

## «ISTE CASUS EST FORTIS ET DURUS». DOLO E COLPA IN UN *CONSIGLIO DE TORTURA DI EGIDIOLo CAVITELLI († 1419)*

«ISTE CASUS EST FORTIS ET DURUS». *MALICIOUS INTENT AND FAULT  
IN A CONSLIUM DE TORTURA BY EGIDIOLo CAVITELLI († 1419)*

Ettore Dezza

Professore Emerito Università degli Studi di Pavia

*Abstract English:* An unpublished *consilium* on the subject of torture by the Cremonese jurist Egidiolo Cavitelli († 1419) allows us to focus on the timing and content of the debate that developed in the legal doctrine of *ius commune* regarding the responsibility of the judge in the event of the death of the *inquisitus* subjected to torture *ad eruendam veritatem*. The subject is dealt with on several occasions by leading jurists, among whom the names of Guido da Suzzara, Iacopo d'Arena, Alberto Gandino, Cino da Pistoia, Bartolo da Sassoferato, Alberico da Rosciate and Baldo degli Ubaldi stand out. Central to this debate is the distinction between cases in which the death of the tortured person is attributable to the fault of the investigator (including *culpa lata*) and those in which the event is of a malicious nature. For the majority of interpreters, only in the latter case must the perpetrator be punished with the edictual penalty, *i.e.* the death penalty provided for by the *Lex Cornelia de sicariis*. When, on the other hand, the responsibility is of a culpable nature, while Guido da Suzzara favours a strict solution, most interpreters believe that the judge responsible for the death of the tortured person must be punished with a *poena extraordinaria* entrusted to the *arbitrium iudicis*. Alongside the perception of malicious intent as *qualitas delicti*, relevant in the present debate appears to be the emergence of the sort of circular process that, in *ius commune* criminal thought, links the subjective elements of the crime to the assessment of the seriousness of the offense and the commensuration of punishment (corporal or otherwise). A further element that characterises Egidiolo Cavitelli's *consilium* is represented by the Cremona jurist's recourse to the principle according to which the performance of an *officium* constitutes a *velamentum criminis*, *i.e.* an element of attenuation or *tout-court* elimination of the agent's criminal liability when he is the holder of a public *officium*. Relatively widespread in the doctrine of the Low Middle Ages, the principle was to be the subject of decisive criticism from the early 16th century onwards, driven by the new humanistic sensibilities.

*Keywords:* Cavitelli, Egidiolo; torture; malicious intent; fault; *culpa lata*; *officium*; *velamentum criminis*.

*Abstract Italiano:* Un inedito *consilium* in materia di tortura del giurista cremonese Egidiolo Cavitelli († 1419) consente di mettere a fuoco i tempi e i contenuti del dibattito

- ❖ Italian Review of Legal History, 10/1 (2024), n. 8, pagg. 215-242.
- ❖ <https://riviste.unimi.it/index.php/irlh/index>
- ❖ ISSN 2464-8914 – DOI 10.54103/2464-8914/26096. Articolo pubblicato sotto Licenza CC-BY-SA.

sviluppatisi nella dottrina giuridica di diritto comune in ordine alla responsabilità del giudice in caso di morte dell'inquisito assoggettato a tortura *ad eruendam veritatem*. Il tema è trattato in più occasioni da giuristi di primo piano, tra i quali spiccano i nomi di Guido da Suzzara, Iacopo d'Arena, Alberto Gandino, Cino da Pistoia, Bartolo da Sassoferato, Alberico da Rosciate e Baldo degli Ubaldi. Centrale in questo dibattito è la distinzione tra i casi in cui la morte del torturato sia imputabile a colpa dell'inquirente (inclusa la *culpa lata*) e quelli in cui l'evento sia di natura dolosa. Per la gran parte degli interpreti solo in quest'ultimo caso il responsabile deve essere sanzionato con la pena edittale, e cioè con la pena capitale prevista dalla *Lex Cornelia de sicariis*. Quando invece la responsabilità sia di natura colposa, mentre Guido da Suzzara propende per una soluzione rigorista, la maggior parte degli interpreti ritiene che il giudice responsabile della morte del torturato debba essere sanzionato con una *poena extraordinaria* affidata all'*arbitrium iudicis*. Accanto alla percezione del dolo come *qualitas delicti*, nel dibattito in oggetto rilevante appare l'emersione di quella sorta di processo circolare che, nel pensiero penale di diritto comune, lega gli elementi soggettivi del reato alla valutazione della gravità del reato e alla commisurazione della pena (corporale o di altra natura). Un ulteriore elemento che caratterizza il *consilium* di Egidiolo Cavitelli è rappresentato dal ricorso da parte del giurista di Cremona al principio secondo il quale lo svolgimento di un *officium* costituisce un *velamentum criminis*, e cioè un elemento di attenuazione o di eliminazione *tout-court* della responsabilità penale dell'agente quando costui sia titolare di un pubblico *officium*. Relativamente diffuso nella dottrina bassomedievale, il principio sarà oggetto di una decisa critica a partire dal primo Cinquecento sulla spinta delle nuove sensibilità di matrice umanistica.

*Parole chiave:* Cavitelli, Egidiolo; tortura; dolo; colpa; *culpa lata*; *officium*; *velamentum criminis*.

Sommario: 1. «...et statim fere mortuus est». – 2. Egidiolo Cavitelli, *discipulus Baldi e doctor famosus*. – 3. Il *consilium de tortura*. – 4. La responsabilità del giudice dal *Tractatus de tormentis* a Baldo degli Ubaldi. – 5. L'oggetto del consulto di Egidiolo. – 6. Un caso capitale. – 7. Dolo e colpa nei casi di *excessus in torquendo*. – 8. Dalla *distinctio* di Iacopo d'Arena alla *quaestio de facto* di Cino da Pistoia. – 9. Dolo, *culpa lata* e pena corporale: *l'opinio Bartoli*. – 10. L'alternativa tra la pena edittale e la pena arbitraria. – 11. «Officium dicitur velamen criminis». – 12. «In dubio debemus absolvere a presumptione doli». – 13. Epilogo.

## 1. «...et statim fere mortuus est».

Tra le frequenti notazioni autobiografiche che emergono dalla lettura delle opere di Bartolo<sup>1</sup> particolarmente conosciuta è quella che riguarda l'incidente di percorso capitato al nume di Sassoferato nel periodo in cui esercitava l'ufficio di *iudex maleficorum* a Todi (o, secondo altre fonti, a Pisa). In occasione di una non meglio precisata *inquisitio* Bartolo aveva deciso di ricorrere alla tortura nei

---

<sup>1</sup> Si veda ora, in argomento, Mari, 2021.

confronti di un imputato di giovane età e apparentemente robusto che però, avviato il truce esperimento, quasi subito era morto<sup>2</sup>. La disavventura ci viene segnalata dal protagonista quasi con *nonchalance* («hoc incidit mihi, quia dum viderem iuvenem robustum, torsi illum, et statim fere mortuus est»), ed è utilizzata da Bartolo per raccomandare che si consideri attentamente, nei casi in cui «iudex torsit aliquem tantum quod mortuus est», se l'evento possa o meno essere imputato a colpa del giudice («an possit iudici imputari culpa»)<sup>3</sup>.

Certo, efferati eventi di tale natura – la morte cioè di coloro che venivano sottoposti a tortura *ad eruendam veritatem* – non dovevano essere del tutto infrequenti, se già se ne occupa negli anni attorno al 1280 quel complesso e articolato testo comunemente citato con la denominazione di *Tractatus de tormentis*. In effetti, gli svariati testimoni a stampa ovvero manoscritti che con differenze spesso non superficiali ci hanno trasmesso questa fonte – peraltro di fondamentale rilevanza per la conoscenza dei meccanismi della giustizia penale sviluppatisi a partire dal XIII secolo – non mancano mai di riportare la *quaestio* che, all'interno del *Tractatus*, viene appositamente dedicata all'argomento<sup>4</sup>.

Sul *Tractatus de tormentis* avremo modo di tornare più volte in seguito. Ciò che invece conviene segnalare fin da ora è il fatto che alcuni decenni più tardi rispetto all'episodio narrato da Bartolo un altro autore ebbe la ventura di imbattersi in prima persona in una vicenda analoga, anche se non come protagonista diretto ma nella veste formalmente neutra di *consiliator*.

Ci riferiamo al giurista cremonese Egidio Cavitelli e a un suo *consilium de tortura* che rappresenta l'oggetto principale del presente contributo.

## 2. Egidio Cavitelli, discipulus Baldi e doctor famosus.

Di statura scientifica ovviamente non paragonabile a quella dei più noti maestri della sua epoca, Egidio Cavitelli fu comunque in vita giurista di buona fama<sup>5</sup>, fama che peraltro col tempo andò scolorendosi, anche (e forse specialmente) per

<sup>2</sup> Fiorelli, 1953-1954, II, pp. 193-194; Lepsius, 2013, p. 177; Mari, 2021, p. 238; Treggiari, 2021, p. 541.

<sup>3</sup> Bartolo da Sassoferato, *In secundam Digesti Novi Partem*, Venezia, Giunta, 1590, *comm. ad D.48.18.7, De quaestionibus*, I. *Quaestio*, f. 179r: «Quaestio. Dicitur hic quaestio modum etc. Simile infra eo. I. de minore, § tormenta [D.48.18.10.3]. Sed quid si iudex torsit aliquem tantum quod mortuus est, I. aut damnum, § i, infra, tit. i [D.48.19.8.1]. Videtur dicendum iudicem teneri. Breviter dico sic. Si iudex excessit modum consuetum et modum qui debebat adhiberi secundum qualitatem personae tortae tenetur, alias secus. Hoc incidit mihi quia dum viderem iuvenem robustum torsi illum et statim fere mortuus est, et ideo inspicendum est an possit iudici imputari culpa et similia, ut dicto contrario et per Cynum in I. Gracchus, C de adulteriis [C.9.9.4]».

<sup>4</sup> Fiorelli, 1953-1954, *ad indicem*; Cortese, 1978, in particolare pp. 224-235; Maffei, 1979, in particolare pp. 51-52; Semeraro, 1999/2001; Semeraro, 2000, pp. 37-44.

<sup>5</sup> Sangaletti, 2014.

la scarsa fortuna editoriale dei suoi scritti che, salvo pochissime eccezioni, non ebbero la buona sorte di approdare a una edizione a stampa<sup>6</sup>.

Nato alla metà del Trecento a Cremona (dove morirà nel 1419), intorno agli anni 1376-79 fu allievo di Baldo a Padova<sup>7</sup>, e come *discipulus Baldi* viene ricordato in una postilla anonima aggiunta al § *Si quis investierit* del primo libro della *Lectura feudorum* del maestro perugino<sup>8</sup>. Una brillante carriera accademica segnala Egidiolo come lettore civilista dal 1379 a Padova e dal 1391 a Ferrara ove – ormai *doctor famosus* – è chiamato con Bartolomeo da Saliceto a illustrare il nuovo *Studium generale*. Più tardi lo ritroviamo a Pavia (all'incirca dal 1395), ove è collega di Baldo, e infine a Perugia a partire dall'anno 1400<sup>9</sup>.

Rimasto sempre strettamente legato alla sua città di origine<sup>10</sup>, poco sappiamo della sua produzione scientifica, che peraltro Bartolomeo da Saliceto e il maestro Baldo degli Ubaldi ebbero in grande considerazione<sup>11</sup>. Gli sono attribuiti alcuni trattati andati perduti, mentre dei numerosi *consilia* da lui composti pochi sono quelli giunti fino a noi o in codici manoscritti ovvero, più raramente, in raccolte a stampa di altri giuristi<sup>12</sup>.

### 3. *Il consilium de tortura.*

Tra i *consilia* di Egidiolo uno in particolare è consacrato al tema della morte della persona assoggettata alla tortura e della connessa responsabilità del giudice. L'esistenza di tale *consilium* era indirettamente nota (ed era stata segnalata a suo tempo da Piero Fiorelli<sup>13</sup>) grazie a una delle corpose *additiones* apposte nel 1477 da Agostino Bonfranceschi da Rimini al *De maleficiis* di Angelo Gambiglioni<sup>14</sup>, *additiones* che – osserva Piero Fiorelli – «sono come un altro trattato che completa e a volte corregge l'Aretino»<sup>15</sup>.

Prendendo spunto dal passo nel quale Gambiglioni tratta appunto della

<sup>6</sup> Napoli, 1979; Treggiari, 2013.

<sup>7</sup> Caprioli, 1977. Nel contributo viene pubblicato un *consilium* di Egidiolo in tema di rescissione, databile all'ultimo decennio del Trecento.

<sup>8</sup> Baldo degli Ubaldi, *In feudorum usus commentaria*, Venezia, Giunta, 1580, f. 34ra: «Hanc refert dominus Giliolus de Cremona discipulus Baldi fuisse additionem Baldi». Aggiungiamo che la postilla in oggetto manca nel primo incunabolo della *Lectura feudorum*, Roma, Antonio e Raffaele da Volterra, 1474 [p. 122], ma compare nel secondo, Parma, Stefano Corallo, 1475, [p. 127].

<sup>9</sup> Napoli, 1979; Treggiari, 2013.

<sup>10</sup> Sangaletti, 2014.

<sup>11</sup> Napoli, 1979.

<sup>12</sup> *Ibidem*. Cfr. inoltre Treggiari, 2013.

<sup>13</sup> Fiorelli, 1953-1954, II, p. 196.

<sup>14</sup> Pini, 1971; Maffei P., 2013.

<sup>15</sup> Fiorelli, 1953-1954, I, p. 160, nota 147.

responsabilità del giudice in caso di morte del torturato<sup>16</sup>, il Riminese nella relativa *additio*<sup>17</sup> segnala di avere reperito in argomento «unum pulchrum consilium» di Egidiolo Cavitelli<sup>18</sup>. Il *consilium* viene messo a frutto nel corso dell'*additio* con rinnovati richiami al «dominus Ziliolus» («secundum dictum domini Zilioli»; «ita consuluit dictus dominus Ziliolus»; «hanc opinionem dicit ipse dominus Ziliolus tenere lac. de Arena»; «ita ipse dominus Ziliolus de facto consuluit»)<sup>19</sup>, e mediante riferimenti che talora paiono corrispondere a esatte citazioni testuali<sup>20</sup>. Alcuni anni più tardi – e precisamente nel 1495 – seguendo la tipica prassi di prestiti e trascrizioni ampiamente diffusa nelle opere di diritto comune un altro noto criminalista (e giudice a Siena), Francesco Bruni, inserirà pressoché *ad literam* nel suo fortunato *Tractatus de indicis et tortura* del 1495<sup>21</sup> la testé citata *additio* del Bonfranceschi, rammentando a sua volta come i contenuti di tale *additio* in realtà dipendessero in buona parte da un «consilium domini Gilioli»<sup>22</sup>.

Un'indagine condotta sulla tradizione manoscritta dei *consilia* di Egidiolo ha consentito di individuare un testimone del *consilium* citato dal Riminese e dal Bruni all'interno di quella vera e propria miniera costituita per lo storico del diritto dai codici del Collegio di Spagna a Bologna<sup>23</sup>. Il responso in oggetto è in effetti reperibile in una redazione manoscritta risalente al XV secolo contenuta ai ff. 377v-378v del MS 179 della straordinaria collezione bolognese. Si tratta di un codice miscellaneo che assembla testi databili al XIV e al XV secolo<sup>24</sup>, e nella monumentale opera di catalogazione dei codici del Collegio di Spagna – dovuta come noto a Domenico Maffei, a Ennio Cortese e ad altri illustri maestri – lo scritto di Egidiolo ivi contenuto compare sotto la denominazione di «consilium de tortura» e con la specifica attribuzione a «Ziliolus de Cavitellis de Cremona»<sup>25</sup>.

<sup>16</sup> Angelo Gambiglioni, *Tractatus de maleficiis cum additionibus Augustini de Bonfrancischis*, Venezia, Andrea da Pavia, 1484, *Quod fama publica*, § Octavo quero [p. 97].

<sup>17</sup> Ivi, Add. *Tu de hac materia* [pp. 97-98].

<sup>18</sup> *Ibidem* [p. 97]: «in hac materia reperi unum pulchrum consilium domini Zilioli de Cavitellis».

<sup>19</sup> *Ibidem* [pp. 97-98].

<sup>20</sup> Cfr. Fiorelli, 1953-1954, II, p. 194, nota 40.

<sup>21</sup> Fiorelli, 1953-1954, *ad indicem*; Fiorelli, 1972; Bettoni, 2013.

<sup>22</sup> L'*additio* di Agostino è riportata pressoché integralmente in Francesco Bruni, *Tractatus de indicis et tortura*, Siena, Heinrich van Haarlem, 1495, 2, 5, vers. *Et quod in dubio* [pp. 19-20]. Cfr. Fiorelli, 1953-1954, II, p. 194, nota 40.

<sup>23</sup> Maffei et all., 1992. Come noto, le riproduzioni digitali ad alta definizione dei codici del Collegio di Spagna sono disponibili sul sito *CIRSID-Progetto Irnerio* (<http://irnerio.cirsfid.unibo.it/>).

<sup>24</sup> Se ne veda l'accurata descrizione (a cura di Ennio Cortese e di Domenico Maffei) in Maffei et all., 1992, pp. 517-524. La descrizione è reperibile anche sul sito *CIRSID-Progetto Irnerio* (<http://irnerio.cirsfid.unibo.it/codex/179/>).

<sup>25</sup> Ivi, p. 517. Mette conto segnalare che nel medesimo MS 179 è reperibile al n. 15a un secondo responso di Egidiolo Cavitelli, e più precisamente un «consilium de privatione

L'individuazione del *consilium* in parola – del quale ad ogni buon conto sarà fornita una trascrizione in appendice alle presenti note – ci consentirà di valutarne la collocazione nell'ambito dell'articolato dibattito dottrinale sviluppatosi a partire dal maturo XIII secolo sul tema della responsabilità del giudice nei casi di morte della persona assoggettata a tortura. Prima di affrontare il *consilium* di Egidiolo conviene dunque dar conto – in via preliminare e per sommi capi – di tale dibattito, seguendo le tracce fornite sul punto dalla limpida sintesi elaborata a suo tempo da Pietro Fiorelli<sup>26</sup>.

#### *4. La responsabilità del giudice dal Tractatus de tormentis a Baldo degli Ubaldi*

Come accennato in precedenza, la *quaestio* consacrata alla materia è presente, seppur con notevoli varianti, in tutte le versioni note del *Tractatus de tormentis*. Essa consente di delineare da un lato le principali argomentazioni – come di consueto fondate sull'esegesi di passi giustinianei qui segnalati in nota – che militano a favore o contro la responsabilità del giudice e dall'altro l'emergere in dottrina di prese di posizione non univoche nella valutazione di tali argomentazioni.

La tesi che sostiene l'assenza di responsabilità del giudice in caso di morte del torturato si fonda essenzialmente sulla duplice presunzione, fino a prova contraria, a) che i giudici agiscano sempre rettamente<sup>27</sup>, e b) che il ricorso alla tortura abbia sempre come unico scopo di ricercare la verità e non di provocare dolosamente la morte o la *debilitatio* del torturato<sup>28</sup>. A sostegno di questa posizione si citano analoghe presunzioni di assenza di responsabilità fissate in favore dei *publicani*<sup>29</sup> e dei *tutores*<sup>30</sup>, limitatamente alle azioni poste in essere nell'esercizio delle loro funzioni.

Di contro, nell'ambito dell'articolato ventaglio di argomentazioni a sostegno della responsabilità del giudice rilevano in particolare i passi giustinianei dai quali si desume: a) che ogni azione delittuosa si presume compiuta con malvagia intenzione<sup>31</sup>; b) che il magistrato non è affatto scusato dalla *dignitas* ricoperta quando commetta atti illeciti<sup>32</sup>; c) che gli eccessi commessi dal giudice sono qualificabili come ingiurie corporali<sup>33</sup>; e d) che l'imputato assoggettato a tortura

feudi» (ivi, p. 521). I restanti codici del Collegio di Spagna non riportano alcun altro scritto del giurista cremonese.

<sup>26</sup> Fiorelli, 1953-1954, II, pp. 194-195.

<sup>27</sup> In analogia con la presunzione contenuta in D.1.11.1.1 nei confronti dei prefetti del pretorio.

<sup>28</sup> D.50.16.53.2.

<sup>29</sup> D.47.8.2.20.

<sup>30</sup> C.9.1.2.1.

<sup>31</sup> C.9.35.5; C.9.16.1.pr.

<sup>32</sup> D.47.10.32.

<sup>33</sup> D.47.10.15.34-42.

deve essere sempre riconsegnato indenne «vel innocentiae vel suppicio»<sup>34</sup>. *Ad adiuvandum*, si rammenta altresì come anche gli eccessi dei padri nel castigare i figli siano definiti da una costituzione imperiale *enorme delictum*<sup>35</sup>.

Vagliando le argomentazioni testé riassunte, le numerose versioni del *Tractatus de tormentis* approdano di regola a una sorta di sintesi in base alla quale non devono essere giudicati imputabili al giudice gli eventi negativi dovuti a mera casualità, mentre risultano senz'altro punibili gli eccessi di natura dolosa. Resta peraltro aperto il discorso concernente gli eccessi colposi, ivi compresi quelli imputabili a *culpa lata*. Sul punto si manifestano due posizioni. L'una (che secondo Alberico da Rosciate avrebbe avuto il favore di Dino del Mugello)<sup>36</sup> ritiene che anche in caso di colpa il giudice non debba essere punito. L'altra, più rigorista, vuole che anche gli eventi colposi debbano comunque essere imputati al giudice e dunque puniti<sup>37</sup>.

Questa seconda tesi viene generalmente fatta risalire a Guido da Suzzara<sup>38</sup>, ed è quella accolta nella versione forse più conosciuta del *Tractatus de tormentis*, e cioè nella versione confluita nel *De maleficiis* di Alberto Gandino<sup>39</sup>. Al proposito mette conto rammentare come Guido appoggiasse la sua posizione a una finzione legale: il giudice che avesse travalicato i limiti del proprio ufficio eccedendo nei tormenti doveva essere giudicato alla stessa stregua di un semplice privato, analogamente a quanto previsto – secondo D.41.4.7.3 – per il tutore che avesse male amministrato i beni del pupillo<sup>40</sup>.

Tra Tre e Quattrocento il panorama dottrinale tende, nella maggior parte dei casi, ad uniformarsi all'opinione maggiormente rigorista propugnata da Guido. Tale tendenza è peraltro accompagnata da un incisivo elemento correttivo inteso a contrastare quella sostanziale equiparazione tra reato doloso e reato colposo che comporterebbe anche nel secondo caso la pronuncia di una pena capitale. Secondo tale correttivo, in effetti, al giudice colpevole di eccesso colposo che porti alla morte o alla *debilitatio* del torturato non si dovrà applicare la pena prevista in caso di eccesso doloso dalla *lex Cornelia de sicariis* – e cioè la pena capitale – ma una pena straordinaria affidata all'*arbitrium iudicis*. Tale pena sarà ovviamente inferiore a quella editto e verrà volta a volta commisurata ai vari gradi di colpa, che possono andare dalla semplice imperizia fino alla *culpa lata*<sup>41</sup>.

Una chiara testimonianza di questa impostazione ci viene fornita dal maestro

<sup>34</sup> D.48.18.7.

<sup>35</sup> C.9.15.1.2.

<sup>36</sup> Indicazioni al proposito in Fiorelli, 1953-1954, II, p. 195, nota 30.

<sup>37</sup> Ivi, pp. 195-196.

<sup>38</sup> *Ibidem*, nota 34.

<sup>39</sup> Alberto Gandino, *Tractatus de maleficiis, De questionibus et tormentis*, [31] *Sed quid si iudex in tormentis adeo modum excessit*, in Kantorowicz, 1926, pp. 169-172.

<sup>40</sup> Fiorelli, 1953-1954, II, pp. 195-196.

<sup>41</sup> Ivi, p. 196 e note 35-36.

di Egidiolo, Baldo degli Ubaldi, che si occupa della responsabilità del giudice per la morte del torturato in un breve ma al solito succoso *consilium* inserito con il numero 61 nel quinto volume delle edizioni a stampa dei suoi responsi<sup>42</sup>.

L'evento in ordine al quale viene consultato il giurista perugino risulta, come già osservato, tutt'altro che raro. Un giudice non meglio precisato al fine di ottenere la confessione del reo aveva sottoposto al *tormentum funis* un imputato di falso che persisteva nella negativa. I necessari presupposti per assoggettare l'inquisito alla tortura erano offerti dalla sussistenza della *fama* attestata da una pluralità di soggetti fededegni («iudex informatus per famam fidedignorum virorum») e dal fatto che, trattandosi di *crimen falsi*, il giudice era autorizzato – sulla base di C.9.22.22 – a utilizzare particolare rigore nell'indagine («in causa falsi accerrima fit indago»). Per quest'ultimo motivo, dopo due tratti di corda senza esito, il giudice aveva ordinato di procedere a un terzo tratto di corda. Ma durante questo terzo esperimento l'imputato, «impatiens doloris», era spirato, a quanto pare senza avere dato segni che l'evento fatale potesse verificarsi («absque eo quod credere deberet quod dictus tortus esset sic de levi moriturus»)<sup>43</sup>.

Per comprendere se in sede di sindacato il giudice in un caso come questo sia assoggettabile o meno a pena (e a quale tipo di pena), Baldo ritiene necessario valutare se egli abbia proceduto alla tortura lecitamente o meno.

Nel caso in cui abbia proceduto lecitamente si danno tre possibilità: a) che il giudice abbia dolosamente ecceduto nei tormenti; b) che abbia ecceduto ma senza dolo («habuit se rigide, non tamen dolose»); c) che senza dolo né colpa si sia comportato come qualsiasi altro diligente giudice («fecit id quod quilibet diligens iudex fecisset»). Nel primo caso (azione dolosa) sarà punito secondo la *lex Cornelia de sicariis* (e dunque con pena capitale). Nel secondo (azione colposa) sarà punito con una *poena mitior* commisurata al grado di *culpa* («tunc tenetur mitiori poena ratione culpae»). In assenza di dolo o colpa non sarà assoggettabile ad alcuna pena.

Se al contrario il giudice abbia illecitamente («iure prohibente vel non permittente») ordinato la tortura dovrà essere punito secondo la *lex Cornelia* in quanto: a) il suo comportamento non è scusabile in ragione dell'ufficio, e b) la stessa *qualitas facti* presuppone la sussistenza del dolo<sup>44</sup>. La violazione dell'*ordo*

<sup>42</sup> Nella presente occasione il *consilium* in parola è stato consultato nella seguente edizione a stampa: Baldo degli Ubaldi, *Consiliorum sive responsorum [...] Volumen Quintum*, Venezia, Eredi di Alessandro Paganini, 1608, f. 18v.

<sup>43</sup> *Ibidem*. Degna purtroppo di nota è la parte finale della narrazione che Baldo ci fornisce dello svolgersi dei fatti: «et ideo credentibus torquentibus quod dictus tortus expiraverit, adhuc dederunt sibi parum de aqua pro experientia vitae, tamen re vera expiraverat omnino».

<sup>44</sup> *Ibidem*: «Secundo casu, scilicet quando posuit ad tormenta iure prohibente vel non permittente, punitur pena legis Corneliae quia morti causam praebuit, nec excusat ratione officii, cum deliquerit in ipsum officium et contra naturam officii, et ex qualitate facti praesumatur tunc dolus, ut C de emendatione servorum, in l. 1 [C.9.14.1]».

*iuris* e/o della *consuetudo*, infatti, fa in modo che il giudice debba essere trattato alla stessa stregua di un qualsiasi soggetto privato – è la tesi, lo abbiamo visto, attribuita a Guido da Suzzara<sup>45</sup> – e di conseguenza debba essere punito nello stesso modo<sup>46</sup>. Ma nel caso di specie – conclude Baldo – se la tortura era stata condotta lecitamente il giudice dovrà essere assolto o al più punito per eccesso colposo<sup>47</sup> ad arbitrio del *syndicator* con pena straordinaria di natura pecuniaria, ma non sarà comunque assoggettabile a pena corporale<sup>48</sup>.

Degno di particolare menzione è, nel responso ora riassunto, il fatto che Baldo appoggi le proprie conclusioni alle opinioni espresse in materia da Iacopo d'Arena («ita dicit Iacobus de Arena») e da Cino da Pistoia («ut notat Cynus»). Avremo modo di approfondire questo specifico punto in quanto, come vedremo meglio in seguito, le posizioni dei due giuristi citati da Baldo costituiranno un decisivo punto di riferimento anche per il *consilium* di Egidio.

### 5. L'oggetto del consulto di Egidio.

Quanto premesso ci consente ora di entrare nel merito del *consilium* in parola. Prenderemo le mosse dall'illustrazione della non semplice vicenda giudiziaria in ordine alla quale viene consultato il giurista cremonese. Ne seguiremo poi il procedere argomentativo, ispirato nel metodo agli usuali e consolidati schemi dialettici, per passare infine a esaminare le conclusioni cui approda Egidio nell'ambito dell'accennato dibattito dottrinale che fa da sfondo al suo responso.

Il *consilium* è stato elaborato, a quanto pare, con grande fretta e urgenza. Nell'esordio il *doctor* cremonese si rivolge in prima persona all'ignoto interlocutore che il giorno precedente («pridie») gli aveva espresso un *dubium* relativo a un caso apparso subito difficile e complesso. Il soggetto coinvolto – e per il quale si chiede l'aiuto de giurista – è un *assessor* della *curia* podestarile del comune di Mantova sul cui capo pende una gravissima imputazione che potrebbe costargli una condanna capitale.

I fatti sembrano essere chiari e non contestabili. L'*assessor* ha sottoposto a tortura un detenuto accusato di omicidio e lo ha fatto con tale violenza («sic acriter») da provocarne la morte. Un accadimento di tale natura – lo abbiamo

<sup>45</sup> Cfr. *supra*, testo corrispondente alla nota 40.

<sup>46</sup> Baldo degli Ubaldi, *Consiliorum sive responsorum [...] Volumen Quintum*, ed. cit., f. 18v: «Nam cum non servat iuris ordinem vel debitam consuetudinem, redigitur ad instar privati, ergo puniendus est».

<sup>47</sup> *Ibidem*: «Verum in casu nostro, quia consuetudo est diffamatos de falso torqueri ad formandam contra eos inquisitionem habita fama et aliquibus indicis, dico quod si de infamia et aliquibus indicis liquere potest, dictus iudex nullo modo puniendus est, aut de culpa et non de dolo».

<sup>48</sup> *Ibidem*: «Id autem in arbitrio superioris seu syndicatoris consistit, utrum aliqua poena pecuniaria vel nulla veniat puniendus secundum ea quae proponuntur, nam a corporali pena excusatur omnino praesupposita fama et indicis».

già più volte rilevato – non doveva essere particolarmente infrequente e rientra in buona sostanza nell'ordinarietà di quella che Beccaria avrà a definire una «crudeltà consacrata dall'uso delle nazioni»<sup>49</sup>. Del resto, è proprio questo – l'ordinarietà dell'evento morte *in tormentis*, intendiamo – l'insegnamento che ci arriva dalla disavventura incorsa allo stesso Bartolo ed evocata nell'esordio delle presenti note.

Il fatto è, però, che questa volta l'evento è stato preceduto e in un certo senso determinato da tre circostanze di inusitata gravità, e cioè: a) la facoltà di sottoporre l'imputato a tortura non era ricompresa nell'*ufficium* di cui era investito l'*assessor* («cum [...] hoc non spectaret ad eius officium»); b) mancavano i precedenti legittimi indizi che per regola generale costituivano – come noto – la necessaria condizione per procedere alla tortura («cum nec legitima inditia precederent»); c) e se anche tali indizi ci fossero stati, essi erano stati ‘purgati’ all'esito di un precedente esperimento di tortura cui l'imputato era già stato assoggettato dal giudice competente («si qua [indicia] fuissent, purgata fuissent per torturam prehabitam et illatam per iudicem ad quem spectabat»).

### *6. Un caso capitale.*

Sono dunque le tre circostanze testé riassunte che, come ha subito modo di sottolineare Egidiolo, fanno apparire assai arduo un caso che a prima vista appare senz'altro di natura capitale.

Non sembra infatti revocabile in dubbio che la vicenda in parola rientri tra le fattispecie nelle quali sia applicabile la pena di morte alla luce della *Lex Cornelia de sicariis*. Al proposito, chiare appaiono le indicazioni provenienti da D.48.8.4.pr (frammento che nel *consilium* viene riportato *ad literam*), ove si cita esplicitamente l'uccisione non permessa dalle leggi imputabile a chi si trovi «in magistratu»<sup>50</sup>. Altrettanto chiaro risulta il relativo commento di Bartolo, secondo cui ai «rectores qui torquent testem vel reum contra iusticiam» spetta la pena prevista dalla *Lex Cornelia* «si ex hoc aliquis moriatur»<sup>51</sup>.

Analoghe sono poi le conclusioni cui in precedenza era pervenuto Guido da Suzzara sulla scorta di D.47.10.15.41-42<sup>52</sup>, conclusioni riprese con buona

<sup>49</sup> Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Nuova edizione, Torino 1994, § XVI, *Della tortura*, p. 38.

<sup>50</sup> D.48.8.4.pr: «Lege Cornelia de sicariis tenetur, qui, cum in magistratu est esset, eorum quid fecerit contra hominis necem, quod legibus permissum non sit». Si tratta di un passo ulpiano desunto dal settimo libro *De officio proconsulis*.

<sup>51</sup> Bartolo da Sassoferato, *In secundam Digesti Novi Partem*, Venezia, Giunta, 1590, *comm. ad D.48.8.4.pr.*, *Ad legem Corneliam de sicariis, I. Lege Cornelia , § Lege Cornelia*, f. 164v: «Lege Cornelia. Vides ergo ibi quod legibus permissum sit quod rectores qui torquent testem vel reum contra iusticiam, et si ex hoc aliquis moriatur, tenentur hac lege, ut hic».

<sup>52</sup> D.47.10.15.41-42: «Sed et si iussu domini quis quaestionem habeat, modum tamen excesserit, teneri eum debere Labeo ait». Anche in questo caso si tratta di un passo

probabilità da una delle tante versioni del *Tractatus de tormentis*, e forse proprio da quella contenuta nel *De maleficiis* di Alberto Gandino<sup>53</sup>. E se è pur vero – prosegue Egidiolo con un *excursus* dal sapore quasi filologico – che in origine la pena prevista dalla *Lex Cornelia de sicariis* è in realtà quella della deportazione e della perdita dei beni (come previsto in D.48.8.3.5), in seguito nella pratica («ex subsequnti observantia») si è sempre utilizzata la pena di morte «ut homicida indistincte ultiore gladio puniatur». E questa è appunto la pena che *hodie* viene comunemente applicata («et ita *hodie* communiter observatur»)<sup>54</sup>.

### *7. Dolo e colpa nei casi di excessus in torquendo.*

Posta questa premessa, che conferma come il giurista abbia a che fare con un caso capitale «fortis et durus», Egidiolo entra *in medias res* sottolineando in primo luogo un dato di fondamentale rilevanza, e cioè che i principi testé riassunti relativi all'applicazione della pena capitale sono validi solo quando il magistrato abbia agito dolosamente («at ista procedunt quando magistratus fuit in dolo»). Ma al contrario può anche accadere che l'«excessum in torquendo» sia stato compiuto «per culpam» (o anche con *culpa lata*), e allora è necessario operare una serie di distinzioni.

Innanzitutto è necessario stabilire se il giudice abbia assoggettato l'imputato alla tortura «debita» o «indebita».

Nel primo caso, ovvero quando il giudice abbia proceduto *debita* ottemperando ai presupposti richiesti e operando nei modi previsti, anche qualora nel corso dell'esperimento sia seguita la morte casuale del torturato («licet casuale mors sequatur»), egli non è responsabile poiché ha operato «legis permissu», come del resto prevede la ben conosciuta *lex Gracchus*, più volte citata in dottrina (C.9.9.4)<sup>55</sup>.

---

ulpiano (*Liber 77 ad Edictum*).

<sup>53</sup> Cfr. *supra*, nota 39 e testo corrispondente.

<sup>54</sup> Il giurista cremonese ricorda che quando si passò ad applicare la pena di morte nei casi previsti dalla *Lex Cornelia de sicariis*, questa fu in origine riservata agli *umiliores*, che venivano condannati *ad bestias*, mentre gli *honestiores* erano invece condannati alla *deportatio in insula*. Il punto di arrivo è peraltro costituito dalla regola accolta nelle Istituzioni giustinianee, secondo le quali la *lex Cornelia de sicariis* «homicidas ultiore ferro persequitur» [I.4.18.5]. Non pensiamo che questo *excursus* abbia velleità per così dire protoumanistiche. Più semplicemente, ci sembra che esso sia inteso a sottolineare ulteriormente il fatto che la pena prevista nel caso di specie sia comunque quella di morte.

<sup>55</sup> C.9.9.4: «*Imp. Alexander A. Iuliano procunzuli Narbonensis. Gracchus, quem numerius in adulterio noctu deprehensum interfecerit, si eius condicione fuit, ut per legem Iuliam impune occidi potuerit, quod legitime factum est, nullam poenam meretur: idemque filii eius qui patri paruerunt praestandum est. 1. Sed si legis auctoritate cessante inconsulto dolore adulterum interemit, quamvis homicidium perpetratum sit, tamen quia et nox et dolor iustus factum eius relevat, potest in exilium dari. PP. sine die et consule».*

Nel secondo caso, ovvero quando il giudice abbia proceduto «inindebite», ad esempio per incompetenza, o in mancanza degli indizi richiesti, o eccedendo nelle modalità di esecuzione – e queste, nota Egidio, sono esattamente le circostanze che contraddistinguono la vicenda in oggetto («ut in casu nostro») – occorre ulteriormente distinguere se il comportamento sia stato doloso o meno.

Se vi è stato dolo (ad esempio a causa di odi o inimicizie personali o al contrario per legami del giudice con la parte offesa), allora si applica la *Lex Cornelia* e si pronuncia una condanna capitale.

Al contrario, in assenza di dolo e anche quando ci si trovi di fronte a casi di colpa grave (ad esempio «per lasciviam» oppure «per supinam iuris ignorantiam»), la *Lex Cornelia* (e la conseguente pena capitale) non deve essere applicata.

Su quest'ultimo specifico punto conviene osservare come il ragionamento sviluppato da Egidio si discosti da quello seguito nel *consilium* 61 del suo maestro Baldo, secondo il quale il giudice che abbia illecitamente («iure prohibente vel non permittente») ordinato la tortura deve comunque essere punito secondo la *lex Cornelia*<sup>56</sup>. Resta peraltro il fatto che come Baldo aveva corroborato le proprie conclusioni citando le opinioni espresse in materia da Iacopo d'Arena e da Cino da Pistoia, così anche Egidio ci conferma come la distinzione tra comportamento doloso e comportamento colposo nei casi di *excessus in torquendo* sia stata originariamente elaborata da Iacopo d'Arena («et huius sententie dicitur Iacobus de Arena in passu punctualiter nostri casus»), e in seguito si sia generalmente diffusa (ma questa è una nostra ipotesi) per il tramite dell'opera di Cino da Pistoia («ut notatur per Cinum»).

#### 8. Dalla distinctio di Iacopo d'Arena alla quaestio de facto di Cino da Pistoia.

A tale proposito, non sembra superfluo esaminare brevemente gli aspetti essenziali della soluzione suggerita da Iacopo d'Arena. Ben noti sono i problemi relativi alla tradizione dei testi del giurista parmense<sup>57</sup>, ma in questo caso proprio il passo che interessa in questa sede è fortunatamente rintracciabile nell'edizione a stampa lionese dei *Commentarii in universum ius civile*, risalente al 1541<sup>58</sup>. Si tratta di una edizione che, come molte altre realizzate all'epoca a Lione, appare discussa e discutibile. Il testo appare assemblato *ex post* e, *comme d'habitude*, anche il titolo completo (*Super iure civili. Commentarii in universum ius civile*) è opera degli stampatori. Ciò nonostante, nel punto *de quo* possiamo ragionevolmente concludere di avere a che fare con un testo affidabile, anche e

<sup>56</sup> Cfr. *supra*, testo corrispondente alle note 44-48.

<sup>57</sup> Vi accennano Treggiari, 2013b, p. 100, e, più ampiamente, Quaglioni, 1989, *passim*. Cfr. inoltre Marcello, 1928, e Cortese, 1995, pp. 422-423 e nota 75.

<sup>58</sup> Iacopo d'Arena, *Super iure civili. Commentarii in universum ius civile*, Lugduni, impensis honesti viri Hugonis a Porta, 1541.

specialmente per le puntuale corrispondenze con le citazioni seriori.

Il passo in oggetto si presenta come un commento a D.48.19.8.9<sup>59</sup>, ma nella sostanza ha i caratteri di una *quaestio* nella quale il giurista intende rispondere all'interrogativo se il podestà sia responsabile «lege Cornelii de sicariis» della morte del torturato (quando – si badi bene – la tortura sia stata disposta «precedentibus indicis et iuris permisso»). Sul punto – osserva Iacopo – è innanzitutto necessario stabilire se il magistrato abbia seguito le dovute modalità («observavit modum») nell'eseguire la tortura. Se ciò è accaduto, il magistrato non è responsabile, poiché la morte è attribuibile alle naturali *debilitates* della persona torturata, e il rischio di tale evento deve essere accettato.

Se invece «excessit modum», è necessario ulteriormente distinguere se ciò si sia verificato «cum dolo» ovvero «sine dolo», e precisamente «zelo iusticie et veritatis inquirende». Nel primo caso il giudice è senz'altro responsabile e deve essere punito «lege Cornelii». Nel secondo deve essere bensì punito, ma in misura minore («si sine dolo minus punitur»), e può anche essere del tutto esente da pena («vel forte in nullo punitur») alla luce di Auth.2.2 (Nov. 8, X), che – giova precisarlo – consente al magistrato di essere «vehementissimus» verso i sudditi «propter delictorum executionem». Sono molti infatti – conclude Iacopo citando D.48.13.11(9).2, D.26.7.55 e D.49.14.46.9 – i casi in cui rileva il principio secondo il quale «officium velat delictum».

Ci permettiamo fin da ora di attirare l'attenzione del paziente lettore su

---

<sup>59</sup> Ivi, *comm. ad* D.48.19.8.9, *De poenis*, I. *Aut damnum*, § Solent, f. 226r: «Solent. Sed pone quod precedentibus indicis et iuris permisso potestas fecit aliquem torqueri et is dum torquebatur defecit. Nunquid lege Cornelii de sicariis tenebitur potestas? Respondeo. Aut observavit modum, licet debilitates proprie nature sustinere non potuerit, cum ‘aliud sit alii mortiferum’ [D.9.2.7.5], ut [ff] de adulteriis, I. nihil interest [D.48.5.33(32)], et supra [ff] ad legem Aquiliam, I. qua actione, § sed si quis [D.9.2.7.5], et tunc non tenetur, cum enim iuris permissione tormenta adhibuerit ex quibus, ut dicit hec litera, ‘plerique deficere solent’ [D.48.19.8.3], nil peccavit, ut patet a contrario supra de sicariis, I. lege Cornelii [D.48.8.4.pr.], ut supra eo. de questionibus, I. i, in principio [D.48.18.1.pr.], et C de adulteriis, [I.] Gracchus [C.9.9.4], et supra [ff] de iniuriis, I. iniuriarum, § is qui [et] § que iure potestatis [D.47.10.13.1 e 6], et I. rei publice venerande [47.10.33], et supra quod metus causa, I. continet [D.4.2.3], et arg. supra si quis omissa causa testamenti, I. qui autem, § i [D.29.4.6.1]. Aut excessit modum, et tunc aut dolo, aut sine dolo zelo iusticie et veritatis inquirende. Primo casu tenetur, ut supra [ff] de sicariis, I. lege Cornelii [D.48.8.4.pr.], et [ff] de questionibus, I. questionis modum [D.48.18.7], et I. de minore, § tormenta [D.48.18.10.3], et supra [ff] ad legem Iuliam repetundarum, I. lex iulia, § fin. [D.48.11.9]. Si sine dolo minus punitur, ut supra [ff] de adulteriis, I. si adulterium, § imperator [D.48.5.39(38)], et ar. supra [ff] de sicariis, in I. lege Cornelii [D.48.8.4.pr.], et infra [ff] e. respiciendum, § delinquunt [D.48.19.11.2], vel forte in nullo punitur, ut in Aut. ut iudices sine quoquo suffragio, § videlicet [Auth.2.2 (Nov. 8, X)], nam et alibi officium velat delictum, ut supra ad legem Iuliam peculatus, I. sacrilegi, § Labeo [D.48.13.11(9).2], et supra de administratione tutorum, I. tres tutores [D.26.7.55], et infra [ff] de iure fisci, I. auferitur, § fin. [D.49.14.46.9]».

quest'ultimo passaggio del ragionamento di Iacopo – e cioè sulla qualificazione dell'*officium* come *velamen criminis* – poiché, come vedremo meglio in seguito, Egidiolo metterà a frutto nel suo *consilium* proprio questo spunto.

Per quanto riguarda invece la posizione di Cino, abbiamo già osservato come essa non faccia che accogliere e perpetuare l'opinione espressa da Iacopo. In effetti, nella sua *Lectura super Codice* il maestro pistoiese, posta la *quaestio de facto* circa la responsabilità *ex lege Cornelia* del giudice in caso di morte del torturato, nega la sussistenza di tale responsabilità «quia si precedentibus indiciis fecit, legitime factum penam non meretur», e ripropone sinteticamente gli estremi della *distinctio* di Iacopo d'Arena («in hac questione Iacobus de Arena sic distinguit»). Anche per Cino, dunque, in caso di *excessus in torquendo* il discrimine si pone tra azione dolosa (e dunque punibile *lege Cornelia*) e azione non dolosa, e in questo secondo caso il magistrato non potrà essere punito come colui che abbia agito con dolo ma potrà essere sanzionato (*vdl. con pena minore*) solo perché «plus fecit quam debuit», e potrà addirittura non essere punito «quia licuit ei esse vehementissimus in suos subiectos, ut in Authen. ut iudices sine quo [rectius: quoquo] suffragio, circa medium [Auth.2.2 (Nov. 8, X)]]»<sup>60</sup>.

Mette conto aggiungere che, qualche decennio più tardi, anche Alberico da Rosciate si interesserà alla questione della responsabilità del giudice in caso di morte dell'inquisito sottoposto a tortura, tornando sull'argomento in almeno tre occasioni, e precisamente nei commenti alla già citata *lex Gracchus* (C.9.9.4)<sup>61</sup>,

<sup>60</sup> Cino da Pistoia, *Lectura [...] super aureo volumen Codicis*, [Lione], Vincentius de Portonariis de Tridino de Monte Ferrato, 1517, *comm. ad C.9.9.4, Ad legem Iuliam de adulteriis et stupro, I. Gracchus*, f. 330rv: «Ultimo inducitur hec lex ad questionem de facto. Officialis tormentavit aliquem ita quod in tormentis mortuus est. Solet queri, nunquid teneatur lege Cornelia de sicariis. Et videtur quod non, quia si precedentibus indiciis fecit, legitime factum penam non meretur, ut hic. In hac questione Iacobus de Arena sic distinguit: aut officialis adhibuit modum in tormentis, quia ultra licitum modum non torsit, aut modum non adhibuit, quia excessit. Primo casu non tenetur aliqua forma, ut ff. de questionibus, I. questionibus [rectius: questionis] [D.48.18.7], et I. de minore, § tormenta [D.48.18.10.3], et est hic, quia ex legis permissione fecit, ut hac I., et sic debet intelligi ff de penis, I. aut damnum, § nec ea quidem pena [D.48.19.8.3]. Secundo casu, quando modum non adhibuit, aut dolose aut sine dolo. Si dolose, tenetur lege Cornelia de sicariis, ut ff ad legem Iuliam repetundarum, I. ultima [D.48.11.9]. Si non dolose, tunc non tenetur tanquam dolosus quia id fecit, sed quia plus fecit quam debuit tenetur tanquam culpabilis, argumentum ff e. I. si adulterium, § Imperator Marcus [D.48.5.39(38)], vel non tenetur in aliquo, quia licuit ei esse vehementissimus in suos subiectos, ut in Authen. ut iudices sine quo [rectius: quoquo] suffragio, circa medium [Auth.2.2 (Nov. 8, X)], secundum eum, et sic quod licite fecit, penam etc. ut hac lege».

<sup>61</sup> Alberico da Rosciate, *In Secundam Codicis Part[em] Commentaria*, Venezia, [sub signo Aquilae renovantis], 1585, *comm. ad C.9.9.4, Ad legem Iuliam de adulteriis, I. Gracchus*, ff. 195v-196r

a D.48.19.8.1<sup>62</sup> e a D.48.18.7<sup>63</sup>. Nei primi due testi il giurista lombardo si limita a seguire abbastanza fedelmente il ragionamento svolto da Iacopo d'Arena, accogliendo in sede conclusiva (nel commento a D.48.19.8.1) il riferimento al fatto che in questo come in altri casi l'*officium* viene visto come *velamen criminis* («nam et alibi officium velat delictum»). Nel terzo commento alla citazione di Iacopo si accompagna quella di Guido da Suzzara, di cui viene sottolineata la posizione maggiormente rigorista. Degna di menzione, nel medesimo commento, è anche il fatto che in questa occasione Alberico faccia risalire le origini della distinzione tra responsabilità dolosa e responsabilità colposa a Odofredo, che avrebbe sviluppato l'idea, poi approvata da Dino del Mugello, «in quadam sua summula de quaestionibus»<sup>64</sup>.

### *9. Dolo, culpa lata e pena corporale: l'opinio Bartoli.*

Riprendiamo ora il filo del ragionamento sviluppato da Egidio, che a questo punto aggiunge un importante tassello alla sua costruzione. Individuata nell'alternativa dolo/colpa una prima chiave interpretativa della vicenda in oggetto, e chiarito dunque che l'entità della pena dipende da tale alternativa (solo in caso di dolo il giudice è punibile *lege Cornelia*), il giurista cremonese sposta il *focus* del discorso su una seconda chiave interpretativa, peraltro strettamente legata alla prima e rappresentata dall'alternativa pena corporale/pena pecuniaria.

Sul punto, Egidio invoca l'*auctoritas* dell'onnipresente Bartolo per affermare come per la condanna a una pena corporale sia necessaria la sussistenza del dolo e ovviamente, *a contrario*, in caso di responsabilità per colpa (inclusa – giova sottolinearlo – la *culpa lata*) non si possa irrogare una pena corporale. Sul punto l'oracolo di Sassoferato si esprime in effetti con una certa chiarezza nel commento a D.47.4.1.2<sup>65</sup>, affermando in particolare che «ubi tractatur de poena corporali, lata culpa non aequiparatur dolo». Il principio rileva anche quando lo statuto municipale commini «simpliciter» una pena corporale, senza menzionare

<sup>62</sup> Alberico da Rosciate, *In Secundam ff. Novi Partem Commentaria*, Venetiis, [sub signo Aquilae renovantis], 1585, *comm. ad* D.48.19.8.1, *De poenis*, I. *Aut damnum*, § Vita admittitur, f. 201v.

<sup>63</sup> Ivi, *comm. ad* D.48.18.7, *De quaestionibus*, I. *Quaestionalis modum*, f. 197v. Cfr. Fiorelli, 1953-1954, II, pp. 195-196, nota 34.

<sup>64</sup> *Ibidem*: «Odofredus in quadam sua summula de quaestionibus distinguit: aut fecit dolose, et tenet lege Cornelia de sicariis, aut culpabiliter, et tunc non [...], et hanc approbat Dynus». Cfr. Fiorelli, 1953-1954, II, p. 195, nota 30. La citazione di Odofredo (e di Dino) da parte di Alberico si ricollega alla già segnalata questione (*supra*, nota 4 e testo corrispondente alle note 26-40) delle origini e della paternità del *Tractatus de tormentis*. Cfr. Cortese, 1978, in particolare p. 234, note 104-105.

<sup>65</sup> Bartolo da Sassoferato, *In secundam Digesti Novi Partem*, Venezia, Giunta, 1590, *comm. ad* D.47.4.1.2, *Si is qui testamento liber esse iussus erit*, I. *Non alias tenebitur*, § *Non autem* [rectius: *Non alias*], ff. 121v-122r.

espressamente il dolo<sup>66</sup>. Bartolo ammonisce che in argomento si deve prestare particolare attenzione («hic est advertendum»; «hic adverte»), e segnala due casi di specie. Il primo si verifica quando nello statuto siano presenti «vocabula quae important dolum», ad esempio quando si dica «si quis fecerit furtum vel falsitatem vel similia», utilizzando dunque termini «que habent in se dolum», e allora «lata culpa non sufficeret». Il secondo si ha quando lo statuto sanzioni un «actum qui infertur principaliter in personam» (ad esempio se qualcuno «percusserit aliquem»). In eventi come questo è necessario il dolo («tunc requiritur dolus»), poiché «talis iniuria non potest inferri in personam sine affectu facientis». Diversamente, se l'atto sanzionato «infertur in re», Bartolo conclude che in tal caso la *lata culpa* può invece essere equiparabile al dolo: «tunc puto quod lata culpa aequiparatur dolo».

Egidiole sintetizza in due righe il succo del discorso di Bartolo testé riassunto, mettendo in risalto nel *consilium* la conclusione che evidentemente maggiormente gli interessa, e cioè che la pena corporale disposta dallo statuto cittadino «simpliciter» – in altre parole, senza l'espressa menzione del dolo – può essere applicata solo «si per dolum maleficium sit commissum».

#### *10. L'alternativa tra la pena edittale e la pena arbitraria.*

Quanto detto da Iacopo d'Arena, Cino da Pistoia e Bartolo da Sassoferato consente, secondo Egidiole, di impostare correttamente la questione in oggetto, e permette altresì di interpretare nel modo dovuto le parole di Bartolo e di Guido da Suzzara riportate nell'esordio del *consilium*, parole relative – lo rammentiamo – alla responsabilità *lege Cornelia* del giudice che abbia provocato la morte dell'inquisito sottoposto a tortura («Ex his patet quid dicendum in casu nostro et qualiter debeant intelligi verba Bartoli et Guidonis de Suzaria primo allegata»).

L'alternativa è secca. Se l'*assessor* del podestà di Mantova ha agito con dolo deve essere condannato alla pena prevista dalla *Lex Cornelia* o dallo statuto cittadino. In caso contrario, non può essere condannato alla pena capitale né alla deportazione – originariamente prevista, lo rammentiamo, dalla *Lex Cornelia* (D.48.8.3.5) – né ad alcuna pena corporale, ma deve essere condannato o multato in altro modo («aliter») per colpa «licet lata» ed eccesso colposo, applicando una pena straordinaria «iudicantis arbitrio».

E se è ben vero che in favore della prima soluzione milita la generica presunzione (desumibile da C.9.16.1 e da C.9.35.5) che un *maleficium* sia compiuto «malo animo» e dunque con dolo, bisogna «in contrarium» considerare che ciò che fa maggiormente propendere per un'azione *dolo carens* compiuta per *culpa*, o per *improvida temeritas* o anche per *supina iuris ignorantia* è il «velamentum

---

<sup>66</sup> Il tema della «mancanza negli statuti cittadini di una precisa distinzione tra la nozione del dolo e quella della colpa» è approfondito, con particolare riguardo ai casi di omicidio, in Lucchesi, 1999, in particolare pp. 1-46.

officii», che deriva dall'appartenenza dell'*assessor* cui viene imputata la morte sotto tortura di un inquisito alla *curia* del podestà di Mantova.

Siamo giunti, con questa affermazione, al nodo centrale del ragionamento di Egidiolo, che invoca a favore dell'*assessor* la massima – *officium dicitur velamen criminis*, appunto – secondo cui l'esercizio di un *officium* esclude o quantomeno attenua la responsabilità dell'agente. È dunque opportuno soffermarci ora, ancorché brevemente, su tale principio che, come abbiamo già avuto modo di segnalare, era stato a suo tempo invocato anche da Iacopo d'Arena, nell'epilogo della *quaestio* illustrata in precedenza, proprio allo scopo di corroborare la conclusione secondo la quale il giudice che avesse agito *sine dolo* doveva essere punito in misura minore e poteva anche essere del tutto esente da pena.

### 11. «*Officium dicitur velamen criminis*».

*L'auctoritas* sulla quale in questa occasione si appoggia Egidiolo non è peraltro quella di Iacopo<sup>67</sup> ma è rappresentata, ancora una volta, dall'*opinio* di Bartolo, che tocca il punto nel suo commento a D.39.4.6. Il passo è relativo alla responsabilità *pro parte* stabilita dal frammento giustinianeo – alla luce della cospicua differenza sussistente «*inter criminis reos et fraudis participes*» – nel caso in cui «*multi publicani [...] illicite quid exegerunt*»<sup>68</sup>. Da tale passo Bartolo fa discendere la regola generale secondo la quale «*plures officiales ex eodem delicto tenentur in solidum, sed exactio fit pro parte*», e questo proprio in applicazione della massima *officium dicitur velamen criminis*.

Se distogliamo per un attimo lo sguardo dal *consilium* di Egidiolo possiamo verificare come in numerosi altri casi la dottrina intermedia scorga in passi giustinianei la sussistenza del principio *de quo*. Possiamo citare in via d'esempio D.26.7.55, a proposito del quale mentre già la Glossa aveva affermato che «*velamen administrationis temperat furtum*»<sup>69</sup>, di nuovo Bartolo chiosa che «*administratio mitigat delictum*»<sup>70</sup>. Lo stesso Iacopo d'Arena, come accennato,

<sup>67</sup> Si può ipotizzare, al proposito, che Egidiolo conosca solo indirettamente l'opinione di Iacopo d'Arena, e che il tramite di tale indiretta conoscenza sia costituito da Cino. In effetti, nel passo della *Lectura* riportato in precedenza non si fa cenno al principio, affermato invece da Iacopo, secondo cui «*officium velat delictum*». Cfr. *supra*, testo corrispondente alle note 58-59.

<sup>68</sup> D.39.4.6: «*Si multi publicani sint, qui illicite quid exegerunt, non multiplicatur dupli actio, sed omnes partes praestabunt et quod ab alio praestari non potest, ab altero exigetur, sicut divus Severus et Antoninus rescriperunt: nam inter criminis reos et fraudis participes multum esse constituerunt*». Il frammento è tratto dal *liber secundus de poenis* di Modestino.

<sup>69</sup> *Gl. contrectare eam, ad D.26.7.55, De administratione tutorum, I. Tres tutores: «Contrectare eam, scilicet pecuniam, et ita velamen administrationis temperat furtum».*

<sup>70</sup> Bartolo da Sassoferato, *In primam Infortiati partem*, Venezia, [sub signo Aquilae renovantis], 1590, *comm. ad D.26.7.55, De administratione tutorum, I. Tres tutores*, f. 58r.

aveva individuato il criterio in parola oltre che in D.26.7.55 anche in D.48.13.11(9).2 e in D.49.14.46.9<sup>71</sup>, e sulla medesima lunghezza d'onda ci vengono segnalate alcune conformi prese di posizione di Dino del Mugello<sup>72</sup> e di Oldrado da Ponte<sup>73</sup>. Alberico da Rosciate ci conferma da parte sua – come abbiamo visto – come in più occasioni l'*officium* possa fungere da *velamen criminis* («nam et alibi officium velat delictum»)<sup>74</sup>.

Nella prima metà del Quattrocento la comune accettazione della regola da parte dei *doctores* viene di nuovo testimoniata da Giovanni da Imola nel suo commento a D.39.4.6, ove si ripropone sinteticamente l'*opinio Bartoli* e si conferma, anche in rapporto a D.26.7.55, che «*officium* potest velari sub *praetextu officii*, et ideo *mitius agitur* [...]. Nam dicitur *officium interdum quoddam velamen criminis*»<sup>75</sup>. Verso la fine del medesimo secolo la massima finisce poi per essere accolta – giova sottolinearlo – anche nella manualistica inquisitoriale. Ne è prova il noto *Repertorium inquisitorum*, opera spagnola realizzata alla fine del Quattrocento<sup>76</sup> e destinata a un notevole successo specialmente nel periodo postridentino<sup>77</sup>, nella quale l'ignoto autore ripropone senza esitazioni la regola secondo la quale «*officium velat delictum, et minuit*»<sup>78</sup>.

## 12. «*In dubio debemus absolvere a presumptione doli*».

In piena aderenza a tale impostazione, Egidio mette a frutto l'idea che l'*officium* costituisca un *velamen criminis* per vestire se non di giustizia quantomeno di verisimiglianza («cum igitur habuerit aliquem colorem licet non iustum, dicendum est....») le conclusioni che: a) l'*assessor* abbia agito avventatamente o per *iuris ignorantia*, non avendo considerato ciò che avrebbe dovuto considerare; e che: b) di conseguenza, «pena formali homicidii non tenebitur», poiché – e qui il *consiliator* cita ad literam D.40.12.12.2-3<sup>79</sup> – indipendentemente dal fatto che sia

<sup>71</sup> Cfr. *supra*, nota 59.

<sup>72</sup> Vi fa riferimento lo stesso Egidio nel suo *consilium*.

<sup>73</sup> Il dato è accennato da Bartolo nel citato commento a D.39.4.6.

<sup>74</sup> *Supra*, note 61-64 e testo corrispondente.

<sup>75</sup> Giovanni da Imola, *In primam Digesti Novi partem [...] Commentaria*, Bononiae, Apud Societatem Typographiae Bononiensis, 1580, *comm. ad D.39.4.6, De publicanis et vectigalibus, I. Si multi*, pp. 98-99, n. 1.

<sup>76</sup> *Repertorium de pravitate haereticorum*, Valencia, [Miguel Albert], 1494.

<sup>77</sup> Errera, 2000, in particolare pp. 93-94, 117, 133.

<sup>78</sup> *Repertorium inquisitorum pravitatis haereticae*, Venetiis, apud Damianum Zenarum, 1575, p. 578b. Si tratta della nuova edizione curata da Pietro Vendramin e Quintiliano Madosio, corredata da *additiones* e ulteriori riferimenti alle fonti e alle *auctoritates*.

<sup>79</sup> D.40.12.12.2-3 «Et generaliter dicendum est, quotiens quis iustis rationibus ductus vel non iustis, sine calliditate tamen putavit se liberum et in libertate moratus est, dicendum est hunc in ea causa esse, ut sine dolo malo in libertate fuerit atque ideo possessoris commodo fruatur». Si tratta di un passo ulpianeo tratto dal *liber 55 ad edictum*.

stato spinto da *rationes iustae o non iustae*, ciò che rileva è che egli abbia agito «sine calliditate»<sup>80</sup>.

La parola passa ora al giudice di sindacato, cui spetta di valutare fatti e circostanze («hec res tota stat in cognitione iudicantis ex inspectione eorum que facta fuerunt aut dicta fuere eo tempore quo facta fuerunt et circa id tempus»). E a tale proposito Egidiolo non esita a riproporre il consueto e consolatorio ammonimento – quasi un *must* nell'intera letteratura consiliare – secondo il quale «in dubiis» sia necessario dare spazio alla *benigna interpretatio*, «maxime cum de salute hominis agitur»<sup>81</sup>, poiché – e anche qui non poteva mancare l'onnipresente citazione della celeberrima e altrettanto disattesa formula ulpiana basata su un rescritto di Traiano – «melius est [...] in dubio nocentem absolvere quam inocentem damnare» (D.48.19.5.pr)<sup>82</sup>.

Più interessante è la notazione finale, nella quale il giurista distilla l'essenza del proprio ragionamento. Non dico affatto – afferma qui Egidiolo – che in questo caso si possa parlare di piena innocenza (eventualità improponibile, potremmo chiosare). Ciò che invece è sufficiente (quantomeno al fine di evitare, *ça va sans dire*, la pena capitale) è che sussista l'*innocentia doli* o almeno sia dubbia la sussistenza del dolo e si tratti invece di *culpa lata*, poiché, nuovamente *ex D.48.19.5.pr*, «in dubio debemus absolvere a presumptione doli». Né osta a tale conclusione un'ultima obiezione rappresentata dal combinato disposto – del resto già considerato nel corso del responso – di *D.48.8.4.pr*, che dichiara punibile *lege Cornelii* l'uccisione non permessa dalle leggi che sia imputabile a chi si trovi «in magistratu», e di *C.9.35.5*, che presuppone che ogni *maleficium* sia compiuto «malo animo» e dunque con dolo. I due passi guardano infatti – conclude Egidiolo – alla «mera facti atrocitas» e non tengono invece conto del principio – sul quale poggia, a ben vedere, l'intero *consilium* – secondo cui l'*officium* fa da *velamentum* al *crimen*.

### 13. Epilogo.

Ovviamente non sappiamo quale sia stato l'effetto del responso di Egidiolo Cavitelli sul giudizio di sindacato pendente sull'*assessor* mantovano<sup>83</sup>, né è del

<sup>80</sup> Accanto a *D.40.12.12.2-3* il giurista cremonese cita *ad adiuvandum* anche *C.9.20.16*, *C.9.20.8* e *D.47.14.1*.

<sup>81</sup> I passi citati sono *C.7.62.29*, *D.48.19.42* e *D.48.19.32*. Cfr., sul punto, Dezza, 2020, pp. 85-86.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> Chi fosse precisamente tale *assessor* non ci è noto. Sappiamo però da altra fonte – e precisamente dalla citata *additio* di Agostino Bonfranceschi al *De maleficiis* di Angelo Gambiglioni (*supra*, note 13-20 e testo corrispondente) – che il suo nome era «Bidia de Faventia» e che contro di lui si procedeva in sede di sindacato: «ita ipse dominus Ziliolus de facto consuluit in civitate Mantuae pro domino Bidia de Faventia ibi iudice qui tantum torqueri fecerat unum reum modum debitum excedendo quod mortuus fuerat, et in

resto usuale (sebbene non manchino esempi contrari) riuscire a desumere dai testi della letteratura consiliare informazioni sugli esiti dei singoli procedimenti. Piuttosto, ci pare opportuno ripercorrere in sede conclusiva un paio di temi tra i molti e rilevanti affiorati dalla lettura del breve scritto del giurista cremonese.

Ci riferiamo, in primo luogo, alla materia del rapporto tra dolo e colpa. A tale riguardo, dal testo oggetto delle presenti note emerge con piena evidenza quella sorta di processo circolare che nel pensiero penale di diritto comune lega gli elementi soggettivi del reato (e segnatamente il dolo e la colpa) alla valutazione del reato e alla commisurazione della pena. Con esclusione infatti degli eventi dovuti a mero caso fortuito, per i quali in linea di principio non esiste responsabilità e dunque non si applica alcuna pena<sup>84</sup>, il binomio dolo/colpa è assunto dalla criminalistica bassomedievale come criterio di valutazione della gravità del reato e della relativa pena, dando luogo a uno dei più rilevanti caratteri distintivi del sistema penale di diritto comune, rappresentato dalla percezione del dolo come elemento di discriminazione sia in ordine alla gravità del reato sia in ciò che concerne la possibilità di applicare una pena corporale.

In altre parole, mentre un dato reato è grave quando sia stato commesso con dolo e non lo è quando sia stato commesso *culpabiliter*, il rapporto tra dolo e colpa determina anche il rapporto tra le pene corporali e le pene di altra natura. Solo in presenza di dolo risulta infatti applicabile la pena corporale (che corrisponde poi, *en principe*, alla pena edittale), mentre in sua assenza, e dunque quando sussista la colpa, si applica una *poena extraordinaria*, la cui quantificazione è abbandonata all'*arbitrium iudicis* e che – nonostante le ritrosie ad ammetterlo dei giuristi accademici, legati all'alternativa romanistica pena corporale/pena pecuniaria e abbagliati dal monito ulpiano secondo cui «*carcer [...] ad continendos homines, non ad puniendos haberet debet*»<sup>85</sup> – può anche sfociare in una pena diversa da quella pecuniaria, e segnatamente in una pena detentiva<sup>86</sup>.

Riassumendo, la sussistenza del dolo è elemento discriminante in ordine alla valutazione della gravità del reato ed è condizione decisiva per l'applicazione della pena corporale, costituita in questa circostanza (e quasi di regola, potremmo dire) dalla pena capitale. Il *consilium* di Egidio ci pone dunque di fronte a un tipico caso nel quale il dolo assume il ruolo di *qualitas delicti*<sup>87</sup> in piena conformità con

---

sindicatu contra iudicem procedebatur» (Angelo Gambiglioni, *Tractatus de maleficiis cum additionibus Augustini de Bonfrancischis*, Venezia, Andrea da Pavia, 1484, *Quod fama publica, § Octavo quero* [p. 97]).

<sup>84</sup> Cfr. *supra*, testo corrispondente alla nota 55.

<sup>85</sup> D.48,19,8,9.

<sup>86</sup> Oltre a Sarti, 1980-81 – contributo pionieristico ma già significativo – si veda ora in argomento Donati, 2020 (con ulteriore ampia bibliografia). Di grande rilevanza resta poi Geltner, 2008/2012.

<sup>87</sup> Cfr., in argomento: Pifferi, 2006, pp. 126-145 e 226-262, e 2016, pp. 3-13; Geri, 2011, pp. 148-150. Cfr. inoltre, sul tema, Demuru, 2007.

la tradizione criminalistica di diritto comune e secondo una peculiare concezione che – giova rilevarlo – «mal si addice al palato del giurista contemporaneo»<sup>88</sup>, abituato a considerare il dolo alla stregua di un elemento essenziale del reato in ciò che concerne l'imputazione soggettiva.

In margine al discorso relativo al binomio dolo/colpa, notiamo ancora come nel *consilium* di Egidiolo ritorni più volte – e *pour cause* – il riferimento alla graduazione della colpa, e segnatamente al massimo grado di colpa, che sfocia nel concetto di *culpa lata*. In effetti, l'obiettivo di Egidiolo è quello di far rientrare nella *culpa lata* l'insieme dei comportamenti gravemente scorretti (per usare un eufemismo) posti in essere dall'*assessor* della *curia* mantovana, comportamenti che costituiscono l'anello debole di una possibile difesa e che *bon gré mal gré* sono ammessi dallo stesso *consiliator*<sup>89</sup>.

Come abbiamo visto, sul punto Egidiolo invoca l'*auctoritas* di un passo di Bartolo – «ubi tractatur de poena corporali, lata culpa non aequiparatur dolo»<sup>90</sup> – per affermare la non equiparabilità tra dolo e *culpa lata* e dunque l'indispensabilità del dolo per la condanna a una pena corporale. A questo possiamo poi aggiungere che in realtà quello relativo alla (non) equiparabilità tra dolo e *culpa lata* è un dibattito che si era sviluppato assai per tempo nella dottrina intermedia. Il tema è infatti presente già nella Glossa, in Azone e negli scritti di Odofredo e di altri giuristi superiori, dai quali emerge un'opinione negativa circa la legittimità dell'equiparazione fra dolo e *culpa lata* nella materia criminale, nella quale è invece ineludibile la prova diretta della volontarietà del *crimen*<sup>91</sup>.

Al discorso sulla *culpa lata* si riconnette il secondo tema che in sede conclusiva offriamo alla riflessione del cortese lettore. Ci riferiamo all'utilizzo da parte di Egidiolo del principio secondo il quale – come si leggerà nel *Repertorium inquisitorum* – «officium velat delictum, et minuit»<sup>92</sup>. In buona sostanza, questo ci pare l'*argumentum* principe utilizzato dal giurista in questa circostanza. Egidiolo Cavitelli si è indubbiamente trovato ad affrontare una situazione veramente difficile (un caso «fortis et durus», appunto), e alla fine ha deciso di giocare tutte le sue carte puntando su una argomentazione articolata in due punti.

Il primo punto è rappresentato dal fatto che, comunque, sussiste il dubbio se l'azione sia stata commessa con dolo (elemento che porterebbe automaticamente alla pronuncia della pena capitale) ovvero con colpa, ancorché «lata» (elemento

<sup>88</sup> Geri, 2011, p. 150. In ordine al rapporto tra dolo e colpa e alla graduazione di quest'ultima segnaliamo, tra i contributi più recenti: Sorice, 2018 e 2019; Rossi Gu., 2023.

<sup>89</sup> «Quandoque iudex [...] torquet [...] indebite, ut quia ad eum non spectat, vel inditia non sunt sufficientia, vel etiam modum excedit, *ut in casu nostro*».

<sup>90</sup> Cfr. *supra*, testo corrispondente alla nota 65.

<sup>91</sup> Rinviamo, sul tema, alla accurata illustrazione e alle numerose e puntuali indicazioni testuali offerte in Maganzani, 2003/2006, *passim*, in particolare pp. 7-8 e 16-17. Si veda inoltre, in argomento, Fugazza, 2017, pp. 12-13.

<sup>92</sup> Cfr. *supra*, note 76-78 e testo corrispondente.

che permetterebbe invece l’irrogazione di una pena straordinaria e comunque non corporale). Il secondo è individuabile nella sussistenza di una precisa circostanza che può far propendere per la seconda soluzione, ovvero che si tratti effettivamente di un caso di *culpa lata*. Tale circostanza è costituita dall’appartenenza dell’imputato alla *curia* del podestà di Mantova. E dunque se è vero che l’*assessor* ha agito con enorme leggerezza, con ignoranza del diritto e, appunto, con grave colpa, è altrettanto vero che egli ha operato nell’esercizio di un *officium*, e dunque sotto la protezione – decisiva, in questa contingenza – del tante volte invocato principio secondo cui tale *ufficium* costituisce un «*velamentum criminis*».

Sittratta di una massima che se appare largamente diffusa in dottrina – lo abbiamo visto – tra la fine del Duecento e il XV secolo, è comunque destinata a fare i conti con l’evoluzione del pensiero giuridico. Sarà peraltro necessario attendere il XVI secolo per osservare – sulla spinta di nuove sensibilità segnatamente di matrice umanistica – una inversione di tendenza intesa a rifiutare un criterio che agli occhi del moderno osservatore appare senz’altro discutibile e sostanzialmente irragionevole. E non è forse casuale che una ruvida contestazione del principio provenga, nel primo Cinquecento, da un giurista d’oltralpe, protagonista di quella sorta di «nationalisme culturale» avverso alla tradizione giuridica bartolista di matrice italiana che caratterizza la dottrina giuridica francese dell’epoca. Ci riferiamo a Jean Feu (*l’Ignaeus*)<sup>93</sup>, che non esita a criticare *apertis verbis* l’idea stessa che l’*officium* possa essere considerato alla stregua di un *velamen criminis*. In effetti, al giurista francese non piace per nulla («multo minus mihi placet») la *declaratio* di Bartolo a D.39.4.6, in seguito fatta propria da Giovanni da Imola e da altri *sequaces*. Ed il motivo è molto semplice (e – ci pare di poter dire – altrettanto ragionevole): il pubblico ufficiale che delinque «in officio» o «sub officii velamine» non può affatto giovarsi del ruolo svolto per attenuare o annullare la propria responsabilità. Egli deve al contrario essere considerato «minus excusandum [...] quam quivis alius»<sup>94</sup>.

<sup>93</sup> Arabeyre, 2015. Cfr, inoltre Cortese, 2003, e Rossi Gi., 2007, p. 143, nota 12.

<sup>94</sup> Jean Feu, *Prima pars Commentariorum [...] in titulum de Sillaniano et Claudiano Senatusconsulto et quorum testamenta aperiantur, libro Digestorum vigesimonono, hactenus non impressorum*, Lugduni, apud Vincentium de Portonariis - Aureliae, apud Franciscum Gueyrdum, [colophon:] Lugduni, excudebat Ioannes Barbous, 1539, Lex III, § *Si alius*, nn. 18-19, f. 318r: «...multo minus mihi placet Bartoli, Imolae et aliorum sequacium declaratio posita ad dictam l. si multi, ff de publicanis et vectigalibus [D.39.4.6], in verbo reos, dum illum text. sic interpretantur, id est, eos quorum crimen non potest praetextu alicuius officii velari, cum officium dicatur velatum crimen, seu melius criminis velamen, l. ad splendidioris, C de diversis officiis, libro xii [C.12.59.7], l. tres tutores, ff de administratione tutorum [D.26.7.55], et l. sacrilegii poenam, ff ad legem Iuliam peculatus [D.48.13.7(6)]. Quae consideratio non videtur mihi bona. Nam minus excusandus est officialis in officio vel sub officii velamine delinquens quam quivis alius».

Nonostante la forza della tradizione, che non manca talora di riaffiorare<sup>95</sup>, il ribaltamento di prospettiva presente nella riflessione di Jean Feu si farà faticosamente strada – più avanti nel tempo – anche nella dottrina italiana. Ne è un piccolo esempio quanto osservato da Costantino Papa in una delle *additiones* ai *Commentaria* di Prospero Caravita *super ritibus Magna Curiae Vicariae Regni Neapolis*. Il rilievo riguarda il parallelismo instaurato da Bartolo (nei citati commenti a D.26.7.55 e a D.39.4.6) tra le figure del *tutor pupilli* e di colui che esercita un pubblico *officium*. Tale parallelismo – che il maestro di Sassoferato utilizza, come abbiamo visto, per corroborare la massima *officium dicitur velamen criminis* – deve essere però decisamente rigettato unitamente al principio a esso sotteso in quanto, secondo Papa, «non sit par ratio magistratum qui iurisdictionem exercent, et tutorum [...] qui bonorum tantum rationem reddere debent»<sup>96</sup>.

## Appendice

Egidio Cavitelli, *Consilium de tortura*, Bologna, Collegio di Spagna, MS 179, n. 12, ff. 377v - 378v.

«In dubio quod pridie michi formastis de quodam assessore qui / in civitate Mantue quemdam captivum pro homicidio sic acriter / torqueri fecit, se presente in tortura, quod ex tormentis / mortuus extitit, cum tamen hoc non spectaret ad eius / officium, item cum nec legitima inditia precederent, quin immo / et si qua fuissent purgata fuissent per torturam pre/habitam et illatam per iudicem ad quem spectabat, / qua pena assessor huiusmodi veniat puniendus.

Iste casus est fortis et durus quod lege Cornelie de sicariis teneatur. / Videtur casus in l. iiiii, in principio, ff de sicariis [D.48.8.4.pr], ibi ‘lege Cornelie de sicariis / tenetur qui, cum in magistratu esset, eorum quid fecerit contra hominis / necem, quod legibus permisum non sit’, et ibi de hoc per / Bartolum, et pro hoc ff de iniuriis, l. item apud Labeonem, § / questionis [D.47.10.15.41], et § sed et si iussu [D.47.10.15.42], que iura ad hoc propositum / inducit Guido de Suzaria. At pena legis Cornelie de sicariis est pena / deportationis et ademptionis omnium bonorum, licet postea ex / subsequenti observantia fuerit inductum ut capite punirentur, / idest pena vite, nisi honestiore loco positi essent, ut sic / humiliores bestiis subicerentur, altiores vero deporta/rentur in insula, ut l. iii, § pena, ff de sicariis [D. 48.8.3.5]. Quidam tamen / dicunt penam fuisse legis Cornelie de

<sup>95</sup> Citiamo, in via di mero esempio, il riferimento al principio secondo cui «regulariter gli *officia* rappresentano un *velamen criminis* rinvenibile nel commento di Mario Muta († 1636) alle consuetudini palermitane: Mario Muta, *Commentaria in antiquissimas felicis S.P.Q.P. consuetudines*, Panhormi, apud Haeredes Io. Francisci Carrara, 1600, p. 489: «officia enim regulariter cum sint velamen criminis». Cfr., su questo autore, Cocchiara, 2013.

<sup>96</sup> Prospero Caravita, *Commentaria super ritibus Magna Curiae Vicariae Regni Neapolis* [...] *hac ultima novaque editione accesserunt Additiones clarissimi iureconsulti Constantini Pape*, Neapoli, apud Scipionem Boninum, 1620, p. 66.

sicariis in capitulo homicidii [il riferimento può essere a D.48.8.1.3], / ut homicida indistincte ultiore gladio puniatur, per textum Insti., / de publicis iudiciis, § item lex Cornelia de sicariis [I.4.18.5], licet ibi aliter intelli/gat, ut pro hoc I. iii, C de episcopali audientia [C 1.4.3], et quod no. in I. / Gracchus, C de adulteriis [C. 9.9.4]. Et ita hodie communiter observatur. /

At ista procedunt quando magistratus fuit in dolo. Secus si / per culpam commisit excessum in torquendo, etiam si fuerit culpa / lata, per no. in I. in actionibus, ff de in item iurando [D.12.3.5], et ff / de verborum significatione, I. magna negligentia [D.50.16.226], et I. i, ff de abigeis [D.47.14.1]. Et ideo, / quandoque iudex debite torquet licet casuale mors sequatur, / et non tenetur, ut dicta I. Gracchus, quia fecit legis permissu ut / ibi, quandoque indebite, ut quia ad eum non spectat, vel inditia / non sunt sufficientia, vel etiam modum excedit, ut in casu / nostro, et tunc aut dolose sic facit propter personarum odium vel / inimicitiam, aut per gratiam, ut puta per amicitiam partis offense, // que omnia et his similia includunt dolum, et tenetur lege Cornelia de sicariis, / cuius pena est ut dixi, aut sine dolo, aut per lasciviam / seu per supinam iuris ignorantiam in lata culpa consisten/tem, et tunc pena legis Cornelie de sicariis non tenetur. / Et huius sententie dicitur Iacobus de Arena in passu / punctualiter nostri casus, ut no. per Cinum in dicta I. Gra/cchus, C de adulteriis [C.9.9.4], et ita debet cum dicta distinctione intelligi / textus in dicta I. iiiii, ff de sicariis, in principio [D.48.8.4.pr.], cum ceteris ad idem / inductis, et probatur aperte in dicta I. iiiii, et pro hoc quod Bartolus / plene no. in I. i, § non autem [*rectius*: non alias], ff si quis testamento liber esse iussus / fuerit [*rectius*: si is qui testamento liber esse iussus erit] [D.47.4.1.2], qui dicit plus quod etiam statutum civitatis super pena / corporali simpliciter disponens reduceretur ad hunc intellectum / scilicet si per dolum maleficium sit commissum, quasi ista sit inter/petratio declarativa proveniens a iure communi, quod est bene / no. Ex his patet quid dicendum in casu nostro et qualiter debeant / intelligi verba Bartoli et Guidonis de Suzaria primo allegata. Nam / si dicimus hunc assessorem in dolo fuisse habet locum predicta / lex Cornelia de sicariis seu pena statuti, ut super est dictum. Si vero / dicimus ipsum non fuisse in dolo sed in culpa licet lata, tunc / nec debet mori nec etiam deportari neque pena aliqua cor/porali puniri sed solum de culpa et de excessu culpabili / debet aliter condemnari seu multari iudicantis arbitrio, et pro hoc, / ultra predicta, I. iii [*rectius*: ii], § hac actione, in verbo 'sed aliter multabitur', / ff vi bonorum raptorum [D.47.8.2.18], et ibi per Bartolum, et quod no. idem Bartolus I. penultima, / ff de adulteriis [D.48.5.44(43)]. Qui autem dolo presumatur fecisse facit, quia esse / maleficium presumitur malo animo factum, I. i, C de sicariis [C.9.16.1], et / I. si non convicci, C de iniuriis [C.9.35.5]. In contrarium videtur quod magis per / culpam aut improvidam temeritatem seu supinam iuris ignorantiam / dolo carentem facit velamentum officii, quia erat membrum curie / potestatis Mantue, et facit in ratione sui ff de publicanis, I. si / multi [D.39.4.6], et quod ibi per Dynum et Bartolum. Cum igitur habuerit aliquem colorem / licet non iustum, dicendum est quod magis fecit temere seu ex iuris / ignorantia, non advertendo ad ea ad que advertere debebat, / et sic pena formalii homicidii non tenebitur per predicta, et pro hoc / ff de liberali causa, I. igitur, § potest [D.40.12.12.2-3] ibi si 'iustis rationibus / ductus sive non iustis sine calliditate tamen', et C de plagiariis, / I. plagiarii [C.9.20.16] et I. preses [C.9.20.8] et quod no. in dicta I. i, in fine, ff. de abigeis [D.47.14.1]. //

In conclusione hec res tota stat in cognitione iudicantis ex / inspectione eorum que facta fuerunt aut dicta fuere eo tempore quo / facta fuerunt et circa id tempus per no. I. fulcineus, (§) quid si / is qui fraudationis [rectius: sed is qui fraudationis], ff quibus ex causis in possessionem eatur [D.42.4.7.5], et quod no. / Innocentius in c. innotuit, Extra de arbitris [X.1.43.12]. In dubiis tamen locus debet / esse benigne interpretationi et maxime cum de salute / hominis agitur, ut I. aditos [rectius: addictos], C de appellationibus [C.7.62.29], et I. si de inter/petrazione [rectius: interpretatione] [D.48.19.42] et I. si preses, ff de penis [D.48.19.32]. Melius est namque / in dubio nocentem absolvere quam inocentem damnare, ut ff / de penis, I. absentem, in principio [D.48.19.5.pr]. Non tamen dico quod in casu no/stro sit inocentia prorsus, sed sufficiat quod sit inno/centia doli aut sit dubium sit dolus vel non dolus / sed culpa esset culpa lata, et ideo in dubio debemus / absolvere a presumptione doli, I. absentem, ff de penis [D.48.19.5], non / obstante dicta I. iiiii, ff de sicariis [D.48.8.4], nec dicta I. si non convicii [C.9.35.5], quia / ibi non erat aliquod velamentum sed mera facti atroci/tas, ut no. de hoc dicta I. i, C de sicariis [C.9.16.1].

Et sic sentio in /hoc casu dubio et valde duro. Deo gratias. /

Finit consilium domini Çilioli de Cavitellis de Cremona doctoris clarissimi».

## Bibliografia

- Arabeyre P., 2015: voce *Feu (Ignaeus) Jean*, in P. Arabeyre, J.-L. Halperin, J. Krynen (sous la direction de), *Dictionnaire historique des juristes français (XIIe-XXe siècle)*, Paris, Presses Universitaires de France, pp. 427-429
- Bettoni A., 2013: voce *Bruni, Francesco*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Miletta, 2 voll., Bologna, il Mulino, vol. I, pp. 348-349
- Caprioli S., 1977: *Satura Ianx 6. Il parere d'un allievo di Baldo sulla rescindibilità di un contratto d'affitto novennale rinnovabile*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, n.s., 5, 1976, Padova, Cedam, 1977, pp. 25-46 (rist. in S. Caprioli, *Indagini sulla rescissione*, Perugia, Università degli Studi di Perugia, Facoltà di Giurisprudenza, 2001, pp. 277-297, poi in S. Caprioli, *Satura Ianx. Studi di storia del diritto italiano*, Spoleto, Fondazione Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, 2015, pp. 83-104)
- Cocchiara M.A., 2013: voce *Muta, Mario*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Miletta, 2 voll., Bologna, il Mulino, vol. II, pp. 1403-1404
- Cortese E., 1978: *Nicolaus de Ursone de Salerno. Un'opera ignota sulle lettere arbitrarie angioine nella tradizione dei trattati sulla tortura*, in *Per Francesco Calasso. Studi degli allievi*, Roma, Bulzoni, pp. 191-284
- Cortese E., 1995: *Il diritto nella storia medievale*. II. *Il Basso Medioevo*, Roma, II

Cigno Galileo Galilei

Cortese E., 2003: *Jean Feu a Pavia nel 1509-1510. Propaganda francese nella Lombardia conquistata*, in «*Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert: Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, hrsg. v. M. Ascheri et all., Köln-Weimar-Wien, Böhlau, pp. 121-143

Demuro G.P., 2007; *Dolo. I. Svolgimento storico del concetto*, Milano, Giuffré

Dezza E., 2020: «*Sanctius est impunitum relinqu facinus nocentis quam innocentem damnare*». *I dubbi del giudice e le risposte del giurista nel consilium I, 133 di Giasone del Maino*, in *Giasone del Maino (1435-1519). Diritto, politica, letteratura nell'esperienza di un giurista rinascimentale*, a cura di Ettore Dezza e Stefano Colloca, Bologna, il Mulino, pp. 77-108

Donati G.A., 2020: «*Non modo omnibus notissimum est*». *Prime note intorno alla pena detentiva nel diritto comune (secc. XIV-XVI)*, in «*Rivista di Storia del Diritto Italiano*», XCIII/2, pp. 125-177

Errera A., 2000: *Processus in causa fidei. L'evoluzione dei manuali inquisitoriali nei secoli XVI-XVIII e il manuale inedito di un inquisitore perugino*, Bologna, Mondazzi

Fiorelli P., 1953-1954: *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, 2 voll., Milano, Giuffré, (ora consultabile nella *Ristampa inalterata con prefazione dell'autore settant'anni dopo, e due appendici*, Milano, Giuffré, 2023)

Fiorelli P., 1972: voce *Bruni (Brunus, Dal Bruno), Francesco*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Volume 14, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, pp. 614-615

Fugazza E., 2017: *Pavia, 1249. Publica fama e culpa nel processo contro i custodi del carcere*, in «*Italian Review of Legal History*», 2, pp. 1-15

Geltner G., 2008/2012: *The Medieval Prison. A Social History*, Princeton, Princeton University Press (trad. it.: *La prigione medievale. Una storia sociale*, Roma, Viella)

Geri M.P., 2011: *Dal textus all'ordine sanzionatorio. La classificazione dei crimini tra tecnica giuridica e logica di edificazione istituzionale*, Pisa, Edizioni ETS

Kantorowicz H., 1926: *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, II, *Die Theorie. Kritische Ausgabe des Tractatus de maleficiis nebst textkritischer Einleitung*, Berlin und Leipzig, Walter De Gruyter & Co

Lepsius S., 2013: voce *Bartolo da Sassoferrato*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Miletta, 2 voll., Bologna, il Mulino, vol. I, pp. 177-180

Lucchesi M., 1996: *Si quis occidit occidetur. L'omicidio doloso nelle fonti consiliari (secoli XIV-XVI)*, Milano, Giuffrè

Maffei D., 1979: *Giuristi medievali e falsificazioni editoriali del primo Cinquecento: Iacopo di Belviso in Provenza?*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann

- Maffei D., Cortese E., García y García A., Piana C., Rossi G., 1992: *I codici del Collegio di Spagna di Bologna*, Milano, Giuffrè
- Maffei P., 2013: voce *Bonfranceschi, Agostino (da Rimini, Ariminensis)*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Miletta, 2 voll., Bologna, il Mulino, vol. I, p. 296
- Maganzani L., 2003/2006: *La «diligentia quam suis» del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica*, in «Rivista di Diritto Romano», III , <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/> (ora in «Forum historiae iuris», <http://www.forhistiur.de/>, Aufsatz, 7. August 2006, e in volume monografico Milano, LED, 2006, con Prefazione di G. Negri)
- Marcello A., 1928, *Opere giustamente e ingiustamente attribuite a Iacopo Dell'Arena*, in «Rendiconti del Regio Istituto Lombardo di Scienze e Lettere», LXI, pp. 852-861
- Mari P., 2021: *Il libro di Bartolo. Aspetti della vita quotidiana nelle opere "bartoliane"*, Spoleto, Fondazione Centro italiano di Studi sull'Alto Medioevo
- Napoli M.T., 1979: voce *Cavitelli, Egidio (Gelliolo, Gigliolo, Giliolo, Ziliolo, Zeliolo)*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Volume 23, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, pp. 112-113
- Pifferi M., 2006: *Generalia delictorum. II Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la «parte generale» di diritto penale*, Milano, Giuffrè
- Pifferi M., 2016: *Accidentalia delicti e criteri di commisurazione della pena. Una lettura storica delle circostanze alla 'periferia' del codice*, in R. Bartoli, M. Pifferi (a cura di), *Attualità e storia delle circostanze del reato. Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità*, Milano, Giuffrè, pp. 3-18
- Pini A.I., 1971: voce *Bonfranceschi, Agostino (Augustinus de Ariminio)*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Volume 12, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, pp. 32-34
- Quaglioni D., 1989: voce *Dell'Arena (D'Arena), Iacopo*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Volume 37, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, pp. 243-250
- Rossi Gi., 2007: *Incunaboli della modernità. Scienza giuridica e cultura umanistica in André Tiraqueau (1488-1558)*, Torino, Giappichelli
- Rossi Gu., 2023: *Ordinatio ad casum. Legal Causation in Italy (14th-17th centuries)*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann
- Sangaletti M., 2014: *Egidio Cavitelli e Cremona: un "doctor famosus" e la sua città*, in «Archivio Storico Lombardo», 140, pp. 333-350
- N. Sarti N., 1980-81: *Appunti su carcere-custodia e carcere-pena nella dottrina civilistica dei secoli XII-XVI*, in «Rivista di Storia del Diritto Italiano», LIII-LIV, pp. 67-110

- Semeraro M., 1999/2001: *Osservazioni in margine al "Tractatus de tormentis": attribuzione e circolazione dell'opera sulla base di alcuni manoscritti*, in «*Initium. Revista Catalana d'História del Dret*», 4, pp. 479-499 (ora in A Ennio Cortese, Scritti promossi da D. Maffei e raccolti a cura di I. Birocchi, M. Caravale, E. Conte, U. Petronio, 3 voll., Roma, Il Cigno Edizioni, 2001, vol. III, pp. 261-279)
- Semeraro M., 2000: *Osberto da Cremona. Un giurista dell'età del diritto comune*, Roma, Viella
- Sorice R., 2018: *Vittime colpevoli e colpevoli innocenti. Ricerche sulle responsabilità penali nell'età del diritto comune*, Bologna, Bononia University Press
- Sorice R., 2019: *La teoria dei versari in re illicita nel pensiero di Giovanni d'Andrea: dolus generalis?*, in «*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung*», 105, 99-152
- Stuckenbergs C.F., 1998: *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, Berlin-New York, Walter de Gruyter
- Treggiari F., 2013: voce *Cavitelli, Egidio (Gigliolo, Egidio)*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Miletta, 2 voll., Bologna, il Mulino, vol. I, p. 502
- Treggiari F., 2013b: voce *Iacopo d'Arena*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Miletta, 2 voll., Bologna, il Mulino, vol. I, pp. 1099-1101
- Treggiari F., 2021: *Inquisizione, eresia, tortura: norme, pratiche e dottrine del processo penale medievale*, in *Gli Ordini di Terrasanta. Questioni aperte, nuove acquisizioni (secoli XII-XVI)*, Atti del Convegno internazionale di studi (Perugia, 14-15 novembre 2019), a cura di A. Baudin, S. Merli, M. Santanicchia, Perugia, Fabrizio Fabbri Editore, pp. 531-555