A12

Daniela Buccomino

Studi sulla transazione penale nell'opera di Alberto da Gandino e Angelo Gambiglioni

Prime indagini sulla composizione amichevole delle liti nell'età di diritto comune

Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXX
Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.gioacchinoonoratieditore.it
info@gioacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-0260-2

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.

Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.

I edizione: marzo 2020

A Luca, ancora una volta

Indice

9 *Abbreviazioni*

11 *Premessa*

17 Capitolo I
Alberto da Gandino

1.1. La vita, 17 – 1.2. Le opere, 24 – 1.2.1. *Il Tractatus de Maleficiis*, 24 – 1.2.2. *Le Quaestiones Statutorum*, 33 – 1.2.3. *Alcune questioni dottrinali affrontate nel Tractatus de maleficiis e nelle Quaestiones statutorum*, 40.

43 Capitolo II
Angelo Gambiglioni. Un practicus celeberrimus

2.1. La vita, 43 – 2.2. Le opere, 48 – 2.2.1. *Il Tractatus de Maleficiis: continuità o svolta?*, 48 – 2.2.2. *La Lectura Institutionum e le opere minori*, 56.

61 Capitolo III
Vecchie pratiche, nuove giustificazioni

3.1. La *transactio* nel diritto romano, 61 – 3.1.1. *Nozione. Dal pactum alla transactio*, 61 – 3.1.2. *Esegesi della lex Transigere* , 70 – 3.1.3. *Utilità pratica ed importanza della transazione*, 78 – 3.1.4. *Ammissibilità soggettiva e oggettiva dell'istituto*, 79 – 3.2. La transazione nel diritto intermedio, 85 – 3.2.1. *Il controllo della violenza nel diritto longobardo e franco*, 85 – 3.2.2. *Le fonti documentarie della transazione: formulari notarili e chartae pacis*, 91 – 3.2.3. *L'amicabilis compositio negli statuti: le modifiche al diritto comune*, 97 – 3.2.4. *Il rinascimento giuridico bolognese e la nuova elaborazione teorica della transazione ad opera della dottrina*, 102 – 3.2.5. *Il rinascimento giuridico bolognese e la nuova elaborazione teorica della transazione ad opera della dottrina* , 110 – 3.3. *Transactio in criminalibus* nel diritto della Chiesa, 119.

127 Capitolo IV
Fra spinte privatistiche e istanze pubblicistiche

4.1. *Crimina quae penam sanguinis ingerunt*, 127 – 4.2. *Offendit rem publicam civitatis*, 131 – 4.2.1. *Reato di adulterio*, 138 – 4.2.2. *Reato di falso: definitio et exceptio*, 147 – 4.2.3. *Reato di falso*, 156 – 4.3. Ammissibilità soggettiva della transazione in materia penale, 159 – 4.3.1. *Casi singolari di rappresentanza: il ministro di culto e la tutrice*, 162 – 4.3.2. *Configurazione giuridica del mandante e sua capacità a transigere*, 168 – 4.3.3. *Transazione necessaria per intervento giudiziale*, 171 – 4.4. L'effectus transactionis, 174 – 4.4.1. *L'efficacia preclusiva della transactio e il principio ne bis in idem transactum*, 175 – 4.4.2. *Il problema dell'estensibilità dell'effectus transactionis*, 178 – 4.4.3. *Efficacia preclusiva della transazione nei confronti della pubblica accusa*, 181 – 4.4.4. *Effectus civilis della transazione relativa ad un illecito penale. Transazione de facto*, 183 – 4.4.5. *Efficacia probatoria della transazione penale*, 185 – 4.5. L'invalidità del negozio transattivo, 186.

189 *Conclusioni*

195 *Bibliografia*

217 *Indice delle fonti*

Abbreviazioni

ASBo: Archivio di Stato di Bologna
APOLLINARIS: Apollinaris: commentarium juridico–canonicum
AttiMemProvR: Atti e memorie della Deputazione di storia patria per le province di Romagna
BIDR: Bullettino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scajola"
BIMAe: Bibliotheca Iuridica Medii Aevi
BDSPUmbria: Bollettino della Regia deputazione di storia patria dell'Umbria
BSSP: Bollettino senese di storia patria
CICa: Corpus iuris Canonici
DBGI: Dizionario biografico dei giuristi italiani
DBI: Dizionario biografico degli italiani
ED: Enciclopedia del diritto
EDPI: Enciclopedia del diritto penale italiano
EGI: Enciclopediea giuridica italiana
GW: Gesamtkatalog der Wieserndrucke
INITIUM: Initium. Revista catalana d'historia del dret
IC: Ius commune
JU: Juristas universales, R. Domingo (a cura di), Madrid 2004
LexMa: Lexicon des Mittelalters
MGH: Monumenta Germaniae historica
MIC: Monumenta Iuris Canonici
MSCG: Materiali per una storia della cultura giuridica
NNDigI: Novissimo digesto italiano
NRS: Nuova rivista storica
NDI: Nuovo digesto italiano
QF: Quaderni fiorentini
RdA: Rivista d'arte
RDP: Rivista di diritto processuale
RG, MPG: Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max–Planck– Instituts für europäische Rechtsgeschichte
RHD Revue historique de droit français et étranger
RIDC: Rivista italiana di diritto comune
RNMA: Regii Neapolitani archivi monumenta, Neapoli 1845–1861
RSDI: Rivista di storia del diritto italiano
SG: Studia gratiana
SDHI: Studia et documenta historiae et iuris
SS: Studi senesi

STUD. STOR.: Studi storici
TUI: Tractatus universi iuris
ZSS, RA: Zeitschrift der Savigny–Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung

Premessa

Ne *Dei delitti e delle pene* Cesare Beccaria spiega che: « alcuni liberano dalla pena di un piccolo delitto quando la parte offesa lo perdoni, atto conforme alla beneficienza ed all'umanità, ma contrario al bene pubblico » e conclude che « il diritto di far punire non è di uno solo, ma di tutti i cittadini o del sovrano »[1]. È chiaro come l'illuminista milanese abbia individuato nella transazione uno dei possibili fattori d'impunità del colpevole e abbia considerato che una maggiore efficienza nell'amministrazione della giustizia penale, fondata sull'indisponibilità e sulla certezza della pena, possa essere ottenuta anche mediante il necessario superamento di questo mezzo di composizione delle liti.

Ciò in parte può spiegare, da parte della storiografia giuridica di primo Novecento, il silenzio o la qualificazione marcatamente riduttiva dell'istituto transattivo quale « avanzo del sistema della privata vendetta » o uno strumento finalizzato a mantenere al « reato un carattere privato »[2].

Ma proprio queste espressioni ci fanno comprendere pienamente la distanza che separa la cultura dell'Illuminismo da quella che si cercherà di descrivere in questo lavoro e dalla concezione della più recente storiografia.

In questi anni, infatti, la medievistica italiana ha affrontato con passione ed attenzione le questioni connesse alla prassi dell'amministrazione della giustizia nelle città, indagando le trasformazioni relative all'azione penale, il complesso rapporto tra vendetta, transazioni, negoziazioni, paci, procedimenti giudiziari nella regolamentazione della conflittualità, ma ovviamente anche le dinamiche e le valenze politiche dell'affermarsi del pubblico. Le ricerche sulla conflittualità e sulle problematiche ad essa inerenti hanno guadagnato spazio sempre maggiore nel dibattito storiografico degli ultimi decenni.

1. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cap. 29, p. 88 e cap. 46, p. 114.

2. Per le citazioni si veda D. Edigati, *La pace nel processo criminale. Il caso toscano in età moderna*, in *Stringere la pace. Teorie e pratiche della conciliazione nell'Europa moderna (secoli XV–XVIII)*, a cura di P. Broggio e M.P. Paoli, Roma 2011, p. 369, nt. 2

Tra gli studiosi che hanno dedicato particolare energia a questo campo di indagine corrono alla mente i pionieristici lavori di Antonio Padoa Schioppa, nonché i nomi di Giuliano Milani, Massimo Vallerani, Andrea Zorzi, non senza che s'imponga alla memoria il ricordo dell'imprescindibile magistero di Mario Sbriccoli.

Questi apporti ricostruiscono un'immagine della giustizia penale come strumento di affermazione del potere pubblico nell'effettiva capacità di controllo e gestione dei conflitti e di mediazione, anche tramite un esercizio regolamentato della violenza, tra esigenze del singolo e della comunità. Il tutto si realizza attraverso l'utilizzo di particolari procedure, messe alla prova sulle fonti giudiziarie e fatte interagire con le fonti dottrinali, al fine di sottolineare come non possano essere adottate schematizzazioni troppo semplificanti, quali ad esempio quelle fra *accusatio* e *inquisitio*.

Le sottolineature su cui i diversi autori si concentrano possono variare a seconda dell'angolo di visuale da cui partono per affrontare il tema. C'è chi preferisce, come Zorzi e Sbriccoli, porre l'accento su fattori sociali e politici, chi, come Padoa Schioppa si focalizza su elementi tecnici e formali nell'enfasi del ruolo dei giuristi, e chi, come Vallerani, privilegia concentrare l'attenzione sugli intrecci tra aspetti procedurali e conflitti sociali.

Alle attività di mediazione o di conduzione dello scontro, comunque, è stato riconosciuto un valore nel sistema della giustizia d'antico regime ed è stata evocata la necessità di riformulare il concetto stesso di giustizia, liberandosi da un "paradigma statale" che, a dispetto del valore ad essa riconosciuto in passato, impediva di considerare giustizia pratiche quali la vendetta e la ritorsione e, ancora, negoziati, transazioni e composizioni, remissioni e paci private[3].

3. Le composizioni extragiudiziali, infatti, non si oppongono alla giustizia egemonica, secondo la nota classificazione introdotta da Mario Sbriccoli (M. Sbriccoli, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna. Atti del convegno internazionale di studi organizzato dall'Istituto storico italo–germanico in Trento, dal Dipartimento di storia dell'Università degli Studi di Firenze e dalla Fakultät Geschichte dell'Universität Bielefeld, Trento 21–23 ottobre 1999, a cura di M. Bellabarba, G. Schwerhoff, A. Zorzi, Bologna 2001, pp. 345–364.). È proprio in conformità a quest'assunto che gli storici della giustizia hanno cominciato a fissare lo sguardo verso ciò che accadeva ai margini dei tribunali, in quella «zona grigia in cui si mescolano diritto e pratiche informali e dove "giustizia" e "pace" vivono gomito

Intreccio fra pratiche giudiziarie e non, meccanismi di solidarietà e dell'ostilità, evoluzione politica e istituzionale dei comuni, riflessioni della dottrina costituiscono i temi del presente lavoro, dedicato alla ricostruzione dell'istituto della transazione in materia penale.

Questo studio si propone di fornire una prima ricostruzione di uno dei modi di esercizio della giustizia penale nella convinzione che scavare nei « depositi della nostra memoria del penale »[4] aiuti a conoscere ulteriormente l'uomo medievale alle prese con i meccanismi complessi e flessibili della procedura giudiziaria[5].

Nella storia della giustizia, infatti, la procedura rappresenta la parte tecnica del discorso ma, al tempo stesso è considerata uno degli indicatori principali per giudicare i sistemi e valutarne lo stadio di sviluppo: ad esempio il passaggio dall'accusa all'inquisizione, in qualunque realtà avvenga, è sempre visto come « processo di incivilimento dei sistemi penali » e il segno di una compiuta struttura giudiziaria statuale. Sul punto, Vincenzo Manzini: «Il procedimento penale non è frutto delle meditazioni dei filosofi, né delle teorie di una scuola, né del costume di un singolo popolo e neppure della politica d'un determinato Stato. Esso è soprattutto il prodotto della necessità e dell'esperienza sociali formatosi, svoltosi e perfezionatosi attraverso i secoli».

Su queste premesse, l'affermazione della civiltà comunale ha comportato una pubblicizzazione del diritto penale, ovvero un crescente interesse del potere politico pubblico a intervenire nella punizione di un reato: il delitto non è più solo un'offesa al privato che chiede di essere risarcito, ma diventa un'offesa alla *respublica*, una minaccia per la pace sociale, una disobbedienza alle regole della comune convivenza su cui si fonda la *civitas*.

Il percorso teorico che porta i giuristi a vedere il comune come parte lesa di ogni crimine mira a superare una gestione privatistica e negoziata della giustizia criminale, in cui le parti puntano solamente o principalmen-

a gomito» in M. Bellabarba, *Pace pubblica e pace privata: linguaggi e istituzioni processuali nell'Italia moderna* in Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna, cit., pp. 189–213.

4. G. Alessi, *Il processo penale: profilo storico*, Roma 2001, p. XI.

5. Il Medioevo ci ha consegnato statuti, processi, fascicoli, atti giudiziari che, solo attraverso un incrocio di testi, di memorie, di immagini, permettono di entrare dentro i sistemi penali di antico regime. La ricostruzione dell'esperienza giuridica deve muoversi, dunque, percorrendo tutti i diversi livelli della realtà, inseguendo la chiave della mobilità dei confini tra penale e civile, formale e informale.

te a ottenere una soddisfazione pecuniaria o a riaffermare pubblicamente l'onore violato, ed affida invece alla sanzione pubblica il risarcimento sempre dovuto alla città per avere infranto l'ordine legale stabilito.

Ma come si vedrà nel corso del lavoro non si tratta di un percorso a senso unico e lineare. Anzi è proprio in questa prospettiva che va analizzata la transazione penale, cogliendo i punti di tensione con la linea teorica del procedimento penale e la realtà della prassi.

Nel tentativo di far ciò ci si rivolgerà alla dottrina giuridica, vero luogo di elaborazione scientifica degli ordinamenti giuridici tardo medievali[6], ma anche alla normativa statutaria[7], al fine di spiegare le modalità con cui il sistema ideale e teorico del diritto comune si confrontava con la necessità concreta del *facere iustitiam*.

I primi due capitoli dello studio si concentreranno sull'analisi biografica e bibliografica di Alberto da Gandino e di Angelo Gambiglioni, evidenziando le ricche e precise informazioni storiche e archivistiche derivanti dagli studiosi che si sono occupati dei due giuristi in passato. L'esperienza diretta che dell'amministrazione della giustizia, proprio in contesti istituzionali, hanno i due autori, li proietta nel coinvolgimento della vita del diritto e in particolare delle interazioni fra *ius* e politica. Risulta acquisito come le loro riflessioni si siano, con modi, per periodi e intensità diverse, tutte alimentate di tali coinvolgimenti. Non è poi da trascurare che le loro opere, che qui saranno oggetto di indagine, erano principalmente rivolte alla formazione di chi nei contesti politici e istituzionali cittadini avrebbe operato. Non solo. La maggior parte degli interrogativi sorgeva nella e dalla prassi. Si tratta, dunque, di esaminare, partendo dai dati bio–bibliografici, la procedura, cercando di cogliere, all'interno dell'istituto transattivo, la presenza del rapporto fra teoria e pratica.

6. Il processo emerge in un primo momento come elaborazione culturale di una generazione di giuristi e pratici del diritto impegnati a delineare le forme di un nuovo sistema di confronto giudiziario chiamato *ordo*: sequenza ordinata di atti secondo uno schema triadico in cui due parti si affrontano sotto l'occhio critico del giudice. Questo modello divenne uno strumento importante per affermare la *potestas* pubblica dei poteri comunali. Si tratta di una *potestas* che comprendeva anche strumenti di pacificazione e di mediazione arbitrale delle liti.

7. Il livello della prassi locale è certamente indispensabile per capire quale giustizia una comunità abbia conosciuto, quali siano state le sue pratiche giudiziarie di composizione dei conflitti. Il livello sapienziale, tuttavia ci consente di capire quale sistematica regolasse il processo di effettivizzazione della procedura nel fatto processuale specifico.

Per giungere a una conoscenza più completa della transazione penale, si procede nel terzo capitolo non solo ad un' attenta analisi storica dell'istituto transattivo lungo un arco temporale estremamente ampio che ha inizio con lo sviluppo delle premesse elaborate dal diritto romano, attraversa il rinascimento giuridico medievale e si ferma appena prima della grande Criminalistica cinquecentesca; ma anche, e soprattutto, ad estendere la riflessione alle discipline extra–penalistiche, mediante un'analisi comparativa con il diritto civile e il diritto canonico, mostrando quell'alto grado di pervasività che da tempo è stato notato dalla dottrina più accorta.

Concentrando, infine, nel quarto e ultimo capitolo, l'attenzione sullo studio del negozio transattivo nell'opera di Alberto da Gandino e Angelo Gambiglioni, si tenterà di far luce sui passaggi cruciali che consentiranno a tale istituto di guadagnare spazi qualitativi importanti e decisivi nei secoli, pur rimanendo quantitativamente debole nel sistema della giustizia, considerata nel suo complesso.

Concludendo, un'annotazione intorno al metodo espositivo.

Le opere dei giuristi di cui si espone il pensiero e le singole fonti normative antiche sono citate frequentemente in lingua latina o greca al fine di riprodurne il più fedelmente possibile i contenuti e, a un tempo, lo spirito. Ciò non significa abdicare del tutto al compito ermeneutico fondamentale, descritto da Dolcini nei termini di una traduzione[8]; ma è sembrato preferibile rimettere la scelta al lettore per non imporre con la traduzione, inevitabilmente, un'interpretazione.

Per non appesantire ulteriormente un'esposizione già di per sé abbastanza faticosa non si è ritenuto opportuno riportare tutti i richiami normativi e dottrinali di cui gli scritti del Gandino e del Gambiglioni sono ricchi, limitandomi a indicare solo quelli più importanti o comunque indicativi e riferendoli nell'ordine e con le parole usate dai due autori, dei quali è anche conservato il sistema di citazione, integrato però con quello moderno. Quest'ultimo, per quel che riguarda il *Corpus Iuris Civilis* ed il *Corpus iuris Canonici*, si rifà costantemente all'edizione critica, ponendo tuttavia in evidenza — tra parentesi quadre — le eventuali varianti rispetto alle edizioni più antiche.

8. « Senza organizzare un nostro linguaggio specializzato nel quale ospitare argomenti e definizioni di una lingua perduta come il latino medievale, la nostra ricerca avrà sempre una dimensione debole e approssimativa, non uscirà mai dal seminato dei vocabolari » in C. Dolcini, *'Un silenzio pressoché totale'. Per la ristampa di* Iurisdictio *di Pietro Costa*, in *Pensiero politico medievale*, 1 (2003), pp. 151–157, spec. 154.