mandato. Altri giuristi preferiscono ricorrere all'*argumentum a correlativis* per giustificare logicamente la *mutua relatio* che stringe l'agire dell'ideatore e del sicario. «Mandans et mandatarius proculdubio sunt

⁴⁰ Bartolomeo da Saliceto, *In VII, VIII et IX Codicis Libros Commentaria*, pars quarta, Venetiis 1586, in C. 9.2.5, *l. non ideo minus, de accusationibus et inscriptionibus*, n. 27, f. 190ra-b: «Possumus probabiliter dicere quod obligationes sunt diversae numero, quia et personae numero sunt diversae. Sed quia obligationes illae oriuntur ex eodem facto, et de eodem facto puniuntur uterque, (...) ideo illo respectu dico idem delictum nomine, et diffinitione, et per consequens numero, licet qualitate diversum».

⁴¹ Baldo degli Ubaldi, *In VII...XI Codicis libros Commentaria*, Venetiis 1577, in C. 9.2.5, *l. non ideo minus, de accusationibus et inscriptionibus*, n. 5, f. 210va.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ivi*, n. 7, f. 210va.

⁴⁴ Sull'importanza del percorso dottrinale che porta allo studio di *substantia* e *qualitates* come elementi costitutivi del *delictum* e all'elaborazione di una teoria generale del reato, sia consentito rinviare a M. Pifferi, *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la "parte generale" di diritto penale*, Milano 2006, specie pp. 134-143 e 169-226.

⁴⁵ Cfr., per es., A. Gambigioni, *Tractatus de maleficiis*, cit., § *Et Sempronium mandatore*, n. 25, pp. 141-142; L. Carerio, *Practica nova causarum criminalium*, Lugduni 1569, § *Circa*, n. 116, f. 89rb; P. Farinaccio, *Praxis et theoriae criminalis amplissima Pars Quarta*, cit., *tit. de consultoribus, etc.*, Quae. 135, pars III, n. 146, p. 525.

correlativa, sicut dominus et procurator, pater et filius, uxor et maritus, actor et reus, et ideo secundum naturam correlativorum posito uno ex eis, necessario ponitur et aliud, sic et destructo uno, destruitur et aliud»⁴⁶: la *natura correlativorum* diviene, nel *Tractatus deciano*, la base logica per fondare l'osmosi giuridica tra l'agire del *mandator* e del *faciens*. L'analogia con altre situazioni binarie, dove il diritto presuppone e regola facoltà, obblighi e prerogative della coppia comprensiva delle due polarità, rafforza la configurazione del mandato a delinquere come fattispecie che compone unitariamente i due comportamenti antigiuridici sottostanti, temporalmente e materialmente separati ma logicamente e giuridicamente confluenti in un'unica entità⁴⁷.

L'argomento ha un buon successo nei criminalisti del Cinquecento, offre una solida legittimazione discorsiva per rispondere alla pratica necessità di non lasciare impuniti i mandanti. La controversa regola per cui la norma statutaria che punisce il *facientem delictum* non si estende al mandante, subisce una *limitationem* certa in caso di correlativi, «cum lex quantumcunque poenalis et odiosa, et per consequens restringenda, loquens in uno ex correlativis, extendatur ad reliquum, maxime quando eadem ratio militat in utroque correlativorum»⁴⁸. Farinaccio coglie le potenzialità dell'*argumentum a correlativis*, che «in iure est valde potens et utile, proceditque constructive et destructive», per risolvere nel modo più severo e repressivo, ovvero con la punizione dell'ideatore, i problemi interpretativi del mandato. Poggiandosi sulle tesi di Deciani e di Sambiase il criminalista romano può costruire il suo *consilium* parificando, quanto alla pena ed agli effetti giuridici connessi, i due complici, poiché «in terminis mandantis et mandatarii, ut ex natura correlativorum, dispositam in uno censeatur etiam dispositum in alio»⁴⁹.

Questo sembra l'aspetto più interessante della complessa e ricorrente elaborazione teorica del *mandatum* nella criminalistica tardo medievale: lo sforzo della *scientia iuris* nell'individuazione di un argomento convincente per parificare il *mandans* al *faciens* è la testimonianza dell'impegno dell'apparato repressivo nel perseguire i veri responsabili dei crimini, gli ideatori nascosti, i mandanti occulti che utilizzano i sicari per imporre le proprie regole di violenza eludendo la giustizia pubblica. L'*idem delictum* rappresenta una nozione che, per le ricadute processuali e sostanziali, agevola la punibilità del mandante sulla base di un interesse pubblico prevalente⁵⁰.

Già a fine Trecento Gandino, con una tesi poi spesso ripetuta, ritiene più giusta una pena maggiore per il mandate poichè delinque due volte, sia verso il mandatario che

⁴⁶ T. Deciani, *Tractatus criminalis*, cit., lib. IX, cap. XXXIII *Quomodo Mandans et Mandatarius sint correlativa*, n. 1, p. 429. L'immagine dei *correlativa* è ripresa alla lettera in L.M. Sinistrari, *De delictis et poenis tractatus absolutissimus*, Romae 1754, tit. VII *De iniuriis facti*, § VI *Assassinium*, n. 19, p. 408.

⁴⁷ L'utilizzo dei correlativi giuridici acquista importanza nella riflessione metodologica del XVI secolo, tanto che Giovan Battista Sambiase (Ioannes Baptista de Sancto Blasio) scrive un *Tractatus correlativorum singularis*, inserito poi nel tomo XVIII del *Tractatus Universi Iuris*, Venetiis 1584, in cui dopo aver definito che «correlativum nihil aliud est, quam duorum vel plurium adinvicem mutua relatio, vel sic, et brevius, correlativum est duorum vel plurium ultro citroque repraesentativum» (n. 4, f. 261va), raccoglie tutte le *regulae*, i *casus* e le *fallentiae* di *correlativa* giuridici «hincinde sparsim per Doctores tractata» (n. 67, f. 266va).

⁴⁸ P. Farinaccio, *Operum criminalium pars quarta, continens eiusdem tum Consilia, tum Decisiones in prioribus tribus tomis allegatas*, secunda editio, Noribergae 1682, *Consiliorum*, lib. I, Cons. LXXXV, n. 74, p. 487.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ La difficoltà nel consolidare tale opinione è dimostrata dalla quantità di *ampliationes*, *limitationes* e *sublimitationes* con cui Farinaccio tratta la materia, che considera «quaestio valde difficilis et dubia» (Farinaccio, *Praxis et theoriae criminalis amplissimae Pars Quarta*, cit., tit. de consultoribus, etc., *Quae*. 135, pars III, n. 96, p. 518).

induce al crimine, sia verso la vittima⁵¹. In seguito Bartolo sostiene che la *lex poenalis et odiosa* non deve di regola ricevere un'interpretazione estensiva salvo che ciò sia funzionale al *favor Reipublicae*, e pertanto «cum pertineat ad favorem Reipublicae punire maleficia, ad hoc, ut provincia in quiete remaneat (...) poena statuti punientis facientem maleficium, punietur fieri faciens et debet extendi si facit fieri»⁵², poggiando l'interpretazione estensiva che parifica l'istigatore all'esecutore sull'interesse pubblico al perseguimento dei reati. È, tuttavia, nel corso del Cinquecento, quando il *ne delicta remaneant impunita* diviene l'obiettivo preminente della giustizia criminale, che la giustificazione pubblicistica per l'*idem delictum* si fa più pressante⁵³.

Anche nel mandato a delinquere, come in ogni altro illecito, lo stato si aggiunge, infatti, tra i soggetti lesi dall'azione criminosa⁵⁴, che diventano in questa specifica fattispecie tre: vittima, mandatario e *respublica*. Se si considerano separatamente il mandato e il reato consumato, sostiene Deciani, allora è più grave il delitto del mandatario, poiché mentre il mandante può essere spinto da un'ingiuria ricevuta, un desiderio di vendetta, un sentimento di invidia o un speranza di lucro, il sicario è mosso solo dalla speranza di un guadagno o dal desiderio di compiacere l'istigatore, «ergo maius delictum eius, qui nulla offensa vel iniuria aut causa proveniente ab offendendo motus aliquem offendit, quam eius, qui aliqua causa irretitus ab ipso offendendo data mandat offendit»⁵⁵. Se, invece, si considerano *unite* il mandato e il delitto consumato, è il mandante a commettere l'offesa più grave: «Nam atrocitatem iniuriae aestimamus ex obiecto (...) vel ex persona iniuriati vel ex reipublicae offensa, cuius interest delicta remanere impunita (...) et utroque respectu videtur maius delictum mandatum sequuto effectu»⁵⁶. In riferimento al bene giuridico leso ed ai soggetti penalmente tutelati (la persona offesa e lo stato), se il reato è consumato l'azione del *mandans* è *atrocior* poiché, per un verso, la vittima riconosce in lui la vera causa della violenza subita e, per altro verso, la *respublica* gli attribuisce la duplice responsabilità di aver ideato il crimine e indotto l'esecutore, «ergo maius delictum mandantis, qui duos offendit, et duos cives perdit, quam mandatarii, qui unum»⁵⁷.

⁵¹ A. Gandino, *Tractatus de Maleficiis* (qui letto in un'edizione stampata a Venezia, apud Franciscum de Franciscis Senensem, 1578, che raccoglie anche i *tractatus* di Gambiglioni e dello pseudo Vitalini), n. 12, f. 320rb: «Sed quis eorum magis peccat? Respondeo mandans, quia autor est peccati, quia ipse peccat in se, et alium peccare facit, et imo acerbius puniendus est quam si propriis minibus offendisset».

⁵² Bartolo da Sassoferrato, *In tres posteriores libros Codicis commentaria*, Venetiis 1590, in C. 11.48.7, *l. quemadmodum, de agricolis etc.*, n. 4, f. 38rb.

⁵³ Cfr. R. 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", (1984), pp. 577-595.

⁵⁴ Sull'emersione della *respublica* come parte offesa dai *delicta* in età comunale, cfr. 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 ed ora in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., pp. 73-110; M. Vallerani, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna 2005, specie il cap. I, pp. 19 ss.; S.R. Blanshei, *Crime and Law Enforcement in Medieval Bologna*, in "Journal of Social History", 16 (1982), pp. 121-138.

⁵⁵ T. Deciani, *Tractatus criminalis*, cit., lib. IX, cap. XXXII *Mandans quando sub statutis comprehendatur*, n. 4, p. 426

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*. Il mandante, sostiene Dietrich (P. Dietrich (Theodoricus), *Judicium Criminale Practicum*, Jenae 1671 [rist. an. Goldbach 1996]), c. I *Delictorum generalia continens*, *Aphor. XXVII*, nn. 10-11, pp. 83-84), deve essere considerato come il *principalis delinquens* tanto «respectu Reipublicae», poiché «duplex delictum continens», quanto «ex parte privati offensi» poiché «cum in obscuro non sit, mandatarium non odio proprio, sed mandantis alieno, tertium illum offendisse, utique etiam hanc offensam tanquam a mandante

L'utilizzo dell'*argumentum a correlativis* nella criminalistica del tardo medioevo può, dunque, essere letto come il tentativo di sostenere, attraverso un artificio dialettico che si somma alla finzione del *mandans faciens interpretative*, l'*opinio* più severa in virtù della quale la *vexata quaestio* sui rapporti tra mandante e mandatario è risolta nel senso della completa parificazione⁵⁸. Non a caso, infatti, le teorie dell'*idem delictum* circola nella scienza giuridica europea del XVI e XVII secolo, in opere a carattere sia teorico sia pratico, invocata da parte di coloro – per esempio Farinaccio, Claro, Gomez, Carpzov – che appoggiano un inasprimento del sistema processuale e sanzionatorio.

4. Finalità pratiche e consuetudini di giudizio

La prima logica conseguenza della tesi 'unitaria' nella fattispecie concorsuale riguarda la possibilità di applicare ai complici la medesima legge e di punirli con la medesima pena. Altro *topos* ricorrente della *doctrina mandati* riguarda, infatti, i criteri interpretativi della norma penale: in diritto comune è pacifico che il mandante sia ricompreso nel testo di una norma criminale⁵⁹; per quanto riguarda la previsione statutaria, invece, se essa prevede che sia punito un certo *delictum* ed è dunque formulata *in rem*, per l'*opinio* prevalente comprende anche il mandante; se invece i *verba statuti* puniscono soltanto il *facientem* e sono dirette *in personam*, usando espressioni come *si quis tale quid fecerit propriis manibus*, o *personaliter*, o *per se ipsum*, allora non dovrebbero applicarsi anche a chi *facit per alium*. Interessa qui sottolineare le due opposte ragioni, garantistica o pubblicistica, che muovono le controverse interpretazioni sul punto.

Chi sostiene la riferibilità dello statuto penale *in personam* solo ed esclusivamente alla *persona facientis* utilizza, infatti, questo argomento per escludere la sanzionabilità del mandante, o tutt'al più per ammettere una pena minore, *extra ordinem*: in questa direzione, annota Agostino Bonfranceschi, sembra muoversi la *communis opinio dei modernorum*⁶⁰. Chi,

principaliter profectam laesus magis ad animum sibi revocabit quam mandatarii ad eam praebitum ministerium».

⁵⁸ La utilizza, per es. B. Carpzov, *Practica Nova Saxonica Rerum Criminalium*, cit., pars I, *Quae. IV*, nn. 4-5, p. 28: «Cumque mandans et mandatarius procul dubio sint correlata (...) ideo secundum naturam correlativorum, posito uno ex iis, necessario ponitur et alterum (...) Obque id homicidio secuto, delictum mandans et mandatarii fere unum et idem est»; cfr. anche L.M. Sinistrari, *De delictis et poenis*, cit., tit. VII *De iniuriis facti*, § VI *Assassinium*, n. 19, p. 408.

⁵⁹ In questo senso, solo a mo' di esempio, cfr. I. Menochio, *De arbitrariis iudicium, quaestionibus et causis, centuriae sex*, Genuae 1690, lib. II, Cent. IV, *Casus 353*, n. 2, p. 640: «quando poena a iure communi est indicta contra delinquentem, tunc illamet dicitur etiam indicta mandanti».

⁶⁰ La distinzione tra *lex in rem* e *in personam* è già in Bartolo (*In Secundam Digesti Novi Partem Commentaria*, cit., in D. 47.10.17.2, *de iniuriis et famosis libellis, l. sed si unius permissu*, § *servus meus*, n. 5, f. 132ra) e verrà poi costantemente riproposta; cfr. per es. B. Saliceto, *In VII, VIII et IX Codicis Libros Commentaria*, cit., in C. 9.2.5, *l. non ideo minus, de accusationibus et inscriptionibus*, n. 27, f. 190ra-b; A. Gambiglioni, *Tractatus de maleficiis*, cit., § *Et Sempronium mandatorem*, n. 30, p. 144; Panormitano, *Commentaria in Quartum et Quintum Decretalium Librum*, cit., in VI. 5.39.6.1, *de sententia excommunicationis, c. mulieres*, nn. 9-10, f. 214ra; E. Bossi, *Tractatus varii, qui omnem fere criminalem materiam excellenti doctrina complectuntur*, Venetiis 1566, tit. *de poenis*, n. 14 in fi., p. 280. Su tale interpretazione restrittiva della costituzione fridericiana *Qui literas* da parte di Matteo D'Afflitto, cfr. M.N. Miletti, *Ermeneutica del ius municipale nella giurisprudenza napoletana d'età moderna*, in C. Storti (cur.), *Il ragionamento analogico. Profili storico-giuridici*, Napoli 2010, specie pp. 305-310. Tra i *moderni* che aderiscono a tale opinione cfr. per es. B. Cipolla, *Consilia criminalia*, Venetiis 1555, *Cons. XXXIV*, n. 40, p. 86 e *Cons. XXXVII*, n. 11, ff. 91vb-92ra, dove il giurista veronese sostiene che l'equiparazione non si ha «quando lex loquitur personaliter»; su tale *consilium* cfr. ora M.G. Di Renzo Villata, *Bartolomeo Cipolla*

invece, sostiene che anche in questa ipotesi il mandante ricada nella fattispecie, fa leva sul *terribile argumentum* dell'interesse pubblico alla punizione dei malfattori «quod licet lex poenalis non sit extendenda, tamen si extenditur in favorem publicum, talis lex debet extendi sicut lex favorabilis, et ideo cum intersit reipublicae, purgare civitatem malis hominibus (...) lex vel statutum puniens delinquentem, extenditur ad mandatum»⁶¹. Tale rigorosa lettura si impone lentamente, per consuetudine, nella pratica processuale in modo da rispondere ad esigenze politiche, tanto che già Gandino la considera *communis opinio* «et ita communiter observatur»⁶². Il conflitto tra le ragioni d'opportunità impostesi nella prassi e la più corretta soluzione teorica suggerita dai comuni canoni interpretativi risulta evidente nelle pagine dei criminalisti del Cinquecento: «certe si statuta receperunt talem interpretationem a consuetudine, minime sunt mutanda», afferma Claro riconoscendo il peso della *practica*, ma subito precisa che «circumscripita consuetudine, opinio Bartoli proculdubio est magis communis (...) et ideo non esset ab ea in iudicando, aut consulendo recedendum»⁶³. Affiora l'amarezza di chi non può non riconoscere l'eccezionalità della tesi, fondata su una forzatura difficilmente giustificabile sul piano teorico ma dotata di un'evidente forza politica; la lettura estensiva comprende nel verbo *facere* anche il mandante «abusive et improprie»⁶⁴ – riconosce Deciani –, ma ciononostante si è imposta come regola prevalente.

Non deve stupire, dunque, che nelle *practicae criminales* o nella letteratura consiliare del XVI secolo i giuristi cerchino di sostenere l'una o l'altra opinione come *magis communis* assecondando la prassi locale o la strategia più conveniente nella specifica controversia di cui discutono. In pieno Cinquecento, in un caso di supposta diffamazione⁶⁵, Agostino Lazzarini redige un parere favorevole all'accusato basando la sua motivazione sulla lettura restrittiva della responsabilità del mandante, rivendicata come la *communis sententia*. La *lex de famosis libellis* e la *lex Cornelia de sicariis* «loquuntur in personam» e pertanto non possono applicarsi all'imputato «qui non scripsit nec affixit tabellam, de qua agitur, sed tantum mandavit»; se, infatti, la *lex* o lo statuto «loquitur, non in rem, sed in personam, tunc mandans sub eo non comprehenditur»⁶⁶. Il *consilium* opposto di Farinaccio, *pro fisco*, disapprova tale interpretazione perché si tratta di una *dispositio legis*, non statutaria, e pertanto comprende sempre anche il *mandans*, sia essa *in rem* o *in personam*; ma soprattutto la critica perché il *fundamentum* che limita l'irrogazione della pena al solo caso di norma *in rem* è ormai superato da una consuetudine abrogativa, tanto che «quicquid sit de iure, contrarium de consuetudine servatur, secundum quam sive dispositio loquatur in rem sive

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. 28-32.

⁶¹ Agostino Bonfranceschi da Rimini, *Additiones in Gambigliani, Tractatus de maleficiis*, cit., § *Et Sempronium mandatorem*, pp. 146-147.

⁶² A. Gandino, *Tractatus de maleficiis*, cit., *tit. de transactionibus et pactis in maleficiis*, n. 26, f. 318ra.

⁶³ G. Claro, *Liber V*, cit., § *Finalis Practica Criminalis, Quae. LXXXIX*, n. 2, p. 409.

⁶⁴ T. Deciani, *Tractatus criminalis*, cit., lib. IX, XXXII *Mandans quando sub statutis comprehendatur*, n. 7, p. 427.

⁶⁵ Si tratta di un processo intentato da un abate, già condannato per aver indotto alcuni testimoni ad una falsa deposizione a suo favore contro un nobile fiorentino, contro lo stesso nobile, reo a suo avviso di averlo diffamato facendo affiggere in chiesa, in pendenza d'appello, un'immagine *ex voto* del processo subito, con una scritta riferita alle false accuse commissionate dall'abate; i pareri di vari giuristi sono raccolti in P. Farinaccio, *Consiliorum*, lib. I, cit., *Consil. XXX*, pp. 157 ss).

⁶⁶ Agostino Lazzarini, *Responsum*, in P. Farinaccio, *Consiliorum*, lib. I, cit., *Consil. XXX*, n. 50, p. 162.

in personam, semper verificatur etiam in mandantem»⁶⁷.

Il dilemma sembra insolubile e la soluzione concreta finisce spesso per essere rimessa all'*arbitrium iudicis*, nel tentativo di bilanciare la logica sistematica di impronta dottrinale con la spada della *potestas* sovrana ormai definitivamente votata al *ne delicta remaneant impunita*. Affermare che la legge della città *in personam* non si applica al mandante, non significa infatti, almeno nel Cinquecento, sostenere che questi debba essere assolto. Certo, spiega Menochio, quando lo statuto «praeter ius commune poenam delicti augens, personaliter de ipso faciente loqueretur (...) tunc nec vere, nec interpretative statutum comprehendit mandantem»; il mandante, però, dovrà sottostare alla pena, normalmente inferiore, dello *ius commune* qualora prevista, oppure ad una pena rimessa all'arbitrio del giudice⁶⁸.

Le potenzialità applicative della tesi che assume il mandante responsabile tanto quanto il mandatario, o per via interpretativa o per *idem delictum*, divengono nella criminalistica del Cinquecento numerose, spesso oggetto di controversie teoriche ma comunque accomunate da una *ratio* condivisa: l'ideatore, l'istigatore, la mente del misfatto che alimenta la violenza entro la comunità, sfrutta la sua autorevolezza di *status* per coinvolgere nella realizzazione delle proprie personali vendette bravi, sbirri, sicari senza scrupoli, non può restare impunito. Più il fenomeno del crimine su commissione si diffonde endemicamente ed è difficile da debellare, più la *scientia iuris* e la *practica* escogitano *interpretationes*, eccezioni, *regulae* idonee a fronteggiare il pericolo di un incontrollato e distruttivo uso della violenza per alimentare faide nobiliari e contadine⁶⁹.

⁶⁷ P. Farinaccio, *Consiliorum*, lib. I, cit., *Consil. XXX*, n. 75, p. 165. Un terzo argomento proposto dal giurista romano a favore dell'applicabilità della legge si basa sulla *eadem sive maior ratio* che nella *lex unica de famosis libellis* (C. 9.36) mira a punire anche il mandante, «quia stante identitate rationis, non dicitur fieri extensio seu interpretatio de casu ad casum, sed vere ac proprie dicitur ille casus sub dispositione comprehensus». Sempre Farinaccio, affrontando nella *Praxis et theoriae criminalis* la stessa materia *ex professo* senza la necessità di esprimere un parere, afferma come *regula* quella per cui «mandans non comprehendatur sub lege seu statuto puniente delinquentem personaliter» (*Praxis et theoriae criminalis amplissimae Pars Quarta*, cit., *tit. de consultoribus, etc.*, Quae. 135, pars III, n. 117, p. 421), ma la sottopone poi a quindici *limitationes* (nn. 119-148, pp. 421-426) che di fatto ne riducono enormemente la portata ammettendo svariate eccezioni di carattere generale, come quella, per es. secondo cui «mandans comprehendatur sub statuto quando statuti ratio, finis, commodum et effectus respicit ipsum mandantem» (n. 131, p. 523).

⁶⁸ I. Menochio, *De arbitrariis iudicium*, cit., lib. II, Cent. IV, *Casus 353*, n. 18, pp. 641-642. Diverso, naturalmente, il caso in cui sia lo stesso statuto a equiparare esplicitamente la pena per mandante e mandatario, come nel caso dello statuto di Ferrara o delle Nuove Costituzioni milanesi; sul punto cfr. C. Danusso, *La compartecipazione criminosa nel pensiero di Jacopo Menochio*, in A. Padoa Schioppa, G. di Renzo Villata, G.P. Masetto (curr.), *Amicitiae Pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, vol. I, Milano 2003, specie p. 687; G. Napodano, *La dottrina del concorso dei delinquenti nella Storia del Diritto Penale*, in A. Chauveau e F. Hélie, *Teorica del Codice Penale*, vol. I, parte prima, Napoli 1895, Appendice I, pp. 373-374, e P. Rasi, *L'auxilium ad homicidium committendum secondo il Cipolla*, in *Studi di storia e diritto in memoria di Guido Bonolis*, vol. II, Milano 1942, pp. 97-108, con riferimento ai *consilia* di Cipolla sull'interpretazione dello statuto di Feltre.

⁶⁹ Per una rappresentazione chiara, quale emerge dalle carte processuali, della fitta rete di complotti, omicidi su commissione, faide nobiliari, sicari al servizio delle vendette trasversali dei clan, contro cui cerca faticosamente di imporsi la giustizia 'centrale' del potere pontificio nella Bologna dei secc. XVI-XVII, cfr. ora G. Angelozzi, C. Casanova, *La giustizia criminale in una città di antico regime. Il tribunale del Torrione di Bologna (secc. XVI-XVII)*, Bologna 2008, per es. con riferimento all'omicidio su commissione del sottouditore Pungelli (pp. 525 ss.) o al processo contro il clan dei Casali, notabili dell'appennino bolognese, e contro la congregazione di macellai bolognesi, in cui emerge un quadro complesso di omicidi su mandato (pp. 604 ss). Diffusa era anche la prassi di dare incarico di commettere omicidio ad un familiare (si pensi, per es., alla novella nona della seconda giornata del *Decameron*, in cui Bernabò dà

La tesi identitaria non costituisce altro che la necessaria premessa teorica per risolvere poi una serie di questioni pratiche, finalizzate a facilitare la procedibilità e la punizione del mandante. Un primo aspetto riguarda la possibilità di procedere contro i complici nello stesso *libellus*. Sostenere, infatti, che il mandante sia responsabile del delitto *propter mandatum* e non *ex mandato* è, afferma Claro, una conclusione di *maxima utilitas*, poiché «sufficit quod in inquisitione vel accusatione ponatur locus et tempus secuti homicidii, absque eo quod ponatur locus et tempus mandati»⁷⁰. Nello stesso senso, spiega Carerio, «quando ex eodem facto tenentur», ideatore ed esecutore «uno et eodem libello accusari pussunt cum unum sit delictum numero» e possono essere condannati insieme anche se le accuse sono state formulate in tempi diversi⁷¹. Il più spinoso problema processuale riguarda, tuttavia, la possibilità di procedere *contra mandantem* anche nel caso in cui *non constet de mandatario*. Anche in questo caso, non difficile da immaginare nell'ipotesi di un abile sicario che fa perdere le proprie tracce dopo il delitto, la tendenza dei criminalisti nel Cinquecento va nella direzione della massima flessibilità di rito e dunque della perseguibilità dell'ideatore. Occorre però vincere un'autorevole *opinio* contraria che si richiama ad un parere di Baldo, in cui si afferma che se i testimoni non provano l'omicidio, non possono neppure provare «aliquid eius accessorium, puta opem auxilium, vel mandatum»⁷², e ad uno di Pietro d'Ancarano, nel quale il giurista marchigiano afferma la regola per cui «si non constat de delicto principalis non potest procedi contra alios ut auxiliantes»⁷³.

Tale tesi è riproposta ancora nel XVI secolo, nei *Tractatus* di Bossi e nei *consilia* di Ippolito Marsili, il quale, però, in un inciso mostra di dubitare della sua fondatezza: «Et vere ista videtur mihi nova practica nullam habens rationem in se qua de iure procedere non potest eo quia si non constat de principali delinquente et de vero homicida non potest procedi contra mandantem»⁷⁴. Regola garantistica, certamente, che tuttavia, obbligando ad assolvere il mandante conosciuto per l'impossibilità di raccogliere prove a carico del mandatario ignoto, lega troppo le mani al giudice, tant'è che nella seconda metà del Cinquecento si consolida un argomento contrario. Lo riferisce Claro, richiamando un *consilium* di Marco Antonio Natta⁷⁵, e lo spiega chiaramente Deciani. Il giurista udinese

mandato ad un «suo famigliare di cui molto si fidava» di uccidere per gelosia la moglie Ginevra), provocando così ulteriori problemi giuridici per la comunicabilità di specifiche qualità personali tra i complici. Sul faticoso controllo della violenza interna alle comunità da parte del pubblico potere cfr. C. Gauvard, *Violence et ordre public au Moyen Age*, Paris 2005.

⁷⁰ G. Claro, *Liber V*, cit., § *Finalis Practica Criminalis, Quae. LXXXIX*, n. 3, p. 409.

⁷¹ L. Carerio, *Practica nova causarum criminalium*, cit., § *Circa*, n. 118, f. 89va.

⁷² Baldo degli Ubaldi, *Consiliorum sive responsorum*, vol. I, Venetiis 1575 (rist. an. Torino 1970), *Cons. CCLIX*, n. 6, f. 76ra.

⁷³ Pietro d'Ancarano, *Consilia sive iuris responsa*, Venetiis 1568, *Cons. 216*, n. 5, f. 116ra.

⁷⁴ I. Marsili, *Consilia*, Venetiis 1573, *Cons. XLIX*, n. 11, p. 379; l'opinione di Ancarano è riportata adesivamente anche in *Cons. L*, n. 19, p. 399; *Cons. LXIX*, n. 5, p. 535; *Cons. LXXXI*, n. 29, p. 618; *Cons. CX*, nn. 23-24, p. 775. Nello stesso senso cfr. L. Carerio, *Practica nova causarum criminalium*, cit., § *Circa*, n. 89, f. 86va, e E. Bossi, *Tractatus varii*, cit., *tit. de delicto*, n. 38, f. 4va e *tit. de mandato ad homicidium, consilio, et instigatione*, n. 2, f. 160vb: «si procedatur contra mandantem, prius debet constare de mandatario (...) imo amplius si testes deponant de mandante, nihil probant, nisi etiam etiam deponant de homicida in specie».

⁷⁵ M.A. Natta, *Consiliorum ac responsorum*, Lugduni 1559, vol. II, *Cons. CCCCXXII*, n. 7, f. 232vb: «non fuit necesse quod persona mandatarii nominaretur, seu designaretur in inquisitione, tum quia non requiritur, quod nominetur persona, qua mediante delictum fuit commissum, quando ignoratur, quae sit (...) et mandatarius est huiusmodi per quam delictum committitur, tum etiam quia persona offensi, et in quam

sostiene che Marsili abbia male interpretato il passo dell'Ancarano su cui fa poggiare il *totum fundamentum* della sua *opinio*, «quia non dicit ibi Petrus quod non possit procedi contra auxiliantes, nisi constet de nomine principalis, sed dicit, nisi constet de delicto principalis, vult ergo, quod constet de qualitate delicti principalis, ut possit procedi contra auxiliantes, non autem requirit quod constet de nomine»⁷⁶.

La diversa lettura è il punto essenziale per risolvere la *quaestio* ed è costruita sulla distinzione sostanziale tra conoscenza del nome del mandatario e accertamento della sussistenza di un delitto. Il discrimine è rappresentato dalla presenza della *qualitas delicti principalis*, cioè dal profilo relativo alla *substantia* dell'illecito, bussola capace di orientare l'interprete meglio di un dato estrinseco quale il *nomen* dell'esecutore⁷⁷. Sarebbe illogico condizionare la procedibilità nei confronti del mandante non al dato giuridico del reato commissionato, perfezionato nei suoi *elementa* costitutivi, ma alla notorietà del nome dell'esecutore, ininfluenza ai fini della dinamica delinquenziale che la fattispecie complessa del *mandatum* tende a punire. Per questo motivo, più correttamente Deciani distingue varie ipotesi: nel caso in cui il giudice voglia «inquirere de mandato tantum separato a delicto»⁷⁸, poiché il «mandatum solum pro perfecto et consummato delicto habetur»⁷⁹ senza bisogno di attendere il suo effetto, è del tutto irrilevante conoscere chi sia il mandatario. Nel caso, invece, si proceda contro il mandante *propter mandatum*, allora ciò che occorre senza dubbio *constare* è la commissione dell'illecito fine, sia che si ignori il nome dell'esecutore sia che lo si conosca⁸⁰. È sempre la relazione correlativa tra i due correi che giustifica l'estensione ad entrambi delle *qualitates* inerenti al delitto, «quia qualitas quae inest delicto commissio per mandatarium, aggravat pariter vel minuit delictum mandantis, cum sit unum et utriusque delictum»⁸¹.

La *fictio* che equipara mandante e mandatario *interpretative*, così come l'impiego

delictum committitur, non debet nominari, ubi non cognoscitur».

⁷⁶ T. Deciani, *Tractatus criminalis*, cit., lib. IX, cap. XXXIII *Quomodo Mandans et Mandatarius sint correlativa*, n. 2, p. 429.

⁷⁷ Il ragionamento dell'udinese mostra tutta l'ambiguità e la polifunzionalità del vocabolo *qualitas*, utilizzato qui come sinonimo di *substantia* del delitto principale; in altri passi del *Tractatus* il termine è impiegato invece per indicare le circostanze accidentali del fatto o le caratteristiche soggettive dei compartecipi.

⁷⁸ T. Deciani, *Tractatus criminalis*, cit., lib. IX, cap. XXXIII *Quomodo Mandans et Mandatarius sint correlativa*, n. 2, p. 429.

⁷⁹ Ivi, lib. IX, cap. XXXII *Mandans quando sub statutis comprehendatur*, n.11, p. 428.

⁸⁰ Ivi, lib. IX, cap. XXXIII *Quomodo Mandans et Mandatarius sint correlativa*, n. 2, p. 429: «Aut constat occisum fuisse, sed ignoratur nomen mandatarii, et tunc poterit inquiri, (...) Aut vero non ignoratur nomen mandatarii, et tunc puto inferendum esse in inquisitione nomen mandatarii: posset enim esse, quod mandasset Titio, et tamen non Titius, sed Seius occidisset alieno vel suo ipsius nomine, ideo cognito, et expresso nomine executoris, facilius veritas apparebit». Sul punto, che riprende una precedente partizione di Bartolo, cfr. anche A. Laingui, *La théorie de la complicité dans l'ancien droit penal*, in "The Legal History Review", XLV (1977), pp. 40-41.

⁸¹ Ivi, n. 3, p. 429. Sul più generale problema della trasmissibilità delle *qualitates* personali o del delitto tra mandante e mandatario, una delle questioni più complesse su cui lavora la *scientia iuris*, sia consentito rinviare a M. Pifferi, *Generalia delictorum*, cit., pp. 447-451; cfr. anche A. Marongiu, *Concorso di persone nel reato (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano 1961 p. 566. È bene ribadire che tra le qualità comunicabili non rientra l'*animus* dei complici, doloso o colposo, che deve essere valutato autonomamente in ciascun individuo come *quaestio facti* non risolvibile con i *correlativa*; sul punto cfr. G. Speciale, *Alteri ad delictum praebuit occasionem. A proposito di mandatum e consilium: voci dal discorso sulla responsabilità*, estr. da *Studi per Giovanni Nicosia*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania, Milano 2007, in particolare p. 26.

dell'*argumentum a correlatiuis* per ricondurre la fattispecie ad un *unicum delictum*, sono ormai accettati dalla dottrina cinquecentesca come *opinio magis communis* che, grazie anche ad un consolidato *usus iudicandi*, trova una fedele corrispondenza nella prassi dei tribunali. La tendenza dell'intero sistema criminale del XVI secolo va nella direzione di un'equiparazione sostanziale tra mandante e mandatario come soluzione interpretativa dominante per una serie di questioni dubbie, controversie esegetiche, conflitti giurisprudenziali. L'*idem delictum* rappresenta un'invenzione teorica che corrisponde perfettamente alle politiche criminali dell'epoca, facilitando la perseguibilità del mandante, la sua punizione, la comunicabilità tra i complici di una serie di circostanze aggravanti: in termini di formulazione dell'accusa, elusione di ostacoli procedurali⁸², imputabilità dell'*excessus mandatarii* anche al mandante⁸³, la finzione medievale gradualmente diviene *communiter observata*. È proprio questo artificio teorico su cui si è costruita una severissima *consuetudo* di giudizio il bersaglio delle critiche della penalistica post beccariana: anche se spesso l'esito non è diverso nel *quantum* della pena, tuttavia l'astrazione dell'*unum delictum* diviene un'insopportabile gabbia teorica. In base ai nuovi principi di legalità, colpevolezza, responsabilità personale, materialità dell'offesa, non più conciliabili con la *fictionem* medievale, la fattispecie del mandato a delinquere deve essere destrutturata e rifondata su nuove logiche punitive. Il problema non è più quello di inventarsi la forma di un delitto unico, ma di spiegare con un linguaggio rinnovato le ragioni dell'intreccio di responsabilità e causalità tra mandante e mandatario.

⁸² In questo senso, per es., Claro afferma compiaciuto che la regola per cui, quando si procede contro l'*auxiliantem*, «debet primo in processu constare principalem deliquisse aliter quam ex ipsius contumacia» poiché la contumacia dell'autore principale non può nuocere al complice, non è ormai più rispettata nella sua provincia, tanto che dopo la condanna contumaciale del *principalem*, o addirittura anche senza la sua condanna, «semper proceditur contra auxiliatores, nulla facta distinctione, an aliter quam per contumaciam constet principalem delictum ipsum commisisse, et est iudicio meo optima practica» (*Liber V*, cit., § *Finalis Practica Criminalis, Quae*. XC, n. 6, p. 411). Sulla possibilità di condannare l'assassino *per coniecturas* in base a *probabilia argumenta* cfr. I. Rosoni, *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Milano 1995, pp. 199-200, e, con riferimento al pensiero di Antonio De Ballis jr., R. Sorice, «...*Quae omnia bonus iudex considerabit...*». *La giustizia criminale nel Regno di Sicilia (secolo XVI)*, Torino 2009, pp. 168-169.

⁸³ Anche su questo tema le *distinctiones* dei giuristi sono sofisticate, valutano lo strumento usato, la prevedibilità dell'eccesso, il fine, le parole utilizzate per dare l'incarico ecc.; spesso il problema è risolto con la pena minore per il mandante rimessa all'arbitrio del giudice, ma sulla scia di una parificazione ormai senza freni, alcuni, come Gomez, arrivano a sostenere «quod mandans, et mandatarius teneantur poena mortis» (A. Gomez, *Variarum resolutionum iuris civilis, communis, et regii commentaria*, vol. III *de delictis*, Neapoli 1718, c. III *de homicidio*, n. 18, p. 76).