

**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

88

Tomo I

MARIO SBRICCOLI

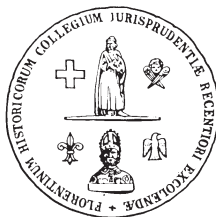
**STORIA
DEL DIRITTO PENALE
E DELLA GIUSTIZIA**

SCRITTI EDITI E INEDITI (1972-2007)



GIUFFRÈ EDITORE

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da BERNARDO SORDI

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME OTTANTOTTESIMO

MARIO SBRICCOLI

STORIA DEL DIRITTO PENALE
E DELLA GIUSTIZIA

Tomo I

Scritti editi e inediti (1972-2007)



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 88-14-14507-5

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2009

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

PAGINA INTRODUTTIVA

Gli occhi di Mario Sbriccoli — intendo gli occhi della sua mente fervidissima — erano forniti di una straordinaria acutezza, che consentiva allo sguardo di penetrare a fondo nel tema prescelto a oggetto di conoscenza. Privilegio raro, che ha dato alle pagine sbriccoliane la capacità di reggere all'usura impietosa del tempo e, pertanto, di offrire a lettori nuovi e novissimi attingimenti preziosi.

È da questa elementare constatazione che a tutti noi — amici a Lui spiritualmente vicini — l'esigenza di ristampare e raccogliere cose sue è parsa fondata, prima ancora che nel nostro affetto e nel nostro inestinguibile ricordo, nel concreto bisogno di garantire una risposta adeguata alle ricorrenti istanze di giovani (e meno giovani) desiderosi di accostarsi agli scavi e alle riflessioni di Mario per trarne nutrimento.

I due volumi, che oggi si pubblicano, hanno, tuttavia, un merito ulteriore per i lettori, giacché ineriscono prevalentemente a un lavoro al quale Sbriccoli ha atteso continuamente negli ultimi anni, un lavoro che, malauguratamente, la morte ha interrotto impedendone il compiersi. Mi riferisco al progetto di una 'Storia del diritto penale', al quale lo avevo stimolato con forte persuasione, mettendolo in contatto con l'amico Nello Preterossi, da sempre vicino all'editore Laterza, editore di quel riuscitissimo modello per altre avventure consimili che è la 'Storia del diritto amministrativo' di Luca Mannori e Bernardo Sordi.

A Mario il progetto piaceva, e condivideva interamente nel suo intimo la mia persuasione che solo Lui avrebbe potuto farci dono di una sintesi personalissima anche se fondatissima su esaurienti documentazioni secondo la rigorosa filologia sbriccoliana. Alle mie assillanti sollecitazioni Mario rispondeva pazientemente con un sorriso sornione e bonario, non irritandosi perché comprendeva bene il sentimento di affetto e di stima che le provocavano, ma aggiungeva

subito che il lavoro era continuo, che il risultato finale era costantemente al centro dei suoi programmi, che — però — i tempi erano maturi per la pubblicazione di spezzoni anticipatorii parziali ma non ancora per una costruzione compiuta.

Io, per mia parte, ero rassicurato dalla apparizione di parecchi saggi dimostranti il sottostante filo unitario della ricerca e dalle diverse esplorazioni di cui — a voce — mi accennava. Tessere sparse di un mosaico in composizione, un mosaico che la morte ha impedito all'Autore di definire.

Gli allievi maceratesi di Mario Sbriccoli, disserrando le chiusure del laboratorio informatico del Maestro ansiosi di constatare lo stadio di progressione del progetto, si sono resi conto che, da un lato, le diverse pubblicazioni già circolanti, dall'altro lato, testi inediti, appunti, note, raccolte di fonti conservati nel forziere dell'ordinatore sbriccoliano, se, nel loro insieme, non riuscivano a disegnare l'edificio di una 'Storia del diritto penale', erano tuttavia in grado di segnare l'itinerario in atto, le scelte di metodo, le tappe percorse e da percorrere.

Publicando il tutto, come ben dice Luigi Lacché nella 'Nota redazionale', si permette al lettore di visitare il laboratorio/Sbriccoli, di sbirciare sul suo banco di lavoro, sugli strumenti prescelti; pubblicando il tutto, si può cogliere da vicino uno straordinario artefice all'opera nel chiuso della sua fertile officina. E il volume (che, poi, sono diventati due) si trasforma in un contributo dalla doppia valenza: un passo innanzi nella conoscenza della storia del diritto penale, un passo innanzi anche per la biografia intellettuale del grande storico maceratese del diritto.

Gli allievi di Mario, conoscendo il vincolo affettuoso che a Lui mi legava e che — nella comunione tra vivi e morti — a Lui tuttora mi lega, hanno avuto la generosità di chiamarmi a redigere questa 'pagina introduttiva'. Lo faccio con sincera gioia, sicuro di affidare al lettore un libro che, pur non offrendo alcuna sistemazione statica, nella sua dinamica interiore, nel suo crescere progressivo, nel suo essere fresca azione intellettuale nel suo farsi, si immedesima con la vita dello scrittore e la registra con una efficacia assolutamente singolare.

Citille in Chianti, Ferragosto del 2009

PAOLO GROSSI

NOTA REDAZIONALE

Questi due volumi degli Scritti di Mario Sbriccoli nascono da un progetto che i curatori ⁽¹⁾ maceratesi e gli amici e colleghi fiorentini hanno cominciato ad elaborare nel 2005 ⁽²⁾, subito dopo la morte dello studioso. I due ponderosi tomi non contengono *tutti* gli scritti di Sbriccoli. Non contengono le monografie ⁽³⁾ e la (piccola) parte che resta degli scritti minori ⁽⁴⁾. La raccolta segue pertanto una logica diversa da quella che solitamente accompagna questo tipo di pubblicazioni.

⁽¹⁾ Hanno curato i volumi i prof. Massimo Meccarelli, Paolo Marchetti, Carlotta Latini e i dott. Monica Stronati, Ninfa Contigiani, Antonella Bettoni, Giuseppe Mecca.

⁽²⁾ Si è data notizia di questo progetto in L. LACCHÈ, *Ricordo di Mario Sbriccoli (1941-2005)*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, LXXVIII, 2005, pp. 402-421. All'opera di Sbriccoli è stato dedicato il Convegno maceratese dell'ottobre 2006 i cui contributi sono stati pubblicati nel volume *Penale Giustizia Potere. Metodi, Ricerche, Storiografie. Per ricordare Mario Sbriccoli*, a cura di L. Lacchè, C. Latini, P. Marchetti, M. Meccarelli, Macerata, Eum, 2007. In questo volume il lettore troverà molti elementi utili all'inquadramento del suo lavoro. Inoltre, si possono vedere P. GROSSI, *Ricordo di Mario Sbriccoli*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 33-34, 2004-2005, pp. 1391-1398; L. LACCHÈ, *Mario Sbriccoli*, in *Crime, Histoire & Sociétés*, 9, 2/2005; S. TROMBETTA, *Mario Da Passano (1946-2005) e Mario Sbriccoli (1941-2005)*, in *Le Carte e la Storia*, 2, 2005, pp. 203-207; *In memoriam*, in *Deviance et Société*, 30, 2, 2006, p. 135; C. DOLCINI, *Tre Ricordi. Mario Sbriccoli...*, in *Pensiero politico medievale*, III-IV, 2005-2006, pp. 275-277; M. MECCARELLI, *La dimension doctrinale du procès dans l'histoire de la justice criminelle: la leçon historiographique de Mario Sbriccoli*, in *Crime, Histoire & Sociétés*, 13,1/2009, pp. 73-89. I *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, curati da Pietro Costa, hanno dedicato a Mario Sbriccoli i due tomi dell'annata 2007, *Principio di legalità e diritto penale*.

⁽³⁾ *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 494; *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 399.

⁽⁴⁾ Come si può vedere dalla bibliografia finale completa.

I due volumi nascono, in realtà, dall'intenzione di Mario Sbriccoli di pubblicare una *Storia del diritto penale* per i tipi di Laterza. Un progetto, questo, iniziato nel 1998 e mai portato a termine, anche a seguito della prematura scomparsa. L'autore ha lasciato una piccola quantità di materiali inediti che fanno intravedere, *in nuce*, alcuni caratteri della progettata *Storia*. Per questa ragione, abbiamo pensato di offrire al lettore un saggio di documenti "semilavorati", schemi, indici parziali, elenchi di materie e di questioni da affrontare e trattare, molte indicazioni su come fare, quali fonti utilizzare, prospettive metodologiche da tenere in considerazione. Si apre così uno "squarcio" sul "laboratorio" di Sbriccoli che non può essere però assunto, in alcun modo, a paradigma interpretativo. È piuttosto la segnalazione di un itinerario che, nell'intenzione dell'autore, avrebbe dovuto portare ad una sintesi, una condensazione di decenni di lavoro, di riflessioni, di scritti. Una sintesi didattico-scientifica che avrebbe fatto confluire in un disegno unitario, aggiornato, coerente, criticamente vagliato, materiali in gran parte già pubblicati. Ovviamente, non una raccolta di saggi, ma una vera e propria rielaborazione e riconsiderazione di un lungo percorso scientifico e culturale. Non è difficile immaginare che quella « Storia del diritto penale intesa come storia del pensiero giuridico e della costruzione dei principi penalistici... », una « storia della dimensione penale connessa a quella del crimine e della giustizia penale » ⁽⁵⁾ avrebbe rappresentato uno straordinario approdo personale, ma anche un punto di riferimento imprescindibile, e non solo per la comunità degli storici del diritto.

Così non è stato. Questa raccolta di saggi non ha né può avere un intento "risarcitorio" o aprire discorsi nuovi. Solo l'autore avrebbe potuto farlo. L'intenzione dei curatori è di evidenziare, specie per chi non conosce in dettaglio l'opera di Sbriccoli, la *costituzione materiale* della sua *Storia del diritto penale* e della giustizia, scritta, tessera dopo tessera, a partire dai primi anni Settanta del secolo scorso. Il *penale* e la *giustizia* sono stati senza dubbio il terreno privilegiato di riflessione, la lente per leggere il rapporto tra diritto, società e potere nel lungo periodo, dal medioevo all'età

⁽⁵⁾ Si veda *infra*, t. II, *Progetto per una storia del diritto penale (sec. XIV-XX)*, p. 1293.

contemporanea. È mancato il momento della sintesi, ma il disegno complessivo è netto, chiaro, evidente. Il mosaico è vastissimo e così ricomposto ci fa vedere l'immagine complessiva di una *Storia del diritto penale e della giustizia* che ha pochi eguali — per capacità di approfondimento e ampiezza delle linee di sviluppo — in altre letterature nazionali.

I due volumi contengono cinquantatré tra saggi, recensioni, presentazioni e appunti di Mario Sbriccoli. Cinque sono i testi inediti ritrovati nel suo archivio personale. Si tratta di relazioni presentate tra il 1997 e il 2004 in varie occasioni seminariali o di convegno ⁽⁶⁾. Consistono per lo più in appunti, note, raccolte di fonti, non rielaborati dall'autore. La scelta di pubblicarli è giustificata, a nostro avviso, dalla relativa completezza e soprattutto perché affrontano temi e questioni non trattati, in maniera specifica, nei saggi editi. È un modo, anche questo, per entrare “Nel laboratorio” dell'autore e vedere più da vicino i procedimenti di ricostruzione e di analisi dei singoli temi.

I materiali, editi e inediti, sono stati inseriti all'interno delle grandi categorie che lo stesso Sbriccoli ha elaborato e valorizzato nei suoi lavori. Gli indici e i “canovacci” disponibili ⁽⁷⁾ possono fornire ulteriori elementi di specificazione. La *Storia del diritto penale e della giustizia* è dunque organizzata su cinque principali scansioni, alcune delle quali hanno avuto una notevole fortuna sul piano critico e storiografico: la giustizia negoziata e l'emersione del penale pubblico; l'affermazione e i caratteri del penale egemonico; le figure e le categorie penalistiche; la codificazione penale e la dialettica dei

⁽⁶⁾ *La culture de la corruption. Profils historico-juridiques d'un style du pouvoir* (Relazione presentata in occasione del seminario *La corruption. Histoire sociologie politique*, Macerata, Università degli Studi, Interlabo del Groupe européen de recherche sur les normativités (GERN), 21 novembre 1997); *L'inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale* (Schema di una relazione presentata a Montereale Valcellina (PN), 23-24 settembre 1999, Centro culturale Menocchio, convegno sul tema *L'Inquisizione romana: metodologia delle fonti e storia istituzionale*); *Profili giuridici delle suppliche per giustizia in età moderna* (Appunti per la Relazione presentata a Trento, Istituto storico italo-germanico in Trento, Seminario «Petizioni, 'gravamina' e suppliche nella prima età moderna in Europa (secoli XIV-XVIII)», 25-26 novembre 1999); *Le droit à la Renaissance* (Conferenza presentata a Parigi, Sorbonne, 9 ottobre 2004).

⁽⁷⁾ Si possono vedere nella sezione intitolata “Nel laboratorio”.

diritti e delle libertà in età liberale; gli orientamenti dottrinali tra XIX e XX secolo.

I due volumi sono preceduti da una “Introduzione”. Si tratta in realtà del saggio *Giustizia criminale* pubblicato nel 2002 ⁽⁸⁾. La scelta è in qualche modo suggerita dall'autore. Tale scritto, per il suo carattere di sintesi, è particolarmente analitico e composto da venticinque tra paragrafi e sottoparagrafi. Pur nel dichiarato intento didattico, Sbriccoli considerava questo contributo un vero e proprio indice ragionato di questioni che avrebbe trattato e sviluppato ampiamente nella sua Storia del diritto penale. Per questa ragione, è stato messo come *incipit*, quasi per tracciare, a volo d'uccello, l'intero, lungo percorso della storia del “penale” come « fuoruscita dalla vendetta [...] che meglio svela il tortuoso processo di incivilimento dei sistemi penali, dando senso alla loro ricostruzione storica e valorizzando, di quei sistemi, la funzione di difesa giuridica delle persone, dei beni, delle società » ⁽⁹⁾.

Proprio da questo saggio accogliamo un “monito” che appare quanto mai attuale e che, per certi versi, può anche essere considerato un vero e proprio testamento spirituale: « Perché la giustizia penale, assunta come il fine per il quale diritto e processo si compendiano, non è storicamente rappresentabile dentro lo schema di un costante progresso verso l'incivilimento. Essa ha conosciuto crisi e regressioni, insieme a fasi in cui è stata asservita a disegni tirannici e a progetti di dominio politico. E può conoscerne ancora. Perché riappaiono tenacemente, anche nelle moderne società, la volontà di farne un ottuso mezzo repressivo, o la pretesa di trasformarla in occasione di privilegiata impunità » ⁽¹⁰⁾.

LUIGI LACCHÈ

⁽⁸⁾ *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 163-205 [t. I, pp. 3-44].

⁽⁹⁾ *Ibidem*, p. 164 [t. I, p. 4].

⁽¹⁰⁾ *Ibidem*.

ELENCO DEGLI SCRITTI
PUBBLICATI NEI DUE TOMI

- *Giustizia criminale*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 163-205.
- *Legislation, Justice and Political Power in Italian Cities, 1200-1400*, in A. Padoa Schioppa (a cura di), *Legislation and Justice: The Origins of the Modern State, 13th-18th Centuries*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 37-55.
- « Vidi communiter observari ». *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », 27, 1998, pp. 231-268.
- « Tormentum idest torquere mentem ». *Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell'Italia comunale*, in J.-C. Maire-Vigueur e C. Paravicini Bagliani (a cura di), *La parola all'accusato*, Palermo, Sellerio, 1991, pp. 17-32.
- *La benda della Giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna*, in M. Sbriccoli, P. Costa, M. Fioravanti e altri, « Ordo » iuris. *Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 41-95.
- « Lex delictum facit ». *Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico*, in M. Cavina (a cura di), *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero giuridico moderno*, Atti del Convegno (Udine, 12-13 aprile 2002), Udine, Forum, 2004, pp. 91-119.
- « Nox quia nocet ». *I giuristi, l'ordine e la normalizzazione dell'immaginario. Introduzione a M. Sbriccoli (a cura di), La notte. Ordine, sicurezza e disciplinamento in età moderna*, Firenze, Ponte alle Grazie, 1991, pp. 9-19.
- « Periculum pravitatis ». *Juristes et juges face à l'image du crimi-*

- nel méchant et endurci (XIV-XVI siècles)*, in M. Porret (a cura di), *Le criminel endurci. Récidive et récidivistes du Moyen Age au XXe siècle*, Atti del Colloque IAHCCJ (Ginevra, 6-8 giugno 2002), Genève, Droz, 2006, pp. 25-41.
- *Brigantaggio e ribellismi nella criminalistica dei secoli XVI-XVIII*, in G. Ortalli (a cura di), *Bande armate, banditi, banditismo e repressione di giustizia negli Stati europei di antico regime*, Roma, Jouvence, 1986, pp. 479-500.
 - Voce *Truffa, storia*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1992, vol. XLV, pp. 236-243.
 - Voce *Polizia*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1985, vol. XXXIV, pp. 111-120.
 - *Beccaria ou l'avènement de l'ordre. Le philosophe, les juristes et l'émergence de la question pénale*, in M. Porret (a cura di), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Genève, Droz, 1997, pp. 177-187.
 - *La piccola criminalità e la criminalità dei poveri nelle riforme settecentesche del diritto e della legislazione penale*, in M. Corti, M. Santucci, M. A. Cattaneo, C. Dionisotti, M. Sbriccoli, N. Bobbio, *Lezioni sull'illuminismo*, Bellinzona, Liceo economico-sociale, 1980, pp. 51-64.
 - *Il furto campestre nell'Italia mezzadrile. Un'interpretazione*, « *Annali dell'Istituto 'A. Cervi'* », 2, 1980, pp. 371-378.
 - *Giuseppe Giuliani. La vicenda di un penalista moderato nell'Italia del XIX secolo*, « *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata* », n.s., V, 2000/02, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 1-39.
 - *La Commissione di inchiesta sul brigantaggio e la legge Pica*, in *Il Parlamento Italiano, 1861-1988. vol. II: 1866-1869 La costruzione dello Stato da Lamarmora a Menabrea*, Milano, ESI, 1988, pp. 115-142.
 - *Politica e giustizia in Francesco Carrara*, in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Atti del Convegno internazionale (Lucca-Pisa, 2-5 giugno 1988), Milano, Giuffrè, 1991, pp. 441-449.
 - *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in A. Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in*

- Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 147-232.
- *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia. Annali*, 14: *Legge Diritto Giustizia*, Torino, Einaudi, 1998, pp. 485-551.
 - *Il problema penale*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti - Appendice 2000 - Eredità del Novecento*, a cura di G. Bedeschi, Roma, Enciclopedia Italiana, 2001, vol. II, pp. 822-837.
 - *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento. Il problema dei reati politici dal 'Programma' di Carrara al 'Trattato' di Manzini*, « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », II, 1973, pp. 607-702.
 - *Il diritto penale sociale, 1883-1912*, « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », III-IV, 1974-75, I, pp. 557-642.
 - *Il diritto penale liberale. La "Rivista Penale" di Luigi Lucchini (1874-1900)*, « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », XVI, 1987, pp. 105-183.
 - Voce *Codificazione civile e penale*, in V. De Grazia e S. Luzzatto (a cura di), *Dizionario del fascismo*, Torino, Einaudi, vol. I, 2002, (pp. 299-305).
 - Voce *Rocco Alfredo*, in V. De Grazia e S. Luzzatto (a cura di), *Dizionario del fascismo*, Torino, Einaudi, vol. II, 2003, pp. 533-538.
 - *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », 28, 1999, pp. 817-850.
 - Recensione a G. Tarello, "Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII", « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », I, 1972, pp. 422-429.
 - Recensione a "Materiali per la storia della cultura giuridica", II/72, « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », II, 1973, pp. 763-769.
 - *Strutturalismo e storia del diritto privato*, *Politica del diritto*, IV, 1973, fasc. 4/5, pp. 551-562.
 - Recensione a "Materiali per una storia della cultura giuridica", [V/1975], « *La Questione Criminale* », II, 1976, pp. 205-210.

- *La storia, il diritto, la prigione. Appunti per una discussione sull'opera di Michel Foucault*, « *La Questione Criminale* », III, 1977, pp. 407-423.
- *Recensione* a R. Ajello, "Arcana Juris. Diritto e politica nel Settecento italiano", « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », VII, 1978, pp. 455-461.
- *Recensione* ad A. Cavanna, "La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde", « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », VII, 1978, pp. 466-473.
- *Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca*, in P. Grossi (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti di indagine e ipotesi di lavoro*, Atti dell'incontro di studio (Firenze 26-27 aprile 1985), Milano, Giuffrè, 1986, pp. 127-148.
- *Fonti giudiziarie e fonti giuridiche. Riflessioni sulla fase attuale degli studi di storia del crimine e della giustizia criminale*, « *Studi storici* », XXIX, 1988, n. 2, pp. 491-501.
- *Histoire de la criminalité et histoire pénale. Le rôle des sources juridiques dans l'histoire du crime et de la justice criminelle*, « *IAHCCJ Bulletin* » [Supplement to *MSH Informations*] n. 14, october 1991, pp. 86-102.
- *Le droit pénal, le crime et la justice criminelle ont une histoire*, « *Déviance et Société* », 15, 1991, n. 4, pp. 377-379.
- "Storia del diritto italiano": articolazioni disciplinari vecchie e nuove, in P. Grossi (a cura di), *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno: strumenti, destinatari, prospettive*. Atti dell'incontro di studio (Firenze, 6-7 novembre 1992), Milano, Giuffrè, 1993, pp. 117-133.
- *Jalon pour une histoire de la statistique judiciaire* [in collaborazione con Ph. Robert], « *Déviance et Société* », 22, 1998, n. 2, pp. 107-111.
- *Gobernar castigando. Francisco Tomás y Valiente e la storia del diritto penale moderno*, « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », 26, 1997, pp. 689-715.
- *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in M. Bellabarba, G. Schwerhoff, A. Zorzi (a cura di), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici*

- tra tardo medioevo ed età moderna*, Bologna, Il Mulino/Berlin, Duncker u. Humblot, 2001, pp. 345-364.
- *Deterior est conditio foeminarum. La storia della giustizia penale alla prova dell'approccio di genere*, in G. Calvi (a cura di), *Innesti. Donne e genere nella storia sociale*, Roma, Viella, 2004, pp. 73-91.
 - *Histoire sociale et dimension juridique: l'historiographie italienne récente du crime et de la justice criminelle*, « *Crime Histoire et Sociétés* », 11, 2008, n. 2, p. 139-148.
 - *Sintesi dei lavori in Carceri, carcerieri, carcerati. Dall'antico regime all'Ottocento*, a cura di L. Antonielli, Rubbettino, 2006, pp. 269-273.
 - *L'inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale*.
 - *Le droit à la Renaissance*.
 - *La culture de la corruption. Profils historico-juridiques d'un style du pouvoir*.
 - *Profili giuridici delle suppliche in età moderna*.
- Appendice "Nel laboratorio":
- *Progetto per una storia del diritto penale (sec. XIV-XX)*
 - *Indice parziale del libro/storia del diritto penale*
 - *Categorie e idee per introduzione*
 - *Schema-sommario*
 - *Appunti per introduzione*

* [N.d.R. I riferimenti di pagina tra parentesi quadre si riferiscono ai saggi pubblicati nei presenti volumi di scritti].

INTRODUZIONE

GIUSTIZIA CRIMINALE (*)

1. La giustizia penale negoziata. — 2. La giustizia egemonica di apparato. — 2.1. La legge. — 2.2. L'azione e la prova. — 2.3. La pena. — 2.4. Gli apparati. — 3. Le « *Practicae criminales* » e l'autonomia del diritto penale. — 4. Il paradigma dell'infrazione politica e l'espansione del penale tra Cinquecento e Seicento. — 5. La giustizia ordinaria e il modello dell'Inquisizione romana. — 5.1. Il precedente della « Carolina ». — 6. La degenerazione delle pratiche, gli intellettuali riformatori e le prime codificazioni penali. — 6.1. Per la prima volta nella storia d'Europa, gli intellettuali... — 6.2. Processo e poteri del giudice. — 6.3. Leggi fatte di passato che aprono il futuro. — 6.4. I massi di granito di Napoleone Bonaparte. — 7. Giuristi, giustizia, politica e legge nel secolo diciannovesimo. La penalistica civile. — 7.1. La centralità della questione penale. — 7.2. Criminalità e giustizia negli Stati preunitari. — 7.3. Emergenze e legalità. — 7.4. La penalistica civile dell'Italia liberale. — 8. Fascismo e Stato forte. La lunga fase del penale autoritario. — 8.1. La cultura penale del fascismo e le sue leggi. — 9. Democrazia e Stato sociale. La crisi del penale nell'Italia repubblicana. — 9.1. Il penale ipertrofico, la crisi delle regole, la crescita dell'insicurezza. — 9.2. Lo 'Stato di sicurezza'.

La storia del 'penale' può essere pensata come la storia di una lunga fuoruscita dalla vendetta. Chiave di lettura solo all'apparenza semplificatrice, se usata come prudente indicazione di metodo, la prospettiva della fuoruscita dalla vendetta (vendetta degli individui, delle società, degli Stati) è quella che meglio svela il tortuoso processo di incivilimento dei sistemi penali, dando senso alla loro

(*) Questo scritto espone in modo succinto una non breve vicenda. Pensato per chi si avvicina per le prime volte a questi studi, vuole fornire un quadro fatto di tendenze e caratteri dell'esperienza penale moderna e contemporanea: una sintesi, povera di dati nozionistici, che faccia da orientamento e da fondale ad approfondimenti che verranno. Il lettore esperto è destinato quindi a restare deluso: poche pagine per molti secoli di storia, questioni complesse sommariamente accennate, linee generali in luogo di più precise analisi, note rare e puramente tecniche.

ricostruzione storica e valorizzando, di quei sistemi, la funzione di difesa giuridica delle persone, dei beni, delle società.

Allo stesso modo, la storia del processo penale può essere letta come la troppo lunga storia del faticoso avvento, ogni volta ostacolato nei fatti, di un apparato di protezioni e garanzie disposte intorno all'accusato e ai suoi diritti. È anche questa una chiave che rimanda ai livelli di civiltà degli ordinamenti punitivi. In quanto tale, al pari dell'altra, va usata con saggezza e avendo forte coscienza del rischio teleologico che nasconde. Perché la giustizia penale, assunta come il fine per il quale diritto e processo si compendiano, non è storicamente rappresentabile dentro lo schema di un costante progresso verso l'incivilimento. Essa ha conosciuto crisi e regressioni, insieme a fasi in cui è stata asservita a disegni tirannici e a progetti di dominio politico. E può conoscerne ancora. Perché riappaiono tenacemente, anche nelle moderne società, la volontà di farne un ottuso mezzo repressivo o la pretesa di trasformarla in occasione di privilegiata impunità.

1. *La giustizia penale negoziata.*

Nella prima fase dell'esperienza cittadina medievale, tra XI e XIII secolo, quando si tratta di crimini di qualche rilievo, la vendetta della vittima, o del suo *entourage*, è un diritto. Come tale, essa finisce per assorbire una quota rilevante della giustizia praticata: non si tratta dunque di una riprovevole pretesa privata, e nemmeno di un eccesso tollerato, ma piuttosto di un modo riconosciuto per ristabilire equilibri violati, per conseguire un risarcimento e ottenere soddisfazione. Un mezzo ordinario di giustizia, dunque, che ha risalenti origini germaniche, si è radicato nelle mentalità e nel costume e riposa sulla convinzione che i crimini che colpiscono le persone — nella vita, nell'incolumità, nei beni, nell'onore — sono affare privato, da sbrigare tra gli interessati, coinvolgendo famiglie e amici, se necessario, ma non i poteri pubblici. O, almeno, non necessariamente.

Movente e fine della vendetta è la soddisfazione, coefficiente strategico del penale delle origini. Ma la soddisfazione — complesso insieme di elementi morali e materiali — sembra stare, paradossal-

mente, alle origini stesse della crisi tardo-medievale della vendetta, intesa come pratica ordinaria di giustizia. A differenza della faida che, ritualizzando e circoscrivendo l'uso della violenza, si ritaglia una sua funzione di lunga durata nel governo delle ostilità persistenti, la vendetta non è pratica priva di inconvenienti per la vita associata (induce disordini, misconosce norme, elude poteri, svaluta autorità): i poteri pubblici la contrasteranno con dissuasioni e divieti, orientando i cittadini verso modi di conseguimento della soddisfazione diversi da quello, semplificato e rischioso, che si risolve nel fare all'altro quello che lui ha fatto a te. Mediatori e pacieri vengono messi all'opera perché la lacerazione indotta da un delitto venga sanata con reintegrazioni e risarcimenti, con scambi, indennizzi e ricompense. La trattativa, però, non esclude in assoluto il ricorso al giudice: perché se è vero che la sola punizione del colpevole non basta alla soddisfazione dell'offeso, è anche vero che dall'avvio di un processo pubblico egli può trarre una certa forza negoziale, da spendere nella trattativa 'privata', che è quella che conta. Il processo, una volta raggiunto l'accordo, si potrà sempre fermare.

L'idea che il delitto è in primo luogo un'offesa (*iniuria*), che importa ripararlo più che punirlo, che la riparazione consiste nella soddisfazione e che la soddisfazione deve passare per una trattativa, sta saldamente installata nella cultura di quelle prime comunità cittadine e condiziona in modo che deve ritenersi *costitutivo* la loro concezione della giustizia. Una concezione che orienta la giustizia sull'*appartenenza* e sulla *protezione*, 'riservandola' ai membri della comunità, soggetti riconoscibili, e in quanto tali garantiti. I cittadini, fossero pure gli ultimi per condizioni e rango, godono di una forma di tutela o 'salvaguardia' che fa della giustizia (negoziata) comunitaria un affare di consociati e che opera, per così dire, *in basso*. Essa esclude i forestieri, i vagabondi, i *sans aveu*, e tutti quelli che, pur membri della comunità, se ne sono separati per essersi messi contro di essa (banditi, *latrones*, incendiari, delinquenti abituali, *inner foes*, ma anche *disturbers* ritenuti incorreggibili o devianti avvertiti come pericolosi): costoro sono *intractabiles*, e perciò sottoposti a sommarie procedure pubbliche, sovente espeditive, finalizzate alla pena e dettate da spirito eliminativo. È l'altra idea di giustizia: quella che *combatte* il crimine *dall'alto*, usando apparati e pretendendo obbedienza; quella che assicura la vendetta pubblica, e punisce per

retribuire, ma anche per dissuadere, con l'inesonerabilità e l'esemplarità della pena; quella che non sta nella logica della riparazione contrattata dell'offesa, ma in quella della repressione unilaterale della violazione e della rimozione del pericolo.

La giustizia negoziata riposa sul *consenso*, prima e più che sulla *certezza*. Solo là dove l'approvazione della comunità è presunta, si dà preminenza alla certezza: è così per le azioni criminali di chi non ha protezioni o è ritenuto incorreggibile, ed è così per i crimini senza vittima, che comprendono molti *crimina enormia* quali l'eresia, l'apostasia, il sacrilegio, la lesa maestà nelle sue numerose manifestazioni o le pratiche sessuali consensuali radunate sotto il *nomen generale* di *crimen sodomiticum*. Qui la risposta repressiva si dichiara inesorabile, non ammette trattativa, non dà quartiere, né concede garanzia. Dico 'si dichiara', perché le carte che troviamo negli archivi ci mostrano che in presenza di protagonisti di taglia adeguata, le soluzioni patteggiate trovano spesso una finestra da cui rientrare: in particolare per ciò che riguarda l'effettiva esecuzione delle pene comunque irrogate.

Appartenenza, protezione, consenso e — aggiungo — *oralità* rimandano al carattere *comunitario* della giustizia negoziata. E quel tanto di patteggiato o consensuale che la giustizia penale conserverà anche in seguito riposerà costantemente sul principio della comunità, lasciando in potere delle giurisdizioni locali i conflitti tra vicini che assumono formato penale.

Ma i mutamenti costituzionali si riflettono immancabilmente sul carattere del penale, determinandone la modificazione. L'osservazione dei tratti costituzionali delle formazioni politiche ha fondamentale importanza nello studio del penale, perché esso tende a conformarsi naturalmente alle logiche costituzionali dei poteri che lo esprimono. Ebbene, è indubbio che tra XII e XV secolo una trasmutazione radicale investe il sistema cittadino italiano, portandolo da una fase 'comunitaria', gestita con regole consuetudinarie, a una 'autoritaria', dominata da partiti e assemblee, che sfocerà in regimi signorili e poi in Stati territoriali strutturati, attenti a garantirsi forme efficaci di giurisdizione. Nuove forme di governo si impongono, mutando totalmente il rapporto tra signori e sudditi, fra diritto e potere. Tutto questo induce progressivi aggiustamenti dei regimi punitivi, che prendono l'avvio proprio dall'indebolimento

dell'autonomia della funzione giustizia, e dalla messa in discussione del suo carattere negoziale.

La vendetta, praticata alle origini come un *diritto*, entrerà in conflitto con le logiche costituzionali del Comune maturo, ma salverà il suo nucleo distintivo (la soddisfazione) conferendolo alla negoziazione e radicando, per così dire, il suo *spirito* nell'essenza profonda del penale storico; allo stesso modo, anche la giustizia negoziata diverrà sempre più incompatibile con gli assetti costituzionali dei regimi centralisti nati dalla crisi delle città. Essa preserverà il suo nucleo distintivo annidandolo nelle *pratiche* che presiederanno al nuovo modo di fare giustizia, mentre il suo *spirito* continuerà a condizionare i sistemi penali, fino alla fine degli antichi regimi.

2. *La giustizia egemonica di apparato.*

Un nuovo modo di fare giustizia. Tra la fine del XIII e gli inizi del XIV secolo al penale viene impresso un forte carattere di pubblicizzazione. I governi cittadini avvertono che la giustizia penale è un decisivo mezzo di governo e che non ha senso lasciarla alla sola iniziativa delle vittime. I giudici dei podestà iniziano ad agire *ex officio* (per dovere) nella persecuzione di tutti i reati di qualche rilevanza. Fanno inquisizioni generali, indagando a vasto raggio per scoprire se sono stati commessi crimini; incoraggiano le accuse perché i delitti non restino impuniti; aprono procedimenti in seguito a denunce e li portano a termine, condannando il colpevole, anche quando la vittima, soddisfatta negozialmente, si è riappacificata con lui e non ha più alcun interesse al processo. Incidono dunque in modo decisivo sulle prassi di transazione e accomodamento, screditando il loro fondamento consuetudinario, mentre alcuni giuristi ⁽¹⁾,

(1) Tra i primi, Alberto da Gandino, autore di un *Tractatus de maleficiis* (composto tra il 1286 e il 1300) e Bonifacio Antelmi, che scrive intorno al 1301 il suo *Tractatus super maleficiis*, seguiti dall'ignoto autore che verso la metà del Trecento compone la *Practica iudiciaria in criminalibus*, stampata nel Cinquecento col nome di Jacopo da Belviso. I primi due trattati vengono più volte ristampati nel Cinquecento, insieme al *De maleficiis* di Angelo Gambiglioni, più tardo (scritto a Bologna tra il 1438 e il 1444), ma ispirato alle stesse linee metodologiche: centralità del processo e del giudice, diritto penale misurato

sensibili alle rinnovate logiche costituzionali, avviano una critica ‘culturale’, che oppone al ‘disordine’ dell’autonomia comunitaria un ordine nuovo fatto di norme, di interesse generale, di pace pubblica e di giustizia retributiva.

Si impone il principio per cui chi commette un delitto danneggia la sua vittima, ma offende anche la *respublica*, la quale ha il diritto di soddisfarsi infliggendo una pena ⁽²⁾. E per dare seguito a tale principio, al giudice vengono accordati strumenti assai penetranti: vigorosi mezzi di indagine (compreso l’uso della tortura) e poteri ‘arbitrari’ (cioè conferiti con la concessione di un *arbitrium*, da intendersi come un potere vasto ma regolato) in ordine alle accuse da muovere, al modo di procedere, alla raccolta delle prove e alle pene da applicare. Ne nasce un processo — che per comodità chiamiamo *inquisitorio* — destinato a connotare l’idea stessa della giustizia per un tempo lunghissimo, che arriva praticamente fino a noi.

Il nuovo modo di *fare* giustizia assume rapidamente caratteri egemonici. Riduce enormemente gli spazi della trattativa in materia penale, imponendo come principi l’officiosità dell’azione pubblica, l’indisponibilità del processo e il suo conferimento alla direzione del giudice; indebolisce il ruolo della mediazione sociale nella soluzione dei conflitti nascenti da reato, perché impone l’idea che non c’è giustizia senza la *punizione* del colpevole. Infine, promuove un modello processuale (quello che raccoglie le prove attraverso l’*inquisitio*) che marginalizza progressivamente il tipo processuale accusatorio (luogo ideale della mediazione e della giustizia negoziata, avviato a querela, gestito dalle parti, deciso da un giudice terzo che non ha poteri di indagine), riducendolo alla trattazione dei reati minori, ai conflitti locali, alle giustizie basse e periferiche.

L’egemonia che la giustizia penale ‘autoritativa’ consegue sulla

sulla tela giudiziaria, fattispecie costruite intorno ai modi di provarle, categorie penali (imputabilità, responsabilità penale, rapporto di causalità, colpevolezza, circostanze, tentativo, concorso ecc.) elaborate a partire dalla commisurazione delle pene.

(²) Questo snodo decisivo nella storia del penale è analizzato più distesamente e da vicino nel mio « *Vidi communiter observari* ». *L’emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », 27, 1998, pp. 231-68 [t. I, pp. 73-110].

giustizia ‘consuetudinaria e stipulativa’ si giova (ma si potrebbe dire che ne deriva) delle trasformazioni che investono gli assetti istituzionali degli Stati della prima età moderna. Diretta in primo luogo alla *repressione*, essa è fondata sulla *sudditanza*, regolata da *norme legislative e dottrinali*, amministrata da *apparati* sempre più articolati e diffusi, progressivamente *formalizzata*, in un ambito in cui domina la scrittura.

La giustizia che indico come egemonica si incardina su quattro presupposti tecnici: la legge, l’azione, la prova, la pena. I giuristi li compongono nelle *Practicae*, realizzando un intricato ma ingegnoso *sistema*, utile per i giudici e produttivo, nel tempo, di un diritto penale nuovo. Da ultimo gli *apparati*, prodotti dagli Stati per amministrare persone, risorse, rapporti e quindi *giustizia*, saranno insieme il contesto forte della giustizia egemonica e un vettore di quella egemonia.

2.1. *La legge.*

Ben si comprende come la legge (designo con questo termine equivoco le norme poste dall’autorità) costituisca il fondamento primario per una giustizia che, meno curandosi del consenso, privilegia la via della certezza. Essa ha carattere di evidenza, consente fermezza, e possiede il vigore necessario per conseguire l’obbedienza. Il dettato della legge non è passibile di trattativa: può essere ignorato, eluso o aggirato, ma rappresenta un elemento comunque antagonista alla logica del negoziato.

C’è da dire che per lungo tempo la ‘legislazione’ resterà sporadica e settoriale: fino alla fine del XV secolo, muoverà tra rare costituzioni imperiali e decretali pontificie, statuti, ordinamenti, provvisori, capitoli, bandi, destinati a coprire piccole aree del penale sostanziale e zone appena più vaste di quello processuale. In più, anche là dove sarà organicamente e intenzionalmente prodotta, farà fatica a imporsi nei termini in cui oggi noi pensiamo a una legge e al suo vigore. Resterà subordinata alla ‘giustizia’, attributo del potere del Principe, e si invischierà nelle pratiche dei tribunali, prima sfiata e poi ‘digerita’ dentro la logica anti-imperativistica del diritto comune. Nel panorama normativo spicca dunque l’opera della dottrina. I giuristi filtrano, interpretandole e organizzandole a

sistema, le norme prodotte dalle autorità politiche, e intanto — molto attingendo dal diritto romano — ne producono altre, assai più numerose, estese e organiche, che rivolgono ai giudici, con l'effetto di disciplinare e orientare la pratica della giustizia. Il loro prestigio assicura a questa operazione tutta culturale (ma con straordinari effetti politici) successo e seguito, mentre la loro adesione alle logiche costituzionali e politiche degli ordinamenti nei quali operano garantisce ai governanti coerenza di intendimenti e organicità di disegni.

2.2. *L'azione e la prova.*

Sono i due pilastri del processo pubblico, a carattere inquisitorio, che sostanzia la giustizia di tipo egemonico. Ho già avvertito che i tipi processuali detti 'accusatorio' e 'inquisitorio' corrispondono sostanzialmente a due differenti maniere di raccogliere le prove. La loro diversa struttura, i mezzi disuguali di cui sono dotati, il potere che hanno di determinare, ciascuno a suo modo, la natura stessa della giustizia praticata riposano sul diverso metodo impiegato per raggiungere la prova. Allo stesso modo l'azione (privata e discrezionale, oppure pubblica e obbligata) orienta per vie differenti le forme processuali alle quali può dare inizio. La giustizia di tipo egemonico si vale di un processo a prevalente azione pubblica (col tempo sempre più invadente) nel quale la raccolta delle prove è affidata al potere di inchiesta del giudice ed è supportata da un corredo ampio di mezzi intrusivi e coercitivi, ai quali fa da debole contraltare la precaria disponibilità di gracili strumenti difensivi a disposizione degli accusati.

2.3. *La pena.*

La giustizia egemonica si afferma grazie ad un apparato penale e processuale finalizzato principalmente all'inflizione della pena. Norma, azione, padronanza del processo, raccolta delle prove convergono in un punto: mettere il giudice in condizione di punire coloro che hanno provocato danno con dolo. La pena assume, in questo quadro, una speciale centralità: è *signum imperii seu potestatis*, dispositivo di giustizia, mezzo di esempio e dissuasione, oggetto

e occasione di *arbitrium*, espediente retributivo, ma anche luogo e occasione per il recupero della dimensione ‘negoziale’ del giudizio, fondata sulla consuetudine, sull’equità, sulla *misericordia*. Il suo temperamento tiene viva l’immagine del *bonus iudex* e introduce nella giustizia praticata elementi evoluti di valutazione penale: la responsabilità penale, la colpevolezza, l’elemento psicologico, le circostanze trovano il loro luogo di elaborazione nella dottrina della commisurazione della pena, che ha larghissima parte nella elaborazione delle *Practicae*.

2.4. *Gli apparati.*

La giustizia così costruita e praticata svolge una inevitabile funzione di ‘modello’, e gradualmente invade stili e maniere della giustizia negoziata tradizionale, che col tempo si colora dei toni, dei caratteri e delle forme della giustizia egemonica, fino ad essere di fatto assorbita nel suo tipo. La stessa idea diffusa di giustizia subisce una rilevante torsione (dal distributivo al retributivo, dalla condivisione all’imposizione, dalla trattativa possibile alla repressione inevitabile) perché la natura dei poteri egemoni implica una dislocazione di tutti gli assi di riferimento dalle periferie verso il centro, dal basso verso l’alto, dal vincolo orizzontale alla soggezione verticale, dalle prassi relazionali come contesto del giudizio all’apparato come matrice di esso.

La giustizia intesa come modo di risolvere conflitti (anche di formato penale) con pratiche condivise, dentro logiche comunitarie e sul principio della compensazione, mostra apertamente la sua secondarietà rispetto alle esigenze dei nuovi assetti di potere. In termini *lato sensu* costituzionali, la verticalizzazione dei processi di potere che mano a mano investe gli Stati dell’età moderna, e la produzione normativa che ad essa si collega, diventano fonti necessarie di un *sistema giudiziario* modellato sui caratteri del penale egemonico.

Ne consegue la graduale instaurazione, negli Stati nazionali, e in alcuni degli antichi Stati italiani, di una giustizia fondata su *ordinamenti* (l’avvio della professionalizzazione, un inizio di burocratizzazione e l’idea di ‘presidiare’ coi giudici il territorio), gerarchizzata, con centri dominanti e periferie delegate, indirizzata da tribunali supremi che esercitando funzioni di appello e diffondendo i motivi

delle loro decisioni promuovono l'integrazione delle politiche giudiziarie, l'uniformità degli stili di curia e la progressiva omologazione delle prassi consuetudinarie locali.

Vale la pena di ripetere che, malgrado tutto ciò, solo una piccolissima parte della cultura della composizione morirà per sempre, né si seccheranno d'un colpo le radici della vendetta. Ancora in pieno Cinquecento fioriscono i trattati sulle paci, le tregue e le concordie, il basso criminale resta quasi interamente appannaggio di procedure fondate sull'*accusatio*, l'extragiudiziale compositivo mantiene il suo rango. L'attitudine negoziale e l'idea della ritorsione verranno bandite dal campo penale soltanto con l'arrivo della codificazione, dopo la svolta epocale originata dalla Rivoluzione francese: ma anche l'assolutismo dei codici dovrà fare i conti con la lunga durata, e adattare il suo passo a quello, ben più lento, della cultura dei popoli e delle persone.

Piccola, dicevo, nel corso degli antichi regimi, la parte di cultura della composizione che andrà perduta. Il grosso permarrà, sia pure indebolito da una progressiva marginalizzazione, e continuerà a fiancheggiare la giustizia egemonica di apparato mantenendo un grado *quantitativo* di tutto rispetto. Non solo. Tra i due livelli sembra realizzarsi una vera e propria osmosi degli stili di condotta, nel senso che se la cultura del negoziato soffre l'egemonia della giustizia di apparato e ad essa insensibilmente si conforma, quest'ultima finisce per adottare più d'uno dei caratteri della prima. In particolare, la propensione all'accomodamento sembra abbandonare la fase di avvio del processo e quella del suo svolgimento, per rifugiarsi nel momento dell'esecuzione penale. È a sentenza emanata e a pena stabilita che si riapre il *bargaining*, secondo una logica che è del tutto simile a quella che ispirava la giustizia negoziata *d'antan*: tornano in gioco i livelli di integrazione e di protezione, l'*intuitus personae*, la mediazione dei potenti, il ruolo della comunità, l'influenza della Chiesa, le risorse che è possibile mettere in campo e, perché no, l'arbitrio di chi ha il potere di decidere (3).

(3) Non senza significato, l'ultimo articolo della *Leopoldina*, il 119, prescrive che « la pena voluta dalla legge, e decretata dai giudici, sarà irremissibilmente eseguita », aggiungendo subito dopo: « Revochiamo perciò ogni facoltà [...] di accordare diminuzione, permuta, composizione, o condonazione di pene tanto pecuniarie, che afflittive ».

3. Le « *Practicae criminales* » e l'autonomia del diritto penale.

Le *Practicae criminales* ⁽⁴⁾ sono l'architrave dottrinale della giustizia di apparato e ragione non ultima della sua egemonia. Asseverative e prescrittive insieme, procedono su di un duplice registro: legittimare con la *consuetudo practicandi* la procedura così come è e dettare al giudice cosa deve decidere — sul punire o no, sul come e sul quanto — davanti alla infinita casistica che gli si può presentare: reato per reato, ipotesi per ipotesi, circostanza per circostanza, senza tralasciare varianti, teorie altrui, argomenti contrari da aggirare, accorgimenti da prendere e limiti, soprattutto limiti, da non valicare. Con le *practicae* viene governato il processo e da esse via via col tempo si dipanerà — partendo dalla realtà dei fatti — un diritto penale aggiornato, tecnicamente più rigoroso e, soprattutto, autonomo.

La realtà dei fatti. Ippolito Marsili loda la *practica*, « *rerum*

⁽⁴⁾ La loro massima fioritura si ha nel Cinquecento, in corrispondenza con il procedere dell'egemonico, con l'avvio dell'insegnamento dello *ius criminale* nelle università e con il moltiplicarsi delle sedi giudiziarie. Straordinariamente robusta e ricca, priva di sistema ma densa di pensiero, la *Practica causarum criminalium* (1526-29), detta *Averolda*, di Ippolito Marsili, seguita da innumerevoli altre, tra le quali spiccano lo *Speculum aureum* (1525) di Roberto Maranta; la *Practica criminalis* (1541) di Jean de Mille; la *Practica criminalis* (1547) di Marco Antonio Bianchi; la *Practica causarum criminalium* (1548) di Ludovico Careri; il *Tractatus criminalis* ovvero *Practica et theorica causarum criminalium* (1549, rivista nel 1568) di Jacopo Novelli; i *Tractatus varii* (1562) di Egidio Bossi; la *Practica criminalis dialogice contexta* (1553) di Pietro Follerio; la *Praxis rerum criminalium* (1554) di Joos Damhouder, traduzione e integrazione di una più risalente *Practycke criminele* di Philips Wielant; la *Praxis causarum criminalium* (1566) di Claude Battandier; la famosa e fortunata *Practica criminalis* (1568) di Giulio Claro; la *Theorica et praxis interrogandorum reorum* (1590) di Flaminio Cartari e infine la monumentale *Praxis et theorica criminalis* (1588-1614) di Prospero Farinaccio. Per il processo criminale canonico, la *Practica criminalis canonica* (1549) di Juan Bernardo Diaz de Luco e la *Canonica criminalis praxis* (1559) di Pietro Follerio. Per quello inquisitoriale lo *Iudiciale inquisitorium* (1568) di Umberto Locati, il *Sacro Arsenale* (1621) di Eliseo Masini, il *De officio SS. Inquisitionis et modo procedendi in causis fidei* (1642) di Cesare Carena e il *Manuale consultorum* (1693, postumo) di Francesco Bordoni. Un discorso a parte merita il *Tractatus criminalis* (1590) di Tiberio Deciani, che per molti versi si allontana dal modello delle *practicae*, per avvicinarsi a quello più sistematico di una trattazione autonoma del diritto penale: in ciò precoce, forse per ciò ebbe non grande fortuna. Tutto questo per il Cinquecento. Molte *practicae* ancora si produrranno nel Seicento e nel Settecento, quasi tutte compendiose, ripetitive e gregarie.

magistra », fonte della *vera interpretatio*, perché l'uso pratico, insieme all'esperienza, rende spedito e fruttuoso il lavoro di chi ha il compito di amministrare i pubblici interessi dei diversi Principi e luoghi. « Parum prodest habere theoricam ipsarum causarum criminalium sine practica » (5). Il giurista soccorre allora fondendo scienza ed esperienza in un'opera sola, destinata agli *artifices iustitiae*, quelli che 'fanno in concreto' la giustizia. Prassi processuali e percorsi giudiziari (*formae inquisitionis*) vanno a comporre una sorta di ordito sul quale si dispone una trama di figure delittuose che vengono intricate ad esso con una fittissima rete di casi, fattispecie e circostanze; di definizioni, principi giuridici, massime e opinioni comuni, *quaestiones et dubia*; di tipologie indiziarie, modi e gradi di prova, tecniche di escussione, modelli e formule di procedimenti, di interrogatori e di sentenze. Il tutto con lo scopo principale di misurare su ogni singola figura l'*an*, il *quomodo* e il *quantum* della pena da applicare.

L'impalcatura stessa del processo è l'effetto pratico di azioni successive che muovono dalla *notitia criminis* e approdano alla sentenza. La *Practica* prescrive al giudice di accertare, prima di muovere qualsiasi altro passo, che il delitto sia veramente avvenuto, e poi di proseguire con sopralluoghi, raccolta di indizi materiali, ricerca di testimoni, interrogatori. Poi, una volta individuato il sospetto, seguiranno l'*inculpatio*, la ricerca di prove o indizi a suo carico, il tentativo di ottenerne la confessione (anche attraverso la tortura, se necessaria e possibile), o comunque la *convictio* (6), per poi chiudere con una sentenza correlata alle risultanze processuali. C'è da aggiungere che le *Practicae* non si occupano di esecuzione della pena, campo lasciato alle sfere amministrative e saldamente occupato dalla negoziazione.

Il giurista *theorico-practicus*, grazie al giudice che gli dà seguito,

(5) « Nelle cause criminali la scienza poco giova a chi non conosce il loro funzionamento effettivo »: questo passo e quelli sopra sintetizzati, in I. MARSILI, *Averrolda. Practica causarum criminalium*, D. Harsaeus, Lugduni 1551, § *Principium*, nn. 1-4.

(6) *Convinto* è quel reo che il giudice — facendo leva sulle risultanze del processo e sulle cose che gli ha fatto dire — conduce coi suoi argomenti a un punto tale che non possa tuttavia negare quel che non vuole ammettere. Così F. CARTARI, *Theorica et praxis interrogandorum reorum libri quatuor*, Ioannes et Andreas Zenari fratres, Venetiis 1590, lib. III, cap. 1, n. 50.

produce dunque un diritto che ha la sua origine nella pratica e perpetua quella pratica convertendola in *ius*. Il giudice che se ne lascia guidare segue le sue indicazioni e le stabilizza in una *consuetudo iudicandi* che diventa ben presto *norma agendi*. Di qui, la *Practica* successiva non farà più riferimento a certe operazioni come a ciò che succede *de facto, quamvis contra ius*, ma a ciò che *de iure fieri debet*.

Il penale che si dipana dalle *Practicae* costituisce dunque la base di avvio per prassi ulteriori, che realizzeranno ulteriori slittamenti e aggiustamenti, i quali saranno a loro volta assestati e collocati nel sistema da altre *Practicae*. È così che i giuristi governano la formazione e la gestione del penale, di concerto con gli apparati, espressione diretta delle esigenze politiche degli organismi cittadini e degli Stati. Il fine politico della giustizia si intreccia con le teorizzazioni dei giuristi, che al perseguimento di quel fine conferiscono razionalità, base tecnica, credibilità e consenso, oltre che il necessario crisma di legittimità. L'intervento del giurista ha dunque almeno due valenze. Per un verso, razionalizza, governa, assesta, motiva e rende conformi a principi giuridici le pratiche di giustizia degli apparati, con ciò svolgendo una funzione di consolidamento, che è insieme opera di controllo e all'occorrenza di moderazione; per l'altro viene costruendo dall'interno delle *Practicae*, secondo la logica che ho indicato e che cercherò di chiarire ulteriormente, un diritto penale sostanziale che mostri la *regula recti* a un potere di punire naturalmente tentato dall'abuso. Un diritto che si presenti da subito come criterio di riferimento, per poi costituirsi come insieme di principi generali che siano moderatori delle leggi per un verso, disciplina della giustizia amministrata per l'altro. Timone, briglia e freno, avrebbero detto quei giuristi, così come oggi noi potremmo dire garanzia.

Le *Practicae*, in quanto « iudicibus maleficiorum, advocatis vel causidicis, cancellariis et aliis versantibus in palatio, tironibus ac veteranis, perutiles ac necessariae » (7), sono sì orientate al processo

(7) « Molto utili e indispensabili per i giudici dei malefici, per gli avvocati, i cancellieri e tutti quelli che hanno a che fare con la giustizia, principianti ed esperti ». La formula ne compendia tante, sparse nei frontespizi di quasi tutte le *Practicae* che ho avuto modo di vedere.

(sarebbe meglio dire ‘pensate per i giudici’), ma incubano principi e dogmatica nel campo del penale sostanziale molto più di quanto facciano sul versante della procedura. Perché dal punto di vista strettamente processuale le *Practicae* sono in realtà — e paradossalmente — povere. Partono dal presupposto che il giudice ‘ha poteri’, ovvero doveri, e agganciano a questa sola preconditione la costruzione della *figura iudicii*. Del resto, poco curandosi dei diritti degli accusati, quei giuristi non potevano far altro che costruire una dottrina processuale ‘ridotta’, quasi interamente assorbita nella questione dei *limiti* (« iudex debet, potest, an debeat, an possit, non debet, nequit » (8)). Le *Practicae* che hanno respiro maggiore (quella di Giulio Claro, per esempio, o la poderosa *Praxis et theorica* di Prospero Farinaccio (9)) affrontano in termini dottrinali — oltre alle questioni comuni a tutte, quali *accusatio*, *denunciatio*, *inquisitio* o le regole della tortura — anche qualche nodo di natura più strettamente processuale (competenza, ricusazione, *exceptiones*, nullità), ma l’individuazione del *mussen* e del *sollen* che principalmente li impegna sovrasta ogni reale approfondimento teorico.

Diverso è il discorso quanto al diritto sostanziale, perché gran parte dei *posse* e dei *nesesse* trovano solo raramente la loro ragione in qualche regola processuale (è il caso della dottrina della prova), ma in un principio di diritto penale. Il giudice si trova condotto per mano in materia di responsabilità penale, colpevolezza, imputabilità e cause di giustificazione, di dolo e di colpa, di tentativo, concorso di persone, circostanze, recidiva, commisurazione della pena, oltre che in ciò che riguarda l’individuazione delle condotte che integrano i singoli reati e la loro difficile definizione. In quest’opera che pur continua a muovere dalla pratica, la cognizione dei principi penalistici si affina (10),

(8) « Il giudice deve, può, ci si chiede se debba, ci si domanda se possa, non deve, non può ».

(9) G. CLARO, *Practica criminalis, totius criminalis iudicii ordinem & delictorum poenas complectens*, [corrisponde al § *finalis* del *Sententiarum receptarum liber quintus*], Ioannes Gryphius, Venetiis 1568; P. FARINACCIO, *Praxis et theoricae criminalis [partes]*, ap. Georgium Variscum & apud Iuntas, Venetiis 1603-20.

(10) Posso introdurre solo di sfuggita un’annotazione che riguarda i principi penalistici prodotti interpretativamente nella grande stagione dei commentatori. Nella dottrina cinquecentesca delle *Practicae* le opinioni limpide, attente, talora sorprendentemente penetranti di quei giuristi sono evocate spesso come eminenti o come *commu-*

le nozioni vengono sottoposte a una crescente razionalizzazione e un principio di sistematicità comincia ad affacciarsi nella riflessione di qualche penalista ⁽¹¹⁾ più consapevole della necessità di dare *autonomia* al diritto penale, facendo della norma sostanziale un *prius* rispetto all'accertamento processuale della sua violazione.

È infatti nel rovesciamento del rapporto tra norma e processo il punto nodale che fa la debolezza delle *Practicae* e del sistema di giustizia che esse nutrono, esponendolo alle infiltrazioni del negoziato e rendendo difficile l'emersione di un processo penale a sua volta autonomo e, in questa misura, meglio garantito. È il punto che determinerà, tra Sei e Settecento, la degenerazione dell'egemonico gestito dai giudici e incentrato sul processo come macchina per produrre giustizia, manifestazione tra le altre dell'assoluto potere del Principe.

Nella nostra prospettiva di moderni, il processo penale è subordinato alle norme del penale materiale. Non si dà processo senza violazione, e non si dà violazione se prima non sono ben stabiliti i principi, gli ambiti, le condizioni e i limiti di ciò che (dalla legge) è previsto come punibile. Questo perché le norme sostanziali, se osservate, esauriscono in sé l'intero sistema penale: nessuna violazione, nessuna giustizia 'da fare'. È la logica di una concezione imperativistica del diritto. Non così nell'egemonico di antico regime, per il quale la giustizia — se posso dire — 'preesiste', ed emana dal Potere (concezione assolutistica), non diversamente da quel che accadrà alla legge nell'esperienza degli Stati liberali di diritto. Il modo 'pragmatico' con cui quella giustizia viene attuata implica (ed induce) una concezione *sui generis* della norme sostanziali: non prioritarie, non presupposte, ma rimesse al giudice alla stregua di giudizi interpretativi sugli atti dei giustiziabili, dei quali importa principalmente valutare la *pravitas*, la nocività, e il grado di *disobbedienza* che esprimono.

nes. Bartolo da Sassoferrato e Baldo degli Ubaldi sopra ad ogni altro, ma anche Alberico da Rosate, Bartolomeo da Saliceto e Paolo di Castro ricorrono con qualche frequenza negli apparati dei pratici.

⁽¹¹⁾ Il primo che sembra incamminarsi in questa direzione è Tiberio Deciani (1509-82), autore di un *Tractatus criminalis* scritto alle soglie degli anni Settanta del Cinquecento e pubblicato postumo a Venezia (apud Ioannem & Andream Zenarios) nel 1590.

4. *Il paradigma dell'infrazione politica e l'espansione del penale tra Cinquecento e Seicento.*

Una nuova concezione del penale, avviata da tempo ma lentamente maturata, si impone in Italia e in gran parte dell'Europa lungo tutto l'arco del XVI secolo. Le sue conseguenze sulle ideologie penalistiche si proietteranno in un lungo futuro che scavalcherà anche lo spartiacque epocale segnato dalla Rivoluzione francese.

Tale concezione riposa sullo spostamento della rilevanza penale di un atto o di un comportamento dal piano del *danno* a quello della *disobbedienza*, il che corrisponde all'estensione dello schema dell'infrazione politica ad ogni violazione penale di qualche rilievo. Il perno di questa concezione è nel vincolo sempre più stretto che ancora la giustizia alla legge, e nell'idea — che cresce nell'opinione generale, fino a farsi ideologia e senso comune — secondo la quale qualsiasi violazione di un obbligo penale può essere assimilata a una forma di minacciosa indisciplina.

Quando dico che in questo passaggio si legge la forma paradigmatica del reato politico, intendo riferirmi a due profili.

a) Il primo, teorico e di fondo, sta nella assunzione di ogni trasgressione penale nello schema della 'offesa alla *respublica*', secondo l'antico ragionamento che era servito ad Alberto da Gandino per legittimare l'azione d'ufficio del giudice « de quolibet maleficio »: il potere pubblico punisce perché non può consentire che lo si offenda, anche se il danno colpisce in concreto qualcun altro. Ne esce consolidato il principio del *parere legibus et praeceptis superiorum* ⁽¹²⁾, che evolve da precetto morale in obbligo giuridico penalmente sanzionato, e prende piede progressivamente un *severo disfavore per l'infrazione*. La sola disobbedienza alla legge penale diventa motivo di pena: cosa che appare del tutto ovvia ai nostri occhi, ma non era piccola novità, e fece grande fatica ad affermarsi, nel contesto di quelle società abituate a un rapporto diverso con la dimensione del normativo, e a un altro modo di fare giustizia.

b) Il secondo, per così dire storico, riposa sul fatto che tutti i reati comuni di qualche rilevanza vengono trattati in un processo penale che era stato pensato e costruito, *olim*, per la persecuzione

(12) Obbedire alle leggi e ai comandi dei superiori.

dell'eterodossia religiosa e dell'opposizione politica radicale. Questo carattere originario ha avuto conseguenze enormi sulla configurazione dei sistemi penali dell'età moderna: non solo per quanto riguarda la giustizia praticata, ma anche per la fisionomia che venne impressa ai profili normativi del penale sostanziale. Quello era il processo pensato per il nemico. In termini di filiera giuridica, vengono da lì gli enormi poteri inquisitivi del giudice e i precari diritti difensivi degli imputati, l'esercizio congiunto della funzione inquirente e di quella giudicante, la segretezza delle accuse e delle indagini, la possibilità di negare la difesa agli accusati (sui quali incombe peraltro l'obbligo di dire la verità), la possibilità di usare la tortura e di escludere l'appello.

Nessuna meraviglia, dunque, se l'impiego secolare di quella logica processuale, combinata all'avvento di una legislazione assai severa (ed eversiva delle risalenti consuetudini penali estranee al 'paradigma dell'infrazione politica'), farà maturare la convinzione — prima contrastata, poi subita, infine dominante — che 'fare giustizia' consiste nel reprimere, che compito degli apparati giudiziari è 'combattere contro il crimine', che i criminali sono nemici e che gli Stati, avendo preteso il monopolio della giustizia penale, hanno il dovere di 'rappresentare' sudditi e società nell'esercizio di una *efficace* vendetta contro di essi.

È ovvio che il penale sostanziale non si sottrae a queste logiche. Prendiamo il penale alto, quello monopolizzato dagli apparati, che ha avvocato alla sua giustizia e sottoposto alle sue pratiche la quasi totalità dei conflitti di formato penale: quel che vediamo è un sistema nel quale la coincidenza di giustizia e repressione produce un vero e proprio *fall out* di effetti secondari di indubbio rilievo. Ne indico tre:

a) la trasfusione dei principi dottrinali elaborati nelle *Practicae* in grandi *Leggi generali* emanate da principi, che *irrigidiscono* seriamente il sistema dell'incriminazione e quello del giudizio. I due principali esempi sono quelli della *Constitutio Criminalis Carolina*, promulgata da Carlo V nel 1532 per i territori dell'impero, e dell'*Ordonnance criminelle* emanata per la Francia nel 1670 da Luigi XIV. Indirizzate a modificare e rendere affidabili le politiche penali attraverso una rigorosa risistemazione del processo, cercheranno di imporre un nuovo stile di condotta agli apparati di giustizia. Entrambe fanno pensare al sistema delle *practicae* (primarietà della

procedura e ‘processualità’ del penale sostanziale), ma di quel sistema riducono di molto la flessibilità, abbassando ulteriormente la negoziabilità, sottraendo altro *arbitrium* ai giudici e, soprattutto, escludendo il ricorso alle consuetudini normative o processuali, grazie alle quali sopravvivevano negoziazione e giustizia comunitaria. Si spiegano così le furibonde resistenze delle popolazioni e delle comunità locali all’avvento della *Carolina* e, in area francese, la diffusa elusione di cui furono fatte oggetto l’*Ordonnance criminelle* e, ben prima di essa, le *Ordonnances* di Tours (1493) e Blois (1498) e quella di Villers-Cotterêts del 1539. Le grandi leggi vanno in cerca di certezza ed efficacia e quindi impongono un processo inquisitorio molto penetrante, producono (e rafforzano) apparati, ottengono un rilevante effetto di ammonizione e terrizione, riducono al lumicino la rilevanza delle giustizie comunitarie e delle giurisdizioni locali, danno all’egemonico una straordinaria accelerazione e mostrano in tutta evidenza che la *iurisdictio in poenalibus* è interamente del principe.

b) Il sistema penale si orienta verso obiettivi di *prevenzione generale*. Il complesso delle incriminazioni si allarga, tende ad assumere colorazioni pedagogico-moralistiche che male fanno distinguere il peccato dal reato, e concorre per questa via ad un generale processo di *disciplinamento* delle società. Allo stesso disegno contribuisce l’inasprimento del sistema sanzionatorio introdotto dalle grandi leggi e il persistente uso che si fa del processo come espediente per pesare sui crimini più gravi, o più temuti, attraverso procedure spicciative, *ad modum belli* — come si fa in guerra, si diceva —, che assicuravano in primo luogo, e comunque, l’esemplare punizione dei colpevoli.

Tra Cinque e Seicento si assiste dunque ad una crescita della pressione del penale sulle società e a un sorprendente incremento della criminalizzazione primaria ⁽¹³⁾. Si manifestano emergenze inat-

⁽¹³⁾ La *criminalizzazione primaria* è quella operata dalla legge col minacciare di pena un determinato comportamento. È il procedimento con il quale si stabilisce che una certa azione, a certe condizioni, costituisce reato. La *criminalizzazione secondaria* è quella che si attua con la concreta sottoposizione del (supposto) autore di un reato alla filiera di giustizia: carabinieri, giudici, sentenze, prigione. È il procedimento con il quale chi ha messo in atto certi comportamenti può essere etichettato come delinquente.

tese che portano a dirigere la repressione sul dissenso religioso e sulla devianza morale, e a perseguire in modo organizzato soggetti e comportamenti *borderline*, messi in uno schema di incriminazione del tutto *sui generis*, specie se visto alla stregua di quella (non irragionevole, non inconsapevole) scienza giuridica. Mi riferisco alla persecuzione della stregoneria, *crimen maleficii, sortilegii vel magiae*, condotta — in sorprendente penuria di dubbi — con un raffinemento estenuato del ragionamento probatorio (per arrivare alla prova ‘certa’ di fatti inesistenti) e con un inopinato abuso della tortura e della confessione. Tanto che la storia, di cui si dice che è astuta, si sarebbe rifatta, di lì a non molto: il rapporto di causalità tra azione ed evento avrebbe fatto il suo ingresso nella valutazione della responsabilità penale, la tortura giudiziaria avrebbe subito uno scredito mortale, la confessione avrebbe perso, a fronte delle altre prove, la sua corona di regina.

c) Emergono, in termini che possiamo considerare ‘moderni’, le esigenze dell’ordine pubblico. Lo spostamento di *focus* dal danno alla disobbedienza, che contamina la risposta penale col tipo dell’infrazione politica, spiana la strada alla logica della *prevenzione*, col suo corteo di sospetti e pregiudizi. La ‘piccola legislazione’ (editti, bandi, ordini, notificazioni, regolamenti) diviene pletorica, invasiva, ‘disciplinante’. Tra Sei e Settecento inizia a prendere forma un *altro* livello penale, gestito *ad arbitrium* dalle polizie, ispirato al criterio della *pericolosità*, basato equamente sul pregiudizio e sull’informazione, non estraneo, negli stili adottati, ad alcuni aspetti del modello dell’Inquisizione romana cui farò cenno tra poco. Destinato a crescere enormemente come ‘penale quotidiano dei poveri’, darà vita ad un secondo livello di legalità, sottratto alla giurisdizione e perciò provvisto di una sua speciale autonomia: sarà uno degli ospiti impresentabili che sederanno alla tavola dei futuri Stati liberali di diritto.

5. *La giustizia ordinaria e il modello dell’Inquisizione romana.*

Uno sguardo va dato al modello processuale adottato dall’Inquisizione romana, e soprattutto ai *modi* (organizzazione, condotte, accorgimenti) che ne caratterizzarono l’azione.

Il processo praticato dall'Inquisizione romana non è diverso dal coevo processo ordinario comunemente usato per l'alto criminale dagli Stati italiani (e non solo da essi). Stesse fonti originarie, stesse regole, stessa dottrina sottostante di riferimento. Il rito dell'inquisizione e lo *iudicium publicum* ordinario hanno in comune le loro lontane origini normative ⁽¹⁴⁾, usano le stesse regole fondamentali ⁽¹⁵⁾, si fanno governare dalla stessa dottrina, prova ne sia che i manuali inquisitoriali, che dirigono l'azione di inquisitori e giudici ecclesiastici, sono costruiti con le solite fonti di diritto comune: giuristi civilisti e canonisti, diritto romano e canonico, scritture, qualche teologo, esattamente come le *practicae criminales* che avevano sul loro tavolo i giudici ordinari. Il processo inquisitoriale è strutturato allo stesso modo del processo penale pubblico: la stessa azione (muove da accusa, denuncia, fama o *notitia criminis*), le stesse regole dell'*inquisitio* (la generale, la speciale), le stesse prassi e cautele per gli interrogatori, le stesse regole per la tortura, gli stessi criteri per la valutazione delle prove e degli indizi, lo stesso rapporto tra il processo informativo e la ripetizione dei testi ⁽¹⁶⁾, lo stesso *arbitrium* concesso al giudice in ordine all'irrogazione della pena: da cui l'amplissima gamma di sanzioni figurative, simboliche o allusive, medicinali, penitenziali o autenticamente penali che i giudici dell'inquisizione applicano di caso in caso.

Il sistema processuale dell'Inquisizione mostra tuttavia tratti peculiari suoi propri, nelle formalità, nello stile di condotta, nell'organizzazione dell'apparato. Alcuni di quei tratti si presentano come

⁽¹⁴⁾ L'origine romano-canonica del processo inquisitorio pubblico è data per pacifica, anche se sarebbe tempo di reconsiderarla meglio, guardandola un po' più da vicino.

⁽¹⁵⁾ Un solo esempio tra tanti possibili. Le clausole portanti del procedimento nella fase istruttoria, *summariæ, de plano, sine strepitu (advocatorum) et figura iudicii*, prodotte originariamente in sede ecclesiastica (*Licet ex omnibus*, Urbano IV, 1261), furono adottate dalla legislazione imperiale (*Ad reprimendum*, Enrico VII, 1313), ricollocate nel processo inquisitorio canonico dopo un intervento interpretativo autentico (*Saepe contingit*, Clemente V, 1314), impiegate di seguito correntemente nello *iudicium publicum* ordinario, correntemente praticate nel processo dell'inquisizione.

⁽¹⁶⁾ È regola che, trattandosi di eresia, nella *copia processus informativi* da consegnare all'accusato non si rivelino i nomi dei testimoni dell'accusa, come invece si fa di norma nei *ristretti* dei processi penali ordinari.

specificazioni di inclinazioni che anche il processo egemonico pubblico da parte sua conosce. Penso alla *centralizzazione e gerarchizzazione dell'attività giudiziaria*, che però l'Inquisizione realizza a *scala italiana*, producendo una 'unificazione' giudiziaria che ignora i confini delle giurisdizioni statali, avoca competenze di quelle giurisdizioni e le ricomponne, prescrivendo agli inquisitori periferici criteri uniformi ed esercitando un controllo ben organizzato, molto attento ed efficiente, sulle loro attività. Penso alla forte *legalizzazione dell'agire dei giudici*, vincolati da testi normativi certi e orientati non dalla propria interpretazione, ma da un intenso e continuo affinamento delle regole, al quale provvede la Congregazione del Sant'Uffizio sulla base dell'esperienza e della casistica che arriva a Roma da tutta Italia: il giudice che ha dubbi deve rivolgersi ai superiori, con quesiti scritti, definiti, circostanziati. Penso, da ultimo, a una certa attenzione per la *professionalità* del personale giudiziario, che traspare nell'operato della Congregazione.

Ma l'Inquisizione si caratterizza anche per peculiari inflessioni di *stile*, e per pratiche *sui generis*, che sono solo sue. Ad esempio, la mobilitazione di *sinergie esterne* all'apparato di giustizia, a cominciare dagli organi pubblici dei singoli Stati, chiamati spesso a dare collaborazione, per finire alla fittissima rete di religiosi secolari e regolari diffusi nel modo che sappiamo in tutto il paese; inoltre, una stabile *linearità di condotta*, che la giustizia pubblica non possiede, perché la giustizia pubblica resta strutturata nel presupposto che debba articolarsi e adattarsi ai casi, alle situazioni, alle circostanze, anche quando si tratta di giustizia penale. Non che l'Inquisizione, all'occorrenza, non faccia altrettanto, ma essa sembra farlo all'interno di uno statuto della condotta che sortisce effetti lineari anche nella eventuale varietà delle soluzioni adottate. Al di là delle apparenze, credo si possa dire che l'Inquisizione non tratta e non è lassista: i suoi 'concordati' e le sue indulgenze sono ritualizzate, finalizzate ai suoi scopi, non estemporanee.

L'Inquisizione è molto attenta al *rigore delle forme*, e tiene insieme le cautele che garantiscono il risultato con le cautele che mostrano riguardo per l'accusato. In questo spirito viene data grande importanza al rispetto delle procedure, alle verbalizzazioni (che siano integrali e scrupolose), alla conservazione dei documenti, alla formazione di una accurata rete di archivi. Nel processo infor-

mativo si assicura la segretezza delle mosse del giudice, dei motivi e delle intenzioni, per accrescere l'efficienza, e si assicura la segretezza degli atti, anche in spirito di garanzia. C'è attenzione per la difesa degli accusati nel processo ripetitivo (ingresso dei difensori, accesso agli atti), prudenza sulla qualità e provenienza delle accuse, dichiarata ostilità per gli anonimi, diffidenza per le testimonianze non giurate, cautela nelle carcerazioni, provvidenze per la difesa dei poveri.

Il sistema processuale messo a punto dall'Inquisizione romana si presenta dunque come tipo evoluto del penale egemonico. Un autentico modello esemplare, provvisto di notevole forza attrattiva sugli ordinamenti degli Stati italiani, che molto assumeranno del suo stile, proiettando quel modello sul lungo periodo.

5.1. *Il precedente della « Carolina ».*

L'Inquisizione, in quanto esempio maturo della giustizia di apparato, si trovò dunque a costruire 'la giustizia della legge', mentre l'egemonico attraversava ancora, in Italia e in Spagna, la fase evolutiva delle pratiche. Lo fece adottando le stesse inderogabilità, le stesse cautele e garanzie, gli stessi espedienti e accorgimenti di una legge famosa, cui ho già accennato, la *Constitutio Criminalis Carolina*, messa in vigore da Carlo V nel 1532, dieci anni prima che Paolo III, con la bolla *Licet ab initio* desse l'avvio alla Santa Inquisizione. Che ci sia un nesso materiale di derivazione tra lo *stylus* adottato dall'Inquisizione romana e la *Carolina* è cosa, che io sappia, indimostrata. Quel che mi sembra chiaro è che i due *sistemi* stanno entrambi nel solco dell'egemonico maturo e che ciò che nel modello dell'Inquisizione è *stile* di condotta, guisa, accorgimento, nella *Carolina* è norma di legge.

Alcune delle omologie, costituendo parallele e conformi innovazioni rispetto a prassi consolidate, colpiscono in modo particolare. Ne segnalo alcune: la legge di Carlo V vige su quasi tutto l'impero germanico, si vale di un apparato giudiziario strutturato dal centro, diffuso sul territorio, con uffici uniformati e con giudici esperti, nominati o approvati dalle autorità centrali. Il processo che costruisce poggia su un testo normativo certo e ha quindi un vigore generale, *erga omnes*, ma quel che più conta, *cogente per il giudice*,

che alla legge deve sottostare. A norma della *Carolina* il giudice, se avrà incertezze, consulterà le autorità superiori. Le sue richieste saranno scritte, documentate e circostanziate minuziosamente. Deve giurare che non farà differenze tra poveri e ricchi, deboli e potenti, che non agirà per amore o per odio, che non vorrà ricompense e non accetterà regali. Non sarà capzioso nell'interrogare, non sottoporrà a tormenti irrituali, avrà sempre la legge davanti agli occhi.

Non diversamente da come i manuali fanno con l'inquisitore, dettagliate norme guidano il giudice negli interrogatori di accusati e testimoni, e nella raccolta e valutazione degli indizi e delle prove. *L'ars inveniendi ac ponderandi indicia* ⁽¹⁷⁾ della giustizia penale ordinaria, sta in simmetria con *l'ars interrogandi* dell'inquisizione, perché è omologa al rapporto *intentio-factum* (ovvero *conscientia-actus*). L'inquisitore è in primo luogo il giudice delle *intentiones* e della *conscientia*, mentre il suo omologo ordinario va soprattutto alla ricerca di azioni e fatti. Il primo ha come mezzo primario *l'extorsio verborum*, il secondo la *collectio indiciorum*.

La legge si preoccupa dell'affidabilità del processo. Precise norme sono poste a garanzia contro le inique, le pretestuose o le imprudenti accuse; la legge assicura una (molto circoscritta) difesa agli accusati e dispone la trasmissione (con spese) del processo informativo ai difensori, con l'indicazione dei testi e delle loro dichiarazioni; altre norme regolano l'uso della tortura, la tutela dei testimoni, l'adozione di *cautelae de veritate*. Nella chiamata di correo (arnese sovrano per scovare eretici e cacciare streghe), Inquisizione e legge carolina vanno di pari passo: tutte le cautele adottate dagli inquisitori, spesso lodate come segno di una superiore attenzione alle garanzie, alla affidabilità delle accuse, alla trasparenza delle indagini, sono già integralmente assicurate dall'art. 31 della *Carolina*. Infine, una minuziosa disciplina prescrive verbalizzazioni (interrogatori, difese, confessioni) e registri (prove, indizi, allegati), disciplina trasmissione e conservazione di atti, obbliga al segreto e dà vita all'archivio.

Le analogie. Esse suggeriscono l'idea di un processo dell'Inquisizione che sta a pieno titolo dentro una stagione processuale

(17) L'arte di scoprire e di soppesare gli indizi.

‘ordinaria’, che adopera gli stessi materiali di cui è impastata la giustizia penale degli Stati ed è in un rapporto di sostegno e nutrimento *reciproco* con la cultura giudiziaria dell’egemonico. Un non piccolo dettaglio distintivo sta nel fatto che l’Inquisizione perseguitava opinioni e processava intelligenze, stringendo quelle società in una morsa di sospetti e timori che a mala pena le lasciava respirare; la sua ‘giustizia’ non risarciva vittime, né retribuiva chi avesse materialmente nociuto, con danno e con dolo. Difendendo il bene dell’ortodossia, essa distruggeva il bene della libertà. E lo faceva *in radice*, aggredendo i pensieri e le parole, per mettersi tra le unghie le coscienze. Questo, quanto al merito, come dicono i giuristi. Quanto al metodo, si può dire che il suo retaggio, fatto di sagacia investigativa, di lucida correttezza, di freddo equilibrio tra regole da ossequiare e risultati da raggiungere, reso autorevole dalla serietà e dallo stile, che sono l’altra faccia di una leggenda nera fatta di avvedute spietatezze e di perfide astuzie, servirà ad alimentare e affilare il processo penale inquisitorio degli Stati continentali, fin dentro, ahimè, l’esperienza del XX secolo.

6. *La degenerazione delle pratiche, gli intellettuali riformatori e le prime codificazioni penali* ⁽¹⁸⁾.

Nel corso del settecento, due tendenze, con alle spalle una lunga sinergia storica, approdano al loro (differente) epilogo, realizzando le condizioni di un mutamento radicale nel campo della giustizia penale. Da un lato, quella concezione del diritto e della giustizia criminale che ho indicato come egemonica realizza compiutamente la sua progressiva prevalenza e, sul finire del secolo, si impadronisce in maniera definitiva dell’intero campo. Dall’altro, la giustizia delle pratiche, per secoli laboratorio e vettore dell’egemonico montante, risolve la sua cronica decadenza in una intollerabile degenerazione,

⁽¹⁸⁾ La brevità dello spazio mi obbliga a tratteggiare in una sintesi estrema questa fase decisiva della storia del penale, nel corso della quale il sistema in cui oggi viviamo venne ideologicamente fondato. Chi volesse approfondirla ha a disposizione una letteratura sterminata, ma io gli indico prima di tutto i capitoli VIII e IX di G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, ristampa, Il Mulino, Bologna 1999.

entra in mortale contraddizione con la costituzione ideologica dell'età nuova, appare di colpo arcaica e barbara.

6.1. *Per la prima volta nella storia d'Europa, gli intellettuali...*

Il diritto penale razionale e la giustizia incivilita che l'età nuova pretende prendono forma nelle critiche corrosive che un ceto di ideologi riformatori, diffusi e collegati a scala europea, rivolge con grande acutezza e efficacia agli ordinamenti esistenti. Per la prima volta nella storia d'Europa gli intellettuali svolgono una funzione critica di opposizione, corale e conflittuale, e lo fanno sul terreno del penale, assegnandogli una centralità culturale e politica che il penale non perderà più ⁽¹⁹⁾. Da Montesquieu a Voltaire, da Rousseau a Beccaria (che dopo il 1764, anno della pubblicazione del *Dei delitti e delle pene*, fu eletto a riluttante corifeo del riformismo penale illuminista), con Blackstone e Bentham in Inghilterra, i Verri, Filangieri e Pagano in Italia, Sonnenfels in Austria, Hommel in Germania, Lardizabal in Spagna, un coro di intellettuali impose prima la discussione e poi la riforma del sistema penale europeo.

È il trionfo dell'egemonico, coniugato alla ragione. In primo luogo si invoca la legge. Una legge dettata da un legislatore che *rappresenti il volere di tutta la società*, che si preoccupi della sua difesa, che individui con certezza delitti e pene, seguendo il principio dell'utilità sociale, solo criterio della giustizia. Il giudice, primo servo della legge, si limiterà a dare seguito.

Diritto e processo vengono rigenerati in una griglia di principi emergenti da un'operazione di sostituzione epocale: il referente etico-religioso che aveva dominato il penale per secoli, viene ridimensionato per fare luogo alla prevalenza dei diritti, a laicità e ragione, utilità e proporzione, ordine, certezza e garanzia. Trasmessi nell'ambito sostanziale, questi concetti ispireranno il principio di legalità dei delitti e delle pene (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*), l'unicità del soggetto di diritto nell'ordine penale, il rispetto della libertà personale, e quindi l'irrilevanza penale delle scelte di

⁽¹⁹⁾ Restarono ai margini quasi tutti i penalisti 'giuristi'. Quelli che intervennero nelle discussioni lo fecero per difendere l'antico e il presente, contro il nuovo che veniva dagli ideologi 'philosophes'.

coscienza, delle manifestazioni del pensiero, delle condotte private socialmente ininfluenti. Si avvia di lì il lungo cammino della 'depeccatizzazione', o secolarizzazione, del diritto penale sostanziale: l'incriminazione partirà soltanto dalla legge, e le sole figure di reato saranno quelle stabilite dalla legge. Il principio di legalità porta con sé quello della irretroattività della legge penale e il divieto di applicarla in via analogica. Le norme saranno astratte e generali, conformi ai principi fondanti della convivenza civile, utili al bene sociale, non capricciose e non persecutorie. La responsabilità penale sarà personale, e personale sarà la pena, che dovrà essere pubblica, pronta, certa, proporzionata al delitto, ineluttabile se dovuta, afflittiva ma non pervertitrice del reo, dissuasiva per gli altri, di emenda per il colpevole. Essa compendia le tre principali direttrici dell'ideologia dell'illuminismo penale (umanitarismo, utilitarismo, proporzionalismo), alle quali va aggiunta l'attitudine abolizionista: la pena di morte va bandita, insieme alle pene corporali, alle infamanti, e a quelle che riversano i loro effetti sugli innocenti (la confisca, la *damnatio memoriae*).

Nessuna negoziazione, e tuttavia nessun irragionevole unilateralismo repressivo: la giustizia deve saper essere clemente, le pene vanno addolcite e praticate principalmente con la multa e col carcere. Lo spirito di civiltà sarà principio ispiratore delle norme e della loro applicazione. Le norme del diritto sostanziale vengano separate, concettualmente e materialmente, da quelle che regolano il processo, e disciplinano insieme le prerogative dello Stato (che ha il potere di punire) e i diritti degli accusati.

6.2. *Processo e poteri del giudice.*

La riflessione sulla giustizia praticata nei processi parte dalla figura e dal potere dei giudici. Tra sei e settecento, la crisi progressiva della giustizia delle pratiche aveva principalmente il loro volto: infidi per i governi se incontrollati, parziali se sottoposti al potere politico, non sempre capaci tecnicamente, talora corrotti, considerati responsabili della giustizia tragica che aveva dato la caccia agli untori, alle streghe, agli eretici, agli innocenti, erano la personificazione della giustizia arbitraria. Ai riformatori, che molto discussero sui poteri del giudice e sull'alternativa tra un sistema probatorio

legale (prove predeterminate, che vincolano il giudizio) e il suo libero convincimento, parve infine che la via migliore fosse quella di sottoporre rigorosamente i giudici alla legge, negando loro persino poteri interpretativi e relegandoli nella limitata funzione degli accertamenti di fatto. La logica dei giudizi avrebbe condotto ad esiti un po' diversi, ma l'ideologia antimagistratuale si manifestò fortissima, in questo come in altri campi prossimi ad esso.

Il processo andava radicalmente ricollocato su di un asse totalmente diverso da quello che aveva retto il sistema delle pratiche. Niente più accuse segrete, né fasi riservate o tenute nascoste agli accusati. Gli accertamenti probatori vanno resi trasparenti, uscendo dalla logica dell'indiziario e demolendo il farraginoso sistema delle prove legali, rigido, arcaico, inaffidabile. L'onere della prova competerà soltanto a chi accusa e gli accusati, ai quali verrà assicurato come inviolabile il diritto alla difesa, non saranno sottoposti a giuramenti, né tanto meno costretti fisicamente alla confessione: al contrario, comincia ad affacciarsi sulla scena del processo il diritto al silenzio dell'accusato, che tra le sue prerogative difensive ha certamente quella di non scoprirsi. Passo decisivo per l'inizio di un viaggio lunghissimo — non ancora giunto a termine — che modificherà la natura e il senso del processo penale, trasformandolo da macchina per attingere prove (prima di tutto) contro l'imputato, in luogo funzionalmente orientato a garantirgli l'esercizio della difesa. In questa stessa direzione si muovono la necessità di ben definire la competenza dei giudici (per luogo, per materia), premessa per la garanzia della sottoposizione al giudice naturale, l'esigenza che le sentenze siano motivate e soggette ad appello e l'opportunità di sottoporre a controllo di diritto anche i provvedimenti interlocutori dei giudici. E che le decisioni siano collegiali, coinvolgendo più magistrati e dando ingresso al giudizio popolare attraverso l'istituto della giuria.

6.3. *Leggi fatte di passato che aprono il futuro.*

Robusti elementi di riforma, insieme alle storiche abolizioni della tortura e della pena di morte, è dato trovare nella *Leopoldina*, la legge toscana del 1786 voluta da Pietro Leopoldo, innovativa ma ancora esposta, per la sua struttura 'all'antica', all'intrusione dei

metodi delle pratiche. È quindi nel *Codice generale sui delitti e sulle pene* del 1787 e nell'*Ordine giudiziario criminale* del 1788, voluti dall'imperatore Giuseppe II, che individuiamo il primo esempio di codificazione penale moderna, largamente ispirata alle idee dei riformatori. Vi si trovano accolti il principio di legalità, il divieto di analogia e di eterointegrazione, generalità e astrattezza delle norme, una moderna 'parte generale', una razionale divisione delle materie, proporzione delle pene, restrizione della pena di morte al solo caso di sedizione pericolosa per l'esistenza dello Stato, abolizione della tortura. Questi, e altri numerosi elementi, fanno del codice giuseppino un prototipo che, fin dentro il secolo diciannovesimo, verrà variamente ricalcato; di esso un'ultima opzione va sottolineata: l'imprescrittibilità della pena, stabilita al § 183 del libro primo, segno sopra ogni altro distintivo di una giustizia statale che non tratta, proprio sul punto che aveva rappresentato l'ultimo ridotto della giustizia negoziata in ritirata.

La rivoluzione francese, figlia dei principi elaborati dagli intellettuali riformatori, di quei principi diverrà la madre, raccogliendo, concretizzando in norme e diffondendo le nuove dottrine penali e i fondamenti del nuovo processo. Già a partire dalla *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* dell'agosto 1789 — nella quale si affermano le libertà dei cittadini a fronte di una giustizia penale sottratta al dominio dell'assolutismo —, e poi con la rilevante produzione legislativa dell'Assemblea Costituente, prende forma un sistema penale radicalmente nuovo, rifondato nella procedura, nell'organizzazione giudiziaria e nel metodo stesso della repressione. La Costituente, con numerosi provvedimenti tra i quali spicca l'adozione di un Codice penale nel settembre del 1791, introduce una classificazione tripartita delle infrazioni (crimini, delitti, contravvenzioni) misurata sulle pene, che farà scuola; adotta il principio dell'articolazione delle materie oggetto di protezione, secondo un ordine affermato nelle dottrine dei *philosophes* ⁽²⁰⁾, che passerà con sparse varianti nella generalità dei codici che seguiranno, fino ad oggi; conserverà la pena di morte, ma ricorrerà per la prima volta in

⁽²⁰⁾ I beni protetti stanno in un elenco che include Stato e pubblica amministrazione, religione, libertà, giustizia e fede pubblica, persona, proprietà, costumi, onore, pubblica tranquillità.

modo preponderante alla pena del carcere; porrà un forte accento sulla difesa delle istituzioni pubbliche e dello Stato, e una grande attenzione ai reati contro la proprietà: tutti elementi che caratterizzeranno a pieno la codificazione penale del successivo secolo diciannovesimo, e non solo quella.

6.4. *I massi di granito di Napoleone Bonaparte.*

Al nuovo Cesare che governava l'Europa gli indirizzi dei costituenti, e il Codice del 1791, dovettero ricordare troppo le idee di Beccaria. Il *Code d'instruction criminelle* del 1808, tornando indietro rispetto a quello disciplinato nel *Code des délits et des peines* dell'anno IV (1795), crea un processo misto, dominato dal carattere inquisitorio della fase istruttoria, strutturata coi metodi dell'antico regime (assenza dell'imputato, penetranti poteri del giudice, raccolta unilaterale delle prove); il dibattimento, invece, si fonda su oralità, pubblicità, contraddittorio e spazi per la difesa: ma il processo vi arriva, il più delle volte, pregiudicato dall'opera del giudice istruttore.

Nel 1810 Napoleone abroga il codice del 1791 e mette in vigore il suo *Code pénal*, vero masso di granito nella storia della codificazione penale. Quel codice nasce segnato dal disegno politico cesarista che principalmente lo ispirava: difendere l'ordine sociale e quello pubblico, proteggere lo Stato e il governo, dissuadere e intimidire, minacciare e scoraggiare. Pene molto severe, (compresi bando, degradazione civile, berlina, marchi a fuoco, tagli di mano e palle al piede: *scolo de' secoli i più barbari*, avrebbe detto Beccaria), morte e confische comminate con larghezza; riappaiono le pene perpetue, si nega il principio di proporzionalità in materia di tentativo e complicità, si espande esponenzialmente la pena dei recidivi, rivivono criteri di incriminazione del reato politico che si pensavano estinti insieme al sistema del *crimen laesae maiestatis*. L'arbitrio della legge, si sarebbe detto, prende il posto dell'arbitrio del giudice. Tutto ciò non toglie che il codice penale del 1810 fosse chiaro, ben articolato, ordinato. Al giudice, dopo l'esperienza delle pene fisse fatta col codice del 1791, viene restituito un certo potere di adattare la sanzione, dentro i limiti fissati dalla norma; si affaccia l'idea delle circostanze attenuanti, anche se poi viene ridotto all'osso

il corredo delle scriminanti; i diritti dei cittadini sono meno tutelati che nel 1791, ma il codice non li dimentica.

Le ragioni della grandezza, della fortuna, e della lunga tenuta di questo codice stanno probabilmente nella sua consonanza con l'intima e occulta *costituzione* dell'ottocento continentale europeo: esso esprime infatti la più coerente (e dinamica) tutela sanzionatoria pensabile del (napoleonico) modello di diritto privato, individualistico e autoritario, del quale si sono innervati Stati di forme liberali, illiberalmente governati. Ma stanno anche nella modularità della sua struttura, che si prestava ad assestamenti progressivi, al passo con i tempi. Una legge del 1832, frutto della rivoluzione liberale del 1830, cancellò marchio e berlina, attenuò le pene, mise a frutto il rimedio delle circostanze attenuanti, decimò la schiera dei reati capitali, accordò maggior peso alle giurie. Il codice rinnovato che ne uscì prese l'aspetto di un « code pénal progressif », aggiunse al vecchio prestigio la nuova aura liberale e conobbe una seconda fase imitativa: fu riecheggiato in Piemonte (1839), con conseguenze sulla futura legislazione dell'Italia unita, nel Vaud (1844), in Spagna (1850), in Portogallo (1852), in Prussia (1851), e si irradiò negli Stati tedeschi, che subirono l'influsso dello *Strafrechtsgesetzbuch für die preussischen Staaten*, opera di notevole qualità, come del resto accadde, dopo l'unificazione della Germania, anche al Codice per l'Impero tedesco del 1872.

7. *Giuristi, giustizia, politica e legge nel secolo diciannovesimo. La penalistica civile.*

Adottati in tutta Europa, i nuovi codici sanciscono l'ingresso della giustizia nell'esclusivo dominio della legge. Rivoluzione non piccola, che mette in primo piano il rapporto tra diritto e politica e produce subito un effetto per molti versi inatteso: la *centralità della questione penale*. Tema politico fatto di materia tecnica, esso ritorna nella responsabilità dei giuristi, dopo la lunga stagione in cui era stato avvocato, per così dire, da ideologi e *philosophes*.

7.1. *La centralità della questione penale.*

È una centralità fatta di problemi concreti, e di dinamiche che investono il sistema. Problema concreto è, per esempio, l'emergenza criminale, che investe le campagne riversandosi poi sulle città, e che la diffusione della stampa quotidiana tra i ceti proprietari rende oggetto politicamente sensibile, e 'rischioso' per i governanti. Problemi concreti sono l'efficienza della giustizia, il suo 'naturale' orientamento classista, il reclutamento e la funzione dei giudici, i poteri e i comportamenti delle polizie, lo stato delle carceri. Ma la questione penale si trova al centro di dinamiche d'altra natura, e certo non meno rilevanti. Si può dire che lungo l'intero secolo non ci sarebbe stato problema aperto, in fatto di crescita civile, di libertà, di giustizia o di evoluzione politica, che non attraversasse in qualche punto il sistema penale. Acquisire o garantire la più piccola delle libertà, comportava la riscrittura o la cancellazione di una norma penale, di un divieto, di un crimine. Ogni nuovo elemento di civiltà che andasse ad arricchire la società attraverso i suoi ordinamenti, portava con sé mutamenti, spesso importanti, dell'ordine penale vigente.

I giuristi vengono dunque caricati di una responsabilità molto grande. Il dilemma che essi stessi costruiscono, e che attraversa tutto il secolo disegnando un eloquente diagramma di fasi alterne, è quello che riposa sul conflitto tra ordine e libertà. Quale dei due interessi deve prevalere quando sembrassero inconciliabili? E può uno Stato comprimere (o sospendere) le libertà dei cittadini per conservare se stesso, assumendo la propria conservazione come la condizione per l'esistenza di quelle libertà? Un *bene politico* — la sicurezza dello Stato, l'ordine nella società — viene opposto al *diritto che ha il singolo* di usare la sua libertà. Il conflitto si ripresenta nell'eterna dialettica di prevenzione e repressione, nel duplice livello di legalità (la legalità assicurata dalla giurisdizione e quella amministrata dalle polizie), nella difficile convivenza tra le ragioni della giustizia e i diritti degli incolpati. La contraddizione tra ordine e libertà, peraltro, va posta sullo sfondo dello scontro tra classi che segna il secolo diciannovesimo, perché è quello scontro che le dà senso e la rende rischiosa. E si può stare sicuri che ogni volta che si sentirà alle strette, la classe di governo sceglierà l'ordine, anche se il sistema che ritiene così di difendere proclama di fondarsi sulla libertà.

7.2. *Criminalità e giustizia negli Stati preunitari.*

In Italia, negli Stati preunitari, tra il 1815 e il 1860, la giustizia è fortemente condizionata dalla difesa di regimi politici deboli, impopolari, impauriti. Gli apparati badano a limitare le libertà dei sudditi, per impedire che esprimano, diffondano od organizzino dissenso politico. Garanti dell'ordine sono le polizie, provviste di regole loro, che sfuggono alla garanzia della legalità, e è assai raro che gli oppositori, a meno che non si esprimano con attentati o rivolte violente, vengano avviati alla filiera della giurisdizione. Per ragioni di efficienza operativa, si direbbe, ma forse anche perché è arduo accreditare come 'giustizia' la repressione di azioni che non fanno vittime, non sono violente, muovono da motivi ideali e sono dirette contro regimi in difetto di popolarità, con prognosi di non lunga vita.

Anche sul piano della giustizia ordinaria quegli Stati fanno fatica a guadagnarsi un consenso che non è scontato. I loro codici sono ispirati a concezioni autoritarie, costruiti sulla chiave della dissuasione, con livelli di penalità elevatissimi, intimidatori prima ancora che repressivi. Dall'altra parte c'è spesso una criminalità rurale da società di penuria, nella quale si muovono fasce marginali rese trasgressive dalla necessità, e non più in grado di assicurarsi la sussistenza dentro gli antichi circuiti del sostegno comunitario. L'impatto con la giustizia di queste popolazioni, nelle nuove condizioni normative, è fonte di resistenze e dissenso, non foss'altro che per la perdita brusca del *privilegio dell'impunità* che le prassi accordavano, a certe condizioni, ad alcuni dei più diffusi illegalismi. Il processo nuovo, benché lambito da garanzie ormai ineludibili (e tuttavia indebolite: difesa esclusa dalle istruttorie e di fatto limitata agli abbienti, appello circoscritto a particolari condanne, carcere preventivo *sine die*, permanenza di speciali procedure aggravate per certi crimini) viene di regola orientato, se non pregiudicato, dalla fase di indagine riservata alle polizie, e si presenta comunque ostile e costoso, soprattutto alla stregua delle cause minori, che restano le più diffuse, e che una volta potevano risolversi 'alla paternalista' con giudici contigui e non funzionarizzati. Ma il dominio della legge e il processo di statalizzazione del diritto e della giustizia erano ormai incontrastabili. Si trattava — e sarebbe stata missione dottrinale — di costituzionalizzarli e di ancorarli a principi liberali, per renderli fattore di crescita e di incivilimento.

7.3. *Emergenze e legalità.*

Il Regno d'Italia nasce, nel 1861, sotto il segno dell'emergenza. L'insurrezione di uomini armati in alcune delle regioni meridionali, passata alla storia col nome sbrigativo di *brigantaggio*, sembrò mettere in drammatico pericolo l'unità dello Stato appena realizzata. La reazione del governo fu tale, sul piano normativo e su quello delle pratiche di giustizia, da infliggere, *statu nascenti*, al sistema penale italiano una radicale e irreversibile torsione. La legislazione eccezionale contro il "brigantaggio" e i metodi usati per applicarla, impressero all'ordinamento punitivo una sorta di carattere originario, che lo avrebbe accompagnato, di emergenza in emergenza, fino agli anni Ottanta del Novecento. L'Italia si adattò a quel duplice livello della legalità, già praticato dagli illiberali Stati preunitari, che gli artefici del Risorgimento — ora al governo del Regno — avevano sofferto e combattuto, e lo conservò, facendolo operare e trascinandolo ben oltre il limite segnato nel 1948 dalla Costituzione repubblicana; così come adottò il metodo della legislazione speciale d'emergenza, costellando la sua storia di leggi d'eccezione che, una dopo l'altra, lasciarono nell'ordinamento incrinature e detriti.

7.4. *La penalistica civile dell'Italia liberale.*

I giuristi, almeno alcuni, si misero contro questa corrente. Il primo fu Francesco Carrara, maestro riconosciuto dei penalisti italiani della seconda metà del secolo, che criticò a fondo l'intrusione della 'ragion di Stato' nella logica del penale e della giustizia. Altri lo seguirono, in una critica serrata dei difetti del sistema punitivo, attenta agli aspetti tecnici, preoccupata degli effetti politici di certe scelte, consapevole di quella centralità del penale che teneva in stretta correlazione il respiro liberale dell'ordinamento con l'incivilimento del paese. Una generazione di penalisti liberali (che una pigra tradizione storiografica ha arruolato in una *inesistente* « scuola », dileggiata come 'classica' dagli avversari ⁽²¹⁾), scientifica-

(21) Il nome 'scuola classica' fu un'invenzione derisoria di Enrico Ferri, caposcuola della corrente positivista, che ebbe fortuna tra i contemporanei. Tra i posteri il binomio scuola classica/scuola positiva, ha tratteggiatamente circolato grazie alla *nonchalance* dei

mente realisti e capaci di impegno civile, realizzò dopo un difficile lavoro di trent'anni un codice penale di rilevante qualità. Lo ispirarono uomini come Francesco Carrara, Enrico Pessina, Emilio Brusa, Giovan Battista Impallomeni; lo realizzò principalmente Luigi Lucchini, collaboratore del ministro Zanardelli, che gli diede il suo nome. Codice liberale, con pene equilibrate, moderate dal criterio della bipartizione dei reati, in una scala penale incivilita dall'abolizione della pena di morte; con una buona visione delle questioni allora nodali (tutela dei beni costituzionali primari, principio di stretta legalità, imputabilità ben ridefinita, risistemazione 'garantista' del tentativo e del rapporto tra dolo, colpa e responsabilità oggettiva, tipizzazioni rigorose, disciplina della recidiva).

Ma il codice Zanardelli si affiancava ad un codice di procedura annoso e di tutt'altra ispirazione, era praticato da una polizia ben diversamente orientata e si valeva di un sistema carcerario imprevedibile. Intorno a questi nodi si affaticò la penalistica civile della seconda metà del secolo: due generazioni di giuristi di diversi orientamenti, liberali realisti, positivisti, democratici e socialisti, divisi da accese discussioni, ma confluenti in un'unica funzione di progresso scientifico e di vigilanza politica. Giuristi che dettero alta prova di sé, in particolare, nella crisi di fine secolo, che fu crisi drammatica in primo luogo della legalità. Tra 1894 e 1900 riapparvero leggi d'eccezione e stati d'assedio, strumenti di un disegno autoritario diretto a fermare l'imperiosa domanda di 'cittadinanza' (e di dignità) che veniva dal mondo del lavoro; a quel disegno si opposero, con altri, tanti esponenti della penalistica civile italiana: professori, giudici, avvocati, di diversa provenienza, tenuti insieme da un impegno nel quale profusero animo e intelligenze per affermare l'irrinunciabilità di un sistema penale giusto, garantito e libero. Fu quella una battaglia civile difficile, rischiosa e costosa, ma fu combattuta con dignità e fermezza, apertamente e senza risparmio. Le riviste scientifiche, la stampa quotidiana, i tribunali, il parlamento, e perfino le piazze furono il teatro di uno scontro nel quale il ruolo di quei penalisti fu insieme decisivo e esemplare.

penalisti, che lo trovarono comodo, e alla pigrizia degli storici, che invece di andare a controllare, lo presero per buono.

8. *Fascismo e Stato forte. La lunga fase del penale autoritario.*

La questione penale, dopo essere stata al centro di un grande dibattito nell'Europa del diciannovesimo secolo, conosce nella prima parte del novecento una fase di ricomposizione e stabilizzazione. In Italia la dottrina, sollecitata da Arturo Rocco, mette il diritto penale al passo del quadro costituzionale reale del paese, assumendo *la legge* come perno fondamentale della riflessione del giurista. È la svolta tecnicista, benefica per un verso, perché contribuì a risanare la scienza penalistica liberandola dai detriti dell'invasione positivista (cattivi sociologismi, autoritarismo strisciante, repressivismo illiberale), ma anche foriera di un impoverimento culturale sul lungo periodo, che i penalisti pagheranno con un pesante isolamento.

Ricomposizione e stabilizzazione, dicevo. È vero che rimangono irrisolti i cronici nodi di una giustizia lenta, costosa e classista, di una polizia che poco si cura dei diritti dei cittadini, di un sistema carcerario troppo indietro rispetto ai tempi; tuttavia, dal punto di vista dei principi e dei metodi, il diritto penale costruito e poi affinato dalla penalistica civile del secolo diciannovesimo è sufficientemente adeguato ad una società solo in parte toccata dalla modernità come quella italiana della prima metà del ventesimo. Lo sono anche i codici, quello di Zanardelli e il nuovo codice di procedura penale del 1913, liberali quanto basta, moderati quanto serve. Ma la traumatica presa di potere della destra fascista fa irrompere proprio nel penale lo scontro politico, segnando i nuovi profili vessatori della repressione.

8.1. *La cultura penale del fascismo e le sue leggi.*

Fin dal primo momento della sua presa di potere il fascismo italiano tende a mettere al centro del problema penale la questione dello scontro politico. Dagli anni dello squadristico fino alla soluzione di forza della crisi Matteotti approdata alle riforme 'fondative' del 1926, prende forma *in nuce* una sorta di progetto penale che il regime metabolizzerà, per restituirlo in forme ideologiche e in realizzazioni legislative ispirate ad un disegno non privo di coerenza. Alcuni capisaldi appaiono evidenti. In primo luogo, il penale va disancorato dalla tradizione liberale, per essere ridotto ad arma che lo Stato rivolgerà contro i suoi nemici, a difesa non della società e dei

cittadini, ma di se stesso, con ciò assicurando la tutela di quella e di questi. Non sarà più questione di diritti o di garanzie, ma di autorità. Lo Stato per essere forte deve farsi temere, e a questo fine strumentalizzerà la repressione penale, definendo *ad libitum* gli ambiti di libertà dei cittadini e la ‘compatibilità’ delle loro azioni. Corollario di questo principio è l’assunzione del criminale come nemico, in una gradazione che prevede l’annientamento degli oppositori politici — nemici per eccellenza —, la severa punizione dei criminali comuni, l’assoggettamento di quelli pericolosi o ‘anormali’ al più stringente trattamento preventivo.

La legislazione penale del regime si muove tra le leggi ‘fascistissime’ del 1926 e quelle antiebraiche del 1938. In mezzo, nel 1930, una imponente riforma dell’intero sistema collegata ai due codici, penale e di procedura, voluti da Alfredo Rocco. Le leggi del 1926 annientano l’opposizione politica, sopprimono i partiti e la stampa libera, ripristinano la pena di morte per i reati politici, istituiscono il Tribunale speciale per la difesa dello Stato. I codici del 1930 si ispirano ad una visione meramente difensiva, alzano il livello della repressione inasprendo considerevolmente il sistema delle pene, puntano sull’intimidazione. Interi titoli traducono in norme penali alcuni capisaldi dell’ideologia politica del fascismo: lo Stato-persona e la sacralità della Nazione, la natura totalitaria del partito fascista identificato con lo Stato, l’intolleranza per le opposizioni, l’idea fascista della famiglia, la religione dello Stato, l’economia corporativa, l’ossessione per la purezza della stirpe, persino il costume maschilista del fascismo, vennero protetti alla stregua di beni primari della società e della nazione in diversi, e talora appositi, titoli introdotti nel codice.

Il processo penale, che pur si richiama allo schema misto tipico della tradizione italiana, è costruito in modo tale da rendere decisive le risultanze dell’inquisizione istruttoria, destinate ad essere riversate nel dibattimento, con l’effetto di orientarlo in modo pressoché irreversibile. Le prove sono raccolte nel corso dell’istruttoria: la preliminare, affidata alla polizia, la sommaria, svolta dal pubblico ministero e la formale, che spetta al giudice istruttore: in nessuna delle tre è ammessa la presenza del difensore dell’accusato. Come avveniva nel processo delle pratiche, le risultanze istruttorie gli saranno rese note all’atto, o alla vigilia, del rinvio a giudizio. Poco si

cura il codice anche della libertà personale degli imputati: per i reati di qualche rilievo la carcerazione preventiva è la regola e, non essendo previsti termini, accade che l'imputato passi in carcere tutto il tempo della durata del processo, appello compreso, indipendentemente dal suo esito finale. Inutile aggiungere che il pubblico ministero dipende gerarchicamente dal ministro della Giustizia e che sulle sue decisioni di archiviazione non è dato controllo giurisdizionale: come dire che l'azione penale è discrezionalmente nelle mani del p.m., il quale è a sua volta, per così dire, nelle mani del ministro.

Non piccola, in tutto questo, come ho scritto altrove, fu la responsabilità dei giuristi. Immersi senza residui in una cultura dell'autoritarismo che aveva cancellato in essi ogni preoccupazione per i diritti, lasciarono circolare nella società — come originato dall'apparato penale — uno spirito di dominio che si esercitava sulle persone e sulle formazioni sociali, nelle relazioni politiche e nella vita quotidiana. Uno spirito non separabile dalla pratica dell'arbitrio e del sopruso, che prendeva correntemente forma nei rapporti tra le autorità e i cittadini. Ciò che un sistema penale libero avrebbe dovuto combattere e scongiurare, quel sistema penale lo incoraggiava e attuava. Entrarono nell'orizzonte della normalità l'inclinazione fascista alla vessazione degli avversari, l'impulso di cancellare il *disturber*, il dispregio dell'*inferiore* per condizione sociale, per razza, o per condotta. Perché il paradigma della superiorità/inferiorità, il principio di ineguaglianza, il pregiudizio della gerarchia sociale, l'intolleranza per la diversità e i molteplici corollari della dottrina della forza, una volta assorbiti nella legge e fatti concretamente operare come 'criterio di giustizia', vennero poi restituiti alla società sotto forma di ideologia e visione delle cose. Di tutto questo i giuristi, ogni volta che dimenticarono la funzione umanitaria e liberatrice che al penale era stata assegnata dalla penalistica civile del diciannovesimo secolo, portarono non piccola responsabilità.

9. *Democrazia e Stato sociale. La crisi del penale nell'Italia repubblicana.*

Dopo la Liberazione, la conquistata democrazia restituì al sistema penale il suo carattere di misura del grado di civiltà del sistema

giuridico e dell'intera società. Grazie a pochi passaggi della Costituzione del 1948, ottennero solenne sanzione il principio di legalità e quello del giudice naturale, la personalità della responsabilità penale, la presunzione di non colpevolezza, il diritto alla difesa, la funzione rieducativa della pena e l'abolizione della pena di morte. I codici del fascismo restarono però in vigore, appena moderati da desuetudini e, a partire dal 1956, da numerosi interventi demolitivi della Corte costituzionale; il loro peso si fece tuttavia sentire, insieme a quello della legge di Pubblica sicurezza, agendo da stridente freno sulla vita civile e democratica del paese.

A partire dagli anni cinquanta, il sistema penale italiano, invecchiato e bisognoso di riforme, in grave ritardo sullo sviluppo civile e economico di un paese ormai in via di rapida modernizzazione, venne investito da una serie successiva di *emergenze* che dettarono, per così dire, la sua agenda. L'*ordine pubblico*, in relazione ai conflitti politici, sindacali, studenteschi, nel corso degli anni Cinquanta e Sessanta, il *terrorismo* nei Settanta, la *criminalità organizzata di stampo mafioso* in un periodo molto lungo che conobbe fasi di picco tra gli anni Ottanta e i primi Novanta, la *corruzione politica* anch'essa fenomeno di lunga durata che esplose giudizialmente tra il 1992 e il 1994, e da ultimo il *sentimento di insicurezza*, del quale non si può dire ancora che sia assurto al livello di una storica emergenza, ma che sta imprimendo un segno rilevante nel clima penale di questo inizio del nuovo secolo.

La risposta penale suscitata di volta in volta da queste cinque emergenze ha impegnato in fasi successive ordinamento e legislazione, ottenendo il duplice effetto di procrastinare *sine die* le necessarie riforme strutturali del sistema penale e di lasciare in esso tracce rilevanti, che lo hanno lungamente ingombrato, costringendolo a defatiganti recuperi, specie sul versante del sistema delle garanzie da riconoscere ai cittadini.

9.1. *Il penale ipertrofico, la crisi delle regole, la crescita dell'insicurezza.*

Frattanto, col tempo, il sistema normativo penale si è fatto ipertrofico. Al codice e alle tante leggi penali speciali prodotte nel tempo, si è aggiunta una miriade di norme speciali, annidate in

centinaia di leggi amministrative, destinate a disciplinare le materie più disparate. Soggiogati come sono da una vera e propria 'legge del cumulo dei prodotti normativi', gli Stati operano una crescente 'penalizzazione a tappeto', punteggiando di norme penali la 'marea di leggi' che esce dai loro parlamenti, senza avere poi le strutture occorrenti e la forza necessaria per farle rispettare. E questo è, in tutta evidenza, effetto di una crisi, e motivo di crisi a sua volta.

Le origini più lontane del fenomeno, insieme a quelle più prossime, stanno probabilmente nella crisi dello Stato-nazione, e nello sfiancamento del suo potere normativo. Lo Stato-nazione è il prodotto storico di una fase ormai tramontata, e si è formato su presupposti politici e ideologici che stanno da tempo alle nostre spalle. Le stesse categorie penali fondamentali — elaborate tra Sette e Ottocento, nella fase di *avvicinamento* allo Stato liberale di diritto — devono essere sottoposte a coraggiose critiche di verifica, in questa che è invece una inoltrata fase di *allontanamento* da quel tipo statale. Del resto, l'inflazione penalistica, assunta qui come effetto della crisi dello Stato-nazione, ne è anche una delle cause. Perché la crescita abnorme della dimensione penale dentro il sistema normativo, produce inevitabilmente un severo indebolimento dell'egemonia della normatività statale complessiva, e una sorta di ineluttabile logoramento della normatività penale in particolare. Accade che interi *sistemi normativi non giuridici*, che una volta avevano la loro efficacia nei rapporti sociali, si sono dissolti, sostituiti da una domanda di costrizione penale, a cui si risponde con leggi dal valore più che altro simbolico. La minaccia di pena si riduce spesso a mero mezzo di proiezione, per ottenere effetto di annuncio, per tranquillizzare o ricevere consenso. Per quanto sembri incredibile, l'inasprimento delle pene è ancora ritenuto un mezzo efficace nella rappresentazione del penale.

Il codice penale ha perso la sua centralità. Lo Stato sociale, legislatore per eccellenza, si vale fin troppo spesso del penale a mo' di avvertimento, quasi a segnalare l'importanza di questo o quel passaggio della sua normazione. Ha dilatato enormemente il campo delle contravvenzioni, e ha inventato il penale accessorio e il penale ostativo. È così che tante leggi organizzative vengono guarnite con obblighi o divieti corredati da pena, che dovrebbero fare da ostacolo alla loro inosservanza. Segmentazione e polverizzazione diventano la

regola. Non c'è più settore dell'amministrazione pubblica che rinunci al suo ritaglio di minaccia penale, per aumentare il suo potere di presa sulla frazione di cittadini che hanno a che fare con essa, o semplicemente per non essere da meno rispetto a tutti gli altri. Ogni settore, in perfetta autonomia, gestisce il suo pezzetto di potere punitivo, produce le sue prassi applicative, crea i suoi linguaggi da microsistema, poco curandosi della pratica utilità di tutto questo. Perché è nell'esperienza comune il fatto che la minaccia di pena resta di regola allo stato di minaccia, usata solo per fare pressione, per contrattare da posizioni di forza, per ottenere dai cittadini condotte più docili nei confronti di alcune esigenze burocratiche.

In questo quadro, la pena cessa di essere presa sul serio. Essa è stata seriamente indebolita nel suo ruolo strategico di prevenzione generale, in ragione del fatto che i comportamenti minacciati trascorrono dai gravissimi ai bagatellari e sono tanto numerosi e disparati da non offrire più un punto di orientamento certo. L'inflazione punitiva, come era prevedibile, ha corrosato il valore intrinseco del sistema che ha sovralimentato. Ridotta al rango di semplice segnalatore di pericolo, la minaccia di pena perde quel po' di funzione dissuasiva che poteva esserle rimasta e degenera in una prospettiva di mera casualità. Un'osservazione, anche superficiale, delle dinamiche punitive reali operanti nell'Italia tra novecento e duemila, ci dice che la pena colpisce 'casualmente' il piccolo numero di coloro che, per qualche inclassificabile ragione, inciampano in un processo di criminalizzazione secondaria. La stessa rapida osservazione ci fa dire che quella casualità è guidata, tuttavia, da un 'istinto' che la conduce invariabilmente a colpire (sia pure a caso) categorie marginali, soggetti deboli, oppure autori che si rendano particolarmente visibili; lasciando fuori comportamenti criminali coperti o protetti, che usano modi discreti, o che possono contare su di un *commodum* di origine politica, coadiuvato da una sapiente strategia mediatica, capace di spostare il *focus* dell'attenzione generale *dal problema* (la corruzione, per esempio, o fatti di criminalità economica) *agli effetti* che potrebbero prodursi affrontandolo col mezzo del controllo di legalità. E già si insinua, dall'alto, una singolare e inedita questione, che non sembra foriera di bene, in ordine alla compatibilità tra l'azione giudiziaria che dà seguito al dettato delle leggi e la volontà popolare che democraticamente si esprime quando

sceglie una maggioranza di governo, in occasione delle elezioni politiche.

9.2. Lo 'Stato di sicurezza'.

Questi, e altri ad essi collegati, sono i problemi aperti. Lo Stato sociale sta visibilmente evolvendo verso forme che si possono definire con l'espressione 'Stato di sicurezza', nelle quali assumono rilevante importanza *vagues* di opinione capaci di farsi orientare da pericoli creduti, molto più che da fatti dimostrati: egemonizzate da ceti che da tempo praticano una certa infastidita noncuranza per le regole, e tuttavia ne reclamano l'inflessibile applicazione verso i capri espiatori del loro sentimento di insicurezza.

Quel che si può dire, è che, al di là delle sue contraddizioni, la questione della sicurezza è già al centro dell'attenzione delle politiche penali in molti paesi dell'Europa di oggi, e che per il suo potere di mescolarsi a ben altro, non dovrebbe essere né trascurata né sottovalutata. Perché la sua possibilità di trasformarsi in un'emergenza di grande portata sta tutta nel grado di cura tempestiva (precoce, ormai, non si può più dire) a cui si sarà capaci di sottoporla. Si sa che essa si lega con questioni, altrettanto complesse, come quella dell'immigrazione, con l'esistenza di un serio disagio delle periferie e delle fasce non integrate del mondo giovanile urbano, con la caduta di regole di convivenza *d'antan*, di cui si sente la mancanza dopo averne talora accelerato la scomparsa con stili di vita ispirati a modelli individualisti e consumistici resi egemoni dai *mass media*; nasce in gran parte nel senso di precarietà e apprensione per il futuro di ceti che perdono *status* sociale o che temono di perderlo; è facilitata da alcune dinamiche della vita urbana quali l'anonimato, la creazione di un 'mercato della sicurezza' fatto di assicurazioni e protezione privata, l'abbassamento della difesa dei beni da parte di chi li possiede, l'elevazione del loro valore per chi non li ha e aspira ad averli; si radica, nella coscienza del fatto che per certe aggressioni la vittima non ha praticamente difesa, né dispone di una affidabile possibilità di rivalsa, perché indagini di polizia e processo penale non sembrano strumenti adeguati e, soprattutto, disponibili.

Un lungo lavoro strategico sembra realisticamente la sola via

praticabile. Un lavoro che sposti sulla criminalità diffusa una parte dell'attenzione storicamente rivolta altrove, affrontando, tra le altre cose, con politiche di controllo e legalizzazione, gli esiti criminogeni del proibizionismo in materia di sostanze stupefacenti e i nuovi allarmanti profili assunti dal fenomeno prostituzione. Un lavoro lusinghiero che riorganizzi la presenza dei tutori dell'ordine nelle città, che impianti meccanismi di riparazione del danno e procedure di mediazione tra aggressore e vittima, che coinvolga i mezzi di comunicazione in un'opera di razionalità informativa, dissuadendoli dalla attuale funzione di allarme a intermittenza e dall'opera di cattiva informazione che nasce dalle enfasi, dalle metafore belliche, dai toni parossistici, con cui la stampa in particolare tende a presentare episodi che sono nient'altro che ordinaria criminalità diffusa.

Un lungo lavoro, *comme toujours*. La fuoruscita dalla vendetta non è, da secoli, impresa da poco.

Scheda bibliografica

- ALESSI G., *Il processo penale. Profilo storico*, Laterza, Bari 2001.
- CORDERO F., *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Laterza, Bari 1985.
- DAMASKA M.R., *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, Bologna 1991.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari 1989.
- PRODI P., *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Il Mulino, Bologna 2000.
- SBRICCOLI M., *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in: A. Schiavone (a cura di -), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 147-232 [t. II, pp. 493-590].
- SBRICCOLI M., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in: L. Violante (a cura di -), *Storia d'Italia. Annali*, 14: *Legge Diritto Giustizia*, Torino, Einaudi, 1998, pp. 485-551 [t. II, pp. 591-670].
- SBRICCOLI M., « *Vidi communiter observari* ». *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », 27, 1998, pp. 231-268 [t. I, pp. 73-110].
- TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, ristampa, Il Mulino, Bologna 1999.
- ZORZI A., *Giustizia criminale e criminalità nell'Italia del tardo medioevo: studi e prospettive di ricerca*, in « *Società e storia* », 46, 1989, pp. 925-965.

**LA GIUSTIZIA NEGOZIATA
E L'EMERSIONE DEL PENALE PUBBLICO**

2.

LEGISLATION, JUSTICE AND POLITICAL POWER IN ITALIAN CITIES, 1200-1400

1. Premise. — 2. New society and old powers: *civitas dat iurisdictionem*. — 2.1. A System of Autonomies and Its Juridical Bases. — 2.2. The Juridical Solution to Conflicts. — 2.3. The Legal Instruments of Oligarchic Authority. — 3. The judicial legitimization of power. — 3.1. The Advent of the Inquisitorial Process. — 3.2. *Ne crimina remaneant impunita*. — 4. The statute as 'flexible constitution'.

1. *Premise*.

The experience of the communes of central and northern Italy may be considered, in its mature phase, that in which recourse to the juridical instrument as a means of organizing and guaranteeing political life was established with sufficient clarity, and perhaps thoroughly for the first time. We are at a point at which it is possible to say that a great part of political theory is to be found in legal treatises concerning institutions and forms of government ⁽¹⁾: the relationship between the exercise of political power and legal processes is fairly clear, and it was brought to light some time ago by legal historians ⁽²⁾.

Within those institutional practices, political activity itself, interpreted in a very broad sense (and anyway as a process distinguished from the doctrinal elaboration of the theoretical instruments necessary for its development) emerged as an activity of a typical nature, which constantly tended to separate itself from other related activities, especially those which were religious and economic.

(1) Comparato (1987), 30; Quaglioni (1989), 7-13.

(2) Costa (1969).

The juridical instrument (though it would be better to say: the juridical form either given to political, institutional, and strategic options, or adopted to achieve them) grew in importance and acquired an indisputable centrality in city life. This made the presence of a certain number of experts in law necessary and their direct and indirect involvement in political activity inevitable: in particular, in the legislative process, in consultations about administrative decisions, and general governmental matters, and moreover — obviously — in the various functions of the administration of justice.

The jurist assumes a distinct role as intermediary. He assumes it both in the sense of a horizontal mediation (when he acts as arbiter between reality and interests which exist on the same level), and in that of a vertical transmission (when he mediates the questioning which passes from ground level upwards and those answers which then return downwards from the upper level). His position is, in fact, institutionally what makes him an indispensable (and apparently technical) go-between in any formalized decision-making. This reality explains why it is possible to consider the law (and legal science) as a medium: something which is necessarily the instrument of something else. The same rules, however, have in general, and have so by their nature, an intermediary value. Such a value implies that even those who are required — by experts — to make the rules work and to check their correct functioning have a role as ‘servants’. What we can say, in any case, is that in the experience of Italian communes in the late Middle Ages, political power took advantage of juridical (that is, customary, legislative, administrative, jurisdictional, and jurisprudential) means — amongst others — which performed an instrumental function, finalized when political results had been obtained, but which was also such as to constitute in itself a characteristic element of the constitutional nature of the *commune civitatis*.

A negotiation of functions between jurists (as single protagonists on the one hand, as an order on the other) and commune oligarchies became inevitable. This did not mean that the jurist lost his independence, intellectual or professional, sacrificing it to the political demands of the commune establishment. Such an out-

line ⁽³⁾, however correct in its fundamental characteristics, must nevertheless be well circumstantiated, bearing in mind that there were some elements of autonomy which could not be eliminated from the jurist's function, imposed by the nature of the discipline that he cultivated and by the nature of his functions.

The relationship that was established with the political commune system was made up both of direct participation in the running of the administration (many jurists formed an integral and active part of the governing class), and of technical collaboration, but always within the context of a constant acknowledgement — as it were — of the jurist involved as functionary, judge, counsellor, or councillor. Even in cases where a definite organic connection between jurist and political power can be historically verified, it seems correct that we should affirm that the jurist stabilized the rules and technical logic (but also cultural, relational, and political rules) which constituted his competence, and with it his credibility. For it was impossible for him to conserve his authoritativeness, if he did not remain true to the fundamental principles of jurisprudence, in relation both to the value of his autonomy and to that presumption of neutrality which made him a reliable intellectual, both for the political power which made use of his work, and as far as the citizen-audience was concerned, for whom the decisions suggested, supported, or justified by him, were destined. Neither the structure of commune government on the one hand nor the citizen on the other had any use for a jurist so lacking in autonomy that he contradicted the principles (and not merely technical principles) of his discipline, who could not sustain decisions and strategies supported by a motivation stemming in part from political contingencies.

This picture, composed of constitutional innovations and revived political theory, of gifted jurists linked to a ruling class, bearer of a strongly innovative vision of its role and its relationship with the outside world, is at the origin of an experience — that of the Italian communes of the twelfth to the fifteenth centuries — which can be considered as a precocious manifestation of what historians have

⁽³⁾ Sbriccoli (1969).

agreed to term the ‘modern state’. This experience was to find certain fundamental categories and practices already elaborated upon and, theoretically, perfected, to such an extent that they could inherit them directly from that experience: constitutional principles, for instance, those of sovereignty and autonomy; cognitive instruments for government, such as those of public order or public interest; the conviction of the necessity to establish a monopoly of the military, fiscal, and jurisdictional functions; political categories such as those of consensus, unity, political party. It was to inherit the principle of formal political decision-making, which imposed fixed and firm procedural rules for all public functions — from the making of laws to the formation of governmental organs, from the administration of public affairs to that of justice. The aim of this chapter is to show how some of the practical and theoretical foundations of the modern state have been elaborated, in the form of juridical instruments of power, by the jurisprudence and the constitutional experience of Italian cities in the period of the commune.

2. *New society and old powers: civitas dat iurisdictionem.*

2.1. *A System of Autonomies and Its Juridical Bases.*

The political character of the commune as an institution is unique. This was conditioned by its limited territory and determined by its ‘city character’: the latter was a historical innovation of great importance, which was to have significant consequences, especially with reference to individualized juridical instruments for the organization, conservation, and transmission of political power. The city represented a thoroughly new institutional and political context, which was to bring to life, if not for this reason alone, a system absolutely *sui generis*, producing completely unique juridical and constitutional forms. The context in which the city-state established itself included other ‘superior and universal authorities’: the juridical instruments therefore bore the signs of a (theoretical and political) revendication of autonomy (in the first place, obviously, *the potestas condendi statuta*) and aimed at the exploitation and protection of the

political (but also the economic and cultural, in the wider sense) content of this autonomy. The original political picture considerably influenced the successive developments of the citizen conflict: having had to check, outdo, then reabsorb and integrate the competing powers of the federal formations into the institutional body of the commune signalled in a particular way the institutional logic of the city-state between the eleventh and twelfth centuries. The same consular phase, as has been already shown in what are now classic studies ⁽⁴⁾, initially overlapped the jurisdiction of the bishop, without supplanting him; in the same way that 'the representatives of the *commune hominum* and those of the lord, or more commonly of the association of the lords of that area, coexisted for a long while' ⁽⁵⁾. The fundamental juridical instruments tended to be shaped by the demands of this conflict and, consequently, took the path of institutional settlement: one which initially assumed the character of 'coexistence', then moved towards forms of compromise and, finally, of synthesis. Constitutional and administrative practices were strongly conditioned by this. Since the answer to this problematic sequence was found in the principle and the practices of self-government, the consequences of which can be summarized as follows:

a) *The promotion of commune stability by means of statute.*

The tendency to promote the stability of the commune by means of statute, and the adopting of interpretations which could adapt to different circumstances, meant that the statute increased considerably in value and remained under constant political control while it remained applicable. The jurists obviously carried out an important role. It was in carrying out this role that a political and professional relationship was established between the jurists, who operated within the reality of the commune, and the oligarchy which directed the fortunes of the city. A relationship was, understandably, inevitable in its own way: both because it seemed to rest on the same political and technical background, when it was finalized to the support, tempering, or implementation of constitutional politics or

⁽⁴⁾ Ottokar (1948).

⁽⁵⁾ Niccolai (1940), 96-7.

administrative practices; and because it was absolutely natural that the jurists, for reasons pertaining to their class and economic status, ultimately became part of the commune oligarchy. The political connection between jurists and the world of the commune can perhaps be best interpreted in this light, rather than be considered, more generally, as having an 'organic link' with the political system of the commune (6). Besides, to shift the focus of analysis from a general theme which concerns 'the jurists and the system' in the Italian communes, to a case-by-case evaluation of their relationship with the politics of the commune oligarchies, means reappraising the differences, at times considerable, between the local situations within the whole of the political and juridical experience of the world of the Italian commune in the twelfth to the fourteenth centuries.

b) *The 'partiality' of the law and the 'impartiality' of administrative and judicial management.*

Any judgement on the quality of commune legislation must give consideration to its ultimate political objective, aimed at, amongst other things, attaining the goal of oligarchic unification of the ruling class. The anti-nobility legislation, for example, the typical model of apparently partisan legislation, making the other associated members jointly responsible for the wrongdoings of individual members, contributed considerably (and this was not intended as one of its aims at the outset) to the breakdown of groupings of alliances (7), thus encouraging the formation of a system of oligarchic power freed from the noble, aristocratic, and family practices of old. Constitution and law should therefore be numbered among the 'means of making politics'.

However, any judgement on the administration of justice and the management or execution of political decisions has to be measured, beyond mere appearances, as a result of a tendency towards the realization of an impartial administrative system. This viewpoint seems plausible. Some of the choices made in this area (external

(6) Sbriccoli (1969). These observations were made in Padoa-Schioppa (1980), and have subsequently been repeated by others.

(7) Bertelli (1978), 81-90.

podestà, ‘professional’ itinerant justices, growing formalization of executive procedures), too, were destined to guarantee the oligarchy and to reinforce its cohesion but also operated objectively in the sense of a ‘modernization’ of the functions of government.

One can to some extent speak of the emergence of a notion of politics in, as it were, the modern sense. It was in fact to politics that the role of ‘practice for resolving conflicts’ was gradually and increasingly entrusted. Two different methodologies seem to establish themselves at this juncture: on the one hand a form of government of social formations and interests, and on the other a form of government of law, or through law: the two methodologies, besides living side by side and going beyond conflict — according to a logic which presents itself to us as the general process of the entire commune experience ⁽⁸⁾ — put themselves in a dialectical relationship which represents to some extent the historical originality of the political-institutional phenomenon that we are examining. It was from this dialectic that the importance of the juridical instrument (in the form of contractual pacts, arbitration, procedure and legislation) as a means of settlement and/or authoritative resolution of disputes and conflicts clearly emerged.

2.2. *The Juridical Solution to Conflicts.*

The community of citizens of the twelfth to fifteenth centuries was undoubtedly an exemplary model, and in its own way typical, of society in conflict. The constitutional form which the city gradually assumed was conditioned by this reality and reflected its evolution. Various phases, not arranged in a secure logical and chronological succession, but interwoven, and to an extent co-existing, indicate a significative ‘methodology’ in the resolution of disputes. By means of this methodology, the city enabled the commune authority, the factions, the various dynastic political consortia and the private citizens to work together in the process of settlement. Various

⁽⁸⁾ Neither a monistic vision of the law nor one of its evolutionist conceptions fit the Italian communal experience. Pluralism and the co-existence of juridical systems and phases, of rules and processes, are its norm. Outlining this method: Rouland (1988), 74-8.

systems for the settlement of urban disputes, in fact, corresponded to the various institutional configurations: the fact that the interests took on the aspect of demands based on the rights guaranteed by the material constitution of the city called upon the commune as 'public figure' to bear witness, through recourse to its political, administrative, and judicial mediation.

It is evident that the dispute could be resolved with the predominance of one among the parts in conflict. It might also be neutralized using, as far as its potential would allow, the instrument of autonomy.

This might happen, for example, through the superimposition of constitutional structures: it was a question of the government of *Arti* (guilds), which made its power influential not by abolishing the earlier structure but by coming closer to it and creating a system with more independent and non-conflictual vertices ⁽⁹⁾.

Finally — and this is the more recurrent theme — the dispute could be mediated by agreement and compromise. The latter, which was the way of peace and arbitration, asserted itself to such an extent as to become — at certain moments in the constitutional history of the commune — the most important balancing — point in the relationship between justice and politics. However, if we observe closely, the settlement procedure was that which seemed most appropriate (and, in one sense, most coherent) to the phase of political consolidation which the cities underwent between the end of the twelfth and the beginning of the fourteenth century. In a context where the government of the city, for the complex reasons which are all known to us, was unable to impose and exercise the monopoly of the function of justice, this procedure (*compositio*) seems to have been the only one which was able to respond and, at the same time, comprised at least three fundamental requirements: (a) to settle those disputes of an 'individualistic' character, while retaining its political weight; (b) to involve the public authority, which might be present as mediator or — at least — as referent *ex post facto*, in as much as it took account of the settlement which had

⁽⁹⁾ Tabacco (1979), 275-92.

been achieved, ensuring it practical juridical consequences ⁽¹⁰⁾, and guaranteeing it; (c) to ensure an acceptable level of 'citizen peace' and public order during a period when the commune needed the citizens' financial support, collaboration, and tenure of offices by rotation. It was not by chance, in fact, that the statutes of the commune and the decisions of the political authority encouraged (and at times prescribed) the establishment of peace in the first phase of the commune experience, proceeding to specific prohibition, and then to punishment, in a later phase ⁽¹¹⁾.

We must, nevertheless, state that urban disputes (among private citizens and among non-governmental groups that were important as far as penal justice was concerned, whether they were overtly political or inspired by complex and longstanding antagonisms) were not mediated solely and always by powers that can be ascribed to the public sphere. So, too, revenge and reprisal, which had political consequences completely opposed to those sought by peace and compromise, were forms of settlement of disputes. A settlement of this kind could be sought in the form of arbitration, mediated by authorities which did not belong to the ambit of the commune government, or, also with recourse to official justice, in a public tribunal, before a regular judge: in such situations in fact, public justice had an entirely logical place in settlements and vendettas.

However, all these various forms of resolving disputes fitted within a framework which bound them together and produced their homology (even in the forms and rules of procedure). So much was this the case that the same public and official justice ultimately absorbed and developed the characteristics of a consensual justice, and often those of a type of justice not alien to vendetta or reprisal. It allowed itself to be crossed by the other forms of justice and intertwined with them, making a reconstruction of the whole system difficult, a reconstruction which claims, in accordance with the

⁽¹⁰⁾ To achieve such ends peace became formalized and was registered by a notary, or by another official who had, as we would say today, the power to draw up publicly certified documents.

⁽¹¹⁾ The phenomenon is well documented, although it is difficult to provide precise chronological limits in relation to apparently very diverse experiences (first, of the city, then of the regional state).

modern vision of certainty in law, to form the various proceedings into a hierarchy, to evolve their level of compatibility with the public justice or to achieve 'modernity' or rationality⁽¹²⁾.

2.3. *The Legal Instruments of Oligarchic Authority.*

The mediation of disputes, besides giving worth to the governmental function of the institutions of the commune, accelerated their further evolution towards public law and also tended to ensure the prevalence and development of the commune oligarchy. These gradual processes, combining with one another, realized the potential coincidence between the political fortunes of the oligarchy and the establishment of the institutional structures of the commune government. They also produced a sort of 'ideology of the public interest' which expressed itself principally in two principles destined to endure and carry great weight in the construction of the city/republic, as well as in the theoretical baggage of the jurists who expounded it, to whom — moreover — their contrivance was owed. These are recognizable in the formulae which favoured, in both political and interpretative choices, *publica utilitas*, or *quod interest civitati*: two indicative principles barely distinguishable in their dogmatic structure and political finality, and thus very similar in the litigious use.

Utilitas publica, enshrined in the very first words of the Justinian Digest⁽¹³⁾, had a most authoritative textual precedent. An abstraction, of great worth in itself, took shape and practical relevance as a result of its contents, qualifying all that, for whatever reason, was judged or declared 'useful' (convenient, opportune, necessary, indispensable), or 'more useful', in comparison with something else — and this as regards the entire community and in relation to an ideal and abstract image of the *civitas*. It operated, therefore, as a parameter for the evaluation and construction of a hierarchy of interests and as a criterion for their satisfaction.

The political power rapidly took them over. *Publica utilitas*, although in various forms either expressive or explanatory, appears

⁽¹²⁾ Vallerani (1992), pp. IX-X.

⁽¹³⁾ D. 1.1.2.

in the wording of the commune statutes and is found among the motives underlying the political decisions made by citizen assemblies and by the other organs of government; but, above all, it was given greater worth in the interpretative reasonings of the jurists, which constituted the argumentative and legal basis of the decisions, both administrative and judicial. It thus contributed decisively to the process of ratification of the commune government operating simultaneously on two fronts: first, that of the validity of the individual decisions made in its name, and, secondly, that of the credibility and authoritativeness of the institutions which made use of it. These institutions, in direct proportion to their use of it, ultimately strengthened the power of *publica utilitas* as a topos, imposing it as the unquestioned value by which to measure political and administrative choices, and progressively assigning it the role of the inspirational principle of political cohesion and the centrality of the *civitas*. In this way, gradually, the particular interests which could not be reconciled with the public interest (which, we should not forget, substantially identified itself with the political programme of the commune oligarchy) ⁽¹⁴⁾, or, worse, those that visibly conflicted with it, such as those to which it was impossible to assign a coherent strategic role within the guiding principles of commune politics, became overshadowed, when not overtly contested. Thus, gradually, the notion of public usefulness asserted itself as one of the juridical instruments which performed a by no means secondary role in the process of transformation, towards the state, of the political institutions of the commune. There were at least two reasons for this: in the first instance, because it granted pre-eminence to the *res publica* (justifying even actions *contra ius*), which was, in that phase, a prerequisite for the assertion of a strong public power, released from the varied envelopes which would prevent it from giving life to an effective state form; and also because it favoured the identification of the interests of the dominant political class with those of the public institution, all of which corresponded to one of the forceful and stabilizing elements in a state of a modern kind. As for the first of these motives, suffice it to remember that the commune jurists on

⁽¹⁴⁾ Sbriccoli (1969), 445-55.

the basis of the principle, *multa licita sunt ratione publicae utilitatis* (many things are lawful by reason of public utility) ⁽¹⁵⁾, attributed to *publica utilitas* the power to strip away the fraudulent character (and therefore the criminal nature) from an action determined upon for the public good ⁽¹⁶⁾, or that of consenting to the extension by analogy of a penal rule ⁽¹⁷⁾, in order to bring unforeseen forms of behaviour under the penal law. As we can see, it related to subversion of the principle of legality: and it does not need to be emphasized how juridical instruments such as these could recover their value for an oligarchic order which was intent on using them in the political struggle, to encourage consensus or repress dissent.

As far as the second motive is concerned, and here I mean the potential harmony between the interests of the commune oligarchy and facets of public utility, it is sufficient to refer to the teachings of the greatest commune jurist of the period. *Utilitas*, expounded Bartolus de Saxoferrato ⁽¹⁸⁾, may be termed *publica* since it relates to an exclusively public interest (for example to that of the Treasury); or since it concerns an advantage which is beneficial both to the public and to the private citizen: in this latter example, it will, above all, be regarded as private, and, secondarily, as public *utilitas* (for example, as the Roman jurists had already asserted ⁽¹⁹⁾, that women should receive a dowry, marry, and produce children); and, finally, since it is principally private but nevertheless is called 'public' from the moment at which, while proceeding from private individuals, it finally relates to the whole community (for example, that the citizen should prosper). It should be remembered that broadening the concept of *utilitas publica*, until it included that mainly private required a similar extension of the argument to allow, in theory, the jurist to consider publicly useful almost all (lawful) juridical situations which might be hypothesized. Likewise, it should be remembered that it is through a similar definition that the end of identifying the political interests of the oligarchy with those of the *civitas* can be realized.

⁽¹⁵⁾ Post (1961), 76.

⁽¹⁶⁾ Albericus de Rosate (1584), II, *quae*. 2, n. 46.

⁽¹⁷⁾ Lanfrancus de Oriano (1584), n. 51.

⁽¹⁸⁾ Bartolus a Saxoferrato (1581), *Soluto matrimonio*, 1. *Dotis causa*, 24-6.

⁽¹⁹⁾ D. 23.3.1-2.; D. 24.3.1

Interest civitati, we say, and from time to time we refer to different options which all resulted in the stabilization of the commune government, directing it towards concerns and priorities which were to become typical of the state which we call 'modern'. It might concern itself with dowries, as in the textbook cases dealt with by the jurists, or with the well-being of the citizens in a broad sense, with the preservation of status or the social harmony, with discipline or public order, with the predominance of public justice and of the necessity to punish crimes. Or it might concern itself with the functions and duties that the commune believed it should provide in the general interest, with the exception of opportunities for power and enrichment for the oligarchy which identified them as being useful to the public: and here I have in mind the organization of precocious forms of public assistance, the creation of public structures for education and professional training, the regulation of activities taking place in public areas, the establishment of judiciaries with financial duties, the simple but efficient town-planning measures contained in the statutes and the deliberations of the commune. Here were concerns, duties, and functions which — linked to the affirmation of the notion of public interest — certainly made the commune experience an anticipative form of the modern state.

3. *The judicial legitimization of power.*

Having developed around the function of mediation, the judicial function, as I have already said, felt the effect of the coexistence of the different systems of settlement or political control of disputes. Vendetta and punishment lived side by side with peace, pacts, and arbitrations, but the public function, identified with the power to punish in the name of the community was still more closely identified with the duty to proceed against those who violated the law, in order also to guarantee, along with peace, the credibility of the political power. It tended to take over an ever-increasing area at the expense of all the other forms, developing in the direction which was, much later, to become a power monopolized by the state.

In the commune experience, this long journey began and continued within the framework of communal life and what was super-

imposed upon it. At times the tribunal was a regulator of the vendetta; at others the arbiter of the private settlement.

More often, private settlement and vendetta were solved without mediation, but the tribunal increasingly, and with increasing efficiency, tended to thwart them with punishment. The apparently original system of vengeance (in part because of its archetypal character, anthropologically speaking) was a combination of both rules and modes of behaviour which put different groups into an exchange relationship. The tribunal and public justice were a mediated and formalized manifestation of it, just as the private settlement was a consequence of it.

However, in order to reach the tribunal, the offence had to take on a 'penal format'. On the other hand, it might also present itself as having an 'administrative format' (as it were), just as it might have the profile of a conflict of interests solely between individuals and present itself in a 'private format': neither of the two last forms of the offence involved criminalization. It was different, however, when the offence had been brought before the penal judge, for the purpose of pursuing that particular entity comprising satisfaction, compensation, and vendetta and which was represented by the punishment inflicted by the strength of a public power. They reasoned that the request for punishment is arrived at, that is to say a 'penal format' is given to the reaction against the wrong suffered, only in the case in which vendetta is impossible (say, the case of the unidentified perpetrator or the powerless victim), private agreement is neither suitable nor practicable (because of an unidentified perpetrator, the powerlessness of the victim, or the non-availability of the offending party), and/or the crime is such that only public justice seems to have sufficient power, means, and credibility to 'avenge' it.

It was within this framework and, as it were, within these coordinates, that political authority in the late medieval cities asserted the relationship between the administration of justice and its own legitimization as accepted power. Justice and politics were tightly bound together in the medieval communes⁽²⁰⁾. Within them, the government came to find itself in a circular relationship with the

⁽²⁰⁾ Blanshei (1983), 251-5; Maire Vigueur (1986).

judicial function, in the sense that exercising the judicial function could strengthen its hold on political power, but the latter must already have been preceded by legitimization if it wished also to make any impact upon the function of judge. So much was this the case that it operated in the commune experience between the twelfth and the fifteenth centuries, from the moment in that period when the judicial function was still far from being an exclusive and public privilege (and much less 'state-owned'). Rather, especially regarding penal justice (which is the most significant from our point of view), we find ourselves still in the presence of forms of justice which excluded public powers, and often feared them: this was also linked to a conception of the same criminal law which, in its emergent period, was also strongly characterized by private elements.

Alongside legislation, therefore, there was justice, a juridical mechanism which could support the concrete, practical, daily exercise of political power, possibly better than the legislative process. Legislation, even with its attributes of 'partiality', which made it a very efficient 'instrument of power', laid an obligation not only on the recipient *subiecti* but also the power which produced it, and was in turn bound either by the formal constitutional context or — in the case of the juridical experience of the late Middle Ages — by the material context. To this extent it appears less flexible, and moreover less practicable, within the political struggle, than the exercise of penal justice ⁽²¹⁾.

3.1. *The Advent of the Inquisitorial Process.*

During the thirteenth century, in the Italian cities a penal trial of an inquisitorial nature took definitive root. This is an uncontroversial assertion, since it is abundantly confirmed in the practices of justice, recorded in the statutory sources and in juridical theory. Without replacing it completely, however, the new model succeeded the composite procedural praxis which had preceded it, which can

⁽²¹⁾ Classical and noted examples are given by Dino Compagni in the *Cronaca*, when he tells us of the brutally partial use made of the judges of Florence in the second half of the 13th cent.

only be called ‘accusatory’ in the conventional sense, and which, while allowing itself to be replaced, nevertheless survived in certain functions.

Gradually, as the earlier model was rolled back it left remnants on the surface behind it (elements of the ordeal, vestiges of the *lex talionis*, a place for the victim’s vengeance), which in part incorporated themselves into the new system and in part went side by side with it, accompanying it for a long time.

The advent of the inquisitorial process and its rapid spread throughout the judicial practices of the Italian communes were not unrelated to the profound change that, between the eleventh and the thirteenth centuries, transferred powers from, the country to the city, leading to the assertion of the commune as a new political entity. This connection has been inadequately noted in the classic works on legal history. Moreover, the influence of both the trial based on Roman and canon trial, which was brought into premature operation in response to the crisis of heresy, and the results of jurists’ reflection upon the procedural principles of Roman law have been fully studied.

However, it is now clear that the legal doctrine underwent the *de facto* reality of establishing itself as the trial *per inquisitionem iudicis ex officio suo*. Certainly, the famous observation of Albertus de Gandino conveys this idea when, at the end of the thirteenth century, he tells us that the judges of the *podestà* had by that time adopted the praxis of *cognoscere ex officio suo per inquisitionem* (by right of his office hearing cases by means of inquisition). After all, besides telling us ‘ita vidi communiter observari, quamvis sit contra ius civile [thus I saw it commonly to be observed, although it is against Roman law]’ (22), Albertus explicitly reminds us that judges ‘ita servant de consuetudine [thus they observed by custom]’: *observantia and consuetudo* are both expressions intended to denote the emergence of a practice.

The *per inquisitionem* trial, made innovations in one area especially, removing from private citizens (that is, by coercive force, from the victim or from his *proximi*) their role as protagonists in criminal

(22) Albertus de Gandino (1926 edn), *Quomodo de maleficiis cognoscatur per inquisitionem*, no. 6, *post med.*

justice, delivering it then to the public power. It annulled (gradually, while consenting to the continuation — at times disconcerting — of remarkable inconsistencies) ⁽²³⁾, ordeals, vendettas, duels, and private alliances. It gradually imposed the prevalence of the ‘reasons for (public) justice’ on those of the vendetta or of the private settlement in the course of the thirteenth century: discussion of the possibility that a private settlement might preclude accusations made by third parties, or even punitive public action, spread among jurists. On this point, too, like that establishing the trial *per inquisitionem iudicis*, Albertus de Gandino seems to have the last word: no agreement, he asserts, can hinder the public repression of the crime, *quia omnis delinquens offendit rem publicam civitatis* — in other words, ‘crimes shall not remain unpunished’ ⁽²⁴⁾.

More importantly, the inquisitorial trial inserted the *officium*, which was the duty of a political functionary, at the decisive moment in the procedural sequence (the initial starting-point, the preliminary inquiries). It thus violated the requirement of negotiated feudal justice which could only consider the public figure (if it was truly such, non-delegated and non-arbitral) inappropriate, since it was intrusive and, in as much as it was public, treacherous. Still more significant, however, is the fact that, with the advent of the inquisitorial trial, the reason for punishment passed from the *interest alicui*, on the basis of which the perpetrator of an offence is prosecuted, to the interest *civitati ne crimina remaneant impunita*. This is something which, considered in depth, does not solely imply a shift in the centre of gravity but determines a revolutionizing of perspective, setting among its ends punishment (a public duty which requires public rights) rather than satisfaction or indemnity; they retain, it is true, procedural space of their own, but it is, however, subordinate and supplementary.

The immediate objective seems to have been that which best

⁽²³⁾ It was not unusual, for example, for a trial already at an advanced stage of enquiry, dealing with even very serious crimes (such as a homicide), to conclude — removing the judge who had begun and had presided over it — with an agreement between the perpetrator and the relatives of the victim. The murderer was freed and the whole affair closed.

⁽²⁴⁾ Padoa-Schioppa (1976).

guaranteed public order: the order in the city. This concerned not only *pax publica*, but also the credibility (authority) of the communal political power. Justice became once more one of the criteria by which the effectiveness of government power was measured.

To exercise concretely its punitive function, and that means producing the accused, and possibly the guilty parties, without favour or discrimination, increasingly became a factor in the legitimation and stabilization of political power. Albericus de Rosate, who was a great expert on commune structures, would repeat the Thomist tag, 'Iustitia est anima civitatis [Justice is the soul of the city]', in this exact sense ⁽²⁵⁾. With the same intentions others would have remembered that instability and disorder arose from the inadequate punishment of crime: 'Nam per hoc datur audacia malis ad laedendum alios, ex quo seditiones, discordiae et inimicitiae sequuntur [because, through this, evil audacity arises, in order to harm others, from which sedition, discord, and enmities follow]' ⁽²⁶⁾.

As the aims of government therefore included not leaving crime unpunished, that implied claiming all the privileges of the *iurisdictio*. This stretched from the power to seize penal action to the execution of punishment.

Between these two lay the collection of proof (investigation and determination of facts, proof, inquiries, and interrogation) and the process of judgment (the evaluation of degrees of responsibility, choice of the type and degree of punishment). All this was confirmed as a function reserved to public authority (the practice of *de facto* penal jurisdiction included the crime of communal *lèse-majesté*) ⁽²⁷⁾, and is set within a framework of the expansion, strengthening, and ultimate pre-eminence of the inquisitorial function. As well as the necessary powers of intervention and inquiry, the judge was also empowered with real and appropriate privileges: the secrecy of the procedure (represented more as a power than as an obligation), which gave him a considerable advantage in procedural dispute; the extreme attenuation of the prerogatives of the defence; the interrelation of the functions of investigation and sentencing, to say

⁽²⁵⁾ Albericus de Rosate (1535), *De iustitia et iure*, l. *iustitia*, no. 5.

⁽²⁶⁾ Bohier, ed. Passeri (1556), *Et primo*, no. 4.

⁽²⁷⁾ Sbriccoli (1974), 357-8.

nothing of the privileged judgments *ex qualitate delicti*, in which, in addition to all the rest, the faculty to proceed ‘summarie, sine strepitu advocatorum, sine figura iudicii [summarily, without the clamour of advocates, without form of trial]’, when *ad horas*, or *ad modum belli* were not added.

3.2. Ne crimina remaneant impunita.

Putting into the judge’s hand almost all the cards he needed to win the game might not, none the less, be enough. The society of the commune was structurally conflictual, and the powers at its centre balanced those of the constitution, continuously threatening their stability. Powerful dynasties and factions governed themselves and were fed by the structures of the clan and its strategies of self-defence which inevitably tended to interfere with the administration of criminal justice. This amounted to an interference which often frustrated or diverted the course of justice, making room for that *ludibrium legis* (mockery of the law) that jurists feared so much, precisely because it had the power to destroy the credibility of rulers.

The need to ensure that the guilty party to a crime did not escape (just) punishment, especially if the crime were serious and one which put at risk the order of the commune, had already determined the breakup of the procedural system termed ‘of the three parties’ (*actus trium personarum*). Devised to satisfy the wronged party, that trial was initiated solely as a result of his decision. The plaintiff called the accused before a judge, who might also be a private citizen, whose only duty was to act as a third party.

‘Where the charge lies within the sole competence of the offended party, the criminal matter is a private lawsuit’⁽²⁸⁾, and where the criminal affair was a private argument, there was no guarantee that the guilty party would be punished. The same acquisition of proof inevitably finished by being forced onto the terrain of *certamen* (judicial contest), in the real sense of the word (as in all forms of ordeal), or in the figurative sense of a dialectic of the

⁽²⁸⁾ Cordero (1986), 45.

investigation and determination of facts from which it cannot be said that the truth will emerge, because in the *actus trium personarum* the judge listened, mediated, and settled, but was not obliged to take action and make inquiries.

Therefore the first thing which was done was to tear the private monopoly of accusation apart, by giving statutory dignity to the role of the judge (the communes were, in time, to worry even over the securing of competent professionals for themselves) and by establishing, together with the facts of the case, the principle, *procedat iudex ex officio suo* (the judge proceeds by reason of his office).

In so doing the three parties became two: the judge (who himself took on the additional role of prosecutor) and the accused. In reality, and this should be carefully noted, it was the prosecution which enormously broadened his role. He assumed far-reaching (public) powers of inquiry, drew up a procedural strategy which fitted his own requirements precisely, dealt himself all the best cards and, at the moment of pronouncement of his decision, went to seat himself on the judge's bench.

However, as I noted earlier, all this might still be insufficient. Guaranteed results were then sought in the means by which a verdict was secured: the use of torture in the inquisitorial trial in fact reduced to a single individual the three parties who had been already reduced to two. With the use of duress, the accused was called upon to act as his own, accuser, prosecuting himself and, paradoxically, to identify himself with the ultimate aims pursued by the inquisitor/judge. The *actus trium personarum* was transformed into the unitary action of a single force. The accused was no more than *reus*: an object (*reus*, from *res*), or a *figura ficta*, practically without a voice, who in the conduct of the trial was confronted by all three protagonists, including his other self who acted, like the other two, as prosecutor.

Public justice, while validating its claim to monopolize the power of punishment simply by the effectiveness of its action, served as one of the decisive factors in the process whereby the city changed from an aggregation, as it were, of a contractual nature to a structure, as it were, of a state nature.

4. *The statute as 'flexible constitution'.*

Alongside juridical instruments of a more generally 'ideological' or litigious nature, and together with complex and wide-ranging phenomena such as those which concern the growth of functions essential for the exercise of the 'sovereignty' (like the justice) of the commune, we must clearly consider the presence of 'juridical instruments' of particular significance in the process of the emergence of a form of a 'state' nature within the Italian communal juridical experience of the twelfth to the fourteenth centuries. Among these, the commune statute constituted an element which deserves particular attention, in as much as it was able to produce institutional consequences of particular importance.

It was subject to modification, enrichment, and processes of renewal in the classical phase of its operation, which was when its political value was highest. This intrinsic flexibility made it one of the more effective and most used 'juridical instruments of power'.

The statute can be considered on a par with a flexible constitution in at least two senses: (a) in the sense that nowadays we attribute to the expression, in so far as it is normally changeable with a decision of the representative assemblies, and is compatible (in the sense that it can withstand them) with political, administrative, or judicial decisions contrary to its dictates (the *de facto* theory comes to mind); (b) in the sense that it was subject to interpretative application which was not subject to verification. The judgement on the 'good use' of the statute was in fact principally political and related to the results of administrative action with a very weak theoretical content. It was as a result of this that its usability — both as binding regulation, and as a system of rules, subject to interpretative finalized forms — became more decisive than its own existence. The statute-instrument, as it were, became more important than the statute-form, in relation to the processes of power operating in the cities. The statutory reforms can also be read in this light.

The way in which jurists interpreted this is certainly noteworthy. This was over and above the conclusions that have been drawn with regard to the relationship between jurists and power. The intervention of the specialist had in fact multiple values, one of which may have been what led to an 'instrumentalization' of the statutory

regulation, in the sense of making of it a 'juridical means' through which certain political results could be achieved.

At the same time, the relationship between the statute and the constitutional and judicial practices prevalent in the cities (not withstanding the repeated discrepancies between different cases, in cities with distinct traditions and levels of political development) probably need to be better analysed and evaluated. It must be admitted, indeed, that some recoverable lines of institutional evolution in the history of the forms of city government often seem to exclude the statute, without any visible damage to the constitutional stability of the commune, although it had considerable consequences for its political physiognomy. This point seems to me more important than others.

The city-state constituted, I believe, one of the historical centres in which the principle took shape with greater clarity, and in accordance with which the constitution was principally a *de facto* constitution. Moreover, in the commune experience the material constitution has been subject to continuous and considerable change, not always reflected by the existing statutory mirror. The statute was sometimes limited to registering *ex post* certain transformations (including some shifts from one constitutional form to another, as in the case of the transitions from the consular phase to that of the *podestà*); then, when the self-governing city-states grew and expressed themselves (from the last decades of the thirteenth century onwards) until they created a type of politico-institutional co-administration on several levels, the statute seems to have maintained its validity and effectiveness although losing part of its centrality.

I propose to consider the emergence of institutional figures which were imposed according to changed relationships of power between social groups (and economic classes) inside the city. The commune of the people, the guild corporations and the companies at arms constituted an equal number of levels of self-management and government: once a balance composed of mediation and compromise had been found amongst themselves, they produced new institutional forms which went beside, united with, and surpassed the traditional forms (the 'commune of the people', highly articulated and complex, beside the 'commune of the *podestà*'), still in the

context of the *bonum commune* ⁽²⁹⁾; finally, all these distinct forms, both harmonious and conflictual, separate yet complementary, entered into a process of more general constitutional transformation which led to a form of power which is generally known as 'signorial': in this process, however, a great part of the existing constitutional forms remained valid, and were to be inherited by the new order, although deprived of their original significance or reduced to a mere form. Finally, as long as the same form of city-state did not experience a crisis of insufficiency and sought in the territory of the commune a broader sphere of action and influence which was to result in the further maturity of its constitutional nature, guiding it towards that what would in time become the territorial state ⁽³⁰⁾.

Throughout this long evolution the statute effectively carried out a function which can be considered instrumental. It passed unscathed, as a formal and valid regulation, even if only marginally effective, through the various transformations, undergoing, too, adaptations and modifications which registered (although only in part) the politico-institutional innovations to which the constitutional shape of the city was subjected. Its centrality as a fundamental rule was reduced, and its quality as a juridical instrument of government diminished, while its nature in terms of a 'flexible constitution' was elevated; it testified, moreover, to the strength that this effectiveness could have on the phases in which the political struggle prevailed over every other process of legitimate rule. Forms of government, parameters of legitimacy, and processes of power were imposed according to the *de facto* principle. This principle did not only concern the constitution of the commune, which in a three-century-long period was to evolve — step by step — from the original contractual or assembly-type constitution until it became the regional state of a monarchical nature. Besides the *ius proprium civitatis* (statute, communal constitutional praxes, balances between contractual juridical instruments, and so on), this *de facto* progress also distorted some fundamental principles pertaining to the *ius*, especially in questions closest to the exercise of *iurisdictio* or the protection of the oligarchy: punitive sanctions, criminal trial, government of state finances, regulation of the public debt, the

⁽²⁹⁾ Bertelli (1978), 70-80.

⁽³⁰⁾ Chittolini (1979), 3-26.

institutionalization of public assistance. 'Hodie de facto in tota Italia... [Today *de facto* throughout Italy...]', wrote the jurists with reference to established constitutional praxes *contra ius*; or: 'de facto vidi praticari [I have seen it practised *de facto*]', referring to what the judges were doing, despite the precise stipulations of Roman law to the contrary. The praxes, in other words, the necessities of politics, profoundly transformed procedures and regulations; then, thanks to the flexibility of the statutory form, they became institutionalized and assumed a fixed form in their own turn, ready to be overturned and replaced, if necessary, by other forms, which imposed themselves *de facto*.

The same multiplication of functions which the city adopted as its own and carried out is a clue, as I have already said, to the growth of a *sui generis* type of state. Finally, attention to the question of (public) order ⁽³¹⁾, the principle *ne cives ad arma veniant*, the pairing *pax-discordia* as the guiding criterion of the internal politics of the commune, the test case of the nightly curfew ⁽³²⁾, seem therefore to authorize the hypothesis pushing back in time (and seeing one of its possible prefigurations in the experience of the mature medieval commune) the disciplining process, conventionally placed at a far more advanced stage in the evolution of the modern European state. Behind all these complex operations there lay the juridical instrument, or at least the technical argument, the principle or value taken from the arsenal of the jurist-interpreter. In an initial phase these instruments were offered by the legal theories about the statutes and by the remarkable ways in which they were interpreted; as a result, the crisis surrounding the centrality of the communal statute was to contribute to the increase in the value and the 'political' aspect of those same instruments, and the dawning modern state was later to do the same. However, the modern state will always be concerned with that litigious system of a juridical nature which came to light in the course of the experience of the communes of central and northern Italy in the twelfth to the fourteenth centuries, when it was conceived as a means of organization and political guarantee for the first time.

⁽³¹⁾ Manikowska (1990).

⁽³²⁾ Sbriccoli (1991).

BIBLIOGRAPHY

- ALBERICUS DE ROSATE, *In primam Digesti Veteris partem Commentaria* (Venetiis, 1535).
- ALBERICUS DE ROSATE, 'Commentariorum de statutis' [libri], *Tractatus Universi Iuris*, II (Venetiis, 1584).
- ALBERTUS DE GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, ed. H. Kantorowicz (Berlin und Leipzig, 1926).
- BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In primam Infortiati partem [Commentaria]* (Venetiis 1581).
- BERTELLI, S., *Il potere oligarchico nello Stato-città medievale* (Firenze, 1978).
- BLANSHEI, S. R., 'Criminal Justice in Medieval Perugia and Bologna', *Law and History Review*, 1, 1983, 251-275.
- BOHIER, N., 'Tractatus de seditiosis', *Volumen omnium tractatuum criminalium ...*, ed. F. M. Passeri (Venetiis, 1556).
- CHITTOLINI, G., *La formazione dello Stato regionale e le istituzioni del contado. Secoli XIV e XV* (Torino, 1979).
- COMPAGNI, D., *La cronaca*, ed. I. Del Lungo (Firenze, 1887).
- COMPARATO, V. I., 'Vent'anni di storia del pensiero politico in Italia', *Il pensiero politico*, 20 (1987), 3-55.
- CORDERO, F., *Guida alla procedura penale* (Torino, 1986).
- COSTA, P., *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)* (Milano, 1969).
- LANFRANCUS DE ORIANO, 'Tractatus de interpretatione statutorum', *Tractatus Universi Iuris*, II (Venetiis, 1584).
- MAIRE VIGUEUR, J.-C., 'Justice et politique dans l'Italie communale de la seconde moitié du XIII^e siècle: l'exemple de Perouse', *Comptes rendus de l'Académie des Inscriptions et Belles Lettres*, 1986, 2, 312-330.
- MANIKOWSKA, H., 'Il controllo sulla città. Le istituzioni inerenti all'ordine pubblico nel tardo medio evo', *Città e servizi sociali nell'Italia dei secoli XII-XV* (Pistoia, 1990), 481-511.
- NICCOLAI, F., *I consorzi nobiliari ed il comune nell'alta e media Italia* (Bologna, 1940).
- OTTOKAR, N., *Studi comunali e fiorentini* (Firenze, 1948).
- PADOA SCHIOPPA, A., 'Delitto e pace privata nel pensiero dei legisti bolognesi', *Studia Gratiana (Mélanges G. Fransen)*, 20, 1976, 271-287.
- PADOA SCHIOPPA, A., 'Sul ruolo dei giuristi nell'età del diritto comune: un problema aperto', *Il diritto comune e la tradizione giuridica europea. Studi in onore di Giuseppe Ermini* (Perugia, 1980), 153-166.
- POST, G., 'Ratio publicae utilitatis, ratio status und Staatsräson', *Die Welt als Geschichte*, 21, 1961.
- QUAGLIONI, D., *Civilis sapientia. Dottrine giuridiche e dottrine politiche fra medioevo ed età moderna. Saggi per la storia del pensiero giuridico moderno*, (Rimini, 1989).
- ROULAND, N., *Anthropologie juridique* (Paris, 1988).

- SBRICCOLI, M., *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale* (Milano, 1969).
- SBRICCOLI, M., *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna* (Milano, 1974).
- SBRICCOLI, M., 'Nox quia nocet. I giuristi, l'ordine e la normalizzazione dell'immaginario', *La notte. Ordine, sicurezza e disciplinamento in età moderna* (Firenze, 1991), 9-18 [t. I, pp. 261-276].
- TABACCO, G., *Egemonie sociali e strutture del potere nel medioevo italiano* (Torino, 1979).
- VALLERANI, M., *Il sistema giudiziario del Comune di Perugia. Conflitti, reati e processi nella seconda metà del XIII secolo* (Perugia, 1991).

« VIDI COMMUNITER OBSERVARI ».
L'EMERSIONE DI UN ORDINE PENALE PUBBLICO NELLE
CITTÀ ITALIANE DEL SECOLO XIII (*)

1. I prodromi dottrinali del diritto penale pubblico. — 2. Le ragioni tecniche e politiche delle nuove 'consuetudines'. — 3. Istituzioni proattive e metamorfosi dell'accusa. — 4. La 'Compulsio ad accusandum' e le ragioni della pena pubblica. — 5. Inquisitio, transazioni e pena: i poteri del giudice diventano doveri. — 6. *Offendit rem publicam civitatis*. Il formato penale dell'accusa.

1. *I prodromi dottrinali del diritto penale pubblico.*

Nelle città comunali del basso medio evo italiano il penale

(*) Questo scritto nasce da qualche riflessione svolta nel corso di un Seminario dedicato ad alcuni profili del rapporto tra diritto comune e poteri politici, tenutosi a Barcelona nel maggio del 1997, per iniziativa di Aquilino Iglesia Ferreirós. Il problema che esso affronta è di grande rilievo per la storia del diritto penale, sull'intera scala europea, ma le fonti sulle quali riposa il mio ragionamento sono ben circoscritte, e principalmente riferibili alla Perugia della seconda metà del Duecento, come mostrerò tra breve. In più, sono fonti sulle quali si è già tante volte riflettuto — anche se non abbastanza dal punto di vista che ho scelto io — da parte degli autori che le hanno portate alla luce, pubblicate e collocate nel contesto della scienza giuridica, della legislazione e dell'attività giudiziaria, e non soltanto per quel torno di tempo e in relazione a quell'area. Ciò dicendo voglio indicare i limiti (in tutti i sensi del termine) di questo piccolo contributo: le riflessioni che vi svolgo potrebbero essere utilmente approfondite, ampliate e verificate su altre aree, oltre che ulteriormente comprovate con altra dottrina, altra legislazione, altri esempi processuali. Tutte cose che sto cercando di fare dentro un lavoro di respiro più grande: spero di farne conoscere presto i risultati.

Aggiungo che in esso ho voluto mantenere lo stile discorsivo dell'intervento da cui nasce, per sottolineare le sue intenzioni interlocutorie e per conservare il carattere problematico ed aperto delle indicazioni che contiene.

conosce una precoce ‘pubblicizzazione’ ⁽¹⁾ che mostra i suoi primi segni — nella pratica, e non solo nell’elaborazione teorica dei giuristi ⁽²⁾ — verso la metà del secolo XIII. Dicendo ‘pubblicizzazione’, intendo riferirmi all’ingresso (attivo) del soggetto pubblico nella dinamica sostanzialmente ‘privatistica’ che caratterizzava in quella fase — e avrebbe continuato a condizionare per molto tempo

⁽¹⁾ Precoce rispetto alle omologhe esperienze del resto dell’Europa (penso in particolare alle aree francese e tedesca), dove processi simili prendono piede a partire almeno da un secolo dopo. Un produttivo Convegno dedicato alla *Emergence of Public Criminal Law*, tenuto a Würzburg nella primavera del 1995, per iniziativa dell’Institut für deutsche und bayerische Rechtsgeschichte, e per l’ideazione e l’impulso di Dietmar Willoweit, ha mostrato come l’esperienza cittadina (Italia e Fiandre) ha reso precoce lo sviluppo di un processo ad iniziativa ed a conduzione d’autorità e d’ufficio. Rischioso, ma plausibile, dire ‘azione pubblica’, sbagliato pensare a momenti di avvio di una qualsiasi *State Law*. Sulla dimensione europea del fenomeno e sulle sue possibili scansioni cronologiche e strutturali, si può vedere la sintesi di X. ROUSSEAU, *Initiative particulière et poursuite d’office: l’action pénale en Europe (XIIe-XVIIIe siècles)*, in *Bulletin de l’International Association for the History of Crime and Criminal Justice*, 18, 1993, p. 58-92. Per l’esperienza delle città fiamminghe, avviata già nel corso del XII secolo, sui presupposti risalenti all’organizzazione carolingia (*Placita generalia*, nel corso dei quali un ufficiale procede all’*inquisitio sui crimina publica*), va fatto riferimento a R. VAN CAENEGEM, *Geschiedenis van het strafprocesrecht in Vlaanderen van de XIde tot de XIVde eeuw*, Brussel, 1956.

⁽²⁾ Tra le fonti dottrinali assumo principalmente il *Tractatus de maleficiis* di Alberto da Gandino, scritto, come è noto mentre Alberto era giudice a Perugia tra il 1286 e il 1287, e poi rivisto, corretto e completato a Siena (1299) e di nuovo a Perugia (1300). Il *Tractatus* è stato pubblicato da H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, vol. II, *Die Theorie. Kritische Ausgabe des Tractatus de maleficiis nebst textkritischer Einleitung*, Berlin u. Leipzig, 1926 [Avverto che le tre lunghe citazioni che ne farò nel testo non riproducono esattamente la sequenza gandiniana, ma sono il risultato di una più serrata messa in successione delle opinioni da lui distesamente espresse su quei particolari punti]. Quanto alla pratica, farò principale riferimento a due casi giudiziari recentemente portati alla luce: a) quello di Maffucio Benvegnati (1258) pubblicato e discusso da M. VALLERANI, *Il sistema giudiziario del Comune di Perugia. Conflitti, reati e processi nella seconda metà del XIII secolo*, Perugia, 1991, p. 89 ss. b) quello di Giacomuccio Dati (1287) pubblicato da O. MARINELLI MARCACCI, *Liber inquisitionum del Capitano del Popolo di Perugia* (a. 1287), in « Annali della Facoltà di Lettere e Filosofia dell’Università degli Studi di Perugia », 1975, pp. 34-44, e acutamente discusso da S. CAPRIOLI, *Evoluzione storica della funzione d’accusa (ovvero: Il caso Giacomuccio e poche note introduttive)*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Atti del Convegno (Perugia 20-21 aprile 1990), a cura di A. Gaito, Napoli, 1991, pp. 33-49.

ancora — le pratiche di giustizia penale all'interno delle città. L'azione penale ed il processo che ne consegue, assunti qui come spie della 'natura' dell'ordinamento punitivo, vedono l'apparizione di un attore ulteriore rispetto ai due tradizionali (la vittima, o il suo *entourage* ⁽³⁾) da un lato/l'autore, con il suo, dall'altro), il quale assume una parte che apparirà sempre più rilevante. Una parte, sottolineo, di attore importante ma non unico: un protagonista di peso, ma non sempre preponderante, che deve guadagnarsi il suo ruolo. Aggiungo che questo processo di pubblicizzazione ha solo limitatamente a che fare con quello che possiamo indicare, per convenzione, come *l'avvento (progressivo) dell'inquisitorio* ⁽⁴⁾. In ogni caso, si tratta di una componente che trova il modo di rendersi compatibile con la struttura accusatoria dell'azione; ed anche là dove impone la possibilità (o il dovere — *l'officium* — per il giudice) di procedere per un crimine prescindendo dalla volontà o dall'assenso della vittima, non esce, se non potenzialmente, o soltanto in parte, dalla logica dell'*accusatio*.

Del resto, anticipando una classificazione 'possibile', sulla quale tornerò, mi pare di dover dire che quelli che noi percepiamo, o tendiamo a *vedere*, come due modelli processuali distinti — l'accusatorio, l'inquisitorio — non appaiono tuttavia come *modus procedendi* perfettamente sceverati. Si tratta di maniere processuali diversificate sotto tre distinti profili, tali tuttavia da poter essere reintrecciate tra loro nell'effettivo svolgimento del processo.

Il primo di quei tre profili è quello tradizionalmente individuato come primariamente distintivo, e sta nella qualificazione dell'azione: *a) accusatio*, mossa dalla vittima, che darà forma ad un processo accusatorio; *b) cognitio iudicis*, avviata d'ufficio e portata avanti *per*

(3) Per comodità, designerò come *vittima* e come *autore* le due parti in causa, senza tenere conto del fatto che la vittima, nel caso dell'omicidio, non è evidentemente in grado di agire in nessun senso e modo. Il termine si riferirà allora agli aventi causa, ai parenti, agli amici, o ai partigiani del morto: l'*entourage*, come dicevo sopra.

(4) Gli studi di cui disponiamo ci dicono che l'inquisitorio — il quale prima che un tipo processuale, è un modo di raccogliere prove — si insinua nel processo penale a partire grosso modo dal XIII secolo, vi si installa considerevolmente alla fine di quel secolo, e poi guadagna progressivamente terreno fino a determinare una forma processuale autonoma e compiuta che dominerà la scena — senza mai, tuttavia, occuparla in modo esclusivo — dal tardo Cinquecento in poi.

inquisitionem. Si tratta di una distinzione capace di darci criteri e parametri che aiutano a capire, ma da essa nascono inevitabilmente due *Idealtypen* ai quali non è agevole far corrispondere i processi com'erano.

Il secondo riguarda la rispettiva indicazione delle due forme processuali. Da un lato, il procedimento accusatorio 'puro' (quello formalizzato, che lascia interdetto lo storico non familiarizzato con il metodo delle *positiones*), destinato alle violenze minori ⁽⁵⁾, sembra ordinato a risolvere (o a differire) conflitti che, avendo ad oggetto un circoscritto interesse, sono adeguati ad un tipo processuale penale modellato su quello stesso *ordo* che era stato pensato per le liti civili ⁽⁶⁾. Dall'altro, il procedimento che si vale del giudice promo-

⁽⁵⁾ Come documentato di recente da M. VALLERANI, *I processi accusatori a Bologna fra due e trecento*, in *Società e storia*, n. 78, 1997, spc. p. 756 ss., con riguardo a Bologna, tra 1280 e 1330, le accuse all'origine di processi svolti col metodo delle *positiones*, vertono costantemente su alcuni limitati comportamenti che sembrano consistere, per intenderci, in aggressioni (*insulta*) con o senza effusione di sangue (queste ultime prive a volte di natura fisica), furti (che abbracciano le possibili fattispecie di illecita appropriazione di cose), e forme disparate (ma anche incerte) di attentato alla proprietà immobiliare, configurabili come usurpazioni, invasioni, turbative violente del possesso, danneggiamenti. Dalla ricostruzione di Vallerani appare inoltre che spesso il profilo penalistico dell'*iniuria* oggetto di accusa viene messo in ombra dalle ragioni ad essa sottostanti, non sempre inerenti all'episodio che viene denunciato. Talora l'apparenza penale è sovrastata da un fine puramente rivendicativo di cose o di diritti, talaltra artificiosamente prodotta dalla logica di risalenti contrasti tra individui o clan familiari. Il senso che emerge dalla puntuale ricerca di Vallerani, mi dice che il procedimento *per accusationem*, prevalentemente orientato su profili di danno, costretto dai suoi lacci 'privatistici' a svolgere una funzione penale secondaria, snervato dalla frequente pretesuosità del suo impiego, appare segnato — al di là dei numeri che ce lo mostrano praticato — da visibili tratti di accessorietà, già nello scorcio del XIII secolo.

⁽⁶⁾ L'autorità pubblica si limita a fornire il quadrato, le regole, l'arbitro, e promette l'esecutività del risultato. Peraltro, in un meccanismo processuale che era stato pensato prima di tutto per le vertenze civili, il danno che nasce da reato (dalla *vis*, o dall'*iniquitas*) finisce per fare aggio sul reato stesso: si chiede risarcimento prima che pena. Con ciò, il comportamento lesivo viene assorbito nel formato civilistico, allo stesso modo in cui il procedimento *mere criminalis* tenderà ad assegnare formato penale ad ogni specie di violazione, fosse pure quella improduttiva di danno che consiste nella semplice disobbedienza. Così stando le cose è difficile dire se la giustizia comunale si presenti effettivamente come 'reattiva', quando la forma processuale presa in considerazione è quella dell'*ordo* fondato sulle *solemnitates*, sulle carte, e strutturato per *positiones* (M. VALLERANI, *I processi accusatori*, cit., p. 752).

tore, fiancheggiatore o suscitatore, si afferma progressivamente come il processo dell'alto e medio criminale e, insieme, come *instrumentum iurisdictionis*, oltre che come mezzo per dirimere conflitti che abbiano ad oggetto, accanto all'utilità del privato, anche una qualche rilevante forma di *interesse civitatis*.

Il terzo, *totus iuridicus*, se posso esprimermi così, sta nella dialettica tra il modello romanistico, autorevole e stratificato, gelosamente custodito da *notarii* e *curiales* che bene sanno praticarlo, ed il modello costruito passo dopo passo dagli *iudices Potestatum*, che si muovono tra pratica e testi, riuscendo a mettere lo schema processuale romano (in sostanza quello dello *iudicium publicum* classico), contro *regulae*, *rationes* e principi, anch'essi presenti nel *Corpus iuris*, fino ad arrivare ad un *genere terzo* che sa di diritto romano ma altro non è che il processo nuovo, necessario alle città nella cruciale fase di maturazione a cavallo tra XIII e XIV secolo. L'esperienza affida alla scienza la propria edificazione, così che un nuovo schema ordinante, convalidato dall'autorità delle fonti e reso effettivo dalla rispondenza agli scopi, fonda un diverso processo che si affina col tempo, adattando insieme continuità ed innovazione, secondo la logica dell'*interpretatio* medievale (7).

Già a partire dal dodicesimo secolo la dottrina aveva avviato l'elaborazione delle pre-condizioni teoriche della svolta duecentesca (8), sviluppando premesse che erano presenti nel diritto romano, ed in particolare nella disciplina dei *pacta de crimine*, che è dato rilevare in C.2.4.18 (9), ed in altri luoghi del Codex (10). La

(7) Uso categorie concettuali e parole che si possono leggere in P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995, spc. p. 151 ss.

(8) Alcuni degli elementi salienti di quella riflessione dottrinale sono stati rilevati e analizzati da A. PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata nel pensiero dei legisti bolognesi*, in « Studia Gratiana », XX, 1976, [*Mélanges Franssen*], II, pp. 269-288; lo stesso autore, con lo scritto *Delitto e pace privata nel diritto lombardo: prime note*, in « Diritto comune e diritti locali nella storia d'Europa », Atti del Convegno di Varenna (12-15 giugno 1979), Milano, 1980, pp. 557-578, ha poi riaffrontato la stessa questione nella legislazione statutaria di area lombarda tra XIII e XIV secolo, spingendo la sua verifica fino alle Nuove Costituzioni del 1541. Una letteratura più ampia viene ricordata nella sintesi che di queste vicende dottrinali ha realizzato E. DEZZA, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, I., Milano, 1989, p. 3 ss.

(9) "Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non

questione si era incentrata intorno al valore che avrebbe dovuto avere per i terzi, giudice compreso, la transazione intervenuta tra la vittima e l'autore. Si ragionava, cioè, sulla possibilità che un altro offeso potesse pretendere di trattare anche lui con l'offensore dopo che questi aveva ottenuto la *pax* dalla prima vittima. È in questa dimensione, credo, che va considerato l'ingresso dell'attore pubblico nella dinamica della transazione in materia penale, con le conseguenze che tale ingresso ebbe nella trasformazione progressiva dello strumento penale in direzione della sua pubblicizzazione, e nell'evoluzione della *pax* verso l'identificazione della 'pax publica, seu civitatis' come fine primario, e condizione di legittimità, delle *paces* stipulate dai privati. L'attore pubblico si inserisce in un rito che è ancora privatamente introdotto, perché l'offesa è ancora sostanzialmente avvertita come la fonte di un danno che dà poteri di rivalsa, o diritto di ritorsione, in primo luogo, se non soltanto, a chi lo subisce. In termini processuali, il principio secondo cui « l'impulso spettava a colui cui pure spettava la sanzione »⁽¹¹⁾, impone all'attore pubblico di trovare una convincente giustificazione per la sua intrusione in quella dinamica: egli deve individuare un profilo di danno che lo legittimi, ma muovere anche verso una forma rituale che gli consenta di chiudere il processo *con la pena*, cosa che non si adatta al formato giuridico della transazione. Il nodo della questione è tutto in questo tornante che ha, come sappiamo, una motivazione politica molto forte, fatta di preoccupazione per l'efficacia della legge e per la credibilità del potere politico, di interesse per la *concordia civium* e di timori per l'ordine pubblico. Non a caso questa è una di quelle questioni che venne decisa dalla prassi, sulla spinta di esigenze pratiche e di necessità politiche, e soltanto in seguito fu, per così dire, razionalizzata dalla dottrina.

Si può infatti dire che la discussione che i giuristi condussero

est. In aliis autem publicis criminibus, quae sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem”.

⁽¹⁰⁾ Appunti in A. PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata nel pensiero dei legisti*, cit., pp. 275-76.

⁽¹¹⁾ S. CAPRIOLI, *Evoluzione storica della funzione d'accusa*, cit., p. 41, in relazione allo Statuto perugino del 1279. Ma il principio può essere considerato generale, in quella fase.

nel corso del XII ed all'inizio del XIII secolo, ricostruita con precisione da Padoa Schioppa ⁽¹²⁾, valutata nel suo insieme, non offre una chiave interpretativa certa in ordine alla direzione dell'evoluzione dottrinale. Guglielmo da Cabriano e Pillio da Medicina, Azzone e poi Accursio, Alberto Galeotti, Odofredo, Guido da Suzzara, si attestano sull'una o sull'altra posizione (affermando o negando che la transazione chiuda la questione rispetto ai terzi o inibisca il ruolo del giudice) in forza di ragionamenti che si ispirano di volta in volta a princìpi equitativi, a profili di ragionevolezza, oppure alla logica o alla finalizzazione dell'istituto. Non sembra che la questione principale — quella che avrebbe condotto alla pubblicizzazione del penale attraverso una sostanziale fungibilità dell'azione privata con quella pubblica, accompagnata da una progressiva riduzione della transazione penale all'ambito del risarcimento del danno — sia adeguatamente presente nella loro discussione. È forse nelle impostazioni di Jacopo d'Arena e della scuola di Orléans ⁽¹³⁾ che si possono cogliere impliciti che lasciano pensare ad una coscienza iniziale del problema di fondo. Anche se bisogna dire che in Jacques de Revigny ed in Pierre de Belleperche la prospettiva di una corretta interpretazione romanistica dei testi, pur svolta alla luce di un qualche privilegiamento della *ratio iuris publici*, fa aggio su altre possibili sollecitazioni: in particolare, non c'è da aspettarsi da essi preoccupazioni dettate dalla realtà politica delle città, quale si stava manifestando in Italia in quella seconda metà del XIII secolo.

Tra i primi che sembrano indicare in un criterio di interesse pubblico la necessità di dare al giudice penale lo spazio necessario all'imposizione della pena, al di là dell'accordo intervenuto tra colpevole e vittima, troviamo Martino Sillimani (“Quia publica utilitas hoc requirit”) e Dino del Mugello (“publice utile est ne

⁽¹²⁾ A. PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata nel pensiero dei legisti*, cit., p. 277 ss.

⁽¹³⁾ A. PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata nel pensiero dei legisti*, cit., p. 284 ss. In una relazione tenuta nel Colloquium di Würzburg ricordato sopra, A. GOURON, *The Emergence of Public Criminal Law as a Science in Twelfth-Century France*, ha documentato le tracce dottrinali che precedono in area francese le opere di Revigny e Belleperche: con la nota maestria ha dato conto di testi e di ipotesi attributive, tenendo però in ombra la loro contestualizzazione politica.

maleficia remaneant impunita”) (14). L’argomento tratto da D.9.2.51.2 (15), o da C.9.47.14 (16), risuonerà molto spesso nel ragionamento dei giuristi, segnando uno dei criteri politici preminenti (17) del processo di pubblicizzazione del penale.

2. *Le ragioni tecniche e politiche delle nuove ‘consuetudines’.*

La frammentaria e per certi versi timida progressione dottrinale verrà sopravanzata, ed in qualche modo vanificata, dalle necessità della pratica. Il sistema a ‘giustizia comunitaria’ esige una forma processuale più penetrante, e mezzi che consentano di esprimere a pieno l’insopprimibile dialettica tra poteri pubblici e interessi (e poteri) privati. È così che, di fatto, e con progressione che nella seconda metà del XIII secolo copre tutta l’area dell’esperienza comunale, i governi podestarili instaurano prassi innovative, contrarie allo *ius civile*, ma immediatamente legittimate *per interpretationem* e convalidate dall’effettività.

La testimonianza è offerta da Alberto da Gandino, in quello che è probabilmente il passo più famoso e citato di tutta la storia del processo penale di diritto comune, a dimostrazione del grandissimo interesse che suscita negli storici del diritto ogni allusione che il giurista fa alla sua esperienza, a ciò che avveniva intorno a lui, ai fatti com’erano: interesse degli storici, verrebbe da dire, per chiunque li aiuti a guardare nella storia. Scrive dunque Alberto, probabilmente nella sua fase perugina (1286-87), che « hodie de iure civili iudices Potestatum de quolibet maleficio cognoscunt per inquisitionem ex officio suo [...] Et ita servant iudices de consuetudine, ut notat

(14) G. D’AMELIO, *Indagini sulla transazione nella dottrina intermedia, con un’appendice sulla scuola di Napoli*, Milano, 1972, pp. 100-101.

(15) “... cum neque impunita maleficia esse oporteat”.

(16) “... ne ad maleficia temere quisquam prosiliat”.

(17) Sul valore della *publica utilitas* come primario argomento pragmatico chi volesse potrebbe vedere M. SBRICCOLI, *L’interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell’età comunale*, Milano, 1969, p. 445 ss., ed anche ID., *Legislation, Justice and Political Power in Italian Cities, 1200-1400*, in A. PADOA SCHIOPPA (ed.), *Legislation and Justice*, Oxford, 1997, pp. 44-46 [t. I, pp. 56-59].

Dominus Guido, et ut vidi communiter observari, quamvis sit contra ius civile (18) ».

Ut vidi communiter observari, dunque, e secondo la riflessione che su questa stessa affermata *consuetudo* aveva già fatto Guido da Suzzara (19). La figura dell'accusatore *ex officio* (20), che ha poi anche il potere di *inquirere generaliter aut specialiter* (21), si distende su *quodlibet maleficium* e finisce per imporsi stabilmente. Questa pratica (che costituisce in buona sostanza, prima ancora che una compiuta forma processuale, un'efficace maniera di acquisire le prove attraverso il penetrante uso di poteri pubblici) si affermava nei fatti, *de consuetudine*, procurandosi spazi in un *ordo iustitiae* che essa stessa rimaneggiava, motivandosi *per argumenta*: non in ottemperanza allo *ius* ed ai suoi dettati, ma appoggiandosi in funzione

(18) ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *Quomodo de maleficiis cognoscatur per inquisitionem*, ed. H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, p. 39. Del *Tractatus* di Alberto da Gandino ripeto quel che molte volte si è detto, e che sta scritto nel Proemio dell'opera: avviato all'origine come un *Libellus* (opera indirizzata alla prassi forense), si presenta in sostanza come la riproposizione di una serie di *quaestiones* discusse principalmente da Odofredo e da Guido da Suzzara, che era stato suo maestro, integrate da brani tratti dall'opera di Guglielmo Durante, Jacopo d'Arena o Dino del Mugello e inframezzate di numerose altre questioni provenienti da giuristi impregnati di « *usus cottidianus* », divisi tra cattedra e foro, come Lambertino Ramponi o Riccardo Malombra, Tommaso di Piperata, Francesco d'Accursio, Federico delle Scale. Un'opera pensata per la pratica, che dà conto della pratica, risultando perciò particolarmente rivelatrice. Ne forniscono, allo stato delle conoscenze, le coordinate testuali e storiografiche, E. DEZZA, *Accusa e inquisizione*, cit., p. 11 ss. e D. QUAGLIONI, voce *Gandino Alberto*, di imminente pubblicazione nel *Dizionario Biografico degli Italiani*, che grazie alla cortesia del suo autore ho qui dattiloscritta.

(19) Se il rinvio concerne effettivamente Guido da Suzzara, e non l'assai meno probabile Guglielmo Durante, l'allusione è, secondo Kantorowicz, alle *Supleciones* a C.4.2, pr. e C.9.42.2 (sulle *Supleciones* di Guido, che furono in sostanza corsi tenuti in forma di *Quaestiones*, si veda F. MARTINO, *Ricerche sull'opera di Guido da Suzzara. Le 'Supleciones'*, Catania, 1981).

(20) L'accusa *ex officio*, distinta da quella *privata*, dà luogo ad un tipo di azione che appare più ampia di quella che individuiamo come *azione pubblica*. Quest'ultima sembra doversi riferire a forme di potere strutturate, *quae sapiunt reipublicae*, mentre l'azione di ufficio può competere anche a poteri che non sono a rigore pubblici, come quelli corporativi, signorili o ecclesiastici (cfr. X. ROUSSEAU, *Initiative particulière et poursuite d'office*, cit., p. 59).

(21) Potere descritto nei suoi contenuti e nei suoi limiti da Alberto da Gandino nel luogo citato qui sopra del *Tractatus de maleficiis*.

puramente giustificativa a principi e valori desumibili da massime qua e là presenti tra Digesto e Codice.

Una pratica nata dalla forza delle cose, convalidata *per stilum*, dilatata dalla logica del precedente, legittimata *rethorice*, e spesso fatta slittare tra le regole statutarie che le conferiscono un conclusivo formato normativo.

I due più verosimili punti di avvio dell'affiorante nuova *communis observantia* sembrano stare, da un lato, nella torsione a cui la forza delle cose sottopone l'istituto dell'accusa privata; dall'altro, nella maturazione istituzionale del conflitto politico in atto nelle città, e nelle necessità strategiche che finivano per orientarlo.

L'accusa privata sembra mostrare un andamento dal quale può dedursi che essa costituisse talora un mezzo per costringere il colpevole ad accettare una transazione (22). È probabilmente questo il motivo di tanti processi che iniziano con un'*accusatio* per poi perdersi, restando sospesi nelle carte, senza che se ne possa conoscere l'esito. Quando poi l'autore fosse sconosciuto, come dirò ancora più avanti, non c'è da aspettarsi accusa di sorta, perché in quel contesto processuale, e nella logica (romanistica) dell'*accusatio*, un'azione contro ignoti appare del tutto inconseguente. Se poi capita che qualcuno denunci un fatto criminoso di cui è stato vittima, dicendo di non avere sospetti — ma in realtà tacendo quel che sa — la ragione andrà probabilmente cercata nell'intenzione di dare un avvertimento, senza sopportare spese e correre rischi. Questo perché la via penale, per il privato, è oltretutto costosa (bisogna anticipare spese, pagare avvocati e mallevadori, persuadere testimoni, ottenere fideiussioni (23)) e sembra non poter essere

(22) Questa ipotesi è stata formulata da tempo, anche da chi scrive, per la sua forte verosimiglianza, poi variamente documentata, infine pacificamente dimostrata. È quanto insegna da ultimo il caso del processo per l'uccisione di Maffucio Benvegnati (Perugia, 1258), documentato in M. VALLERANI, *Il sistema giudiziario del Comune di Perugia*, cit., p. 89 ss. Probabilmente è anche in questa prospettiva che bisogna valutare la presenza delle infinite *solemnitates*, garanzie, fideiussioni, depositi cautelari, *iurairanda de calumnia*, testi e termini, che punteggiavano l'ordinario rito processuale, forse messi anche a scongiurare un uso strumentale, o francamente ostile, dello strumento giudiziario: che non divenisse, per così dire, la prosecuzione delle *colluctationes civium* con altri mezzi.

(23) Conferme in M. VALLERANI, *I processi accusatori*, cit., *passim*, ma spc pp. 765 ss., 769 ss., che coglie bene il senso di legittimazione comunitaria del soggetto proces-

(utilmente) praticata che tra soggetti di rango paritario, o prossimo: non contro *inopes* dai quali non si può sperare di recuperare nulla, ma nemmeno contro *potentiores*, dei quali sarebbe difficile venire a capo, perché la partita è lunga, rischiosa e costosa, ed in essa sembrano contare molto di più le risorse che non le ragioni: risorse economiche ma anche sociali, gente a disposizione, *entourages* numerosi e solleciti, un alto grado di integrazione nella comunità cittadina. Perché è certo che il penale ad azione privata ⁽²⁴⁾ finisce

suale che quegli obblighi comportavano. Da tutto il saggio di V. emerge con evidenza, ed assai opportunamente, questa dimensione di ‘penale legato alle logiche di comunità’ sul quale sarà bene riflettere meglio e di più, in futuro, da parte degli storici del diritto e degli altri storici che lavorano sulla giustizia tra medio evo ed età moderna. Credo che scavare bene nella duplice logica del ‘penale protetto’ destinato ai membri delle comunità, e di quello spicciativo e non trattabile riservato ai *sans aveu*, servirà a capire meglio quella giustizia ed a reinterpretare vicende, anche dottrinali, oggi fraintese o, se mi spiego, ‘illeggibili’. Quelle *solemnitates* intendevano anche scongiurare un uso strumentale, o francamente ostile, dello strumento giudiziario: che non divenisse, per così dire, la prosecuzione dei *bella civium* con altri mezzi. Sulla dialettica tra composizione e vendetta, e sulla loro integrazione nel sistema di giustizia comunale, ha fatto opportune osservazioni A. ZORZI, « *Ius era in armis* ». *Faide e conflitti tra pratiche sociali e pratiche di governo*, in: *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*, a cura di G. Chittolini, A. Molho, P. Schiera, Bologna, 1994, spc. p. 614 ss.

⁽²⁴⁾ Quando dico penale ad azione privata, intendo riferirmi ovviamente al processo che chiamiamo accusatorio, fortemente corredato di formalità e riti, adatto a chi nella città aveva relazioni, credito e qualche influenza, svolto per *positiones* e poco produttivo dal punto di vista della politica giudiziaria del comune. Era un processo, quello, che veniva direttamente dalle fonti romane, dalle scuole, dalla logica notarile. Non si era formato nell’esperienza cittadina, e non si era costruito sui fatti e sulle necessità, misurandosi sulla figura costituzionale, in costante evoluzione, del comune. Tanto che l’aspetto di esso che più colpisce per la sua rilevanza sociale e politica, e che si rivela capace di ricondurci alla dinamica reale della vita cittadina vera, non attiene ad esso in quanto tale, ma all’uso strumentale che talora, o spesso, se ne faceva. Il fatto poi di essere, strutturalmente, lo stesso processo che si praticava per le liti civili, ha contribuito a tenere in ombra la funzione giustizia (penale) propria della *governance* cittadina, più a lungo di quanto forse sarebbe stato bene. È così che gli *iudices potestatum*, e cioè il potere podestarile, valorizzano l’*altra* forma processuale, quella che dà (o permette) l’iniziativa al giudice e consente efficaci mezzi di indagine per l’acquisizione delle prove. Quello sì, è uno strumento di gestione della giustizia penale e, nella stessa misura, di governo della città, specie se combinato — come sempre più spesso accadeva nei regimi podestarili — con l’attribuzione di *arbitria* di ogni genere, che autorizzavano i giudici ad *inquirere* ben oltre le regole e le prassi. Non meraviglia, quindi,

inevitabilmente per essere padroneggiato dal criterio ‘economico’ (la logica delle convenienze, non solo materiali, ovviamente) che fa dell’azione il risultato di un calcolo. E il calcolo mette al primo posto — nel conto del dare e dell’avere, del negoziare o dell’arrischiarsi — la taglia dell’avversario, perché da essa si può prevedere se ci sarà alla fine qualche conveniente contropartita alle spese ed ai repentagli (25).

Quanto al conflitto politico che interessava le città, avviate in quella fase verso forme di governo sempre più caratterizzate da poteri personali inclini a metodi dispotici, si può certamente collocarlo, *entre autres choses*, all’origine del fenomeno (26), ma non si deve pensare che esso ne esaurisca le ragioni. Il procedimento accusatorio classico, infatti, lasciato alla sola determinazione dell’offeso, senza possibilità per il potere pubblico di sollecitare efficacemente l’azione privata o di agire in sua sostituzione all’occorrenza, era capace di creare inconvenienti che andavano ben al di là dell’interesse che le nascenti signorie ‘tiranniche’ potevano avere per un processo penale indubbiamente più governabile e penetrante. In

che deliberazioni di consigli bolognesi, suscitate dagli avversari dei diversi Podestà, tentassero di impedire, interrompere, vanificare, le *inquisitiones* di quei giudici (M. VALLERANI, *I processi accusatori*, cit., p. 787). Da quelle deliberazioni (primi decenni del Trecento) pare a me di vedere che i Podestà andavano indebolendosi, ma che il loro ruolo giudiziario era rilevante, forse addirittura sovradimensionato rispetto alle loro stesse forze. E infatti, i Podestà passeranno, insieme al loro comune, mentre il processo che avevano contribuito a costruire coi loro giudici e i loro giuristi, resterà e si rafforzerà nelle mani di quelli che li sostituiranno nel governo delle città, o di ciò che le città diventeranno tra XIV e XV secolo. E non farei troppo conto sulle quantità d’archivio per mettere in dubbio una realtà che è, se non altro, dimostrata dal suo inesorabile approdo. Senza, con questo, invocare la qualità politica dei fenomeni per opporla ai numeri dei registri, cosa che pure sarebbe possibile, e facile. Il fatto è che quando Alberto da Gandino, uno che c’era e capiva, mi dice che i giudici dei Podestà inquisivano su tutto, e che lui l’ha visto fare come cosa ordinaria in giro per tutta l’Italia, mi torna il dubbio che le quantità d’archivio, talora, si limitino a darci il conto, ahimè, di ciò che ci resta.

(25) Un convincente modello sulle condizioni di litigiosità nei regimi antichi, utilmente applicabile anche all’esperienza cittadina basso medievale, mille volte ripercorso dalla storiografia della giustizia criminale, anche se non sempre richiamato, è stato messo a punto venticinque anni fa da Y. CASTAN, *Honnêteté et relations sociales en Languedoc*, Paris, 1974.

(26) E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale. II. Il basso medio evo*, Roma, 1995, pp. 276-77.

aggiunta a ciò che poco sopra si è detto, basterà pensare al caso di un crimine in cui la vittima non fosse oggettivamente in grado di accusare qualcuno, per mancanza di ogni possibile sospetto, o all'ipotesi — certo non rara — di una vittima intimidita, oppure *sans aveu* ⁽²⁷⁾, priva cioè di quell'*entourage* che avrebbe dovuto prendere le sue parti nel procedimento di accusa. Od a qualcuno che è stato vittima proprio dei suoi, e che non ha perciò chi agisca per lui per avere giustizia ⁽²⁸⁾. Si pensi alle difficoltà che il privato accusatore, in una società che sempre di più si complicava, avrebbe potuto incontrare nella raccolta delle prove, se non aiutato da 'fasi inquisitorie' condotte dal giudice, per mezzo di poteri pubblici provvisti di *vis*, rivolte a verificare le sue accuse. Si pensi infine al corteo di conseguenze, in termini di *pax publica*, di giustizia vulnerata, di *ludibrium legum*, che sempre più avrebbe recato con sé un sistema processuale posto alla mercé dei rapporti di forza tra i cittadini e destinato quindi a farsi strumento di prevaricazione, ovvero a perdere progressivamente valore od utilità.

Il sistema istituzionale cittadino e le oligarchie egemoni sopportano sempre di meno la presenza di questi inconvenienti, e non solo perché essi producono una criticabile giustizia. Non sfuggono le loro ripercussioni negative sull'ordine pubblico interno, né viene sottovalutato l'effetto di disseminazione dei poteri che quel tipo processuale porta con sé. Perché la mobilitazione di tante energie tecniche, economiche e notabili, intorno ad ogni singola accusa penale, va nel senso di mantenere ed incrementare poteri disparati e dispersi, di tenere in subordine la funzione giurisdizionale pubblica e di mantenere incistati forti poteri sociali nel sistema di potere politico sempre più integrato che si andava costruendo.

Che il nodo fosse nella titolarità dell'azione e che solo agendo sul processo si sarebbero potuti evitare quegli inconvenienti,

(27) Sembra questo il caso, per esempio, di una donna di nome Cecilia uccisa da Giacopuccio Dati nel 1287 a Passignano, vicino Perugia, di cui tornerò a parlare più avanti.

(28) Per questo, e per altri casi, considerati speciali in ragione di un'opportunità che appare di volta in volta politica o di mera ragionevolezza, "officio iudicis per inquisitionem proceditur" (ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *Quid sit accusatio et quando accusator sit necessarius*, ed. H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, p. 3 ss.).

aprendo allo stesso tempo opportunità di tipo politico, è dimostrato dal fatto che per conseguire un effetto di pubblicizzazione del penale non si aziona la leva del diritto sostanziale ma si sceglie la via del processo: non più solo *crimina publica* (per i quali *cuilibet competit accusatio*) ma azione intrapresa dal giudice *ex officio suo* ⁽²⁹⁾, o meglio — come dicevo sopra — una possibilità di ingresso per il potere pubblico in un processo che pur conserva molti tratti della sua fisionomia originaria: ogni volta che vengono individuate buone ragioni ‘pubbliche’ da salvaguardare, il giudice potrà dire la sua, entrare nella partita, sostituirsi alla parte debole, inerte o assente, uscire se necessario per rientrare all’occorrenza; oppure cominciare lui prima di ogni altro, o avocare a sé l’intera funzione (accusa e inchiesta) se l’utile pubblico glielo suggerisce, conservando sempre e comunque il diritto di infliggere la pena.

3. *Istituzioni proattive e metamorfosi dell’accusa.*

L’escogitazione teorica, o se si vuole la via tecnica, o la base logica, per cui si arriva alla piena legittimazione del nuovo *dovere* per il giudice (“est officium iudicis”, “iudex ex officio suo” ⁽³⁰⁾), sta

⁽²⁹⁾ Salva sempre, quando il giudice *intraprende* l’azione *sine accusatione alicuius*, la presenza di una qualche *notitia criminis*, di una *diffamatio* (nel senso in cui la designa Alberto nel *Tractatus de maleficiis*, rubr. *Quomodo de maleficiis cognoscatur per inquisitionem*, ed. H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, p. 38), o almeno di *suspiciones* provenienti da *aliquot indicia*. « Advertendum autem est — scriverà ben più tardi ANGELO GAMBIGNONI, *De maleficiis*, Lugduni, 1532, rubr. *Quod fama publica*, n. 4 — quod oportet quod diffamatio sive indicia praecedant, sine indicis autem et sine suspicionibus praecedentibus et diffamatione, in criminali non potest ad aliquem actum iudex procedere, vel capturae, vel arrestationis personae, vel tormentorum, vel inquisitionis formationem ». Dottrina di origine canonistica risalente e comune, già dichiarata prima che da Alberto da Gandino, almeno dall’Ostiense, e dopo di lui ripetuta, tra gli altri, da Giovanni d’Andrea e da Antonio da Budrio.

⁽³⁰⁾ *Mero officio, arbitrio, autoritate, potestate, atque bailia*, è la sequenza terminologica con la quale Angelo Gambignoni ci mostra l’approdo di questa dottrina che si avvia con Alberto da Gandino. Anzi, Angelo — riferendosi alle prassi arbitrarie del suo primo Quattrocento — aggiunge che quelle parole (sono *verba importantia arbitrium*: vedine il valore in M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, 1998, p. 78 ss.), come anche le espressioni *de necessitate, et utilitate, et cum ministerio* « sunt multum utilia apponi in inquisitione: nam

nella scissione dell'interesse ad agire in due distinti versanti: uno che resta nella sfera della vittima, l'altro che si installa nella sfera del *commune civitatis*. Con la affermazione di un presupposto di mera creazione politica, sul quale tornerò anche più avanti, secondo il quale “omnis delinquens offendit rem publicam civitatis, ubi maleficium committitur, et illum quem ledit” (31).

Questa dimensione pubblica del penale coesiste — prima conflittualmente, poi pacificamente, prima da posizioni minori, poi su base nettamente egemone — con procedure di giustizia ‘a conduzione privata’, imperniata sulla transazione e sulle paci, rese in un certo modo, a loro volta, pubbliche, dal fatto di essere (almeno in prima fase) incoraggiate dalle autorità politiche e — se si può dire — ‘costituzionalizzate’ (perché riconosciute e disciplinate) dagli statuti (32).

L'evoluzione che ne deriva ha effetti anche sul versante *sostanziale* dell'apparato penale. Il sistema dell'incriminazione viene progressivamente investito dalla pubblicizzazione dell'interesse a reagire ad un numero crescente di reati che a loro volta — in riferimento alla classica distinzione romanistica tra *crimina* e *delicta* — sempre più si pubblicizzano.

La *pena*, intesa quale segno per eccellenza della pubblicizzazione del sistema — pegno del *bonum commune* — cresce progressivamente di peso, importanza e frequenza, lungo tutto il XIII secolo (bandi (33) e confische, sopra tutto), connettendosi a due ulteriori fenomeni, anch'essi riconducibili all'emergenza politica che caratterizza le città in crisi di legalità e di autorità:

a) il primo è rappresentato dalla *proattività* degli apparati di

per talia verba apposita in inquisitione non est necesse quod praecedat diffamatio» (ANGELO GAMBIGLIONI, *De maleficiis*, cit., rubr. *Mero officio*, n. 1).

(31) ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *De transactione et pace in maleficiis faciendis*, ed. H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, p. 194.

(32) Per tutti, A. PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata nel diritto lombardo*, cit., e M. VALLERANI, *Il sistema giudiziario del Comune di Perugia*, cit., spc p. 99 ss.

(33) “Eiectio a bono publico” avrebbe definito la *bannitio* Franciscus a Lignamine, padovano, sulla scorta di Nicola Materelli “... quia per bannitionem separatur bannitus a bono publico [...] ita ut gaudere non debeat auxilio et honoribus reipublicae” (*Consilium* 45, nn. 7-10, in *Consiliorum seu responsorum in causis criminalibus* [...] tomus secundus, ed. G.B. Zilletti, Venetiis, 1571).

giustizia, che sempre meno si limitano a *reagire* a ciò che succede e sempre più *agiscono* per garantire ordine pubblico e *pax civitatis*. Che il potere pubblico *prenda l'iniziativa* nelle questioni che riguardano la legge e l'ordine appare sempre più naturale, perché sempre più la cosa sembra necessaria, e sempre più sarà ritenuta doverosa. Si realizza nella mentalità comune quella coincidenza tra l'interesse della città ed il dovere dei suoi governanti che costituirà uno dei fondamenti 'contrattuali' del potere signorile e la condizione legittimante della progressiva *absolutio* di quel potere ⁽³⁴⁾: chi assicura beni supremi come la giustizia e l'ordine deve essere meno che si può condizionato, invischiato, sindacato. Ed è in questa crescente inclinazione verso un'attitudine proattiva della giustizia penale che va probabilmente collocata la funzione espansiva assegnata alla *fama* ⁽³⁵⁾, come occasione di dare impulso all'azione repressiva;

b) il secondo sta nella commistione di pratiche riconducibili all'*accusatio* ed all'*inquisitio* nell'attività *ex officio* delle magistrature penali, che pur si lascia fiancheggiare dal 'sistema della transazione'. Ne nasce un processo di fatto, progressivamente modificato da *consuetudines* che paiono piuttosto *usus curiae*, condizionate dagli statuti, ma a loro volta capaci di condizionare gli statuti, perché producono sentenze che spesso scivolano nel *corpus* delle norme cittadine, trasformando in regole stabili alcune cruciali decisioni giudiziarie. *Accusatio* ed *inquisitio* non sono infatti due maniere alternative di impostare il processo, tali da connotare separatamente due forme processuali opposte (l'accusatorio e l'inquisitorio, secondo una fraseologia spicciativa, e ormai fuorviante), ma sembrano

⁽³⁴⁾ Il riferimento va all'ordine di idee stabilito nelle ormai classiche riflessioni di G. CHITTOLINI, *La crisi delle libertà comunali e le origini dello Stato territoriale*, in « Rivista Storica Italiana », LXXXII, 1970, pp. 99-120, ripubblicato in ID., *La formazione dello Stato regionale e le istituzioni del contado*, Torino, 1979, pp. 3-35.

⁽³⁵⁾ "denunciante fama, potete leggere nel canone 8 del Quarto Concilio Lateranense — scrive S. CAPRIOLI, *Evoluzione storica della funzione d'accusa*, cit., p. 48 —, che è pure la decretale X. 5, 1, 24 ...". Sulla nozione di *fama* in questo torno di tempo ha scritto F. MIGLIORINO, *Fama e infamia. Problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli XII e XIII*, Catania, 1985, pp. 58-65, il quale però, nell'esaminare lo *Speculum* di Guglielmo Durante ed il *Tractatus de maleficiis* di Alberto da Gandino, si sofferma sul valore della *fama* come 'attributo' e sul suo peso in ambito probatorio, sfiorando appena il suo possibile ruolo di *origo inquisitionis*.

corrispondere a stati del procedimento, o a sue fasi ⁽³⁶⁾, che diversamente si combinano in adesione alla dinamica propria di ciascun caso processuale.

La procedura che ne consegue ci si presenta mista: qualificata in modo crescente dall'espansione della funzione inquirente ⁽³⁷⁾, ma tuttavia condizionata dal comportamento anche extraprocessuale delle parti implicate. La commistione viene dai fatti. In dottrina, Guido da Suzzara, Guglielmo Durante, Martino da Fano, Alberto da Gandino o Dino del Mugello ⁽³⁸⁾ insistono, come era giusto ed inevitabile, a considerare l'*accusatio* come la forma regolare per impiantare un normale processo (penale) *de iure civili*; e considerano l'eventualità di *cognoscere per inquisitionem* come uno *speciale*, soggetto a condizioni, eventuale, e circoscritto ad ipotesi tassative. Di lì si entrerà nella logica dell'*arbitrium* che potrà essere concesso al giudice in deroga all'*ordo iuris* ⁽³⁹⁾. Mentre è nell'effettività delle pratiche, quelle *de facto* e quelle che nascono dall'emersione (interpretativa) di nuovi versanti dell'*accusatio*, che si fa strada in concreto il processo 'misto'.

La pratica vuol dire il giudice, che vuol dire l'autorità politica. È quindi la figura del giudice (proattivo, ma condizionato nell'azione; che tende a rendersi protagonista primario, ma fa fatica a sciogliersi da prassi che vengono da un'altra tradizione) a presentarsi, negli ultimi decenni del secolo, come figura cruciale della pubblicizzazione del penale.

Molto passa per la trasformazione dell'*accusatio*. Da atto tipico dell'offeso che muove l'azione giudiziaria, l'*accusatio* tende a farsi l'equivalente di un atto processuale qualificato, realizzabile da sog-

⁽³⁶⁾ Così, a partire dai capitoli 463, 298, 327 dello Statuto di Perugia del 1279, S. CAPRIOLI, *Evoluzione storica della funzione d'accusa*, cit., pp. 41-42.

⁽³⁷⁾ O, se vogliamo, dal correlativo arretramento del modello accusatorio 'puro', come attestato nella pratica: cfr. P. FIORELLI, *Accusa e sistema accusatorio*, in « Enciclopedia del diritto », Milano, 1958, I, p. 333.

⁽³⁸⁾ I nomi mi vengono dal *Tractatus de maleficiis* di Alberto da Gandino: o perché ricordati in adesione o per rinvio da Alberto che scrive, o perché la *quaestio* relativa porta la sigla di uno di loro.

⁽³⁹⁾ Su questo aspetto si vedano le pertinenti osservazioni di M. MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., spc. p. 280 ss.

getti diversi, che si può inquadrare nel metodo della *positio* ⁽⁴⁰⁾: è *accusatio* quella della vittima che chiede giustizia per sé, così come corrisponde al formato dell'*accusatio* il passo del giudice che muove a fare giustizia in nome della *civitas* offesa dall'atto criminale, quando la vittima non lo fa, o quando non è previsto ⁽⁴¹⁾, o non è necessario ⁽⁴²⁾, che lo faccia; vi equivale la *denuntiatio* ⁽⁴³⁾, e vi equivale ogni genere di *notitia criminis* 'vestita', per così dire, con una richiesta di sanzione o risarcimento; come anche la risposta (*contra positio*) dell'accusato che adduca, in termini, provocazioni o scusanti, alla quale si può paragonare l'*exceptio*, che pure dà vita ad un procedimento *sui generis* ⁽⁴⁴⁾; vi corrispondono quelle azioni di

⁽⁴⁰⁾ « Positiones succedunt in locum probationum » dicevano comunemente i giuristi che se ne occuparono tra XII e XIV secolo (se ne veda un lungo elenco in U. NICOLINI, *Martino da Fano e i trattati « De positionibus » a lui attribuiti* (1935), ora con questo titolo in *Scritti di storia del diritto italiano*, Milano, 1983, pp. 54-56). Come è noto, la loro logica stava nell'affermazione (in forma di *positio*) di un fatto, di una *qualitas*, di una *ratio* o di un motivo, alla quale affermazione l'altra parte avrebbe replicato, considerandosi contestate le *positiones* condotte in negativa; confessate, e con ciò acquisite, quelle ammesse o passate sotto silenzio. La sequenza e l'intreccio di *intentiones*, *interrogationes*, *questiones* e *depositiones testium*, trasportate in *criminalibus*, risponde a questo nucleo fondamentale del processo formalizzato.

⁽⁴¹⁾ E sono i casi in cui si procede senz'altro *per inquisitionem*. Vedili più avanti.

⁽⁴²⁾ Ed è il caso del *crimen notorium*, per il quale — se alcune condizioni concorrono — “nec requiritur actor vel denuntiator, nec datur libellus, nec lis contestatur, nec iuratur de calumnia vel de veritate dicenda, nec requiruntur testes nec aliqua probatio: immo tunc ordinem iudiciorum non servare est secundum ordinem iuris procedere”. Il diritto prima di tutto, e con il diritto le sue *rationes*, la logica delle cose, la ragionevolezza: criteri che ispirano la pratica e che le danno il potere di procedere *extra ordinem* oppure, aderendo all'*observantia*, come si è visto, di battere strade *quamvis contra ius civile*: ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *Quomodo de maleficio cognoscitur, quando crimen est notorium*, ed. H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, p. 100 ss. Il brano citato è a p. 103.

⁽⁴³⁾ Nel caso della *denunciatio* si può anche determinare una separazione tra chi si pone all'origine dell'azione e chi poi sostiene l'accusa in corso di giudizio. Di regola, ad una *denuntiatio* fa seguito un'*inquisitio* (GUILLAUME DURAND, *Speculum iudiciale*, Lugduni, 1539, *De inquisitione*, proemio), onde la possibilità che il processo vada avanti senza che chi l'ha fatto partire venga « sottoposto ai vincoli ed agli oneri previsti nel modello della *accusatio* » (M. MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., p. 284).

⁽⁴⁴⁾ ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *Quomodo de maleficiis cognoscatur per exceptionem*, ed. H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, pp. 48-51. Il procedimento *per exceptionem* parte da forme di *reaccusatio* nei

allertamento della giustizia pubblica che il penale più maturo avrebbe distinto in querele, denunce, delazioni, indicazioni o referti ⁽⁴⁵⁾; e dal momento che potrebbe costituire legittimo argomento per surrogare *publice* un avente diritto inerte, anche la *fama*, corredata di precisazioni e cautele ⁽⁴⁶⁾, è assunta come una forma di implicita o corale *accusatio*, capace di mettere in moto il giudice. Tutte queste forme che l'accusa può assumere legittimano un processo mosso dal giudice ed avviato con un'*inquisitio generalis*, per un numero crescente di reati; ferma restando la classica possibilità che l'*accusatio* mantenga la sua figura tradizionale, sia mossa *regulariter et cum libello inscriptionis* ⁽⁴⁷⁾ da un privato, conducendo così all'apertura di un processo *secundum ius civile*, che però potrebbe anch'esso conoscere, nel prosieguo, fasi di inchiesta decise o guidate dal potere pubblico.

Ben si vede come il giudice muti il suo ruolo in ragione dello slittamento di senso e di funzione che investe l'*accusatio*. Dall'ufficio di arbitro, terzo e passivo, che gli toccava nel vecchio *actus trium*

confronti dell'accusatore, ricazione o confutazione di testi, contestazione di prove false o sospette e serve principalmente a rintuzzare accuse o mezzi di accusa, al fine di evitare la pena.

⁽⁴⁵⁾ La dottrina più tarda converrà, grosso modo, sul fatto che *querelante* è l'offeso che accusa per ottenere riparazione; *denunziante* è il privato mosso da desiderio di giustizia, che però non starà in giudizio come accusatore; *delatore* è chi denuncia per conseguire il vantaggio promesso dall'autorità pubblica; *indice* è il complice che rivela in capo ai correi per ottenere impunità; *referente* è chi porta al giudice notizie di reato perché investito, in qualità di *officialis*, di compiti e doveri di sorveglianza.

⁽⁴⁶⁾ « Iure canonico — precisa Alberto — de quolibet maleficio inquiritur et cognoscitur si iam interveniant omnia, que sequuntur, et non aliter regulariter. In primis enim est necessarium, quod ille, contra quem inquiritur, sit infamatus de illo crimine, id est sit publica vox et fama, quod sit culpabilis. Secundo, quod ille sit subditus, de quo est illa talis infamia. Tertio, quod ad aures iudicis pervenerit illa talis infamia. Quarto, quod non semel tantum, sed pluries. Quinto, quod non pervenerit a malevolis, sed a providis et discretis. Sexto, quod non causa malitie, sed zelo iustitie talis infamia de aliquo predicetur » (ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *Quomodo de maleficiis cognoscatur per inquisitionem*, ed. H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, p. 38).

⁽⁴⁷⁾ Secondo il dominio dei formulari, che traducono in forme stereotipate fattispecie e circostanze. Esempi bolognesi dell'influenza dei formulari e della logica delle registrazioni nella documentazione processuale in M. VALLERANI, *I processi accusatori*, cit., p. 752 ss.

personarum, egli passa a quello di *parte*, conservando però le prerogative del giudice, che ha con sé *ab origine* i due non piccoli poteri di condurre e di decidere: può così aggiungere ai suoi compiti quello di ‘concorrere’ con le parti nell’apertura del processo, nella sua prosecuzione, nella sua chiusura.

Sono i primi passi di un non breve cammino. Sul lungo periodo, la metamorfosi dell’*accusatio* ed il giudice che si fa anche parte, innescheranno un processo del tutto diverso dall’originario, conducendo ad effetti di trasfigurazione che, guardati con occhio attento, appariranno francamente paradossali ⁽⁴⁸⁾.

4. *La ‘Compulsio ad accusandum’ e le ragioni della pena pubblica.*

Le opportunità offerte alla pubblicizzazione del penale dall’evoluzione dell’*accusatio*, avviata su base interpretativa e sostenuta con argomenti politici, pragmatici, ma anche tecnici, si incorporano ad

⁽⁴⁸⁾ Come ho già avuto modo di scrivere ad altro proposito (M. SBRICCOLI, *Tormentum idest torquere mentem. Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell’Italia comunale*, in: *La parola all’accusato*, a cura di J.-C. Maire-Vigueur e A. Paravicini Bagliani, Palermo, 1991, p. 23 [t. I, pp. 118-119]), la frattura del monopolio privato dell’accusa che in quella fase si realizza, ridurrà progressivamente le ‘tre persone’ del rito originario a due soltanto: il giudice (che assumerà anche la parte dell’accusatore) e l’accusato. Il peso della vittima, prima determinante ai fini dell’azione e della conduzione del processo, diminuisce progressivamente a vantaggio di quello dell’accusa, che agisce teoricamente (anche) in suo nome, ma che muovendo da un interesse collettivo astratto e di pura produzione politica, finirà per riferirsi sempre più a se stessa. L’accusa, come sappiamo, dilaterà enormemente il suo ruolo. Assumerà crescenti poteri di indagine privilegiati ed armati, disegnerà un gioco processuale fatto su misura per sé, dilaterà fino al possibile l’asimmetria del processo e, al momento della decisione, smetterà i panni della ‘parte’ per vestire quelli del giudice. Tutto questo non bastando, la garanzia del risultato verrà cercata incrementando l’uso della tortura come mezzo di ‘invenzione’ della prova. La pratica della tortura, possiamo aggiungere, ridurrà ad una sola le tre persone che erano già state ridotte a due. Costretto violentemente, l’imputato si farà accusatore di se stesso, finendo per assumere il punto di vista dell’inquirente, che sarà anche il suo giudice. Il remoto *actus trium personarum*, interamente tramutato, si convertirà in quel caso nell’azione unitaria di una forza sola. Quel che resterà dell’accusato che accusa se stesso, scrivevo, è soltanto il *reus*: un oggetto (*reus da res*), o una *figura ficta*, praticamente senza voce, che nel combattimento processuale ha contro tutti e tre i protagonisti, compreso l’altro se stesso che agisce, come gli altri due, per farlo soccombere e perderlo.

uno zoccolo normativo che prevedeva già una serie di casi in cui il giudice avrebbe dovuto procedere *de iure, ex officio*, e quel che più conta *per inquisitionem*. Nella esposizione di Alberto da Gandino, si tratta dei casi, ai quali ho già avuto modo di accennare, elencati in modo che sembra tassativo, al punto 3 della rubrica *Quid sit accusatio et quando accusator sit necessarius*, e poi ripetuti al punto 3 della rubrica *Quomodo de maleficiis cognoscatur per inquisitionem* ⁽⁴⁹⁾. Ciò che si è detto, scrive il giurista di Crema ⁽⁵⁰⁾, a proposito del fatto che non si può condannare qualcuno se nessuno lo accusa, e che in assenza di un'accusa non si può procedere alla *criminis cognitio*, non vale in qualche caso speciale. Sono i casi in cui bisogna agire *officio iudicis, per inquisitionem* ⁽⁵¹⁾.

Tuttavia, anche al di fuori di quei casi, aggiunge Alberto, può succedere che il giudice si veda necessitato ad aggirare in qualche maniera la sua impossibilità di agire *ex iure*, al fine di compensare l'inerzia non ammissibile dell'*entourage* della vittima. Pur non disponendo di reali poteri di sostituzione, egli può infatti realizzare una diversa e materiale sintesi tra il procedimento *ex accusatione* e quello che nascerebbe dalla sua propria iniziativa d'ufficio: un nuovo livello di quella che abbiamo indicato, più sopra, come una commistione di pratiche riconducibili all'*accusatio* ed all'*inquisitio* nell'at-

⁽⁴⁹⁾ ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, ed. H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, pp. 3-5 e p. 36.

⁽⁵⁰⁾ Albertus de Gandino de Crema, si designa il nostro nel proemio del *Tractatus de maleficiis*. È singolare che J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, 1990, pp. 107, 143, 163, lo muti di patria, indicandolo come Albert de Gand.

⁽⁵¹⁾ *Ament meminisse periti*. Sono testi noti, più volte citati e discussi. Io richiamo qui l'elenco di questi casi speciali, così come viene ripetuto due volte, in due luoghi diversi, da Alberto da Gandino, e come è stato di recente ricompilato da E. DEZZA, *Accusa e inquisizione*, cit., p. 18: "quando dominus a familia sit occisus/quando accusator corruptus petit abolitionem/quando generaliter inquiritur contra malos homines/in crimine lenocinii/ in crimine suspecti tutoris/in crimine sacrilegii/in falso teste/pro carta falsa/in calumnie crimine/quando aliqua sunt subtracta de hereditate adita cum beneficio inventarii/pro rebus naufragio amissis/quando malefactor confitetur de sociis, et tunc inquiritur contra eos/in crimine lese maiestatis/in notorio crimine/in crimine apostatarum/in crimine hereseos/in bonis damnatorum indagandis/in omni falso/quando infamatus deficit in probatione (a tali casi vanno aggiunti quelli accennati in D., 26, 3, 5, in D., 27, 9, 5, in D., 50, 70, 2, 1, e in Nov., 17, 8)".

tività *ex officio* delle magistrature penali. Si tratta di “compellere ad accusandum”.

Scrive dunque Alberto:

Sed pone quod Titius interfecit aliquem; heredes illius mortui timebant hunc Titium accusare propter eius potentiam.

Modo queritur numquid Potestas possit compellere illos heredes, quod accusent istum Titium, cum hoc sit, quod Potestas de illo maleficio non possit inquirere ex eo, quod hic casus non est de casibus in quibus possit inquirere.

Videtur quod possit:

Quia expedit rei publicae ne maleficia remaneant sine pena;

item quia iudex debet curare ut provincia quam regit malis hominibus sit purgata;

item propter tumultum et scandalum evitandum, alias conceditur quod alias non concederetur;

item quia si istud homicidium non puniretur, esset res mali exempli;

Solutio: dic quod iudex bene faciet, si predictos heredes accusare compellat, quamvis hoc non sit bene lege expressum; et si timeatur de potentia dicti Titii, faciet Potestas eum dare bonam securitatem de non offendendo illum accusatorem ⁽⁵²⁾.

“Quamvis hoc non sit bene lege expressum”. Sta qui, soprattutto, la ragione tecnica della opposizione che all’idea di *compellere ad accusandum* fanno avvocati e giuristi, anche di fama, che si rendono conto del carattere dirimpente di una simile facoltà concessa al giudice. Nella casistica portata alla luce da Vallerani ⁽⁵³⁾ troviamo un *consilium* di Bonagrazia Pascipovero e Antolino de’ Mazzolini, giuristi non mediocri, che negano che il giudice possa procedere *invito, vel non instante accusatore* (si tratta di un profilo che risolleverò più avanti), né *compellere accusatorem in accusatione procedere*, « cum nemo invitus agere vel accusare cogatur ». Come si vede, il richiamo è al diritto romano classico, ed al principio in forza del quale non si dà procedimento *nemine accusationem promovente*, ragnon per cui il processo non può andare avanti, né orientarsi verso

⁽⁵²⁾ ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *Quid sit accusatio et quando accusator sit necessarius*, ed. H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, p. 5.

⁽⁵³⁾ M. VALLERANI, *I processi accusatori*, cit., pp. 775-76, nt. 74.

nuove direzioni o persone, se l'accusa originaria non viene coltivata o se essa non viene rinnovata quanto alle risultanze emergenti. I due *sapientes* negano anche la legittimazione del giudice, aggiungendo « non obstante arbitrio, si quidem habet dominus potestas, vel dictus iudex in dicto negotio ». La contestazione del potere *ex arbitrio* assume la valenza di un disconoscimento di *iurisdictio*, posto che l'*arbitrium procedendi* in ipotesi concesso (delegato) al giudice, viene trasferito “ad inferiores magistratus et iudices”, provenendo da coloro che “habent iurisdictionem et administrationem iure proprio”, in quanto “superiorem non recognoscentes” (54). Il *consilium* trae argomento “tam de iure communi quam ex forma statutorum et ordinamentorum comunis Bononie”, ma si pone in evidente controtendenza rispetto alla dottrina che sta facendosi dominante.

Come ho già avuto modo di dire, l'operazione di progressiva pubblicizzazione del penale si svolge per vie interpretative, e procede per successive approssimazioni della pratica, corroborate talora dalla recezione negli statuti delle città di principi affermati nelle sentenze, risultanti magari da *declarationes* di leggi che “non si esprimono bene”. È significativo, peraltro, che Alberto da Gandino, nel passo ricordato qui sopra, raccolga alcuni dei suoi *argumenta* dalla lettera o dallo spirito di quei *casus speciales* per i quali il giudice deve procedere *per inquisitionem*: una volta di più si vede come l'emersione del penale pubblico si realizzi sul terreno processuale, rafforzando il potere di iniziativa del giudice, dilatando il senso e la casistica stessa dell'*accusatio*, o escogitando inediti istituti del genere “compulsio ad accusandum”, che consentono di rimanere dentro l'*ordo iudiciarius* consueto, salvano lo schema accusatorio, ma sono il puro risultato della proattività politica del giudice.

I motivi dichiarati, infatti, hanno forma giuridica, trovano tutti un solido ancoraggio nelle fonti romane, ma il loro valore è puramente politico, come è politica l'origine della loro forza argomentativa. Così è per la necessità che chi governa liberi la città dai malfattori, per l'importanza accordata all'esigenza di evitare tumulti

(54) M. MECCARELLI, *Arbitrium*, cit., p. 302 ss.

e scandali ⁽⁵⁵⁾, per l'oggettiva istigazione a mettersi sulla via dell'illegalità che verrebbe data ai male intenzionati. Quanto poi all'interesse del *commune civitatis* a che i crimini non restino impuniti — sul quale si insiste invariabilmente da quasi un secolo — credo si possa dire che siamo in presenza del principale vettore argomentativo della *egemonia della pena* nel campo della gestione dei conflitti che mettono a rischio l'ordine pubblico o la *concordia civium*. La pena (pubblica) deve infatti farsi strada in un sistema di 'giustizia' per così dire diffusa e articolata, che non passa se non occasionalmente per il Palazzo e che fin dall'origine del Comune è stata sostanzialmente praticata al di fuori delle logiche e delle procedure pubbliche.

In un quadro caratterizzato dallo scontro tra interessi di privati e famiglie, o tra utile 'generale' ed 'altri' utili, la giustizia è stata parimenti realizzata dalla *vendetta* o dalla *rappresaglia*, dalla *transazione* o dalla *pace*, e solo in ultima istanza, o in mancanza d'altro, dalla *pena*. Anzi, nella logica tipica di una *face to face society*, quale certamente era la società cittadina di cui ci stiamo occupando, quelle soluzioni sono state variamente strumentalizzate all'interno delle strategie di soddisfazione di vittime e autori, giocate in sequenza, usate come componenti di disegni più vasti. Capita spesso che le vittime conoscano gli autori, che tutti sappiano come stanno le cose e come i fatti sono andati, e che siano i rapporti di potere a stabilire il segno e l'esito della giustizia che si realizza. È così che la *soddisfazione*, fatidico punto nodale dell'intera storia della giustizia penale, va ad occupare il centro della scena: può essere morale, economica, virtuale; può venire da una vendetta o da un risarcimento, da una rappresaglia o da una umiliazione del colpevole, da una mediazione altrui o, paradossalmente, dalla coscienza di una assoluta impotenza, inflitta da una irresistibile intimidazione.

Come ho già avuto modo di ricordare, il ricorso alla giustizia pubblica può essere, in questa dinamica, una forma di pressione per conseguire condizioni migliori nelle trattative, un passaggio tempo-

⁽⁵⁵⁾ *Scandalum*, in questo contesto, altro non è che l'indignazione per l'impunità dell'omicida, lo sdegno morale davanti ad un caso di evidente ingiustizia, con il temuto seguito di *ludibrium legis* da parte dei malfattori e di sfiducia degli onesti nell'autorità, nella giustizia e nelle leggi.

raneo dentro un negoziato più ampio (perché nella procedura pubblica si può entrare, starci per un po', e poi uscire), una specie di avvertimento per avere *altrimenti* soddisfazione, o l'estrema ratio per chi non ha possibilità di battere altre strade. È da questa realtà che la pena pubblica deve risalire: prima per guadagnarsi uno spazio in mezzo agli altri mezzi di soddisfazione, poi per prevalere su di essi, infine per farli scomparire restando la sola padrona del campo. È la storia del penale. La lunga e tormentata storia, lungi ancora dall'essersi conclusa, della fuoruscita dalla vendetta e dell'affrancaamento dalla *soddisfazione*, sulla via delle regole, della garanzia, della giustizia efficace e imparziale.

5. *Inquisitio, transazioni e pena: i poteri del giudice diventano doveri.*

Quando Alberto da Gandino scrive il suo *Tractatus*, tra il 1286 ed il 1287, era giudice a Perugia. Gli statuti che applicava obbligavano già da tempo il Podestà, e quindi il suo *iudex*, ad *inquirere*, pur in assenza di accuse o denunce, per delitti che *de iure civili* sarebbero stati riservati all'iniziativa dei legittimati ad accusare. Così è infatti, nello statuto del 1279, che dà facoltà a Podestà e Capitano di « *facere inquisitionem secretam de omnibus maleficiis unde sanguis exiret* »⁽⁵⁶⁾, e così è per altre funzioni collegate al mantenimento dell'ordine pubblico ed al *bonum statum* della città. Allo stesso modo, una serie di obblighi di denuncia che riguardano alcuni di coloro che svolgono pubbliche funzioni, ed anche i privati titolari di speciali licenze⁽⁵⁷⁾, finiscono per configurare ulteriori occasioni di avvio di procedimenti *cum inquisitione*, su terreni tradizionalmente confidati alla decisione delle parti lese.

Come si vede, la *consuetudo* che Alberto scriveva di aver visto osservare, in forza della quale gli *iudices Potestatum* svolgevano indagini *de quolibet maleficio ex officio suo*, era partita così da lontano ed era stata così pacificamente praticata, da avere già avuto

⁽⁵⁶⁾ *Statuto del Comune di Perugia del 1279*, edito da S. Caprioli, Perugia, 1996, Cap. 283, *Item dicimus*, p. 284.

⁽⁵⁷⁾ S. CAPRIOLI, *Evoluzione storica della funzione d'accusa*, cit., p. 43.

modo di consolidarsi, passando seppure *pro parte* negli Statuti perugini, entrati in vigore alquanti anni prima del suo arrivo in città.

Ma la commistione di accusa e inquisizione *dentro lo stesso giudizio*, aveva avuto a Perugia almeno un'altra ed ancora più risalente occasione di manifestarsi, a dimostrazione del rilievo che la figura del giudice aveva assunto già alla metà del secolo, nel quadro di quella valorizzazione politica della funzione giustizia che avrebbe consentito l'emersione di un sistema penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII.

Nella notte 10 gennaio 1258 cinque persone avevano aggredito, davanti a casa sua, Maffucio Benvegnati ⁽⁵⁸⁾. Il ferito denuncia immediatamente i suoi aggressori, facendone i nomi, e descrivendo i fatti, e *chiede al giudice di fare un'inquisizione*. Si tratta di un ferimento, di quelli che a Bologna, ancora anni dopo sarebbero stati designati come *insulta cum effusione sanguinis* e confidati, a quanto pare, alla burocratica, lenta ed inconcludente procedura dell'accusatorio: libello, *intentiones*, termini, fideiussioni, testimoni da produrre e garantire, allegazioni, difese, *positiones*: esito dispendioso e tuttavia lontano ed incerto.

Già nel 1258, invece, a Perugia ⁽⁵⁹⁾, si consente al giudice, su esplicita richiesta della parte offesa (ma nel prosieguo del giudizio egli farà a meno di richieste o autorizzazioni), di agire con poteri suoi e di prendere in mano il processo, senza limitarsi ad arbitrare soltanto.

Il giudice fa ricerche, interroga gli accusati, sente testimoni,

⁽⁵⁸⁾ Il caso di Maffucio Benvegnati, come ho già ricordato, è stato pubblicato e discusso, con l'aggiunta di schemi riassuntivi, da M. VALLERANI, *Il sistema giudiziario del Comune di Perugia*, cit., pp. 89 ss., 127 ss.

⁽⁵⁹⁾ Dalle ricerche perugine di Vallerani apprendiamo (p. 116) che in quella città vanno *ad inquisitionem* fattispecie di furto, casi di *insultum sine sanguine*, ed anche non specificate *inadempienze* che sarebbe forse difficile ricomprendere tra gli ordinari *maleficia*. Il processo iniziava dunque da un'accusa o magari da una denuncia (per Perugia: S. CAPRIOLI, *Evoluzione storica della funzione d'accusa*, cit., p. 42), per poi conoscere fasi governate dal giudice che indagava di suo, guidava, faceva avanzare o arrestava il procedimento, irrogava pene. Il fatto che il processo a prassi integrate fosse già così praticato nella Perugia del medio e tardo Duecento, suggerisce l'opportunità di una riconsiderazione del valore e del peso dell'accusatorio classico nel sistema giustizia complessivo, in quella fase, ed a scala italiana. Specie poi in situazioni come quella bolognese per la quale l'indagine è stata spinta fin dentro il XIV.

mette insieme informazioni che Maffucio non possedeva. Mentre il giudice indaga, però, tra i parenti di Maffucio e l'*entourage* degli accusati, a giudicare dal comportamento degli interessati, *sembra sia nata una trattativa*. Sale dunque da questo caso, come si intuisce, un ulteriore problema teorico, di quelli che Alberto da Gandino solleva nel suo *Tractatus* quando si tratterà di comporre in punto di teoria e di argomentazione giuridica, l'interesse dei privati con l'interesse pubblico. Vedremo più avanti la sua risposta, ma fin d'ora ci accorgiamo, nel concreto di un caso reale, che una doppia partita si ingaggia dentro lo stesso perimetro dell'*actio iustitiae* (e non bisogna dimenticare che anche la transazione, o la tacitazione della vittima, sono maniere riconosciute di giustizia accettata). Da una parte, dunque, il giudice indaga, attento a quello che fanno gli interessati e pronto ad assecondare la parte lesa con provvedimenti che la facilitino, compreso quello di sospendere i suoi atti perché essa possa conseguire la sua soddisfazione; dall'altra, due gruppi familiari entrano in trattativa, ma devono fare i conti con la variabile giudiziaria pubblica che complica le cose e condiziona il loro comportamento, avendo l'aria, bisogna dire, di parteggiare per gli offesi: il che, se posso dire, mostra come quei giudici usassero tutta la tastiera di quella giustizia assai articolata, per arrivare comunque al risultato sperato, che era quello che gli offesi ottenessero la riparazione che cercavano. Poco dopo quegli anni avrebbero preteso, anche e senz'altro, la pena pubblica per gli offensori.

Il 13 gennaio Maffucio muore. Suo padre rinnova l'accusa (stavolta per omicidio) solo per tre dei cinque aggressori, lasciandoci pensare che gli altri due lo abbiano in qualche modo compensato o, perché no, che lui li considerasse incolpevoli (verranno assolti). I tre accusati (Burgolo Donadei, Filipucio Uguccioni, Bencivegna Bonagiunta) sono rapidamente interrogati e lasciati andare sotto cauzione fideiussoria.

Nelle more, quel giudice fa, per così dire, politica. Diffida i fratelli di Maffucio dal compiere atti di ritorsione sugli accusati, per evitare disordini, e mostrando di ritenere che mentre una trattativa può affiancare un'*inquisitio*, la vendetta non ha nessuno spazio per convivere con la giustizia pubblica. Infligge una pena pecuniaria agli accusati che non si sono presentati a palazzo per rispondere del ferimento, mostrando di aver compreso il senso profondo

dell'*inquisitio*, che sta nel fatto che il giudice assume le redini processuali togliendole alle parti. È così che il processo sposta il suo *focus* e che il sistema di giustizia si pubblicizza.

Nel frattempo vanno verosimilmente avanti le trattative, che conoscono probabilmente fasi di rottura, e quindi di scontro. Il 21 gennaio i fideiussori dei tre vengono accusati di aver insidiato di notte Benvegnate, il padre di Maffucio, ed un certo Ufreduccio: negano, ed in pratica controaccusano alludendo al fatto che Ufreduccio si appresterebbe a rendere (falsa) testimonianza contro di essi. Gli imputati vengono di nuovo citati, poi intimati di presentarsi entro un tempo certo. Burgolo e Bencivegna si rendono contumaci (si sono nascosti in città, o forse hanno lasciato Perugia) e vengono di nuovo condannati a pagare una somma considerevole.

Noi che conosciamo l'esito finale della vicenda, possiamo leggere i fatti alla luce del loro approdo. È del tutto verosimile che aggressioni notturne e contumacia, falsi testi fatti balenare e multe irrogate dal giudice, siano elementi di trattativa drammatizzati dalla presenza di un'*inquisitio* aperta. Quello che vediamo è un processo che è nei fatti complesso e allargato, con un proscenio ed un dietro le quinte, con atti palesi che potremmo anche interpretare come la risposta dissimulata a mosse che non ci sono note, e con atti occulti che probabilmente rispondono ai palesi o tentano di prefigurarli e prevenirli.

Filipucio, uno dei tre, dissocia il suo destino da quello degli altri due. Si presenta in giudizio, non ammette alcuna sua responsabilità, si rimette al giudizio quale che sarà e si impegna col Podestà a stare in casa senza uscirne. La sua posizione resta incerta. Si direbbe che abbia trovato un accordo con i Benvegnati e che il giudice lo tenga in sospenso: non lo punisce perché (ipotizzo) ha pagato, ma non lo lascia andare finché non ha risolto l'intero caso (la posizione di Burgolo e Bencivegna), dal momento che dimettendo Filipucio, che era stato visto commettere il delitto da testimoni attendibili, si rischierebbe di compromettere l'esito dell'*inquisitio* in capo agli altri due.

La pressione continua. Il 12 febbraio vengono condannati al pagamento della fideiussione i garanti dei contumaci Burgolo e Bencivegna e finalmente Benvegnate, il padre di Maffucio, decide di passare al quarto e supremo livello probatorio del processo penale

perugino ⁽⁶⁰⁾, chiamando Filipucio (l'unico accusato sotto mano) a *sostenere con lui la 'pugna'*, il duello giudiziario previsto dagli statuti di Perugia per risolvere i casi che non sembrano altrimenti risolvibili. La mossa sembra conseguire lo scopo. Un paio di mesi dopo, il 5 aprile del 1258, Benvegnate si presenta nel Pallacium Communis e dichiara al giudice che Filipucio non ha colpe, che la *pugna* non si farà, che *rinuncia ad ogni pretesa*. Il processo torna per un momento alla sua dinamica 'accusatoria' ed il giudice, visto che l'accusa rinuncia, lo *chiude definitivamente*.

Gli insegnamenti che vengono da questo caso esemplare per rilievo del crimine, comportamento (e rango) delle parti, condotta del giudice e questioni tecniche sollevate, sono molti e significativi. Avendolo già commentato man mano che ne riassumevo l'andamento, posso isolare due questioni. Una, a mio giudizio risolta, è quella dell'esercizio di un processo 'nuovo', che parte con un'*accusatio*, ma non è accusatorio, prosegue con *inquisitiones*, ma a fatica si direbbe 'inquisitorio', tiene conto di quanto avviene 'là fuori', senza perdere la sua presa sul fatto e sui protagonisti, si chiude — diremmo oggi — con un'archiviazione, che però nasconde una (adeguata?) soddisfazione per la vittima del delitto ed una 'penalità', probabilmente pecuniaria, per i colpevoli di esso. Una sentenza impropria, si direbbe, affidata a rapporti di forza che il giudizio pubblico ha contribuito a far gravitare a vantaggio di chi chiedeva giustizia.

L'altra questione resta aperta, ed è quella che sta nelle seguenti domande: ma se le parti si accordano, il giudice deve prenderne atto fino al punto di chiudere ed archiviare? La soddisfazione della vittima, comunque raggiunta, è veramente il solo scopo di un sistema

⁽⁶⁰⁾ Il primo è la confessione, il secondo la *convictio per testes*, il terzo è il giuramento dell'accusato (ma l'avversario lo può vanificare dicendo 'quod sit periurus'), il quarto è la *pugna*. Prevista al cap. 283 degli Statuti perugini (quindi c'era ancora vent'anni dopo, nel 1279, e sarebbe restata per molto tempo ancora), la *pugna* è concepita (anche) come mezzo di estrema difesa per l'accusato che neghi, che non sia travolto dalle testimonianze, che abbia giurato la sua innocenza. La decidono Podestà e Capitano, per mezzo del loro giudice, e non si dà ricorso al Consiglio per deliberazioni speciali. Si svolge 'per pugilem', ed il suo esito è la sentenza « Si vero constabit aliquem per suam confessionem, vel per testes *aut per pugnam*, fecisse homicidium, substineat penam [...] de maleficio homicidii ».

di giustizia ormai assunto interamente dal *commune civitatis*? Un clamoroso caso di omicidio, dentro una realtà di conflitti cittadini che mettono a continuo rischio la *pax* dell'intera città, è veramente e soltanto affare dei privati che l'hanno commesso e subito?

6. Offendit rem publicam civitatis. *Il formato penale dell'accusa.*

Torniamo dunque ad Alberto da Gandino. Nei trent'anni che lo separano, mentre scrive, dal caso di Maffuccio Benvegnati, le cose si sono notevolmente evolute, e non solo a Perugia. Sono stati anni di scontri politici assai aspri in molte realtà cittadine italiane: anni in cui l'ordine penale è venuto assumendo una sua necessaria centralità, come inevitabilmente accade ogni volta che il conflitto investe le istituzioni e le regole vengono di conseguenza riformate, o sottoposte a torsioni, e, nel vivo dei contrasti, piegate a misura di quelle. È così — se posso generalizzare — che le città hanno preso più viva coscienza del rilievo della giustizia e dei loro compiti nell'assicurarla (o delle loro possibilità di metterla a frutto), i giudici hanno adottato pratiche ed imposto 'consuetudines', i giuristi hanno affinato argomenti.

Sed pone homicidam habuisse ab heredibus pacem occisi. Numquid per Potestatem poterit puniri, non obstante pace predicta?

Et videtur quod sic:

Quia ius acquisitum, communi pactione privatorum nec tolli nec mutari potest;

Item quia maleficia non debent impunita manere;

[...] secundum opiniones communiter aliorum [*contra opinionem Guidonis de Suzaria*] dic quod sive super illo crimine possit transigi sive non, quod illa transactio sive pax non impediatur condemnationem super eo faciendam per potestatem, sive sit statutum sive non, et ita de consuetudine observatur, et hoc illa ratione *quia omnis delinquens offendit rem publicam civitatis, ubi maleficium committitur, et illum quem ledit* [l. locatio, § quod illicite, ff. de publicanis et vectigalibus et commissis ⁽⁶¹⁾].

Unde remittendo quis iniuriam suam non propterea remittitur iniuria communis et publica. Et ita sentit dominus Dynus [de Muxello] et determinavit Bononie [*metà del secolo XIII*].

Dic quod iniuria non tollitur quantum ad ius, quod est acquisitum

(61) Trascritto con errori da H. Kantorowicz.

communi, ut patet ex iuribus supra proxime notatis. Hoc est quando pro iniuria *agitur criminaliter*, quod fieri potest. Nam eo casu pena, quae debet imponi, applicanda est fisco.

Si autem civiliter agitur, tunc dissimulatione iniuria tollitur, nisi statim dixisset illam iniuriam ad animum revocasse. Nam eo casu non tollitur nuda voluntate, sed verbis expressis vel pacto ⁽⁶²⁾.

Il testo di Alberto è il punto di approdo di un lungo processo articolato che realizza una sintesi tra: i principi del diritto romano, le attività giudiziarie di Podestà e Capitani che governano le città, le norme statutarie, spesso formate — specie nel penale casistico — dallo slittamento nello statuto di dispositivi e motivazioni di sentenze pronunciate per casi esemplari o tecnicamente cruciali.

Un valore primario nelle strategie politiche della città resta quello della concordia, tanto più quanto più il potere fa riferimento alle famiglie egemoni. Il bene politico corrispondente è l'ordine pubblico, che riposa sulla pace tra le famiglie, le fazioni, i singoli cittadini. Ma accanto al bene del 'transigere', strumento della *pax*, sta il bene della giustizia, strumento del buon ordine cittadino: i crimini non restino impuniti, e non si impedisca al giudice di compiere l'opera sua.

Il ragionamento di Alberto, che valorizza la *pax* sotto il profilo della sua valenza risarcitoria (è bene che ci siano le paci, non solo per la città, ma anche perché alle vittime venga ristorato il danno subito), si snoda lungo un percorso che passa innanzitutto per alcuni principi riferibili alla logica del diritto civile. Si tratta dell'autonomia delle parti, e dei diritti di ciascuna di esse.

La premessa maggiore che mi pare di cogliere è quella di presumere senz'altro che la città sia parte in causa *in omni delicto*, perché anch'essa offesa dal *delinquens*, e che l'offesa subita crei in capo ad essa uno *ius acquisitum*, che non può esserle tolto, né può essere diminuito dalla *communis pactio* di altre parti implicate nello stesso negozio. L'autonomia di quelle parti va rispettata (*paciscant pro bono civitatis*), ma anche quella della *res publica civitatis* è

(62) ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *De transactione et pace in maleficiis faciendis*, ed. H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, pp. 193-95.

un'autonomia da salvaguardare. Poi (e qui sta la premessa minore ma, se posso aggiungere, la massima finezza inventiva), una volta assicurato alla città il diritto di conseguire una *sua* soddisfazione, con un repentino spostamento di piano Alberto mette la *respublica civitatis* nella condizione di esigere una riparazione che essa stessa imporrà, affidandola ai suoi giudici, per mezzo del suo *iudicium*, dentro il suo sistema penale e con le sue leggi, attraverso la *condemnatio*: perché la *satisfactio* pretesa dalla città consiste nella irrogazione della pena. Quella stessa *civitas* che rivendica diritti secondo i principi dello *ius privatorum*, poi ne esige una sorta di *self enforcement* in termini di *ius publicum*.

Il giudice, dunque, non si arresterà in presenza di un accordo intervenuto tra l'uccisore e gli eredi del morto ⁽⁶³⁾. La loro *pax* rileva soltanto tra di essi. Una parte (privata) è stata soddisfatta, in quanto la riconciliazione ha probabilmente dato origine ad un risarcimento o a qualche altra forma di soddisfazione per l'*entourage* della vittima: questa è una buona cosa, in termini di giustizia e di pacifico stato della *civitas* ⁽⁶⁴⁾.

Si pone però, in presenza di *transactio sive pax*, l'esigenza di far proseguire il giudizio, e la *ratio* di tale prosecuzione, dice Alberto, sta nel fatto che esiste un'altra parte lesa (pubblica) che aspetta di essere soddisfatta. Se il crimine di cui si tratta è di quelli 'intransigibili', la questione si fa piana: il giudice potrà senza ostacoli arrivare a pronunciare la *condemnatio*. Se invece quel crimine sopporta la *transactio*, e questa è intervenuta, e se di seguito a ciò "homicida habuit ab heredibus pacem occisi", allora statuto o non statuto, *de consuetudine observatur* che il giudice arrivi lo stesso ad emettere la sua condanna: vuoi per un principio generale, che è insieme morale, giuridico e politico, il quale vieta di lasciare impuniti i delitti; vuoi per la ragione che anche la *civitas* ha il diritto di conseguire la sua

⁽⁶³⁾ Già Dino del Mugello in una delle *Additiones super Digesto Novo*, I. *Hoc edicto*, § *Inde, De operis novi nuntiatione*, edita da G. D'AMELIO, *Indagini sulla transazione*, cit., p. 101, s'era pronunciato in questo senso con un « dico ergo quod remissio adversarii non impedit quin iudex procedat [...] quatenus enim ex pacto leditur ius publicum nullum est ».

⁽⁶⁴⁾ « Nam pax est ad bonum et lenitatem » (ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *De transactione et pace in maleficiis faciendis*, ed. H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, p. 193).

peculiare soddisfazione, essendo anch'essa parte lesa: e ciò perché tutti coloro che commettono un reato, oltre che le loro dirette vittime, offendono anche la *respublica civitatis* della città in cui delinquono.

A ben guardare, dunque, la pubblicizzazione del sistema penale, passata per l'azione *ex officio*, valorizzata dal potenziamento della funzione di acquisizione delle prove (*de omni crimine*) da parte degli *iudices Potestatum*, ha il suo fondante punto di appoggio nella 'personificazione', per così dire, della *respublica civitatis* e nella sua identificazione come parte offesa in occasione di un delitto.

La considerazione della *civitas* come soggetto giuridico, e quindi come titolare di diritti, provvista persino di una sua tipica forma 'maiestatica', non era nuova, ed era tutto sommato ovvia. Persuasivo, quindi, il ragionamento che la configurasse, all'occasione, come possibile parte lesa. Più complicato il compito di farla passare come *parte lesa in occasione di un delitto*, quando la parte lesa era visibilmente un'altra, e cioè la vittima in concreto. Perché il delitto esiste, ed ha senso, solo in presenza di un nesso materiale tra autore e vittima, ovvero di una lesione *ingiusta*, nascente da un'*iniuria*, nel quadro di un comportamento offensivo messo in atto da un soggetto per determinare danno (con dolo) a carico di un altro, dentro una logica di causalità. Inserire in questa dinamica la *respublica civitatis* alla stregua di seconda parte offesa, quando la cosa non aveva alcuna materiale evidenza, implicava un formidabile sforzo di astrazione⁽⁶⁵⁾. Implicava, in buona sostanza, la dislocazione del penale su di un piano più alto, svincolandolo dal mero ruolo paraprivatistico tutto orientato sul danno e sul suo risarcimento, per assegnargli un vero compito ordinamentale. Un ordine penale pubblico in cui un diritto di punire si affiancasse ai diritti di rivalsa propri del privato: ripristinando con ciò la funzione classica dell'ordinamento punitivo,

⁽⁶⁵⁾ Di 'astrazione formidabile' parlò, appunto Ludovico Zdekauer, a proposito del Comune di Siena, che nel *Liber census et liber memorialis offensarum* (il cosiddetto "Memoriale delle offese", del 1223-24) si rappresenta come *persona offesa* dalla inosservanza del *Constitutum senense de facto bladi*, da parte di alcune comunità del suo contado (ricordato in M. ASCHERI, *Statuti, legislazione e sovranità: il caso di Siena*, in G. CHITTOLINI, D. WILLOWEIT (a cura di), *Statuti città territori in Italia e Germania tra Medioevo ed Età moderna*, Bologna, 1991, p. 151). Ma nel caso senese, l'offeso era proprio il Comune, e non "il Comune, in quanto era stato offeso qualcun altro".

che è prima di tutto quella di *clipeus reipublicae*, come recitava il *Codex*, e solo in conseguenza di ciò, quella di *ultor uniuscuiusque civis*.

La dottrina lavorerà per ben più di un secolo ancora intorno all'emancipazione della dimensione penale dell'ordine giuridico, appoggiandosi alla prassi e sublimandola in teoria giuridica, attraverso un uso argomentativo di valori e principi ⁽⁶⁶⁾. Il modello della persecuzione penale dell'alto criminale (crimini di infedeltà politica, latrocinii, crimini nefandi) scolorerà in basso, estendendo la legittimazione a colpire *criminaliter* anche ad altre numerose infrazioni *olim* transigibili, e ciò su di un duplice presupposto: la *disobbedienza*, risultato di una *infidelitas* che provoca l'offesa alla città, e la *turbativa dell'ordine* che comunque deriva dal delitto, sentito e definito come 'discordia civium'.

Tutto su questo punto si costruisce, e su di un altro come dirò si appoggia, il caso giudiziario originato dal ferimento, seguito da morte, di una *domina Cecilia* abitante a Passignano, sul lago Trasimeno, avvenuto nell'aprile del 1287 ⁽⁶⁷⁾. L'omicida è Giacopuccio Dati che ha commesso il fatto di notte, con un coltello vietato ('magno, acuto, fraudoloso et malitioso') nella stessa casa dell'uccisa. Questione ordinaria, come tante. Se non che il Capitano del Popolo di Perugia apre un'*inquisitio* ('nemine accusante, nisi fama') contro Giacopuccio « ... et item contra communem et homines [...] dicte ville [...] pro eo quod non ceperunt dictum Iacopotium homicidam et [...] pro eo quod eum non duxerunt et non dederunt Potestati vel Capitaneo vel eorum iudicibus, secundum quod facere debent et

⁽⁶⁶⁾ In questa direzione, e dentro questa metodica, starà ancora, per esempio, il *Tractatus de maleficiis* di Angelo Gambiglioni, pubblicato per la prima volta nel 1438. Solo la superiore dottrina penalistica cinquecentesca (Ippolito Marsili, prima di tutto, ma anche Claro, e poi il grande Deciani) riuscirà, grazie alla pienezza conseguita da un pensiero penalistico ormai maturo ed anche accademicamente legittimato, a rovesciare il rapporto con la prassi. Nel senso che dopo essersene nutrita per accreditarsi e crescere, la nutrirà a sua volta per conferire ad essa ordine e legittimazione.

⁽⁶⁷⁾ Il caso Giacopuccio, come ho già ricordata, è stato pubblicato da O. MARINELLI MARCACCI, *Liber inquisitionum del Capitano del Popolo di Perugia*, cit., pp. 34-44, e finemente commentato, sia pure sotto profili diversi (ma connessi) da quelli da me evocati nel presente passaggio del mio ragionamento, da S. CAPRIOLI, *Evoluzione storica della funzione d'accusa*, cit., spc p. 38 ss.

tenentur secundum formam statutorum [...] communis et populi Perusii ».

C'è un' inosservanza degli statuti perugini ⁽⁶⁸⁾: disobbedienza, dunque, ed infedeltà, ma anche disordine e ostacolo alla giustizia. Questo è il punto di costruzione del processo alla comunità di Passignano che non ha catturato Giacopuccio, non l'ha neanche denunciato, ha lasciato trascorrere tempo e si è fatta sostituire dalla *fama* del fatto, giunta comunque a Perugia, seppure troppo tardi.

Il punto di appoggio è in tutta evidenza un altro: mentre Alberto da Gandino scrive (e qui il turno di tempo è proprio lo stesso) che ormai tutti i giudici dei podestà, di fatto e per prassi, 'de quolibet maleficio cognoscunt per inquisitionem ex officio suo', a Perugia si era già stabilito da tempo un obbligo di denunciare e far perseguire (e quindi, per il giudice, di procedere) la cui violazione costituisce reato o, diciamo meglio, comporta irrogazione di pena *applicanda fisco*. Si trattava di un omicidio, un reato dunque soggetto ordinariamente al procedimento *per accusationem*. Nell'inerzia degli interessati, o in loro assenza — si poteva dire — avrebbe potuto *concorrere* l'iniziativa pubblica, sempre per la nota ragione per cui non è bene che i delitti restino senza punizione. Invece lo statuto *obbliga* alla *sola* iniziativa pubblica, non fa parola di *accusationes* da parte dei *proximi* della vittima, impone *sub poena* di attivare la giustizia perugina, che consisterà nell'*inquisitio* di un giudice al quale l'autore deve essere consegnato. Qui, nella Perugia della seconda metà del secolo XIII, quanto agli omicidi ed agli altri *maleficia* ⁽⁶⁹⁾, le questioni della duplice via di accesso al processo

⁽⁶⁸⁾ Il Cap. 327 dello *Statuto del Comune di Perugia del 1279*, cit., pp. 310-11, minaccia pene pecuniarie a quel « castrum vel villa, ubi factum fuerit homicidium, si non ceperint homicidam ». Più precisamente dice che « Si aliquis fuerit occisus in aliquo castro vel villa comitatus et districtus Perusii, homines illius castri vel ville, ubi factum fuit maleficio homicidii seu homicidium, teneantur capere homicidam vel homicidas, et ducere et dare potestati et capitaneo vel eorum iudicibus [...] Item homines castri vel ville teneantur predicta maleficia potestati et capitaneo denunciare, ad quartum vel intra quartum diem postquam maleficio fuerit commissum ».

⁽⁶⁹⁾ Lo stesso Cap. 327 citato qui sopra, in fine, determina che « Si aliquod maleficio factum fuerit in civitate seu districtu Perusii, teneantur homines vicinantie vel contrate vel parochie, seu castri vel ville, concurrere ad rumorem et dare operam bona fide ad iuvandum offensos *et capiendo malefactores* ». Si tratta principalmente di un

penale, della scelta tra accusa e inchiesta, del potere del giudice o di quello della parte offesa, sembrano risolte ad esclusivo vantaggio di un iter inquisitorio necessario, impedendo o non favorendo il quale si cade nell'omissione punita di atti dovuti. La *respublica civitatis* qui ha preso forma concreta: non si tratta più di un'astrazione difficile da cogliere, ma di una realtà che sembra del tutto acquisita: i *maleficia* offendono la *civitas*, ed è per questo che i cittadini sono tenuti nei termini in cui lo statuto li obbliga.

Ma torniamo ad Alberto da Gandino ed alle sue riflessioni sulla *transactio* e sulla pena, sull'offesa alla vittima e su quella rivolta alla comunità. Il passo di Paolo ⁽⁷⁰⁾ sul quale Alberto appoggia i suoi sillogismi, sembra reggere bene l'*argumentum*. La coppia concettuale rappresentata nella *utilitas privatorum* da un lato, e nel *vigor publicae disciplinae* dall'altro, è più che sufficiente a sostenere l'esistenza di un soggetto offeso duplice e, quindi, la duplicità della soddisfazione che si invoca. Si inserisce dunque qui, nella commistione di una doppia e diversa domanda di 'risarcimento', l'ultima questione teorica insinuata nel complesso ragionamento di Alberto da Gandino: quella che riguarda il formato giuridico dell'accusa.

Se l'argomento della città offesa serviva a giustificare la necessità di procedere, da parte del giudice, anche in presenza di una transazione e di una *pax*, in ragione della necessità di pervenire alla pena per risarcire l'offesa subita dalla *respublica civitatis*, il duplice formato giuridico dell'azione serve a ribadire l'idea che quella *respublica* è attore legittimato ogni volta che si tratti di agire *ad vindictam publicam*. Rispetto ad una *iniuria* si può infatti agire *civiliter aut criminaliter*. Se si agisce *civiliter* si mantiene interamente la padronanza dell'azione promossa, che può essere revocata *dissimulatione* (cioè, nella *quaestio* gandiniana, tenendo un comportamento remis-

obbligo di soccorso, ma vi si insinua un principio di azione pubblica necessaria (il *malefactor captus* andrà consegnato ai giudici del Podestà o del Capitano), per tutti i *maleficia* che si commetteranno a Perugia o nel suo contado.

⁽⁷⁰⁾ D.39.4.9.5: Quod illicite publice privatimque exactum est, cum altero tanto passis iniuriam exolvitur. Per vim vero extortum cum poena tripli restituitur: amplius extra ordinem plectuntur: alterum enim utilitas privatorum, alterum vigor publicae disciplinae postulat.

sorio, che fa presumere obliterata l'offesa, in ragione di *acta subsequencia*), ovvero *verbis, vel pacto*.

La *quaestio* era posta nei termini: « Sed quid, si tibi feci iniuriam et postea bibisti et comedisti mecum? » (71): se l'azione mossa dall'offeso in ordine a quell'*iniuria*, avesse assunto un formato civile, il suo comportamento susseguente avrebbe avuto il valore di una remissione *nuda voluntate*, perché il fatto di 'bibere et comedere' era di per sé in grado di rappresentare insieme perdono e rinuncia a qualsiasi rivalsa. Solo una dichiarata riserva in contrario avrebbe potuto lasciare in capo alla vittima il diritto di agire per un risarcimento 'in sede civile'.

Ma se l'azione avesse assunto un formato penale (cioè se l'offeso si fosse mosso *criminaliter, quod fieri potest*), allora si sarebbe implicata la funzione pubblica, perché nella logica criminale — fatti salvi gli aspetti risarcitori — quel che l'attore domanda è una pena, e la pena, *quae debet imponi, applicanda est fisco*. Il soggetto pubblico, così coinvolto, acquisisce un diritto non gestibile da altri che da lui, e certo non più avocabile (*non tollitur*) da parte di chi ha pur messo in moto il procedimento.

Due profili, dunque, uno a padronanza privata, l'altro a gestione pubblica, entrambi finalizzati secondo una logica razionale e plausibile, che si completano in un disegno che mira ad armonizzare i fini passando attraverso una divisione dei compiti. Dall'interno di un interesse privato e particolare, emerge un profilo immateriale (oggi potremmo dire simbolico) che va a costituire la base del *publice interest* e del dovere pubblico — l'*officium* — che ne deriva. La violazione di diritto si separa dalla lesione del bene ed il bene leso si divarica secondo due distinte logiche che danno vita a due differenti aspetti: quello *materiale*, concretamente apprezzabile, che appartiene alla vittima, e che deve essere compensato; quello *immateriale*, politico, che appartiene alla *communitas* — o alla *civitas* — e che deve essere retribuito con la pena. Un'astrazione, come si vede. Il che accade ogni volta che il giuridico opera un salto di qualità, o si pone ad una decisiva svolta nella storia del suo progredire sulla via

(71) ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *De transactione et pace in maleficiis faciendis*, ed. H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., II, *Die Theorie*, pp. 194-95.

dell'adesione alle esigenze nuove delle società che crescono complicandosi. Un'astrazione risolve un problema politico nato dalla complessità, e lo fa 'costituendo' la base, ovvero il presupposto, della soluzione, in modo tale che essa — la soluzione — non potrà essere che giuridica.

Con un atto di mera creazione politica viene presupposta la *res publica civitatis* in quanto soggetto portatore di interessi che possono essere 'penalmente' lesi — il che vuol dire in larga misura 'astrattamente' lesi: *idest* in conseguenza di un mero atto di disobbedienza agli ordinamenti — e quindi puniti. Cosa che realizza, come ho già detto, un'ulteriore astrazione: quella di far riposare *nella pena per il reo* il risarcimento per la città.

Due equilibri vengono così ristabiliti in ordine a due offese. È il formato penale dell'accusa che consente di raggiungere questo risultato, fondando l'idea che seppure l'offesa riguarda un soggetto particolare, il potere-dovere di rispondere concerne la potestà pubblica, l'unica che possa/debba farsi carico di entrambi i profili dell'offesa, partendo dalla *violazione*, assunta come presupposto della lesione. Il formato penale al quale deve conformarsi l'accusa produce un rovesciamento del rapporto tra la violazione e il danno: bisogna ora riconoscere la violazione per riparare il danno, invece che verificare il danno (se c'è, se è stato indennizzato, composto, riparato, soddisfatto, oppure no) per poi procedere a punire la violazione.

La soluzione fisiologica di un conflitto da crimine sembra proprio la coesistenza di una *composizione* (con risarcimento) e di una pena pubblica: lo schema, in nuce, del moderno diritto penale e della logica del processo moderno.

“TORMENTUM IDEST TORQUERE MENTEM”.
PROCESSO INQUISITORIO E INTERROGATORIO
PER TORTURA NELL’ITALIA COMUNALE

1. In una discussione ⁽¹⁾ che ha per oggetto « La parola [che

⁽¹⁾ Conservo volutamente lo stile discorsivo del mio intervento, per non togliere a questo contributo uno dei segni delle sue intenzioni interlocutorie.

Trattandosi poi di riflessioni intorno a temi ormai ben noti e storiograficamente consolidati, limiterò al minimo indispensabile il consueto apparato riservato alle note. Al lettore basterà sapere che sul mio tavolo, mentre preparavo la relazione di Erice, oltre all’opera fondamentale di P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, 2 voll., Milano 1953-1954, c’erano: il vecchio buon G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, nella *Storia del diritto italiano*, dir. da P. Del Giudice, Milano 1925-1927, vol. III^o, insieme ad altri due classici come A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu’à nos jours*, Paris, 1882 (ed. anast., Frankfurt a.M. 1969), e H. C. LEA, *A History of the Inquisition of the Middle Ages*, New York 1887; gli studi di J. H. LANGBEIN, *Prosecuting crime in the Renaissance*, Cambridge Mass. 1974, e *Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago-London 1977; quelli di R. C. VAN CAENEGEM, *La preuve dans le droit du moyen âge occidental*, in *Recueils de la Société J. Bodin pour l’histoire comparative des institutions*, Bruxelles 1965, vol. XVII; F. TOMAS Y VALIENTE, *La tortura en España. Estudios históricos*, Barcelona 1973; J. C. WELLING, *The Law of Torture. A Study in the Evolution of Law*, Washington 1982; E. PETERS, *Torture*, Oxford-New York 1985; i libri di F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Bari 1981; *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Bari 1985; *Guida alla procedura penale*, Torino 1986; quello di V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell’imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano 1971, e la voce di G. ALESSI, *Processo penale (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1986, vol. XXXVI.

Chi volesse consultare bibliografie recenti in materia di tortura e *inquisitio*, potrebbe riferirsi, per la prima, a E. PETERS, *The Magician, the Witch and the Law*, Philadelphia 1978, append. I: *Res fragilis. Torture in Early European Law*; per la seconda, ancora a E. PETERS, *Heresy and Authority in Medieval Europe*, Philadelphia 1980.

viene data] all'accusato », a me tocca il compito di ragionare sulla parola che gli viene *presa*. Riflettere, cioè, sull'interrogatorio per tortura (senza per questo produrre un ennesimo titolo sulla tortura giudiziaria) ⁽²⁾ seguendo le linee di una ricostruzione che valorizzi in primo luogo, nel processo, la presenza della *parola*.

Prenderò in considerazione principalmente il nesso esistente tra la concezione della giustizia propria di una data società politica (e civile), e gli strumenti processuali escogitati per realizzarla. In questo quadro, il dilagare del principio inquisitorio, che prende l'avvio alle soglie del XIII secolo, mostrerà quanto sia decisivo per la giustizia il fatto che l'accusato *parli contro se stesso*.

È in questa area politico-culturale che si forma un punto di intersezione nel quale trova il suo posto l'interrogatorio per tortura. Bisognerà allora svolgere qualche considerazione sul senso, e sulla ubicazione culturale, logica e antropologica, della tortura giudiziaria, che è per l'appunto lo strumento capace di *extorquere verba confessionis*. Si tratta, come si sa, di un mezzo minuziosamente disciplinato. Regole, forme e condizioni della *quaestio per tormenta*, sottoposte ad analisi particolarmente angolate, potranno forse consentirci di cogliere altri aspetti del suo complessivo significato. Esse rappresentano infatti il risultato di un lungo ed accurato lavoro di formalizzazione svolto dai giuristi di scuola, fin dalle prime esperienze della glossa. Ed è ragionando sul senso di quel lavoro che sarà possibile constatare, scovandovi paradossali esiti teorici, come anche lo *ius tormentorum* sia iscritto tra i prodromi storici di alcuni capisaldi della civiltà giuridica contemporanea.

Peraltro, la parola che si strappa all'accusato non ha, per così dire, soltanto forma verbale. Dalle circostanze dei fatti e nel corso degli interrogatori possono emergere frammenti di realtà, verità provvisorie, *fumi et odores*, vacillazioni o trepidazioni capaci di

(2) Bisogna riconoscere che, a 35 anni dalla sua pubblicazione, l'opera di Piero Fiorelli ha ancora il potere di rendere del tutto superflua una simile impresa. In quei due volumi l'istituto della tortura giudiziaria è ricostruito in ogni suo pensabile dettaglio e valutato con grande sensibilità ed equilibrio. Allo stesso tempo, le fonti messe in opera sono tutte quelle che sarebbe comunque possibile mettere in opera. Rinvio dunque fin d'ora, ed una volta per tutte, al lavoro di Fiorelli per ogni questione che riguardi regole e forme della tortura giudiziaria, che darò comunque per sostanzialmente conosciute nel corso dell'esposizione.

indicare ipotesi da coltivare o direzioni da prendere: anche gli indizi hanno la loro eloquenza, ed una raffinata teorica ne avrebbe elaborato un significativo statuto. Allo stesso modo, l'inflizione del dolore insopportabile non è il solo mezzo per l'eruzione degli indizi verbali: una consumata arte dell'interrogare può conseguire risultati altrettanto validi, e talora più ricchi, torcendo lo spirito dell'accusato, o entrando suo malgrado nei recessi della sua mente.

Questa, dunque, la prospettiva: che l'accusato parli, e che parli contro se stesso. Ciò potrà avvenire, in modo mediato, se il reo verrà *vinto*, schiacciato sotto il peso degli indizi, delle contraddizioni, delle ammissioni implicite, delle prove altrimenti raccolte. Oppure *per verba confessionis*, dopo che la battaglia processuale si sarà spostata nel luogo dei tormenti, e dopo che si sarà consumata ritualmente la lunga cerimonia che comincia con la *territio* e si chiude con la ratifica.

2. Accanto a quella del giurista di scuola, viene in campo anche la figura del giudice inquirente. È essenziale, in questo quadro, che egli abbia scienza, esperienza e combattività all'altezza del suo compito, e meglio sarà se la sua abilità gli consentirà di fare a meno degli strumenti. Se poi essi dovessero rendersi necessari, egli non dovrà dimenticare che, essendo la tortura *fragilis et periculosa res, et fallens veritatem* ⁽³⁾, ciò che con essa si cerca (le parole della confessione) non dovrà essere messo avanti a ciò che essa è: un rito formale, cioè un insieme di rigorose regole tassative. Questo impone, dal punto di vista dei giuristi, che nessun obiettivo pratico possa essere considerato tanto importante da giustificare o compensare la violazione, formale o sostanziale, delle norme che disciplinano il mezzo.

Di fatto, come sappiamo, le cose andarono spesso diversamente. La tortura, trattata correntemente come un oggetto unitario, era in realtà sdoppiata in questa sua contraddizione. E si può forse dire che la tortura espeditiva e trionfalistica della pratica ha finito per gettare un po' della sua pessima luce su quella prudente e riluttante del

⁽³⁾ L'espressione è ulpiana, e quasi tutti i giuristi la riprendono. Io cito da F. BRUNI, *Tractatus de indicis et tortura* (1495), nel *Volumen... omnium tractatum criminalium...*, ediz. F. M. Passeri, Venetiis 1556: 2, 6, n. 1.

pensiero giuridico. Ma questo è un punto molto delicato, e sarà meglio tornarci a suo tempo.

Ne crimina remaneant impunita.

1. Nel corso del XIII secolo, nelle città italiane prende definitivamente piede un processo penale di tipo inquisitorio. La questione è pacifica, perché abbondantemente comprovata nelle pratiche di giustizia, registrata nelle fonti statutarie e confermata dalla dottrina giuridica. Il nuovo modello succede, ma senza rimpiazzarla interamente, ad una composita prassi processuale precedente, che solo convenzionalmente può essere detta « accusatoria », e che, nel lasciarsi sostituire, sopravvive tuttavia per alcuni aspetti. Man mano che procede il suo riflusso, essa abbandona sul terreno alcuni detriti (elementi ordalici, residui talionici, spazi riservati alla rivalsa della vittima) che si incorporano in parte nel nuovo sistema, e in parte lo affiancano, accompagnandolo per molto tempo.

L'avvento dell'inquisitorio e la sua rapida diffusione nelle pratiche di giustizia delle città italiane, non sono estranei al profondo mutamento che tra l'XI e il XIII secolo trasferisce poteri dalle campagne alle città, portando all'affermazione del Comune come nuovo soggetto politico. Questo nesso non è stato adeguatamente rilevato dalla storiografia giuridica classica ⁽⁴⁾. Si è guardato soprat-

(4) È probabile che essa abbia pagato, per così dire, uno scotto metodologico. Orientata a studiare la giustizia penale per istituti, come terreno separato, e da un punto di vista prevalentemente tecnico, ha finito per lasciare in ombra ciò che della giustizia è oggetto e fine. In particolare, sono stati trascurati la qualità e l'andamento del fenomeno criminale nelle città (la cui esistenza e virulenza, peraltro, sono da tempo note), come se la strumentazione e l'azione della giustizia penale non fossero in gran parte una loro funzione. Così, mentre era per tutti chiaro il legame tra processo inquisitorio canonico ed emergenza ereticale (anche grazie al fatto che quel legame è dichiarato nella legislazione ecclesiastica), non si è adeguatamente valorizzato il rapporto esistente tra l'inquisitorio delle città e la criminalità urbana. Impedendosi in tal modo di vedere che il processo inquisitorio, come mezzo di iniziativa pubblica ed occasione di dispiegamento della forza, man mano che dava risultati diventava sempre di più uno strumento essenziale — anzi, una delle condizioni — del consolidamento del potere politico comunale.

Coglie invece molto bene una parte di queste dinamiche Franco Cordero quando, affrontando l'affermarsi del metodo inquisitorio chiama in causa i referenti economici, ideologici e culturali dei nuovi ceti urbani e sottolinea, per un altro verso, le virtù

tutto all'influenza del processo romano-canonico, precocemente operante in ragione dell'emergenza ereticale, o ai risultati della riflessione dei giuristi sui principi processuali del diritto romano. Ma è ormai pacifico che la dottrina abbia subito come realtà *de facto* lo stabilirsi del processo *per inquisitionem iudicis ex officio suo* ⁽⁵⁾. Così come è da tempo evidente che gli stessi statuti che iniziano a consentire o a disciplinare la tortura, non fanno altro che ratificare una situazione già in atto ⁽⁶⁾. Ma andiamo per ordine.

2. Il processo *per inquisitionem*, innova soprattutto su di un punto: sottrae ai privati (cioè, di norma, alla vittima o ai suoi *proximi*) il ruolo di protagonisti nella giustizia criminale, per consegnarlo al potere pubblico. Cancella (gradualmente, e talora consentendo sconcertanti contaminazioni) ⁽⁷⁾ ordalie, vendette, duelli,

pratiche del nuovo modello (*Guida*, cit., pp. 43 sgg.; meno distesamente, ma con riferimento alle necessità dello Stato, in *Riti e sapienza*, cit., pp. 353 sgg.). Cordero non implica apertamente nel suo ragionamento il fattore politico, preferendo piuttosto valorizzare visioni del mondo, psicologismi, opzioni culturali; questo lo induce talora, avrebbe detto Giovanni Tarello, «ad abbandonarsi al desiderio di estrarre troppe ideologie dalle singole formulazioni» ed a qualche retrodatazione di eventi futuri.

⁽⁵⁾ Ha certamente questo senso la famosa osservazione di Alberto da Gandino che, alla fine del Duecento, ci fa sapere che i *giudici dei podestà* avevano ormai adottato la prassi di «conoscere ex officio suo per inquisitionem» (la discute, da ultimo, F. CORDERO, *Guida*, cit., p. 47). Del resto, oltre a dirci «... ita vidi communiter observari, quamvis sit contra ius civile» (*Tractatus de maleficiis*, ed. Kantorowicz, Berlin u. Leipzig 1926: *Quom. de malef. cognoscatur per inquisit.*, n. 6, post med.), Alberto ci ricorda esplicitamente che i giudici «ita servant de consuetudine»: observantia, consuetudo, espressioni che vogliono significare l'emersione di una pratica. Il giurista di scuola arriva *post festum* e fa la sua parte: che è quella di far riconfluire nell'*unum ius* sia le prassi che le norme statutarie, interpretandole *secundum ius commune*. È un'operazione politica e culturale il cui senso è ormai acquisito dalla storiografia giuridica dell'età comunale.

⁽⁶⁾ «Si può dire anzi per certo che le prescrizioni legislative in materia vengono fuori a cose fatte: rappresentano, a dir molto, un termine *non post quem*». (P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, cit., I, p. 84).

⁽⁷⁾ Non è raro il caso, per esempio, che un processo in stadio già avanzato di istruzione, avente per oggetto crimini anche molto gravi (poniamo un omicidio), si concluda — tagliando fuori il giudice che l'aveva iniziato e condotto — con una composizione tra l'autore ed i parenti della vittima. L'omicida viene scarcerato e l'affare chiuso. Restando in argomento, A. PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata nel pensiero dei legisti bolognesi*, in *Studia Gratiana [Mélanges G. Fransen]*, XX, 1976, pp. 271-287, dà conto della discussione che, nel corso del XIII secolo, si svolge tra giuristi sulla

composizioni private. Inserisce l'*officium*, e cioè il dovere di un funzionario politico, nel punto decisivo della liturgia processuale (l'avvio, la prima indagine). Infrange, così facendo, il presupposto della giustizia patteggiata di tipo feudale che non può non considerare la figura pubblica (se è veramente tale, e cioè non chiamata, non delegata e non arbitrare) inopportuna perché intrusa e, in quanto pubblica, infida. Quel che più conta, però, è che l'avvento dell'inquisitorio rifonda, in un certo senso, la natura stessa della giustizia, cambiando di segno l'imputazione dell'*interesse*. Perché la ragione del punire trasmigra dall'*interest alicui*, in base al quale viene perseguito l'autore di un'offesa, all'*interest civitati ne crimina remaneant impunita*. Cosa che, a ben guardare, non implica solo un mutamento di centro, ma determina una rivoluzione di prospettiva, ponendo nel fine *la punizione* (dovere pubblico che comporta diritti pubblici) e non la soddisfazione o il risarcimento; essi conservano, è vero, un loro spazio processuale, ma si tratta di uno spazio subordinato ed accessorio.

3. L'obiettivo immediato sembra quello di meglio garantire l'ordine pubblico: l'ordine nella città. Non si tratta soltanto di *pax publica*, ma anche di credibilità (autorità) del potere politico cittadino. La giustizia torna ad essere uno dei criteri di misurazione della efficacia del potere di governo. Esercitare concretamente la funzione punitiva, e cioè produrre colpevoli, e possibilmente colpevoli *veri*, senza riguardi e discriminazioni, diventa sempre di più elemento di legittimazione e stabilizzazione del potere politico. In questo preciso senso Alberico da Rosate, che di logiche comunali era espertissimo, ripeteva il motto tomistico « Iustitia est anima civitatis »⁽⁸⁾. Con le stesse intenzioni altri ricordavano che instabilità e disordini nascono

possibilità che una pace privata possa precludere accuse di terzi o addirittura l'azione punitiva pubblica. Anche questa questione, come l'altra sulla affermazione del processo *per inquisitionem iudicis*, sembra chiudersi con l'opera di Alberto da Gandino: nessun accordo, egli afferma, può impedire la pubblica repressione del reato, *quia omnis delinquens offendit rem publicam civitatis*. Che è come dire: i delitti non rimangono impuniti.

⁽⁸⁾ ALBERICO DA ROSATE, *In primam Digesti Veteris partem Commentarj*, Venetiis 1535: *De iustitia et iure*, l. *Iustitia*, n. 5. Come quando l'anima esce dal corpo — aveva detto San Tommaso — questo marcisce e finisce nel nulla, così la città si corrompe-

dal fatto di non punire adeguatamente i delitti: « Nam per hoc datur audacia malis ad laedendum alios, ex quo seditiones, discordiae et inimicitiae sequuntur »⁽⁹⁾.

Valorizzare, tra gli altri fini del governo, quello di non lasciare impuniti i delitti, vuol dire rivendicare insieme tutte le prerogative della *iurisdictio*. Si va dal potere di dare inizio all'azione penale fino alla esecuzione della pena. In mezzo ci sono la raccolta delle prove (accertamenti, verifiche, ispezioni, interrogatori) e la decisione del giudizio (valutazione dei livelli di responsabilità, scelta della qualità e grado della pena). Tutto questo viene sancito come funzione pubblica e riservata (usurparla vuol dire lesa maestà cittadina), e viene posto in una logica di dilatazione, rafforzamento e preminenza della funzione inquisitoria. Oltre ai necessari *poteri* di intervento ed indagine, al giudice si accordano veri e propri privilegi: la segretezza degli atti (configurata più come un potere che come un obbligo), che gli accorda un notevole vantaggio nel conflitto processuale; l'estrema attenuazione delle prerogative della difesa; l'esercizio congiunto della funzione inquirente e di quella giudicante. Per non parlare dei giudizi privilegiati *ex qualitate delicti*, nei quali a tutto il resto si aggiunge la facoltà di procedere *summarie, sine strepitu advocatorum, sine figura iudicii*, quando non *ad horas*, o *ad modum belli*.

Verba veritatis.

1. L'aver messo nelle mani del giudice quasi tutte le carte che servono per vincere la partita può tuttavia non essere ancora sufficiente. La società comunale è strutturalmente conflittuale, ed al suo interno i poteri diffusi bilanciano quelli costituzionali, minacciandone continuamente la stabilità. I potentati familiari ed i partiti si reggono e si alimentano su logiche di clan e su pratiche di protezione che tendono inevitabilmente ad interferire con l'amministrazione della giustizia criminale. Si tratta di una interferenza che spesso vanifica o devia il corso della giustizia, facendo nascere quel *ludib-*

se la giustizia la abbandona. « Remota enim iustitia, quid sunt Regna, nisi latrocinia magna? ».

(9) N. BOHIER, *Tractatus de seditiosis*, nel *Volumen... omnium tractatum criminalium...*, ediz. F. M. Passeri, Venetiis 1556: *Et primo*, n. 4.

rium legis che tanto temono i giuristi, proprio perché ha il potere di distruggere la credibilità dei governanti.

La necessità di impedire che il colpevole di un delitto, specie se il delitto è grave e tale da mettere a rischio l'ordine cittadino, potesse sfuggire alla (giusta) punizione, aveva già determinato lo sgretolamento del sistema processuale detto *delle tre persone*. Concepito per la soddisfazione dell'offeso, quel processo iniziava solo per sua decisione. L'attore chiamava l'accusato davanti ad un giudice, magari anche lui un privato, il cui dovere era solo quello di porsi come terzo. « Dove l'accusa compete soltanto all'offeso, l'affare penalistico è lite privata »⁽¹⁰⁾, e dove l'affare penalistico è lite privata non v'è alcuna garanzia di *punizione* del colpevole. La stessa acquisizione delle prove finisce inevitabilmente per essere spinta sul terreno del *certamen*: in senso proprio, come in tutte le forme ordaliche, o nel senso figurato di una dialettica dell'accertamento dalla quale non è detto che esca la verità; perché nell'*actus trium personarum* il giudice ascolta, arbitra, compone, ma non è tenuto a muoversi e cercare.

2. Si inizia allora con lo spezzare il monopolio privato dell'accusa, dando dignità statutaria al ruolo del giudice (i comuni si preoccuperanno col tempo anche di assicurarsi buoni professionisti) e stabilendo, coi fatti, il principio *procedat iudex ex officio suo*.

Così facendo le tre persone diventano due: il giudice (che si prende anche la parte dell'accusatore) e l'accusato. In realtà, ed a ben guardare, è l'accusa che dilata enormemente il suo ruolo. Assume penetranti poteri (pubblici) di indagine, disegna un gioco processuale fatto su misura per sé, si dà le carte migliori e, al momento della decisione, va a sedersi sulla panca del giudice.

Ma notavo sopra che tutto questo potrebbe non bastare. La garanzia dei risultati viene cercata allora nel mezzo decisivo: l'ingresso della tortura nel processo inquisitorio riduce infatti ad una sola le tre persone che erano già state ridotte a due. Con l'uso della forza, l'imputato verrà chiamato a farsi accusatore di se stesso e ad identificarsi con i fini dell'inquisitore/giudice. L'*actus trium personarum* si trasforma nell'azione unitaria di una forza sola. Quel che

⁽¹⁰⁾ F. CORDERO, *Guida*, cit., p. 45.

resta dell'accusato è il *reus*: un oggetto (*reus da res*), o una *figura ficta*, praticamente senza voce, che nel combattimento processuale ha contro tutti e tre i protagonisti, compreso l'altro se stesso che agisce, come gli altri due, da accusatore.

3. Della chiave politica di questa operazione ho lungamente detto ⁽¹¹⁾. Quella ideologica sta invece nella giunzione di due petizioni di principio: *a)* che esista sempre, e per ogni caso, un *locus veritatis*; unico fine del processo diviene perciò quello di attingere la *verità* (dei fatti, delle intenzioni): nessun prezzo può allora considerarsi troppo alto quando serve a pagare la conquista della *verità*; *b)* *interest reipublicae*, ma rappresenta anche un imperativo morale, che i delitti non restino impuniti; la loro punizione è scopo così alto da rendere irrilevante la quota di violenza legittima eventualmente necessaria per assicurarla.

Se la natura argomentativa della verità (direi quasi la sua essenza stipulativa, il suo carattere convenzionale) viene mutata in presupposto teologico ⁽¹²⁾, fine dogmatico e criterio operativo, si capisce perché il principio inquisitorio diviene il centro di ogni cosa. Si capisce anche come esso possa essere praticato nel suo versante intimidatorio e fraudolento, senza che si producano lacerazioni tecniche nel processo né, tanto meno, remore o imbarazzi nei giudici che lo conducono. Si capisce, infine, perché in esso rigermini con tanta naturalezza, con l'ineluttabilità suggerita dal suo avvento *de facto*, l'interrogatorio *per tormenta*. Sarebbe nato organicamente, è

⁽¹¹⁾ Bisogna aggiungere che il nuovo processo si impone anche perché risponde assai meglio del vecchio all'interesse dei privati: all'accusa succede la querela, che è un modo di chiedere che sia il giudice a muoversi e procedere. Lo sgravio d'oneri e la promessa di risultati compensano largamente i nuovi soggetti cittadini di ogni ipotetica perdita di prerogative. Tanto più che in materia di onore, rivalse e vendette, duelli, paci, indennizzi e transazioni, non tutto va perduto: qualcosa rimane incistato nel nuovo sistema; qualcos'altro si rifugia nel costume, come pratica giuridicamente riprovata ma legittimata socialmente, almeno fino a quando mantiene vitalità.

⁽¹²⁾ Nella piuttosto deludente voce *Tortura* pubblicata nella *Enciclopedia Einaudi*, XIV, Torino 1981, p. 365, C. Bologna indica nel «... presupposto tutt'altro che 'laico', anzi radicalmente 'teologico' (che cioè la ricerca della verità fosse la ricerca di un luogo, di uno spazio segreto da forzare e violare)», il fondamento delle norme e delle pratiche della tortura.

stato detto, anche se fosse stato ignoto al diritto romano: lo portava con sé l'apparato inquisitorio ⁽¹³⁾.

Stanti queste premesse, è cosa del tutto conseguente che l'accusato sia tenuto a dire quel che sa, quanto ai fatti e quanto a sé. E se è tenuto, è bene che venga persuaso a farlo, se necessario forzato, e se non basta costretto ⁽¹⁴⁾. Il suo ruolo, che è poi il suo dovere, è quello di *parlare*, nel senso stretto e letterale del termine: il comando che gli intima di ammettere questo o quello è lo stesso che gli ordina di dire genericamente quanto sa: che parli, che dica la verità ⁽¹⁵⁾. Il giudice interrogherà principalmente per avere *verba confessionis*, molto più che per trovare indizi, dati, o prove con cui convincersi. Domanderà e ridomanderà, facendo lunghi giri, perché gli accusati rispondano e dicano ⁽¹⁶⁾, anche di cose che credono irrilevanti per la causa: finché da tutte le loro parole possano essere condotti al punto di non poter negare ciò che non vogliono ammettere ⁽¹⁷⁾.

L'ossessione per la parola fa nascere il fantasma del *taciturnus*. C'è chi sotto tortura non dice nulla: resistenza fisica, patologie traumatiche, o magari saldezza morale, rendono possibile il caso. Si pensa a sortilegi e incantamenti (è il *maleficium taciturnitatis*) e si

⁽¹³⁾ F. CORDERO, *Riti e sapienza*, cit., p. 411.

⁽¹⁴⁾ L'obbligo di rispondere (dicendo il vero, anche *contra se*) alle domande del giudice, che implica la possibilità di costringere con i tormenti chi non lo fa, implica anche, in quel contesto, l'inconcepibilità della presunzione di innocenza e l'immanenza della presunzione contraria. Come si può vedere, e come avrò modo di ripetere più avanti, nella coppia *deve parlare/ha il diritto di tacere* sta scritto gran parte del cammino della civiltà giuridica.

⁽¹⁵⁾ « Declàrese, diga la berdad »: è l'ossessivo comando, ripetuto una infinità di volte, nei verbali di interrogatorio sotto tortura pubblicati in F. TOMAS Y VALIENTE, *La tortura en España*, cit., pp. 19 sgg.

⁽¹⁶⁾ « Et omnes responsiones, et verba, quas et quae rei dixerint in tortura, per extensum scribi debent per notarium », raccomanda, come tutti, F. CARTARI, *Theoricae et praxis interrogandorum reorum libri quatuor*, Venetiis 1590: IV, 1, n. 82.

⁽¹⁷⁾ « Non ita statim de eo, quod in iudicium venit, et substantialiter extorquendum est, reos, qui inviti verum dicturi sunt, iudex interrogare debet, sed *aliquo circuitu* ad id perveniendum est, et ita *longe interrogatione* repetita. Respondebunt enim quae nocere causae non arbitrabuntur, ex quibus deinde, quae confessi erunt, eo perducerentur, ut *quod dicere non volunt, negare non possint* » F. CARTARI, *Theoricae et praxis interrogandorum reorum*, cit., III, 1, n. 50.

escogitano difese e rimedi ⁽¹⁸⁾, perché è assolutamente intollerabile l'idea che non vengano parole dal tormento del reo.

Il passo successivo vuole poi che il reo, parlando, parli contro di sé, accusandosi. Pretesa empia, avrebbero detto secoli dopo i *philosophes*, perché contraria alla natura degli esseri umani. Pretesa ovvia, nella logica inquisitoria che ha saldato insieme *veritas* e *bonum generale*: all'accusato tocca di fare la sua parte, che è quella di proferire i *verba veritatis* ⁽¹⁹⁾.

Per portarlo dalla propria parte, mettendolo contro se stesso, il giudice piegherà la sua mente: « Tortura, sive tormentum, dicitur quasi torquens mentem, quia per cruciatum corporis mens quoque torquetur » ⁽²⁰⁾. Paolo Grillandi dice che l'immagine gli viene da Nicolò dei Tedeschi, ma prima di lui l'aveva già usata Bonifacio dei Vitalini nelle lezioni di Avignone e, prima ancora, Giovanni d'Andrea. Si risale dunque, come è giusto, agli inizi del Trecento, per arrivare poi fino alla fine del Seicento, quando Ludovico Sinistrari comprenderà nel concetto di tortura tutto ciò che *torquet animum*, facendo l'esempio della gogna ⁽²¹⁾.

Il processo, così squilibrato, perde la qualità dialettica che dovrebbe essere connaturata al *iudicium*. Diviene piuttosto uno strumento di stampo notarile, destinato a certificare come realtà storiche le congetture iniziali del giudice. Non serve, come dovrebbe, a produrre verità processuali, figlie della ricerca, della discussione e quindi del libero convincimento. Serve invece ad appurare una verità insieme assoluta e paradossale, la più artificiale e convenzionale di tutte, grazie ad un rito violento nel quale il reo,

⁽¹⁸⁾ P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, cit., I, pp. 217 sgg.

⁽¹⁹⁾ « È possibile affermare che la pratica della tortura corrisponde ad un procedimento nel quale non sia ammissibile imputato *taciturnus*. Essenzialmente, infatti, la tortura è costrizione della parola. Il "gioco" di questo tipo di processo non sarebbe recitabile se l'imputato non prendesse la parola » (M. CACCIARI, *Tortura e pentimento. Il « gioco » inquisitorio*, in *Politica del diritto*, XIII, 1982, n. 2, p. 166).

⁽²⁰⁾ P. GRILLANDI, *Tractatus de quaestionibus et tortura* (1523 ... 1534), nel *Volume... omnium tractatum criminalium...*, ediz. F. M. Passeri, Venetiis 1556: 1, n. 3.

⁽²¹⁾ P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, cit., I, p. 189. Non si può fare a meno di notare come queste immagini, e l'idea sofisticata che trasmettono, nascano in ambiente ecclesiastico ed abbiano una *sedes materiae* canonistica.

forte della autorità che gli viene dalla presunzione che lui sappia, dichiara che quello che pensa il giudice è vero.

Ben diverso il principio ispiratore quando il giudice, invece che ottenere un attestato, deve effettivamente maturare una convinzione libera quanto a sé, decisiva per gli altri. In questa prospettiva c'è una *ricerca* di qualità più elevata: il giudice non deve trovare la verità nascosta, ma deve convincere se stesso. La ricerca, allora, non sarà ricerca di qualcosa che sta da qualche parte (la « verità », nella testa dell'accusato), ma *critica*, e cioè vaglio, confronto, crisi, e necessità di convincere gli altri, motivando. In questo senso la sentenza moderna è *moderata* dall'uditorio, non *avvalorata* da una « invenzione » della verità fatta della somma di due presunzioni, una ingenua, l'altra astuta.

La presunzione ingenua, nella *quaestio per tormenta*, sta nel dare per scontato che la verità sia custodita dal paziente. Quella astuta consiste nel concludere che, se il paziente non la confessa, vuol dire che gli è sfavorevole. *Exquirere veritatem e reos detegere*, dirà con apprezzabile franchezza Gabriele Verri, *est unum*: è la stessa cosa. È giusto quindi, ed utile, non lesinare i mezzi che obbligano a scoprirsi chi non vuole rivelarci la verità che certamente conosce.

Metodo, macchina, gioco.

1. Ricordare, cosa peraltro non nuova, che la tortura è connaturata alla logica inquisitoria, basta a giustificarne l'emersione e serve a comprenderne la natura. Ma non dice tutto sul suo « successo ». Fosse stata un mezzo inefficace, o troppo falloso, non sarebbe stata usata tanto a lungo.

Il fatto è che dava frutti straordinari ⁽²²⁾. Nessun altro metodo (mi riferisco alla giustizia cittadina dei secoli XIII-XV) era, o sarebbe stato in seguito, capace: *a*) di portare a punizione un

⁽²²⁾ Accanto a pessimismo teologale, scienza induttiva, pensiero magico e strategie politiche forti, anche Franco Cordero indica «... motivazioni tecniche, occulte o allusivamente accennate » alle origini del fatto che la tortura si imponga ed abbia poi « lunghissima durata, almeno mezzo millennio attraverso epoche culturali abissalmente diverse » (*Riti e sapienza*, cit., pp. 413-415). Si tratta dei motivi tecnici della sua grande produttività, che è poi l'altra faccia della « virtuale onnipotenza che la gehénne garantisce a chi giudica » (p. 415).

numero altrettanto alto di colpevoli veri; *b*) di ottenere comunque una quantità enorme di informazioni istruttorie su nomi, armi, refurtive, tempi, luoghi, circostanze, e su chissà quanti altri elementi possibili; *c*) di risolvere non pochi casi importanti o delicati strappando la confessione a malcapitati innocenti; *d*) di pagare per tutto questo il prezzo, allora sopportabile, della crudeltà del mezzo e di un (non grande) numero di errori giudiziari. Ma era veramente sopportabile il prezzo?

2. La preoccupazione che non si incrudelisca sul paziente è sicuramente centrale nell'opera dei giuristi che trattano la tortura. I tormenti, si raccomanda, devono infliggere dolore nella minima dose utile, e comunque non oltrepassare mai certe soglie. Atteggiamento umanitario, si è detto ⁽²³⁾. Ipocrita, ribattono altri, se non cinico: fatto di reticenze, connivenze, pasticci argomentativi e sottigliezze sospette. A me sembra un atteggiamento di cautela garantista, volto a scongiurare la devastazione processuale che sarebbe seguita ad un uso non frenato della violenza possibile. Nessun giurista comunale criticerebbe una tortura perfettamente rituale solo per la sua crudeltà: le ammonizioni a rimanere nei limiti consentiti (altra cosa è il disprezzo per i giudici sadici) hanno dunque per scopo prima di tutto l'affidabilità dei risultati.

Su questo punto, e cioè su quanto ci si possa fidare della tortura, il discorso è più complicato. I giuristi mi sembrano molto più preoccupati dei politici in ordine agli scarti che il sistema produce, ma non insensibili di fronte alle straordinarie potenzialità della

⁽²³⁾ La lettura umanitaria mi sembra superficiale e fuorviante. Primo, perché la nozione di crudeltà è storicamente ingannevole (Hermann Diederiks ha dedicato a questo tema un lucido intervento nel corso del Congresso internazionale della Société J. Bodin [Barcelona, 1987] avente per oggetto, *La Peine*, in corso di pubblicazione nei relativi *Recueils*). Secondo, perché non tiene conto del fatto che tutte le società ammettono aliquote di crudeltà — commisurate alla loro sensibilità ed ai loro mezzi — ritenendole necessarie (le pene, per esempio), e comunque compensate da elementi di utilità generale e comune. P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, cit., I, p. 125, osserva giustamente che « ... [Azzone] si schiera con la nuova società, coi nuovi legislatori, che in quegli anni cominciano, con frequenza sempre crescente a sbandire i giudizi di Dio e a sostituirvi, nell'ambito di una giustizia più positivamente umana, *un mezzo di indagine la cui crudeltà, secondo il modo di vedere di quel tempo, non è stimata superiore all'utilità sociale* » (corsivo, ovviamente, mio).

macchina. Del resto, fino a che il criterio è rimasto quello della verità (parole di verità) nessun sacrificio poteva sembrare troppo grande. La tortura inseriva il corpo del suppliziato nel processo di produzione (*verbale*) e di pubblicazione della verità ⁽²⁴⁾, in un contesto ideologico nel quale tutto era al servizio dell'ossessione per la verità: e quindi tutto al servizio della prova. A cominciare dal processo, interamente assorbito, compresso e appiattito sul suo momento istruttorio (l'invenzione delle prove); per finire all'interrogatorio, vera e propria *ars de iure divino*, che ha il reo come fine, la parola come mezzo, il conseguimento della prova come *officium* ⁽²⁵⁾. Non per altro il sospettato doveva mettere a disposizione il suo sapere, arrivando — *spirituale tortura* — ⁽²⁶⁾, fino a giurare di farlo secondo verità.

Quanto bisogna preoccuparsi, allora, del margine d'errore? In punto di pratica, non più di tanto. La macchina, apparato inesorabile, procede e produce: i suoi scarti possono addirittura essere riciclati in termini di pedagogia sociale e, comunque, lasciano il bilancio in larghissimo attivo.

In termini teorici la cosa è diversa. La fallibilità di ogni sistema di giustizia, di solito imputata ad (inevitabili) errori umani, nel

⁽²⁴⁾ C. BOLOGNA, *Tortura*, cit., p. 345.

⁽²⁵⁾ Per tutti, F. CARTARI, *Theoricae et praxis interrogandorum reorum*, cit.: « Est autem interrogatio, seu examinatio haec, per quam veritatem iudex exquirat, de iure divino (I, 1, n. 13) [...] Finis autem iudicis reum interrogantis est, ut ab eo veritatem extorqueat: officium vero est ut talibus utatur interrogationibus, quibus *talis cognitio veritatis* delicti obtineatur. (I, 3, nn. 1-2) [...] Quidam vero sunt qui suum delictum pandere nolunt, sed potius cautelosis et falsis responsionibus, prout possunt abscondunt et palliant, ita ut non nisi ab invitis veritas delicti extorqueri possit... [isti] qui inviti verum dicturi sunt, summis artibus interrogantis opus est, cuius *foelicitas est extorquere* quod ii noluerint (I, 3, nn. 8-12) ».

⁽²⁶⁾ L'espressione non era nuova quando Francesco M. Pagano la utilizzò in un suo passo famoso. Merita tuttavia di essere citata ancora, se si parla di tormenti, parole e verità. « Il giuramento dato ai rei e l'ammonimento a confessare il vero, dicono i nostri dottori, è una spirituale tortura [...] Si suppone in prima che sia obbligato il reo a deporre contro di se stesso. Si crede di aver dritto il giudice di estorcergli da bocca il segreto alla sua vita, o alla sua libertà fatale. Si assume, che una confessione, o col dolore, e col timore estorta abbia il valor di una convincente prova. S'immagina una spirituale tortura » (F. M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, Bibl. del Foro Criminale, 11, Milano 1858, cap. XXII, p. 529). Sulla risalenza dell'espressione *tortura spiritualis*, P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, cit., I, pp. 233-234.

nostro caso viene addebitata all'alea della tortura, che è *res periculosa*. Non si può fare a meno di pensare che, dopo tutto, il giudice, viste le carte che ha in mano, punta sulla tortura con uno spirito da scommessa. Ed i giuristi provano imbarazzo quando si avvedono che nella *quaestio* c'è un grande spazio per l'azzardo, dal momento che insieme a giudice, carnefice e paziente ha la sua parte anche il caso. L'agone (l'immagine è classica e medievale) ha contendenti, regole, tempi, terreno, attrezzi e posta in palio; così come prevede assalti, resistenze, avanzate, ritirate, vittorie, sconfitte e rivincite. Come si fa allora a non dubitare di una giustizia disposta ad azzardare? Se i *doctores*, regolando la tortura, insistono tanto sui presupposti e sulle condizioni, sulle forme e sui modi, sui mezzi, sui limiti, sui divieti e sulle nullità, è anche perché temono la parte che potrebbe avervi la sorte.

Ma finché all'ossessione di stanare la verità non subentrerà il terrore di annientare l'innocente, la prudenza giuridica non riuscirà più di tanto a moderare le certezze pratiche.

Dalla verità all'innocenza, attraverso le garanzie.

1. C'è una « ... parabola di trasformazione dell'interrogatorio da istituto principalmente diretto alla ricerca delle prove, e soprattutto delle prove *contra reum* — qual era nell'epoca del processo inquisitorio — ad istituto funzionalmente rivolto ad assicurare l'esercizio dell'autodifesa dell'imputato » (27).

È questa parabola a decretare la fine dell'interrogatorio per tortura: l'accusato, rimesso al posto che gli compete, non è più obbligato a farsi testimone contro se stesso, ma — al contrario — viene messo nelle condizioni migliori perché possa liberamente ed ampiamente difendersi (28). Il cuore, lo spirito, lo scopo stesso del processo, non stanno più nella *indagatio veritatis*: cade quindi la necessità (morale, oltre che pratica) di « inquirere veritatem per

(27) V. GREVI, *Nemo tenetur*, cit., p. 126.

(28) Quando descrive un sistema, delineando i suoi (dichiarati) principi ispiratori, lo storico è ovviamente innocente del fatto che, in ipotesi, quel sistema funzioni, o abbia funzionato, in tutt'altro modo nella pratica. Ha tuttavia il dovere di farlo presente, pur se si tratta, come in questo caso, di cosa ovvia e ben nota: anche perché si veda che pure lui sa che i *praecepta* contano meno delle abitudini.

tormenta et corporis dolorem ». L'orrore per l'innocenza violata cancella ogni scrupolo per i delitti che rischiano di restare impuniti. Al centro del processo, ora, sta un principio diverso: « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable »⁽²⁹⁾, occorre mettere l'accusato, che in linea di principio è innocente, nelle più favorevoli condizioni possibili. Il processo deve trasformarsi da macchina per perderlo in macchina per salvarlo: se poi è colpevole, le prove lo diranno, così come nel vecchio regime le prove avrebbero detto se era innocente. Egli non è più tenuto a scoprirsi, ma l'ordinamento non si limita a consentirgli di tacere: protegge e veste questo suo diritto, depotenziando simmetricamente quello del giudice, il quale non potrà argomentare alcunché dal suo silenzio. L'effetto della parabola non potrebbe essere più evidente.

Del resto, un cammino simile percorsero: il sistema della prova legale per approdare a quello del libero convincimento del giudice; la *veritas rei et facti* per trasformare in semplice verità processuale; l'interrogatorio per declassarsi da *mezzo* di prova in possibile *fonte* di essa⁽³⁰⁾. Fu un grande processo rivoluzionario a produrre tutto questo, come ben si sa, ma non è questo il momento di analizzarlo. Basterà ricordare che le grandi battaglie ideali per l'incivilimento del diritto penale e per la riforma del processo ne furono momento e motore.

2. Ma voglio insinuare un'ipotesi paradossale. Quella che più sopra ho indicato come la « tortura prudente e riluttante del pensiero giuridico », mi sembra in qualche modo partecipe degli sforzi per l'incivilimento del diritto e del processo penale. Si può infatti riconoscere nella dottrina giuridica della tortura uno dei luoghi di incubazione di alcuni aspetti del moderno garantismo. Non in senso figurato o metaforico; non alla stregua di un curioso o singolare « precedente », che anticipa in modo bizzarro qualcosa che arriverà secoli dopo, ma che non è in reale continuità con esso; e nemmeno

⁽²⁹⁾ È l'incipit dell'art. 17 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789.

⁽³⁰⁾ « Esso può ben costituire, in pratica, una fonte di prova... ma non per ciò può dirsi che si tratti di un mezzo di prova, non essendo sostenibile... la sua preordinazione istituzionale *ad veritatem quaerendam* » (V. GREVI, *Nemo tenetur*, cit., p. 130).

nel senso generale indicato da Piero Fiorelli, là dove egli ci ricorda che ci sono principi animatori della nostra civiltà giuridica che sono stati « ... se non creati, consolidati definitivamente proprio dalla dottrina del diritto comune, proprio dal sistema processuale che da essa fu elaborato e che aveva a sostegno il cavalletto e la corda »⁽³¹⁾. Il senso che mi pare di cogliere è quello di un contributo di metodo.

La tortura è certo la manifestazione più clamorosa di come possa diventare immensa la sproporzione di potere tra Stato e individuo. Quando l'autorità la mette in opera si impossessa interamente di un uomo: per piegarlo e annientarlo, vessandone il fisico e violandone la dignità. È in questo contesto che si legittima e si afferma il principio di garanzia: il troppo forte si impone limiti invalicabili e dà a se stesso regole impegnative, per garantire il troppo debole sul terreno dei suoi diritti fondamentali e della sua dignità. Nel contesto politico comunale, questo modello, che sarebbe stato grosso modo quello delle esperienze costituzionali sette-ottocentesche, non era applicabile. L'autorità statale non aveva contrappesi, era priva di limiti costituzionali, ed avendo optato per una forma « redditizia » di processo penale, non era certo disposta a frustrarne le potenzialità. L'unico possibile argine fu quello proposto (nella logica di produzione giuridica propria del diritto comune) dalla autorevolezza dell'*interpretatio* dottorale. Non fu un argine privo di falle o punti deboli, né si può dire che abbia conseguito risultati straordinari. Impose tuttavia una separazione tra la *tortura praticata*, quella che arrivava a violare la stessa legalità che le accordava l'esistenza, e la *tortura regolata*.

L'argine, uso ancora questa non adeguata metafora, fu di tipo garantistico. I giuristi escogitarono limiti invalicabili e regole impegnative per il potere, che costituirono la tortura come il luogo per eccellenza della « garanzia ». Lo statuto teorico della tortura è interamente costruito su di essa: invalidità, nullità, e comminazioni per il giudice, vogliono scoraggiare violazioni sostanziali e procedurali (quanto ai presupposti, e poi nel rito, fino alla ratifica), nello spirito di salvaguardare la *veritas*, ma con l'effetto di tutelare l'accusato. Moltissime condizioni si esigono, anche se inesistenti *in iura*

(31) P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, cit., II, p. 157.

(nei testi romani). Il formalismo, con un significativo rovesciamento, viene posto a protezione del più debole.

Il ragionamento si fa sottile e rischia di spezzarsi: ma se si tiene presente che quello garantistico è un *metodo*, si capirà come esso, per venire alla luce, sia andato ad annidarsi proprio nell'assetto giuridico della *quaestio*, e cioè nel contesto in cui la sproporzione di potere tra autorità e individuo è la massima immaginabile. Non ha altro senso che questo — se il lettore mi capisce — l'ossessivo richiamo alla delicatezza e pericolosità della tortura. Perfino Farinaccio, bestia nera della polemica illuminista, ci ricorda che: « ... dum agitur de torquendo reum, agitur consequenter de hominis salute. Ideo non tibi mirum videatur, rigorose iudex, si et iura et Doctores sic et exquisita requirunt inditia ad torquendum, et ad id demonstrandum tot praegnantibus et geminatis verbis utuntur. [...] Ubi maius est periculum, ibi cautius est agendum »⁽³²⁾. Ripeto: i risultati pratici non furono gran cosa, anche se i segni della progressiva moderazione e rarefazione della tortura appaiono coerenti con le grandi linee dell'impegno dottrinale. Ma un metodo, un abbozzo di principio, hanno attecchito paradossalmente proprio in questo impensabile luogo della riflessione giuridica, muovendo lungo una linea che dai primi glossatori va senza interruzioni fino a Spee o a Sonnenfels e, attraverso l'esperienza della grande penalistica civile ottocentesca, arriva fino a noi.

⁽³²⁾ FARINACCIO, *Variarum quaestionum et communium opinionum criminalium liber secundus*, Venetiis 1593, tit. V, *De inditiis et tortura*, quae. 37, n. 4. Il perno, in questo passo, sta negli indizi, terreno privilegiato perché è quello che consente di evitare la tortura. Sul punto è significativa l'affermazione di Kohler, ripresa da P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, cit., II, p. 5, secondo cui « Possiamo ritenere... che nella maggior parte dei casi di tortura i fatti stavano a tanto che noi avremmo condannato il prevenuto... ». Garanzie *nella* tortura, quindi, ma anche tortura come *ulteriore* garanzia, salvo il caso del giudice disonesto di cui parla Fiorelli subito dopo (II, p. 6).

**L'AFFERMAZIONE
E I CARATTERI DEL PENALE EGEMONICO**

L'INQUISIZIONE COME APPARATO GIURIDICO NELLA STORIA DELLA GIUSTIZIA CRIMINALE (*)

Il mandato che avevo accettato per il mio intervento in questo seminario era troppo ampio. M'ero impegnato a riflettere sull'inquisizione come apparato speciale (particolarità della Congregazione, peculiarità di ordinamento giudiziario, pratiche processuali *sui generis*, specialità di compiti e di fini, tipicità dei comportamenti 'criminali' devoluti alla sua competenza, e dintorni di tutto questo). L'intenzione era quella di valutare collocazione e ruolo dell'inquisizione nel sistema generale della giustizia criminale moderna, aggiungendo collegamenti, come se non ce ne fosse stato già abbastanza, alla più larga questione della storia della criminalità e delle sue fonti.

Tralasciando tutto il resto, ed eliminato (tranne che nel titolo stampato) ogni cenno alla criminalità, mi limito a qualche riflessione sulla collocazione tenuta e sulla funzione svolta dall'inquisizione nel sistema della giustizia criminale moderna. Con la precisazione che resterò strettamente dentro il recinto del giuridico, senza implicare, se non su sfondi lontani, tutti gli altri più generali profili della storia dell'inquisizione romana.

Giustizia negoziata (o comunitaria) e Giustizia egemonica (o degli apparati pubblici). Prime indicazioni.

L'osservazione attenta di tutta la lunga fase che va dagli inizi del secolo XIII fino alla fine dell'età moderna, mi sembra autorizzi a dire che la giustizia penale viene praticata (nell'Europa continentale) su

(*) Schema di una relazione inedita presentata a Montereale Valcellina (PN), 23-24 settembre 1999, Centro culturale Menocchio, convegno sul tema *L'Inquisizione romana: metodologia delle fonti e storia istituzionale*.

due livelli differenti, che lungamente convivono e talora si intrecciano:

a) una forma di giustizia che posso definire *negoziata e comunitaria*;

b) una forma che posso definire *di apparato ed egemonica*.

L'ipotesi che mi sento di fare in ordine all'azione giudiziaria dell'inquisizione romana è che essa rappresenti un *tipo maturo della giustizia egemonica di apparato*, e che di quella giustizia abbia influenzato fortemente il successivo sviluppo, favorendone la definitiva affermazione.

Tale ipotesi è demarcata dalle osservazioni che seguono:

Tre precisazioni:

Tengo distinti il processo inquisitorio strettamente inteso da un lato e l'apparato giudiziario che lo sostiene, dall'altro.

Escludo dalle mie riflessioni, in questa occasione, le strategie della Chiesa, le sue ragioni motrici e le sue ragioni finali, le attitudini politiche, i disegni egemonici.

Le riflessioni che seguono sono offerte in forma ruvida. La loro elaborazione, ovviamente, ne smusserà la perentorietà, arrotondandole.

Il Processo dell'inquisizione non sembra diverso dal processo ordinario

— A partire dal pieno Cinquecento si da correntemente atto che ci sono tre giustizie: quella civile, quella criminale e quella inquisitoriale ⁽¹⁾.

— Il processo dell'inquisizione *non è un nuovo processo*: non lo è nelle regole, non lo è nelle prassi, e nemmeno nelle attitudini. Esso

⁽¹⁾ La tripartizione è comunemente accolta dai giuristi a partire dalla seconda metà del Cinquecento. Per stare ai massimi, si può dire che essa, già adombrata da Giulio Claro nella *Practica criminalis*, pubblicata nel 1568, è accolta nel *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani pubblicato nel 1590, ma chiuso dall'a. nel 1572 o poco dopo; nella stessa prospettiva si muove Prospero Farinaccio, sia nella *Praxis et theorica criminalis* che nel *Tractatus de haereticis*, che nella *Praxis* sarà fatto confluire. Ma per tutti si può vedere la trattazione articolata che della questione fa SIGISMONDO SCACCIA, *Tractatus de iudiciis causarum civilium, criminalium et haereticarum*, Venetiis, 1596.

non appare diverso dal processo ordinario ⁽²⁾ comunemente praticato dagli Stati italiani ed europei, in quella stessa fase, per l'alto criminale. Infatti:

a) Le fonti dottrinali sulle quali sono costruiti i manuali inquisitoriali (che sembrano aver avuto una funzione decisiva nel guidare l'azione degli inquisitori, nella strutturazione dei processi e nella loro uniformazione) sono le ordinarie fonti di diritto comune (civili, canonici, norme romane, norme canoniche, scritture, qualche teologo) ⁽³⁾.

b) Quanto alle regole distintive (e costitutive) del processo inquisitorio, esse sono le stesse regole di origine canonistica che da tre secoli erano entrate pacificamente nel processo ordinario pubblico. Si potrebbe fare l'esempio delle famose clausole *Summarie, de plano, sine strepitu (advocatorum) et figura iudicii*, decisive per il

⁽²⁾ Mi piace chiamare il processo penale praticato dalle città o dagli Stati, *processo ordinario* tout court, anche se, tra giuristi, si potrebbe discutere se quel processo (*per inquisitionem*) non dovesse piuttosto chiamarsi *straordinario*. I giuristi civili di diritto comune non parlano di processo laico o processo secolare, che in quanto tali non esistono proprio. Si possono incontrare le espressioni 'giudice secolare' o 'giustizia secolare', ma si tratta sempre di definizioni che nascono dal fatto che ci si sta ponendo dal punto di vista della giustizia ecclesiastica.

⁽³⁾ Io ho controllato questa affermazione e comparato principi, procedure, regole e cautele nelle seguenti fonti dottrinali:

GIACOMO SIMANCAS, *Praxis haereseos, sive Enchiridion iudicum violatae religionis*, Venetiis, 1568.

GIOVANNI CALDERINI, *Tractatus [...] de haereticis*, Venetiis, 1571.

ZANCHINO UGOLINI, *Da haereticis tractatus [...]*, Romae, 1579.

NICOLA EYMERICH, *Directorium Inquisitorum*, Romae, 1585.

FRANCESCO PEGNA, [*Commentaria in Directorium Inquisitorum...*], Romae, 1585.

IGNAZIO LUPI, *Nova lux in Edictum S. Inquisitionis [...]*, Bergomi, 1648.

ELISEO MASINI, *Sacro Arsenal, ouero Pratica dell'ufficio della Santa Inquisizione*, Bologna, 1665.

CESARE CARENA, *Tractatus de officio Sanctissimae Inquisitionis et modo procedendi in causis Fidei*, Bononiae, 1668.

E poi:

GIULIO CLARO, *Sententiarum liber Quintus*, § *Haeresis*, e § *Finalis seu Practica criminalis* (1555), Venetiis, 1568.

TIBERIO DECANI, *Tractatus criminalis* (1590), Venetiis, 1614.

SIGISMONDO SCACCIA, *Tractatus de iudiciis causarum civilium, criminalium et haereticarum*, Venetiis, 1596.

PROSPERO FARINACCIO, *Tractatus de haeresi* (1614), Francofurti ad M., 1619.

processo di tipo inquisitorio nella fase dell'inchiesta, prodotte originariamente in sede ecclesiastica (*Licet ex omnibus*, Urbano IV, 1261), poi adottate dalla legislazione imperiale (*Ad reprimendum*, Enrico VII, 1313), impiegate correntemente nello *iudicium publicum* ordinario, ed infine rientrate nel processo inquisitorio canonico dopo un intervento interpretativo autentico (*Saepe contingit*, Clemente V, 1314). Ma gli esempi possibili sarebbero in realtà innumerevoli.

c) Il processo inquisitoriale è strutturato allo stesso modo del processo penale pubblico: la stessa azione (muove da accusa, denuncia, fama, o *notitia criminis*), le stesse regole dell'*inquisitio* (la generale, la speciale), le stesse prassi e cautele per gli interrogatori ⁽⁴⁾, le stesse regole per la tortura, gli stessi criteri per la valutazione delle prove e degli indizi, lo stesso *arbitrium* concesso al giudice in ordine all'irrogazione della pena: da cui l'amplessissima gamma di sanzioni figurative, simboliche o allusive, medicinali, penitenziali o autenticamente penali che i giudici dell'inquisizione applicano di caso in caso.

Il processo dell'inquisizione presenta tuttavia tratti peculiari suoi propri. Nelle formalità, nello stile di condotta, nell'organizzazione dell'apparato.

— Si rilevano peculiarità significative nello 'stile' della conduzione dei processi, insieme ad importanti progressi (che sono anche

(4) "Dica se sa, o immagina, per quale ragione è stato tratto in questo tribunale". La domanda con cui di regola si inizia l'interrogatorio ha giustamente colpito gli storici dell'inquisizione per tutto ciò che lascia intendere sulla sapienza indagatoria dei processanti del Sant'Uffizio. Ma non è detto che essa sia nata dalla astuta malizia degli inquisitori. Quella domanda, posta all'inizio dell'esame, era modo solito di dare inizio all'interrogatorio chissà da quanto tempo. Pietro Follerio nella *Practica*, 1554, *Et si comparet*, n. 2 scrive che "[ante] omnia solet procedi ad examinationem ipsius [...] interrogando ipsum quomodo, qualiter et ex qua causa reperiaturs captus, vel in curia.....". Prima di Follerio aveva suggerito lo stesso accorgimento Jean de Mille, *Praxis criminalis persequendi...*, Paris, 1541, gl. *Interrogandorum*, n. 1, che cita altra dottrina a lui precedente. Posso aggiungere che quell'*introibo* è rimasto nelle abitudini dei giudici istruttori italiani fino a tempi relativamente recenti, e cioè fino a quando l'avviso di reato, come si chiamava allora, non la rese inutile, notificando all'indagato le ragioni della convocazione.

innovazioni) nei profili organizzativi dell'attività inquisitoria. Le novità organizzative realizzano una forma progredita di giustizia per apparati, che verrà in buona parte messa a frutto dagli Stati europei continentali, fin dentro il XIX secolo.

Un tema di grande rilevanza, non indagato — per quel che posso dire — dagli storici del diritto, è quello “della appropriazione di iurisdictio” che la Congregazione del Sant'Uffizio realizza, su materie certe (che però tendono a dilatarsi e dilagare), comprimendo in varia misura le prerogative sovrane degli Stati. È vero che esiste da sempre, pacificamente accettata, una *iurisdictio Ecclesiae in spiritualibus*, come è vero che la dottrina penalistica concorda sul fatto che, per es., l'eresia (che è certamente un *crimen*), vada considerato (“hodie” ⁽⁵⁾) *crimen mere ecclesiasticum*. Ma è anche vero che su altri terreni (per esempio la questione del luogo sacro immune e dell'asilo) le cose non stavano altrettanto pacificamente.

Tornando a quelli che possono essere considerati i tratti peculiari del processo dell'inquisizione rispetto al processo ordinario, dal quale tuttavia esso non si differenzia quanto alle linee strutturali ed alle regole fondamentali, posso dire che:

a) alcuni di quei tratti si presentano come precisazione di caratteri che anche il processo egemonico pubblico possiede, pur se in grado differente e talora soltanto in nuce;

b) altri consistono in inflessioni particolari di stile (talora marcatamente tipiche), o in pratiche *sui generis*, proprie del solo apparato inquisitorio.

Del primo gruppo fanno parte:

— *La centralizzazione e gerarchizzazione dell'attività giudiziaria*, estesa a tutta l'Italia e guidata con criteri uniformi, assicurati da un controllo ben organizzato, che sembra molto attento ed efficiente, su quanto viene fatto nelle diverse sedi inquisitoriali.

(5) Prospero Farinaccio nel *Tractatus de haeresi*, cit., quae. 185, n. 24 afferma la qualità di *crimen publicum* dell'eresia, citando però a sostegno dell'opinione una fitta dottrina molto risalente, che arriva fino ai commenti dei giuristi alla legislazione antiereticale di Federico II (1220). *Crimen publicum*, dunque, *olim*. “Hodie tamen, cum haeresis crimen sit mere ecclesiasticum, hoc ideo nec eius cognitio ullo pacto spectat ad iudices seculares, etiam contra laicos, nec in eo iudex secularis se intromittit, nisi a iudice ecclesiastico fuerit requisitus, et si se intromiserit ipso iure est excommunicatus” (*Tractatus de haeresi*, cit., quae. 186, n. 153).

— *Una forte normativizzazione dell'agire dei giudici*, intendendo con questo il fatto che quei giudici si muovono su testi normativi certi, senza che resti troppo spazio per interpretazioni dottrinali, ed agiscono guidati da un intenso e continuo aggiornamento delle regole, suscitato dall'esperienza e dalla casistica. Le informazioni che arrivano da tutta Italia alla Congregazione costituiscono evidentemente una base affidabile sulla quale operare il progressivo aggiornamento ed affinamento delle regole. Anche nei sistemi statali più attenti questo accade, ma con nessuna assiduità, con qualche approssimazione e senza il supporto di una informazione che arrivi dalla periferia con altrettanta frequenza e disaggregazione di dati.

— Dentro alla normativizzazione io vedo un secondo livello di grande interesse e pieno di futuro. Lo riprenderò più avanti quando rifletterò sulla natura della 'giustizia' praticata dall'inquisizione e mi interrogherò sul suo essere autenticamente una forma di *giustizia* (secondo la concezione medievale e moderna), o non piuttosto un puro mezzo di repressione (che assomiglia di più ad uno dei versanti che compongono oggi l'idea di 'giustizia', per come l'hanno ristrutturata le ideologie dello Stato liberale di diritto). Mi riferisco a quel sottoprodotto della normativizzazione che è costituito dal 'mero dovere di obbedire alle norme penali', al di là del fatto che la loro infrazione sia fatta con dolo e provochi danno. Nella cultura giuridica medievale e moderna, ma si direbbe anche nella coscienza diffusa di quelle società, un crimine, per essere tale, doveva compiersi con dolo e con danno. I crimini di cui si occupa l'inquisizione, invece, sono crimini senza vittima, incapaci di produrre danni misurabili, stimabili e visibili, spesso consumati senza consapevolezza, sepolti nel segreto della coscienza dell'autore, magari commessi con la convinzione di fare bene e comunque senza alcuna 'prava voluntas nocendi', che è una delle definizioni del dolo. In essi si punisce l'inortodossia, che è come dire la mera disubbidienza ad un precetto, del tutto priva di alcun apprezzabile effetto esterno. Questa attitudine di fondo dell'inquisizione farà fare passi da gigante all'egemonico, inteso come l'apparato di giustizia che punta a valorizzare in assoluto la volontà del Principe prima e la Volontà generale poi, che si esprimono entrambe nel puro ed indefettibile comando della legge.

— *Professionalizzazione progressiva del personale giudiziario* e sua crescente qualificazione (in esperienza ed in preparazione teologica e giuridica). Questa è una qualità della giustizia inquisitoriale di cui non sono certo. C'è indubbiamente uno sforzo visibile in questa direzione: lo desumo dalla lettura di tanti contributi di ricostruzione storica, generale e locale, degli ultimi vent'anni. Non so dire quanto lo sforzo abbia prodotto in concreto.

Del secondo gruppo fanno parte:

— *Mobilizzazione di sinergie esterne all'apparato di giustizia*. La macchina inquisitoriale si vale, a quanto pare, di una grande quantità di forze esterne: dagli apparati degli Stati, che pure intervengono, se sollecitati, alla fittissima rete di religiosi secolari e regolari diffusi nel modo che sappiamo in tutto il paese, fino ai singoli soggetti che, sollecitati o meno, pur si trovano a collaborare attivamente con la caccia agli eretici prima, e poi, via via, nella ricerca dei dissidenti, dei critici, dei devianti morali, degli intellettuali non interamente conformisti, e poi giù giù, fino ai bestemmiatori, a quelli che vanno poco a messa o dimenticano di fare la comunione, per arrivare ai più banali *disturbers* comportamentali.

— *La linearità della condotta*. La giustizia pubblica non possiede queste qualità. La sua condotta non può essere, per sua natura, lineare, perché la giustizia pubblica è ancora espressamente strutturata nel presupposto che debba articolarsi ed adattarsi ai casi, alle situazioni, alle circostanze, anche quando si tratta di giustizia penale. Non che l'inquisizione non faccia altrettanto, ma essa sembra farlo all'interno di uno statuto della condotta che sortisce effetti lineari al di là della varietà delle soluzioni adottate. Al di là delle apparenze, credo si possa dire che l'inquisizione non tratta ⁽⁶⁾ e non è lassista: i suoi 'concordati' e le sue indulgenze sono ritualizzate, finalizzate ai suoi scopi, non estemporanee. Al contrario, il livello di progressione conosciuto tra XVI e XVII secolo dal processo pubblico di tipo egemonico a scala italiana, non consente ai giudici un simile con-

⁽⁶⁾ C'è una fase, a quanto pare, in cui l'inquisizione adotta criteri che sono compatibili con la natura di una giustizia negoziata o negoziabile, ed è quella del *tempus gratiae*, quando è consentito, fuori delle solennità e degli automatismi di una giustizia che poi non si potrà più fermare, ottenere un trattamento simile a quello che si potrebbe pretendere da una giustizia di stampo comunitario.

trollo delle condotte, misurate sui fini. Tanto per dire, si ha la sensazione che i crimini vengano perseguiti con criteri *random*, che intere regioni di singoli Stati siano praticamente fuori controllo (7), e che il potere di ottenere dal centro comportamenti lineari e omogenei in periferia sia molto instabile.

— *Il rigore delle forme, le cautele che intendono garantire il risultato, le cautele che intendono garantire l'accusato.* Questi elementi, che sono insieme il portato di uno stile *sui generis* e di una antica esperienza, possono essere disaggregati e messi senza troppo ordine in un elenco che traggio *sparsim* dalla lettura del *Tribunale della coscienza* di Adriano Prospero:

- Sostanziale e generalizzata correttezza dell'agire;
- Verbalizzazioni integrali e scrupolose;
- Notevole preoccupazione per la conservazione dei documenti e formazione di una accurata rete di archivi;
- Riconoscimento di alcuni diritti dell'accusato;
- Massima cautela nelle carcerazioni;
- Segretezza di itinera processuali, di atti e di intenzioni, per l'efficienza;
- Segretezza di atti, per la garanzia;
- Rispetto delle procedure;
- Attenzioni per la difesa degli accusati nel processo ripetitivo (difensori, accesso agli atti);
- Provvidenze per la difesa dei poveri;
- Attenzione alla qualità e provenienza delle accuse;
- Dichiarata ostilità agli anonimi;
- Orrore per le domande suggestive (8);

(7) Ho sentito una volta in un Convegno Maurice Aymard dire, non senza ragione, che se chi fosse nato nella città di Napoli a metà Cinquecento poteva avere dieci probabilità su cento di incappare concretamente nella giustizia criminale pubblica, chi fosse nato nella Campania interna ne aveva dieci su cinquecento, e dieci su mille poteva averne l'abitante di qualche montagna calabrese.

(8) Da lungo tempo mi domando come mai un ordinamento giudiziario che non mostra troppe incertezze quando si tratta di arrivare alla 'verità' attraverso la tortura, ne mostra moltissime quando si tratta di domande suggestive, fino ad arrivare ad una istituzionale e conclamata ripugnanza per esse. Si sa che la domanda suggestiva può ottenere una risposta poco affidabile; si capisce che il giudice con appropriate domande suggestive potrebbe condurre il suo interrogato là dove lui non vorrebbe andare. Ma non

Comprensibile diffidenza per le testimonianze non giurate;
 Meno comprensibile diffidenza per i confronti con accusatori o testimoni;

Gli inquisitori non amministreranno il sacramento della confessione;

Le note cautele nell'irrogare e poi nel praticare la tortura;

Le note cautele e l'usuale raziocinio nella valutazione delle prove;

Il processo dell'inquisizione si pone nel solco del processo egemonico e contribuisce alla sua affermazione. Appare come esempio maturo della giustizia egemonica di apparato

Pongo qui di seguito alcune riflessioni con l'intenzione di sviluppare le nozioni più volte richiamate di *giustizia negoziata comunitaria* e *giustizia egemonica di apparato*. Riprenderò subito dopo il discorso sul processo dell'inquisizione.

a) *Giustizia negoziata, comunitaria.*

Dei due ambiti rilevabili di giustizia penale tra medioevo tardo e antichi regimi, il primo è quello della *giustizia negoziata*, segnata da uno spiccato carattere *comunitario*, fondata sull'appartenenza, diretta principalmente alla riparazione dell'offesa, regolata da norme condivise, in un ambito in cui domina l'oralità.

La giustizia negoziata ha le sue origini nel penale privato della prima fase comunale, quello rimesso all'iniziativa della vittima, che aveva come fine il *risarcimento* (o meglio, la *soddisfazione*, dell'offeso), tanto da ricomprendere tra le sue forme ammesse ed accettate (e quindi ordinarie) anche la vendetta o la composizione extragiudiziale; una giustizia che aveva nel giudice non l'esponente *octroyé* di un sistema di potere strutturato in apparati e provvisto di scopi, ma l'arbitro accettato di una contesa tra soggetti.

Essa si fonda sull'*appartenenza* e sulla *protezione*, che è come dire sulla riconoscibilità dei soggetti, garantiti — perché di questo si tratta — dal fatto di essere parte della comunità. I membri della comunità, eminenti o marginali, *potentes* o *pauperes* che siano,

sono questi gli stessi inconvenienti che la tortura, mille volte di più, può produrre? Un bellissimo tema di ricerca, difficile, ma straordinariamente attraente.

godono di una forma di tutela o ‘salvaguardia’ e sono ammessi a ‘negoziare’. Poi, ovviamente, sarà la negoziazione a fare le parti.

Composizioni, paci, accordi e transazioni, mediazioni e fideiussioni, compensazioni, reintegrazioni e risarcimenti, insieme a ritualità penitenziali o satisfattorie, sono gli strumenti usuali della giustizia penale negoziata, in un sistema che vede i poteri pubblici come espressione di equilibri comunitari, e non alla stregua di ‘commissari’ di una forma statale che a quegli equilibri si sovrappone. Composizioni, transazioni e paci (che necessitano di previa contrattazione) fanno riposare il loro *carattere di giustizia* sull’elemento della *riparazione*, condizione della riconciliazione; e si caratterizzano su due linee modali: la linea della contrizione — penitenza — perdono, e quella della punizione — retribuzione — espiazione. Linee che non si escludono in assoluto (anzi, talora si intrecciano o procedono appaiate) e che corrispondono nel loro complesso ad una nozione di giustizia forte, risalente, radicata, accettata e condivisa.

Nella primissima fase della vita cittadina, anche crimini di rilevante gravità (per esempio l’omicidio) sono, come è noto, soggetti a giustizia negoziata tra l’autore e l’*entourage* della vittima. Poi al penale negoziato (che ha come forma congeniale un processo di tipo accusatorio, ma sa farsi strada anche dentro le altre forme processuali aggressive ad azione pubblica) vengono riservati via via crimini di minore rilevanza. Ciò non toglie che il principio della negoziazione in materia di giustizia (voglio dire: in presenza di conflitti che hanno formato penale; ovvero, semplificando, in presenza di ‘danno con dolo’) permanga nelle pratiche della convivenza quotidiana — ma anche nell’ordinamento — per lunghissimo tempo ⁽⁹⁾.

La giustizia negoziata riposa sul *consenso*, prima e più che sulla *certezza*. Solo là dove il consenso della comunità è presunto (repressione dei comportamenti dannosi o pericolosi dei *sans aveu*, o persecuzione dei *crimina enormia*) si dà preminenza alla certezza:

⁽⁹⁾ Un’ipotesi suggerisce che si produca, talora, un vero e proprio sistema infra o sub giustiziale che sottrae alla giustizia pubblica la composizione di una grande quantità di piccoli (ma non sempre piccoli) conflitti a rilevanza penale. Perdoni, paci, remissioni, da un lato; resistenze ed illegalismi, omertà e favoreggiamenti dall’altro; risarcimenti, ritorsioni rituali, mediazioni di poteri accettati, da un altro ancora. Ma si tratta di questioni che andranno ben altrimenti approfondite.

inesorabilità della risposta repressiva, in assenza di negoziazione, senza quartiere e fuori garanzia. Ciò considerato si capisce come la giustizia negoziata presenti un basso livello di formalità⁽¹⁰⁾ e possa essere praticata da giudici notabili, non professionali, spesso privi di cognizioni giuridiche adeguate.

La giustizia comunitaria è affare dei consociati. Esclude i forestieri, i vagabondi, i *sans aveu*, e tutti quelli che, pur appartenendo alla comunità, se ne sono tratti fuori per essersi messi contro di essa (banditi, *latrones*, incendiari, delinquenti abituali o professionali, rei politici e simili). Più articolato è il discorso che potrebbe essere fatto in ordine alle violazioni che hanno a che fare con la religione o con la morale sessuale.

I valori che maggiormente la orientano sono l'appartenenza e la soddisfazione. L'*appartenenza* implica l'osservanza di regole e produce, attraverso le pratiche della convivenza, il corpo normativo di riferimento (vi includo, ovviamente, le norme scritte, per esempio gli statuti delle comunità e tutta la normativa penale prodotta dagli organi di governo di quelle, giudici compresi).

La *soddisfazione*, categoria complessa che dice di più — per intenderci — di quanto non dica la nozione strettamente giuridica di 'risarcimento', è il vero fine della giustizia penale negoziata: essa non passa necessariamente per la irrogazione della pena, e seppure la pena del colpevole ha il potere di dare soddisfazione, non è detto che la si pretenda⁽¹¹⁾, perché la soddisfazione può essere morale, economica, virtuale; può venire da una vendetta o da un risarcimento, da una rappresaglia o da una umiliazione del colpevole, da una mediazione altrui o, paradossalmente, dalla coscienza di una assoluta impotenza, inflitta da una irresistibile intimidazione⁽¹²⁾.

(10) Escludo da questa osservazione il processo accusatorio per formule e *positiones* delle origini.

(11) Nella logica del penale negoziato la parte lesa ha, in ogni caso, un interesse eventuale e relativo alla irrogazione della 'pena prevista dalle leggi', che è invece la preoccupazione prima della giustizia che chiamo *egemonica*, la quale vede nella pena inflitta la 'soddisfazione' della *respublica*, e vi annette ben note finalità di legittimazione, ordine e governo.

(12) M. SBRICCOLI, *Vidi communiter observari. L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 27, 1998, p. 254 [t. I, pp. 96-97].

Questione di grande momento, che esigerebbe lunghe e laboriose indagini, è poi quella che nasce dall'ipotesi che questo genere di giustizia — pesata sui casi e soprattutto sulle persone, gestita con criteri equitativi ⁽¹³⁾, misurata sulla complicata dinamica dei fatti ben più che sulla legge — venisse sentita come la sola vera giustizia accettabile. L'altra, quella dei poteri pubblici costituiti in apparato per far osservare le leggi, non corrispondeva se non per tratti, ed in speciali circostanze, all'idea di giustizia elaborata ed introiettata dalle comunità.

b) *Giustizia egemonica, di apparato.*

Il secondo livello è rappresentato da una giustizia che chiamo *egemonica*, perché dagli inizi del XIV secolo in poi sembra crescere ed imporsi con incessante continuità, riducendo gli spazi della giustizia negoziata ⁽¹⁴⁾. Essa è segnata da uno spiccato carattere di apparato ⁽¹⁵⁾, fondata sulla sudditanza, diretta principalmente alla punizione del colpevole, regolata da norme di tipo legislativo (prodotte dal *Princeps*), notevolmente e sempre più formalizzata, in un ambito in cui domina la scrittura.

⁽¹³⁾ Criteri equitativi che sovente mal si accordano con il principio di legalità, con quello di uguaglianza, con la vigenza delle leggi, le garanzie dello Stato di diritto o la ritualità delle procedure. Inutile dire che cogliere una simile dissonanza corrisponderebbe alla invocazione di un anacronismo ed alla insinuazione nel procedimento ricostruttivo storico di un rilevante fattore di fuorviamento. Appena necessario aggiungere che con simili anacronismi in testa è stata ricostruita, forzandola dentro uno schema non suo, gran parte della storia della giustizia penale medievale e moderna. Resa illeggibile da un approccio arbitrario, una parte importante di quelle realtà si è resa, per così dire, invisibile agli storici del diritto. Rimetterla in luce sarà lungo e non facile.

⁽¹⁴⁾ Per ridurre quegli spazi la affianca, le contende competenze, le impone stili e procedure, senza tuttavia riuscire a soppiantarla per intero. Anzi, assumendo essa stessa, sia pure all'occorrenza, profili o condotte tipiche di un modo patteggiato di fare giustizia.

⁽¹⁵⁾ Giudici professionali, ordinamenti giudiziari organizzati per settori di competenza (daranno vita, come si sa, ad un sistema intricato, ridondante, quasi barocco), magistrature con giurisdizione che oggi ci appare mista, amministrativa e giudiziaria. Poteri penetranti accordati ai giudici inquirenti, mezzi praticamente illimitati per la raccolta delle prove. Grandi leggi criminali (prevalentemente processuali) a valere per tutto lo Stato, con abrogazione di legislazione e consuetudini locali, che imporranno seppure a grande fatica l'ulteriore marginalizzazione delle giustizie comunitarie. Infine, l'egemonia della giustizia statale (perché di questo si tratterà alla fine) verrà assicurata da Grandi Tribunali che lavoreranno alla unificazione degli stili giudiziari, dell'interpretazione della legge, delle politiche giudiziarie.

L'apparato svolge una funzione di 'modello', e progressivamente induce una omologazione della giustizia negoziata 'tradizionale', che finisce per essere riassorbita nel tipo della giustizia egemonica. La forza egemonica della giustizia di apparato sta nel fatto che essa si trova in forte relazione con la forma costituzionale assunta dalle città nella loro più tarda fase, e poi dagli Stati dell'età moderna. Essa

a) svolge l'ufficio di far osservare *la legge e lo ius*,

b) avendo come suo solo compito quello di applicarla (*law enforcement*),

c) nei confronti di chiunque, inesorabilmente, e fino in fondo,

d) per giungere all'esito ordinario del processo penale, che è quello di:

1) mettere sotto accusa il supposto autore di un fatto criminoso,

2) provare, secondo le regole, la sua colpevolezza,

3) irrogargli la pena prevista dalla legge o altra pena consentita dallo *ius*.

Il processo, così concepito, ha il potere di far slittare il senso ed il significato della nozione stessa di giustizia, allontanandola dalla sfera semantica del distributivo e del risarcitorio, per metterla in quella della repressione e della 'lotta contro il crimine', che è azione politica, e risponde ad imperativi di tipo politico ⁽¹⁶⁾.

La dislocazione che l'egemonico realizza, spostando il fine della giurisdizione dalla giustizia alla repressione, si vale in primo luogo della legislazione. La fonte, direi quasi costitutiva, della giustizia egemonica è la legge.

Essa si vale dell'idea — che viene veicolata dalle pratiche di giustizia e poi progressivamente si fa ideologia e senso comune — secondo la quale la violazione di un obbligo penale corrisponde interamente al "mettersi contro".

È nel primo Trecento che la dottrina giuridica comincia a

⁽¹⁶⁾ Quelli usuali, quasi tutti tratti dalle argomentazioni dei giuristi romani, sono mille volte ripetuti nella produzione penalistica di diritto comune, fin dalla fase della glossa: "ne maleficia remaneant impunita", "iudex debet curare ut provincia quam regit malis hominibus sit purgata", "ne fiant mala exempla", "propter tumultum et scandalum evitandum", "ne cives ad arma veniant", "ne ludibrium fiat Principi vel legibus", e simili.

lavorare sulla identificazione della disobbedienza con la ribellione (17). I giuristi non sono estranei alla produzione delle prime importanti fonti legislative organiche, ed agiranno poi nel senso di integrare sempre di più nella giustizia penale ordinaria i criteri tipici della giustizia repressiva del dissenso politico.

Anche lo schema paradigmatico del reato politico si fonda *sulla legge* (è con la legge che il sovrano manifesta la sua volontà) e cresce dentro il sistema penale, mentre le istituzioni si trasformano, si specializzano, si modellano dentro una logica ‘costituzionale’, fino a far affacciare un’idea di Stato (18). Il paradigma del reato politico — che passa attraverso l’egemonia del ‘suo’ processo — si fa vettore di un ‘principio dell’obbedienza’, al quale fa da sponda l’affermarsi corrispettivo di un *severo disfavore per l’infrazione*. La sola disobbedienza alla legge penale diventa motivo di pena: cosa che appare del tutto ovvia ai nostri occhi, ma non era piccola novità, e fece grande fatica ad affermarsi, nel contesto di quelle società abituate ad un altro modo di fare giustizia.

Le ragioni di fondo di questa trasformazione stanno, come è ovvio, nel potere politico del *Princeps* (o della *Respublica civitatis*, cioè di chi la governa) e nella logica espansiva di poteri pubblici giuridizzati (costituiti in apparati) e armati. Ma stanno anche in esigenze di *prevenzione generale*, pedagogiche, di assicurazione dei sudditi, di ammonizione e terrizione, affidate al penale dell’ordine pubblico che invade la dimensione processuale: mentre il penale

(17) Agli inizi del XIV secolo si pone, probabilmente, il momento fondativo di questa attitudine. Una massiccia produzione normativa fiorisce intorno allo scontro tra Enrico VII e Roberto d’Angiò, subito corredata da fondamentali interventi della dottrina (per tutti, il celebre *Consilium* di Oldrado da Ponte che muove dalla *Pastoralis cura* del 1314, ed il commento di Bartolo alle costituzioni di Enrico del 1313, *Ad reprimendum* e *Quoniam nuper*, meglio conosciuta come costituzione *Qui sint rebelles*). Il quadro normativo è completato dalla clementina *Saepe contingit* (1314, datazione Kuttner) e dalla bolla *Romani Principes*.

(18) Un lungo discorso, destinato ad altra sede, potrebbe tentare uno schizzo dell’evoluzione da uno *Stato di giustizia* ad uno *Stato legale*, fino ad arrivare allo *Stato di diritto*: figure convenzionali, o *Idealtypen* difficili da ritrovare nelle concrete realtà storiche, ma utili per sistemare e comprendere gli orientamenti di fondo del rapporto tra giustizia e forme costituzionali dei sistemi politici.

sostanziale, si direbbe per le stesse ragioni, si *peccatizza* progressivamente, facendosi etico e paternalistico ⁽¹⁹⁾.

Il processo dell'inquisizione sembra organizzarsi valendosi anche dell'esperienza legislativa degli Stati in materia di apparati egemonici di giustizia. La Constitutio Criminalis Carolina del 1532. La Giustizia prende la benda.

— È ben noto che il processo ordinario di tipo inquisitorio si valse della produzione normativa della Chiesa avviata agli inizi del XIII secolo per combattere le eresie. Il processo dell'inquisizione che si riavvia con la controriforma ha le sue radici lontane in quella stessa produzione normativa, ma tra i suoi modelli di riferimento meno remoti sembrano stare le grandi leggi penali ⁽²⁰⁾ prodotte dagli Stati del Cinquecento (in particolare, la *Constitutio criminalis Carolina* del 1532).

— La legge *Carolina* entra per così dire in gestazione dagli anni novanta del Quattrocento. Il primo lontano progetto che sta alle sue origini ⁽²¹⁾ è quello che Massimiliano I mette a punto e presenta nel 1495, seguito dalla promulgazione della *Lex Bambergensis* nel 1501, detta *Mater Carolinae* per l'impronta di risolutezza unificatrice che stampò nei modi della giustizia criminale, a detrimento delle numerose consuetudini locali e dei diversi *stylus curiarum*. Si tratta di una legislazione che vuole affermare il primato di una giustizia penale fondata su norme certe e rigide, espressione della volontà del

⁽¹⁹⁾ Questo è quanto mi sembra di cogliere negli esiti cinquecenteschi della progressiva affermazione dell'egemonico: le norme penali positive sempre più invasive e 'disciplinanti', quelle processuali ormai consolidate nella logica della repressione mutuata dal 'processo pensato per il nemico' (gli eretici, alle origini canonistiche; i ribelli, nel prosiegua degli Stati). Ma si tratta, una volta ancora, di linee tendenziali, di scenari, o prospettive, che andranno precisate, circostanziate e messe con i piedi per terra.

⁽²⁰⁾ Della *Carolina* dirò tra poco, ma voglio ricordare almeno due altre importanti leggi: l'*Ordonnance di Villers Cotterêts* (1539) per la Francia e le *Costituzioni milanesi* promulgate da Carlo V nel 1541: entrambe, pur se per ragioni diverse, significative nel processo di affermazione della giustizia penale che chiamo egemonica.

⁽²¹⁾ Già in J. P. KRESS, *Commentatio succincta in Constitutionem Criminalem Caroli V. Imperatoris ...*, Hanoverae, 1736, è dato trovare una lunga e convincente dimostrazione delle analogie e dipendenze che legano il progetto di Massimiliano del 1495 — passato attraverso ulteriori progetti del 1521 e del 1529 — alla legge di Carlo del 1532.

Sovrano, marginalizzando consuetudini, pratiche comunitarie di giustizia contrattata, arbitrio di giudici, leggi locali ed usi consolidati delle diverse curie ⁽²²⁾. Il processo che quella legislazione porta con sé nell'area tedesca è un processo *centralizzato, inesorabile, scritto, sapienziale, straniero (diritto romano e diritto canonico), e imposto*. Massimiliano dovette subire la dura opposizione delle Comunità e dei Principi, che gli impedirono di mettere in vigore la sua *Constitutio criminalis*. Dopo altre resistenze ed altri rifiuti manifestati in numerose Diete, l'operazione riuscirà a Carlo V, che pagò tuttavia il pedaggio di diversi aggiustamenti che andavano incontro, si direbbe oggi, alle esigenze dei poteri diffusi. Ed occorre aggiungere che, una volta entrata in vigore, la *Constitutio Criminalis* del 1532 continuò a fare fatica nell'affermarsi come norma universalmente praticata ⁽²³⁾: la giustizia egemonica porterà dunque a termine il suo percorso solo (molto) più tardi.

È giusto nel 1494 che, proprio in Germania, e per la prima volta in Europa, alla Giustizia viene messa la benda ⁽²⁴⁾

Mi sembra plausibile attribuire a questa operazione simbolica il senso di una resistenza culturale alla giustizia egemonica che avanza, togliendo spazio alla giustizia ragionata, negoziata e 'condivisa', patrimonio della risalente autonomia delle comunità.

Nella raffigurazione della *Narrenschiff* di Sebastian Brant c'è insieme

⁽²²⁾ Lo stesso criterio egemonico sembra ispirare la creazione (che è dello stesso anno del *Projectum* di Massimiliano, il 1495) del *Reichskammergericht*, il Tribunale Camerale dell'Impero, al quale si assegnava la funzione di controllare la giurisprudenza delle Corti, orientandola al fine di uniformare la loro azione, nella prospettiva dell'unificazione del diritto dell'Impero.

⁽²³⁾ Cfr. J. H. LANGBEIN, *Prosecuting Crime in the Renaissance: England, Germany, France*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1974, spc. pp. 197-98.

⁽²⁴⁾ Il primo documento è un'illustrazione dell'edizione 1494 della *Nave dei folli* di Sebastian Brant (Basilea, typ. Berkman von Olpe). Nessuna raffigurazione di Giustizia con la benda è dato trovare in tutto il continente prima di allora. Panofsky colloca nel 1530 circa la comparsa di una Giustizia con la benda. La Giustizia, raffigurata in origine senza attributi (Giotto, Scrovegni, 1305), assume via via la bilancia, la spada, il ginocchio protruso e/o nudo, e poi la benda. Mi piace pensare che le raffigurazioni della giustizia bendata in area italiana siano molto rare, dal momento che — avendole cercate, anche se con impegno modesto — non ne ho trovate ancora. Questa piccola nota è dunque un *Call for blinded Justices*.

un gesto derisorio ⁽²⁵⁾ ed una radicale critica politica. Il folle assimila a sé la (nuova) Giustizia che sta conquistando il campo, la sfigura e le fa perdere identità. Essa viene accecata, e con ciò dissennata e privata dell'intelligenza.

La benda della Giustizia è stata riletta poi nel senso positivo di una giustizia che non si fa condizionare da niente e che tratta tutti allo stesso modo, non essendo in grado di (e non dovendo) distinguere chi ha davanti ⁽²⁶⁾. È una lettura particolarmente congeniale a chi è cresciuto dentro le ideologie giuridiche dello Stato di diritto, ma non bisogna dimenticare che la giustizia negoziata non è compatibile con l'eguaglianza dei soggetti e con l'inflessibilità della legge. La giustizia negoziata e comunitaria esige che i soggetti abbiano una loro certa, speciale e *visibile* individualità, che li accrediti e li pesi. Soltanto se non si è *uguali* davanti alla legge e davanti al giudice, si può ottenere un giudizio misurato sulle situazioni, ed esigere il 'privilegio' dei tutelati (forti o deboli che siano) nei confronti di coloro che non hanno appartenenza o hanno perso il diritto alla protezione. Se il rapporto tra le due giustizie può essere sintetizzato nell'espressione: *alle comunità locali i conflitti tra vicini, allo Stato i ribelli e i sans aveu* (Ph. Robert), è perché l'ordinamento consente l'ineguaglianza, e la giustizia, in quella cultura, è giusta solo se si tiene alla larga dal *summum ius*.

La benda non vuol dire "Io non guardo in faccia a nessuno, e cioè sono giusta", ma vuol dire "Non vi conosco più, vado alla cieca, sono ottennebrata, irragionevole, travolgente; sono una giustizia alienata, nel duplice senso di 'folle' e 'resa estranea'".

Che la giustizia non debba guardare in faccia a nessuno è un'idea da Stato di diritto. Nel Cinquecento, le comunità, gli integrati, i protetti, una giustizia che non distingue, che non considera, che non guarda bene in faccia alle persone ed alla loro *qualitas* — qualsiasi cosa abbiano fatto — non riescono a considerarla giustizia ⁽²⁷⁾. Dicendola alla grossa, che la

⁽²⁵⁾ Vi indovino un'allusione all'analogo scherno che si coglie in certe raffigurazioni del Cristo che viene messo alla colonna. Lo schema di comunicazione rappresentato è, in tutti e due gli eventi, la degradazione derisoria di qualcosa di sacro e supremo. Nel caso della Giustizia l'attore è (non può che essere?) un folle.

⁽²⁶⁾ Questa lettura 'in positivo' viene ben presto assunta ed orgogliosamente rivendicata dai poteri pubblici nell'area tedesca, con il disseminare vie, piazze, tribunali e libri di immagini della Giustizia bendata. L'adozione di una raffigurazione *olim* derisoria fa pensare ad altre simili rivendicazioni di età moderna: i riformati di Olanda che assumono il nome di *Straccioni*, la Francia che adotta il gallo, le Teste rotonde (o rapate) inglesi, e così via.

⁽²⁷⁾ Essa dovrebbe giudicare *omnibus perspectis*. Comunemente il giudice era ammonito a decidere soltanto "...et lege, et iure, et natura facti, et qualitate personarum, eius qui fecit eiusque qui passus fuit, bene inspectis et ponderatis".

Giustizia non voglia più fare differenze là dove bisogna farle e si sono sempre fatte, è avvertita come “roba da matti”.

— Torno alla *Constitutio Criminalis Carolina* del 1532.

Alcuni dei suoi salienti contenuti, che qui di seguito sintetizzo ed elenco, richiamano insieme i *caratteri della giustizia egemonica* ed alcune di quelle che sono state da tempo indicate come *peculiarità del processo dell'inquisizione romana*. Non sottolineerò le concordanze. Le lascio all'intelligenza dei presenti, che ben conoscono i tratti distintivi del processo dell'inquisizione e del suo apparato di giustizia.

La Costituzione Criminale di Carlo V depotenzia le giustizie penali feudali e cittadine ⁽²⁸⁾, vige su tutto l'Impero germanico, si vale di un apparato giudiziario strutturato dal centro, diffuso sul territorio, con uffici uniformati e con giudici esperti e professionali, nominati o approvati dalle autorità imperiali. Non sfuggono le analogie con la struttura organizzativa che l'inquisizione romana assumerà sempre più compiutamente nella seconda metà del XVI secolo.

La Carolina produce un modello di *processo informativo scritto e segreto*, che ha precedenti in Europa, coronandolo, se posso dire, e compendiandolo a livelli più alti. Con la decisiva novità di poggiare *sulla legge*, non più sullo *ius* o sulle consuetudini (diritti locali), e di avere quindi un vigore generale, *erga omnes*, ma quel che più conta, *cogente per il giudice*, che alla legge deve sottostare. Il processo dell'inquisizione non sembra avere ignorato questi caratteri. E se pure è arduo parlare di derivazione, o di semplice influenza del modello carolino sulla nuova inquisizione cinquecentesca, si può tuttavia affermare la comune insistenza dei due processi nel solco dell'egemonico maturo ⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ Sua intenzione strategica sarebbe stata quella di abolirle. L'art. 218 della Carolina abroga diverse *pravae consuetudines* di Stati regionali.

⁽²⁹⁾ C'è, per esempio, nella legge Carolina, una disciplina minuziosa della tortura, che risente evidentemente delle riflessioni della dottrina sui limiti e sulle 'garanzie' che devono circondarla (cfr. M. SBRICCOLI, *Tormentum idest torquere mentem. Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell'Italia comunale*, in *La parola all'accusato*, a cura di J.-C. Maire-Vigueur e A. Paravicini Bagliani, Palermo, Sellerio, 1991, pp. 17-32 [t. I, pp. 111-128]), e c'è una coscienza lucida dei rischi connaturati alle evenienze probatorie che dalla tortura possono emergere, in rapporto con il fine fondamentale del conseguimento processuale della *veritas*. Il processo dell'inquisizione romana, su questo punto, appare in continuità con la Carolina più che con la tradizione dell'inquisizione

A norma della Carolina, il giudice giura che non farà differenze tra poveri e ricchi e tra deboli e forti; giura che non agirà per amore o per odio, che non vorrà ricompense e non accetterà regali.

Se avrà incertezze, quanto al procedimento o alla decisione, consulterà le autorità superiori. Un Collegio di sapienti nella più vicina Università lo consiglierà. Le sue richieste di consultazione avverranno per iscritto, e saranno documentate e circostanziate minuziosamente.

La Carolina contiene precise norme, poste a garanzia contro le inique, le pretestuose o le imprudenti accuse.

Numerose, dettagliate ed accurate norme guidano il giudice in ciò che concerne gli interrogatori di accusati e testimoni, ma soprattutto la raccolta degli indizi e delle prove, e la loro valutazione. L'*ars inveniendi ac ponderandi indicia* della giustizia penale ordinaria, sta in simmetria con l'*ars interrogandi* dell'inquisizione, perché è omologa al rapporto *intentio-factum* (ovvero *conscientia-actus*). L'inquisitore è soprattutto il giudice delle *intentiones*, e della *conscientia*, mentre il suo omologo ordinario va soprattutto alla ricerca di azioni e fatti. Il primo ha come mezzo primario l'*extorsio verborum*, il secondo la *collectio indiciorum*.

La Carolina indica il modo generale dell'interrogatorio, misurandolo sulle esigenze della prova del fatto (art. 48): *quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quando, quomodo*. Poi, negli articoli successivi, dettaglia, crimine dopo crimine, le domande utili e necessarie: così per la lesa maestà, l'omicidio⁽³⁰⁾, il veneficio, l'incendio, il *crimen magiae*, ecc. Di seguito, disciplina l'esame delle circostanze, dei complici e degli intervenuti; detta la maniera di adattare l'interrogatorio e la tortura al reo⁽³¹⁾, al delitto ed alle contingenze, vietando

medievale: una 'teoria dello scopo' più attenta e coerente sembra infatti caratterizzarlo nella sua fase cinque-seicentesca.

⁽³⁰⁾ Per es., per l'omicidio, le domande vanno rivolte perché si possa scoprire: *ex quibus causis, quo loco, quo tempore, an cum an sine sociis factum, quinam illi socii sint, an arma et quae, quae verbera, quae vulnera, an occisus secum aliquid portaverit, an homicida id abstulerit, quorum impenderit, ubi cadaver sepeliverit*.

⁽³¹⁾ Un tratto di differenza rispetto alle regole dell'inquisizione, che è un'importante differenza di 'stile', sta nel *divieto* che la Carolina contiene di mettere a verbale le parole proferite dal paziente mentre è sottoposto al dolore, ove non siano costitutive della risposta.

l'uso di forme di tortura che vadano al di là di quelle previste e consentite.

In quell'istituto *sui generis* che è la chiamata di correo (mezzo probatorio terzo rispetto all'indagine sulle intenzioni o sul fatto), inquisizione e legge Carolina vanno di pari passo. Tutte le cautele assunte dall'inquisizione in materia, così spesso lodate come segno di una superiore attenzione alle garanzie, alla affidabilità delle accuse, alla trasparenza delle indagini, sono già integralmente assicurate dall'art. 31 della Carolina ⁽³²⁾.

Riassumendo, e senza voler trarre conclusioni affrettate, mi pare tuttavia di poter dire che la struttura sintetica della Costituzione Criminale Carolina potrebbe essere letta, con uno sforzo piccolissimo, come l'inventario delle questioni nelle quali si è articolata ed impegnata l'inquisizione romana:

Artt. 1-5:

Struttura delle Corti, reclutamento dei giudici, disciplina delle questioni di staff (nomine, deleghe, autorizzazioni).

Artt. 6-17:

Avvio dell'azione, o accusa (su denuncia, per fama, *ex inquisitione generali, ex alia materia sub iudice*).

Artt. 18-77:

⁽³²⁾ Nelle denunce fatte dai rei occorre: che al delatore o denunciante (*breviter*: l'incolpatore) non sia indicata in nessun modo la persona, e tanto meno sotto il tormento. Che l'incolpatore sia interrogato accuratamente sul dove, come, quando, perché e con chi, così che ci sia certezza delle circostanze, oltre che della persona chiamata in correità. Che non vi siano inimicizia, avversione, discordia, tra l'incolpatore e l'incolpato. Che la persona denunciata sia tanto sospetta da essere dall'opinione pubblica fortemente ritenuta capace del misfatto. Che l'incolpatore perseveri coerente e fermo nell'incolpazione. E qui l'Imperatore aggiunge un ammonimento, che è possibile leggere nell'ultima parte dell'art. 31, "... dichiariamo di non poter approvare l'abuso di alcuni confessori, i quali nella confessione consigliano ed istruiscono i denunciati a ritrattare la incolpazione. A simile abuso si deve mettere riparo al più presto, perché a nessuno deve essere permesso di operare contro la Repubblica col proteggere i malvagi, facendo rimanere occulti i loro misfatti, a danno ed ingiuria degli innocenti". La giustizia egemonica, per quanto provvista di una forte capacità propulsiva, scontava in partenza resistenze e difficoltà. "Pratiche da preti cattolici", avrebbe poi detto Johannes Paul Kress nella sua *Commentatio* del 1736, rintuzzando l'opinione di Damhouder secondo il quale bisognava vedere se il delitto fosse veniale o mortale, prima di prendersela col confessore ostruzionista.

Procedura inquisitoria, valore degli indizi e loro dottrina, interrogatori, uso e fini della tortura, testimoni, cautele, stili.

Artt. 78-103:

Regole per la chiusura del processo, sentenza di condanna o di assoluzione, esecuzione della pena.

Artt. 181-203:

Accurate regole per la verbalizzazione e la conservazione dei documenti.

Artt. 204-206:

Costi processuali, spese autorizzate e loro imputazione.

Art. 218:

Abrogazione di legislazione particolare e consuetudini.

Art. 219:

Provvedimenti per la pubblicazione, diffusione e pubblicità della legge e degli atti conseguenti. Norme per la trasmissione degli atti processuali alle autorità designate, in caso di dubbio sul procedimento o sulla decisione.

Ripeto che non esistono elementi che consentano di istaurare un rapporto di derivazione tra la legislazione penale di Carlo V ed il complesso di norme e pratiche che caratterizzò l'azione repressiva dell'inquisizione romana. Tuttavia, le numerose omologie strutturali e i molti tratti comuni che facilmente si rilevano, mostrano che il processo dell'inquisizione sta a pieno titolo dentro una stagione processuale 'ordinaria', viene da una tradizione che è la stessa da cui proviene la giustizia penale degli Stati, ed è in un rapporto di sostegno e nutrimento *reciproco* con la cultura giudiziaria dell'egemonico. Il suo stesso lascito andrà del resto ad alimentare e perfezionare il processo penale inquisitorio degli Stati continentali, fin dentro l'esperienza del ventesimo secolo.

La giustizia che definisco egemonica, indirizzata dal centro o dall'alto, pubblica, unificata, normativizzata, proattiva, esigente e ineluttabile, strumento primario di governo, appare come il calco sul quale anche il processo dell'inquisizione romana sembra essersi modellato: fonte di principi, di tecniche processuali, di accorgimenti, essa è anche l'ispiratrice di un modo di condurre la repressione fondato su apparati giudiziari razionalmente organizzati.

Il Processo dell'inquisizione, al pari del processo egemonico pubblico, ha carattere repressivo ed è principalmente orientato alla irrogazione della pena.

Allo stesso modo dello *iudicium publicum* ordinario di origine romana, strutturatosi come processo ad azione pubblica e imperniato sull'attività proattiva di un giudice ⁽³³⁾, quello dell'inquisizione è un processo che si assegna scopi in senso largo politici, ed è principalmente orientato alla irrogazione della pena. Non che esso non svolga incidentalmente, lungo il suo corso, altre funzioni ritenute desiderabili: la dissuasione o la persuasione di un soggetto deviante o pericolante, per esempio, oppure effetti di annuncio all'esterno, o di provvida terrizione tra le fila dei fedeli. Ma sembra che è attraverso la penalità che esso svolge principalmente il suo mandato.

La pena, come si sa, va da quella suprema — l'estirpazione dell'empio incorreggibile — a quella infima, meramente penitenziale, irrogata a colui che si è autenticamente pentito di una trasgressione minuscola. È essa, comunque, il fine dell'azione. Non c'è, come nella giustizia comunitaria, o in quella pubblica infiltrata di elementi negoziali, uno spazio consentito per la 'soddisfazione' della vittima: perché non c'è vittima; non potendosi peraltro la comunità dei fedeli, messa in pericolo dall'eretico, risarcire se non con il mezzo della sua punizione. Punizione che, nelle sue forme tipiche, corrisponde strutturalmente alla *espulsione* del reo: la scomunica ed il rogo sono per eccellenza forme punitive che realizzano una radicale esclusione, ma anche le pene medicinali, le correttive o rieducative, stanno nel presupposto che il soggetto che le ha scontate non corrisponde più a quello che le ha meritate: la *reformation* che esse inducono, finisce per restituire alla comunità dei fedeli 'un'altra persona', diversa da quella che è stata 'allontanata' attraverso l'espiazione della pena.

L'eresia, crimine senza vittima, si presta *per sua natura* ad essere trattata con la sola pena. Non c'è luogo a risarcimenti, né tanto meno a negoziazioni, perché c'è, intrinseca, una logica non-negoziale nei reati senza vittima o in quelli che oggi chiamiamo 'di pericolo'. C'è, questo sì, la possibilità del perdono. Ma il perdono è semplicemente l'altra faccia necessaria della pena: non esisterebbe la nozione stessa

(33) M. SBRICCOLI, *Vidi communiter observari*, cit., pp. 231-268 [t. I, pp. 73-110].

di perdono, se non esistesse la categoria del male-che-merita-la-pena.

Se la legge è l'elemento di legittimazione dell'egemonico e se il reato politico gli fornisce il paradigma processuale, la pena è certamente il suo principale vettore.

Ma se un apparato di giustizia che si fonda soltanto sulla legge (nel quale, tra l'altro, non c'è spazio per il *moderamen* della scienza giuridica e della sua ragionevolezza ⁽³⁴⁾, adotta il paradigma del processo politico pensato per i nemici (del Principe, o della Fede), dirigendolo verso l'esito di una pena 'distruttiva', e comunque 'espulsiva', c'è da dubitare che ci si trovi ancora in presenza della nozione di 'giustizia', così come essa è stata costruita ed intesa nell'esperienza medievale e protomoderna. Quello che l'egemonico mostra sembra piuttosto un *apparato per la repressione*.

C'è da dubitare che l'inquisizione stessa, al di là della rappresentazione che potesse darne, pensasse alla sua azione come ad una azione di giustizia. È tuttavia, questo, un punto sul quale non mi pronuncio e che lascio alla riflessione dei più esperti di me.

Quel che mi pare di poter dire è invece che lo Stato, al termine del lungo cammino del dispositivo penale costruito dagli apparati egemonici pubblici, riceve un processo che non ha più molto a che fare con la 'giustizia' (nelle sue antiche accezioni di giustizia distributiva e commutativa) e con un lungo, ideologico ed egemonico 'discorso', non diverso nel metodo da quello che ha portato alla creazione 'immaginaria' della stessa categoria di Stato ⁽³⁵⁾ lo *rimette* sul terreno della *giustizia*.

La giustizia penale resterà nominalmente *giustizia* penale, anche se non avrà più molto a che fare con la sua lontana progenitrice,

⁽³⁴⁾ È questo un aspetto trascurato da questa sintesi, che forse potrà essere sviluppato a suo tempo. C'è infatti da chiedersi quale sia stato il ruolo dei giuristi nella complessa vicenda dell'avvento dell'egemonico, posto che il suo approdo finale arriverà a ridurre radicalmente il peso dei giuristi, ridimensionando drasticamente i loro compiti.

⁽³⁵⁾ L'allusione è al fondamentale libro di P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, nel quale si dimostra come la nozione di Stato non sia che il risultato di una straordinaria produzione di discorsi, creativi di immagini, metafore, enunciati, modelli, paradigmi e rappresentazioni che finiscono per far apparire e dare dura esistenza ad una cosa che, a ben ragionarci, è puramente immaginaria.

quella che non aveva né spada, né benda, e faceva di se stessa una bilancia ⁽³⁶⁾, senza neanche ricorrere a strumenti che l'esperienza popolare sapeva essere manipolabili ed infidi. Avrà molto a che fare, invece, con la legge. Il punto di gravitazione dell'agire penale diverrà infatti la legge, e soltanto la legge.

Il Processo dell'inquisizione era severo o indulgente? E l'inquisizione era più o meno garantista della giustizia ordinaria pubblica?

Stante il quadro tracciato fin qui mi sembrano perdere interesse, se non fondatezza o legittimità, le osservazioni che lungamente sono state fatte, e si vengono ancora in parte facendo, sulla severità o indulgenza, durezza o bonarietà, umanità o inclemenza dell'agire dell'inquisizione romana. Così come appaiono a rischio di improprietà e approssimazione i giudizi sulla maggiore o minore 'garanzia' nell'azione processuale degli inquisitori, posto che le regole dalle quali desumiamo il suo grado o livello risalivano a tre secoli prima, ed erano patrimonio comune, condiviso dalla giustizia ordinaria ⁽³⁷⁾.

Diverso, ma arduo, sarebbe il discorso sulla effettività delle pratiche messe in atto dalla giustizia civile a fronte della protezione offerta dalle regole. Delle prassi concrete dell'inquisizione sappiamo paradossalmente di più di quanto sappiamo a proposito della giustizia penale ordinaria.

In generale, e comunque, se riesco a farmi capire, mi pare appena il caso di far notare che l'attitudine a 'riabilitare' l'inquisizione (che s'è rarefatta tra gli storici, ma non mi pare del tutto scomparsa dai nostri orizzonti) non è altro che una maniera di tenere in vita la stessa logica che produsse un tempo la demonizzazione.

⁽³⁶⁾ Chi ha presente la Giustizia raffigurata da Giotto (1305) nella Cappella degli Scrovegni a Padova, ricorderà che essa siede in trono, e tiene le braccia leggermente allargate, tanto da disegnare col suo corpo una bilancia alla greca, con le due mani che alludono ai piatti della bilancia e reggono due figure tra loro in conflitto, che essa Giustizia si accinge a pesare.

⁽³⁷⁾ *Entre autres choses*: il "Due Process" di cui parla K. PENNINGTON, *The Prince and the Law, 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Los Angeles-Oxford, University of California Press, 1993 (diritto alla convocazione, cautele sull'accusa, testi, procedura regolata, ecc.), il diritto alla difesa come diritto naturale, ecc., la valutazione regolata degli indizi e delle prove, la flessibilità disciplinata delle pene arbitrarie.

LA BENDA DELLA GIUSTIZIA. ICONOGRAFIA, DIRITTO E LEGGI PENALI DAL MEDIOEVO ALL'ETÀ MODERNA

1. *Ratio, Iustitia, Aequitas*. L'immagine "picta verbis" delle *Quaestiones de iuris subtilitatibus*. — 2. L'avvento del penale. La Giustizia non è più una virtù. — 3. Il modello triadico a Padova e Siena. — 4. La spada. — 5. Se la giustizia celebra se stessa. — 6. La benda in Germania, al seguito della legge. — 7. La metamorfosi della benda e le virtù del ginocchio.

Sul finire del XV secolo, alla vigilia di una svolta epocale del penale europeo, un folle, col suo berretto a sonagli e uno scardasso piantato nel didietro, mette una benda sugli occhi della Giustizia ⁽¹⁾.

Un arricchimento della tradizionale allegoria della Giustizia, si sarebbe detto più tardi. Un simbolo nuovo, la benda, che nelle rappresentazioni di *Domina Iustitia* si somma alla bilancia e alla spada — oppure al ginocchio, aggiungo io, protruso o nudo ⁽²⁾ —

(1) S. BRANT, *Das Narrenschiff*, J. B. von Olpe, Basel 1494, cap. 71. L'illustrazione si deve ad un Maestro dell'officina di Johann Bergmann von Olpe (c'è chi ha pensato ad Albrecht Dürer: cfr. W. WEISBACH, *Der Meister der Bergmannschen Officin: ein Beitrag zur Geschichte der Baseler Buchillustration*, J. H. E. Heitz, Strassburg 1896 e J. JANITSCH, *Das Bildnis Sebastian Brants von Albrecht Dürer*, J. H. E. Heitz, Strassburg 1906). Io mi servo della traduzione latina del lungo poema di oltre 2000 versi, realizzata da JACOB LOCHER, *Stultifera Navis [...] per Sebastianum Brant, vernaculo vulgarique sermone et ritmo [...] nuper fabricata, atque iam pridem per Iacobum Locher [...] in latinum traducta eloquium et per Sebastianum Brant denuo seduloque revisa*, Johann Grüninger, Strassburg 1497.

La più recente delle infinite riedizioni dell'opera di Brant si deve a M. RUPP: *Narrenschiff und Stultifera navis: deutsche und lateinische Moralsatire von Sebastian Brant und Jakob Locher in Basel 1494-1498*, Waxmann, Münster-New York-München-Berlin, 2002.

(2) Vedi più avanti, al paragrafo 7.

delle raffigurazioni tramandate. No. Non si tratta ancora di questo in quella fase, perché solo qualche decennio più tardi, e non prima, una serie di slittamenti di senso e alcune provocatorie rivendicazioni, sullo sfondo di rilevanti mutazioni dell'ordine penale, faranno della benda un attributo dominante nella iconografia della Giustizia (3). Come si vedrà più avanti, Sebastian Brant, professore di diritto a Basilea, e l'illustratore del suo *Narrenschiff*, non avevano alcuna intenzione di incrementare quell'allegoria con un dispositivo simbolico in più.

È vero invece che l'apparizione della benda in quel contesto iconografico confermò e rilanciò un rapporto tra realtà giuridica praticata e comunicazione simbolica instaurato da tempo e destinato a permanere e rafforzarsi. È quel rapporto che mi interessa. Questo scritto muove dal fatto che le raffigurazioni della Giustizia, sulle quali molto si è lavorato negli ultimi venti anni (4), appaiono

(3) Vedremo come questo processo investirà in modo particolare, nell'Europa centrale, l'area soggetta alla *Costituzione Criminale Carolina* voluta da Carlo V nel 1532.

(4) Una *concessio*, da subito. Ho incontrato la questione che affronto in questo saggio in un *Colloque della International Association for the History of Crime and Criminal Justice*, tenutosi a Tolosa nel lontano 1983, dedicato ad *Images et représentations de la justice du XVIe au XIXe siècle*. Da allora, cedendo al fascino dell'*ultra crepidam*, ho seguito con la curiosità del dilettante questo tema, scoprendone via via nell'opera dei giuristi e nella storia del penale le non lievi implicazioni storico giuridiche. Quasi ignara di quelle implicazioni, la pur vasta letteratura iconologica mi è tuttavia d'aiuto per la messe di immagini che fornisce e per l'analisi strutturale che ne propone; molto meno per le interpretazioni che da quell'analisi vengono fatte discendere. Non è dunque per caso che non un iconologo, ma un giurista penalista, sia l'autore dello studio che meglio ha messo a punto simbologie, metafore e dinamiche rappresentative, componendole in un discorso consapevole e persuasivo. Mi riferisco al libro di Ch.-N. ROBERT, *Une allégorie parfaite. La Justice: vertu, courtisane et bourreau*, Georg, Genève 1993, cui molto deve questo mio scritto, e che — pagato il prezzo di qualche lieve imprecisione — spicca tra gli altri per la ricchezza dei riferimenti e l'intelligenza dell'analisi.

Negli ultimi vent'anni, come dico nel testo, sono fiorite ricerche e rassegne, tra le quali vanno segnalate: S. Y. EDGERTON JR, *Icons of Justice*, in « Past & Present », n. 89, 1980, pp. 23-38; W. SCHILD, *Alte Gerichtsbarkeit. Vom Gottesurteil bis zum Beginn der modernen Rechtsprechung*, Callwey Verlag, München 1980; O. R. KISSEL, *Die Justitia*, Beck, München 1984; S. Y. EDGERTON JR, *Pictures and Punishment. Art and Criminal Prosecution during the Florentine Renaissance*, Cornell University Press, Ithaca and London 1985; W. SCHILD, *Zur Ikonologie des Jüngsten Gerichts*, in L. CARLEN (ed.),

manifestamente collegate alla congiuntura giuridica e sembrano assumere il passo delle diverse fasi evolutive della giustizia penale. Glosse, si direbbe, a ricorrenti passaggi della storia giudiziaria, prima ancora che attestazioni dentro la storia generale dell'iconografia civile.

Raramente le immagini di *Domina Iustitia* trasmettono un'idea puramente astratta. Raramente si lasciano impoverire dall'abuso retorico. Quasi mai, in età medievale e moderna, ci appaiono 'prive di senso', avulse, disgiunte dal contesto, sconnesse dai fatti e dalle realtà del mondo giuridico che evocano. Quanto meno assolvono ad una seppur limitata funzione esortativa. Già il fatto di infittirsi in coincidenza con determinati punti di svolta della giustizia praticata ⁽⁵⁾ o nel momento in cui matura la coscienza del nesso politico che tiene insieme l'opera della giustizia e le condizioni dei governati, mostra che quella iconografia assegna a se stessa una finalità ideologica, funge da annuncio programmatico, non è decorativa né accessoria.

L'immagine è sintesi e comunica con forza. Tra medio evo ed età moderna essa ha una dignità e un peso che vanno ben oltre quello che noi riusciamo a calcolare. Essa è testo. Ma quel che si afferma con l'immagine ha in più, rispetto allo scritto, un potenziale di comunicazione praticamente universale, ha la solennità del *medium* e si vale di una radicazione nella tradizione capace di conferirle speciale gravità e imponenza.

Non dimentichiamo che l'*imago* sta, insieme al *verbum*, nei motivi archetipi dell'antropologia cristiana. Al momento della sua prima apparizione nel Libro, nell'atto stesso della sua creazione, l'uomo è designato come *imago*. Figura e *somiglianza* recano dunque un carattere fondativo, evocano il *rapporto* con Dio e stabiliscono i

Forschungen zur Rechtsarchäologie, Schulthess, Zürich 1988, vol. 10; Id., *Gerechtigkeitsbilder*, in W. PLEISTER, W. SCHILD (eds), *Recht und Gerechtigkeit im Spiegel der Europäischen Kunst*, Du Mont, Köln 1988, pp. 86-171; R. JACOB, *Images de la Justice. Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen Age à l'âge classique*, Le Léopard d'or, Paris 1994; P. FERREIRA DA CUNHA, *La balance, le glaive et le bandeau. Essai de symbolologie juridique*, in « Archives de philosophie du droit », 40, 1996, pp. 106-120.

(5) L'infittimento ha quasi un ruolo di 'notificazione' delle mutazioni epocali della giustizia (penale) amministrata. Nel primo Trecento italiano, nel Quattrocento in Francia e nelle Fiandre, nel Cinquecento in area tedesca.

tratti stessi dell'*humanitas*. Stanno nella incorporazione dell'idea di *rapporto* (*ratio* per i latini), e nella presunzione della *somiglianza* (per i latini *imago*) il prestigio e la *fides* delle immagini.

Esse servono alla *imitatio* ⁽⁶⁾. Sono, come si diceva, *biblia pauperum*, ed equivalgono per gli illetterati a ciò che la scrittura è per i dotti: « unde praecipue gentibus pro lectione pictura est » ⁽⁷⁾; il che vale tanto più quando, come nel caso delle rappresentazioni della Giustizia — pedagogiche, esortative, ma anche minatorie e *terribiles* — l'intenzione edificante è immanente, e l'*ostentatio* viene fatta, tra l'altro, *ad monendos malos*. Avverrà in più circostanze che essendo insieme compendio metaforico della realtà e chiave per leggerla, la *Giustizia raffigurata* sembri voler 'preavvertire' i consociati in ordine a cosa debbano aspettarsi dalla *giustizia praticata*. In quei contesti — altro criterio ispiratore di questo scritto — l'iconografia della Giustizia è fortemente connessa con le dinamiche dell'ordine giuridico dentro il quale è prodotta: talora, alle radici di un'immagine c'è una strategia di legittimazione, oppure essa 'esce' da un testo giuridico che la postula, o trova un giurista che la ispira, la chiarisce o la spiega ⁽⁸⁾.

Bisogna da ultimo riflettere sul fatto che nella cultura medievale (e per molto tempo in seguito) le immagini non trasmettono — come farebbe un moderno *medium* — idee, culture o convinzioni già esistenti, compiute, separate da esse. In realtà quelle idee, quei *significati*, si sostanziano con l'immagine, prendono lì la loro forma, e nell'immagine (*per/con* essa) esercitano la loro funzione, conse-

⁽⁶⁾ « Imagines pinguntur pro ideotis, ut qui literas nesciunt ibi addiscant quod imitentur », scrive Bartolomeo Fumi, riecheggiando Gregorio Magno, nella *Summa quae Aurea Armilla inscribitur*, ap. Franciscum Bindonum, Venetiis 1558, voce *Imago*, n. 2 in fine.

⁽⁷⁾ Dice « gentibus », alludendo ai paganeggianti, che più degli altri possono trarre edificazione dalle immagini, perché non conoscono le scritture. Il passo viene dalla famosa lettera che nell'anno 600 Gregorio Magno scrive al vescovo iconoclasta Sereno di Marsiglia (MGH, *Epistolae*, Akademie-Verl., Berlin 1957, pp. 269-72).

⁽⁸⁾ Non è azzardato pensare che uomini di legge guidassero la mano dell'artista nel rappresentare la Giustizia, o ne ispirassero i tratti, allo stesso modo in cui il teologo o l'uomo di chiesa prescrivevano all'artefice il criterio per raffigurare un dogma o un mistero della fede in un bassorilievo o nella miniatura di un manoscritto: cfr. E. H. GOMBRICH, *La storia dell'arte*, Leonardo Arte, Milano 1995, pp. 178 sgg.

guendo i loro effetti. Un'allegoria, più che illustrare il suo *dictum*, lo costituisce; più che divulgarlo, lo modella al modo in cui gli osservatori lo acquisiranno al bagaglio delle loro consapevolezze. Ciò impone allo storico di non considerare l'immagine alla stregua di una fonte accessoria, o come il complemento secondario di analisi che si fondano sulle consuete fonti primarie. Ponderazione dell'immagine e interpretazione storica dei contesti e dei rapporti stanno insieme, e formano un'unica complessità. Quanto allo storico del diritto, stesse condizioni, stessi compiti. Sarà bene, da un lato, che profitti della *naïveté* di certe rappresentazioni, o della pregnanza di qualche figurazione metaforica, per cogliere nelle immagini che illustrano il giuridico un grado di evidenza e di *outspoken* che difficilmente troverebbe nei testi ⁽⁹⁾. E sarà bene, dall'altro, che — incrementando il suo ordinario arsenale euristico con un ulteriore 'tipo' di fonte — si abitui a valutare l'*imago* con la stessa accuratezza con cui sa cogliere, nel giuridico, ragioni e proporzioni: non dimenticando che l'immagine, per la sua natura, è *litera*, ma anche *sensus*.

1. Ratio, Iustitia, Aequitas. *L'immagine "picta verbis" delle Quaestiones de iuris subtilitatibus.*

È appena passata la metà del XII secolo quando un giurista, di grande qualità ma di identità incerta ⁽¹⁰⁾, forse un *magister* cittadino

⁽⁹⁾ Esempiare lo studio delle ricorrenze formali che consentono di precisare la funzione ideologica delle immagini che illustrano un manoscritto (circa 1290) del *Decretum* di Graziano (ms W. 133 della *Walters Art Gallery*) condotto da J.-C. SCHMITT, *Le miroir du canoniste. Les images et le texte dans un manuscrit médiéval*, in « *Annales ESC* », 1993, n. 6, pp. 1471-495.

⁽¹⁰⁾ Diciamo pure sconosciuto. Sull'autore delle *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, abbiamo più di cent'anni di dotte e robuste riflessioni dalle quali abbiamo ricavato, sostanzialmente, che non si sa chi è. Pazienza. Per il piccolo punto di vista da cui muovo in questo saggio non è così importante avere il nome dell'autore, perché mi sono sufficienti le sue idee. Del resto — forse inconsapevolmente orientato da uno degli impliciti dell'insegnamento di Paolo Grossi — mi sono sempre sentito poco attratto dalle perlustrazioni attributive, dall'euristica delle collazioni e dal talento investigativo applicato a frustoli e frammenti. In una parola, da quella che Bartolomé Clavero ha efficacemente additato come 'filologia autistica' (B. CLAVERO, *Tomás y Valiente. Una biografía intelectual*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 34). Grato a chi applica fatica e ingegno

della bassa lombarda, racconta di essersi imbattuto nel *Templum Iustitiae* ⁽¹¹⁾ e tratteggia la prima espressiva allegoria della Giustizia dell'età medievale e moderna. Aderendo a un dettame della *rhetorica pictrix* dei classici, ma in ossequio ad un canone corrente dell'illustrazione romanica e gotica, egli mette la *Iustitia* al centro di un ideale frontone, mostrandocela in una postura di solenne dignità, col volto atteggiato a tristezza, intenta a pesare con una equilibrata bilancia. La sovrasta ⁽¹²⁾, dominandola, la *Ratio*, che ha occhi siderei, e un acuto sguardo sfolgorante ⁽¹³⁾, attributi che i classici riservarono spesso alla *Iustitia* stessa ⁽¹⁴⁾; le stanno intorno, vicine come figlie alla madre, sei figure: *Religio*, *Pietas*, *Gratia*, *Vindicatio*, *Observantia* e *Veritas* ⁽¹⁵⁾. Stretta ad essa, come tenuta in grembo, sta l'*Aequitas*, col volto soffuso di be-

per sciogliere sigle, restituire paternità, e soprattutto scovare e pubblicare testi, chi scrive ha deciso da sempre di restare fuori dalla storiografia delle ricostruzioni congetturali, fonte di controversie senza fine, per limitarsi a goderne i frutti, quando ci sono, e si presentano sensati e stabili.

⁽¹¹⁾ Dell'*Exordium* delle *Quaestiones*, della visione del *Templum Iustitiae*, dei suoi modelli classici, di cosa potrebbero dirci sull'identità dell'autore e sulla contestualizzazione dell'opera, si è scritto moltissimo. Io segnalo il contributo di E. H. KANTOROWICZ, *I due corpi del re. L'idea di regalità nella teologia politica medievale*, tr. it., Einaudi, Torino 1989, pp. 93 sgg. per l'intelligenza della sua lettura, messa al servizio di un'idea forte che rende marginali alcune piccole improprietà interpretative; il saggio di B. PARADISI, *Appunti per un commento alle "Quaestiones de iuris subtilitatibus" ("Exordium")*, in Id., *Studi sul medioevo giuridico*, Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, Roma 1987, II, pp. 799-853, per la densa erudizione; le pagine di E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II. *Il basso medioevo*, Il Cigno, Roma 1995, pp. 111 sgg., per le convincenti annotazioni sugli orientamenti giuridici e politici dello sconosciuto autore, che aiutano a leggere meglio le sue allegorie, e per gli ulteriori rinvii bibliografici.

⁽¹²⁾ Stando alla lettera del racconto, la *Ratio* stava 'sdraiata sulla testa' della Giustizia. Vedremo più avanti che questa stranezza non è priva di senso.

⁽¹³⁾ « quasi per speculum mihi visa est ineffabili dignitatis habitu Iustitia, cuius in vertice recumbebat oculis sidereis ardenti luminis acie Ratio » (*Quaestiones de iuris subtilitatibus*, a cura di G. Zanetti, La Nuova Italia, Firenze 1958, *Exordium*, 3, 29-32).

⁽¹⁴⁾ Così almeno ci dice Aulo Gellio, *Noctes Atticae*, XIV, 4 (a cura di P. K. Marshall, Clarendon Press, Oxford 1968, II, p. 438) quando, citando il filosofo Crisippo, e richiamando l'*imago Iustitiae* dei pittori e dei retori più antichi, la dice di forme e di portamento virginali, piena d'ardore e di temibile aspetto « luminibus oculorum acribus, neque humilis neque atrocis, sed reverendae cuiusdam tristitiae dignitate ».

⁽¹⁵⁾ Sono le sei virtù civili, già disposte nella stessa sequenza da Cicerone, *De inventione*, II, 53, comunemente considerate 'parte della giustizia', sulla scorta dell'*Etica Nicomachea* di Aristotele.

nignitas ⁽¹⁶⁾, che l'aiuta a ponderare le cause di Dio e degli uomini ⁽¹⁷⁾. Un'*aequitas* che non prevale, e che non precede la giustizia, ma che discende in qualche modo da essa: *filia*, al pari delle altre sei virtù, ma anche *socia*, nel tenere in equilibrio, in un gioco di contrappesi e compensazioni, la bilancia della Giustizia ⁽¹⁸⁾.

Un ideale frontone, dicevo, perché la dislocazione delle immagini, con la Giustizia al centro, le Virtù che la contornano, la *Ratio* che la ispira dall'alto e l'*Aequitas* che ne deriva in basso, rimanda ai diffusissimi complessi illustrativi che proprio nella fase delle prime cattedrali gotiche ⁽¹⁹⁾, o in quella del tardo romanico italiano, nel pieno di quel XII secolo, costellano anche catini e fronti d'altare, oltre che innumerevoli portali. Insieme di immagini simboliche e narrative, provviste di un centro e organizzate con figure dominanti e di contorno, espresse con icone disposte in didascalica gerarchia, nelle lunette o tra il timpano e l'architrave ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁶⁾ « Sub ipsius autem amplexu resedit Equitas vultu benignitatis pleno » (*Quaestiones d.i.s.*, cit., *Exordium*, 3, 34-36).

⁽¹⁷⁾ « Causas [...] et Dei et hominum crebris advertebat suspiriis [la Giustizia è classicamente velata di tristezza, e melanconica: v. sopra, nota 14] easque lance prorsus equabili per manus Equitatis trutinabat, ut salvo singulis suo merito servetur incorrupta societas hominum cunctorumque perseveret illibata communitas » (*Quaestiones d.i.s.*, cit., *Exordium*, 4, 43-47).

⁽¹⁸⁾ « Quedam tamen et alia extra id quod Equitate socia curabat expedire nitebatur, cupiens et ea libre iam dicte ponderibus exequare » (*Quaestiones d.i.s.*, cit., *Exordium*, 4, 47-50).

⁽¹⁹⁾ Si inizia nel 1140 con le cattedrali di Senlis e di Noyon, e si procede con decine d'altre, da Chartres a Colonia, da Avila ad Aquisgrana, da Canterbury ad Angers, fino a *Notre-Dame* di Parigi, avviata da Alessandro III nel 1163, e compiuta nella seconda metà del Duecento: si veda W. SAUERLÄNDER, *Le siècle des cathédrales, 1140-1260*, Gallimard, Paris 1989 (tr. it. *Le cattedrali gotiche, 1140-1260*, Rizzoli, Milano 1991) che documenta largamente la messe di timpani ed architravi che fanno riferimento a quel codice comunicativo. Bisogna dire che l'area italiana resta sostanzialmente fuori da questa fioritura gotica, ma vanno tuttavia fatte due considerazioni: a) la cifra allegorica di cui parlo non origina nella scultura architettonica, come dirò tra breve, ma rinvia ad archetipi scritturali comuni che agiscono da capostipite. Il giurista delle *Quaestiones* metamorfizza il sacro in immaginario giuridico, con un processo comunicativo omologo a quello con cui lo scultore, istruito a dovere, produce immaginario cristiano; b) quella cifra ricorre — producendo schemi semplificati ma leggibilissimi — anche nei fregi, nei pontili, nelle lunette delle grandi chiese romaniche del XII, tra Lombardia ed Emilia.

⁽²⁰⁾ Un esempio è quello ripetuto nel portale occidentale della chiesa di Saint

C'è da dire che lo schema non origina nella scultura ornamentale, né è tipico di essa, ma risale di molto, e a lungo permarrà. Ne abbiamo un esempio precedente (inizi dell'XI secolo) nella raffigurazione di Enrico II in trono, ispirato dallo Spirito in alto, proseguito in basso dall'*Ensis aequitatis* e contornato da sei figure: *Iustitia*, *Lex*, *Pietas*, *Ius*, *Prudentia* e *Sapientia* (21). Ne abbiamo un altro, probabilmente coevo, nel Trittico smaltato di Stablo, dedicato al giudizio universale, nel quale la *Iusticia* occupa il centro reggendo una grande bilancia, in mezzo a *Veritas*, *Iudicium*, *Elemosina*, *Gratia*, *Misericordia* e *Pietas* (ancora sei: e le due ultime fanno la parte dell'*aequitas*, stando ai suoi piedi e temperando la bilancia), sovrastata da Cristo *Filius hominis* (22). Un altro ancora, di poco successivo (circa 1185), nell'Evangelario di Enrico il Leone, là dove si illustra la creazione del mondo, disponendo allegorie, immagini e simboli intorno alla figura centrale di un Cristo in maestà (23).

Insisto nel dire che l'immagine della Giustizia che troviamo nell'*Exordium* delle *Quaestiones*, è omologa ad altre, di diverso

Trophime ad Arles (1190), o nel portale reale della cattedrale di *Notre Dame* a Chartres (1145-55): il Cristo, al centro, è contornato dal tetramorfo — i quattro simboli degli evangelisti disposti in modo simmetrico intorno a lui — mentre gli apostoli, in ordine, gli sottostanno. Lo schema, con varianti, ma con la costante del Cristo al centro, di figure che lo attorniano, e di altre che gli soggiacciono, riappare nel portale interno della basilica della Madeleine a Vézelay (dopo il 1120), nella cattedrale di Saint-Lazare ad Autun (1130), o nel portale della Gloria della cattedrale di Santiago de Compostela (1188).

(21) È nell'evangelario Vaticano Ottoboniano lat. 74, f. 193v. Fu pretesto per una delle difettose (e comunque *négligeables*: del genere 'dove stava il *Templum Iustitiae*'?) congetture sulle *Quaestiones de iuris subtilitatibus* nel remoto studio di A. GAUDENZI, *Il Tempio della Giustizia a Ravenna e Bologna e il luogo in esso tenuto dal diritto longobardo*, in « Mélanges Fitting », Société Anonyme de l'Imprimerie Générale du Midi, Montpellier 1908, II, pp. 701-35, che la data al 1077-1082 e la riproduce fuori testo dopo la p. 718. È riprodotta anche in KANTOROWICZ, *I due corpi del re*, cit., ill. n. 20. La 'spada dell'equità è formula che prendo (con perplessità) da Gaudenzi (p. 723) che la riferisce ad una esecuzione di pena segnata dal motto « *Cesaris ad nutum dampnant lex iusque tyrannum* ». Vale la pena di notare che la Giustizia raffigurata in alto a sinistra tiene in mano una precoce bilancia.

(22) Notizie in KANTOROWICZ, *I due corpi del re*, cit., p. 97, nt. 73, che ne dà anche una riproduzione (ill. n. 19).

(23) Si può vedere riprodotta in J.-C. SCHMITT, *Le corps des images. Essais sur la culture visuelle au Moyen Âge*, Gallimard, Paris 2002, p. 57.

soggetto, prodotte materialmente da mani artigiane. E ciò non solo nel presupposto, dettato *olim* da Erwin Panofsky (24), che il pensiero medievale vada accostato a quell'architettura per essere letto con essa dentro la stessa logica esegetica. È l'interpretazione stessa dell'allegoria dell'*Exordium* che spinge ad integrare in un unico sforzo di comprensione la sua natura, la funzione assegnatagli dall'autore e la sua struttura di immagine scritta, ricalcata su altre che usano senza mediazioni i mezzi della rappresentazione figurativa (25).

Un primo indizio è di pugno dell'autore. Proprio come farebbe un visitatore, curioso del significato di una complicata allegoria gotica, il nostro giurista domanda cosa rappresentino quelle figure, e c'è chi gliene dice i nomi (26). Non si tratta quindi, nella logica del racconto, di una *sua* visione, di una fantasia formatasi nella *sua sola* immaginazione, ma di 'una cosa che c'è davvero', e che altri vedono con lui. Voglio dire che l'autore delle *Quaestiones* non prospetta una evanescente apparizione, ma riproduce nello scritto una *cosa* vista, sia pur restando al coperto della mediazione retorica del *ludus theatralis* con la quale inizia la sua narrazione. Nella oggettività narrativa del racconto quelle figure esistono *graphice [verbis] depinctae* (27), come possono esserlo le figure scolpite di un portale, o

(24) E. PANOFSKY, *Architettura gotica e filosofia scolastica*, a cura di F. Starace, Liguori, Napoli 1986.

(25) Un'immagine « chiaramente predisposta ad essere visualizzata » è stato scritto di recente ad altro proposito, che al di là del rapporto tra scritto ed immagini, mostra « uno stesso schema retorico », una « corrispondenza di struttura », « la stessa procedura compositiva » (L. BOLZONI, *La rete delle immagini. Predicazione in volgare dalle origini a Bernardino da Siena*, Einaudi, Torino 2002, pp. XXII-XXIII).

(26) « Quarum omnium nomina mihi diligenter inquirenti designata sunt » (*Quaestiones d.i.s.*, cit., *Exordium*, 3, 36-37).

(27) Come Gellio diceva avesse fatto lo stoico Crisippo: « Quod apte Chrysippus et graphice imaginem Iustitiae modulis coloribusque verborum depinxit » (Aulo Gellio, *Noctes Atticae*, XIV, 4, cit., p. 438). L'autore delle *Quaestiones* dice di avere *visto*; descrive quindi con parole *scritte* quella visione, scegliendo una maniera che è quella propria delle *rappresentazioni figurative*. Non tanto diversamente, nel *Colloquio spirituale* di Simone da Cascina, Lina Bolzoni ha trovato « immagini delineate con parole [che] potevano con molta precisione essere tradotte in immagini visive: sembravano costruite proprio per questo, o addirittura nate da questo » (BOLZONI, *La rete delle immagini*, cit., p. 61).

quelle miniate in una lettera incipitaria ⁽²⁸⁾. Resta dunque, in sostanza, che siamo in presenza di una *imago Dominae Iustitiae*, apertamente concepita in funzione di un progetto giuridico, che possiamo mettere in serie con quelle che seguiranno, prodotte da artisti famosi e oscuri, in affreschi, bassorilievi, statue, tele o illustrazioni di libri. Se così è, bisogna ragionare brevemente su ciò che l'allegoria suggerisce, cioè sul *programma* che essa rivela.

Questa rappresentazione di *Domina Iustitia*, al pari delle altre che la seguiranno dal Trecento in avanti, va presa sul serio. Non siamo in presenza di un fronzolo erudito, né di ornamenti retorici. Quell'immagine, per come è strutturata, può essere letta in primo luogo come una autentica *cognitio* della Giustizia, nel suo rapporto con la *ratio* e con l'*aequitas*. Una analogia del *ius* (*ratio scripta, aequitas constituta*) eleva l'ignoto autore ad 'intendere' la *Iustitia*.

Per cogliere il tipo di concettualizzazione della Giustizia proposta nelle *Quaestiones*, va osservato che la disposizione verticale delle tre figure (*Ratio, Iustitia, Aequitas*) sembra adottare una delle formule espositive tante volte usate dalle arti figurative (già dal IX secolo) per la rappresentazione della Trinità. Mi riferisco alla 'formula triadica', che pone una sopra l'altra figure distinte, o al 'Trono di Grazia' che, conservando l'assetto verticale delle tre persone, le allaccia in un'immagine coordinata e ne suggerisce l'unitarietà ⁽²⁹⁾. L'assetto di quella visione ci dice che la Giustizia, pur distinta da *ratio* ed *aequitas*, è una sola cosa con esse, mentre le virtù che la contornano sono insieme suoi attributi, suo compendio e sua emanazione. Non diversamente, nel Trono di Grazia del salterio di Cambridge ⁽³⁰⁾, le tre persone della

⁽²⁸⁾ Lo scritto delle *Quaestiones* trasmette immagini non diversamente da quanto farebbe un bossorilievo o un mosaico. Poi, una forma di virtualità se ne impossessa, ed esso diventa interamente e soltanto allegoria o metafora: perché quando una rappresentazione complessa e articolata esprime per mezzo di codici convenzionali una nozione astratta, può avvenire che noi perdiamo la coscienza di essere davanti a carta scritta o pietra scolpita, per entrare nella logica di una comunicazione puramente concettuale.

⁽²⁹⁾ L'argomento è proposto in una convincente ricerca, sostenuta da un ragguardevole corredo iconografico, di F. BOESPFLUG e Y. ZALUSKA, *Le dogme trinitaire et l'essor de son iconographie en Occident de l'époque carolingienne au IVe Concile de Latran (1215)*, in « Cahiers de civilisation médiévale », 37, 1994, pp. 181-240.

⁽³⁰⁾ Cambridge, Trinity College, Ms. B. 11.4, fol. 119. Cfr. SCHMITT, *Le corps des images*, cit., p. 49.

Trinità, poste al centro e intrecciate nella consueta sequenza dall'alto (Padre, Spirito, Figlio), sono circondate da figure (angeli che recano il sole e la luna, figure oranti, potenti prostrati), secondo uno schema del tutto omologo. E uno schema omologo, forse ancora più evidente, era già nell'Evangelario di Ottone III [fig. 3] che si conserva tra i tesori del Capitolo ad Aachen ⁽³¹⁾.

L'autore delle *Quaestiones* sembra servirsi proprio di quello schema per comunicare la sua *descriptio*, che è costitutiva di un'idea di Giustizia. L'idea che ha in testa trova un riferimento iconografico noto, comprensibile, familiare a chi lo leggerà, e di quello si serve ⁽³²⁾. Ed è possibile che proprio questo testo giuridico sia stato in qualche modo 'presente' nella successiva tradizione iconografica della Giustizia: un testo che si appoggia su immagini, immagini che si appoggeranno su un testo.

Il nostro giurista ci fa sapere anche che la *ratio*, principio ispiratore, considera ogni cosa, ovunque sia, e spazia ben oltre il campo del diritto e del giusto; mentre la *Iustitia*, con le virtù che la assecondano, è più attenta alle cose che le stanno vicine ⁽³³⁾; laddove l'*aequitas* — che da essa in qualche modo discende — ha quasi una funzione servente. Peraltro la *Iustitia* è intrecciata alla *ratio* (che le

⁽³¹⁾ Mi riferisco alla miniatura che rappresenta Ottone III in un evangelario databile intorno al 1000, che si conserva nel *Domschatz* di Aachen (vedila riprodotta in SCHILD, *Alte Gerichtsbarkeit*, cit., p. 15). Mostra l'Imperatore che ha sopra di sé il Cielo (una mano celeste gli tocca il capo) e sotto di sé la Terra che lo sostiene come una cariatide. Cielo, Imperatore e Terra sono in sequenza verticale e 'intrecciati'. Sono attornati da *sei figure* (il tetramorfo e due dignitari). Sotto di loro, quattro figure sono disposte come fossero raffigurate in un architrave, mentre il gruppo che le sovrasta evoca l'idea di un timpano.

⁽³²⁾ Ancora tra XIV e XV secolo, dentro il rapporto tra predicazione e immagini, si possono incontrare nei dispositivi del *Lignum vitae* e delle *Torri della Sapienza*, o nei cicli pittorici di elevazione religiosa o civile presenti a Pisa o a Siena, le immagini visive cui corrispondono gli schemi espositivi del predicatore. Testi e raffigurazioni rivelano ricorrenti strutture comuni ed usano uno « schema che distribuisce il materiale e nello stesso tempo contribuisce a crearlo [...]. Si tratta di schemi che hanno sede nella mente e che prendono forma attraverso vari strumenti » (BOLZONI, *La rete delle immagini*, cit., p. 61).

⁽³³⁾ « Et Ratio quidem non his que continebantur eo templo solis erat attenta, set prospectu communi quicquid ubique est animadvertit, acie directa cuncta speculando. Iustitia vero una cum prole generosa solis his que illic aderant invigilare contenta erat » (*Quaestiones d.i.s.*, cit., *Exordium*, 3, 37-42).

giace sulla testa) e all'*aequitas* (che tiene in braccio), a formare quasi un'unica entità. Uomini saggi ed esperti la agevolano riducendo le leggi ad equità, mentre fuori dal *Templum* si trova un « praeceptor aut iuris interpret » che rispondendo alle *quaestiones* di un « non modicus auditorum cetus », espone il diritto e lo fa conoscere ⁽³⁴⁾.

Una simile concettualizzazione della giustizia, in quella metà del XII secolo, corrisponde già da sé a una presa di posizione ricca di conseguenze, coerente con le idee insieme moderne e polemiche che l'autore si accinge a manifestare nel prosieguo dell'opera. Come tutte quelle che verranno dopo di essa, questa allegoria non va del tutto separata dalla giustizia praticata — quella delle accuse, delle liti, dei compromessi e delle rivalse — perché sembra rimandarvi con una implicita intenzione critica e un sottinteso di larvata rivendicazione. È in questo senso una *Giustizia ottativa* ⁽³⁵⁾, come altre che la seguiranno, mentre ce ne saranno altre ancora che ci appariranno *espositive, edificanti, esortative, deploratorie* o *ammonitive*.

È evidente che l'immagine della *Iustitia faultrix* disegnata nelle *Quaestiones de iuris subtilitatibus* male s'accorda con quella praticata in Italia nel corso del XII secolo ⁽³⁶⁾. Male s'accorda con l'immensa varietà delle giurisdizioni e dei riti possibili, con l'estrema diffusione della transazione, del compromesso e dell'arbitrato, con l'assoluta prevalenza di *pratiche* (negoziabili) su ogni tipo di regola processuale certa, per non dire di forme stabili e garantite. Male s'accorda, infine, con il ruolo secondario, e talora quasi ininfluen-

⁽³⁴⁾ *Quaestiones d.i.s.*, cit., *Exordium*, 5-6.

⁽³⁵⁾ Nell'*Exordium* delle *Quaestiones* il giurista dipinge una Giustizia che ha poco a che fare con quella reale delle prassi quotidiane. Siamo in presenza di un *programma*, dicevo sopra, quasi una *rogatio*, oppure un 'sogno', se si vuole forzare il contesto fantastico in cui quell'immagine è rappresentata. Si potrebbe dire, banalmente, che in essa si esprime una idealizzazione, oppure, più propriamente, che vi si annida un'ideologia: vanno lette entrambe come propensione per un diverso futuro.

⁽³⁶⁾ Sembra vero anche a me che nell'età della glossa i *doctores* avessero poca attenzione, e forse poco interesse, per l'esperienza giuridica pratica. Ma l'autore delle *Quaestiones* sembra andare contro corrente. La sua invettiva contro l'ordine giuridico ereditato dai regni barbarici, la polemica contro le cattive leggi 'personali' e le innumerevoli consuetudini, l'invocazione di una scienza giuridica risanatrice, non si intonano con l'ipotesi di un giurista noncurante di quel che si veniva facendo dagli arbitri o nelle *curiae*.

in cui quel sistema di giustizia relegava la teoria giuridica e l'opera dei giuristi.

Se poi volgiamo lo sguardo ai giudizi *de facinore*, emergono almeno tre non piccoli motivi di contraddizione tra quel che l'autore delle *Quaestiones* vedeva accadere intorno a sé e quel che diceva di aver visto entrando nel tempio della Giustizia. Penso all'azione, alla prova, ai poteri del giudice. La giustizia praticata sembrava avere poca familiarità con il sofisticato mondo delle azioni, dominio dei giuristi e nucleo determinante in cui si poteva pregiudicare la natura stessa del processo e, talora, la piega che avrebbe preso ⁽³⁷⁾; ne aveva ancora abbastanza, invece, con il carattere ordalico della prova ⁽³⁸⁾;

⁽³⁷⁾ Non è senza senso che negli stessi anni in cui il nostro ignoto autore scriveva le *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, un altro ignoto autore componeva il *Tractatus criminum*, la prima esposizione monografica, per così dire, della materia penale dopo la rinascita della scienza giuridica nel secondo millennio (una edizione critica, preceduta da accurati *Prolegomena*, ci viene ora da G. MINNUCCI, *Tractatus criminum saeculi XII*, Monduzzi, Bologna 1997). Nel *Tractatus criminum* tema centrale sembra proprio la questione dell'azione penale, imperniata sulla logica romanistica dell'*accusatio* ed orientata, di fatto, verso un'opzione per lo *iudicium publicum*. Anche qui una testimonianza ottativa, si direbbe, nel mezzo di una realtà praticata che stava da tutt'altra parte. Va aggiunto, tuttavia, che proprio nella prima metà del XII secolo si fa largo imperiosa — sia nelle *curiae*, sia nella produzione normativa locale — una pratica che associa allo *iudicium publicum* la necessità di agire *ex officio* (senza composizione, e con pene retributive) quando si tratta di tradimento, violazioni di pace, omicidi, ferimenti, incendi, furti, rapine, falsi, adulteri, rapimenti di donne ed 'altre simili turpitudini'.

⁽³⁸⁾ Nella prima metà del XII secolo erano tutt'altro che desueti i *pravi ritus* del duello, dell'ordalia per la verità, della *cruentatio*, del *sacramentum purgatorium*, più frequenti nelle cause *de crimine*, ma documentati anche in quelle civili (Ch. WICKHAM, *Legge pratiche e conflitti. Tribunali e risoluzioni delle dispute nella Toscana del XII secolo*, tr. it., Viella, Roma 2000, p. 136). Avevano resistito per secoli a (parziali) condanne sinodali, conciliari e papali (per es., *Decretum*, 2.5.20 e 22) e continuavano a resistere, a dispetto della loro crescente incompatibilità con i tempi nuovi. Saranno infatti i tempi nuovi — con l'avvento di una diversa egemonia culturale e morale — insieme alla 'razionalizzazione' dell'ordine giuridico ed al senso di giustizia testimoniato (per esempio) nell'*Exordium* delle *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, a far scomparire quelle consuetudini probatorie. Il merito — grazie alla storiografia 'normativista' — se lo prenderà Innocenzo III, che nel 1215, dando seguito alle deliberazioni del Concilio Lateranense IV con la decretale *Sententiam* (X. 3.50.9) proibì agli ecclesiastici di pronunciare *sententiae sanguinis*, di immischiarsi in *vindictae sanguinis*, di astenersi da qualsiasi attività (medica, ma anche giudiziaria) che comportasse tagli o bruciature, di coonestare in qualsiasi modo riti ordalici (acque bollenti e gelide, ferri incandescenti ed

ne aveva persino troppo poca, infine, con l'idea dello *iudex publicus*, e comunque con un giudice che impersonasse l'*antistes* ⁽³⁹⁾ della *Iustitia*, capace di superare il 'dominio' delle parti per applicare *aequitas e rationes* ⁽⁴⁰⁾.

Considerato questo quadro, l'autore delle *Quaestiones* — col suo senso 'romanistico' delle cose ⁽⁴¹⁾ — sembra avere di mira, tra l'altro, il grossolano processo portato *olim* da quei popoli che con la forza si impossessarono dell'Italia, imponendole regole irragionevoli

altre simili *purgationes*), ammonendoli infine ad obbedire ai precedenti (numerosi) divieti riguardanti i duelli. Questa lunga vicenda è stata minutamente setacciata da sconfinata letteratura. Io mi limito a segnalare J. GAUDEMET, *Les ordalies au moyen âge: doctrine, législation et pratique canoniques*, in « Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions », XVII, *La preuve*, II. *Moyen âge et temps modernes*, Éd. Librairie Encyclopédique, Bruxelles 1965, pp. 99-135 (ora anche in Id., *La société ecclésiastique dans l'Occident médiéval*, Variorum, London 1980, n. XV), e la sintesi con bibliografie dedicata alla questione da G. CHIODI, *Il duello giudiziario nella Bologna del '200. Intorno al caso di uno studente milanese*, in *Duelli, faide e rappacificazioni. Elaborazioni concettuali, esperienze storiche*, Atti del Seminario (Modena 2000) a cura di M. Cavina, Giuffrè, Milano 2001, pp. 158 sgg.

⁽³⁹⁾ Il primo sacerdote. L'immagine del « *iudex antistes Iustitiae* » stava nella citazione di Crisippo fatta da Aulo Gellio (*Noctes Atticae*, cit., XIV, 4, p. 438): dal significato della figura della Giustizia creata da retori e pittori — scrive Gellio — Crisippo dedusse che il giudice « *qui Iustitiae antistes est, oportere esse gravem, sanctum, severum, incorruptum, inadulabilem, contraque improbos nocentesque in-misericordem atque inexorabilem, erectumque et arduum ac potentem, vi et maiestate aequitatis veritatisque terrificum* ». Sulla simmetria speculare delle qualità del giudice (o del *Princeps iudex*) messe in *feedback* con quelle della Giustizia avrò modo di tornare. L'avrebbero rilevata, perché congeniale alle loro ideologie, giuristi come Bonaguida da Arezzo, Jacques Cujas, François Hotman, Guillaume Budé (cfr. KANTOROWICZ, *I due corpi del re*, cit., p. 95), ma altri se ne possono aggiungere, da Baldo degli Ubaldi ad Andrea Alciato, da Joos Damhouder a Benedict Carpzov.

⁽⁴⁰⁾ Leggo in WICKHAM, *Legge, pratiche e conflitti*, cit., p. 264, che perfino Bulgaro — che come gli altri tre dottori non disdegnava di mischiarsi alla pratica facendo ogni tanto da giudice — si trovò a sentenziare, nel 1159, « *partim* convenzione et consensu utriusque partis, *partim* ratione ».

⁽⁴¹⁾ Gli sta a cuore un modello 'romano' di potere e di ordine. Bisogna, dice, unificare leggi, diritto e *potestates* sotto un unico *imperium*, ovvero adattarsi all'idea che esistono molti regni, se non si ha la forza di cancellare i « multa diversaque iura ». E l'imperatore, come già fecero i suoi lontani predecessori, impari a giovare del diritto, ora che ci sono scuole e giuristi che possono farglielo conoscere, e con quello, corretto e aggiornato da chi sa farlo, governi popoli e terre (*Quaestiones d.i.s.*, cit., II, *De iure naturali, gentium et civili*, 16, 176-183 e V, *De veteri iure enucleando*, 9, 74-83).

(« [quae] ipsi dicunt leges ») e il giogo di leggi personali e consuetudini, così numerose e disparate da far dire che « totidem fere leges habemus quot domos » (42). Un processo viziato da irrazionalità per il modo in cui si avvia o mette insieme le prove, ma anche snaturato — *adulterinus* (43) — quanto al rilievo e all'intento. Perché il suo intento può essere frustrato dall'*exactio pecuniae*, che esclude la pena anche là dove « agitur de crimine ». Mentre il suo rilievo — e lo si percepirà sempre di più nel tempo — è umiliato dal dominio delle parti che fanno e disfano, tendono a rendere *mercalis* ogni diritto per poi liquidarlo, disarmano il giudice accordandosi e lasciando cadere le accuse. Così facendo esse traviano il processo, consegnandolo ad una logica distorta (44). Tanto più *in criminalibus*, quando per incoraggiare la concordia e per andare verso la *pax*, ci si allontana dalla *iustitia*, favorendo incresciose collusioni tra il colpevole e chi lo accusa (45).

Di lì a qualche decennio, la *ratio* avrebbe sempre più fatto pesare nell'*ordo iuris* l'implicito *normativo* presente nel suo 'côté romanistico', incardinando la giustizia nella sfera politica e riferendola esclusivamente al potere. La *Iustitia* si sarebbe quindi corredata di strumenti nuovi, cessando di essere soltanto un 'principio ispira-

(42) *Quaestiones d.i.s.*, cit., II, *De iure naturali, gentium et civili*, 16, 165-170.

(43) « Sunt enim omnia adulterina iura que consistunt in sola exatione pecuniae, sive de civili agatur sive de crimine ». L'espressione stavolta non viene da un giurista ma da Ralph Niger, *an English chronicler* che scrive nella stessa fase delle *Quaestiones*, seppure in altro contesto, propugnando gli stessi principi (leggila in L. SCHMUGGE, "Codicis Iustiniani et Institutionum baiulus". *Eine neue Quelle zu magister Pepo von Bologna* in « Ius Commune », 6, 1977, p. 3). Nell'ormai famoso passaggio dedicato alla *Iudicium insolentia* del suo *Moralia regum*, esalta la razionalità e l'equità delle leggi (romane) insieme all'opera dei *boni iudices*, non tralasciando di stigmatizzare i *pravi ritus iudiciorum* (le pratiche ordaliche, nel gergo giuridico di quella fase): sta in H. KANTOROWICZ, *Rechtshistorische Schriften*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe 1970, pp. 241-244.

(44) Simili pratiche fanno sì che alcune delle virtù *filiae iustitiae* non trovino ingresso nel giudizio: non la *veritas*, né l'*observantia*, e nemmeno la *vindicatio*.

(45) Già in quel torno di tempo, o pochissimo dopo, si fa strada, specie nella sensibilità della Chiesa, qualche perplessità sulla ragionevolezza di una giustizia penale che si riduca, di regola, agli accordi tra le parti. Bisogna *detegere* la *collusio* per « subtilius perscrutare » che non nasconda ragioni inammissibili. Guardare bene se accusato e accusatore « inter se fecisse gratiam [et sit concordia comparata] [...] non ex charitate, sed ex praemio eorum », dice la decretale *Scripta* (X.5.22.1).

tore', o un'idea. Da virtù che era si sarebbe trasformata in categoria politica e etica, da mediatrice ideale ⁽⁴⁶⁾ in attrice primaria: strumento privilegiato della emersione di una forma politica nuova che, per assicurare l'ordine e guadagnare egemonia, assorbirà progressivamente dentro la funzione giustizia le sparse maniere di risoluzione dei conflitti, imponendo il diritto della *respublica* e dando vita al penale. L'affermazione di poteri cittadini di tipo nuovo nel corso del Duecento e poi l'avvento dello Stato moderno le conferiranno uno statuto etico-politico a sua volta produttivo di nuove simbologie, metafore e rappresentazioni.

2. *L'avvento del penale. La Giustizia non è più una virtù.*

La seconda metà del Duecento è fase di straordinario interesse nella vita culturale, politica e giuridica delle città dell'Italia centro settentrionale. Nel giro di pochi decenni gli ordinamenti podestarili sono investiti da una crisi profonda, il conflitto per il potere si fa violento, le prassi giudiziarie *in criminalibus* si trasformano insediando il giudice (pubblico) alla guida del processo, i giuristi riorientano la propria funzione misurandola sui conflitti delle città e il diritto viene afferrato dalla politica.

È la fase in cui la convergenza tra le pratiche degli *iudices potestatum* e le teorizzazioni di giuristi come Guido da Suzzara e Alberto da Gandino, installa nel sistema cittadino un ordine penale pubblico ⁽⁴⁷⁾, ed è allora che *il penale*, in quanto tale, fa la sua apparizione e si insedia nell'ordine giuridico coi suoi caratteri di necessità, pubblicità, retributività. Non si tratta soltanto del passag-

⁽⁴⁶⁾ Nella raffigurazione delle *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, dice KANTOROWICZ, *I due corpi del re*, cit., p. 96, « la *iustitia* è un'idea o una dea. È infatti una 'premessa extra-giuridica' del pensiero giuridico. E come ogni idea, essa ha anche una funzione mediatrice, come *iustitia mediatrix*, fra le leggi divine e quelle umane, o fra la ragione e l'equità ».

⁽⁴⁷⁾ Il punto d'appoggio tecnico dell'operazione sta nella manipolazione della titolarità dell'azione penale; quello 'etico-politico' nella necessità che i delitti non restino senza punizione. Un'analisi ravvicinata è in M. SBRICCOLI, « *Vidi communiter observari* ». *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in « Quaderni fiorentini », 27, 1998, pp. 231-68 [t. I, pp. 73-110].

gio da una procedura ad un'altra, come da tempo è stato notato, ma della costruzione di una dimensione giuridica nuova, conseguenza della trasformazione della natura stessa dei poteri pubblici. In quegli anni si avvia una protoforma di Stato che trova proprio nel processo penale il primo dispositivo per la sua affermazione. Il nuovo giudice, che cessa di essere un arbitro per farsi accusatore e decisore, inquirente e giudicante, è il suo primo institore; la Giustizia non ha più molto da mediare tra cielo e terra e c'è da dubitare che resti ancora, nel senso antico, una Virtù.

Dovrei ricordare a questo punto che l'avvento del penale non si consuma in un *fiat*, e che l'egemonia del potere punitivo pubblico impiegherà qualche secolo a divenire (formalmente) monopolio della potestà punitiva degli Stati. Quell'egemonia, pur crescendo nel tempo, farà lungamente i conti col *gravamen* della negoziazione, con la vischiosità delle pratiche, con l'indeterminatezza del *ius* e con l'incostante condotta dei giudici. Ma non è il caso che io riesponga qui riflessioni che ho già più volte proposto altrove ⁽⁴⁸⁾.

Quel che va detto, tornando al fine di questo scritto, è che — almeno in area italiana, in quella fase — un sistema penale così fatto proietta un'idea di Giustizia a più facce. Quella che procede dall'alto è risoluta ma moderabile, frenata nei fatti da una miriade di poteri secondari diffusi, soggetta all'influenza di famiglie, professioni, ceti, poteri corporati e privilegi, impedita dalle sue debolezze strutturali e sovente costretta a fermarsi sulla soglia delle autonomie comunitarie. Quella minuta, quotidiana e locale è implacabile e spicciativa con i *sans aveu*, ma ampiamente negoziata nei confronti degli appartenenti alla comunità, per i quali il penale resta 'trattabile': risarcitorio per le vittime e 'medicinale' per gli autori, in genere paternalistico e se del caso indulgente.

Come è possibile chiudere in una sola ⁽⁴⁹⁾ *imago Iustitiae* una

⁽⁴⁸⁾ Chi volesse potrebbe riferirsi alla sintesi più recente: M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Laterza, Roma-Bari 2002, pp. 163-205 [t. I, pp. 3-44].

⁽⁴⁹⁾ Una sola *imago Iustitiae*? Si sa, e ne analizzeremo il senso, che la Giustizia ha correntemente gli identificativi della bilancia e della spada. Ma non sempre le immagini della Giustizia si sacrificano al modello. Abbiamo le Giustizie tutelari che sostituiscono il globo alla bilancia (vedi nota 89), ma non solo. Intorno al 1335 (o piuttosto 1354?),

realtà così articolata, quando si sa che essa corrisponde largamente all'idea che i consociati hanno della giustizia penale?

3. *Il modello triadico a Padova e Siena.*

Quando, tra 1304 e 1306, Giotto dipinge la sua *Iusticia* nella Cappella degli Scrovegni a Padova, l'avvento del penale si è già consumato, l'incriminazione è da tempo arnese di lotta politica e i processi hanno sempre più spesso i caratteri ferrigni dell'inquisitorio aggressivo. Eppure, la sua Giustizia, virtù in mezzo ad altre, ha ancora l'impronta della triade *Ratio, Iustitia, Aequitas* che un secolo e mezzo prima era stata 'sculpita' nel Tempio delle *Quaestiones de iuris subtilitatibus*. L'allegoria giottesca echeggia la Vergine Maria (ha la corona chiusa della *Regina Coeli*, il velo virginale e il manto della *Mater misericordiae*, largo e lungo fino ai suoi piedi) ed è posta

quando la bilancia era già tante volte comparsa nelle mani della Giustizia, Niccolò da Bologna illustra la *Novella in libros Decretalium* di Giovanni d'Andrea con una Giustizia coronata che ha la spada nella destra, nella sinistra un libro e Nerone l'iniquo sotto i piedi (vedila in E. GOMBRICH, *Immagini simboliche. Studi sull'arte del Rinascimento*, Einaudi, Torino 1978, tav. 77); KISSEL, *Die Iustitia*, cit., p. 25, ne pubblica una praticamente replicata nel XV secolo: nel libro che tiene si leggono, tra altre, le virtù dell'elenco ciceroniano (vedi nota 15); una giustizia con corona, spada e libro che soverchia Nerone si trova miniata in un altro codice del XIV secolo, ed è documentata da SCHILD, *Gerechtigkeitsbilder*, cit., p. 107. Molto tempo dopo, tra 1529 e 1535, Domenico Beccafumi dipinge due piccole Giustizie nella Sala del Concistoro del Palazzo Pubblico a Siena, una con spada e corona (come duecento anni prima aveva già fatto Lorenzetti nelle stanze dei Nove), l'altra senza spada, ma con bilancia e compasso, certo evocando Isaia 28, 17: « Et ponam in pondere iudicium et iustitiam in mensura ». Da attribuire a Beccafumi è una Giustizia con spada e palma (attributi in conflitto, si direbbe), con appoggiata sul capo una bilancia che la inquadra col bilico inclinato, densa di allegorie complicate, che sta a Lille, *Musée des Beaux-Arts*. Agli antipodi cronologici di questa ne troviamo un'altra (1160 ca) che non ha ovviamente la spada e che invece che pesare raddrizza e assesta, avendo al posto della bilancia un archipendolo e una squadra; KISSEL, *Die Iustitia*, cit., p. 30, vi vede *Winkelmesser und Senkblei*, un goniometro ed un filo a piombo. Cesare Ripa (*Nova iconologia [...] arricchita di molti discorsi pieni di varia eruditione*, P. P. Tozzi, Padova 1618, riedita a cura di P. Buscaroli, prefaz. di M. Praz, Fogola, Torino 1986, II, p. 92) rappresenterà proprio con identici archipendolo e squadra l'allegoria dell'*Ordine dritto e giusto*, facendo riferimento ad un modello egizio narrato da Pierio Valeriano. Ripa attribuisce l'archipendolo anche all'*Etica* e al *Giudizio*, al quale assegna inoltre squadra, regolo, e compasso.

in una cappella tricuspidata, praticamente la stessa in cui metterà, nel 1310, la *Madonna in trono* degli Uffizi. Essa non regge la bilancia, come talora si è detto, perché la bilancia (che è ovviamente 'alla greca' ⁽⁵⁰⁾) è retta in mezzo al giogo da un sottilissimo (e volutamente 'invisibile') filo che funge da bilico e scompare in alto: là dove stava la *Ratio* nel Tempio delle *Quaestiones*, e dove noi possiamo intuire la presenza di un *Iudex* supremo, o collocare la trascendenza ⁽⁵¹⁾. Non regge la bilancia, dicevo, ma la governa ⁽⁵²⁾, e procura che 'sia pari', proprio come faceva l'*Aequitas* delle *Quaestiones*, che provvedeva a che i piatti restassero in equilibrio ⁽⁵³⁾. A

⁽⁵⁰⁾ In uno studio sulle allegorie della Giustizia non dovrebbe mancare un discorso sulla bilancia. Io dirò poco. Niente della psicostasi degli egizi, della sua diffusione a Roma, della bilancia del Giudizio e di quella dell'Arcangelo Michele. Ripeterò una cosa che già si sa: la bilancia, in età medievale e moderna, sta come garante e vettore dell'equità, è il tramite delle parti ben fatte, lo strumento che dice il *tantumdem*: è l'antonomasia della giustizia commutativa e dello scambio eguale, metafora potente della giustizia negoziata. Quindi deve essere alla greca (bilico, giogo, e due piatti), perché la stadera romana (gancio, stilo, romano e un piatto) misura a fronte di un criterio prestabilito dalla pezzatura del romano: è un'altra idea di giustizia, adatta a sistemi in cui domina in assoluto la legge, che con le sue regole inflessibili fa appunto la parte del romano: metafora possibile della giustizia egemonica. Mi limito a indicare due titoli: M. LAROCQUE, *Le symbole de la balance*, La Pensée Universelle, Paris 1991; Ch.-N. ROBERT, *Naissance d'une image: la balance de l'équité*, in «Justices. Revue générale de droit processuel», 9, 1998, pp. 53-64, e faccio parlare Joos Damhouder: « Porro bilanx (quam in Iustitiae sinistra conspicias) iudicis accuratam causarum et partium indagacionem, observationem, cum plena earundem cognitione significat, sicut de causarum differentia et veritate prius cognoscat, quam ad iudicandum sese accingat » (J. DAMHOUDER, *Praxis rerum criminalium* (1554), Ap. Io. Ant. Bertanum, Venetiis 1572, cap. CLIV, n. 3, ante med.). Sul capitolo CLIV della *Praxis rerum criminalium* di Damhouder, dedicato alla simbologia delle Giustizie raffigurate, vedi il § 7 e la nota 133.

⁽⁵¹⁾ Di un *filo della trascendenza* discute E. MALE, *L'art religieux de la fin du Moyen âge en France. Étude sur l'iconographie du Moyen âge et sur ses sources d'inspiration*, A. Colin, Paris 1908, p. 314.

⁽⁵²⁾ Tengono pari la bilancia sostenendo lievemente i piatti la *miserecordia* e la *pietas* nel Trittico smaltato di Stablo riprodotto da Kantorowicz (vedi nota 22): le mani della *Iusticia* giottesca interpretano quelle due parti. Una tradizione che permane a lungo vuole che la Vergine (madre indulgente) cerchi quando può di 'flettere' il giudizio di Dio (padre severo): qui può essercene l'occasione (cfr. A. TENENTI, *L'attesa del giudizio individuale nell'iconografia del Quattrocento*, in ID., *Credenze, ideologie, libertinismi tra medioevo ed età moderna*, Il Mulino, Bologna 1978, pp. 33-34).

⁽⁵³⁾ « [...] lance prorsus equabili per manus Equitatis trutinabat »: pesava a piatti

ben guardare, nell'allegoria degli Scrovegni, non è la Giustizia che pesa, perché chi pesa deve *reggere* la bilancia, come facevano — e come faranno — tutte le altre Giustizie raffigurate ⁽⁵⁴⁾: in effetti, quella Giustizia scolora nell'*Aequitas*. Del resto, l'esile giogo appena accennato e quel bilico filiforme che riducono l'attrezzo ai soli piatti (essi sì ben visibili), ottengono l'effetto che certamente Giotto ha cercato: la sua Giustizia appare essa stessa come una bilancia: ne ha la postura, e le sue mani sono raffigurate quasi nell'atto di 'soppesare' i due angeli che stanno sui *lances*, come per 'proporzionare' le loro rispettive azioni mentre, in ossequio alla giustizia distributiva, l'uno premia un giusto e l'altro punisce un reo.

Presa a sé, la *Iusticia* di Giotto sembra orientarsi, come dicevo, verso una forma sostanziale di ragionevole equità: attenta alle ragioni di ognuno, indulgente per inclinazione ma severa se necessario, e che ciascuno abbia il suo. È la giustizia della bilancia. Essa pesa torti e ragioni, procura e verifica l'equivalenza degli scambi, mostra chi avendo di meno deve avere di più. Chi *iuste iudicat*, si leggeva nel *Decretum*, ha in mano una bilancia ed usa insieme la giustizia e la misericordia: la prima per rendere giustizia al peccatore, la seconda per mitigargli la pena ⁽⁵⁵⁾. La bilancia è l'oggettivazione della giustizia negoziata, il tramite della transazione e dell'accordo: è essa che permette di trasformare in risarcimento e soddisfazione il danno ed il torto.

È evidente, perciò, che Giotto non aveva in mente la giustizia *penale*, e tanto meno quella tutt'altro che indulgente che si veniva praticando ai suoi tempi. La serie degli Scrovegni, del resto, raffigura la Giustizia in mezzo ad altre virtù, in una concezione che rinvia a quella aristotelica: virtù civica per eccellenza dalla quale discendono le altre, fatta di obbedienza alle leggi e di uguaglianza; leggi divine e naturali, chiarisce l'interprete cristiano, e un'uguaglianza che è

messi perfettamente in equilibrio dalle mani dell'equità (*Quaestiones d.i.s.*, cit., *Exordium*, 4, 43-47).

⁽⁵⁴⁾ Tranne l'altra che da questa deriva, affrescata a Siena da Ambrogio Lorenzetti.

⁽⁵⁵⁾ «Omnis, qui iuste iudicat, stateram in manu gestat, et in utroque penso iustitiam et misericordiam portat; sed per iustitiam reddit peccanti sententia, per misericordiam peccanti temperat poenam: ut iusto libramine quaedam per aequitatem corrigat, quaedam vero per miserationem indulgeat» (*Decretum*, I, 45, 10).

piuttosto equità. Al primo sguardo, verrebbe da dire, non si va molto oltre il didascalico e l'edificante, perché quella figura resta nell'ambito della *Iustitia virtus*, è allegoria di una costruzione ideologica e non sembra interferire in alcun modo con la realtà della politica, o con la giustizia in corso nelle città italiane. Nella fascia sottostante, però, si vedono scene che fanno pensare a benessere e *pax*, con fanciulle che danzano alludendo alla *iocunditas* (richiamata nell'iscrizione) e cavalieri che vanno e vengono, suggerendo insieme armonia e prosperità: una chiara allusione ai benefici effetti della buona giustizia.

Ciò detto, non deve neanche sfuggire il fatto che l'*Iniustitia*, collocata nella Cappella in posizione rivale, è rappresentata da un tiranno unghiuto ed armato ⁽⁵⁶⁾, inscritto in una fortezza merlata (ma già segnata da crepe), circondato da una selva, che è « immagine antica e immediatamente comprensibile del male e dell'errore » ⁽⁵⁷⁾, con ai piedi scene di uccisioni e spoliazioni, alle quali sembrano assistere uomini d'armi incuranti o impotenti. Una piccola protoallegoria del governo ingiusto. Se, come è ovvio, interpretiamo l'intenzione dell'artista alla luce di *entrambe* le raffigurazioni, va detto che per Giotto deve aver avuto un senso disporre una Giustizia inerme a fronte di un'Ingiustizia armata. Una lieve eco di quel che accadeva da qualche decennio in tante città italiane, e che sarebbe poi dilagato nella *tota Ytalia* ⁽⁵⁸⁾, sembra così risuonare in quelle immagini.

Mi sposto per un po' a Siena, ultimi anni trenta del Trecento.

« La *Iustitia* lorenzettiana, come è noto, presuppone il modello lasciato oltre trent'anni prima da Giotto a Padova, nello zoccolo della Cappella degli Scrovegni: che, opponendo *Iusticia* e *Iniustitia*, regine delle rispettive serie di vizi e virtù e corredate dall'illustra-

⁽⁵⁶⁾ Cfr. SCHILD, *Gerechtigkeitsbilder*, cit., p. 135, e ROBERT, *Une allégorie parfaite*, cit., p. 67. Certo non un giudice, come pare si sia ritenuto per molto tempo.

⁽⁵⁷⁾ Segno dello stato di peccato, di smarrimento e travimento, anticamera dell'Averno già in Virgilio, prima ancora che in Dante: A. M. CHIAVACCI, *Commento alla Commedia*, I. *Inferno*, Mondadori, Milano 1991, pp. 8-9.

⁽⁵⁸⁾ « [...] hodie Ytalia est tota plena tyrannis ». Come ben si sa, Bartolo da Sassoferrato l'avrebbe scritto (riecheggiando Dante) esattamente cinquant'anni dopo, nella chiusa del suo *De regimine civitatis*.

zione dei loro effetti, è un vero e proprio incunabolo del ciclo senese » (59).

Da qualche tempo s'è riaccesa una larga, vivace e attraente discussione che sta passando al vaglio di una fertilissima revisione *Il buono e il cattivo governo e i loro effetti*, dipinto da Ambrogio Lorenzetti tra il 1337 ed il 1340 per le stanze dei Nove nel Palazzo Pubblico di Siena. Non è il mio campo e non c'entrerò, per manco d'ali. Guardo solo alla Giustizia rappresentata da Lorenzetti, quella legata al *Buon governo* e raccordata da tanti legami al Comune *sibi princeps*; guardo alla sua morfologia ed all'intreccio di concetti giuridici di cui è costituita.

Essa mi appare come l'ultimo rigoglioso *exemplum* di quella 'tradizione' compositiva triadica il cui lontano primo seme sta nella costruzione dei Troni di Grazia che raffiguravano la Trinità. Quella tradizione non è probabilmente estranea alle sequenze verticali tante volte replicate in timpani, catini, pavimenti o fronti d'altare, romani e gotici; la avvertiamo, felicemente onorata, nella visione delle *Quaestiones de iuris subtilitatibus* che riesce con quello schema figurativo a dirci che *Ratio*, *Iustitia* ed *Aequitas* sono in un rapporto di tale connessione e dipendenza da poter essere 'disegnate' in un intreccio *facticius* che, mantenendole distinte, le risolve tuttavia nell'*unicum* della Giustizia. Non mi sembra perduta nella Giustizia patavina di Giotto, che 'ripete' a modo suo la sequenza *ratio-Giustizia-equità*, riproponendola con geniali allusioni (per intenderci, non alla bizantina, non alla 'gotica') nella concatenazione verticale di *filo/trascendenza-Giustizia-piatti/equità*.

Nella versione di Lorenzetti, per quanto ormai remota dai modelli originari, spira una certa aria di famiglia. Lo scheletro è ancora quello. La *Sapientia* (« che è il sinonimo o il sostituto della *Ratio* del *Templum Iustitiae* » ha scritto esattamente Kantorowicz (60)) tiene il filo (61) che fa da bilico ad una bilancia che 'inquadra'

(59) M. M. DONATO, *Ancora sulle 'fonti' del Buon Governo di Ambrogio Lorenzetti: dubbi, precisazioni, anticipazioni*, in S. ADORNI BRACCESI e M. ASCHERI (a cura di), *Politica e cultura nelle Repubbliche italiane dal medioevo all'età moderna*. Firenze, Genova, Lucca, Siena, Venezia, Atti del Convegno (Siena 1997), Istituto storico italiano per l'età moderna e contemporanea, Roma 2001, p. 54.

(60) KANTOROWICZ, *I due corpi del re*, cit., p. 97.

sotto di lei la *Giustizia*, la quale governa i piatti *all'equitativa*, correggendoli con un delicato gioco dei pollici, che è poi quello che faceva anche l'*aequitas* delle *Quaestiones*; alla Giustizia, per la via della bilancia, è racciordata la *Concordia* che tiene sulle ginocchia una grande piolla, attrezzo che smussa lo scabro, parifica e appiana: il più classico *officium aequitatis*. Ancora una volta la concatenazione è *fisica* ⁽⁶²⁾, le figure sono allacciate, o direttamente o per intermediari copulativi. Il percorso è sempre 'a cascata', le *virtutes* trascolorano e mutano nel tempo da una compagine all'altra, ma con slittamenti ridotti, che non le allontanano dall'area concettuale stabilita *olim* nel modello delle *Quaestiones* ⁽⁶³⁾.

La Giustizia, scrive Kantorowicz che ne rimase proprio colpito, « è ritratta in grandezza maggiore del naturale, veramente una *puella erecta in coelum*, e *aspectu vehementi et formidabili* » ⁽⁶⁴⁾. È possibile che nella sua raffigurazione 'fuori scala' ci fosse un'allusione a *Thémis*, la divinità greca che rende sacro il contratto tra i membri di una stessa comunità, il cui nome richiama etimologicamente la costanza di un ordine stabile, e che era una Titanessa ⁽⁶⁵⁾. Questa *Iustitia generalis*, per usare una categoria aristotelica, è rappresentata contestualmente alle sue tre epifanie (o ai suoi tre *modi*, come

⁽⁶¹⁾ L'idea del filo che regge la bilancia, che quasi incornicia la Giustizia, verrà ripresa (fuori tempo, fuori contesto, ai limiti dell'anacronismo) da Domenico Beccafumi, che più di una volta si è lasciato influenzare dalle concezioni di Lorenzetti, nella *Giustizia* di Lille (vedi nota 49).

⁽⁶²⁾ Guardando la Sapienza di Lorenzetti, « comprendiamo finalmente — ha scritto KANTOROWICZ, *I due corpi del re*, cit., p. 97 — che cosa avesse in mente l'autore delle *Quaestiones* quando diceva che la Ragione è 'reclinata sul capo della Giustizia' ». Più che reclinata, traducendo alla lettera, si dovrebbe dire *sdraiata* sul capo della Giustizia (*in vertice recumbat*): la *Sapientia* di Lorenzetti non lo è, e il suo *contatto* con la Giustizia è mediato dalla bilancia.

⁽⁶³⁾ Stavolta la sequenza è: *sapienza* - *Giustizia* - *piatti* + *piolla/equità*.

⁽⁶⁴⁾ KANTOROWICZ, *I due corpi del re*, cit., p. 97.

⁽⁶⁵⁾ *Thémis* era di origine divina. Nell'epopea si intende per *thémis* la prescrizione che fissa i diritti e i doveri di ognuno sotto l'autorità del capo del *génos*. La radice sanscrita del suo nome raccoglie una famiglia di significati che incorpora *luogo*, *legge*, *regola*, *base*, *fondamento*, *stabilire* e *stabilità* (cfr. E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, II. *Potere, diritto, religione*, Einaudi, Torino 1976, pp. 359 sgg.). Nella pittura vascolare regge talora una bilancia.

predicava proprio in quegli anni Domenico Cavalca⁽⁶⁶⁾, impegnate a vendicare, distribuire e commutare. Dei due angeli che, posti sui piatti della bilancia alla maniera di Giotto, si incaricano delle tre funzioni, quello di destra consegna ai cittadini metri e misure⁽⁶⁷⁾ perché possano regolare e controllare la correttezza degli affari e degli scambi, e praticare, restando in pace, la giustizia commutativa; quello di sinistra, punendo un malvagio con la spada e onorando un virtuoso con la corona, iscrive in una metafora della giustizia distributiva ('ognuno avrà quel che merita') il tropo di quella punitiva⁽⁶⁸⁾. Ma non basta. La mera somma di premi, punizioni e retti traffici potrebbe non realizzare veramente il *bonum commune*: la *Iustitia magna*, se posso chiamarla così, che quelle sue *species* compendia e trascende, ci mette allora del suo. Essa (che non ha spada, e non regge la bilancia) applica la sua *voluntas* al gioco dei piatti per correggerli all'occorrenza *proportione comparata, sive geometrica*, che vuol dire in spirito di equità. La giustizia infatti, altro non è che *aequitas* che prende forma per un *atto di volontà*⁽⁶⁹⁾.

Tutto questo, irradiandosi *per ligamina* cospira a produrre concordia. È vero che la *Concordia* di Lorenzetti sembra avere a che fare più che altro con la *paritas*⁽⁷⁰⁾. Ma proprio perché quel

⁽⁶⁶⁾ « La Giustizia è in tre modi, ovvero si divide in tre parti [...] vendicativa, che sta in punire [...] commutativa, che sta in non ingannare e soddisfare i debiti [...] distributiva, che sta in distribuire il bene ed il male, ed onore e vergogna, a ciascheduno, secondo che è degno » (*Lo specchio della croce*, a cura di T. S. Centi, Studio Domenicano, Bologna 1992, p. 87).

⁽⁶⁷⁾ Assolutamente convincente la lettura data da DONATO, *Ancora sulle 'fonti' del Buon Governo di Ambrogio Lorenzetti*, cit., pp. 56-57. L'angelo consegna una canna e uno stajo. Devo ringraziare Maria Monica Donato per le indicazioni che ha saputo darmi nel corso di una sola breve conversazione.

⁽⁶⁸⁾ Vale la pena di notare che anche qui, intenzione o caso, oltre a quella che la sovrasta ed a quella che le sottostà, abbiamo *sei figure* che affiancano la Giustizia. Tre da un lato, tre dall'altro, secondo uno schema retorico-figurativo (stavolta osservato solo quanto al numero) che abbiamo già incontrato e incontreremo ancora.

⁽⁶⁹⁾ L'equità « [...] redacta in voluntate dicitur iustitia [...] »; ovvero: « [...] si talis equitas in voluntate hominis perpetuo sit, iustitia dicitur [...] »; o anche « [...] equitas [...] quae et iustitia est ita demum, si ex voluntate redacta sit: quicquid enim equum, ita demum iustum si est voluntarium [...] » (cfr. E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, II, Giuffrè, Milano 1964, p. 4 nt. 5).

⁽⁷⁰⁾ Nella logica della giustizia, la concordia è *inter pares* (per es. *concordia*

«livellato corteo di cittadini», così come fa anche la pialla, «specifica *Concordia* in un senso 'egualitario'»⁽⁷¹⁾, essa non può dirsi estranea all'*aequitas*, e di fatto non ne prescinde⁽⁷²⁾. Essa raccoglie, riunisce e tiene le corde che scendono dai due piatti, che sono il *pensum aequitatis*; è quindi essa il terminale, per così dire, del buon equilibrio delle 'tre giustizie' al quale bada *Domina Iustitia* aggiustando *aeque* la bilancia. Potrei aggiungere che 'senza equità non c'è concordia' ed andare avanti per un pezzo.

Il fatto è che queste allegorie della Giustizia — e quella di Siena con le altre — mandano tutte un messaggio di *integrata coesione*: tutto si tiene, ogni idea rappresentata si intreccia alle altre, nessun valore si realizza se gli altri valori non operano. Allo stesso tempo, i 'discorsi' che l'affresco contiene fanno necessariamente i conti da una parte con la *respublica*, che vuole la sua parte di celebrazione legittimante e quindi di 'alto linguaggio civile'; dall'altro con la gente che lo guarderà, che si trova a miglior agio con le 'figurette' e con le 'scene', piuttosto che con le metafore erudite, per le quali ha bisogno di *tituli*. Ne viene che l'approccio interpretativo più affidabile per quest'opera — come per tutte le altre del suo genere — sembra quello che cerca di misurarsi con la sua 'tradizione iconografica' e con le circostanze politiche in cui venne concepita, dalle quali non

fratrum). Un cenno nel Bartolo citato in KANTOROWICZ, *I due corpi del re*, cit., p. 97, nt. 77.

⁽⁷¹⁾ DONATO, *Ancora sulle 'fonti' del Buon Governo di Ambrogio Lorenzetti*, cit., p. 58, nt. 33.

⁽⁷²⁾ Un risalente insegnamento fondava l'equità sull'uguaglianza (*aequitas idest aequalitas*), ed un celebre *dictum* di Cicerone (*Topica*, 4, 23) la designava come ciò che "in paribus causis paria iura desiderat". Ma non bisogna dimenticare che Cicerone (come anche Aristotele), prima di finire per allusioni nell'affresco di Lorenzetti è stato mille volte mediato. Da Agostino, che lo aggiorna legando lo spirito di unità e la concordia alla *città*; da Tommaso, che riferendosi ad un testo agostiniano, distingue fra concordia e pace: «La vera concordia [...] non è un generico e occasionale consentire reciproco, ma la stabile e ordinata cooperazione di tutti» (P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 1, *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Laterza, Bari 1999, p. 20). Non poteva avere Cicerone la concezione della *città come ordine e corpo* (COSTA, *Civitas*, cit., pp. 13 sgg.) che ci viene incontro dall'affresco, ed anche la nozione di *aequitas* che vi troviamo non può dirsi 'visione ciceroniana dell'*aequitas*': quella è una visione medievale, costruita da giuristi che avevano sì letto Cicerone e Aristotele, ma con intelletto medievale.

va separato il ‘pubblico’ a cui era destinata. E se è certo che la *struttura complessa della raffigurazione* incorpora in alcune sue parti il ‘debito’ nei confronti del pensiero politico classico (mediato peraltro dall’esperienza giuridica medievale), convengo tuttavia con chi ci ricorda che l’*explanandum* sta sulla parete, e non nei libri degli *auctores* (73).

Ma nell’affresco di Lorenzetti c’è una seconda Giustizia. La vediamo sulla destra, ultima delle virtù cardinali, cinta come le altre sue compagne da una corona; impugna una spada che appoggia sulla testa tagliata di un giustiziato e tiene nella mano sinistra un’altra corona. Volendo restare nelle simmetrie dei rimandi ai retroterra colti, ove la *Iustitia magna* alludesse a *Thémis*, questa alluderebbe a *Dike* (74), se quella fosse la giustizia *generale* di Aristotele, questa potrebbe essere la giustizia *particolare* (75). L’affresco ci dice *a*) che si tratta della giustizia virtù cardinale; *b*) che ha il compito di punire (spada in pugno) e premiare (corona in mano), divenendo con ciò il *pendant* dell’angelo del piatto di sinistra, allegoria della giustizia distributiva; *c*) che insieme alle restanti virtù cardinali (alle quali si sono aggiunte *Magnanimitas* e *Pax*, realizzando il cruciale numero di sei (76)) fa da *adessor* al Comune, seduta con le altre sul suo stesso

(73) DONATO, *Ancora sulle ‘fonti’ del Buon Governo di Ambrogio Lorenzetti*, cit., p. 55 e p. 57.

(74) *Dike* è la giustizia nelle relazioni tra soggetti (originariamente tra famiglie). Il suo valore corrisponde al “fatto di mostrare con autorità di parola ciò che deve essere, cioè la prescrizione imperativa della giustizia”. Poi *Dike* diventa, in greco, la giustizia stessa, e quando “interviene per mettere fine al potere della *bía*, la forza, allora *Dike* si identifica con la *virtù della giustizia*, e colui che ha la *Dike* dalla sua è *dikaïos*, giusto” (BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, cit., II., p. 363 e p. 366).

(75) *Etica Nicomachea*, V, 4. La giustizia particolare è una virtù, e si definisce a partire dall’ingiustizia che commette colui che prende più di quanto gli spetti, con riguardo all’onore, alla ricchezza e alla sicurezza. La giustizia particolare può essere ben compresa in rapporto alla nozione di uguaglianza (*isotès*).

(76) È il numero ricorrente delle virtù di corteo: per esempio nella raffigurazione delle *Quaestiones de iuris subtilitatibus* e nelle altre, precedenti o coeve, che presentano la stessa struttura. Ricorrerà anche in alcune delle successive rappresentazioni della Giustizia, tanto da far pensare che il numero cruciale sia in realtà il sette, la cui autorità ci è nota, costituito dal *sex* unito all’*unum*. Spingendo ancora più oltre le implicazioni della congettura verrebbe da dire che se qui il sette è realizzato con il Comune, altrove esso si realizza con una *Iustitia* sentita come *unum* anche là dove la sua epifania è

lungo sedile, che al centro 'eccede' e dà forma a un trono; *d*) che non ha bilancia: non sembra quindi riferirsi alla giustizia praticata, ma restare dentro il paradigma della *Iustitia virtus*. Accade talora che le virtù *cardinali* siano pensate come 'sostegno', pilastri o basamento, delle istituzioni che ispirano ⁽⁷⁷⁾: è possibile che a qualcosa del genere alluda anche Lorenzetti: come se dicesse che il Comune 'perdurerà' finché, praticando le quattro virtù che gli siedono accanto, conserverà a Siena la giustizia e la pace, che stanno ai due estremi capi del sedile, quasi al rischio permanente di *exire de civitate*.

Ma io devo tornare alla giustizia criminale. Il ciclo ne propone qualche traccia, ma non ne fa un punto di riferimento sensibile. Dominato dall'idea tutta politica di quella che Kantorowicz ha definito *Iustitia in abstracto*, preoccupato di lavorare piuttosto sull'idea di *concordia*, concentrato sulla questione della conservazione della *libertas* senese, non sembra dare peso ai mutamenti che nel frattempo avevano messo in correlazione le nascenti tirannie con lo strumento 'operativo' del processo nuovo.

4. *La spada*.

Chi dal canto suo mostra di aver colto il carattere nuovo della giustizia penale è Andrea Pisano, autore di una Giustizia inserita in una formella a rombo nella seconda balza del campanile di Giotto a Firenze, e poi di un'altra formella con una solenne Giustizia impancata, per la sua porta del battistero di San Giovanni, a pochi passi dalla prima. Siamo nel mezzo degli anni trenta del Trecento: tra il 1334 (circa) ⁽⁷⁸⁾, anno della prima opera, e il 1336, anno della

'tripartita' (nelle diverse combinazioni di intreccio con *ratio*, *sapientia*, *transcendentia*, *aequitas*, o *concordia*).

⁽⁷⁷⁾ In un esempio tra tanti, Giovanni Pisano, nei primissimi anni del Trecento, aveva scolpito per il pulpito del duomo di Pisa un gruppo con le quattro virtù cardinali che sorreggono la Chiesa (vedi nota 87).

⁽⁷⁸⁾ Questa datazione, in realtà, non si riferisce al lavoro di Andrea Pisano, ma è legata all'ipotesi che quella Giustizia sia stata ideata da Giotto nell'ambito della progettazione del campanile, databile intorno al 1334. Non ho alcun elemento per pronunciarmi su quest'ipotesi, né mi interessa di verificarla, fosse solo nei libri, perché

seconda. La prima Giustizia veste alla romana, la seconda siede col ginocchio protruso. Entrambe reggono una bilancia e impugnano una spada.

Per la prima volta la Giustizia viene raffigurata, oltre che con la tradizionale bilancia, con un'eloquente spada: non la prima in assoluto in età medievale ⁽⁷⁹⁾; certamente la prima posta *in ambiente pubblico*, su monumenti che simboleggiano l'anima della città ⁽⁸⁰⁾. Si avviano un modello figurativo, ed un *uso* di esso, destinati ad una lunghissima durata.

Perché una spada? Restringere la decodificazione al solo versante della minaccia, o nell'allusione al carnefice, non è soltanto riduttivo ma fuorviante. Quella spada è principalmente rivelazione del *ius gladii* ⁽⁸¹⁾. Di recente rivendicato dai poteri pubblici cittadini, esso viene così 'notificato' alla città, attraverso un'*imago Iustitiae* assai espressiva, perché tutti sappiano che la giustizia non è più *soltanto* quella ami-

non dimentico di essere uno storico del diritto. Posso solo dire che la Giustizia degli Scrovegni e questa del campanile si rifanno a due concezioni giuridiche tra loro diversissime.

⁽⁷⁹⁾ Mi riferisco soltanto alle rappresentazioni della Giustizia, e non ad altre: infatti, la coppia bilancia-spada era già da tempo praticata nella ricca iconografia dell'arcangelo Michele. Un esempio di giustizia con la spada (e si tratta proprio di un *gladium* romano) si trova sul sarcofago di Clemente II (1247), che sta nel duomo di Bamberg; è una giustizia che ha anche il ginocchio protruso (KISSEL, *Die Iustitia*, cit., p. 35).

⁽⁸⁰⁾ Nella fase in cui Andrea Pisano riceve l'allogazione della porta sud, il battistero di San Giovanni è da tempo, per Firenze, edificio primario, religioso e civico, nel quale si svolgono molte delle più solenni cerimonie pubbliche. Di lì a non molto anche in Orsanmichele, luogo di riferimento politico, oltre che religioso, delle corporazioni cittadine, iniziato nel 1337, comparirà un bassorilievo di Andrea Orcagna con una Giustizia con bilancia e spada databile al 1359: cfr. SCHILD, *Gerechtigkeitsbilder*, cit., p. 126. Se si va in cerca di primati, però, non bisogna dimenticare la (perduta) giustizia di Giotto per il Palazzo dei Podestà di Firenze che aveva verosimilmente una spada (non so se anche una bilancia) e che precede certamente il 1334.

⁽⁸¹⁾ C'è nella nozione romana dello *ius gladii* un elemento di 'straordinarietà' molto congeniale alla fase in cui si afferma *de consuetudine*, e per esigenze politiche, un processo penale *contra ius civile*, secondo la celebre espressione di ALBERTO DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *Quomodo de maleficiis cognoscatur per inquisitionem*, ed. H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, vol. II, *Die Theorie. Kritische Ausgabe des Tractatus de maleficiis nebst textkritischer Einleitung*, W. De Gruyter, Berlin u. Leipzig 1926, p. 39.

chevole, negoziale, *iusta* ed arbitrare che c'era prima. Le lotte politiche degli ultimi ottant'anni hanno trasfigurato la natura stessa della giustizia *d'antan*, perché hanno travolto le istituzioni comunitarie ed i vecchi assetti concordati del potere. La nuova *Respublica* che ne è nata rivendica il diritto di *punire* i delitti perché ritiene di avere il dovere di tutelare se stessa, il prestigio delle leggi, la pace pubblica e la pubblica utilità: alla bilancia unisce la spada ⁽⁸²⁾, assume la signoria del processo penale e dichiara l'inesorabilità della pena ⁽⁸³⁾. Si crea così quell'*humus* protostatuale necessario a nutrire il penale, che prende forma e poi emerge « au sein de la 'justice' » ⁽⁸⁴⁾. I materiali tecnici necessari vengono dal diritto romano, e romano è il quadro ideologico che fa del *ius puniendi* una prerogativa dell'*imperium*. Il *ius gladii* è squisitamente arnese romanistico ⁽⁸⁵⁾.

Se ne accorge Andrea (o Giotto, se è vero che l'ideazione è sua) e mette nella formella del campanile una Giustizia vestita con tunica e pallio, sullo sfondo di un allusivo *opus reticulatum*, con in mano proprio un *gladium*, la spada del soldato romano con lama corta, piatta, a due tagli e appuntita. Come si può vedere, qui non siamo alle allusioni suggestive delle Giustizie *edificanti*, o alla didattica delle Giustizie *espositive*, né ai neoplatonismi delle quattro virtù cardinali. Nella sua semplice essenzialità, il *dictum artificis* di Andrea/Giotto suona come un'analisi colta dei caratteri profondi

⁽⁸²⁾ L'idea veniva da lontano, nasceva ovviamente a Roma, ma aveva avuto i suoi mediatori prossimi già nel secolo precedente. Per esempio Ralph Niger, nei *Moralia regum*, al cap. *De iudicum insolentia*: « Quippe gladius utilis est et admodum decens et usus eius necessarius, et ad propulsandam iniuriam, et ad pacis custodiam, et ad transgressionum ultionem. Verumtamen in manu furiosi debacchatur interdum ad innocentium interneconem. Quanto enim utilior est legitimus usus eius ad rei publice commoditatem, cum bene dirigitur, tanto perniciosior est abusus eius, quando irruente malitia ad malum porrigitur [...] » (Ho messo in corsivo i termini chiave. Vedilo in KANTOROWICZ, *Rechtshistorische Schriften*, cit., pp. 241-42).

⁽⁸³⁾ SBRICCOLI, « *Vidi communiter observari* », cit., pp. 259 sgg. [t. I, pp. 102 sgg.].

⁽⁸⁴⁾ Felice immagine che prendo a Ph. ROBERT e R. LÉVY, *Histoire et question pénale*, in « *Revue d'histoire moderne et contemporaine* », 32, 1985, p. 484.

⁽⁸⁵⁾ B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Giuffrè, Milano 1998, pp. 229 sgg., per le sue origini nell'ambito della giustizia militare romana, e P. COSTA, *Ius iudicium. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Giuffrè, Milano 1969, pp. 345 sgg. per il transito della spada dal significato coattivo dell'arma a quello metaforico di 'potere secolare, politico, statale'.

della giustizia nuova. Questa Giustizia è quasi del genere *ammonitivo* e non fa prologhi in cielo, né spazia lontano. Essa dice ai fiorentini (e *statuisce* di fronte ad essi) che le loro consuetudini penali faranno i conti con una giustizia criminale che non si contenta più della sola bilancia, perché s'è intrisa dei caratteri tipici di un ordine giuridico fondato sulla *potestas plena* e sull'*imperium*. I suoi riferimenti vanno alla giustizia praticata e guardano vicino.

Ha caratteri simili la Giustizia del battistero. L'*opus reticulatum* passa dallo sfondo alla panca e la spada resta un *gladium*. La veste, invece, come sembra giusto, diventa fiorentina: potevano suonare stonati i panni 'stranieri' pensati per l'immagine del campanile: espliciti, certo, ma forse poco adatti a suscitare *feeling* tra la gente.

La spada, in entrambe le raffigurazioni, è *tenuta come un'insegna*, quale in effetti è, statica e perfettamente verticale. È sguainata⁽⁸⁶⁾ ma non è brandita, né *admenata*, come dicevano certi statuti che ne punivano l'esibizione intimidatoria. In poche parole, io credo che nella concezione di quelle immagini (e, di regola, anche nelle immagini che seguiranno per qualche secolo) la spada non venga mai rappresentata come un'*arma*⁽⁸⁷⁾. Intanto, come ho già detto, perché

⁽⁸⁶⁾ A parte quella di Giovanni Pisano, che commento nella nota che segue, non ricordo di aver visto Giustizie con la spada inguainata, né Giustizie che esibendo la spada nuda (che da *gladium* si trasformerà col tempo in *ensis*, più lunga e diritta, a due tagli), portassero tuttavia anche il fodero. La spada essendo segno del *ius gladii* e simbolo di *potestas*, non è pensabile che venga rinfoderata, come non può essere 'riposto' il potere, quando c'è.

⁽⁸⁷⁾ È invece soltanto un'arma lo spadone nel fodero al quale, tenendo una bilancia con la destra, sembra appoggiarsi la Giustizia scolpita da Giovanni Pisano, tra il 1302 ed il 1312 per il pergamo del duomo di Pisa. La statua fa parte del gruppo delle quattro virtù cardinali che sorreggono la Chiesa. Siamo dunque nell'area della *Iustitia virtus*, senza che ci sia spazio teorico per il *ius gladii*: lo spadone qui non è un simbolo, ma proprio uno spadone nel suo fodero, serve per difendere la Chiesa ed è questo che lo identifica concettualmente come un'arma. Per chiarire ulteriormente il mio discorso posso aggiungere che anche la spada dell'arcangelo Michele è un'arma. Talvolta rappresentata come una spada di fuoco, gli serve per guidare le sue schiere angeliche e per battersi contro draghi e demoni, perché Michele è un soldato. Nella splendida tela di Luca Signorelli, *Vergine col bambino e santi*, 1510-1512, che sta a Cortona nella raccolta dell'Accademia Etrusca, l'arcangelo è in aspetto di *miles*, veste una lorica coriacea e tenendo una spada nella destra, pesa con la sua bilancia i giusti, che volano verso Maria, ed i malvagi, che rovinano nell'inferno.

è principalmente la metafora di una *potestas*. Poi perché ridurla all'arma strumento del carnefice escluderebbe la giustizia civile da uno dei tratti dell'allegoria, cosa che non regge. Infine perché la spada porta nella sua storia e nella sua mitologia — in diretto rapporto allo specifico della giustizia — altre e diverse funzioni, incorporando differenti significati, nessuno dei quali ha a che fare con essa in quanto arma.

La spada, teste Salomone e la sua memorabile giustizia, può servire per dividere e fare le parti. È *discrimen* per separare il giusto dall'ingiusto, nell'analisi che ne fa a metà del Cinquecento Joos Damhouder, il celebre criminalista (88). È anche strumento per *risolvere* questioni, secondo la metafora nata davanti al re Gordio quando Alessandro il Grande *sciolse*, tagliandolo, quell'inestricabile nodo. Ma la spada, nelle mani della Giustizia, impugnata 'a modo di scudo' come fa la *Iustitia tutrix* (89), significa anche soccorso, difesa

(88) « Vides praeterea iustitiam dextra districtum tenentem gladium, quo nobis significatur aequum iudicem post causas plene cognitatas debere assumere gladium, *quo causam iniquam ab aequa dissecet*, quo innocentem defensum, tutum et tranquillum reddat » (DAMHOUDER, *Praxis rerum criminalium*, cit., cap. CLIV, n. 3, post med.).

(89) Il gesto è codificato: la Giustizia non ha bilancia e tiene la spada con la destra, orizzontalmente, parallela alla linea delle spalle ed alla loro altezza, sopra la testa o appena sotto il collo, mentre con la sinistra regge un globo. È la *Iustitia tutrix*, il cui 'prototipo' viene dipinto da Andrea di Bonaiuto nel *Trionfo di San Tommaso d'Aquino* per il cappellone degli Spagnoli a Santa Maria Novella (1365-67). La Giustizia tutelare è la prima a sinistra di chi guarda, nella schiera di arti, dignità e virtù raffigurate ai piedi del Dottor Angelico.

All'inizio del Quattrocento una *tutrix* viene 'sgraffita' nel pavimento del Duomo di Siena, su disegno (forse) di Martino di Bartolommeo (la riproduce SCHILD, *Gerechtigkeitsbilder*, cit., p. 129, che però la attribuisce a Duccio di Buoninsegna e la data al 1310, quando il Duomo non era stato ancora 'prolungato' e quella parte di pavimento non esisteva ancora). Le *tutrices* del Pollaiuolo (una, del 1484, sulla pietra tombale di Sisto IV nei Musei Vaticani a Roma ed una, del 1498, sulla tomba di Innocenzo VIII in San Pietro a Roma, entrambe col ginocchio protruso; un'altra che sta agli Uffizi ed è del 1470) hanno spada e globo, ma la spada è tenuta in posizione di 'guardia', e non di 'scudo'. Una significativa immagine (1556) mostra Carlo V rappresentato come *Iustitia tutrix* (spada in guardia, globo, ginocchio protruso e nudo), circondato da nemici (vedila in F. A. YATES, *Astrea. L'idea di Impero nel Cinquecento*, Einaudi, Torino 1978, ill. 2). Alla Giustizia tutelare fa cenno, elencandone un po' alla grossa sparpagliati esempi, la pionieristica prolusione maceratese di L. ZDEKAUER, *L'idea della Giustizia e la sua immagine nelle arti figurative*, Tip. Bianchini, Macerata 1909, pp. 47-48.

e protezione: una Giustizia oggi perduta ⁽⁹⁰⁾, affrescata da Giotto nel palazzo dei Podestà a Firenze, mostrava di poter difendere (o restaurare) il Comune anche con la spada: metafora politica, si dirà, e non giudiziaria, ma sappiamo quanto sia difficile tenere separate le due sfere, specie quando esse vengono saldate insieme nella complessità di un'allegoria. Una giustizia (penale e civile) forte ed operosa è ragione di pace e prosperità per la *Respublica*, ma è anche promessa di riparo per il perseguitato, di tutela per l'indifeso, di ragione per il vessato e di risarcimento per la vittima. Giustizia e politica intrecciate insieme, per l'appunto.

Dove la spada sembrerebbe ridiventare un'arma è nella sua *ineluttabile* allusione all'esecuzione di giustizia. Una spada è una spada. Se nelle originarie raffigurazioni della Giustizia essa è in realtà soltanto una metonimia (la spada sta per il potere di usarla), il fatto di essere materialmente un'arma ha reso inevitabile che venisse percepita in seguito come lo strumento dell'esecuzione ⁽⁹¹⁾, piuttosto che come allusione al potere di punire. Man mano che ci si allontana dalla fase comunale e dalla coscienza della rivendicazione del *ius gladii* da parte della *Respublica civitatis*, un plausibile slittamento semantico trasforma la metonimia in simbolo: la spada, pensano in molti, fa parte del corredo della Giustizia per significare che essa reprime, castiga, si fa temere. « La Iustice n'a pas sans cause les balances et le cousteau en une main, mais es deux » scrive Pierre Ayrault alla fine del Cinquecento ⁽⁹²⁾: è perché si capisca che essa è costituita per servirsi insieme, o separatamente, della bilancia o della

⁽⁹⁰⁾ Ancora una *Iustitia virtus*, certamente, ma stavolta armata, a quanto dice Vasari. Quest'opera, « perduta ma a grandi linee ricostruibile fu modello [...] per gli affreschi senesi » di Ambrogio Lorenzetti (DONATO, *Ancora sulle 'fonti' del Buon Governo di Ambrogio Lorenzetti*, cit., p. 61).

⁽⁹¹⁾ Sappiamo peraltro che, almeno in area italiana, dove prima che altrove si affaccia il simbolo, le esecuzioni capitali avevano a che fare molto più con la corda che con la spada, sia in età medievale che in età moderna. Per le non frequenti decapitazioni in età moderna si usava talora un'ascia *ministerialis* (la mannaia) dalla forma pratica e funzionale (manico lungo, taglio a falce di luna). Una consuetudine (non so quanto praticata nei fatti) accordava ai nobili il privilegio di essere eseguiti con la spada, arma nobile e cavalleresca, piuttosto che con l'ascia, utensile di mestiere.

⁽⁹²⁾ P. AYRAULT, *L'ordre. Formalité et instruction judiciaire [...] conféré au stil et usage de nostre France* [1587], Chez Laurens Sonnius, Paris 1604, I, V., 12, p. 106.

spada, a seconda di ciò che ritenga utile e necessario, caso per caso ⁽⁹³⁾. E aggiunge più avanti, a proposito della spada e del suo senso, che « i pittori, i poeti, i retori gliela mettono nuda nella mano, perché non debba attardarsi a sfoderarla quando deve colpire per prima » ⁽⁹⁴⁾.

È la lettura intuitiva, è stata e resta la più popolare, ha svolto nella pedagogia pubblica la sua utile funzione ⁽⁹⁵⁾. Del resto, il fatto che fosse 'sbagliata' perché divenuta inconsapevole delle origini 'giurisdizionali' del simbolo, non cambia di molto il significato politico dell'operazione messa in atto con le pubbliche raffigurazioni della Giustizia, né altera nella sostanza il senso *complessivo* della loro intenzione comunicativa.

5. *Se la giustizia celebra se stessa.*

Le immagini della Giustizia allegorica si impongono, significano e dicono, nelle fasi in cui la giustizia praticata affronta le sue crisi o le sue svolte. Nei periodi intermedi, mentre si assestano i cambia-

⁽⁹³⁾ « C'est pour donner à entendre qu'elle est fondée à se servir et aider cumulativement, ou à part, de la balance, ou du glaive, selon qu' elle en advisera les occasions utiles et nécessaires » (AYRAULT, *L'ordre*, cit., *ibidem*).

⁽⁹⁴⁾ « [...] l'espée que donnent les peintres, les poètes, les rhetoriciens à la Justice, ils la luy donnent nuë en la main, non au fourreau: afin aussi de donner à entendre à l'opposite, qu'il ne faut pas tousiours user de scrupule et de longueur, mais aller quelquefois au devant, et frapper le premier » (AYRAULT, *L'ordre*, cit., *ibidem*).

⁽⁹⁵⁾ Che la spada, nell'iconografia della Giustizia, veicolasse comunque l'idea della giustizia armata, della minaccia e della vendetta pubblica, non poteva dispiacere a governanti e giudici. In questo spirito, Niccolò Machiavelli osservava che « [...] e' Viniziani, in tutti questi luoghi ne' quali si rinsignoriscono, fanno dipignere un San Marco [vuole dire un leone alato] che in scambio di libro ha una spada in mano, d'onde pare che sieno avveduti ad loro spese che ad tenere li stati non bastano li studi e e' libri » (N. MACHIAVELLI, *Lettera ai Dieci da Verona* del 7 dicembre 1508, in *Legazioni e commissarie*, a cura di S. Bertelli, III, Feltrinelli, Milano 1964, p. 1202). C'è da credere, quindi, che da un certo momento in poi, la prevalenza della lettura più facile abbia fatto perdere a sovrani, sudditi, giuristi e artisti, la coscienza del significato originario ed autentico di quella spada, anche se — per la resistenza del modello codificato — continueranno ad essere assai rare le Giustizie che mostrano di *minitari gladio*. Fatti comprensibili, se solo si pensa che la consapevolezza del significato originario di quella spada è stata smarrita anche da più di un moderno iconologo.

menti, trionfano ripetitività e maniera: le allegorie si inseguono, si citano tra loro, celebrano altre allegorie. Invariabilmente, comunque, staccano i piedi da terra e prendono le distanze dai fatti, cessando di rappresentare ‘il conflitto’ e tagliando i fili che legano la giustizia alla politica. Avviene che si rifugino negli interni e vadano a decorare stanze, e non sempre per assolvere (almeno) ad un compito esortativo o di monito ⁽⁹⁶⁾.

Una lunga bonaccia figurativa succede, in Italia ⁽⁹⁷⁾, agli anni tempestosi della prima metà del Trecento. L’avvento del penale è ormai consolidato ed il ‘nuovo’ processo che lo incarna è entrato da tempo nell’orizzonte delle cose ordinarie; la brutale giustizia politica degli anni delle ‘discordie’ s’è sciolta nelle ‘pacificazioni’ dei Signori, tanto che la repressione politica diviene, diciamo così, una risorsa tenuta in riserva. Peraltro, accordato ai poteri pubblici il diritto di ‘fare la giustizia’ a modo loro nel penale alto, le comunità e i loro giudici hanno nel frattempo recuperato terreno. La negoziazione, che non è mai scomparsa dal processo penale o dai suoi dintorni, si installa nelle pieghe del processo, e ne contende almeno due aspetti all’egemonia degli apparati statali in formazione: la gestione delle azioni e l’irrogazione delle pene. È il penale delle pratiche ⁽⁹⁸⁾ che, per dirla un po’ alla grossa, è nel dominio dei giudici e si esercita con la (loro) bilancia, molto più che con la spada.

Gli artisti fanno fatica a rappresentare una giustizia siffatta. La sua grigia complessità la rende allo stesso tempo difficilmente ridicibile ad una cifra allegorica eloquente, e poco interessante. Una giustizia avviata ad una *routine* fatta insieme di sorda burocrazia e di privilegiati compromessi non sembrava un gran soggetto, né pro-

⁽⁹⁶⁾ Cosa che avviene invece in numerosi edifici pubblici destinati a funzioni di giustizia: cfr. ROBERT, *Une allégorie parfaite*, cit., pp. 27 sgg.

⁽⁹⁷⁾ Come s’è visto, il mio riferimento va esclusivamente, per ora, all’area italiana, alle dinamiche politiche italiane, alla *precoce* emersione duecentesca del penale nelle città italiane. La pratica del penale pubblico (che è come dire il penale *tout court*), nel resto d’Europa, si rende visibile quasi un secolo dopo (un po’ prima in Francia e nelle Fiandre): questo può voler dire che l’iconografia della Giustizia, al di là delle Alpi, abbia avuto qualche manifestazione significativa, per es. nel XV secolo, mentre da noi sonnecchiava.

⁽⁹⁸⁾ SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., pp. 173 sgg. [t. I, pp. 13 sgg.].

metteva successo a chi fosse riuscito a rappresentarla per quel che era e significava.

Nel 1496, alla fine di un secolo pressoché vuoto di raffigurazioni di qualche rilievo ⁽⁹⁹⁾, Pietro Vannucci inizia ad affrescare la Sala dell'Udienza del Collegio del Cambio nel Palazzo dei Priori di Perugia, la sua città. Vi dipinge in alto una bellissima Giustizia con bilancia e spada, grande e solenne, che guarda in basso e vigila sulla giustizia corporativa che lì si celebrava. Nessuna allusione alle regole della commutativa, come sarebbe potuto avvenire se invece che in una città egemonizzata dai Baglioni e sotto il protettorato di Alessandro VI ci fossimo ancora trovati nella severa Perugia delle Arti e degli *Ordinamenta populi*.

Conosceva molto bene gli affreschi del Cambio, Raffaello. Quando viene chiamato a lavorare nelle stanze vaticane, dipinge una splendida Giustizia per la Stanza della Segnatura (anch'essa un luogo di giudizi), che a quella del Perugino deve l'impostazione e l'idea. Di suo ci mette un « *Ius suum unicuique tribuit* », ed una spada levata ad ammonire: ne viene che possa essere letta insieme come virtù cardinale che milita e difende e come « personificazione che presiede agli studi di diritto » ⁽¹⁰⁰⁾, tanto più che tutta la Stanza della Segnatura è consacrata alle arti del sapere, divino, razionale e giuridico: lì è *La Scuola di Atene* e lì sta *L'istituzione del diritto civile e del diritto canonico*.

⁽⁹⁹⁾ KISSEL, *Die Justitia*, cit., non dà esempi del XV secolo, a parte la 'cinquecentesca' *Giustizia con la gru* di Albrecht Dürer, disegnata per una carta da gioco tra il 1495 e il 1499 (p. 43). Così anche ROBERT, *Une allégorie parfaite*, cit., mentre JACOB, *Images de la Justice*, cit., ne segnala più d'una, ma di area francese. Alberto Tenenti, scrivendo dell'*Attesa del giudizio individuale nell'iconografia del Quattrocento*, cit., pp. 27-44, non fa riferimento a fonti italiane. SCHILD, *Gerechtigkeitsbilder*, cit., documenta tre 'piccole' Giustizie quattrocentesche: quella di Taddeo di Bartolo (1415) nell'Antecappella di Palazzo Pubblico a Siena (p. 87); quella del trittico di Jacobello da Fiore (1421) che sta a Venezia nella Galleria dell'Accademia (p. 146); un tarocco inciso a Ferrara nel 1465 (p. 128). Io segnalo, ma non considero, che Luca della Robbia, Jacopo della Quercia, Benedetto da Maiano, Mino da Fiesole, Filarete, hanno scolpito piccole giustizie di contorno, nel corso del Quattrocento, per altari, sepolcri, fregi ed arredi civici. Spicca soltanto la Giustizia che Jacopo della Quercia ha posto nella Fonte Gaia di piazza del Campo a Siena: ha un'aria dolce e mite, regge la bilancia con la mano che tiene sul cuore e non impugna la spada, sostenendola appena con le dita.

⁽¹⁰⁰⁾ GOMBRICH, *Immagini simboliche*, cit., p. 127.

Ma ormai le immagini si sono fatte convenzionali. Sono allegorie dalle quali solo un deliberato accanimento ermeneutico potrebbe spremere segnali o intenti. In ogni caso, non si troverà in esse alcuna allusione ai fatti che intanto avvenivano concretamente nella giustizia che si praticava, né in quella celebrata in quelle stanze, né in quella somministrata là fuori. Retorica. La parola che accuratamente ho eluso ragionando sulle rappresentazioni che a loro modo entravano nel dibattito sulla Giustizia ‘alta’ o nelle tensioni prodotte da quella ‘bassa’, può essere usata adesso, parlando di queste.

Qualcuno si attarda a reillustrare Aristotele (la commutativa e la distributiva, accanto alla divina) come fa il Pinturicchio — anche lui con retorica muta, ma con straordinari risultati figurativi ⁽¹⁰¹⁾ — dipingendo in Vaticano le stanze occupate da Alessandro VI Borgia, tra il 1492 e il 1494.

E proprio in quel 1494, mentre lui lasciava gli appartamenti del Papa, e Pietro Perugino stava per concordare coi Priori il disegno della Giustizia del Cambio ⁽¹⁰²⁾, in una lontana città ai margini dell’Impero germanico, un’altra Giustizia, alla vigilia di una drammatica crisi del penale, sperimentava per la prima volta l’umiliazione della benda.

6. *La benda in Germania, al seguito della legge.*

Ho detto, all’inizio di questo scritto, che Sebastian Brant, e con lui l’incisore che traduce in immagini i suoi versi, non avevano alcuna intenzione di unire la benda agli altri emblemi che tradizionalmente accompagnavano le raffigurazioni della Giustizia.

Il senso dell’illustrazione [fig. 1], infatti, letto alla luce della didascalìa in versi che l’accompagna, va in tutt’altra direzione,

⁽¹⁰¹⁾ Nella Sala delle Arti liberali dell’Appartamento Borgia, il Pinturicchio ha dipinto anche un’insolita Retorica a modo di Giustizia assisa in trono, con la spada nella destra e nella sinistra un sole dorato appeso a un filo (la chiarezza, dice RIPA, *Nova iconologia*, cit., I, p. 79). Una spada ed un sole tengono anche due mammoli ritti ai piedi del trono.

⁽¹⁰²⁾ « L’artista ebbe per il suo disegno l’approvazione preventiva dei Priori » ci dice senza dare altro conto L. ZDEKAUER, *Iustitia. Immagine e idea*, in « *Bullettino Senese di Storia Patria* », 20, 1913, fasc. 3, p. 412.

perché quel folle sembra obbedire ad una intenzione beffarda. Mostra di voler oltraggiare, compiendo un gesto da 'mondo alla rovescia', in omaggio al costume della pazzia e in coerenza con lo spirito derisorio e ammonitore del *Narrenschiff* di Sebastian Brant. Fosse per lui, la Giustizia avrebbe solo bilancia e spada. La benda è uno sberleffo provocatorio rivolto a coloro che stanno alterando la sua natura, allontanandola dalla tradizione per metterla, accecata e impotente, nelle mani di trasgressori che vogliono abusare della sua *benignitas*, e sotto il giogo di poteri nuovi che ne distorciranno la funzione.

Peraltro, a stare al *carmen* che accompagna l'immagine, il destinatario dell'intenzione satirica non è la Giustizia ma il folle. Rappresenta le schiere di coloro che provocano la giustizia con liti temerarie, che pretendono senza diritto, che si rifiutano di comporre le cause e poi tirano in lungo il giudizio, che si illudono di piegare le leggi a loro piacimento⁽¹⁰³⁾. Dissennati che bendano la Giustizia nella speranza che essa non veda i loro torti, ma che finiranno per assaggiare lo scardasso⁽¹⁰⁴⁾: lo stolto della vignetta ne ha uno infilzato nel deretano e sta già mettendo il piede su uno di quelli posti a terra come altrettante trappole.

Ma la singolare dinamica dell'illustrazione e la lettura decontestualizzata che se ne farà *da subito*, sposteranno il *focus* dallo stolto che si illude di sfuggire alla Giustizia impedendole di vedere, alla Giustizia stessa, che assumerà il ruolo della protagonista. *Dame Justitia* diventa il soggetto della raffigurazione proprio perché 'agita' dall'atto del buffone: vittima di un gesto che nel repertorio dei segni, in età medievale e moderna, richiama la canzonatura, la beffa, il diletteggio. La tradizione dell'irridere con la benda è infatti risalente, autorevole, e di immediata e sicura decifrazione per i contemporanei. Più di una volta, di sicuro, avevano potuto vedere raffigurato il

⁽¹⁰³⁾ S. BRANT, *Stultifera Navis*, 71, *Carmen de litigantibus in iudiciis*, princ. Cfr. anche H. FEHR, *Das Recht im Bilde*, E. Rentsch Verlag, Erlenbach-Zürich 1923, p. 159.

⁽¹⁰⁴⁾ « Gar dick der haechlen er entpfint,/Wer staetes zancket wie ein kindt/Und meint die worheit machen blindt »: *Si troverà lo scardasso a provare/chi ami come un bimbo litigare/e gli occhi voglia a Verità bendare*. È l'incipit del carme che accompagna l'illustrazione del folle che benda la Giustizia (traduzione di SABA SARDI, *Introduzione*, cit., p. 180).

“Cristo deriso”, bendato e schiaffeggiato (105), tanto che quel modo di burlare era passato perfino nei giochi dei ragazzi. E bisogna aggiungere che la Giustizia dileggiata è nello stesso momento *Iustitia corrupta*, perché la benda sfigura, toglie l'identità, induce una cecità che è anche metafora della perdita di senno. L'interpretazione dei decenni a venire, lontana dal contesto, dirà che il pazzo, con quel gesto, rendeva la Giustizia del tutto simile a se stesso.

Non mi tratterrò in considerazioni sulle ‘radici’ della benda. Non sulle sue presenze remote, sulla concezione ‘egizia’ indagata da Panofsky, sulla benda di cupido o quella della fortuna; niente sulla benda della Sinagoga, o quella dei giustiziati, né farò ipotesi sull'oscurità che essa evoca (notte, morte) o sull'accecamento che induce (insania, veggenza). Niente di tutto questo, perché ritengo che la folgorante comparsa di una benda sugli occhi della Giustizia nel Cinquecento abbia poco a che fare con la sparsa storia di altre bende che appartengono a tutt'altri contesti. La storia della benda della Giustizia non ha preistoria, se non, per la ragione che ho detto poco sopra, nella *derisio Christi*. Essa comincia nel 1494, è peculiare, nasce per caso e procede in tre fasi — o con tre passi — tutti e tre a loro modo inaspettati e sorprendenti.

Il primo passo.

È certo che la benda fa la sua prima apparizione, in relazione con la Giustizia, proprio in quel 1494, nella *Stultifera Navis* stampata a Basilea. Letta di sicuro in chiave derisoria, ma dentro l'inversione folle/giustizia di cui dicevo sopra, deve avere avuto un successo popolare straordinario. L'enorme circolazione che ebbe il *Narrenschiff*, fatta di decine di ristampe, traduzioni, versioni dialettali e in lingua, di rappresentazioni popolari e di fogli volanti che ne ripetevano i versi, diffuse un'immagine — quella della Giustizia cieca — facile da capire e di pronta presa presso ceti popolari probabilmente

(105) Luca 22, 63-64, Marco 14, 65. Si può vedere Ch. BELLANGER, *Le Christ outragé: une iconographie judiciaire? Autour des images de la Dérision du Christ en Occident à la fin du Moyen Âge*, in C. GAUVARD e R. JACOB (a cura di), *Les rites de la justice. Gestes et rituels judiciaires au Moyen Âge occidental*, Le Léopard d'Or, Paris 1999, pp. 145-171. Lo schema di comunicazione rappresentato è, in tutti e due gli eventi, la degradazione derisoria di qualcosa di sacro e supremo.

non entusiasti dei loro giudici. Quell'immagine, fraincesa ma efficacissima, aveva tutto il necessario per radicarsi rapidamente in un consolidato senso comune.

Il secondo passo.

Ne abbiamo la prova nell'illustrazione che viene messa in fronte al primo testo ufficiale a stampa della *Constitutio Criminalis Bambergensis* pubblicato nel 1507 ⁽¹⁰⁶⁾. Vi si vedono sei scabini e un giudice, tutti bendati e col cappello a sonagli del folle, che siedono ad amministrare giustizia, mentre una mano dal cielo regge un cartiglio con scritto « Auff boese gewonheyt urteyl geben / Die dem rechten wider streben / Ist diser plinden narren leben » ⁽¹⁰⁷⁾. La cosa è sbalorditiva: la prima edizione ufficiale della legge Bamberghense cita clamorosamente *in exordium* il folle del *Narrenschiff* e nella didascalia in versi scimmiotta stile, metrica e lingua del suo *Carmen de litigantibus in iudiciis*.

Il senso dell'operazione è chiarissimo. La Bamberghense, detta poi *Mater Carolinae*, avviava in quella parte della Franconia una radicale riforma del penale — di contrastatissima applicazione — che consisteva nel mettere una legge penale ispirata al diritto comune al posto delle consuetudini punitive e processuali di quelle regioni. Il diritto praticato di Bamberg doveva cedere ad un diritto 'dotto', sconosciuto, sentito come straniero; un processo inquisitorio strutturato e poco trattabile prendeva il posto di prassi miste con ampi spazi di negoziazione; gli antichi scabini, giudici indigeni senza troppa scienza, sarebbero stati rimpiazzati da giudici formati sul diritto romano ⁽¹⁰⁸⁾. Non era rivolgimento da poco. Le resistenze

⁽¹⁰⁶⁾ *Bambergische halzgerichts ordenung*, stampata col sigillo del Vescovo di Bamberg, s. l. (ma Bamberg) 1507. La legge si deve a Johann Freiherr von Schwarzenberg, che presiedeva il Tribunale vescovile nella città di Bamberg. Era il primo risultato normativo seguito alla fallita Dieta di Worms del 1495 ed alla *Wormser Reformation* del 1498 voluta da Massimiliano I di Asburgo.

⁽¹⁰⁷⁾ « Emettere sentenze sulla base di cattive consuetudini, di quelle che contrastano il diritto, è la vita di questi pazzi ciechi ».

⁽¹⁰⁸⁾ In una successiva illustrazione dello stesso volume viene raffigurato il Tribunale dei saggi: il giudice ha cappello di vaio e verga ed i sei assessori discutono compostamente; uno mostra al giudice un'opinione in un libro giuridico, un altro ha un cappello da baccelliere. Il giudice, per mezzo di una sorta di fumetto, esorta i suoi

erano state, e si annunciavano, furibonde. Ecco allora la stupefacente azione preventiva di attacco alle consuetudini, e ai giudici ignoranti e ‘ciechi’, giocata alla maniera (stessa grafica, stesso verseggiare, stesso stile facile e popolare) del *Narrenschiff* di Sebastian Brant. È evidente che in questa fase la benda ha ancora una connotazione visibilmente negativa. È il segno della *cecità*, che sta da sempre nella sfera semantica dell’ignoranza e della dissennatezza, esposta alla derisione. Ma qualcos’altro di inatteso sta ancora per avvenire.

Il terzo passo.

Il terzo passaggio che, in una vasta area di lingua tedesca e di tradizioni imperiali, conduce all’affermazione della benda come *attributo della Giustizia* (insieme a bilancia, spada e ginocchio nudo o protruso) va messo in relazione all’entrata in vigore in tutto il territorio dell’Impero ⁽¹⁰⁹⁾ della *Costituzione Criminale Carolina*, voluta da Carlo V e promulgata nel 1532. È il nuovo ordine penale che si vuole instaurare in quelle regioni a fare da regista per l’ultima sorprendente svolta.

Con un’inaspettata e teatrale inversione della polarità del messaggio, il Potere ne capovolge la valenza comunicativa e mette una benda sugli occhi attenti e penetranti della *sua* Giustizia. Volta le spalle alla logica della derisione, infrange il divieto sacrale della cecità/stoltezza, e ‘rivendica’ la benda. Lancia una sorta di *Augenbindes Pädagogik*, prima arrogante e minacciosa, poi sempre più rassicurante, messa in atto con una puntigliosa esibizione di Giusti-

collegli « Richt wir nach dises buches lere/domit verwar wir seel und ere » (Giudichiamo con la dottrina di questo libro, per salvarci l’anima e l’onore). La scena è disseminata di cartigli che richiamano la Bibbia (Esodo, 22, 17: « Non lasciar vivere il malfattore »; Proverbi 17, 15: « Assolvere il reo e condannare il giusto sono due cose abominate dal Signore », ed altre simili edificazioni).

⁽¹⁰⁹⁾ La legge *Carolina* venne recepita, talora soltanto per alcune parti, anche oltre i territori dell’Impero, specie in aree e città che erano state imperiali in passato. In diverse realtà della Federazione elvetica, per esempio, venne adottata — senza formale recezione o pubblicazione — non come penale sostanziale ma come norma processuale. Notizie in P. CARONI, *Quellen und Texte zur Rechtshistorischen Vorlesung*, I, n. 245: *Die Rezeption der Constitutio Criminalis Carolina (1532) in der Eidegenossenschaft*, Universität Bern, Bern 1983, pp. 140-141.

zie bendate nelle curie e nelle carceri, nella *Rathaus* e nei mercati, sulle 'fontane di giustizia' e su colonne bene in vista nei principali crocevia o nelle piazze più frequentate. Di una mossa tanto paradossale quanto provocatoria come questa, bisogna indovinare la molla e lo scopo.

La molla sta probabilmente nell'impulso, non infrequente in chi ne è il bersaglio, a trasformare un marchio di derisione in una ostentazione ⁽¹¹⁰⁾, non diversamente da quanto avvenne ai riformati di Olanda che assunsero con orgoglio il dispregiativo nome di *Gueux*, ai francesi che rivendicano come segno di identità collettiva la canzonatura del *Coq gaulois*, ai *Piagnoni* di Savonarola o a Cromwell, con le sue 'teste rotonde'. Lo scopo era quello di rappresentare ai governati, con insolente iattanza all'inizio, il carattere della giustizia nuova.

Una cosa, soprattutto, viene proclamata ai sudditi, perché la sappiano: la nuova Giustizia penale non vi guarda più, non vi riconosce, quindi non saprà chi siete quando verrete in giudizio. Il vecchio ordine nel quale appartenere alla comunità era tutto, e l'essere 'qualcuno' consentiva un rassicurante negoziato anche *in criminalibus*, non esiste più. Si erige una Giustizia di pietra che, bendata, ha ai suoi piedi Papa, Re, Sultano e Governanti locali, e un'altra che li calpesta [fig. 9 e fig. 10] ⁽¹¹¹⁾: volete mai che Giustizie come queste possano ancora riservare l'antico *favor* ai membri stimati della comunità, all'onesto artigiano, al bottegaio conosciuto da tutti o al servitore garantito dal padrone?

Ce lo ricorda Joos Damhouder, in un testo fondamentale,

⁽¹¹⁰⁾ Questo meccanismo è evocato da JACOB, *Images de la Justice*, cit., p. 233, che però, nella inconsapevolezza del contesto storico-giuridico che lo ha prodotto, lo ritiene inspiegabile. Lo affronta « au dossier de la mutation du système iconographique dont il constitue une pièce capitale » (p. 234), senza badare al fatto che la benda della Giustizia, nel pieno Cinquecento e in area tedesca, appartiene ad un altro dossier: quello della politica del diritto, delle immagini pubbliche, della pedagogia e della propaganda. Non avverte che siamo in presenza di uno dei primi capitoli della storia della supremazia della legge.

⁽¹¹¹⁾ Per es. nelle Fontane di Giustizia di Berna (1543) [fig. 9] o di Soleure (1561) [fig. 10] alle quali vanno aggiunte quelle di Neuchâtel (1547), Moudon (1560), Lausanne (1584) e Boudry (1610): cfr. ROBERT, *Une allégorie parfaite*, cit., p. 98, al quale devo la conoscenza delle immagini, ma che segue un altro ordine di idee.

sfuggito agli iconologi della *Iustitia*, che commenta la celebre *Giustizia con due volti*, l'uno bendato l'altro no, messa ad illustrare la sua *Practica criminalium* [fig. 11]: la giustizia senza benda, scrive, cede a quelli che cercano di corrompere la sua integrità, perché li riconosce come « fautores, amici, consanguinei, familiares, divites », li guarda e concede il suo favore; ma se è bendata sarà ostile: « ab aliis vero frustra sollicitatur, sive potius imploratur, ut sunt despectum, odium, innocentia, paupertas &c., quibus se obdurat, quibus faciem nebulosam, invitam, procacem et adversantem exhibet »⁽¹¹²⁾. La *facies nebulosa*⁽¹¹³⁾ della Bendata promette una metamorfosi del penale che la legge *Carolina* non imporrà se non nel lungo tempo, e mai compiutamente; ma è proprio da quella benda che subito si avvia lo scontro con l'altra giustizia, quella dei corpi sociali che 'dicevano il diritto secondo gli usi', e tuttavia erano anch'essi *amatores iustitiae*⁽¹¹⁴⁾.

La *Carolina*, più ancora della *Bambergensis*, interpreta una fase forte della giustizia egemonica di apparato⁽¹¹⁵⁾, prodotta dalla volontà del Principe e realizzata *con la legge*. L'intenzione che la

⁽¹¹²⁾ DAMHOUDER, *Praxis rerum criminalium*, cit., cap. CLIV, n. 4, p.t. Joos Damhouder commenta distesamente nel penultimo capitolo della sua *Praxis rerum criminalium* la complicata immagine della Giustizia bifronte (metà bendata, metà no) inconsapevolmente riprodotta nei più recenti studi di tanti iconologi. Hanno attinto alla fonte sbagliata: la *Praxis rerum civilium* (1567) a cui fa da frontespizio, invece della *Praxis rerum criminalium*, che reca il testo e le immagini fin dalla prima edizione (J. Bellerum, Antverpiae 1554). Si sono così preclusi la possibilità di interpretare Giustizia, benda, spada e bilancia, alla luce delle considerazioni di un giurista primario, colto e attento, coevo alle questioni, che molto dice.

⁽¹¹³⁾ Di Astrea, l'incarnazione della Giustizia che lasciò il mondo inorridita dalla sua malvagità, si diceva che visse con il volto fasciato dalle nuvole di giorno e dalle stelle di notte. Una benda anche quella, che le permetteva di non vedere le brutture della terra: cfr. R. V. CRISTALDI, *La benda della giustizia*, in « Quaderni catanesi di studi classici e medievali », III, 6, 1981, p. 370.

⁽¹¹⁴⁾ A Basilea, osserva Enea Silvio Piccolomini che è lì negli anni trenta del Quattrocento come segretario del Concilio, non si amministra la giustizia secondo le leggi scritte come già accade in Italia, ma si 'dice' il diritto nell'assemblea pubblica, seguendo la consuetudine: « [...] vivunt sine certa lege, consuetudine magis quam scripto iure utentes, sine iuris perito, sine notitia Romanorum legum [...] Rigidi tamen et severi sunt, amatoresque iustitiae ». Cito da P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Il Mulino, Bologna 2000, p. 159.

⁽¹¹⁵⁾ SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., pp. 167 sgg. [t. I, pp. 7 sgg.].

sosteneva era quella di affermare il primato di una giustizia penale fondata su norme certe, costruite sulla dottrina penale elaborata nelle *Practicae criminales* della tradizione del *ius commune*, marginalizzando consuetudini, pratiche comunitarie di giustizia negoziata, arbitrio di giudici, leggi locali ed usi consolidati delle diverse curie ⁽¹¹⁶⁾. Il processo che quella legislazione impone nell'area tedesca è governato dal giudice (ora più che mai *antistes* della Giustizia), formalizzato e scritto, estraneo, perché intriso di diritto romano e canonico.

I fautori del nuovo ordine sanno che l'operazione è irta di difficoltà e che troveranno fiere resistenze ⁽¹¹⁷⁾. Le popolazioni, le autorità locali, molti Principi e Vescovi che governano città e regioni, sono ostili — e lo dimostreranno con qualche successo — ad una giustizia penale non più governata dalle antiche regole riconosciute e da pratiche penali domestiche, sottratta in gran parte alle giurisdizioni locali, alla loro logica, al loro stile di conduzione; una giustizia che si annuncia non negoziabile, priva di mediazioni, non maneggiabile, incurante della qualità delle persone, dell'appartenenza, delle benemerienze, della reputazione, e perciò repressiva, vindice, non pedagogica, non medicinale, potenzialmente 'irrimediabile' ⁽¹¹⁸⁾; una giustizia, infine, gestita da apparati formati da

⁽¹¹⁶⁾ Lo stesso criterio egemonico sembra ispirare la creazione (che è del 1495, l'anno del primo progetto di legge penale per l'Impero di Massimiliano) del *Reichskammergericht*, il Tribunale Camerale dell'Impero, al quale si assegnava la funzione di orientare la giurisprudenza delle Corti, al fine di uniformare la loro azione, nella prospettiva dell'unificazione del diritto dell'Impero.

⁽¹¹⁷⁾ Massimiliano I, che avviò alla fine degli anni novanta del Quattrocento il primo tentativo di realizzare una generale riforma della giustizia criminale, cedette alla dura opposizione delle comunità e dei Principi, che gli impedirono di metterla in vigore. Dopo altre resistenze ed altri rifiuti manifestati in numerose diete, l'operazione riuscirà a Carlo V, che pagò tuttavia il pedaggio di numerosi aggiustamenti per andare incontro, si direbbe oggi, alle esigenze dei poteri diffusi. Malgrado ciò, dopo la sua entrata in vigore la *Carolina* venne disattesa in più luoghi, e contraddetta da diverse legislazioni locali successive (J. H. LANGBEIN, *Prosecuting Crime in the Renaissance. England, Germany, France*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 1974, spc. pp. 197-98).

⁽¹¹⁸⁾ Con il nuovo regime dettato da Carlo V non arriva soltanto un processo penale inquisitorio minuziosamente regolato quanto alla raccolta, valutazione e acquisizione delle prove, con vincoli strettissimi per il giudice; arriva anche un sistema di incriminazione di difficilissima elusione, correlato ad un massiccio incremento della

giudici ‘nuovi’, talora forestieri, che la legge vincola con solenne giuramento ⁽¹¹⁹⁾, secondo una logica che appare eversiva delle precedenti pratiche inveterate e condivise. E proprio nella figura del giudice delineata dalla *Carolina* si specchia l’immagine della nuova giustizia penale che poi rimbalza nelle raffigurazioni che di quella giustizia vengono allestite e diffuse ⁽¹²⁰⁾.

criminalizzazione primaria, ed alla previsione di severissime pene. L’abolizione delle *pravae consuetudines* e la riduzione del giudice a servo della legge faranno il resto. Bisogna dire che ci si preoccupa anche degli accusati, dei loro diritti e dei rischi che possono correre se i giudici non si comportano con correttezza e secondo prudenti regole, soprattutto nella fase d’avvio del processo.

Sulla *Carolina*, sui suoi contenuti e sulla sua fortuna, si possono vedere, tra tanti, il classico studio di F. SCHAFFSTEIN, *Die Carolina in ihrer Bedeutung für die strafrechtliche Begriffsbildung*, (1932), ora in Id., *Abhandlungen zur Strafrechtsgeschichte und zur Wissenschaftsgeschichte*, Scientia, Aalen 1986, pp. 65-86; il coscenzioso contributo di G. SCHMIDT, *Sinn und Bedeutung der Constitutio Criminalis Carolina als Ordnung des materiellen und prozessualen Rechts*, in « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, GA », 83, 1966, pp. 239-57, ma soprattutto i saggi recentemente raccolti in P. LANDAU e F. CH. SCHROEDER (a cura di), *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption. Grundlagen, Entwicklungen und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina*, Klostermann, Frankfurt a.M. 1984.

⁽¹¹⁹⁾ L’art. 3 della *Constitutio Criminalis Carolina* reca la formula del giuramento, chiave di volta dell’innovazione complessiva introdotta dalla legge imperiale a fronte delle precedenti *practicae* fondate sull’equa discrezionalità del giudice e sul suo *arbitrium procedendi, interpretandi, decidendi*: « Ego iuro — recita la formula — quod debeo ac volo in poenalibus causis iustitiam administrare, iudicare, et sententiam diffinitivam ferre ac promulgare humili iuxta ac potenti, pauperi aequae ut diviti, neque id intermittere vel amicitiae, vel inimicitiae, vel utilitatis, vel doni, vel rei cuiusquam alterius gratia. Et praesertim volo Caroli [...] Constitutioni integre fideliterque parere, et pro virili ac viribus meis illam conservare et exequi, sine dolo et fraude ». Cito dalla versione latina di Justin Gobler (*Augustissimi Imperatoris Caroli Quinti De capitalibus iudiciis Constitutio*, germanice primo evulgata nuncque a Justino Goblero in latinum versa et aequo *Commentario* aucta, Oporin, Basileae 1543), ripubblicata insieme alla *Paraphrasis* di Georg Remus, nota come *Nemesis Carulina* (D. Karuli V. Imperatoris [...] *Leges capitales: a Georgio Remo Paraphrasi expositae scholisque illustratae*, Christophorus Corvinus, Herbornae Nass. 1600), ad Heidelberg, a spese di J. C. B. Mohr, nel 1837.

⁽¹²⁰⁾ I giudici penali saranno integri, probi, onesti e prudenti, preparati e idonei, comanda il primo articolo della *Carolina*, e giureranno di attenersi alla legge dell’Imperatore Carlo, fedelmente, integralmente, in modo onesto e imparziale; e lo stesso faranno gli Scabini e gli altri giudici minori: anch’essi obbediranno alla legge *Carolina* fedelmente e integralmente, sostenendola ed eseguendola con tutte le loro energie morali e intellettuali, *absque dolo et fraude* (art. 4): il che, per chi ha orecchie, vuol dire ‘senza fare

I tempi ed i luoghi della diffusione sono probanti. Le Giustizie bendate appaiono in pubblico poco dopo la promulgazione della *Carolina* — nessuna prima del 1532 ⁽¹²¹⁾ — e tutte nell'area dove essa è in vigore o ricevuta e praticata. Mai nessuna in Italia, tanto per dire. Il corredo è quello solito (bilancia, spada, ginocchio), ma molte di esse esibiscono un'aria bellicosa, con inattesi tratti militari ⁽¹²²⁾: vestono con armature alla tedesca o alla romana, hanno aspetto di virago, appaiono ostili ed aggressive, brandiscono minacciosamente la spada. Le popolazioni dovranno imparare presto che la nuova giustizia è prima di tutto repressione: la *dulcis Virgo* di Giotto o l'incantevole *puella* di Lorenzetti non riuscirebbero ad avvertirle.

Le Bendate stanno in piedi. Rarissime, e quasi solo nella pittura, quelle sedute. Joos Damhouder, in quella sua polemica contro la *Iustitia mundana*, scriverà che chi amministra la giustizia deve stare seduto, per irrogare le sue censure con animo sereno e libero, perché nella *quies* del *recte sedendo* l'anima trova sapienza e prudenza ⁽¹²³⁾: le giustizie erette, in tutta evidenza, vogliono significare ben altro. Infine, queste Giustizie di pietra, bendate, minacciose e levate, vengono disseminate, come ho già detto, in luoghi pubblici, frequentati e simbolici: piazze e fontane, municipi e tribunali, così che

come una volta, quando *si diceva il diritto* eludendo le *leges* per praticare un *arbitrium* che veniva considerato giustizia'.

⁽¹²¹⁾ E. PANOFKY, *Studi di iconologia. I temi umanistici nell'arte del Rinascimento* (1939), Einaudi, Torino 1975, p. 151 ha potuto scrivere (ma non ha citato la fonte) che « La giustizia con gli occhi bendati si trova per la prima volta intorno al 1530 », grazie a E. VON MOELLER, *Die Augenbinde der Justitia*, in « Zeitschrift für christliche Kunst », 18, 1905, n. 4, col. 115, il quale ha trovato una giustizia bendata sul frontespizio di una edizione della *Wormser Reformation* (legge ispirata alla dottrina penale del diritto comune) stampata a Frankfurt nel 1531 dal tipografo Christian Egenolph. Il contenuto del volume, insieme al fatto che quella giustizia tiene la bilancia in equilibrio davanti ad un ricco e un povero, inseriscono perfettamente l'insegna del tipografo Egenolph nella filiera che dal folle del *Narrenschiff* conduce fino alle bendate che propugnano i tempi nuovi segnati dalla legge *Carolina*.

⁽¹²²⁾ Sulla 'vergine armata' vedi S. F. MATTHEWS GRIECO, *Ange ou diablesse. La représentation de la femme au XVIe siècle*, Flammarion, Paris 1991, pp. 111 sgg. e p. 162.

⁽¹²³⁾ « Iustitia in solio residens indicat omnem iustitiae administratorem debere sedere [...]. Hoc est, debere inferri censuram animo quieto, libero, et ab humanis affectibus desecato [...]. Et recte sedendo debet iudex sententiam pronunciare. In quiescendo enim et sedendo anima fit sciens et prudens, Aristotele teste [...] » (DAMHOUDER, *Praxis rerum criminalium*, cit., cap. CLIV, n. 2, princ.).

guardando le Giustizie messe a presidiare il 'fuori', i sudditi si facciano un'idea adeguata della giustizia che si pratica dentro (124). Perché chi alza gli occhi e guarda la Giustizia vi vede piuttosto il giudice, e medita su cosa può aspettarsi da lui.

L'offensiva avrà successo. L'idea egemonica che pretendeva di ridurre la giustizia alla mera applicazione della legge penale farà strada, anche grazie alla pedagogia delle Bendate. Né le faranno soverchio ostacolo le difficoltà che la *Carolina* avrebbe incontrato nel farsi accettare. Dentro lo sviluppo e l'affermazione di quella idea egemonica, le immagini hanno ovviamente un ruolo ridotto e secondario. Ma per quanto accessorie e strumentali, hanno anch'esse contribuito al dispiegamento di una giustizia penale di apparato in costante crescita, vettore dell'idea che alla legge si deve obbedire perché è la legge, e che in questo sta la giustizia (125).

7. *La metamorfosi della benda e le virtù del ginocchio.*

Man mano che cresce l'egemonia della giustizia misurata con la legge, la benda trascorre inavvertibilmente dalla minaccia alla rassicurazione. Quegli stessi sudditi ai quali all'inizio la Bendata sembrava dire « non ti vedo, non saprò chi sei », via via che le vecchie

(124) ROBERT, *Une allégorie parfaite*, cit., pp. 119 sgg., ha dedicato un capitolo del suo libro alla *Politique des fontaines*, ed ha anche fatto cenno agli interni dei palazzi di giustizia nei quali veniva praticata una speciale pedagogia rivolta ai giudici, mirata ad elevarli con alti esempi edificanti, ma soprattutto a tenerli lontani dalla corruzione. I luoghi dove si giudica si riempiono di giudizi di Cambise, di calunnie di Apelle, di Cristi davanti a Pilato, di giustizie famose come quelle di Salomone e di Traiano (ivi, pp. 27 sgg.) non diversamente da quando le chiese medievali brulicavano di giudizi universali, di apocalissi e di pene dell'inferno.

(125) Questo era l'*obtinendum*: che singoli e comunità si persuadessero che la giustizia era quella. A questo proposito, incontro (commentato da P. PRODI, *Una storia della giustizia*, cit., p. 374), un pensiero (il 326) di Blaise Pascal, formulato ben altrove e un secolo dopo, ma singolarmente consonante: « È pericoloso — scrive Pascal — dire al popolo che le leggi non sono giuste poiché esso non le obbedisce se non a motivo che le crede giuste. E perciò bisogna al tempo stesso dirgli che bisogna obbedirle perché sono leggi, così come bisogna obbedire ai superiori, non perché sono giusti, ma perché sono superiori. In tal modo ecco prevenuta ogni sedizione, se si riesce a far intendere ciò e che questa è propriamente la definizione della giustizia » (B. PASCAL, *Pensieri*, a cura di V. E. Alfieri, Rizzoli, Milano 1952, p. 129).

pratiche arbitrarie cedono il passo ⁽¹²⁶⁾, potrebbero tendere a 'rileggere' il suo messaggio nel senso di « non guardo nessuno, sarò imparziale ». Rilettura non scontata. Che la giustizia non debba guardare in faccia a nessuno è un'idea da Stato di diritto, da soggetto giuridico unificato, da società laicizzate. Nel pieno di quel Cinquecento, le comunità, gli integrati, i protetti fanno fatica a considerare 'giusta' una giustizia che non distingue, che non considera, che non guarda bene in faccia alle persone e alla loro *qualitas*, qualsiasi cosa abbiano fatto. L'imparzialità li inquieta. L'idea di uguaglianza giuridica di cui sembra incinta la giustizia nuova piace a pochissimi e spaventa tutti gli altri.

L'interpretazione della benda come attributo di 'neutralità' (non guarda in faccia a nessuno: è imparziale), corrente nel corso del XIX secolo, si fa strada, *tra i dotti*, sullo scorcio del XVI. Se ne trovano tracce in Alciato che effigia un *Princeps iudex* nel 1531 come giudice integro e imparziale *pro tribunale sedente* ⁽¹²⁷⁾, al quale dopo vent'anni, nell'edizione lionese degli *Emblemata* del 1551, qualcuno metterà una postuma benda ⁽¹²⁸⁾; o in Cesare Ripa, che qualche decennio dopo compie un'operazione del tutto simile ⁽¹²⁹⁾. Alciato

⁽¹²⁶⁾ Non mi stanco di dire che l'abbandono delle pratiche arbitrarie della giustizia negoziata conosce un cammino lento, lungo, contrastato, pieno di contraddizioni, di *revirements* e di eccezioni. Approderà molto tardi, dopo che una rivoluzione europea avrà scardinato il sistema cetuale ed i rapporti tra ineguali che ne ostacolavano la marcia, ma anche allora, come sappiamo, non scomparirà del tutto dalla scena.

⁽¹²⁷⁾ A. ALCIATO, *Emblematum liber*, Steyner, Augusta Vindelicorum 1531, *In Senatu boni Principis*. L'immagine del giudice severo e incorrotto, resa chiudendogli gli occhi (mentre la Giustizia deve vederci benissimo) veniva da lontano. Alciato, in un'altra sede, aveva ripreso la celebre descrizione della Giustizia fatta da Crisippo, che era già servita ad Aulo Gellio (vedi nota 14), aggiungendo che « [...] memoriae traditum est, magistratuuum statuas a Thebanis ita solere formari, ut sine manibus essent, principum vero clausis oculis: nimirum eam iustitiae naturam esse ostendentes, ut incorrupta sit, nec pretio precibusve, aut alienae ulli voluptati cedat » (A. ALCIATO, *Oratio in laudem iuris*, in *Omnia opera in quatuor tomos digesta*, Th. Guarinum, Basileae 1582, vol. III, 1023-1026).

⁽¹²⁸⁾ ROBERT, *Une allégorie parfaite*, cit., p. 80. L'edizione che reca l'aggiunta della benda è: *Andrae Alciati Emblematum flumen abundans*, M. Bonhomme, Lugduni 1551, che si vale di una dell'anno prima: *Andrae Alciati Emblemata, denuo ab ipso autore recognita*, G. Rovilium, Lugduni 1550.

⁽¹²⁹⁾ Anche Cesare Ripa, nella sua celebre *Iconologia* passa per due fasi significativamente diverse. Nella *Iconologia ouero descrizione dell'imagini universali cauate*

e Ripa sono due italiani: un giurista di straordinaria qualità ed un più modesto erudito che ha fatto fortuna e fama con l'*unum opus* della sua vita. Trattano a parole di un attributo che in Italia non troverà nemmeno un esempio figurativo⁽¹³⁰⁾. Il fatto è che l'Italia, che aveva preceduto di quasi un secolo il resto d'Europa nell'emersione del penale e nella creazione di un penetrante processo ad azione pubblica, quanto all'affermazione di una giustizia egemonica di apparato marcava da tempo un prolungato stallo che le stava infliggendo un severissimo ritardo.

Ma torniamo al nodo della Giustizia che non vede. C'è tra gli interpreti dell'allegoria chi dice che la benda vanifica tutti gli altri attributi, perché una Giustizia cieca ignora cosa dice la bilancia e non sa dove dirigere la spada. Ha ragione invece Chaïm Perelman che con approccio, diciamo, un po' meno positivista (o forse soltanto meno goliardico), ritiene che « pour la justice, seule la pesée compte », e che proprio la benda garantisce che essa si atterrà alla pesata, senza farsi impressionare da nient'altro⁽¹³¹⁾. Non diversamente Cesare Ripa lodava l'idea di bendare la Giustizia per impedirle di « adoperare per giudice il senso nemico della ragione »⁽¹³²⁾.

dall'antichità et da altri luoghi, Eredi Gio. Gigliotti, Roma 1593, descrive la *Giustitia Secondo Aulo Gellio* (« [...] occhi di acutissima vista [...] »), e poi nella *Nova iconologia* (1618), indica gli attributi di « [...] quella sorta di giustizia che esercitano ne' Tribunali i Giudici et gli esecutori secolari ». Si tratta in sostanza della giustizia penale praticata: « Donna vestita di bianco, habbia gl'occhi bendati [...] tenga la spada e le balance » (*Nova iconologia*, cit., I, p. 188).

⁽¹³⁰⁾ Giustizie bendate (rare, bisogna dire) si vedranno in Francia, nelle Fiandre o in Vallonia, ma mai nessuna ne ho trovata in Italia. Lorenzo Sinisi mi ha mostrato tempo fa due copie identiche di un'edizione veneziana dei *Commentari* di Giason del Maino, decorate con una piccola Giustizia che aveva la benda in una copia, ma non nell'altra. La tiratura con la Giustizia bendata era destinata al mercato tedesco.

⁽¹³¹⁾ « Pour la justice, seule la pesée compte. Le bandeau qui recouvre traditionnellement les yeux des statues de la justice atteste que celle-ci ne tiendra compte que du résultat de la pesée. Elle ne se laissera pas impressionner par d'autres considérations » (CH. PERELMAN, *Cinq leçons sur la Justice*, in « Giornale di metafisica », 21, 1966, n. 2-3, p. 214).

⁽¹³²⁾ « [...] il giudice dev'essere senza macchia di proprio interesse, od altra passione: tien gli occhi bendati, non guardando alcuna cosa della quale s'adopri per giudice il senso nemico della ragione » (RIPA, *Nova iconologia*, cit., p. 188).

Più complesso l'approccio di Damhouder ⁽¹³³⁾. La sua è una critica di fondo alla giustizia mondiale in genere, della quale conosce bene la pratica ed ha compreso le strategie. Intanto ha capito il senso originario della benda: la giustizia *fasciolata*, vuole essere neutrale ⁽¹³⁴⁾, ma nel suo *rigor* sarà arcigna ed ingiusta, perché irrimediabilmente negata all'*aequitas*; la sua cecità le vieta di « benigne cognoscere » o di « praebere aspectum amicum et intentos oculos ». Quella *oculata*, da parte sua, conosce i rischi della *partialitas* e della *corruptio*. Equilibrio suggerisce quindi Damhouder, ma non doppiezza. Ho rappresentato una giustizia bifronte, scrive, anche per deprecare quei giudici che non si vergognano di assumerla come condotta: severi fino alla crudeltà con gli indifesi, i poveri, i miserevoli, ma indulgenti e condiscendenti fino alla corruzione con gli amici, i ricchi, i potenti.

Joos Damhouder, se mi spiego, è un militante del sistema delle pratiche: ha fatto lungamente l'avvocato, ha scritto ⁽¹³⁵⁾ una *Praxis* che tutta la penalistica europea userà per un paio di secoli, è stato persino cancelliere criminale nella sua Brugge: la giustizia che guarda solo la legge non gli può piacere e, se posso dire, non la capisce neanche tanto. Quella che lui sostiene, purtroppo, « solius Dei est, et eorum qui Dei iustitiam hic aemulantur ». È la giustizia

⁽¹³³⁾ Il discorso che segue ed i frammenti che cito nel testo vengono dalla trattazione *De justitia* che il criminalista di Brugge mette alla fine (cap. CLIV) della sua *Praxis rerum criminalium*. Parte da una *effigies iustitiae graphice proposita*, quella bifronte che riproduco nella [fig. 11], della quale dà subito, per così dire, la *legenda*: in alto la *Iustitia bifrons*, sulla sua destra *oculata*, dall'altra parte *fasciola obvincta, et caeca*. Sotto, alla sua destra: *Favor, cognatus. Argentum. Causidicus advocatus. Tutor, receptor*. Alla sua sinistra: *Despectus, miseria. Paupertas. Innocentia, veritas. Vidua, pupillus*. Ai suoi piedi (al centro dell'immagine, sotto di lei): *Unusquisque. Popellus, aut Communitas* (qui chiarisce: simbolizzata dal *rusticus* che dorme, sta la *misera et calamitosa plebecula, cui unusquisque nomen imponitur*). Da ultimo la bocca dell'inferno dalla parte *oculata* e la scala del paradiso dalla parte *caeca* (DAMHOUDER, *Praxis rerum criminalium*, cit., cap. CLIV, *exordium*).

⁽¹³⁴⁾ Talora, scrive (ivi, n. 3, post prin.), la giustizia viene dipinta interamente cieca, con entrambi gli occhi bendati, perché non veda le parti ed a nessuno mostri un'espressione di odio o di favore.

⁽¹³⁵⁾ Che l'abbia proprio scritta non si può dire. Ma la storia della *Practijcke criminele* di Philips Wielant dalla quale D. molto ha preso è nota, e non devo riraccontarla.

variegata e accorta che deve restare memore dell'equità: « aequae blanda, aequae oculata, aequae attenta, aequae percupida ».

Ad genua Iustitiae.

Nelle Giustizie di pietra, a ben guardare (è il caso di dirlo), c'è posto anche per l'*aequitas* e per il corteo delle sue *sorores*: la *benignitas*, la *magnanimitas*, la *clementia*, che è virtù regale e che molto si addice alla *Iustitia*.

Venti anni fa, nel corso del *Colloque* tolosano che ho ricordato in una nota all'inizio, il mio vecchio e compianto amico Herman Bianchi, criminologo attento alla storia, tenne una breve relazione dal tono colloquiale, nella quale fece gocciolare una piccola frase: « the Lady is sometimes lifting her skirt in order to show a bare knee ». « Non ho trovato l'interpretazione giusta — aggiunse — forse l'artista cerca di farci credere che la giustizia sia una donna venale e corruttibile? »⁽¹³⁶⁾. Non altro. Da allora non ho mai più trovato un cenno al ginocchio della Giustizia nei libri recenti e remoti che mi è capitato di leggere. E dire che si trovano ovunque raffigurazioni della Giustizia che esibiscono il ginocchio nudo (quasi sempre il destro), o che lo ostentano con una protrusione innaturale: capita anzi spesso [figg. 9 e 10] che la veste stessa della Giustizia venga adattata, con insolite foggie, in modo che il ginocchio stia scoperto, perché la Dama ha le mani impegnate e non ha modo di alzare la gonna. Altre volte il ginocchio viene scoperto con un gesto che diventa il *focus* dell'intera immagine⁽¹³⁷⁾, cosa che difficilmente sfugge all'osservatore.

Quasi tutte le Giustizie bendate scoprono il ginocchio: di solito grazie alla foggia dell'abito nel quale spacchi orlati o fibbie ben messe formano un specie di finestra da cui quello si affaccia, oppure

⁽¹³⁶⁾ H. BIANCHI, *The Scales of Justice as Represented in Engravings, Emblems, Reliefs and Sculptures, in Early Modern Europe*, in G. Lamoine (a cura di), *Images et représentations de la Justice du XVIe au XIXe siècle*, Université de Toulouse-Le Mirail, Toulouse 1985, pp. 7-12.

⁽¹³⁷⁾ La Giustizia dolente che orna la tomba del santo nella Sebalduskirche a Norimberga (1514-1519), pubblicata da KISSEL, *Die Iustitia*, cit., p. 42, afferra la veste e la tira su per scoprire il ginocchio, stringendola con le dita serrate in un gesto che dice dolore e sgomento, e che è il centro drammatico della rappresentazione.

avanzando la gamba per farlo fuoruscire dalla sottana, o addirittura grazie ad una stravagante invenzione sartoriale che con un curioso artificio li mette in prepotente mostra tutti e due ⁽¹³⁸⁾.

Il ginocchio protruso della Giustizia ha anch'esso una palese ricorrenza. È visibilmente ed innaturalmente protruso quello della piccola Giustizia raffigurata nel 1247 sul sarcofago di Clemente II che sta a Bamberg ⁽¹³⁹⁾; lo è quello della Giustizia di Andrea Pisano sulla porta del Battistero a Firenze, che è del 1336. Quello della Giustizia che orna il sarcofago inferiore della Cappella Colleoni a Bergamo ⁽¹⁴⁰⁾ è così spinto in avanti da apparire deforme, turbando la bellezza della *Iustitia puella*. C'è da aggiungere che la statua, così come si vede, è identificabile come 'Giustizia' quasi solo dal ginocchio, non avendo la bilancia (ma la mano sinistra conserva l'atto di reggerla) e tenendo con le sole dita della destra l'impugnatura di una spada che forse aveva la lama, o forse no. Dovrei guardare da vicino questa statua. Certo è che se essa fosse stata concepita fin dall'inizio con quella allusione alla bilancia (la postura della sinistra) e con quella spada senza lama, saremmo in presenza di una straordinaria giustizia messa tutta nel ginocchio, e cioè ridotta a clemenza.

Clemenza. Perché il ginocchio scoperto, mostrato e offerto sta a significare che la Giustizia può essere anche clemente, e che la clemenza è suo attributo ordinario, in mezzo agli altri: la Giustizia è giusta con la bilancia, potente e severa con la spada, imparziale e terribile con la benda, ma anche clemente e benigna col ginocchio. Vedremo perché.

Ragiono da molto sul ginocchio della Giustizia, ma solo ora uno studio di Sergio Bertelli ⁽¹⁴¹⁾, che affronta (*entre autres choses*) l'iconografia dei re ritratti mentre mostrano le gambe, mi mette sulla strada giusta. Anche lui, orientato *olim* in altra direzione (i re gli sembravano mostrare la gamba in segno di *fortitudo* ma anche per

⁽¹³⁸⁾ È il caso della Fontana di Giustizia che sta a Bienne (secolo XVI), riprodotta in ROBERT, *Une allégorie parfaite*, cit., p. 99.

⁽¹³⁹⁾ È la stessa immagine in cui appare anche un precoce *gladium* (vedi nota 79).

⁽¹⁴⁰⁾ È del 1501, dice ROBERT, *Une allégorie parfaite*, cit., p. 101, che la riproduce.

⁽¹⁴¹⁾ Sergio, che ha qui la mia gratitudine, mi ha lasciato leggere il primo capitolo di un suo libro che sta per uscire, dal quale traggio quasi tutto quel che dirò da qui in avanti. Il libro sarà intitolato: *Teste, gambe e piedi regali; le mammelle della sposa; il ventre della Vergine*.

alludere alla loro *vis generatrix* (142)) s'è poi instradato in quella buona, grazie a una semplice domanda. Ma andiamo per gradi.

I re, ma si direbbe meglio i titolari di elevata *potestas*, vengono spesso rappresentati con una gamba scoperta, o nell'atto di mostrarla (143). Il segno ricorre nell'iconografia dei re di Francia, specie da Luigi XIV in poi, ma già Vasari, nel 1555, aveva dipinto Cosimo de' Medici con le gambe scoperte fino al ginocchio nelle stanze di Leone X al Palazzo dei signori. Rimontando nel tempo, Bertelli ne trova ancora: un Re Numa del 1501, e un altro ignoto re in una *Chronica Hungarorum* del 1488. Ed ecco la domanda: i sovrani mostrano veramente la gamba, oppure la scoprono perché si veda il ginocchio?

La risposta è nelle cose e nella tradizione classica. Nelle cose, perché basterebbe mettere la messe di immagini regali accanto alle schiere di immagini della Giustizia per convincersi che il ginocchio esibito che hanno in comune ben si salda con la virtù della clemenza (*clementia regis, clementia iustitiae*), che è anch'essa patrimonio comune di Giustizia e Re. Ma al di là di questo argomento, ancora congetturale, c'è la tradizione classica. La letteratura antica trabocca di luoghi in cui le ginocchia sono la sede della *pietas*, della *magnanimitas*, della *clementia* del potente. Ogni volta che si chiede pietà, o soccorso, o intercessione, si abbracciano le ginocchia di qualcuno. Gli esempi sono legione, e stanno in Omero e nei tragici, negli storiografi e nei poeti, e non si arrestano né in Grecia né a Roma. Arrivano all'età moderna, costellano il Rinascimento nella letteratura e nella pittura, persistono nel Cinque e nel Seicento. Gli esempi offerti, « dal Sodoma a Schiavone, a Veronese, a Zuccari [...] che in ordine cronologico si spingono fino a Le Brun e a Maffei, sono per noi estremamente importanti — scrive Bertelli — perché dimo-

(142) S. BERTELLI, *Il corpo del re. Sacralità del potere nell'Europa medievale e moderna*, Ponte alle Grazie, Firenze 1990, p. 156.

(143) Le gambe accavallate (incrociate), invece indicherebbero severità e intransigenza: il contrario della *magnanimitas* e della *clementia* (SCHMITT, *Le miroir du canoniste*, cit., pp. 1471-495, p. 1482 e p. 1484). Nel secolo XII, scrive Schmitt, i re — che si rappresentano con 'una gamba leggermente piegata all'indietro' [in realtà è l'altra che è spinta in avanti per esibire il ginocchio] — vengono sovente raffigurati con le gambe accavallate (p. 1485).

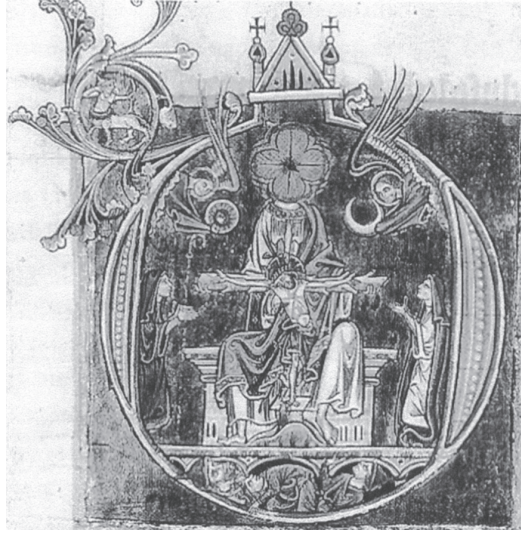
strano come ancora alla fine del Seicento si conoscesse il significato del ginocchio nudo ».

Il ginocchio rinvia dunque alla clemenza (al perdono, o alla stessa *aequitas*) e corona l'immagine della Giustizia agendo quasi da clausola. Né crea contraddizione con gli altri *propria Iustitiae*, perché la clemenza è prerogativa del *posse*, e quindi entra nel concerto delle altre 'virtù' al seguito della spada: dove sta la spada può (o deve) stare il ginocchio, e così è, fin dalle primissime rappresentazioni della Giustizia gladiata ⁽¹⁴⁴⁾. Un attributo che sarebbe annegato nell'implicito degli altri ottiene così la sua sede propria. L'allegoria progredisce (la benda valorizza la bilancia (Perelman), dal verdetto della bilancia dipende l'azione della spada, che non dimenticherà il carisma del ginocchio) ed assume una circolarità che le dà compiutezza.

⁽¹⁴⁴⁾ Come ho già detto sopra: sul sarcofago di Clemente II a Bamberg (dove il ginocchio protruso della Giustizia gladiata è forse anche *allusio* al nome del Papa), o nella Giustizia gladiata della porta di Andrea Pisano nel Battistero di San Giovanni a Firenze.



Figura 1 - Il folle benda la Giustizia
1494, Sebastian Brant, *Das Narrenschiff*.



*Figura 2 - Trono di Grazia
Sec. XIII, Cambridge,
Salterio del Trinity College.*



*Figura 3 - Il Cielo, Ottone II, la Terra
973, Scuola renana.
Aquisgrana, Evangeliaro.*



*Figura 4 - La Giustizia
1305, Giotto. Padova,
Cappella degli Scrovegni.*



*Figura 5 - La Giustizia
1337-1340, Ambrogio Lorenzetti.
Siena, Palazzo pubblico.*



Figura 6 - La Giustizia
1334, Andrea Pisano (e Giotto?).
Firenze, *Campanile di Giotto*.



Figura 7 - Iustitia
1336, Andrea Pisano. Firenze,
Porta sud del Battistero di San Giovanni.

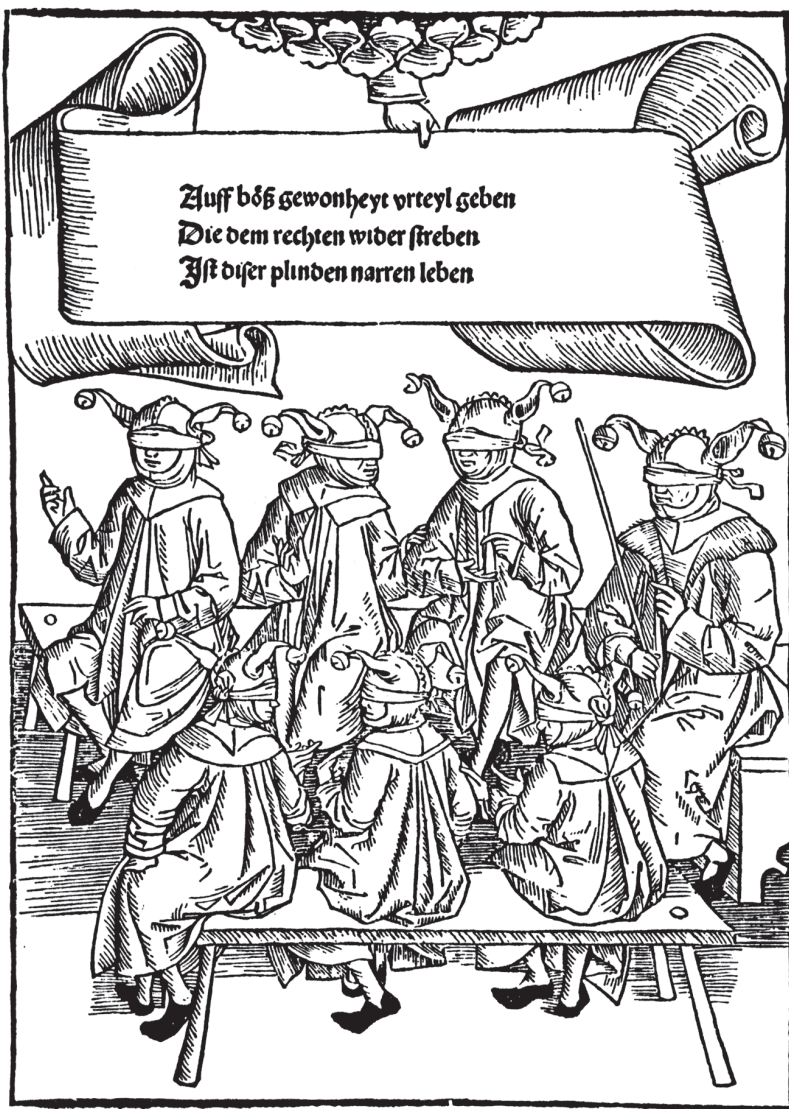


Figura 8 - Il Tribunale dei cattivi giudici
1507, Illustrazione del *Bambergische halzgerichts ordenung*.

Figura 9 - La Giustizia con i potenti
ai suoi piedi
1543, H. Gieng. Berna,
Fontana di Giustizia.



Figura 10 - La Giustizia calpesta i potenti
1561, L. Perroud. Soleure,
Fontana di Giustizia.



Figura 11 - La Giustizia bifronte
1554, Illustrazione della *Praxis rerum criminalium* di Joos Damhouder.



Figura 12 - Giustizia dolente
1514-1519, P. Vischer. Norimberga, *Sebalduskirche*.

LE DROIT À LA RENAISSANCE (*)

1. Textes et contextes. — 2. Ordre juridique et constitution matérielle. — 3. L'expérience française. — 4. La double dimension du droit. — 5. Ordre, et méthode. — 6. Droit romain. — 7. La question de la souveraineté. — 8. La construction de l'État.

Je voudrais entamer mon discours avec une «*excusatio non petita*», ou, si vous préférez, une excuse qui m'accuse, suivant l'adage français évoqué par mon dictionnaire. En effet, les lacunes que je trouve ponctuellement dans mon français chaque fois que je m'aventure à parler beaucoup, m'ont persuadé de mettre par écrit cette conférence; par ailleurs, la familiarité médiocre que j'ai avec la langue française écrite m'a contraint à un discours fragmenté, ponctué de points et de coupures, qui vous paraîtra souvent excessivement affirmatif et parfois apodictique.

J'espère qu'au cours de la discussion, s'il devait y en avoir une, j'aurai l'occasion de dissoudre quelque grumeau conceptuel parsemé dans mon discours, ou de tirer au clair certains passages obscurs qui immanquablement marqueront mon exposé.

1. *Textes et contextes.*

Je crois qu'il est nécessaire, désormais, d'accepter l'idée que l'histoire du droit ne peut plus se passer de l'histoire des contextes auxquels la pensée juridique est confrontée et interagit. Les événements politiques, les dynamiques sociales, les comportements quotidiens, la législation, les pratiques de la justice, ainsi que les faits

(*) Conferenza inedita presentata a Parigi, Sorbonne, 9 ottobre 2004.

considérables qui marquent les biographies des juristes, ne peuvent plus être ignorés. L'historien d'une science de la société ne doit pas oublier que l'objet de ses recherches est complexe: il est formé par des ouvrages, mais aussi par la réalité qui les a produits. Celui qui pense pouvoir se passer des faits en étudiant le droit qui les concerne, court un sérieux risque d'erreur et d'omission. La même chose se produit pour la reconstruction des idées d'une école ou d'un juriste en particulier: une histoire exclusivement doctrinale, non imbriquée dans les faits, dont les événements n'ont pas été vérifiés, séparée des vicissitudes même biographiques des protagonistes, finit par être fourvoyante, défectueuse, incomplète.

L'histoire de la pensée juridique n'a pas de sens, si sa seule source est la pensée juridique dont elle doit faire l'histoire.

Ma ligne interprétative part de l'œuvre des juristes et passe par les contextes politiques dans lesquels leur pensée s'est formée et auxquels elle s'adresse: voilà pourquoi j'ai choisi la clé de l'adéquation de l'ordre juridique à la constitution politique des États du seizième siècle, plutôt que le critère traditionnel qui préférerait mesurer la contribution ultérieure, ou nouvelle, que les juristes humanistes — les *culti* — semblaient avoir donné à *l'élaboration du droit privé romain*, accompagnée d'une attitude critique et polémique vis-à-vis de l'expérience juridique du bas moyen âge, celle des glossateurs et des commentateurs, en particulier italiens, qui les avait précédé.

J'insisterai sur six thèmes principaux, qui correspondent à six concepts-clé qui me semblent absorber et délimiter l'entière problématique du droit au seizième siècle: méthode, ordre, idéologies juridiques, loi, justice hégémonique, souveraineté et édification de l'État.

Vous ne trouverez pas, dans mon exposé, les éléments particuliers et les références à la vie ordinaire, aux pratiques, au droit du quotidien, qui feront l'objet du Colloque qui aura lieu en 2007. Il m'a semblé nécessaire, de donner les grandes lignes d'une vue générale et, mon objectif, est de reconsidérer l'historiographie d'une phase qui a probablement besoin d'être étudiée sous une approche nouvelle. Pratiques, vie ordinaire, quotidien, posent évidemment des conditions de recherche — usages, listes, micro histoire, archives — qui ne sont pas de ma compétence, et qui probablement nécessiteraient de spécialistes sensibles à la dimension juridiques des choses, mais capables aussi de travailler dans une perspective d'histoire sociale.

2. *Ordre juridique et constitution matérielle.*

L'effort des juristes, au seizième siècle, me semble orienté vers l'adéquation de l'ordre juridique à la constitution matérielle des formations politiques dans lesquelles ils opéraient. Je pense, en particulier, à Jacques Cujas, François Hotman ou Jean Bodin, en France, à Tiberio Deciani en Italie, à Conrad Lagus en Allemagne. Du reste, je suis convaincu que la fonction des juristes a toujours été la même: travailler le droit, l'élaborer, le modifier et l'adapter, afin de le rendre consonant avec la constitution politique, matérielle ou formelle, existant dans une formation politique donnée: tâche qu'ils ont accompli dans les villes italiennes au moyen âge, ainsi que dans le royaume de France au XVI^e siècle, dans l'Angleterre du XVIII^e ou dans l'Allemagne nazie.

3. *L'expérience française.*

La constitution politique matérielle du royaume de France au XVI^e siècle est faite d'attributions, de prérogatives et des pouvoirs des Rois de France. Elle se caractérise par la phase de remaniement et de réduction de la constitution féodale, de la centralisation progressive et de la valorisation de l'instrument législatif, qui se manifeste entre les règnes de Louis XII et François premier. Ensuite, cette constitution politique, intégrée et modifiée dans son contexte plus général par les interventions de juristes humanistes tels que Budé, Connan, Cujas, Douaren, Hotman, Doneau, ou le premier Bodin, comme tout le monde le sait, se trouve placée sur un terrain différent, de par les conflits politiques et religieux qui précèdent et suivent les guerres de religion, jusqu'à l'Édit de Nantes.

4. *La double dimension du droit.*

Partant de là, plusieurs juristes théorisent un ordre juridique général, inventif et dynamique, qui naît d'une méthode et utilise les matériaux techniques mis à disposition par le *corpus* du droit romain. Mais en France on souligne aussi, comme nous le savons, l'importance et la fonction du droit *national*: il est absurde, dans la

vision, de Jean Bodin et de François Hotman, entre autres, de borner l'étude du droit au droit romain. Les droits nationaux sont également importants, et légitimés par l'histoire, au point que Bodin peut affirmer que la science politique (*civilis disciplina*) donne la clé pour comprendre le juridique bien plus que la dogmatique romaine. « L'ordre perturbé par les guerres de religion — dira-t-il — doit être rétabli par le droit et par la fidélité aux institutions nationales ».

« Chaque jour — écrit Jean Bodin dans le premier chapitre de sa *Methodus* — des nouvelles lois naissent, ainsi que des coutumes neuves et des nouvelles institutions ». Et bien, « devant le nombre d'institutions différentes, devant la labilité des formes d'États qui changeaient constamment (*se convertebant*) », la tâche du juriste — qui étudie l'histoire en fonction du présent et du futur — était celle de trouver, avec la raison et la méthode, les éléments unifiants du réel et les disposer dans un ordre capable d'en justifier la multiplicité et d'en mettre en évidence les constantes: voilà la double dimension du droit, relatif et modifiable (en tant que produit humain), mais aussi rationnel et universel, puisque enraciné en Dieu.

5. *Ordre, et méthode.*

Ordre et *méthode* sont deux mot-clés pour comprendre pleinement l'importance et la chiffre culturelle du seizième siècle. Le fait que, dans la querelle sur la suprématie des arts, le droit pose sa candidature en soulignant — entre autres — être la discipline de l'ordre, atteint par la méthode est probablement sans importance.

Guillaume Budé, qui était de façon significative un *grammaticus*, part de la critique du *Corpus Iuris* de Justinien, confus et désordonné, pour en proposer un remaniement radical. *In artem redigere*. Il faut partir des catégories générales pour arriver aux particulières, avancer *per membra*, mouvant de la *définition* de chaque institution. Il faut toujours avoir en tête la logique du procédé et la nature des choses. Chaque règle est fécondée par la logique (*iusta ars*), et posée dans les limites de la nature de la chose (*quatenus rei natura tulerit*).

Plus de vingt ans après, Jean Bodin, fasciné par un mathématicien tel que Pierre de la Ramée, affirme que le droit doit utiliser la méthode logique, commune à toutes les sciences et disciplines: cette

méthode impose d'ordonner les éléments donnés, en partant du général pour arriver par déduction aux particularités. Le général des juristes, dit Bodin, est en effet l'histoire, de laquelle on peut tirer les prémisses d'un ordre qui soit fondateur et, en même temps, construit par l'homme. Cela requiert d'impliquer conjointement dans le travail du juriste soit les *Studia humanitatis*, soit l'*art de l'exégèse*: autrement dit, l'étude de la philologie, de la philosophie et de l'histoire (ce n'est pas un hasard si, en France, au XVI^e siècle, pratiquement tous les historiens sont des juristes), ainsi que l'étude du droit, mènent sur les grands textes du moyen âge italien: la glose, Bartole, Balde, exécrés en tant qu'emblèmes de la barbarie médiévale, mais incontournables pour une bonne éducation juridique et pour toute formation technique.

La méthode doit conduire à l'ordre. L'ambition de fond est celle de réaliser une société civile réglée par un droit commun qui correspond à un ensemble de règles partagées par la communauté politique. « Les lois — écrit Bodin — dépendent du Souverain et sont *chose publique et commune* ». L'ordre qui se forme dans l'expérience juridique est construit autour d'une importante série de principes et de fondements: certitude dans l'identification des sources normatives et normalisation des coutumes; soumission de tous sujets à la loi; mise en marche du principe de législation nationale et de l'écriture des lois dans les langues nationales; conservation des grandes lignes traditionnelles du droit privé; rôle croissant des juges et des Grands Tribunaux; fonction interprétative des juristes. Enfin, l'événement des partitions disciplinaires dans le droit: la distinction entre droit privé et droit public, l'autonomie du pénal, la particularité du droit commercial, la transformation de l'ecclésiastique ou la naissance d'un droit du procès.

6. *Droit romain.*

L'adoption du droit romain en tant que *corpus* fondamental pour l'élaboration d'un nouveau droit, et l'entraînement — qui en résulte — d'une vision particulière des sujets, privés et publics, et de leurs relations, confèrent à l'idéologie juridique romaine une fonction de racine culturelle de la société européenne moderne. À côté

du droit, dans une sorte de synergie ciblée, la philosophie politique classique — Aristote et Cicéron en particulier — conjuguée aux principes et aux règles du droit romain, concourt à diffuser un sens culturel commun qui devient de plus en plus une sorte de socle idéologique, imperceptible mais fondamental. Les formations politiques et sociales du XVI^e siècle bâtissent une vision des choses et des rapports dans lesquels la composante juridico-idéologique romaine est décisive, *et telle*, qu'elle aura la force d'orienter les caractères culturels de fond des sociétés modernes en formation.

L'homme propriétaire, le *dominus*, valeur en soi dans sa singularité, mène à une vision possessive de l'univers et transforme en biens toutes choses et toutes valeurs qui entourent son existence (affections, relations sociales, nature et vie). Il sera l'axe de la société nouvelle. Les valeurs chrétiennes mêmes semblent se plier à cette perspective, en laissant tomber certains éléments présents dans le christianisme médiéval (esprit communautaire, paupérisme, égalitarisme), pour se conformer à une idée de l'humanité faite toujours plus d'individus, de hiérarchies, de centralité de l'idéologie propriétaire, de suprématie du politique et de ses expressions institutionnelles. Dans un schéma extrêmement simplifié, on pourrait dire: *individu, propriété, État*, tenus ensemble et traversés par la figure du *dominus* qui les implique et les définit.

Ceci dit, les juristes humanistes du seizième siècle ouvrent le système des sources et l'élargissent énormément: pas seulement le droit romain, mais ses différentes couches, auxquelles ils ajoutent le droit grec et la coutume, la législation du roi, les juristes classiques, le droit théodosien, le droit canonique ancien, le droit germanique.

Le regard juridique transforme le monde et le réduit à un complexe relationnel de biens, qui peuvent être possédés et transmis, acquis ou perdus, attaqués et protégés. Ce réseau requiert l'existence d'un sujet qui domine les biens, l'existence d'autres sujets se rapportant à lui (la propriété postule le non propriétaire, la défense du bien présume l'agression), ainsi que l'établissement d'une autorité qui puisse fixer des règles, ayant la force nécessaire pour les faire respecter.

Le droit romain — ou, peut-être mieux, l'idéologie juridique romaine revisitée à la lumière de l'absolutisme seiziémiste — suggère le schéma mental de la souveraineté et de la *potestas*, en fournissant

le paradigme du *pater familias*, prototype juridique de force argumentative remarquable. En complément de la figure nomopoïétique du père de famille (*dominus cum potestate patris*, qui domine et dispose), le droit romain administre l'ensemble des modèles de régulation de la vie économique et sociale, tels que la propriété, les contrats, les testaments, le droit de la famille. Il est probablement le principal intermédiaire dans la légitimation et la valorisation du corps économique et social qui prétend l'hégémonie et aspire à conduire la société, sous l'égide de la Monarchie.

Il en est de même pour le pénal. L'ensemble du matériel juridique utilisé par le pénal — de l'incrimination au procès — vient du droit romain, conjugué au droit canonique qui, à son tour, s'est historiquement conformé aux modèles et aux structures du droit romain. En France, le droit pénal substantiel et le droit du procès sont très largement influencés par l'expérience des pratiques de droit commun qui se sont développées en Italie, tout en suivant les règles, les formes et les architectures empruntées au droit criminel des Romains. Tout ceci — il convient de le souligner — en cohérence avec la fonction fondamentale du pénal de cette phase, qui est enfin celle de protéger par la menace de la peine les mêmes biens — vie, sécurité, patrimoine, honneur — constitués, réglés et placés au centre de la vie sociale par le droit civil. Le pénal, en tant que moyen de défense générale, a de plus la tâche de protéger les sphères les plus hautes du pouvoir: le crime de lèse-majesté — la plus romaine des institutions juridiques — est là pour garantir le roi et son entourage, la religion, l'économie publique et l'armée: *clausula generalis*, auraient dit les glossateurs bolognais.

La Monarchie, à son tour, est bâtie dans le droit, et avec le droit, justement pour qu'elle soit garante des équilibres sociaux et politiques nés et grandis dans son ombre.

7. *La question de la souveraineté.*

Trop de choses ont été écrites au sujet de la souveraineté pour que je puisse ajouter quelque observation, digne d'intérêt. Il suffira de noter que Jean Bodin trouve la raison de la souveraineté dans la nécessité de reconnaître un pouvoir souverain qui puisse protéger la

famille et les biens communs: la famille en tant que société naturelle et noyau central de la vie sociale, élément fondateur de la République; les biens communs en tant que raison de la solidarité sociale, de la confluence des intérêts et de la raison du vivre ensemble dans une nation. Mais Bodin, qui procède avec méthode et selon la logique des conséquences techniques et pratiques, a appris de l'histoire que l'État trouve son origine dans la force et dans la violence. *Vis et violentia* sont pourtant contraires aux lois de nature, et il faut donc les gouverner avec le droit. La souveraineté sera, elle aussi, réglée par le droit, et le souverain trouvera dans les lois ses limites. Bien sûr, c'est lui qui fait la loi et il peut la faire à sa guise, mais la logique de ce principe entend qu'il s'impose des limites: celles des lois divines et naturelles, de la *ratio* (ou plutôt de la *rationabilitas*), des lois fondamentales du royaume (intangibilité du territoire et loi de succession); la limite, enfin, représentée par les lois ordinaires — les siennes et celles de ses prédécesseurs — qu'il est tenu d'observer, à laquelle il peut déroger avec un motif valable. Ce n'est pas sans raison que Bodin considère parmi les lois naturelles, le droit de conserver la vie et la propriété, et le principe de l'intangibilité de la sphère intime et privée de chacun: la constitution matérielle du royaume apparaît même lorsqu'il trace les lignes de la constitution, disons, formelle.

Ce que je constate, toutefois, est que ces juristes, Jean Bodin, Michel de l'Hôpital, Louis Charondas Le Caron, et d'autres encore, n'ont pas construit, et d'autant moins créé, une conception de la souveraineté absolue, qui n'aurait pas existé avant, mais plutôt le contraire. Il n'est pas hasardeux de supposer que l'humanisme juridique français a développé l'idée de la souveraineté absolue et perpétuelle — idée qu'on ne trouve pas si avancée, chez d'autres juristes humanistes ailleurs — justement parce qu'en France, cette idée avait pris pied de manière forte — dans les faits, et donc dans la réflexion des juristes aussi — au cours du siècle précédent (je me réfère, entre autres, à l'excellente recherche de Jacques Krinen). Ces juristes humanistes sont les enfants de la réalité du royaume de France, unis au sens profond du terme par leurs études philologiques, juridiques, historiques. Ils constatent la matérialité de la monarchie française et n'en théorisent pas les attributions, par la médiation des instruments du droit romain, et par le support de la

connaissance — et conscience — historique, qu'ils maîtrisent d'une façon extraordinaire. Ils réalisent une théorisation bien plus raffinée que celle qui avait été opérée au moyen âge, et ils édifient autour de la figure du Souverain une formidable abstraction, parfaitement saisissable, qui produit — je veux dire: qui met matériellement au monde — une idée destinée à une vie très longue et à un succès indiscutable: l'idée de l'État.

Ce n'est pas par hasard que j'évoque l'idée de l'État, et non pas l'État tout court. Car c'est justement au seizième siècle, et dans le contexte français, que va prendre forme *l'État des discours*, cet *État imaginaire* sur lequel Pietro Costa a écrit si lucidement en 1986.

L'État est construit dans la pensée, sans qu'il y ait une chose réelle, factuelle, visible et tangible, qui puisse effectivement correspondre au mot: il procède d'un ensemble de métaphores, de qualités, d'attributions, de prérogatives et de figures de pouvoir, qui appartiennent à la fois au roi, aux juges, aux fonctionnaires, à l'armée, aux institutions, ainsi qu'à des êtres purement symboliques tels que certaines images, certaines cérémonies, les emblèmes ou les drapeaux.

L'État est dans le texte. Il est au cœur du texte et il occupe son champ théorique parce qu'il est construit dans le texte en tant que référant à soi: mais le référant n'est pas la réalité, il n'est pas dans une relation mimétique, univoque, avec le réel.

L'État est la réalité du texte: et c'est en tant que fonction du texte, et non pas comme prédicat du réel, qu'il s'avance vers nous dans la lecture. Le texte ne trouve pas l'État, mais il le construit et le représente: il l'imagine. L'État devient alors le point de convergence des représentations, des valeurs, des désirs qui fleurissent dans le flux de la tradition disciplinaire: dans l'idée, ou image de l'État, qui se forme et circule à l'intérieur des doctrines du *ius publicum*, vont se condenser le patrimoine rhétorique constitutif de la discipline, ses paradigmes et la matrice même des énoncés produits en lui. C'est le texte, en effet, qui investit l'État de ses propres contenus représentatifs, archaïques et récents: encore une fois donc, et dans un sens ultérieur, il l'imagine. Le discours du droit, enfin, du moment où il construit et représente l'État en tant que son propre référant, du moment qu'il l'imagine, il vise à projeter son propre objet sur le plan de la réalité. La réalité devient un moment intérieur

de la production imaginaire de l'État, au point que l'imagination de l'État comporte l'imaginaire séparation de l'État du texte, et son vol dans le réel. Le texte a créé — par ses procédures discursives et ses dispositifs rhétoriques — le personnage État, mais inclut, dans la création du personnage, un dispositif narratif ultérieur qui, en cachant ou en brisant la fiction narrative originale, imagine, pour le même personnage, une vie extratextuelle, complexe, longue, aventureuse.

La vie de cet extraordinaire personnage s'enrichira toujours plus: il sera personnifié à l'extrême, on le respectera, on le protégera, on lui obéira. Aimer l'État, se sacrifier pour l'État, servir l'État, mais aussi changer l'État, haïr l'État, abattre l'État. Il sera à la fois nécessaire et encombrant, immortel ou destiné à disparaître, sujet réel ou simple référent théorique; il sera rapporté à la société et aux citoyens, et il sera adjectivé de toutes les manières possibles. Il vivra nourri de métaphores et d'images, d'abstractions et d'anthropomorphisation, et tout ça, si je ne m'abuse, prend son *là* justement dans le laboratoire juridique de la France du seizième, où se réalise un mélange de réalité politique et d'ingéniosité juridique, capable de mettre au monde une idée métaphorique, faite de rhétorique et de formalisation, imposée par une opération géniale d'abstraction et de persuasivité discursive.

8. *La construction de l'État.*

a) *La loi*

Suivant l'enseignement de Cicéron, François Connan soutient que les lois doivent être générales (en relation aux différents *status* de la société) et non personnelles; énoncées d'une façon simple et claire; complètes, mais brèves; claires et non ambiguës, afin d'éviter tout doute interprétatif, raison souvent de litiges et de désunions. La loi doit être écrite dans un style qui ne soit ni trop familier, ni trop solennel, limpide mais aussi *gravis* et digne. Les lois, enfin, doivent être circonscrites, car si elles sont trop nombreuses « il est impossible — écrit-il — d'être assez innocent pour n'en pas violer une ». Quant à leur efficace, Connan cite Solon, qui comparait les lois aux toiles d'araignée, qui emprisonnent les petites mouches, mais ne

contiennent pas les grosses. Les lois — précise Connan — ne seront pas minutieuses, voulant tout prévoir, mais formulées en termes généraux et synthétiques. Si elles prétendaient repousser « *singula maleficia singulis legibus* », cela reviendrait à prétendre couper toutes les têtes de l'hydre.

Des pensées qui m'ont renvoyé à Portalis, le jour où il vanta, devant l'Empereur, les qualités du code civil: « le grand art — dît-il — est de tout simplifier en prévoyant tout. *Tout simplifier* est une opération sur laquelle on a besoin de s'entendre. *Tout prévoir* est un but qu'il est impossible d'atteindre [...] Nous n'avons pas cru devoir simplifier les lois, au point de laisser les citoyens sans règle et sans garantie sur leurs plus grands intérêts ».

Je tiens à mettre en garde sur un risque de malentendu à propos de lectures qui ont déjà fait se fourvoyer certains historiens. Il faut éviter d'assumer le terme *loi* dans sa valeur moderne. Nous ne sommes pas en présence de la loi positive et formelle, produite par l'État de droit du dix-neuvième siècle. Pas de principe de légalité, pas de garantie par la loi. La *lex Principis* n'est que la *voluntas Principis*, et le Prince a toujours le pouvoir de bouleverser son désir, d'outrepasser les lois et faire sa justice autrement.

À ce propos, il serait utile, peut-être, de mentionner un des plus grands pénalistes humanistes du XVI^e siècle italien, Tiberio Deciani, professeur à Padoue, représentant apical de l'extraordinaire moment connu par le droit criminel dans l'Italie du XVI^e. Dans le *Tractatus criminalis* de Tiberio Deciani on peut trouver la poursuite de l'autonomie du pénal, la primauté de la loi, une exigence diffusée de certitude, la délimitation rigoureuse de la fonction du juge, l'inexorabilité de la riposte punitive, la valorisation de la peine en tant que *signum potestatis*. Son point d'appui est la suprématie indiscutée du pouvoir public, par la *potestas reipublicae*, mais surtout par la *voluntas principis*, qui peut faire *quod sibi placuit* et bâtir la loi à son gré.

Nonobstant, on a cru voir en Tiberio Deciani le premier théoricien du principe de légalité. Le délit, a-t-il écrit, est créé par la loi, et l'on peut envisager un délit seulement là où une conduite donnée est punie par la loi: *si quid lex prohibeat sub poena*. La loi, précise Deciani, peut faire d'un certain comportement un délit, ou — au contraire — peut décider qu'une action qui était délictueuse ne le

soit plus: elle a la vertu de « *delictum facere quod prius non erat, e contra licitum facere quod prius delictum erat* ». Il est évident que seul un regard superficiel peut voir, dans cette conception, l'énonciation précoce du principe de légalité: la formule *nullum crimen sine lege*, créée au XIX^e siècle par le pénaliste allemand Anselm Feuerbach, a évidemment un caractère — dirait-on aujourd'hui — de garantie, là où la formule decianienne a une très claire signification — on dirait aujourd'hui — étatiste. Pour être plus précis: peut-être, la formule feuerbachienne pourrait-elle être lue, dans une optique étatiste, mais cela devrait se produire — je m'explique — *du point de vue du sujet*, qui cherche sa garantie dans la certitude et dans la légalité, assurées par l'état de droit; la formule de Deciani quant à elle, est étatiste *du point de vue du Prince*, qui fait étalage dans la loi de son autorité, de sa *voluntas* et de sa *potestas*, ayant la force de faire un délit de ce qui ne l'était pas et, *a contrario*, de rendre licite ce qui auparavant était un crime.

b) *La juridiction.*

L'importance de la juridiction entre les prérogatives et l'action de l'État est une chose évidente en soi. Ce n'est pas le moment de s'aventurer dans un exposé des caractères propres de la juridiction au seizième siècle, mais je tiens à souligner un aspect de l'orientation des juristes sur ce point, qui n'est probablement pas dépourvu de sens.

Il s'agit de l'attention portée aux solutions judiciaires des controverses. Lorsqu'il se trouve sur ce terrain, le juriste humaniste est foncièrement et uniquement juriste. Quand il se mesure avec la fonction des procédures, des jugements et des formes du procès, il ne peut plus être réabsorbé dans le phénomène culturel général de l'humanisme, ni réduit à ce dernier.

Je veux dire que là où Alciat ou Doneau sont confrontés à la question des fondements du juridique (le *droit naturel*, le *droit des gens*), ils règlent leurs comptes avec les convictions philosophiques de leurs temps, ils se tournent vers l'histoire, ils en appellent à Aristote ou à Cicéron. Tandis que lorsqu'ils affrontent la question de la juridiction et celle de l'évaluation effectuée par le juge, ils n'ont que le droit et la loi pour référence, à l'exclusion de tout autre versant culturel.

Bien sûr, leur formation — ainsi que leur vision des choses — est unitaire: le droit ne peut pas être dissocié entièrement des sciences de l'homme, mais les juristes savent bien que la dimension juridique de leur pensée connaît des lieux et des occasions dans lesquels elle réalise son sens à la condition d'être traitée en autonomie, disjointe de ses nombreuses racines culturelles et distinguée de la dimension propre aux autres savoirs.

c) *Le droit civil.*

Les rapports entre individus et formations sociales, la société en général, les corps intermédiaires, les relations sociales, la hiérarchie des intérêts et la place des individus, sont modelés par le droit civil: non simplement réglés, en tant que réalités naturelles préexistantes au droit et à ses prescriptions, mais formés, aménagés, façonnés par le droit, suivant les grandes lignes du droit romain et de l'idéologie propriétaire (et autoritaire) qui l'inspire. Le droit civil règle les biens et leur destin, règle les libres agrégations sociales instituées pour la bonne gestion des biens et pour les bonnes relations entre les sujets, mais constitue en réalité le squelette, le sang et le nerf de l'entière société politique et civile.

Il faut dire que la discipline des rapports entre privés engage les juristes humanistes, en France en particulier, d'une façon remarquable. Comme nous le savons, les interventions législatives du pouvoir royal sont très rares et marginales. Quelques nouveautés sont introduites à l'occasion de l'écriture (sous approbation du roi) des coutumes, mais disons que le droit civil, en se conformant à la constitution politique *in fieri* du royaume, talonne les principes du droit romain, liés à la logique de l'absolutisme.

L'émergence, en tant que figure centrale, de l'idée de la *patria potestas*, détermine le nouveau régime des dotes, inspire et valorise la libre et pleine volonté du testateur dans les successions, absorbe des pouvoirs de disposition très importants dans la figure du propriétaire. La protection juridico-politique de la propriété des particuliers se renforce, ainsi que celle du pouvoir du père/mari sur sa famille. La famille, en tant que lieu où s'exprime le pouvoir du père propriétaire, assume une certaine centralité juridique qui la conduira à obtenir, avec le temps, une centralité sociale significative. La propriété domaniale, selon la volonté de la couronne, prend les traits

de la propriété privée: le souverain, agissant en tant que particulier, pouvait être titulaire de son patrimoine, mais en sa qualité de monarque, chef du royaume, il était le détenteur du domaine royal.

Les changements de la structure économique au seizième siècle, mirent en évidence le champ des obligations et des contrats, très peu disciplinés dans les coutumes. La doctrine développa des institutions tels que le commodat, le prêt à intérêt, la lettre de change. Elle insista, par une nette option idéologique, sur la valeur du consensus dans les rapports juridiques formalisés. Et le fait de privilégier le *contenu* du contrat, et sa *substance*, au détriment de sa forme ⁽¹⁾, avec la conséquence de valoriser d'une façon extrême *la volonté*, de quelque manière qu'elle soit exprimée, montre les effets, sur le terrain du droit civil, de la constitution politique matérielle du royaume: le propriétaire, et sa volonté, sont bien plus importants que les moyens juridiques formels à travers lesquels ils s'expriment: « Prima et potissima regula actuum humanorum est voluntas, seu consensus » (Étienne Bertrand, 1560).

d) *Enfin, le pénal.*

Le XVI^e siècle est le siècle du pénal. C'est celui des grandes lois pénales — qui visent surtout le procès et ses règles autoritaires, de l'Ordonnance de Villers-Cotterêts à la Caroline de Charles V — mais c'est aussi le grand siècle de la doctrine: l'extraordinaire floraison de la pensée pénale italienne bâtit un droit criminel qui, pour sa qualité technique — au delà, bien sûr, de ses contenus qui seront plusieurs fois réformés et révolutionnés — parviendra jusqu'aux codifications modernes.

Les formations étatiques mûries entre les XV^e et XVI^e siècles ont identifié dans la justice criminelle un dispositif primaire pour l'exercice efficace (ainsi que pour la conservation) de leur pouvoir. Elles ont imposé d'une façon progressive une normativité pénale conditionnée par le rapport de soumission qui lie le *subditus* au *Princeps*, à travers l'utilisation d'un *paradigme de l'infraction politique* dans la structuration de la forme du délit et dans la construction de l'incrimination. Tout crime, même léger ou véniel, est structuré à la manière du crime politique, pensé une fois pour

⁽¹⁾ Voir par exemple la polémique envers la *Stipulatio* dans le droit romain.

poursuivre l'ennemi, politique ou religieux. Le dol et le dommage, qui étaient la notion médiévale de crime — inspirée par l'idée originaire du délit conçu comme injure privée — sont remplacés par la désobéissance (au souverain, à la loi), qui devient toujours plus le centre de la nouvelle conception de l'incrimination. Ces mêmes formations étatiques bâtissent un système de procès proactif, muni d'un caractère particulièrement invasif, équipé d'une grande quantité d'instruments capables de convaincre, de forcer, de contraindre, pour parvenir à réaliser l'ancienne formule romaine qui voulait que les crimes ne devaient pas rester impunis. Le juge, qui représente le roi, s'installe au sommet de ce système de justice purement répressive.

La justice produite par les juges du roi, conséquence de l'hégémonie des appareils de l'État, se fait hégémonique à son tour à l'égard des pratiques judiciaires qui venaient de loin: elles étaient, en général, des pratiques coutumières, communautaires et négociées, dans lesquelles la composition, bien plus que la répression, représentait le but principal. En conséquence de tout cela, la peine devient le pivot de tout énoncé théorique dans le pénal, la rétribution oblitère les traditionnelles composantes distributives de la justice, la répression s'enracine dans le cœur du système et commence à chasser les habitudes de tractation, les pratiques de compensation et les rituels de rétorsion ou de vengeance. Un pénal hégémonique, public et cuirassé, qui trouve dans le procès inquisitoire son outil décisif, remplace peu à peu le pénal négocié, qui émanait de l'expérience du premier moyen âge et qui s'accordait particulièrement avec un procès de type accusatoire, dans lequel le juge se limitait à une fonction d'arbitre et les parties cherchaient plutôt l'accord, la réparation ou le raccommodage.

En France, ce que j'ai appelé le *paradigme de l'infraction politique* est parfaitement envisagé par Pierre Ayrault, dans la seconde moitié du XVI^e siècle. Ayrault note, avec une lucidité frappante, des transformations du pénal dans sa phase hégémonique et des conséquences de la soumission de tout crime au modèle qui avait été pensé pour l'ennemi, ainsi que de l'assimilation de toute procédure à celle qui avait été réservée aux sans aveu. À propos de la prison, qui est également prévue pour tous les accusés dans l'attente d'un procès, il écrit que « il a été nécessaire, pour la sécurité publique,

laisser les exemples des hommes libres, et se servir de ceux des *ennemis iurez*, des *vagabonds*, des esclaves, pour lesquels estoient esté inventées les prisons, les questions, les gibets » (P. Ayrault, *L'ordre...*, 1558, III, I, § 30).

La constitution absolutiste des États du XVI^e, de par sa propre logique, conduit à une réorganisation des procès de pouvoir et des lignes directrices des règles du gouvernement: le centre pose dans l'ombre les périphéries, le haut séquestre les attributions du bas, la sujétion verticale remplace le lien horizontal, tandis que les apparats, expression de l'hégémonie publique et centrale, soustraient le jugement pénal aux communautés et à leurs logiques relationnelles. Il va de soi que tout ceci n'arrive pas en un jour, ni ne se réalise avec clarté, sans exception, sans contradiction ou sans résidu, partout et à jamais. Il s'agit, toutefois, d'une tendance robuste et reconnaissable, visiblement hégémonique, qui conduira sa justice criminelle à un succès grandissant: et pas seulement la justice dans son sens le plus strict: parce que dans la logique de ces États, et dans le langage de ces juristes, la *justitia criminalis* résume droit et procès, doctrine et législation, théorie et pratique, signifiant le pénal dans sa globalité.

A quoi sert ce discours? À montrer — dans le champ du droit pénal — l'importance de la double contribution de la science juridique humaniste: d'un côté à la construction d'un État fort et moderne, de l'autre au développement du droit pénal. Tiberio Deciani, dans son effort pour autonomiser le droit pénal et moderniser la fonction punitive de l'État, perçoit l'importance de la nature des conflits et — en conséquence — de la qualité de la riposte publique. La bataille pour l'hégémonie du pénal public, qui est justement une bataille pour son autonomie, passe par la découverte, pour ainsi dire, des conflits qui n'ont pas une dimension pénale. Ils ne doivent pas polluer et confondre la justice punitive, qui appartient à la politique et non pas à la dialectique des intérêts qui se déroulent entre les particuliers, sans impliquer des remarquables intérêts publics, sans rapport avec l'ordre, la sujétion, la discipline. Deciani saisit l'importance décisive du *format pénal des conflits*, qui est la mesure nécessaire pour énucléer *la répression* du complexe indistinct de la conflictualité entre sujets, livré à la négociation, aux transactions et — en dernier ressort — aux rapports de pouvoir, c'est-à-dire, enfin, à la taille des contendants.

LEX DELICTUM FACIT. TIBERIO DECIANI
E LA CRIMINALISTICA ITALIANA NELLA FASE
CINQUECENTESCA DEL PENALE EGEMONICO

1. La 'parte generale' del diritto penale. — 2. Il 'principio di legalità'. — 3. *Delictum quid sit*.

Sembra che, assumendo a Padova nel 1549 l'incarico di « leggere la lezione delli Criminali », Tiberio Deciani abbia tenuto una prolusione sull'importanza del penale nella costruzione e nella difesa degli Stati e sulla necessità di praticare con rigore la giustizia criminale, conservando tuttavia equità e mitezza nei confronti dei rei ⁽¹⁾.

Quella prolusione è perduta. Ma se veramente conteneva una riflessione del rapporto tra il penale e gli Stati cinquecenteschi, credo si possa dire che con essa abbiamo perduto una chiave decisiva per interpretare il senso e l'ispirazione del *Tractatus criminalis* che Deciani ha lasciato incompiuto. Senso ed ispirazione che bisogna cogliere e collocare *in quella fase* dell'evoluzione penalistica, nel quadro della riflessione prodotta *nel secondo Cinquecento*, situando il *Tractatus* nel suo contesto: come un momento della discussione dottrinale che, in *quella* congiuntura, affiancava lo sviluppo della giustizia penale, componente non secondaria della *State building* in Italia ed in Europa.

Voglio dire che l'operazione corretta e fertile che è bene fare — la sola necessaria, aggiungo — è quella che misura il contributo di

⁽¹⁾ Lo scrive G. G. LIRUTI, *Notizie delle vite ed opere scritte da' letterati del Friuli*, Fratelli Gallici, Udine 1780, III, p. 372. Io mi giovo della citazione che ne fece A. MARONGIU, *Tiberio Deciani (1509-1582) lettore di diritto, consulente, criminalista*, in « Rivista di Storia del Diritto Italiano », VII, 1934, I, p. 140.

Deciani in rapporto alla scienza penalistica del secolo suo, all'orientamento (ed alla natura) della giustizia allora praticata e all'allora nascente normazione penale 'centrale'. Sottolineo il riferimento alle norme costituite dai Principi, perché il Cinquecento, come si sa, conosce i primi esperimenti di legislazione penale 'statale' (2), costruiti ovunque sulla dottrina espressa nelle *Practicae criminales*, e ricalcati talora sulla struttura stessa di quelle *Practicae*.

È vero che la dipendenza di quelle prime leggi dalla produzione dottrinale le ha esposte a critiche poco consapevoli e tuttavia ricorrenti, provenienti per lo più da penalisti positivi, che non sospettando l'esistenza della giuripoiesi delle Pratiche, additano nelle *Constitutiones* quella che a loro appare come una improvvida commistione tra norme di penale sostanziale e norme processuali, con la prevalenza di queste ultime (3). Ma è anche vero che quella

(2) Mi limito a ricordare la *Bambergische Halsgerichts und Reichlich Ordnung in Peinlichen Sachen* [...] nota come *Constitutio Criminalis Bambergensis* (1507), la *Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.*, nota come *Constitutio Criminalis Carolina* (1532), la *Constitutio Criminalis Assiaca* (1535), la *Constitutio Criminalis Brandenburgensis* (1582), l'*Ordonnace sur le fait de la justice* (François I, Viller-Cotterêts 1539), le *Constitutiones Domini Mediolanensis* (1541) e la *Crimineele Ordonnantien* (1570) nei Paesi Bassi spagnoli.

(3) Adoperando un criterio che proviene dalla cultura codicistica del XIX, buono per giudicare i codici, si vietano la comprensione (e la percezione stessa) del fatto che il penale — essi direbbero senza esitare: il diritto penale — si forma in quella lunga fase al di fuori di ogni partizione disciplinare e per vie complesse, scaturendo da cavità insospettite o mettendo radici negli interstizi del discorso di fondo: cosa deve/può fare il giudice, quale deve/può essere la pena. E così che André Tiraqueau, ragionando sulla opportunità di attenuare le pene, costruisce una complessa — e straordinaria — teoria della responsabilità penale (A. TIRAQUEAU, *De poenis legum ac consuetudinum statutorumque temperandis, aut etiam remittendis, et id quibus quotque ex causis*, Franciscus Laurentinus, Venetiis 1560); è così che Antonio Gomez formula una vasta dottrina delle circostanze dopo aver ricordato ai giudici che « poena homicidii regulariter est poena mortis » (A. GOMEZ, *Commentariorum variarumque resolutionum iuris civilis communis et regii*, III: *Delictorum*, Iacobus Leoncinus, Venetiis 1575, cap. 3); è così — e si potrebbe continuare all'infinito — che Angelo Gambiglioni, istruendo il giudice a proposito di colui che *maleficio assistit*, elabora gli elementi costitutivi del concorso di persone (A. GAMBIGLIONI, *De maleficiis tractatus cum additionibus* [...] *Augustini Ariminensis ac Hieronymi Chuchalon hispani*, Cominus de Tridino, Venetiis 1555, *Dicto maleficio semper astitit...*, per tot.); mentre Marco Antonio Bianchi, partendo dal dovere processuale dell'accusato di « se personaliter defendere praesentando seipsum iudici », trova il modo di puntualizzare ed arricchire la nozione di *delictum*, disponendo materiali che lo

stessa dipendenza rende centrale il rapporto tra l'opera dei giuristi e la produzione normativa degli Stati, e salda indissociabilmente il penale delle *Practicae* alla loro materiale 'costituzione' di Stati dispotici e costrittivi; lo salda alle esigenze di una *governance* che sta evolvendo e trova proprio nel penale uno dei dispositivi primari e dei caratteri nuovi — fortemente simbolico, aggiungerei — della sua affermazione: « prendete questa Pratica — diceva Ippolito Marsili ai suoi lettori — leggetela bene, mandatela a memoria, per diventare degni di governare *vestro patrocínio* le *res publicae* dei diversi Principi e luoghi » (4). Siamo negli anni venti del Cinquecento.

Devo aggiungere che, nel caso di Tiberio Deciani e del suo *Tractatus criminalis*, l'indicazione di una metodica come quella suggerita poco sopra, fatta di attenzione al rapporto con la scienza penalistica del secolo suo ed alla giustizia allora praticata — metodica peraltro non sprovvista, in sé, di una imbarazzante ovvietà — non è sufficiente. Essa è resa necessaria dal fatto che gran parte della storiografia giuridica che si è occupata del giurista udinese (5),

stesso Deciani avrebbe poi messo a frutto (M. A. BIANCHI, *Practica criminalis*, Cominus de Tridino Montisferrati, Venetiis 1567, § *Visis indicii*, n. 29 ss.

(4) « Practicam ergo istam gratiose suscipite, curiose perlegite, et fructuose memoriae commendate, ut digni efficiamini res publicas diversorum Principum et locorum vestro patrocínio gubernare, ut inquit Imperator in proemio institutionum » (I. MARSILI, *Averolda. Criminalium causarum Practica, cum Theorica ... elaborata ...*, in *Index Hippolyti De Marsilii Bononiensis. Repertorium [...] Tractatum, Repetitionum, Lecturarumque...*, Dionysius Harsaeus, Lugduni 1551, § *Principium*, n. 4, ante med.). In questa stessa direzione va l'osservazione fatta — prima che la facessero altri — da I. MEREU, *Culpa=colpevolezza. Introduzione alla polemica sulla colpevolezza fra i giuristi del diritto comune*, Patron, Bologna 1973, p. 42, a proposito dell'importanza che gli Stati cinquecenteschi sembrano attribuire all'insegnamento dei *criminalia* nelle loro Università. Quell'insegnamento, Mereu ha ragione, non ha tanto a che fare con la costruzione della scienza penale, quanto con la formazione della classe dirigente e con l'intenzione di riacquistare il penale — dispositivo di dominio — con le tendenze egemoniche di quei *regimina* e con la giustizia che essi stavano progressivamente monopolizzando.

(5) Storiografia non vastissima. Dopo lo scritto di Antonio Marongiu richiamato nella nota 1 (uscito in due parti nella « Rivista di Storia del Diritto Italiano », VII (1934), I, pp. 135-202 e II, pp. 312-387 e poi ripubblicato con lo stesso titolo e qualche integrazione da Zanichelli, Bologna 1934), vennero due saggi di F. SCHAFFSTEIN, *Tiberius Decianus und seine Bedeutung für die Entstehung des Allgemeinen Teils in gemeinen deutschen Strafrecht*, in *Deutsche Rechtswissenschaft*, Hrsg. von K. A. Eckhardt, Hanseat, Verlagsanstalt, Hamburg 1938, pp. 121-148 (in gran parte dipendente dalla monografia

avendo ricevuto una sorta di *imprinting* dal saggio pubblicato negli anni trenta del Novecento da Antonio Marongiu, ha impostato in tutt'altro modo e tutt'altra direzione la lettura del contributo deciano. Ma, ripeto, non è sufficiente. Va integrata, quanto meno, con elementi della biografia di Deciani ⁽⁶⁾ e col *complesso* dell'opera sua, considerata nel merito dei contenuti e nelle opzioni di politica penale (che sono la chiave vera del suo pensiero). Non sono sufficienti la mappatura della struttura del trattato ⁽⁷⁾ — argomento

di Marongiu), e *Zum rechtswissenschaftlichen Methodenstreit im 16. Jahrhundert. Die 'Apologia pro iurisprudentialibus qui responsa sua edunt' des Tiberius Decianus*, in *Festschrift für Hans Niedermeyer zum 70. Geburtstag 30 Nov. 1953*, Verlag O. Schwarz, Göttingen 1953, pp. 195-214, entrambi reperibili oggi in Id., *Abhandlungen zur Strafrechtsgeschichte und zur Wissenschaftsgeschichte*, Scientia Verlag, Aalen 1986 (anastatiche nn. 10 e 11); ad essi va aggiunto il capitolo che Schaffstein dedicò a Tiberio Deciani in *Die europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus*, Schwartz, Göttingen 1954. Dopo di allora, solo poche pagine riservate a Deciani nei lavori di L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano 1967, pp. 135-140 (che si limita ad Deciani dell'*Apologia*); I. MEREU, *Culpa=colpevolezza...* cit., pp. 33 ss.; di nuovo A. MARONGIU, *La scienza del diritto penale nei secoli XVI-XVIII*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, I, Olschki, Firenze 1977, pp. 407-429; F. CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Laterza, Roma-Bari 1985, spc. pp. 294-305; E. DEZZA, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, I, Giuffrè, Milano 1989, spc. pp. 104 ss. A parte Mereu — che coglie correttamente alcuni nuclei dell'opera di Deciani (e della dottrina a lui coeva), ma poi li mette a discutibile frutto — tutti questi autori ripercorrono sostanzialmente l'impostazione e le valutazioni espresse da Antonio Marongiu nel 1934: Schaffstein con paralipomeni che dilatano alcuni esiti discutibili di una lettura poco storicizzata; Dezza affinandole e proponendo prospettive meglio aggiornate; Cordero — con sapida prosa — impreziosendo l'ovvio, addomesticando l'arduo e obliterando il peggio. Trovo ora consapevole ed utile, perché correttamente orientata e storiograficamente assennata, la revisione proposta da I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Giappichelli, Torino 2002, pp. 261-267.

⁽⁶⁾ Do per sapute vicende biografiche, da tempo ricostruite, sia pure in modo ancora inadeguato. Tutto quel che oggi ci è noto della vita di Tiberio Deciani (salvo quanto sapremo dopo la pubblicazione del presente volume) sta nel saggio di Antonio Marongiu, al quale hanno attinto tutti gli altri, e nei complementi che si trovano nella voce di E. SPAGNESI, *Deciani Tiberio*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, XXXIII, 1987, pp. 538-542.

⁽⁷⁾ Le osservazioni sulla struttura andrebbero meglio integrate con una più conseguente critica della congetturata manipolazione — probabile frutto di banale inconsapevolezza, o forse di una assai rivelatrice 'correzione' della disposizione originaria — subita dal *Tractatus* incompiuto, all'atto della sua pubblicazione nel 1590.

peraltro non trascurabile — e non bastano i rilievi sulle pur importanti innovazioni espositive che in esso si scoprono.

Il *Tractatus* di Tiberio Deciani, in ragione di alcune caratteristiche che lo distinguono dal genere penalistico delle *Practicae*, è stato oggetto di uno sguardo *sui generis*. E così, come il giudizio sulle *Practicae* è stato a lungo risolto nelle metafore dell'accozzaglia, della farragine e della prolissità, il *Tractatus criminalis utramque continens censuram* è stato letto nell'ottica del primato, del precorrimiento, e della sorprendente modernità (8). Entrambi gli approcci, bisogna dire, pagavano lo scotto dello stesso inavvertito pregiudizio, che identificava il solo penale concepibile con quello prodotto dallo stato di diritto, conforme alle partizioni dottrinali realizzate nell'Ottocento ed in qualche modo riconducibile alle categorie correnti della dogmatica contemporanea; per poi fare di quel penale il criterio ricostruttivo e il metro del giudizio storico in relazione all'esperienza giuridica dell'età moderna. Uno sguardo superficiale, o forse inconsapevolmente presuntuoso, che ha reso gli storici incapaci non solo di intendere, *ma addirittura di vedere*, attraverso la fertile giuripoiesi delle Pratiche, *quel* penale storico e la sua dimensione 'plurale' (9); esponendoli simmetricamente alla 'sorpresa' per la 'modernità' di qualche passaggio che sembrava evocare meglio il penale che avevano in testa loro (10).

(8) Percorrendo la pur scarsa letteratura che lo riguarda, si può vedere che Tiberio Deciani è stato proposto come l'inventore o il precursore della parte generale (e della speciale) dei moderni codici penali, del principio *nullum crimen sine lege* (Feuerbach), del delitto come ente giuridico (Carrara), delle definizioni di reato dettate da Bettiol, Pannain e Antolisei, dell'art. 25 secondo comma della Costituzione italiana del 1948 e della dottrina pura del diritto (Kelsen).

(9) Conto di tornare in un'altra sede sul fatto che il penale dell'età moderna si presenta come un multiforme cantiere nel quale si opera in più direzioni, allestendo almeno tre differenti livelli di produzione teorica che lungamente convivono, fino a che il 'modello della legge' non prevarrà, azzerando tutti gli altri.

(10) Uso l'imperfetto, perché più avveduta e prudente mi sembra la storiografia del penale di questo ultimo decennio. Il lavoro di archivio e lo studio dei processi (condotto spesso, specie fuori d'Italia, da storici non giuristi, altrettanto spesso capaci e consapevoli) ha consentito di cogliere il farsi concreto del penale nelle società medievali e moderne, di scorgere la fase della sua emersione e quella del consolidamento, di valutare il grado della sua presenza tra poteri pubblici, formazioni statali e comunità. Ha consentito quindi di *vedere e leggere* nelle opere dei giuristi (*Practicae* comprese) una

Dopotutto, quel che i laudatori del Deciani anticipatore non colgono è la sostanziale futilità della categoria del precorrimiento ed il rischio che porta con sé l'idea stessa dell' 'antesignano'. Posso capire che Antonio Marongiu, negli anni trenta del fascismo trionfante, esaltasse l'italica primazia, rintuzzando le 'pretese' della storiografia tedesca ⁽¹¹⁾. Capisco di meno gli storici — o i penalisti che si fanno storici — che fanno fatica a realizzare che, da Alberto da Gandino in poi, quei criminalisti (alcuni più e meglio di altri) producono cultura giuridica, formano un capitale tecnico, escogitano soluzioni, affinano idee, creano linguaggi, sintassi ragionate e categorie mentali, mettendo insieme un patrimonio del quale vivranno i loro affossatori. All'avvento del cosiddetto stato di diritto, quando si sarebbe giustamente detto che il diritto penale comune era consegnato alla storia e

forma straordinariamente ricca di produzione di scienza penale, di cui l'odierno diritto penale è ancora remoto debitore, anche quando non sia capace di accorgersene. Quel che si può tuttora lamentare, semmai, è che non sempre le cautele metodologiche dichiarate producono nei fatti il seguito che ci si aspetterebbe. Forte è, per esempio, la propensione a far retroagire in contesti remoti categorie del *diritto* penale prodotte in tempi assai vicini al nostro; ed anche la storiografia più avveduta può trovare malagevole rinunciare, poniamo, all'idea della *legalità* — quando non al principio che ne porta il nome — nell'analisi di un lontano ordine penale, nel quale pur vede operare un normativismo assai diverso da quello imperniato sulla legge, tipico dei moderni sistemi a poteri divisi.

Resta, tuttavia, che è ormai alle nostre spalle la storia del penale accigliata e spicciativa — retaggio non elaborato di una critica che risaliva al riformismo penale sette-ottocentesco —, che ancora negli anni ottanta del ventesimo accusava il sistema punitivo medievale e moderno di rozzezza e crudeltà, e imputava a quei giuristi un'ottusa, arrogante e colpevole complicità.

⁽¹¹⁾ Marongiu non s'era dato soltanto il compito di tenere alto il prestigio della scienza italiana del Cinquecento (A. MARONGIU, *Tiberio Deciani...* cit., p. 323). Dette una notevole mano alla 'omologazione', per così dire, dei ragionamenti penalistici di Tiberio Deciani, rimescolandoli e potandoli qua e là, fino a renderli compatibili con i concetti, le categorie ed il linguaggio del penale (*rectius* del codice penale) a lui contemporaneo. Nella seconda parte del suo saggio, si impegnò a riassetare la 'parte generale' e la 'parte speciale' del *Tractatus* facendosi carico lui di montaggi, riagggregazioni e riordini che producono un effetto di commovente anacronismo. È così che la disposizione del *Tractatus*, svecchiato e risistemato, finisce per corrispondere, salvo qualche lacuna qua e là, all'assetto del codice Rocco, allora fresco di entrata in vigore. Nella 'ristrutturazione' che Marongiu fa dell'edificio deciano (aprendo finestre, tirando su pareti e spostando mobili), Tiberio Deciani si trova così a 'precorrere' anche la categoria ferriana — che però Marongiu fraintende — *dell'omicidio suicidio* (p. 380) e quella più propriamente fascista dei *Delitti contro l'integrità della stirpe* (p. 379).

che *quel* processo e *quelle* pratiche erano ormai travolti e storicamente condannati, non era tuttavia estinto il loro lascito. Il diritto nuovo — nuovo perché riorientato da una nuova visione politica — non poteva fare a meno del materiale tecnico contenuto in quella eredità, e se ne sarebbe servito a piene mani.

Il penale costruito sui principi giuridico-politici del XIX secolo deve moltissimo, in termini tecnici, alla straordinaria officina dell'età moderna. Lo sapevano i grandi penalisti dell'Ottocento italiano, a cominciare da uomini come Carmignani e Carrara, che di quel patrimonio molto si nutrirono, divenendone in un certo senso i traghettatori. Il penale dell'età liberale cambiò di segno, *in termini politici*, ai fondamenti del penale intermedio; la rinnovata costituzione degli Stati pose a base del penale la legge, con la sua promessa di certezza e di garanzia, la libertà come limite all'incriminazione, la civiltà della pena, un processo a regole certe; ma l'*ouillage* tecnico veniva da lontano, e si può dire che le pietre con cui si costruì un edificio completamente nuovo venivano quasi tutte dalle macerie del vecchio.

Qui sta il rischio per l'osservatore poco attento: imbattendosi in un pezzo del nuovo del tutto simile a qualche pezzo del vecchio, può lasciarsi andare a lodare geniali precorriti o a deprecare malaugurate riviviscenze. Le omologie morfologiche sono quanto di più insidioso. L'antidoto sta nel leggere il *Tractatus* senza trasferirlo nell'Otto o nel Novecento, ma tenendolo fermo nel suo contesto. E il suo contesto è la seconda metà del Cinquecento, nel culmine di una straordinaria produzione criminalistica, ma in un'Italia in crisi di identità storica e perdita di autonomia, che stava prosciugando le sue risorse culturali e sarebbe restata ai margini della modernizzazione europea del secolo successivo.

Alcuni ragionamenti su tre aspetti particolari della dottrina deciana e della loro percezione storiografica, serviranno a chiarire il mio pensiero.

1. *La 'parte generale' del diritto penale.*

Può essere ricondotta al vizio di metodo di cui dicevo qui sopra, l'idea che Tiberio Deciani abbia dato vita a quella che convenzio-

nalmente chiamiamo la ‘parte generale’ del diritto penale ⁽¹²⁾. L’adozione, nel suo *Tractatus*, di un razionale criterio espositivo, peraltro incostante e necessariamente difettoso, diviene l’occasione per la retrodatazione di un dispositivo ordinante legato in modo indissolubile alla fase matura della legislazione penale. La ‘parte generale’ non può conoscere esistenza, e nemmeno sperimentazione, se non nel contesto la codificazione penale. Fuori da quel contesto ci può essere qualcosa che le somiglia all’aspetto, una *dispositio materiae* che colpisce per la similitudine che sembra suggerire, ma siamo — per l’appunto — nella suggestione dell’analogico o nell’azzardo delle ingannevoli affinità morfologiche.

La ‘parte generale’ ha ragioni tecniche e motivazioni ‘politiche’ storicamente incompressibili. Si afferma tra Sette ed Ottocento ⁽¹³⁾ come crocevia di esigenze tecniche e di opzioni politiche impensabili nel Cinquecento: viene concepita come una sorta di ‘zona di governo’ del sistema codificato, intesa a conseguire una razionale sistematicità normativa che, attraverso la generalità dei criteri per gestire ed applicare le norme speciali, eviti lacune, conflitti e contraddizioni. Il punto principale è ‘governare la pena’ con la legge, lasciando al giudice (ed alla dottrina giuridica) solo lo spazio necessario allo svolgimento della loro funzione equilibratrice. La ‘parte generale’ si presta assai bene a questo scopo, perché va di concerto con un’idea forte della *legalità*: essa determina (*iure et lege*) gli elementi del reato, l’imputazione e la colpevolezza, la responsabilità e le scriminanti; disciplina gli *accidentalia* — dal tentativo al concorso, fino alle circostanze ⁽¹⁴⁾ — e regna, per così dire, sulla pena, che rimane nelle mani del giudice solo per qualche aspetto quanti-

⁽¹²⁾ L’idea fa la sua apparizione nel saggio di A. MARONGIU, *Tiberio Deciani...*, cit., spc. pp. 324, e viene assunta e sviluppata da F. SCHAFFSTEIN, *Tiberius Decianus und seine Bedeutung...*, cit.

⁽¹³⁾ Il primo esempio si direbbe rappresentato dall’*Allgemeine Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung*, voluto da Giuseppe II nel 1787. Dopo di che, dal *Code pénal* di Napoleone in poi, sarà adottata in tutti i codici penali che conosco.

⁽¹⁴⁾ Messa sotto la griglia della moderna nozione di *Parte generale*, la razionalizzazione di Tiberio Deciani mostrerebbe più di una incongruenza. Egli non considererebbe ‘di parte generale’ la ‘teoria’ della pena, la disciplina delle prove, il concorso di persone, il tentativo, l’imputabilità, mentre resta dubbia la collocazione delle circostanze e quella delle cause di giustificazione.

tativo, o poco più. Realizza quindi lo scopo tecnico di rendere coerente e funzionale il sistema, attraverso disposizioni generali di carattere sostanziale che al sistema faranno da bussola e da linfa, producendo certezza, e consegue lo scopo politico di mantenere *nella sola legge* il grosso della gestione applicativa delle norme incriminatrici: il contrario di quando il giudice faceva lui, per così dire, la parte generale, regolando reato per reato, caso dopo caso, *l'an*, il *quomodo*, il *quantum* e il *quia*. Peraltro, mentre il legislatore si assicura, con la parte generale, uno strumento assai efficace per garantire effettività alle sue scelte, anche il cittadino può sperare di trovarvi un principio di certezza ⁽¹⁵⁾ e, perché no, di equità.

La 'parte generale' è dunque incardinata essenzialmente sul principio in base al quale « non c'è reato [e non c'è pena] se non per legge » ⁽¹⁶⁾. Essa si fonda, in altre parole, sul dominio della legge positiva quale unica fonte dell'obbligazione penale dei *subiecti* e sul monopolio statale del diritto di punire, corollario del monopolio statale della produzione normativa. La 'parte generale' dei moderni codici — che ha 'tracimato' dalla legislazione, e si è imposta come fondamentale paradigma per l'elaborazione dottrinale — è dunque ad un tempo prodotto e matrice del valore essenziale della *legalità*, intesa insieme come principio tecnico e come bene politico.

2. Il 'principio di legalità'.

A questo proposito, alcuni passaggi presenti nel *Tractatus* hanno fatto pensare ad un'altra 'anticipazione' deciana: il delitto — ha scritto Deciani — è un'entità di mera creazione legale, che prende forma solo se e quando « *lex quid prohibeat sub poena* » ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ È bene leggere F. PALAZZO, *Sulle funzioni delle norme definitorie*, in *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, Cedam, Padova 1996, pp. 381-390.

⁽¹⁶⁾ La centralità del principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege* nella strutturazione delle 'parti generali' dei codici è di per sé evidente, osserva M. FINCKE, *Das Verhältnis des Allgemeinen zum besonderen Teil des Strafrechts*, Schweitzer, Berlin 1975, p. 5. Quanto al rapporto, nell'opera di Deciani, tra l'affermazione *lex delictum facit* ed il principio *nullum crimen sine lege*, si veda il paragrafo successivo.

⁽¹⁷⁾ « *Nullum potest cognosci delictum, nisi praecedat lex, quae illud prohibeat* et

Occorre ragionare. *Nullum crimen sine lege* è principio che potrebbe suonare romanistico nell'espressione, potrebbe far pensare ad un brocardo costruito da qualche giurista intermedio, mentre — come si sa — è formula che appartiene al secolo XIX, coniata in latino da Anselm Feuerbach⁽¹⁸⁾, nel quadro di una dottrina penale liberale. Così, prima di evocare l'art. 25 secondo comma della Costituzione italiana (Cordero) o di proporre Deciani come l'anticipatore del principio di legalità (Schaffstein), sarà bene considerare che la formula feuerbachiana ha carattere — si direbbe oggi — garantista, mentre quella deciana ha un limpido riferimento — si direbbe oggi — 'statalista'. Per essere più precisi: forse anche la formula feuerbachiana potrebbe essere letta in un'ottica 'statalista', ma ciò dovrebbe avvenire — se mi spiego — *dal punto di vista del soggetto* che cerca la sua garanzia nella certezza e nella legalità assicurate dallo Stato di diritto; mentre quella deciana è 'statalista' *dal punto di vista del Principe*, che esibisce nella legge autorità e *potestas*, avendo la forza di « delictum facere quod prius non erat, e contra licitum facere quod prius delictum erat »⁽¹⁹⁾. Del resto, anche restando sul piano del mero significato delle espressioni, non è chi non colga — anche poco riflettendoci — che la formula 'lex facit delictum' non ha lo stesso valore del principio 'nullum crimen sine lege': non mi impegnerò in spiegazioni, confidando nella certezza che i miei lettori siano di quelli *quibus pauca*.

puniat, quia prior fuit lex peccato » (*Tractatus*, II, cap. 2, n. 5 *circa fin.*), « Ut igitur delictum vere delictum dici posset et puniri, necesse est quod lege prohibeatur » (*Tractatus*, II, cap. 5, n. 1 *princ.*); « lex enim delictum facit quod prius non erat, e contra licitum facit quod prius delictum erat » (*Tractatus*, II, cap. 2, n. 4, *post med.*).

⁽¹⁸⁾ Così comunemente — e giustamente — si ritiene. Vedere tuttavia le puntualizzazioni presenti in M. A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Edizioni di Comunità, Milano 1970, pp. 450-452.

⁽¹⁹⁾ T. DECIANI, *Tractatus*, II, cap. 2, n. 4, *post med.*, cit. Commentando questo passo F. SCHAFFSTEIN, *Die europäische Strafrechtswissenschaft...*, cit., p. 51, mostra maggiore prudenza che in altre occasioni. Gli sembra di grande interesse, ma non lo ritiene espressione cosciente di una tendenza politico-giuridica. In altre parole, non gli sembra il caso di spingere l'analisi fino a proporre — su questo punto — un paragone con i principi politico-legali del XIX secolo. A questa e ad altre posizioni di Schaffstein prossime a questa, rivolge pertinenti osservazioni I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine...*, cit., pp. 263 ss.

3. Delictum quid sit.

Una limpida, e ormai famosa, definizione di *delictum* ⁽²⁰⁾ ha anch'essa prodotto sorpresa ⁽²¹⁾ e ammirazione ⁽²²⁾. La sintesi che Deciani riesce ad esprimere è il risultato del sicuro possesso di un metodo: nessuna definizione, scrive, può essere più solida di quella che designa *per formam et materiam et causam efficientem*, così come fa questa ⁽²³⁾. Una volta conosciute le cause del delitto ⁽²⁴⁾, aveva premesso, è facile trarre da esse la sua definizione; del resto, tutti i giureconsulti dichiarano che bisogna partire da una definizione, anche se — trattandosi della definizione di *delictum* — « ab aliis factum non legi » ⁽²⁵⁾. Non l'ha fatto nessuno prima di lui e lui — rubo l'espressione a Franco Cordero — lo fa 'lavorando benissimo'.

Anche stavolta, però, non è bene caricare di soverchio significato (e di troppo futuro) il lavoro di un penalista di grande qualità che, mettendo a frutto l'insegnamento di Aristotele, filtrato dall'attenta frequentazione della giurisprudenza culta, ha messo insieme una *diffinitio* di grande finezza, per sintesi e integrità. Quasi niente vi manca, e niente vi è in più.

⁽²⁰⁾ « Delictum est factum hominis vel dictum aut scriptum, dolo vel culpa, a lege vigente sub poena prohibitum, quod nulla iusta causa excusari potest » (*Tractatus*, II, cap. 3, n. 2 *princ.*).

⁽²¹⁾ Sorprendentemente moderna, ha esclamato A. GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Giuffrè, Milano 1997, p. 106.

⁽²²⁾ F. SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, J. Springer, Berlin 1930, p. 35, vide nel *dictum* « dieses modernsten unter den italienischen Dogmatikern » l'embrione della teoria del fatto tipico (e della corrispondenza della condotta al tipo), dell'antigiuridicità e della colpevolezza: un calco, praticamente, della celebre concezione tripartita del reato propugnata agli inizi del secolo da E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, J. C. B. Mohr, P. Siebeck, Tübingen 1906 (anastatica Scientia, Aalen 1964).

⁽²³⁾ « [...] praesertim cum nulla possit esse solidior diffinitio, quam quae diffinit per formam et materiam et causam efficientem, prout est ista, ut notant omnes ... » (*Tractatus*, II, cap. 3, n. 5).

⁽²⁴⁾ Dice 'cause' nel senso aristotelico. Non sta precorrendo anche l'eziologia positivistica.

⁽²⁵⁾ « Iurisconsulti nostri servant fere in omnibus tractatibus et fere in omnibus titulis qui sint principium alicuius tractatus, a diffinitionibus sumptum fuisse exordium legimus. Sic ergo puto recte diffiniri posse delictum, quod tamen ab aliis factum non legi » *Tractatus*, II, cap. 3, n. 1, *princ. e in fi.*..

Deciani ha compendiato in una definizione alcuni elementi dottrinali diffusi che attengono al *delictum*; li trae dalle *Practicae* (e dallo *ius*), e si vale dell'abilità che gli veniva dalla familiarità col mondo culturale umanista e dalla conoscenza dell'*Organon*, della *Metafisica* o della *Nicomachea*. Ciò detto, quanta 'fertilità' è dato trovare in quella definizione? Voglio dire: discendono da essa principi normativi e fondamenti giuripoietici, o siamo in presenza dell'elegante ed ordinato assemblaggio di un'antologia di caratteri? Il proposito non era certamente quello di fondare la nozione del reato in generale, perché l'udinese non disponeva della categoria, né del disegno dogmatico complessivo in cui poterla produttivamente collocare; semmai, si può immaginare l'intenzione di riunire insieme — di seguito ad una *diffinitio* da cui partire per dipanare il discorso — una serie di *substantialia*, *naturalia* e *accidentalìa*, che altro non sono se non l'elenco, *iusto ordine declaratum*, di vari elementi *quae communia sunt omnibus delictorum speciebus* ⁽²⁶⁾; sono tutti elementi tratti da una dottrina che quando lui scrive è da tempo consolidata e *communis*, messi in sequenza e non in sistema. Non si tratta quindi di una autentica riflessione sul reato in generale, premessa teorica di qualche esito tecnico, quanto piuttosto di una dotta ricostruzione del complesso *significato* dell'espressione *delictum*. Una « buona premessa per la generale cognizione del *termine* » avrebbe detto Farinaccio commentando la novità, all'indomani della pubblicazione del *Tractatus* ⁽²⁷⁾,

C'è tuttavia un insegnamento per gli storici, nella definizione di Deciani. Quanto al *metodo*, essa è il risultato dell'adozione di un

⁽²⁶⁾ T. DECIANI, *Tractatus*, II, cap. 4, *proem.*

⁽²⁷⁾ « Et novissime per Tiberium Decianum, post huius primi libri primam impressionem habitum, in suis *Tract. crimin.* [...], ubi multa ad terminorum generalem cognitionem bene praemittit » (P. FARINACCIO, *Praxis et theorica criminalis*, par. I, to. I, ap. Georgium Variscum, Venetiis 1603 [1601 *al colophon*], *quae.* 12, n. 2). Farinaccio aveva pubblicato da Giovanni Varisco e Paganino Paganini, a Venezia nel 1589, il primo volume delle *Variae quaestiones et communes opiniones criminales*, contenente 35 *quaestiones*. Ovviamente, non poté tener conto del *Tractatus* di Deciani che non c'era ancora, ma quando ripubblicò le prime 26 di quelle *Quaestiones* col nuovo titolo di *Praxis et theorica criminalis*, parte I, tomo 1, pensò bene di aggiornare l'apparato, inserendo i necessari riferimenti alle opinioni di Tiberio Deciani, insieme a qualche commento.

punto di vista ordinante e dell'applicazione di un protocollo ispirato ad un aristotelismo consapevole (le quattro cause ⁽²⁸⁾; il procedere dal generale al particolare, l'inclinazione al classificare, il bisogno di definire preliminarmente gli oggetti da discutere); quanto al *merito*, o ai materiali usati per metterla insieme e poi circostanziarla, essa si vale di categorie, principi, formule ed elementi, che facevamo parte del patrimonio comune della criminalistica italiana, circolavano intensamente e stavano tutti nelle *Practicae*, nelle *Lecturae*, nello *ius*. E tuttavia Deciani ridispone questo sapere in modo nuovo, spostando il suo punto di osservazione ed orientando il suo approccio verso un'esigenza — se posso semplificare — di *teoria*. Lo fa in particolare nella prima parte di questo libro secondo del *Tractatus*, senza poi dare gran seguito a queste sue premesse e tornando, nel prosieguo del lavoro, ad un passo più tradizionale.

C'è da chiedersi: qual è allora il senso e quale la direzione culturale delle 'innovazioni' — perché di innovazioni si tratta ⁽²⁹⁾ —

⁽²⁸⁾ « Causae cuiusque rei et actus quatuor sunt, secundum Philosophum, quarum duae dicuntur essendi (ut ipsi vocant) ut materia et forma [...] Reliquae duae dicuntur esse fiendi, ut efficiens et finalis [...] Has igitur causas hoc ordine nominant et Philosophi et Iuristae, ut scilicet: 1. sit materialis, cum materia formam praecedat, 2. formalis, 3. efficiens, 4. finalis » (*Tractatus*, II, cap. 2, n. 3, *princ.*).

⁽²⁹⁾ In diverse occasioni Italo Mereu ha insistito nel documentare la dipendenza della dottrina penale cinquecentesca non solo dalla criminalistica che l'aveva preceduta, ma più generalmente dalla grande tradizione, prima patristica e poi scolastica, culminata in Tommaso d'Aquino (I. MEREU, *Culpa=colpevolezza...* cit., pp. 32 ss). Non è difficile consentire. Gli autori stessi ci confessano i loro debiti in quelle opere gremite, come sappiamo, di innumerevoli citazioni e rinvii che mille volte evocano Aristotele, i Padri, San Tommaso. Più difficile è consentire con l'ulteriore passo (I. MEREU, *Storia del diritto penale nel '500. Studi e ricerche*, I, Morano, Napoli 1964 pp. 73-155), nel quale la stessa dottrina cinquecentesca, già indicata come debitrice e caudataria viene lodata come anticipatrice, rispetto alle 'troppo enfatizzate innovazioni' settecentesche. I criminalisti del Cinquecento avrebbero dunque aggiunto poco di nuovo rispetto della tradizione patristica e scolastica, così come, da parte sua, il penale uscito dalle idee riformatrici del diciottesimo avrebbe detto poco di nuovo rispetto ai criminalisti del Cinquecento. Un vero corto circuito tra la patristica e l'illuminismo. Si tratta, temo, di esiti prodotti dal paradosso che vive incistato nel 'paradigma dell'antesignano'. Di ogni pensiero, a cercare bene, si può trovare l'antesignano, ma la risalita per li rami oltre un certo limite rischia di creare effetti bizzarri. C'è un sospetto di pasticcio storico in una vignetta che ci mostra San Tommaso in coppia con Deciani giocare con Sant'Agostino che ha per compagno Beccaria, sotto lo sguardo benevolo di Tertulliano e Voltaire.

proposte dal giurista udinese? C'è un filo — mi chiedo — che tiene insieme (a) il contributo di *ordine* che proviene dal *suo metodo*, alimentato da influenze culte e (b) le scelte di *merito* quelle esplicite e quelle sottaciute, nutrite nell'opera sua dalla creatività delle *Practicae* che gli fiorivano intorno? Un filo c'è, e va cercato nel robusto rapporto che quella dottrina penalistica ha stabilmente istaurato con le *logiche costituzionali* degli Stati cinquecenteschi e non solo in area italiana.

Le formazioni statali maturate tra Quattro e Cinquecento hanno individuato nella giustizia criminale un dispositivo primario per l'efficace esercizio (e per la conservazione) del loro potere. Hanno imposto progressivamente una normatività penale condizionata in primo luogo dal vincolo di soggezione che lega il *subditus* al *Princeps*, applicando ad ogni azione qualificata da 'dolo con danno' quello che ho altrove indicato come il paradigma dell'infrazione politica ⁽³⁰⁾. Quelle stesse formazioni statali hanno anche fatto

Ora, ferma restando la differenza che passa tra l'immanenza di una eredità culturale, che è cosa seria, e l'insidiosa *tendicula* dei precorrimenti e delle anticipazioni, si può ben dire che anche Tiberio Deciani scrive cose che, a cercare bene, si troverebbero sparse nell'opera di Ippolito Marsili, in quella di Giulio Claro o nella *Practica* del suo predecessore padovano Marco Antonio Bianchi. Ciò non toglie che la sua risistemazione, congiunta al metodo fertile delle definizioni preliminari ed all'ordine espositivo, nel 'quadro costituzionale' degli Stati dell'età moderna, abbia prodotto una oggettiva innovazione sul piano della riflessione dottrinale. Innovazione, bisogna aggiungere, poco avvertita, poco sfruttata, poco premiata, almeno dalla successiva penalistica di area italiana. Cercherò, più avanti, di ragionare sui perché.

⁽³⁰⁾ M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale, in Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Laterza, Roma-Bari 2002, pp. 178 ss. [t. I, pp. 18 ss.]. Scrivevo in quel saggio che l'estensione dello schema dell'infrazione politica ad ogni violazione penale di qualche rilievo, consegue allo spostamento della rilevanza penale di un'azione dal piano del *danno* a quello della *disobbedienza*. Il perno di questa concezione, dicevo, è nel vincolo sempre più stretto che ancora la giustizia alla legge, e nell'idea — che cresce nell'opinione generale, fino a farsi ideologia e senso comune — secondo la quale la violazione di un obbligo penale corrisponde ad una forma di pericolosa indisciplina. Indicavo i due profili che suggeriscono la presenza, in quello spostamento, della forma paradigmatica del reato politico: il primo, teorico e di fondo, sta nella assunzione di ogni trasgressione penale nello schema della 'offesa alla *Respublica*', secondo l'antico ragionamento che era servito ad Alberto da Gandino per legittimare l'azione d'ufficio del giudice « de quolibet maleficio »: il potere pubblico punisce perché non può consentire che lo si offenda, anche se il danno colpisce in concreto qualcun altro (sul punto, chi

crescere un sistema processuale proattivo, dotato di peculiare invasività e gestito dai loro giudici, col quale imporre una giustizia penale congeniale alla logica dei poteri nuovi. Una giustizia che, figlia dell'egemonia degli apparati statuali, si fa a sua volta egemone nei confronti di pratiche giudiziarie che venivano da lontano: giustizie consuetudinarie, comunitarie, negoziate. È così che la pena diviene il perno di ogni enunciato teorico, la retribuzione oblitera le tradizionali componenti distributive, la repressione si installa al centro del sistema e tende a bandire consuetudini di trattativa, pratiche di compensazione e rituali di ritorsione.

La costituzione 'assolutistica' degli Stati cinquecenteschi, per logica sua, porta con sé un riassetto dei processi di potere e delle direttrici di riferimento: il centro mette in ombra le periferie, l'alto sequestra le attribuzioni del basso, la soggezione verticale prende il posto del vincolo orizzontale, mentre il giudizio penale viene sottratto dagli apparati alle comunità ed alle loro logiche relazionali. Naturalmente, tutto questo non avviene in un giorno, né può dirsi limpidamente realizzato, senza ritorni, senza contraddizioni e senza residui, ovunque e *à jamais*. Si tratta tuttavia di una robusta e

volesse potrebbe riferirsi a M. SBRICCOLI, « *Vidi communiter observari* ». *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », 27 (1998), spc. pp. 259 ss. [t. I, pp. 102 ss.]. Ne esce consolidato, aggiungevo, il principio del *parere legibus et praeceptis superiorum*, che evolve da precetto morale in obbligo giuridico penalmente sanzionato, e prende piede progressivamente un *severo disfavore per l'infrazione*. La sola disobbedienza alla legge penale diventa così motivo di pena: cosa che appare del tutto ovvia ai nostri occhi, ma non era piccola novità, e fece grande fatica ad affermarsi, nel contesto di quelle società a lungo vissute in una diversa dimensione del normativo, e abituate ad un altro modo di fare giustizia. Il secondo profilo, aggiungevo, portato dalla storia, riposa sul fatto che tutti i reati comuni di qualche rilevanza vengono trattati in un processo penale che era stato pensato e costruito, *olim*, per la persecuzione dell'eterodossia religiosa e dell'opposizione politica radicale. Questo carattere originario ha avuto conseguenze enormi sulla configurazione dei sistemi penali dell'età moderna: non solo per quanto riguarda la giustizia praticata, ma anche per la fisionomia che venne impressa ai profili normativi del penale sostanziale. Quello era il processo pensato per il nemico. In termini di filiera giuridica, concludevo, vengono da lì gli enormi poteri inquisitivi del giudice e i precari diritti difensivi degli imputati, l'esercizio congiunto della funzione inquirente e di quella giudicante, la segretezza delle accuse e delle indagini, la possibilità di negare la difesa agli accusati (sui quali incombe peraltro l'obbligo di dire la verità), la possibilità di usare la tortura e di escludere l'appello.

riconoscibile tendenza, visibilmente egemonica, che conduce a crescente successo una giustizia criminale che non è possibile limitare alla mera sfera giurisdizionale, perché nella logica di quegli Stati la *iustitia criminalis* ingloba diritto e processo, dottrina e legislazione, significando il penale nella sua globalità.

Quale è il rapporto di Tiberio Deciani — il suo e quello dell'opera sua — con tutto questo? E per tornare alla domanda formulata più sopra: come si inseriscono nel progressivo assestamento della giustizia egemonica il nuovo ordine espositivo legato al suo metodo e le opzioni di politica penale che traspaiono dall'impianto del *Tractatus*?

Il metodo.

L'operazione di 'ammodernamento' — se si può usare questa espressione — che Deciani mette in atto col suo modo di affrontare l'esposizione delle categorie e dei principi del penale, va nella direzione dell'*autonomia* del *diritto* penale nel quadro della scienza giuridica cinquecentesca⁽³¹⁾. La critica della indifferenziata fungibilità dei *nomina*, l'accurata precisazione (anche se solo per via definitoria) di molte nozioni basilari, il proposito di ordinare l'intera materia secondo una *partizione*⁽³²⁾ che avrebbe agevolato l'affinamento dei concetti, costituiscono di per sé una sorta di piattaforma

⁽³¹⁾ Il punto è stato colto da I. BIROCCI, *Alla ricerca dell'ordine...* cit., p. 262.

⁽³²⁾ La previsione ragionata che Deciani fa in *Tractatus*, I, cap. 1, n. 4, è ben nota ed è stata molte volte evocata e discussa. La ritrascrivo, tuttavia, perché si colga l'*ordine mentale* che la ispira ed il potenziale di innovazione giuridica che quell'ordine lascia trasparire: « At cum viderem — scrive dunque Deciani — quaedam esse nomina appellativa omnibus delictis communia, tamquam sensus suis speciebus, quaedam propria singulis criminum formis attributa; hic locus perquam commodus mihi visus est, quo significationem earum duntaxat vocum explicare, quae communione quadam generalis significationis omnes delictorum species complectuntur, ut sunt istae, *Peccatum, Delictum, Flagitium, Scelus, Crimen et simil.* quod scilicet huic *primae parti tractatus* nostri apte cohaerere videantur, qua, ut praemissum est, tractaturi sumus tantum *principia, causas, fontes, naturam, accidentia, augmenta, diminutiones, effectus ac fines delictorum in genere omnium*: nam caeterarum vocum, quae singulas eorum species ac formas respiciunt, in *secundam* reiecimus huius tractationis *partem*, quae sicut *speciatim singula continebit crimina inter se divisa*, ita et singularia eorum nomina ac proprias eorum voces apertissime recipiet, prout et *tertia pars, quae proxim et forum duntaxat spectabit*, ea similiter reliqua *primo in limine* explicabit vocabula, quae respiciunt *accusatoris, rei,*

più elevata che meglio consente una elaborazione (oggi diremmo) *dogmatica del ius criminale*.

Non basta. La battaglia per l'egemonia del penale pubblico, proprio perché è una battaglia per la sua autonomia, passa per lo 'smascheramento', per così dire, dei conflitti che non hanno dimensione penale; essi non devono inquinare e confondere la giustizia punitiva, la quale appartiene alla politica e non alla dialettica degli interessi che intercorrono tra i privati, privi di implicazioni con rilevanti interessi pubblici, con l'ordine, la soggezione e la disciplina.

Deciani coglie l'importanza decisiva del *formato penale dei conflitti* che soli devono rilevare per la giustizia punitiva. Era questo uno dei punti decisivi genialmente individuati da Alberto da Gandino quando, penetrante e precoce, aveva enucleato il penale pubblico dal complesso indistinto della conflittualità cittadina affidata alla giustizia negoziata, alle transazioni e — in ultima istanza — ai rapporti di potere, che era come dire alla taglia dei contendenti⁽³³⁾. L'udinese, però, forte di una ben più alta consapevolezza, fa del formato penale del conflitto il punto di avvio di una teorica nuova (che fonda il ruolo della legge) e l'asse portante dell'autonomia del *ius criminale*.

« Formalem igitur causam delictorum esse dico legem ipsam, quae cum quid prohibet sub poena, delictum format, cum ante legem, et si esset forte actus illicitus, non tamen formam habebat delicti »⁽³⁴⁾ questo passo è stato letto — e fuorviato — dentro l'idea moderna del principio di legalità; io voglio presentarne un'altra faccia, e leggerlo dentro l'idea cinquecentesca della 'statalizzazione' del penale che passa per l'esaltazione della *potestas Reipublicae* (che crea o 'adotta' la *lex*, che a sua volta 'delictum format'), e per l'affermazione di una giustizia che non tratta e si realizza nell'inflizione della pena. Gli esempi che Deciani fa nel prosieguo di questo stesso passo ci guidano verso l'idea di una giustizia interamente risolta nella *lex*, per la quale neanche il parricidio, o la *vis publica*

iudicis vel ministromm personas, ac cetera omnia, quae ad constituendum et exercendum iudicium intercedunt ».

⁽³³⁾ Il punto è ampiamente sviluppato in M. SBRICCOLI, « *Vidi communiter observari* »... cit., pp. 259 ss. [t. I, pp. 102 ss.].

⁽³⁴⁾ T. DECIANI, *Tractatus*, II, cap. 2, n. 4 *princ.*

sarebbero punibili se ad essi non desse formato penale una legge (« dat tamen lex Pompeia [de parricidiis] formam, ut idem sit delictum et si frater fratrem, consobrinus consobrinum occidat [...] quod quidem non esset, nisi lex talem formam huic delicto traderet. Sic et vis publicae crimen tunc dicitur, quando servata est forma de qua in lege *De vi publica* ne scilicet influat in crimen vis privatae, quod separatam habet formam... » ⁽³⁵⁾).

Nell'esperienza giuridica cinquecentesca questo discorso non è ovvio e non è scontato. Non lo è perché il sistema delle fonti è assai composito, e non tutte le fonti sono riconducibili alle 'leggi' romane, oppure ad un Principe, ad un potere di governo o ad una pur generica volontà normativa politica. Consuetudini punitive e prassi comunitarie sono presenti e vitali, veicolate da giudici che se ne fanno paladini, e contendono spesso il terreno alla 'giustizia della legge'. Porre quindi la legge ad architrave del sistema penale ha un inequivocabile senso ⁽³⁶⁾. Ma, aggiungo, Tiberio Deciani non sta proclamando un improbabile principio di legalità, per una inverosimile esigenza di garanzia ⁽³⁷⁾; egli esalta il potere normativo pubblico, espresso direttamente dal *Princeps* o affidato alle fonti romane, per affermare la preminenza della *potestas Reipublicae* nell'operare la giustizia. Se il formato penale del danno inflitto è dato dalla legge (scritta), allora la giustizia sarà pubblica ed egemonizzata dal potere statale, idea che nel Cinquecento conserva ancora una valenza 'offensiva', perché vuol dire contendere il terreno alla

⁽³⁵⁾ T. DECIANI, *Tractatus*, II, cap. 2, n. 4 *circa fin.*

⁽³⁶⁾ Trovo significativo che, a proposito della pena dei *raptores mulierum*, Deciani evochi la *Constitutio Carolina* proprio sul terreno del conflitto tra la nuova legge e le antiche regole delle popolazioni dell'Impero: « Carolus V. Imperator — scrive nel *Tractatus*, VIII, cap. 12, n. 3 — Constitutionem in Germania superioribus annis promulgavit, per quam in raptores mulierum renovavit poenas iuris civilis [...] ubi Globerus refert leges aliquas Germanorum et Gallorum quae indicunt raptoribus poenas tantum pecuniarias ».

⁽³⁷⁾ Sottolineo il fatto che principio di legalità e moderna garanzia sono storicamente inseparabili. Il principio di legalità altro non è che l'originaria e massima forma di garanzia del penale liberale, dalla quale discendono quasi tutte le altre (prime tra tutte il divieto di analogia e la irretroattività delle norme, che di quel principio sono conseguenti espressioni). Fuori dell'ordine di idee della moderna garanzia la (moderna) legalità non ha senso. C'è quindi da dubitare che si possa parlare di principio di legalità là dove tutti concordiamo che non avrebbe senso parlare di garanzie dei cittadini.

giustizia contrattata, fondata sul *formato privatistico dell'illecito*, gestita dai soggetti coinvolti, fatta di risarcimenti di fatto e di tendenziale disconoscimento della funzione punitiva del potere politico.

Muovendo in questa direzione, il *Tractatus* di Tiberio Deciani affianca la letteratura delle *Practicae* e svolge, dentro un progetto comunicativo diverso e con una tecnica che per il campo penale era nuova, *la loro stessa funzione* di edificazione di un ordine penale che si metta in sincronia con l'ascesa dei poteri statali assoluti. Dentro questo progetto, e proprio perché il penale appare ben presto come dispositivo privilegiato della *potestas absoluta*, cresce la necessità della sua autonomia scientifica: e autonomia significa innanzitutto *propria principia*.

Ecco allora che Deciani imbecca la via della 'distillazione' dei principi penalistici dallo straordinario patrimonio di pensiero che giace nelle fonti romane e ribolle nelle *Practicae*. Si tratta di cavare oro da un'inesauribile miniera, rilavorandolo e mettendolo a frutto. Dalle questioni 'quotidiane' poste (e risolte escogitando diritto) da un Marsili o da un Bossi, ma anche dagli abbozzi definitori avviati da Bianchi o da Claro, prendono forma principi penalistici generali, talora provvisti di una qualche fertile astrattezza, che sostengono gli istituti normativi che li mettono in atto e nutrono le categorie 'dogmatiche' che li compendiano. Vengono direttamente dalle pratiche le gerarchie di valori, gli interessi che si bilanciano, i principi moderatori che razionalizzano la triade 'divieto giudizio repressione', ed infine i passaggi interpretativi che servono all'efficace applicazione della *regula* e ne assicurano l'effetto di equità.

In questo lavoro di 'produzione di diritto per mezzo di diritto', Deciani non trascura nessuno: chiama a sostegno la patristica e la scolastica, si vale della teologia morale, attinge alle *Practicae* ed alle *Lecturae*, ma anche agli autori di Decisioni o Allegazioni, giovandosi dei classici come degli epigoni. Spesso, in stretta connessione con le soluzioni che i penalisti delle pratiche fanno seguire ai loro stessi interrogativi (« an sit, an dicatur, qualiter committatur, quid importet, quae sit differentia, quomodo probetur, qualiter puniatur », e cento altre), affiora nel *Tractatus* una risposta più alta che prende forma, di regola, a partire da un « Quid sit », o da un riassetto

sistematico, produttore di un più fertile ordine. Ne nascono tentativi di definizione e passaggi argomentati dal generale al particolare, che già da soli pongono le basi di uno sviluppo possibile della scienza: una scienza *enucleata con metodo* dalla complessità delle situazioni casistiche, ma anche *accodata*, perché no, alle sottili soluzioni escogitate da giuristi talora di ingente talento ⁽³⁸⁾.

⁽³⁸⁾ Tra questi, Ippolito Marsili, che Deciani richiama ampiamente, in diversi luoghi del suo *Tractatus* (più il Marsili delle *Lecturae* che quello dell'*Averolda*, mi pare). Marsili andrebbe 'riscoperto', letto e studiato, non foss'altro perché incarna l'asse di snodo, per così dire, tra la fase dei *Tractatus* (quella che inizia con Alberto da Gandino ed arriva fino ad Angelo da Arezzo, e che fa ancora i conti con il penale negoziato, incrostato nelle prassi e incistato nell'accusatorio) e la fase del penale ormai egemonizzato dalle formazioni statali, rappresentato dalle *Practicae* cinquecentesche.

Ippolito ha fatto il giudice e negli scritti se lo ricorda, fa il professore e non si nasconde. È uno dei rarissimi (forse il solo) che stampa nelle *Lecturae* i discorsi che fa agli studenti (invettive contro la giustizia e i giudici dei suoi tempi, moniti a lesinare le condanne a morte, inviti ad usare pene leggere, e a perdonare quando si può). Parla chiaro e dice molto. In una direzione tutta diversa, però, da quella che gli è stata attribuita da chi, ingrossando il giudizio (« vale poco quanto a testa »), lo ha inchiodato all'invenzione della veglia (salvo aggiungere *passim*: « insolitamente acuto... », « argomento forte... », « lavora benissimo... », « rilievi insolitamente fini... »: F. CORDERO, *Criminalia...*, cit., pp. 293-294).

La veglia: vorremmo sapere, ormai, che le soglie storiche della crudeltà e dell'afflizione, o quelle della mitezza, sono difficili da sentenziare. Il senso di umanità ha conosciuto nella storia — e viene ancora conoscendo — cifre diverse, che siamo tenuti a cogliere. A Ippolito, per questo castigato con pronto sarcasmo, era parso che tenere sveglio il suo *patiens* fosse cosa meno crudele (e più efficace) della macelleria della ruota: noi sappiamo oggi che non è detto che sia così, e subito « al labbro, amara, ci sale l'ironia », come per la ghigliottina invece della forca, o l'ergastolo al posto del boia: aggiungo però che, di regola, ci moderiamo un poco, perché facciamo gli storici e non i littori, perché ci piace di più capire che tagliare corto, ed altri tritumi del genere. Il guaio è che tranciare rende in prosa molto più che discernere. In più, tranciando si corre solo il piccolo rischio di una ricostruzione grossolana, mentre star lì a storicizzare, precisare e dare atto, può far succedere ben di peggio: per esempio, che un articolato giudizio storico su quello che facevano allora, venga inteso come implicita condiscendenza verso chi lo rifacesse oggi. Marsili è stato integralmente uomo del tempo suo, ma può accadere che questo, oggi, poco gli giovi. Peraltro, io credo che quando gli storici giudicano e mandano secondo che dice il politicamente corretto dei giorni loro, quel giudizio possa essere considerato 'nul et non avenu', per difetto di giurisdizione e per inosservanza dell'inviolabile principio di legalità della ricerca storica, che recita: « nessuno può essere storicamente dannato se non in forza di regole, convinzioni generali, sensibilità collettive e conquiste di civiltà che si siano affermate prima che lui pensasse

Qualche altra volta, Deciani non vola. Resta al livello del consolidato pratico, per così dire, limitandosi a registrare non solo il merito, ma l'impianto stesso delle diverse soluzioni stratificate nel tempo ⁽³⁹⁾: la loro razionalizzazione e la loro messa al passo con il complesso di un diritto penale concettualmente rinnovato verrà più tardi, dopo di lui, ad opera di altri, principalmente fuori d'Italia.

Estimatore della giurisprudenza praticata (che ha difeso con intelligenza e passione nella famosa *Apologia*), egli partecipa di una realtà culturale complessiva in cui l'assunto che sia la teoria ad orientare la pratica non aveva grande corso. Tanto meno nel campo dell'esperienza giuridica, dove era inconcepibile l'idea di una superiorità intrinseca dell'elucubrazione rispetto all'esercizio. Quello che

dicesse facesse le cose per cui lo si vorrebbe dannare ». Devo convenire tuttavia che sono ormai rarissimi gli storici che incappano in questa grave trasgressione, e quei pochissimi, per quel che capisco, lo fanno senza volere.

⁽³⁹⁾ È il caso, se non vedo male, della trattazione *De crimine laesae maiestatis*. Lo schema è quello usuale, le partizioni sono scolastiche, le fattispecie particolari che formano l'immenso arcipelago del crimenlese sono quelle canoniche. Ma lo stile del discorso è di qualità, la prosa è distesa e convincente (appesantita, questo sì, da una insistita erudizione classica), l'ordine del ragionamento è molto ben governato. Tanto per farmi capire, trovo il libro VII del *Tractatus* di Deciani molto più ricco e argomentato di quanto non sia l'opera di Girolamo Giganti (che è il testo base di riferimento per questa dottrina), e molto più denso e colto di quanto non sia il corrispondente titolo di Prospero Farinaccio, che si presenta più schematico e quasi freddo (e tuttavia a me piace proprio per questo).

Dall'altro canto, il crimine di lesa maestà, si sa, è crimine enorme ed atroce, costellato di *specialia*, soggetto alle clausole processuali più sfavorevoli al reo, ma prima di tutto è *crimen exceptuatum*: solo accedendo a questa prospettiva — e cioè considerando il libro VII del *Tractatus* alla stregua di un'isolata *enclave* giuridica da non mettere in comunicazione con tutto il resto — possiamo evitare di cogliere drammatiche contraddizioni tra le premesse dei primi due libri e le dottrine di questo settimo. Deciani, è vero, attenua più che può, avanza dubbi, propone eccezioni, si ingegna nella riduzione del danno: ma restano la punizione degli innocenti (i figli del reo), la sproporzione della penalità (la morte, anche per un'ingiuria verbale), la punizione della *sola cogitatio* e della *mera voluntas*, la latitudine dell'accusa (« omnes admittuntur ad accusandum, atque adeo infames »), la precarietà delle difese, la mancanza di appello, l'imprescrittibilità che non si ferma neanche davanti alla morte (si processano cadaveri, si dannano memorie). Era del resto difficile aspettarsi che, nella sua dedizione allo Stato, il nostro escogitasse dottrine poco ortodosse proprio in fatto di ordine pubblico, sedizioni, rivolte e tradimenti. Diciamo — col gergo della ginnastica artistica — che Deciani eccelle nel corpo libero ma delude negli obbligatori.

per noi, passati attraverso illuminismi e idealismi, è da tempo un luogo comune ormai logoro, sarebbe apparso in quella esperienza culturale un singolare rovesciamento. Deciani, se mi si perdona l'espressione spicciativa, prende il diritto lì dove stava: nelle *Practicae* e nelle *Lecturae* e nei *Tractatus criminales* (che poco tra loro si distinguono), e testimonia anche lui, che pure coltiva più di ogni altro il lato 'teorico' della creazione del diritto, del fatto che è la *praxis* a nutrire la *theorica*, e non il contrario.

Va ricordato, però, che man mano che le soluzioni dettate per attrezzare gli avvocati ed orientare i giudici vengono selezionate, 'sistematizzate', ordinate in modo produttivo e trasformate in definizioni e distinzioni, imboccando la via dell'astrattezza e della generalità, la pratica — già matrice di tutto questo — perde simmetricamente di ruolo e diventa prima marginale e poi subalterna. Forse lo stesso Prospero Farinaccio percepisce qualcosa nel vento che inizia debolmente a spirare, quando cambia titolo alle sue *Variae quaestiones et communes opiniones criminales*, chiamandole *Praxis et Theorica criminalis*, anche se poi la 'teoria' gli resta quasi tutta nel titolo.

Le opzioni di politica penale.

Nel *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani si possono trovare il primato della legge (nozione che va letta in senso largo), l'aspirazione all'autonomia del penale, un'esigenza diffusa di certezza, la delimitazione rigorosa della funzione del giudice, l'inesorabilità della risposta punitiva, la valorizzazione della pena come *signum potestatis*. Il suo fondamentale punto di appoggio sta nella indiscussa supremazia del potere pubblico, di chi può dettare la legge, della *voluntas principis*, della *potestas reipublicae*: una *potestas* che egli pone a fondamento dell'edificio teorico in cui vengono disciplinati insieme la nozione del delitto ed il suo trattamento. L'enorme spazio, sia detto per inciso, che nel *Tractatus* viene riservato alla persecuzione dell'eresia ed al crimine di lesa maestà sono ulteriore indizio, se non prova definitiva, dell'orientamento politico di tutta l'opera, che fa dell'affermazione del potere dello Stato (e quindi della sua difesa diretta e indiretta) l'architettura della teoria e la bussola della pratica.

Senza quell'architettura la punizione del delitto resterebbe sul piano della risposta morale (che corrisponde al primo livello semantico dell'espressione romana *ne crimina remaneant impunita*) e non

assumerebbe la duplice valenza politica di fondamento dell'esistenza stessa di un apparato di governo (che ha il compito di mantenere *la pax inter cives*), e di *instrumentum regni*: onde è possibile dire che tanto più la *respublica*: si legittima e rafforza se stessa, quanto più svolge *questo* suo compito primario di perseguire e punire il delitto (dopo avergli dato *per legem* la sua esistenza giuridica). È in questo senso che, dovendo fondare politicamente il suo assunto, Deciani sceglie, tra le diverse formule tramandate dalla tradizione romana e ribadite dall'*interpretatio* dei giuristi, l'espressione *interest reipublicae ne crimina remaneant impunita* ⁽⁴⁰⁾.

Sul fronte opposto stanno le prassi stipulative delle comunità, il penale transattivo e le consuetudini penali e processuali: tra queste, non lievi per effetto, quelle che consentono di aggirare il processo con patti o paci, e quelle che assegnano alle autorità politiche l'esecuzione penale *post sententiam* ⁽⁴¹⁾; ma, prima tra tutte le altre, quella che lascia al giudice un *arbitrium* sostitutivo dell'*ordo*, esercitando il quale egli può valorizzare la *lex* o vanificarla, darle seguito o girarle intorno. E non si tratta di questioni teoriche o di eventualità in astratto.

Insisto nel dire che il penale egemonico che si afferma valendosi della spinta degli Stati che montano, si trova a fare i suoi conti *sul terreno* con un penale che chiamo genericamente negoziato e che si appoggia su un largo consenso delle comunità e sull'azione dei moltissimi giudici. Il suo predominio, quindi, non è affatto scontato e resta a lungo incompleto; l'egemonico conquista il centro, ma non

⁽⁴⁰⁾ Nel contesto in cui è posta, la abituale rivendicazione dell'*officium reipublicae* nella punizione dei delitti perde molta della sua ritualità. Deciani la pone in capo all'elenco dei *naturalia delicti*, assegnandole un ruolo di piedistallo sul quale tutti gli altri devono poggiare, a pena di inefficacia o di inesistenza. « Naturam autem delictorum — scrive — appello qualitatem illam, quae statim in esse producto delicto ipsum delictum concomittatur, ut quod reipublicae interest delicta puniri, natura enim dicitur quae aliquid nasci facit, sicut delictum statim quod in esse productum est, id efficit ut puniendum sit » (*Tractatus*, II, cap. 3, n. 2 *princ.*).

⁽⁴¹⁾ Questa diffusa consuetudine si prestava a far rientrare nell'opera della giustizia quel che il processo riusciva talora a tenere fuori: riavvalorava la pratica della trattativa e riconsegnava tutto il suo peso alla taglia sociale del condannato. Il compito di far eseguire la pena poteva trasformarsi in occasione per ridurre, commutare, *et même pire*.

interamente la periferia, si impadronisce dell'alto criminale ma resta ai margini del basso; la sua crescita è lenta e costante, ma rimangono fuori dalla sua conquista talune pratiche di giustizia che non si fanno inglobare nei *publica iudicia* controllati in esclusiva dagli apparati ufficiali.

È vero, infatti, come aveva 'rivelato' Alberto da Gandino fin dalla fine del Duecento, che i giudizi erano diventati di fatto tutti pubblici (42), ma il disordine restava grande, ricordava Claro, e « tra quel che si fa in Francia o quel che avviene a Napoli » è difficile orientarsi, per cui « in hac confusione tutius est adhaerere statuto vel consuetudini, quae viget in eo loco in quo delictum est commissum, et secundum illam declarare quae dicantur privata et quae publica delicta » (43). Accanto a questa vigenza di consuetudini, così valorizzate anche da un giurista come Giulio Claro, continuavano a fiorire pratiche che certo non facilitavano la piena affermazione di una giustizia moderna. Lo stesso Claro, ragionando di *remissio* e di *pax*, di *compositio* e *transactio*, si affatica intorno al dettato 'ostile' della legge *Transigere* (44); ammette che la dottrina vi almanacca e disputa intorno inutilmente, e finisce con la constatazione — che a noi suona sconsolata — del fatto che « hodie ex generali consuetudine Italiae licitum est facere pacem pro quocumque crimine, et sic

(42) Nel capitolo IV e V del quinto libro del suo *Tractatus*, intitolati « Publica iudicia quae et quot » e « De effectibus publicorum iudiciorum », Deciani descrive assai distesamente i caratteri, i confini, il valore dei *publica iudicia* e passa in rassegna alcune differenze che corrono tra crimini privati e pubblici, tra giudizi pubblici e giudizi privati. La base di riferimento di tutto il discorso è strettamente romanistica. Cosa consueta, perché sappiamo che in Deciani non è raro il ricorso al modello romano, anche quando si tratta di costruire schemi per il penale del suo tempo. Ebbene, dopo aver elencato venti questioni distintive e diciotto caratteristiche dei *publica iudicia*, sottolineando ogni volta la loro diversità dai *privata*, chiude il discorso dicendo in tutta semplicità che « Hodie tamen per statuta et consuetudines civitatum adeo immutata sunt omnia circa publica et privata delicta, et nullum inter ea videatur relictum discrimen » (*Tractatus*, V, cap. 4, n. 21) e che « Ista tamen suprascriptae differentiae videntur recessisse ab usu » (*Tractatus*, V, cap. 5, n. 1 *in fi.*).

(43) G. CLARO, *Sententiarum receptarum Liber quintus, item Practica criminalis*, Iohannis Gryphius, Venetiis 1568, § *Primus*, versic. *Haec tamen omnia*.

(44) C.2.4.18: « Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est. In aliis autem publicis criminibus, quae sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem ».

fere omnia praedicta (si riferisce alle teorie dei giuristi) raro vel numquam tractantur in practica » (45).

Claro, però, aveva messo le mani avanti. Nell'ingresso della stessa *Quaestio* 58, ponendo l'antica questione se possa il processo proseguire (oppure cominciare) una volta che l'offensore abbia avuto la *pax* dall'offeso, s'era affrettato a ricordare che « de consuetudine [...] iudices pro quocunque crimine procedunt per inquisitionem, idest ex officio ». La remissione della vittima — era il suo commento — poco giova quanto ad impedire il processo; semmai, e lì stava un problema vero, « bene posset prodesse quo ad debilitandum re ipsa processum, nam, ubi pars remittit, videmus ut plurimum quod cum maxima difficultate possunt haberi per fiscum indicia vel probationes contra delinquentes » (46).

Anche Deciani, dà costantemente atto della 'supervacuitas' delle ordinarie formulazioni *ex iure*, oltrepassate dalla pratica che ha cancellato le differenze tra gli *iudicia* (ormai son tutti *publica*) e quelle tra *ordo* ed *extra ordinem* (« qualia sunt hodie omnia iudicia » (47)). Insiste, tuttavia, nel delineare un sistema denso di tratti romanistici, che fa resistenza su alcuni punti sensibili delle pratiche in corso nelle curie, lavorando intorno alla figura del giudice (48), privilegiando la pena ordinaria (che è tutt'uno con la *lex*) e cercando costantemente un ancoraggio ai *dictamina* ed ai moduli romani (le *leges scriptae*, che lui predilige). Si può forse leggere, in questo orientamento, l'intenzione di attenuare l'indeterminatezza del sistema, o il tentativo — certo improbabile — di circoscrivere proprio quelle prassi localizzate e diffuse che avrebbero condannato il penale di area italiana ad un sicuro declino, vietandogli il conseguimento di una vigorosa autonomia.

Il bersaglio che è possibile intravedere sullo sfondo è proprio l'*arbitrium iudicis*, che è spesso la breccia attraverso la quale passa l'elusione dello *iussum legis*, e che minaccia di prevaricare sull'*ordo*

(45) G. CLARO, *Practica criminalis*, § *Finalis*, quae. 58, *ante med.*, versic. *Secunda regula*.

(46) G. CLARO, *Practica criminalis*, § *Finalis*, quae. 58, *princ.*, versic. *Sequens*.

(47) T. DECIANI, *Tractatus*, V, cap. 2, n. 7 *in fi.*

(48) Si veda, per esempio, il cap. 41 del libro VIII del *Tractatus* (« De variis et extraordinariis criminibus magistratum »), intessuto di materiali romanistici, ma perfettamente rivolto alla corrente casistica dei tempi suoi.

criminalis recte constitutus, contaminandolo con le indulgenze (e con gli abusi) del penale negoziato. Nel sistema delineato da Deciani l'*arbitrium* resta confinato negli interstizi, aleggia come un implicito non necessario e non detto. Né si può dire che egli fosse solo nell'esercitare questo prudente 'confinamento' dell'*arbitrium* dei giudici.

In un certo senso, tutta la letteratura delle *Practicae* che precede il suo *Tractatus* ha per fine primario quello di arginare l'esercizio dell'*arbitrium* del giudice, prescrivendo ciò che egli deve/può fare, punto per punto, caso per caso, profilo per profilo, e avendo sempre cura di *reducere ad ius commune* ⁽⁴⁹⁾ la sua *interpretatio* e le sue decisioni. È questo, probabilmente, il principale punto di attrito tra il punto di vista della dottrina e gli usi concreti della pratica, tra quel che insegnavano i giuristi e quel che facevano materialmente molti giudici. Ne do qui sotto un conosciuto ⁽⁵⁰⁾ *exemplum* molto eloquente, nel quale spiccano la difesa della scienza contrapposta alle prevaricazioni di certi giudici e l'invocazione della legge, della giustizia e dell'ordine contro l'ignoranza arrogante, la crudele immoralità e l'avidità di quelli che praticano uno sfrenato arbitrio.

« Vehementi dolore praemor cruciorque » — confessa ai suoi studenti Ippolito Marsili chiudendo la *Repetitio de fideiussoribus* ⁽⁵¹⁾

⁽⁴⁹⁾ « Iudex, licet habeat arbitrium, debet tamen servare ius commune, nam arbitrium quod conceditur officialibus super maleficiis debet reduci et restringi ad ius commune, nisi quo ad modum procedendi et circa aliqua levia », scrive G. CLARO, *Practica criminalis*, § *Finalis*, quae. 31, *post princ.*, versic. *Arbitrio atque balia*. Quel che questi giuristi temevano era che i giudici oltrepassassero i limiti dell'*arbitrium* in quanto potere connesso al sistema di diritto comune, che promana da esso con impresse le sue regole, per farne un pretesto di allontanamento dai principi e di violazione dei confini del sistema: rinvio a M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Giuffrè, Milano 1998, pp. 43 ss., 53, 195 ss.

⁽⁵⁰⁾ Questo passo è stato posto in *explicit* da Marco Cavina nello studio dedicato a Carlo Ruini, intitolato *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna. Carolus Ruinus (1456-1530), eminentis scientiae doctor*, Giuffrè, Milano 1988, pp. 230-231. Traggo da lui, p. 230 (che la trova nell'edizione lionese 1538 della *Repetitio de fideiussoribus*) la data del 7 febbraio 1520 (vedi nota seguente), perché nella versione raccolta nell'*Index marsiliano* del 1551, *qui est mihi*, quella data non c'è.

⁽⁵¹⁾ I. MARSILI, *Rangona. Repetitio rubricae ff de fideiussoribus*, in *Index Hippolyti De Marsiliis Bononiensis. Repertorium [...] Tractatum, Repetitionum, Lecturarumque...*, Dionysius Harsaeus, Lugduni 1551, n. 450, *circa med.* Ippolito conclude la sua *Repetitio* (« in hoc almo patriae meae Bononiae studio ») il 7 febbraio 1520.

— perché l'opera mia e quella di altri come me vede la luce in questo tempo, nel quale « *omnis est sublata et nulla regnat nec viget iustitia* »; non dappertutto, aggiunge, ma solo in certe parti d'Italia. Non c'è posto, prosegue, per le leggi, per il diritto, per i giuristi, perché « *solum viget pro ratione voluntas, libitum profecto ac caeca voluntas subrogata est in locum iuris et rationis* ». Il male sta nei giudici: « *Multi sunt iudicantes, seu tenentes locum iuris dicentium, quibus nimium licet libitum* »; e Ippolito sembra proprio dirigersi contro l'*arbitrium* abusivo quando aggiunge che « *apud eos quod placet licet: et cum iura eis allegantur et ostenduntur obaudiunt, et de directo solum ex cervice sua sententias contra ius, iustitiam, aequitatem et bonos mores audacter proferunt* ». Ignoranti ed insolenti, non sembrano temere nulla, e non si limitano a funestare le cause civili, « *sed etiam in criminalibus, et in illis quibus tractatur de vita hominum et de praeiudicio irreparabili* »; i loro eccessi passano ogni segno: « *nam homines morti tradunt indebite et iniuste, nulla lege civili vel municipali nulloque iuris ordine servato, sed velo levato, prout eorum cerebro ac caeca voluntati videtur et placet* »; li mettono a morte di notte, e il loro sangue « *petit iustitiam et vindictam a superioribus contra tales iniquos, iniustos et scelestissimos iudices, et contra eorum superiores eos tolerantibus* ». E se qualcuno, finito sotto di loro, riesce a salvarsi la vita, tuttavia non si salva la borsa, perché quelli lo scorticano, lo salassano, gli cavano i visceri. « *Et hoc — conclude solennemente Ippolito — vero verius est: quare cum ulterius non sit loco legibus, iuribus, statutis nec iustitiae, quiescite iuris latores, patres et fratres et filii: quiescite iterum a continuo studio* ». Non mette conto di sudare sul diritto e sulle leggi, se le cose stanno così: i genitori richiamino i figli che sono agli studi⁽⁵²⁾, gli stampatori smettano di produrre libri, e dal momento che « *sic placet superioribus, pereat doctrina, banniat in totum scientia canonica et civilis, odio prosequantur mores et bene vivendi normae* ».

È evidente che dietro giudici così esecrati c'è un sistema (Ippo-

(52) Aggiungerà più avanti (*Rangona*, n. 451, *post med.*), con una seconda lunga invettiva, che quello delle leggi è un mestiere che conduce alla povertà e all'inedia. Non osa dire degli avvocati, e si limita ai professori (« *Doctores autem et iurium professores fame pereunt* »). Lagnanza esagerata, che possiamo evitare di prendere sul serio.

lito dice più volte i ‘superiores’) che consente loro di fare giustizia in quel modo intollerabile, seppure inferrignito dal tono esclamativo dell’invettiva⁽⁵³⁾. Noi sappiamo che la chiave sta nell’uso aberrante di un arbitrio sregolato, e cogliamo i termini (e il senso) della contrapposizione: da una parte la legge, il diritto, l’opera dei giuristi, dall’altra l’arbitrio e l’ingiustizia.

Premesse non da poco. Da un punto di vista teorico, se non nella realtà dei fatti, avrebbero potuto essere messe in discussione, per questa via, proprio le prassi processuali *ex officio* (dico in quanto gestite *ad arbitrium* dai giudici) che, da Gandino a Claro, quasi tutti i giuristi — con rassegnato realismo — dichiaravano ormai invalse e dominanti, ma che nessuno in area italiana si era mai impegnato a criticare veramente⁽⁵⁴⁾. Neanche Deciani sembra esprimere critiche, fossero pure velate o indirette, alle pratiche processuali dominanti nel suo tempo. Egli disegna nel *Tractatus* un classico ‘processo dell’accusa’ alla romana, al quale non affianca — com’era nell’uso — un’altrettale illustrazione del processo pubblico *per inquisitionem*. Ettore Dezza⁽⁵⁵⁾ vi ha visto una inclinazione di ispirazione umanistica che affiancherebbe Tiberio Deciani ai fautori dell’ideale accu-

⁽⁵³⁾ C’è ancora dell’altro, per i giudici, nel seguito di questo lungo epilogo: « Multi hercle iudices hac aetate reperiuntur, qui non solum iniustitiam assidue administrant, sed tali perpetrato scelere gaudent laetanturque, et coram populo gloriantur, et magis sitiunt humanum sanguinem quam vinum malvaticum: qui merito carnifices appellandi sunt. Et profecto ubi talia vigent minime ibi habitandum est » (I. MARSILI, *Rangona*, n. 450, *in fi.*).

⁽⁵⁴⁾ Lo avevano fatto, in Francia, Jean Constantin, Charles Du Moulin e Pierre Ayrault, più o meno negli stessi anni in cui scriveva Deciani criticando il processo nato con l’*Ordonnance* di Francesco I (opera del cancelliere Poyet), dettata a Villers-Cotterêts nel 1539, che rappresentava una sorta di consolidazione degli orientamenti dottrinali emersi intorno alla pratica del processo pubblico mosso *ex officio* e governato dal giudice. In particolare, Pierre Ayrault tiene fermo come modello l’accusatorio romano e critica l’elefantiasi della fase istruttoria a fronte di quella del giudizio; difende la pubblicità del giudizio contro le procedure segrete, lamenta l’uso della scrittura e l’abolizione di ogni oralità, addita i pericoli dell’eccessivo potere del giudice, lamenta con vigore l’estremo indebolimento della posizione degli accusati, non più liberi di difendersi come dovrebbero e stigmatizza « les jugements arbitraires » (P. AYRAULT, *L’ordre, formalité et instruction judiciaire, dont les anciens grecs et romains ont usé ès accusations publiques (sinon qu’ils ayent commencé à l’execution), conferé au stil et usage de nostre France* (1576), 3^a ed., Laurens Sonnius, Paris 1604).

⁽⁵⁵⁾ E. DEZZA, *Accusa e inquisizione...*, cit., pp. 104-106.

satorio ⁽⁵⁶⁾. Resta tuttavia una 'contraddizione', che tiene aperta la questione se l'assenza di un *Liber de inquisitione* dopo quello *De accusatione* sia l'effetto di una scelta o vada messo in conto all'incompiutezza del *Tractatus* ⁽⁵⁷⁾: è la contraddizione che leggiamo nel fatto che il processo straordinario (« contra regulas iuris communis », dice Deciani) ⁽⁵⁸⁾ avviato *ex officio* (o magari anche *accusatione*) e proseguito *per inquisitionem iudicis* non sembra relegato da Deciani al solo ambito canonistico ed alla repressione dell'eresia (cosa che comunque basterebbe da sola ad aprire un problema), ma è ordinariamente previsto per i molti reati che compongono la galassia del crimenlese ⁽⁵⁹⁾ e si affaccia visibilmente anche altrove (per es. a proposito di veneficio ⁽⁶⁰⁾).

Vi è infine un ultimo punto 'programmatico' forte che si affianca alla invocazione della *lex*, alla diffidenza nei confronti dell'*arbitrium* ed al disagio per un processo tanto dispoticamente signoreggiato dal giudice: è la perorazione per la *proporzionalità delle pene*, che inserisce un elemento di straordinaria fertilità dentro l'idea strategica di un penale che, facendosi autonomo, àncori la giustizia alla supremazia dei poteri pubblici.

« Quod poena sit commensuranda delicto » ⁽⁶¹⁾ prescrive Deciani tra gli altri principi che, appartenendo ai *naturalia delicti*, lo accompagnano quasi per necessità dal momento stesso in cui esso si produce. E non si tratta soltanto di una esigenza di equità punitiva, di ragionevolezza o genericamente di giustizia. La pena deve colpire l'autore del delitto e non altri ⁽⁶²⁾, e lo deve fare nella logica della adeguatezza.

Riaffiora, in qualche modo, una implicita insofferenza per l'*ar-*

⁽⁵⁶⁾ Devo ammettere che anche nell'intervento che Ettore Dezza ha svolto durante il Convegno udinese dell'aprile 2002 questa ipotesi è stata argomentata in modo persuasivo.

⁽⁵⁷⁾ Per la *scelta* depone *Tractatus*, I, cap. 1, n. 4 *in fi.*

⁽⁵⁸⁾ T. DECIANI, *Tractatus*, IX, cap. 24, n. 16.

⁽⁵⁹⁾ T. DECIANI, *Tractatus*, VII, capp. 42, 43 e *passim*.

⁽⁶⁰⁾ T. DECIANI, *Tractatus*, IX, cap. 24, n. 11, n. 16.

⁽⁶¹⁾ T. DECIANI, *Tractatus*, II, cap. 4, n. 2 *ante med.*

⁽⁶²⁾ Principio poco seguito nelle prassi e, bisogna dire, nella dottrina. Lo stesso Deciani lo proclama qui per poi dimenticarselo in seguito più di una volta.

bitrium, perché le pene arbitrarie non sono compatibili con l'idea della proporzionalità: le arbitrarie si rapportano solo in parte alla quantità e qualità del delitto; esse vengono misurate piuttosto sui caratteri del caso in esame, dipendono dal grado di probabilità attinto dal corredo probatorio e sono condizionate dalle *qualitates rei*. Ma quel che più conta, e che fa del principio di proporzionalità della pena una formidabile occasione di modernizzazione del penale, sta nel fatto che proporzionare le pene al delitto vuol dire disporre (e solo una legge può soccorrere) di un articolato e saldo 'catalogo' dei *crimina*. Vuol dire poter trarre dal complesso delle possibili figure di reato una scala penale fondata sulla gerarchia dei beni tutelati, il che postula un sistema penale che abbandoni il cardine della repressione (*quia peccatum*) per incentrarsi su quello della protezione dei beni degni di tutela (*ne peccetur*). Vuol dire introdurre nella commisurazione della pena criteri che attengono non tanto (o non solo) alla condizione dell'autore (o alla taglia della vittima), ma che devono misurare il grado della sua colpevolezza. Tenere in proporzione reato e pena vuol dire, in quella fase della scienza penale, aprire un immenso campo all'affinamento della disciplina: si trattava di avviare riflessioni sulla colpevolezza, sulla modalità delle condotte, sulle circostanze ⁽⁶³⁾, sulle forme, specie, intensità o gradi del dolo e della colpa, insieme a ragionamenti sugli scopi della pena e sul rapporto tra le pene stabilite ed i compiti del giudice chiamato a decidere sul caso concreto. Tutte tematiche che sarebbero maturate ben più tardi di allora, ma che erano potenzialmente presenti *in nuce* in quella piccola frase di cinque parole fatta

(63) Noi sappiamo che gran parte dei crimini trattati nelle pratiche corrispondono alla creazione di una fattispecie autonoma, costruita su una particolare circostanza che accompagna una figura base di reato. Le difficoltà che quella dottrina aveva a ragionare con generalità e astrattezza, avevano portato a decostruire, poniamo, il furto, facendo nascere il furto notturno e il furto sacrilego, il balneario, il saculario e il directario, il domestico e il campestre, il capeggio, l'*expilatio*, il furto magno e qualche altra figura ancora. Ognuna di quelle figure altro non era che una forma di furto aggravato, elevato a fattispecie autonoma. L'emersione di una dottrina delle circostanze avrebbe disboscato e razionalizzato questo sistema, facendo progredire il penale a partire da una esigenza che era legata, per grande parte, alla commisurazione della pena. Un cenno che sembra andare in questa direzione sta in T. DECIANI, *Tractatus*, II, cap. 4, n. 3 *princ.*

gocciolare da Deciani tra i *naturalia delicti*, fertile prodotto del suo metodo aristotelico.

Metodo e opzioni di politica penale, dicevo sopra, sono le due direttrici che Deciani percorre, dando il suo contributo al progressivo assestamento della giustizia egemonica. Per quanto incompiuta, la sua opera si presenta certamente coi caratteri della 'novità', densa di spunti fertili e di promettenti premesse per la crescita ulteriore della scienza penale. Malgrado ciò, non si può certo dire che essa abbia avuto un'influenza dottrinale pari al peso e all'importanza che oggi gli storici comunemente gli riconoscono.

La 'sfortuna' del Tractatus di Tiberio Deciani.

Una volta finito di pubblicare, nel 1616 ⁽⁶⁴⁾ il *magnum opus* di Prospero Farinaccio, non passerà molto tempo e si arriverà al *Commentarius de criminibus ad lib. XLVII et XLVIII Digestorum*, di Antonius Matthaeus II, stampato a Trier nel 1644. In esso si può vedere assai progredito il transito dal modello delle *Practicae* fiorito in Italia, a quello di una trattatistica nuova, nella quale la *Theorica* si libera dal reticolo casistico e dall'ipoteca forense, guadagnandosi proprio per questa via una forte legittimazione ad orientare la pratica.

È difficile dire quanto la revisione metodologica avviata da Deciani nel suo *Tractatus* abbia pesato sulla 'trattatistica nuova' prodotta nel corso del Seicento. Matthaeus, per esempio, adotta la stessa partizione — *Prolegomena, delicta, iudicium* — che Deciani aveva progettato (e che, però, mal si ritrova nel suo *Tractatus*, così come pubblicato), ma non dichiara debiti, si serve poco delle sue idee e raramente della sua autorità: non più, comunque, di quanto faccia con Marsili, Claro, Menochio, Farinaccio, o altri ancora.

Quel che è certo, è che il tentativo, abbozzato da Deciani, di

⁽⁶⁴⁾ Farinaccio chiude l'ultima *Quaestio*, la 197, « in Villa Rufina Tusculana » il 17 settembre 1614, quando aveva settant'anni. Si trattava del *Tractatus de haeresi*, che venne stampato nella tipografia di Andrea Fei a Roma nel 1616 e che entrerà a far parte della *Praxis et Theorica*, occupando l'intera *pars quarta*. (1620: così, almeno, nell'edizione principe veneziana iniziata nel 1603 da Giorgio Varisco e proseguita da Giunta e da Giovanni & Varisco Varisco, fino al 1621, quando viene stampato un volume di *Fragmenta criminalia* che si chiude con le *Additiones ad omnia eius opera*).

rivedere l'approccio al penale, non avrà né sviluppo né seguito *in area italiana*. Deciani comparirà poco persino nei logori elenchi di *auctoritates* che continueranno a costellare le mediocri repliche degli epigoni delle grandi *Practicae*, o l'appena dignitosa congerie di *observationes, decisiones, allegationes, resolutiones*, che riempirà di sé la ripetitiva criminalistica italiana del Seicento. Una simile messa in ombra, a mio modo di vedere, non è affatto sorprendente, né sembra difficile — come ad alcuni è parso — indovinarne le ragioni.

La crisi che investe la criminalistica italiana dopo la grande stagione cinquecentesca è profonda e seria, ed è riconducibile a motivi che un *nuovo sguardo storico* sta rendendo evidenti. La grandezza della fase cinquecentesca sta nella estrema maturità del metodo delle pratiche, che ha nutrito e sviluppato il 'versante giustizia penale' degli apparati di governo in trasformazione, traendo da essi la sua 'legittimazione'. Il sistema penale ha accompagnato il consolidamento delle strutture di potere delle formazioni statali in via di modernizzazione; è venuto elaborando, in fasi successive, un modello di giustizia pubblica (fondato sulla 'trasfigurazione' dell'azione penale), particolarmente attrezzata e capace di forte penetrazione (generalizzazione del metodo inquisitorio), nutrita dal paradigma del reato politico (disfavore per l'infrazione, preminenza del *quia peccatum*), governata dai *Principes*, gestita dai loro giudici e fondata sul principio di repressione (centralità, anche dottrinale, della categoria della pena). Una giustizia che è il prodotto dell'egemonia conseguita dal modello « statale » sulle altre forme di *governance*, e che consegue a sua volta un crescente predominio, oblitando una dopo l'altra le diverse e diffuse forme di gestione privata dei conflitti violenti. È la *Praxis et Theorica criminalis* di Prospero Farinaccio la *Summa* in cui trova coronamento e compendio una letteratura che per tre secoli ha fatto da architrave dottrinale per la giustizia di apparato, costituendo la ragione non ultima della sua egemonia.

Poi, nel corso del Seicento ed oltre, il penale inaridisce, le *Practicae* si diradano e diventano povere, si fanno stanche, ripetitive e scialbe. Rispecchiano, nella loro fiacchezza, il declino degli Stati italiani, il loro ripiegamento su se stessi, la loro perdita di vigore nei diversi campi della elaborazione e della creazione culturale. La giustizia egemonica, una volta compiuta la lunga parabola della sua

imperfetta affermazione, ristagna e si piega su se stessa, lasciando che mantengano piede — e nei fatti si rafforzino — prassi di negoziazione, di transazione e di aggiustamento che impediscono materialmente la 'modernizzazione' del sistema. La legge, nella sua accezione moderna, non cresce e non si fa strada. La giustizia finisce per identificarsi sempre di più con i giudici che la amministrano, con la loro mediocre qualità, i loro vizi, i loro limiti culturali, la loro esposizione alle pressioni politiche, ai condizionamenti sociali, al compromesso ed alla corruzione. Quella stessa Italia che aveva conosciuto nella fase comunale il precocissimo avvio di un sistema penale pubblico, che ne aveva visto crescere l'egemonia sulle mai estinte forme di giustizia transattiva, consuetudinaria e negoziata, accusa — al giungere del *great divide* della metà del Seicento — un deciso ripiegamento che si trasformerà in un severissimo ritardo.

È questo, per grossi tratti, il contesto che provoca 'l'inabissamento' del *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani. Il cono d'ombra che lo inghiotte è fatto della distanza che si crea tra la sua caratura 'centralistica', volta a costruire il penale di uno Stato a sovranità autentica e piena, e la permanenza in Italia della giustizia arbitraria, marcata da segni di scadimento, dentro un costante processo di declino.

La 'sfortuna italiana' del *Tractatus* sta tutta nella sfasatura che lo colpisce quando, essendo esso l'espressione apicale di un penale maturo, arricchito e largamente rinnovato, incappa, per così dire, nel secolo della frammentazione e della perdita di autonomia delle formazioni politiche italiane, il secolo in cui l'Italia, non più protagonista, diviene un capitolo della storia degli altri. Si forma l'Italia degli *iura patria*, poco adatti alla maturazione di un penale alto, generale e padrone di sé. Tutta la scienza giuridica italiana, ma quella criminale in particolare, farà i conti con una generale involuzione culturale e ne porterà i segni.

L'età barocca vedrà brillare soltanto il Cardinale De Luca, consapevole testimone dei suoi tempi, che impegnerà il suo genio nel tentativo di ravvivare le ultime faville di una tradizione giuridica (forense, feudale, amministrativa), che si sarebbe estinta di lì a poco. Quasi muto nel penale, Giovan Battista De Luca, aveva colto da par suo il nodo della questione: mentre la dottrina è pressoché introvabile — ci ricorda — il penale è ancora 'pratica' ed affare di

pratici, e poco vi conta la « sola notizia della scienza, o della teorica generale in astratto, senza averla praticata »⁽⁶⁵⁾. Il fatto è che, per via della perdita 'unità culturale storica' si era spezzato, in Italia, il cordone che aveva consentito fino al Cinquecento la reciproca alimentazione tra penale e apparati statuali: si era sfasata la sincronia che manteneva appaiati l'ordine punitivo e la costituzione politica degli Stati. Poi, grosso modo verso la metà del Seicento, la fase si ricomporrà: Stati costituzionalmente deboli e tributari, penale dimesso e subalterno.

Nel *Tractatus* di Tiberio Deciani, si trovano nuclei forti di dottrina fertile. In gran parte, se mi si passa la metafora, si trattava di moneta buona, matura per l'entrata in circolazione, ma messa subito fuori corso dalla crisi politica che investe la penisola, arrestandone lo sviluppo in una fase cruciale in cui, a scala europea, restare fermi significava andare inesorabilmente indietro. Da noi — se posso semplificare — la giustizia conserverà una vastissima area 'negoziata' e si manterrà arbitraria: il compimento della sua 'statalizzazione' avverrà altrove, non nel paese dove s'era avviata agli albori del penale.

In Italia non avviene che il diritto prodotto di concerto tra pratiche di foro e *Practicae* di giuristi si realizzi in un precipitato normativo, dando vita ad una legge come la *Costituzione Carolina* del 1532. Quella *Constitutio* è in un certo senso il vessillo europeo del penale egemonico: fatta di puro materiale dottrinale organizzato in compendio, e provvista della cogenza di una norma imperativa⁽⁶⁶⁾, riassume — per i suoi contenuti, ma anche al di là di

⁽⁶⁵⁾ G. B. DE LUCA, *Il Dottor Volgare*, lib. XV, parte seconda, *Delli giudizi criminali e della loro Pratica nella Curia romana*, Stamp. G. Corvo, Roma 1673, cap. 1, n. 2.

⁽⁶⁶⁾ Nelle pratiche di diritto comune la stretta cogenza normativa è cosa che non si dà. Non c'è regola che non possa essere attenuata, o aggravata, per via di interpretazione, né può esistere principio che il giudice non possa sospendere, aggirare o vanificare del tutto. Il giudice è il *dominus* e tutto dipende dal suo *arbitrium*. Carlo V quindi, volendo dare effettività alla sua legge, passerà proprio per il giudice vincolandolo con un solenne giuramento alla fattiva osservanza della *Peinlichen Gerichtsordnung*: « Et praesertim — dovrà ogni giudice giurare — volo Caroli [...] Constitutioni integre fideliterque parere et pro virili ac viribus meis illam conservare et exequi, sine dolo et fraude »: è il cap. 3 della *Constitutio Criminalis Carolina*, versione latina di Justin Göbler: *Augustissimi Imperatoris Caroli Quinti De capitalibus iudiciis Constitutio, germanice primo*

essi ⁽⁶⁷⁾ — le due condizioni primarie per stare al passo dell'evoluzione dei tempi. Le dure resistenze che cercheranno di vanificarne l'effetto in tante parti dell'Impero, provano il suo carattere innovativo e ne rivelano due caratteri, entrambi segno di autentica modernizzazione in quella fase storica: il penale concepito francamente come apparato privilegiato di governo e la ricerca di un effetto di disciplinamento, che col tempo verrà largamente realizzato. Elementi forse capaci di spiegare il fatto che, a quanto sembra, l'opera di Deciani, obliterata in Italia, conoscerà una sua piccola fortuna al di là del Brennero ⁽⁶⁸⁾.

evulgata nuncque a Justino Goblero in latinum versa et aequo Commentario aucta, Oporin, Basileae 1543, ripubblicata insieme alla *Paraphrasis* di Georg Remus, nota come *Nemesis Carolina* (D. Karuli V. Imperatoris [...] *Leges capitales: a Georgio Remo Paraphrasit expositae scholiisque illustratae*, Christophorus Corvinus, Herbornae Nassoviorum 1600), ad Heidelberg, a spese di J. C. B. Mohr, nel 1837.

⁽⁶⁷⁾ La legge *Carolina*, come ho già scritto altrove (M. SBRICCOLI, *La benda della Giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna*, in M. SBRICCOLI - P. COSTA - M. FIORAVANTI ET AL., *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano 2003, pp.85 ss. [t. I, pp. 196 ss.]) interpreta una fase forte della giustizia egemonica di apparato, prodotta dalla volontà del Principe e realizzata *con la legge*. Afferma il primato di una giustizia penale fondata su norme certe, fabbricate con la dottrina penale elaborata dalle *Practicae criminales* nella tradizione del *ius commune*, marginalizzando consuetudini, pratiche comunitarie di giustizia negoziata, arbitrio di giudici, leggi locali ed usi consolidati delle diverse curie. Il processo penale che quella legislazione impose nell'area tedesca era guidato dai giudici, formalizzato e scritto, sentito come estraneo, perché intriso di diritto romano e canonico. Le popolazioni, le autorità locali, molti Principi e Vescovi che governavano città e regioni, restarono a lungo ostili ad una giustizia penale non più governata dalle antiche regole riconosciute e da pratiche penali domestiche, sottratta in gran parte alle giurisdizioni locali, alla loro logica, al loro stile di conduzione; una giustizia che si annunciava non negoziabile, priva di mediazioni, non maneggiabile, incurante della qualità delle persone, dell'appartenenza, delle benemerienze, della reputazione e perciò repressiva, vindice, non pedagogica, non medicinale, potenzialmente 'irrimediabile'; una giustizia, infine, gestita da apparati formati da giudici 'nuovi', talora forestieri, che la legge vincolava con solenne giuramento, secondo una logica che appariva eversiva delle pratiche patrie, inveterate e condivise.

⁽⁶⁸⁾ In questo stesso volume [*Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero giuridico moderno*, Atti del Convegno di Udine (12-13 aprile 2002), a cura di M. CAVINA, Udine, Forum, 2004.] è possibile leggere la relazione udinese di Hans Schlosser sull'influenza avuta da Tiberio Deciani sulla scienza penalistica tedesca tra Sei e Settecento.

Il rammarico per la prolusione perduta del 1549, se quel che se ne è detto è vero, si carica per me di una ragione in più. La tradizione vuole infatti che Deciani vi avrebbe discusso della rilevanza del penale nella vita degli Stati, come strumento per la loro difesa e quale 'scienza costruttiva' della loro crescita; vi avrebbe affermato la necessità di una pubblica giustizia rigorosa che fosse anche capace di restare equa e di farsi mite all'occorrenza. Se le mie riflessioni sono vicine, come credo, alla *medulla* di quei supposti *dicta*, avrei potuto allegare Deciani stesso e la sua prolusione, per avvalorarle almeno un po'.

NOX *QUIA* NOCET. I GIURISTI, L'ORDINE
E LA NORMALIZZAZIONE DELL'IMMAGINARIO

Non sembri singolare che Jacob Andreas Crusius, un erudito secentesco con qualche buona nozione di diritto, abbia deciso di iniziare una sua dissertazione *De nocte et nocturnis officiis*, ragionando sui lavori inutili. Bisogna sempre pensare bene all'impresa che si intraprende — si legge nel prologo — alla « causa suscepti operis », e al libro che ne può nascere; perché « labor non necessarius nequaquam laborem voco », e non si deve perdere tempo con le cose superflue (Crusius 1660: 1, *rubr.*, 1).

Il dubbio non gli nasceva — come si potrebbe pensare — dalla futilità dell'argomento (che anzi gli appariva *praestans*), ma dal fatto che erano stati troppi e troppo grandi quelli che se ne erano occupati prima di lui. Dubbio non infondato. Un gran numero di giuristi (anche se non così eccelsi come pensava Crusius, bisogna dire) avevano ed avrebbero affrontato il tema della notte, e in sede monografica; altri, più importanti, lo avrebbero discusso e considerato nei più diversi contesti, e insieme ad essi filosofi, naturalisti, moralisti, teologi, avrebbero detto la loro. Del resto, la notte si presentava di continuo all'attenzione di tutti: la sua valenza negativa, luogo comune della cultura diffusa, aggiungeva timori irragionevoli ai pericoli veri e produceva pregiudizi, fantasie, credenze e simboli intorno ai quali non potevano mancare le riflessioni degli uomini colti. Conoscenza e paura si contendevano un terreno sul quale i progressi della prima riducevano le occasioni della seconda.

Per motivi non diversi, della notte si preoccupavano anche statuti cittadini e legislazioni di stati, governanti e magistrature, polizie e confessori: i pericoli e i disordini che della notte erano l'implicito, esigevano difese, disciplina, regole e, soprattutto, divieti.

Una politica della prevenzione e dell'ordine pubblico, si direbbe oggi; qualcosa di più complicato (meno « amministrazione », più ideologia), pare a me, nelle società preindustriali. Ma il proposito di ognuno, autorità e intellettuali, sembra quello di padroneggiare la notte, conoscerla, normalizzarla. Le strategie implicate possono essere diverse, e non tutti i metodi praticabili portano allo stesso risultato: si può dominare la notte sorvegliando, per vedere e sapere cosa vi accade dentro, oppure vuotandola, impedendo ogni possibile evento, o magari « rischiarandola », in senso fisico o metaforico. Resta certo che il giurista, tra tutti gli intellettuali coinvolti, sembrava il più legittimato a pronunciarsi.

Nox quid sit. La definizione è la forma intellettuale del prendere possesso. La parola ha a che fare con l'antica cerimonia dello stabilimento del dominio, mentre la cosa si impone perché « *omnis quae a ratione suscipitur de aliqua re institutio, debet a definitione proficisci, ut intelligatur quid sit illud de quo disputatur* » (Mantica 1619: 1, 7, che cita Cicerone). I giuristi partono sempre da una definizione, perché almeno un terzo della loro scienza, come diceva Quintiliano, sta proprio nella « *verborum tractatio* », e la loro più alta fatica « *circa verborum vim proprietatemque versatur* » (Deciani 1614: I, 1, 2); tanto più lo fanno in questo caso, considerato che l'oggetto *de quo disputatur* si muove nell'area di ciò che è ignoto, e dell'ignoto rappresenta metafora ed antonomasia.

Definire, peraltro, è decidere. I metodi definitivi ammessi sono tali che non è difficile, scegliendone uno, orientare il risultato di tutta l'operazione verso questo o quel fine. Si può definire *per descriptionem* (« *nox umbra terrae* »), o *per allusionem* (« *nox quasi non vox* »); si può ricorrere all'apocope (« *nox e noxia* ») o alla etimologia (« *nox quia nocet, vel a nocendo* »); il procedimento può muovere dagli *effectus congruentes* (il silenzio, il sonno, le attività notturne) o dagli *effectus necessarii* (la presenza degli astri, il buio): « *Dico ego novissime* » scrive Polidoro Ripa senza risparmiare enfasi « *quod Nox nihil est aliud quam totalis defectio solis ex occasu* » (Ripa 1602: 1, 20). La definizione imposta l'approccio, stabilisce il taglio della trattazione, seleziona gli scopi, predetermina il terreno per le soluzioni teoriche e per le opzioni pratiche.

Quanto alla notte, come si è già intravisto qui sopra, sono tre gli

ambiti definitivi dominanti: il primo si ferma alla notte fisica, il secondo allude alle sue valenze negative, il terzo coglie con asciuttezza tecnica il ruolo potenzialmente invertitore del tempo notturno: «*Nox est circumstantia temporis*», affermano alcuni (Ripa 1602: 17, 1; Elwerth 1677: III, 18; Glaser 1678: I, *princ.*). La precisazione tecnica, come spesso accade, ha illustri ascendenze (Bartolo, 1590: *quae*. 17; Baldo 1572: IV, l. *testium*, 22) e, con un sigillo solo apparentemente riduttivo, mette in mora le tautologie, le assonanze arbitrarie, le etimologie fantasiose. Essa, inoltre, spiana la strada al giurista che deve raggiungere obiettivi pratici, oltre che certezze teoriche, e costituisce una chiave decisiva per la ricostruzione storica delle strategie d'ordine e dei progetti di disciplinamento che, attraverso il dominio del normativo, si andavano costruendo intorno all'*argumentum* notte.

Circumstantia temporis. In un quadro in cui fisici, astronomi, letterati e filosofi muovono da *rationes* del tutto diverse (Glaser 1678: I, *post. princ.*), considerare la notte una circostanza temporale (che oggi diremmo specifica, definita, speciale, oggettiva e concomitante) è operazione squisitamente giuridica. Operazione che potrebbe anche sembrare inconcludente, a chi non tenesse presente che inserire la notte nel sistema concettuale delle circostanze significa attribuirle (o riconoscerle) uno speciale potere di modificazione del valore dei comportamenti comuni. «*Sentio autem ego*» scrive Ripa 1602: 17, 3 «*nocturnum tempus esse qualitatem aggravantem interdum, et augentem actum, interdum illud alterantem, atque immutantem*»: la notte aggrava gli atti (illeciti), ne aumenta la quantità (e questo può valere ai fini della punizione); talaltra altera le azioni — anche lecite — mutandole in «*altra cosa*» (alterazione ha costante valore di peggioramento), quando non le stravolge.

È questa la base giustificativa, o il perno legittimante, dell'approccio giuridico: affrontare la notte alla stregua di un'occorrenza capace di determinare natura, qualità, valenze e quantità degli accadimenti che la riguardano, vuol dire assumere gli orientamenti e le attitudini diffuse, le convinzioni, le costruzioni mentali e i pregiudizi che intorno alla notte si erano venuti formando, e — filtrandoli — sottoporli al vaglio della *repugnantia rationis*. E vuol dire anche dare un approdo logico (il *nocturnum tempus*) e qualche occasione

operativa (la dottrina delle circostanze) ad una forte convinzione generale: che la notte vada circoscritta, che il male stia nella commistione tra diurno e notturno, che il pericolo venga dall'ambiguità e più ancora dal temerario tentativo di annullare le contraddizioni (Lisi 1974: 91).

Non che tutti gli altri profili — quelli che in ipotesi possano sfuggire ad una riclassificazione giuridica — siano ignorati. Essi risuonano, anche se talora indirettamente, nei ragionamenti dei giuristi e ricevono un'adeguata collocazione. Ma la funzione che i *doctores* intendono (sanno? possono?) svolgere è essenzialmente quella di rimandare in termini normativi la loro percezione delle ideologie sociali. Essi classificano, ed è « attraverso le classificazioni che il contenuto dell'universo viene trasformato in un arsenale destinato al controllo » (Douglas 1979: 150). La notte è, in questo senso, terreno eccellente, perché piena di cose vere e piena di cose immaginate, in mezzo alle quali è possibile muoversi trasformando in fertile argomento tutto ciò che si può: pericoli veri e finti, preoccupazioni e fobie, superstizioni e saggezze popolari, sensi di insicurezza e domande di protezione. Allo stesso tempo però, se di tutto questo viene fatto argomento (e talora pretesto) di strategie disciplinanti, resta fermo che noi troveremo costantemente i giuristi (intendo quelli dignitosi e colti) schierati a difesa dei fondamenti civili della loro scienza, e dei principi di equità e di ragione. Per cui è possibile riaffermare la convinzione metodologica (Sbriccoli 1986: 141-145; 1988: 500-501) che indica le fonti giuridiche dottrinali come mezzi privilegiati per la lettura dei codici più complessi e riposti che connotano la società medievale e moderna, ed insieme come specchio del suo modo in cui quella società legge se stessa, grazie alla mediazione culturale di una tra le fasce intellettuali più attente che essa abbia saputo esprimere.

Tempus malae praesumptionis. Assunta la produttività del profilo giuridico, non sembra molto fruttuoso inseguire il senso della notte scovando e catalogando i suoi versanti simbolici. Di certo non lo fecero quei giuristi. Capaci anch'essi di produrre impressioni e di praticare all'occorrenza il genere suggestivo, erano tuttavia dominati dall'ispirazione pragmatica della loro scienza e perciò ancorati ad una metodologia, per così dire, realistica. E non è detto che fossero

veramente capaci di percepire il valore di quei complessi sistemi simbolici (dei quali essi stessi erano parte) e di cogliere il peso che potevano esercitare su comportamenti privati e strategie pubbliche.

Anche a noi, del resto, pare poco utile assumere la notte partendo dalle immagini riflesse che essa produce nelle diverse culture (la rurale e l'urbana, in primo luogo), in fasi differenti e lontane, ridicibili a fatica dentro uno schema unitario utilizzabile. Non pare sufficiente indagarla dal punto di vista delle attività che vi si svolgono, di quelle che le sono coerenti o coesenziali, come di quelle che la invadono in modo trasgressivo o giocoso, palese o segreto. Dice troppo, e perciò anche troppo poco, guardare alla notte come al tempo del buio (insidie, pericoli) o del silenzio (riflessione, indagine scientifica), oppure come al tempo della accentuazione o della attenuazione.

Tutti questi profili hanno certo importanza per la giusta comprensione e per la corretta collocazione del nostro problema. Essi non possono essere ignorati e devono anzi essere sviluppati, chiariti, arricchiti: ma non sono sufficienti — neanche tutti insieme — a realizzare un'immagine utile e storicamente produttiva della notte. Un'immagine, voglio dire, che vada al di là di « descrizioni », « suggestioni » o « impressioni » che certo ci lascerebbero al di qua di una visione corretta, non letteraria, non narrativa, del « problema notte ». Esse ci impedirebbero persino di vedere fino a che punto, in che senso, se, e come mai, la notte costituisca un problema del quale valga la pena di occuparsi.

L'ipotesi è che la notte stia tutta nelle regole che la qualificano e nel controllo a cui viene sottoposta. In altri termini, che la lettura dei giuristi medievali e moderni riposi su un'intuizione giusta.

L'esistenza di norme (non necessariamente giuridiche, ovviamente, ma anche — e talora soprattutto — sociali, morali, comportamentali) e l'eventuale presenza di una sorveglianza fondata su di esse, anche se non statutale, e magari nemmeno pubblica, « fanno » la notte, molto più del sole che tramonta, e quindi del buio, dei timori, dei fantasmi dell'immaginario o di qualsiasi altra « produzione » simbolica, per quanto strutturale possa essere. Non per nulla essa può essere allungata o abbreviata a piacimento attraverso l'uso di quella particolare « norma » che è il suono della campana, strumento per segnare e decidere il tempo notturno, proprio in vista

della sua sorveglianza: il Panormitano, Alberico da Rosate, Bartolomeo da Saliceto, avevano convenuto che « noctem, in ordinem ad delicta, posse per statuta augeri minuique ad signa campanae » (Ripa 1602: 5, 1).

L'insieme disordinato di convinzioni, mitologie, pregiudizi e repentagli che nutre l'immagine della notte può infatti prendere forma concettuale unitaria e spendibile solo grazie ad una « accentuata ipersistematizzazione » che ne facilita l'interpretazione: coscienti o meno che ne fossero, anche quei giuristi mostravano di credere che « le idee di separazione, purificazione, demarcazione e punizione delle trasgressioni svolgono come funzione principale quella di sistematizzare un'esperienza di per sé disordinata » (Douglas 1975: 23). Avevano capito, cioè, che mettere (un) ordine in un'insieme confuso, serviva a garantire sicurezza in un ambito (quello notturno) presunto insicuro, e a convalidare insieme l'ordine come elemento provvido in sé. Perché se è vero che in un sistema ad alto livello di classificazione, « con griglia e gruppo forti » (e tale è quello instaurato dalla cultura giuridica dell'età del diritto comune) « ci si serve delle sventure per consolidare la legge morale » (Douglas 1979: 150), è anche vero che, per motivi omologhi, ci si serve del pericolo, vero o virtuale, per legittimare la soggezione, e per rafforzare nell'ordinamento l'effetto di sorveglianza, attraverso la minaccia di punizione.

Pericoli veri, evidentemente, non mancavano. In una società con tassi alti di aggressività e violenza, assai poco disciplinata, nella quale ognuno deve contare più che altro su di sé per la sua sicurezza, non si può certo pensare che proprio la notte sia priva di rischi. Ma quei rischi, in quanto ragionevolmente prevedibili dentro una realtà saggiamente interpretata, non basterebbero a supportare una linea giuridica di severa emergenza, perché nessuno accetta restrizioni straordinarie quando si tratta di affrontare l'ordinarietà quotidiana, per quanto rischiosa essa possa apparire. I pericoli veri, voglio dire, non spaventano abbastanza.

Così, accanto a « fantasmi, tempeste, lupi e malefici », e in aggiunta alle folte popolazioni di spettri, lupi mannari, e demoni incubi (Delumeau 1983: 136, 142) che forse tengono la gente in casa più di quanto non sappiano fare i comandi degli statuti, i giuristi

producono un ulteriore tipo di pericolo che possiamo chiamare dottrinario, o fittizio.

La notte, dicono, è il tempo della *mala praesumptio*. Circostanza del tempo, essa ha il potere di riqualificare, invertendone il segno, ciò che avviene in sua presenza: è quindi capace di rendere sospetto o addirittura illecito l'ordinario comportamento diurno (o, viceversa, normale qualche comportamento che di giorno verrebbe disapprovato).

« Actus nocturni in genere suspecti sunt », perché « nocturnum tempus arguit clandestinitatis vitium » (Crusius 1660: 7, 3). Del resto, proprio rispondendo a Nicodemo (quello che andò di notte) Gesù stesso aveva ripetuto che « lucem odit qui male agit » (Giov., 3, 20), convalidando una tradizione retorica che assimilava la luce alla verità e la menzogna alle tenebre, e quindi la notte al sotterfugio, l'oscurità al tradimento. « Malum plane est quod occultatur, et ad dolum proxime accedit, si quid clam fiat » (Crusius 1660: 7, 3), mentre altri ci ricordano che « clandestinitas et nocturnum tempus, seu actum clam et nocturno tempore, regulariter confundunt iuris-consulti » (Ripa 1602: 89, 1). Intorno a questi principi, i giuristi « multa iura congregant », e convergono nel considerare gli atti clandestini (e quindi i notturni) come fortemente connotati dalla presunzione di dolo, simulazione e frode (Marsili 1542: I, col. 2; Tiraqueau 1560: XI, 12).

La visita notturna, per esempio, lascia congetturare l'adulterio (Ripa 1602: 36, p.t.; Farinaccio 1614: q. 136, 118, ma l'opinione è *communis*), quando non il complotto (Ripa 1602: 40), mentre la *pernoctatio extra domum* si presenta come condotta irregolare degna di speciali trattazioni (Katsch 1686; Zaunschliffer 1698, 3, § 6; Fricke 1773). Quanto al furto, la sua manifestazione notturna ne stravolge la figura fino a farne un crimine da impedire perfino con la morte, e consentendo che una simile « pena » venga inflitta da chiunque, al di fuori delle regole e della sede della giustizia ordinaria (Cyprian 1697; Reinhardt 1714). E l'elenco potrebbe continuare con numerosi altri comportamenti, normali di giorno (quando non meritori) e sospetti o proibiti di notte: il lavoro manuale deve fermarsi, i convivii sono inopportuni (« insidiantur muliebri pudicitiae », mentre tra uomini inducono il « fumus seditionis »), le cerimonie religiose rischiano di volgersi in empietà (« pudor muliebris abest »), il matrimonio di-

viene clandestino e non vale. Persino il girare per la città di notte è di per sé considerato con forte ostilità, qualsiasi siano i motivi o le intenzioni di chi lo fa: « Ire de nocte est delictum, sed leve » scrive Polidoro Ripa, riecheggiando Bartolo che aveva detto « euntem de nocte peccare quidem, sed leviter ». Sembra una linea impossibile da sostenere (o fare osservare), in concreto, nella vita pratica delle città italiane: eppure il giurista non rinuncia a richiamarla, anche se sa già che difficilmente qualcuno finirà in tribunale solo per essere uscito di casa la notte (senza armi, ovviamente, e senza che si possano sospettare intenzioni criminose). Il fatto è che una simile proibizione stava in molti statuti, e se l'andar di notte non è un crimine *de iure communi*, occorre tuttavia fare i conti col diritto municipale: « ne quis incedat de nocte » ammonivano gli statuti cittadini « nec mulieres per civitatem nocturno tempore possint vagari » o « a pulsu campanae nemo per vicos vadat » (Ripa 1602: 7, p.t.). E dal momento che l'appiglio normativo esiste, tanto vale ribadire anche il principio comportamentale.

La *mala praesumptio* trasforma in pericolo il quotidiano ordinario. Si tratta, però, di un pericolo artificiale, indotto dal ragionamento, che opera (induce timore) perché il ragionamento sembra convincente e poggia su basi solide ed antiche. In primo luogo sul conflitto luce/tenebre: persino nelle scritture divine, scrive Giovanni Bonifacio, la luce è simbolo di giustizia, fede e prosperità, mentre le tenebre stanno « pro iniquitate, infidelitate, infortunio, errore, ignorantia et pro mortis acerbitate accipiuntur » (Bonifacio 1599: 11, 25). Grazie ad alcuni slittamenti logico-argomentativi l'operazione si carica poi di conseguenze giuridiche, pratiche, operative, e passa senza difficoltà nelle culture, nelle abitudini mentali, nell'ovvio quotidiano di ciascuno.

« Tenebrae facinorosos ad delinquendum invitant » (Ripa 1602: 2, 12); « et sicuti nox furtorum et aliorum scelerum secretaria appellatur », (Bonifacio 1599: 11, 25). La notte è dunque colei che tiene nascosti i misfatti (mentre il sole li svela), offrendo occasioni ai malintenzionati: ma se essa è « gremium scelerum et vitiorum » per via della sua stessa natura, allora la sua pericolosità diventa fatale. Tanto fatale (e naturale) che Dio avrebbe creato apposta il crepuscolo per avvertirci del pericolo imminente rappresentato dall'arrivo

della notte (Crusius 1660: 3, 8). *L'alea noctis* nasce dunque, ed inevitabilmente, dall'ordine naturale delle cose, che attrae ed ingloba nella sua sfera anche la malvagità degli scellerati.

Tutto questo (e qui sta l'ultimo postulato della *mala praesumptio*), a condizione che si verifichi un'invasione, che le barriere naturali (divenute civili) vengano scavalcate e che i comportamenti sconfinino. Il dolo e la frode che si presumono in ciò che si fa di notte contaminano soltanto le azioni « doppie »: quelle che, innocenti di giorno, si caricano di un inevitabile sospetto quando vengono compiute nel tempo notturno. Dolo, frode e *mala praesumptio* non riguardano certo il sonno o il legittimo concubito, la preghiera o la meditazione, lo studio o l'opera dovuta da chi è chiamato a vigilare o a soccorrere. La nozione stessa di ordine viene vista in una « *parium dispariumque rerum suo loco collocandarum recta dispositio* » (Alberico da Rosate 1581: *ordo est*): che ogni cosa stia nel suo ambito: il male è nell'inversione, l'irregolarità nel rovesciamento, il sospetto colpisce l'insolito, il nemico è il dis-ordine.

A sono campanae. Nell'Italia dei comuni, la normalizzazione della notte si affaccia insieme ad altre esigenze, tutte motivate dalla necessità di stabilire autorità e ordine. Le norme che tendono a garantire *ordo civitatis* e *pax publica* (« *ne cives ad arma veniant* ») e l'avvento dell'inquisitorio (« *ne crimina remaneant impunita* »), recano il suo stesso segno. Essa si inserisce quindi in quel generale spostamento del centro che interessa il mondo comunale dal momento in cui le ragioni del punire (e quelle del sorvegliare) trasmigrano dall'*interest alicui*, in base al quale veniva perseguito l'autore di un'offesa, o impedito colui che avrebbe potuto minacciarla, all'*interest civitati*. Operazione che non realizza soltanto un mutamento di prospettiva, ma avvia un'autentica rivoluzione delle strategie, col mettere la sicurezza, la prevenzione e la punizione (doveri pubblici che comportano poteri e diritti pubblici) ai primi posti tra i fini politici del governo cittadino. Ordine pubblico e credibilità (autorità) del potere politico stanno insieme, perché giustizia e pace sono criteri riconosciuti di misurazione dell'efficacia dell'azione di governo. Quanto alla notte, è evidente che essa non poteva restare fuori da questa logica: vuoi perché non si può controllare la vita di una città se non si padroneggia il suo tempo notturno, vuoi perché

il sistema di argomenti di cui si giova ogni politica dell'ordine pubblico può trovare nella « cultura della notte » un inesauribile giacimento di *rationes*, suggestioni e pretesti. L'ipotesi si viene allora precisando.

La notte emerge, come problema, ogni volta che un establishment o un potere vi vedono minacce, pericoli, violazioni. Ma questo accade solo se quell'establishment o quel potere si stanno ponendo il problema di regolare e padroneggiare l'intera vita associata, compresa quella che si svolge di giorno. Ciò vuol dire che ogni volta che si fa strada la necessità di mettere ordine nella società, la notte viene posta ad oggetto del disciplinamento e utilizzata come *argumentum* di esso.

Attraverso il controllo della notte si vuole arrivare al controllo di tutta la società, e mi pare dimostrabile che la volontà di dominare i comportamenti notturni mostra un'aspirazione più generale alla realizzazione dell'ordine in relazione a tutti i rapporti possibili, da quelli che interessano il vincolo di sudditanza a quelli che intercorrono tra cittadini. Quanto più, poi, la notte apparirà — o verrà fatta credere — pericolosa, terrificante o diabolica, tanto più sarà « facile » passare attraverso di essa per « pacificare » la società intera.

I Signori della notte della Repubblica Veneta, è stato giustamente osservato (Pavan 1981: 344), sono anche i « signori del giorno », e lo stesso può dirsi delle magistrature omologhe che è dato trovare a Siena, a Firenze o a Ferrara. I loro compiti non sono caratterizzati tanto dal « tempo » della loro attività, quanto dal contenuto dei loro poteri, e cioè dai comportamenti che essi sono chiamati a regolare o reprimere: e benché buona parte del loro lavoro consista nel pattugliare la città di notte, essi non smettono, di giorno, di controllare il porto delle armi, di ispezionare gli alberghi, di perseguire bigamia, sodomia e adulteri, di occuparsi — cosa significativa — della applicazione ed osservanza dei regolamenti edilizi ed urbanistici.

Tutto ciò che viene vietato relativamente alla notte e tutto ciò che di notturno viene regolato, punito, criminalizzato o addirittura demonizzato, lo è in vista di un disciplinamento generale e — ovviamente — non solo notturno. È per questo che la notte emerge (esiste?) attraverso il (suo) disciplinamento: essa può essere storicamente « afferrata » ed indagata — così come poteva essere efficace-

mente definita — (quasi) soltanto attraverso i mezzi e le strutture della (sua) riduzione all'ordine. Quando si dice che la notte è ciò che sta tra il suono di due campane («*campanae duae regulariter noctem intercludunt*»), si afferma implicitamente che essa corrisponde in essenza ad una nozione convenzionale misurata sulle esigenze dell'ordine e della tranquillità. Perché le campane, come si sa, avvertono che da quel momento in poi gesti ed azioni cadranno sotto il dominio della *mala praesumptio*: esse stabiliscono una sorta di intervallo, aprono e chiudono il *tempus discriminis, vel suspicionis*; segnando un confine stipulativo (la notte inizia, il giorno finisce e viceversa), si limitano in effetti a stabilire il momento dell'inversione di alcune regole all'interno di una logica che resta immutata e che è quella della permanente precedenza dell'ordine.

È che tra il XIII ed il XIV secolo cominciano a prodursi tensioni prima sconosciute, e viene prendendo corpo una fase nuova, più alta e complessa, della politica e delle esigenze del « governo ». Si ha la percezione di una violenza di qualità diversa, con inediti riflessi politici. Si ha anche la coscienza che è ormai possibile apprestare un certo livello di controllo organizzato, rispetto al quale — se non si possiedono ancora a sufficienza gli strumenti tecnici (polizie e simili) — si dispone senz'altro già degli strumenti « ideologici ». I poteri comunali si avviano a mettere al centro della loro preoccupazione la questione dell'*ordo et tranquillitas civitatis*, e la stessa cosa faranno, in seguito, gli stati regionali dell'età moderna. Perché l'attitudine al disciplinamento sociale non verrà meno, anzi si svilupperà, e continuerà a passare anche attraverso il controllo della notte, prolungamento *rafforzato* del controllo diurno.

Ne quis incedat de nocte. Fino a tutto il XVII secolo, permarrà — e in parte si svilupperà, precisandosi — un'ostilità di fondo nei confronti delle attività notturne. Neanche quelle in sé utili o meritorie eviteranno il sospetto o si sottrarranno a critiche, perché si sa che la notte può infliggere loro un'inversione di senso, quando non una perversione dei fini.

Con il fine dichiarato (o con il pretesto?) di perseguire ed impedire disordine morale e irregolarità sessuali (tra tanti: Pavan 1980; Ruggiero 1988), si continua a sottoporre ogni attività o movimento notturno ad un controllo che, pur se inefficace quanto ai

risultati sperati, persegue un obiettivo di progressivo « svuotamento » della notte urbana e di riduzione al silenzio di quella rurale. Ora, non c'è dubbio che rendere vuota e silenziosa la notte è il risultato ideale da conseguire per qualsiasi strategia di controllo globale.

Nelle città, accanto alla fornicazione, all'adulterio ed alla sodomia, che sembra scelgano la notte come momento più favorevole al loro carattere occulto, i poteri devono combattere la criminalità violenta e quella che si dirige contro i beni; devono fare i conti con assassini e latrocini, ferimenti, attentati e vandalismi; devono proteggere i beni pubblici e quelli privati, vegliare sull'onore delle persone e sul buon nome della città, fronteggiare bande giovanili, e preoccuparsi di cospirazioni e sovversioni che, in quanto insidiose, proditorie e occulte, non possono che vivere nella notte (Grassetti 1640: 9, 36). Questa realtà spiega l'intenzione, sempre frustrata e mai abbandonata, di ottenere, di notte, che la città sia (sempre più) deserta ed il contado silenzioso, senza veglie né di onesti né di malfattori: è evidente, infatti che se i *noctambuli* (Rachtenhöfer 1678: 6, 1) si riducono a pochi, il rischio che si compiano delitti sarà minore e, comunque, tra quei pochi, sarà più facile individuare e fermare i malintenzionati. Intenzione vanificata, dicevo, ma mai sconfitta: avverrà così che i governi, negata ogni possibilità di dissenso politico, accentueranno la loro pressione (autorizzazioni, licenze, vigilanza burocratica, controlli di polizia) su ogni forma di attività notturna, non escluse le ineliminabili attività produttive o di servizio, nel timore — o nella convinzione — che la notte avrebbe fatalmente riprodotto azioni politiche « sotterranee » e segrete: congiure, colpi di stato, ma anche libelli, pasquinate o scritte sui muri.

Ma la riduzione al silenzio degli spazi notturni non è soltanto affare di politiche penali, né si può tutto comprendere nella sola dimensione dell'*ordre dans la rue*. Non diversamente da chi pratica una politica di repressione e prevenzione in « spirito di polizia », si comportano quei settori di classe dirigente (intellettuali, uomini di chiesa, *entrepreneurs* morali) che attraverso la « pacificazione » della notte cercheranno di ottenere la chiusura di alcuni, pochi, spazi di libertà, che pure sono esistiti, perfino nelle campagne, e che verranno per così dire squalificati, prima ancora della loro soppressione, con l'assimilarli al « regno della licenza ». Il fenomeno è

limpidamente percepibile nelle società agrarie investite dall'ossessione della stregoneria (Muchembled 1985: 295-96).

L'esperienza, tuttavia, continuava a dimostrare che non sarebbe stato per la via della sorveglianza, né per quella dell'intimidazione, né per quella della « demonizzazione » ideologica, che si sarebbe ottenuto lo svuotamento notturno della città. L'operazione riesce, evidentemente, per quanto riguarda la quasi totalità della popolazione, ma fallisce nei confronti di coloro che sono in qualche modo « motivati » ad usare la notte: amanti, ladri, cospiratori o libellisti, non saranno i gendarmi a fermarli. Ecco allora, tecnologie e risorse permettendo, che le città, tra XVII e XVIII secolo, tentano la via di un prolungamento artificiale del giorno. L'illuminazione urbana, elemento apparente del decoro cittadino e motivo di vanto (il progresso, la modernità), sarà in realtà uno dei più auspicati e praticati tra i mezzi di prevenzione della criminalità notturna. Ma la mancanza di attendibili statistiche ci impedisce un ragionevole giudizio sulla sua reale efficacia.

Si apre, nelle città industriali del secolo scorso, una nuova fase del problema della notte, e si impone una tendenza che arriva sino alle soglie dei giorni nostri. Ai fantasmi evocati dalle antiche mitologie di origine agraria, notturni, occulti, diabolici, si sostituiscono i problemi della praticabilità urbana, delle abitazioni, dei trasporti, della vita associata. L'Europa conosce un lungo periodo nel quale la notte subisce un radicale processo di sdrammatizzazione: la criminalità assume un andamento che è praticamente diurno, confinandosi nelle ore buie manifestazioni marginali e minori di aggressione contro i beni; la notte riemerge piuttosto come « tempo libero » (connotandosi di una « peccaminosità », o trasgressività, che sono forse inconsapevole retaggio di antiche interdizioni, e contribuiscono a sancire l'esclusione notturna delle « donne oneste »), piuttosto che come tempo pericoloso; lo stesso potere politico la sottopone ad una sorta di rovesciamento, e tende talora a « riempirla », per farne scenario suggestivo della comunicazione propagandistica nelle nascenti società di massa.

La identificazione normativa e le ragioni del diritto non sembrano valere più, le definizioni dei giuristi lasciano il posto a quelle dei sociologi, ed anche gli astronomi ricominciano a dire la loro.

Riferimenti bibliografici

ALBERICO DA ROSATE, 1581

ALBERICO DA ROSATE, *Dictionarium iuris tam civilis quam canonici*, Sub signo aquilae, Venezia.

BALDO 1572

BALDO DEGLI UBALDI, *In quartum et quintum Codicis libros commentaria*, Giunti, Venezia.

BARTOLO 1590

BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Consilia, quaestiones et tractatus*, Giunti, Venezia.

BONIFACIO 1599

G. BONIFACIO, *Liber de furtis*, eredi Perini, Vicenza.

CAVALLI 1609

P. CAVALLI, *Resolutionum criminalium Petri Caballi ...centuriae duae*, Officina Sermartelliana, Firenze.

CRUSIUS 1660

J. A. CRUSIUS, *De nocte et nocturnis officiis apud veters commentatio*, J. Kohler, Bremen.

CYPRIAN 1697

E. S. CYPRIAN, *De occisione furis nocturni*, Litteris Nisianis, Jena.

DECIANI 1614

T. DECIANI, *Tractatus criminalis*, tomi 2, eredi Scotti, Venezia.

DELUMEAU 1983

J. DELUMEAU, *La paura in occidente. Secoli XIV-XVIII. La città assediata*, tr. it., VI, Torino.

DOUGLAS 1975

M. DOUGLAS, *Purezza e pericolo. Un'analisi dei concetti di contaminazione e tabù*, tr. it., Il Mulino, Bologna.

DOUGLAS 1979

M. DOUGLAS, *I simboli naturali. Sistema cosmologico e struttura sociale*, tr. it., Einaudi, Torino.

DURAND 1984

G. DURAND, *Le strutture antropologiche dell'immaginario. Introduzione all'archetipologia generale*, III ed., Dedalo, Bari.

ELWERTH 1677

J. ELWERTH, *De iure noctis tempore gestorum speciali*, J. Welper, Strasburg.

FARINACCIO 1614

P. FARINACCIO, *Praxis et theorica criminalis*, parte seconda, tomo II, *De delictis carnis*, Giunti, Venezia.

FRICKE 1773

J. H. FRICKE, *Commentarius de noctambulis*, J.Ch. Krebs, Marburg.

GLASER 1678

H. F. GLASER, *Disputatio iuridica de nocte*, Krüger, Leipzig.

GRASSETTI 1660

I. GRASSETTI, *Anatome necis proditoriae*, B. Coral, Lyon.

KATSCH 1686

Ch. KATSCH, *De pernoctatione extra domum*, Ch.Fleischer, Leipzig.

LISI 1974

G. LISI, *La cultura sommersa*, Libreria Editrice Fiorentina, Firenze.

Questo studio di Giuseppe Lisi mi pare, tra tutti, aver colto le tracce culturali più convincenti di una visione preindustriale della notte.

MANTICA 1619

F. MANTICA, *Tractatus de coniecturis ultimarum voluntatum*, S. Crispini, [Venezia].

MARSILI 1542

I. DE' MARSILI, *Brassea. Commentaria super titulis ff. ad l. Corneliam de sicariis [...] in Bononiensi Gymnasio lucubrata*, A. Vincent, Lyon.

MUCHEMBLED 1985

R. MUCHEMBLED, *L'autre coté du miroir*, « Annales esc » XL, 2: 288-306.

PAVAN 1980

E. PAVAN, *Police des moeurs, société et politique à Venise à la fin du Moyen Age*, in « Revue Historique », 264/2, 536: 241-288.

PAVAN 1981

E. PAVAN, *Recherches sur la nuit vénitienne à la fin du moyen âge*, in « Journal of Medieval History », 7, 4: 339-356.

RACHTENHÖFER 1678

J. H. RACHTENHÖFER, *Ius noctis*, J. Georg, Leipzig.

REINHARDT 1714

H. REINHARDT, *De fure nocturno impune occidendo*, Litteris E. Titii, Leipzig.

RIPA 1593

C. RIPA, *Iconologia, ovvero descrizione dell'imagini universali cavate dall'antichità et da altri luoghi*, Gigliotti, Roma.

RIPA 1602

P. RIPA, *Tractatus de nocturno tempore*, P.M. Bertani, Venezia; altre edizioni: P. Bartoli, Pavia 1601; J. Spiess, Frankfurt a.M., 1604.

ROMAN 1731

K. F. ROMAN, *Programma de negotiis, quae nocte expediri possunt vel non*, J. Georg, Leipzig.

RUGGIERO 1988

G. RUGGIERO, *I confini dell'eros. Crimini sessuali e sessualità nella Venezia del Rinascimento*, tr. it., Marsilio, Venezia.

SBRICCOLI 1986

M. SBRICCOLI, *Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca*, in *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti di indagine e ipotesi di lavoro*, atti dell'incontro di studio, Firenze 26-27 aprile 1985, P. Grossi, Giuffrè, Milano: 127-148 [t. II, pp. 1113-1134].

SBRICCOLI 1988

M. SBRICCOLI, *Fonti giudiziarie e fonti giuridiche. Riflessioni sulla fase attuale degli studi di storia del crimine e della giustizia criminale*, in « Studi storici », 29, 2: 491-501 [t. II, pp. 1135-1149].

SIMON 1728

J. G. SIMON, *De iure tenebrarum* (1668), J.Ch. Krebs, Marburg.

TIRAQUEAU 1560

A. TIRAQUEAU, *De poenis legum ac consuetudinum statutorumque temperandis, aut etiam remittendis*, Lorenzini, Venezia.

ZAUNSCHLIFFER 1698

O. Ph. ZAUNSCHLIFFER, *Lucerna iuridica temporis nocturni*, H. Von Sande, Frankfurt a.M.

FIGURE DEL PENALE IN ETÀ MODERNA

PERICULUM PRAVITATIS.
 JURISTES ET JUGES FACE À L'IMAGE DU CRIMINEL
 MÉCHANT ET ENDURCI (XIV-XVI SIÈCLES) (*)

La « consuetudo delinquendi ».

Aujourd'hui la conception de la récidive ressort de manière restrictive dans l'expression *consuetudo delinquendi* ⁽¹⁾. Dans la pratique du droit commun, cette expression désigne un concept plus large. Selon l'usage du langage juridique de l'âge moderne, la notion est imprécise et peu cohérente. Notons que les criminalistes de l'âge moderne ne lient pas la notion de « récidive » à la figure du criminel. En outre, ils associent rarement la question de la récidive avec celle de la prévention, toujours sous jacente dans la doctrine. La doctrine juridique de droit commun place plutôt le problème de la *consuetudo delinquendi* dans la *sedes materiae* de la peine. Ainsi, en raisonnant sur le problème de la peine, le juriste se pose la question du traitement du récidiviste.

Dans la seconde moitié du XVII^e siècle, selon Marc'Antonio Savelli qui résume la doctrine de son temps, les délinquants qui ont déjà commis des crimes seront punis plus sévèrement ⁽²⁾. En outre,

(*) Les éditeurs scientifiques de cet ouvrage remercient Mario Sbriccoli de sa confiance pour la mise en forme définitive de sa contribution.

(1) L'expression *consuetudo delinquendi* est largement analysée dans le livre de BERNARD DURAND, *Arbitraire du juge et consuetudo delinquendi. La doctrine pénale en Europe du XVI^e au XVIII^e siècle*, Societe d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, Montpellier, 1993.

(2) MARC'ANTONIO SAVELLI, *Pratica Universale. Compendiosamente estratta per alfabeto dalle principali Leggi, Bandi, Statuti, Ordini e Consuetudini, massime Criminali e miste che si osservano nelli Stati del Serenissimo Gran Duca di Toscana*, Paolo Baglioni, Venezia 1707, § *Delinquenti*, n. 27.

ils seront incriminés de manière plus rigoureuse, notamment dans les cas suivants:

a) si le délit commis est du même genre de celui qui a été commis dans le passé (ou de genre semblable);

b) s'ils n'ont pas changé le style de leur vie après la première condamnation, n'ayant pas gardé bonne conduite pour trois ans au moins;

c) s'ils ne sont pas des mineurs;

d) à condition qu'ils aient subi effectivement une condamnation pour le premier délit (ou, au moins, qu'ils puissent être considérés *confessi* ou *convinti* — qu'ils aient avoué, ou que leur culpabilité ait été parfaitement démontrée);

e) s'ils ont entièrement purgé leur peine;

f) s'ils ont commis leur premier délit à l'étranger;

g) s'ils sont dignes de compassion: c'est-à-dire s'ils sont dans des conditions qui — de règle — pourraient leur assurer un traitement indulgent, quand il s'agit du premier délit.

Elaborée par les criminalistes durant la phase d'émergence du droit public (entre XIV^e et XVI^e siècles), la théorie de la récidive vise deux objectifs principaux. La première concerne la mesure de la peine en liant le châtement non seulement à la gravité du crime, mais à la personnalité du délinquant. Le second recoupe la théorie de la preuve, en permettant de tirer de conclusions probables d'un fait démontré par le raisonnement présomptif. L'alourdissement de la peine auquel du récidiviste est cohérent avec l'esprit de la rétribution qui anime le système pénal du droit commun.

Sa logique est marquée par le dispositif punitif du Décalogue. A la violation d'une norme correspond une punition. Par sa nature, elle n'est pas préventive, même si elle intègre une faible composante dissuasive. L'infacteur n'expie son crime qu'après sa mort. La peine ne possède donc aucune dimension éducative ou préventive, ni spéciale, ni générale. D'autre part, le potentiel dissuasif mis en action par ce système repose sur la représentation du châtement horrible que le pécheur, ni contrit, ni repentant, subirait s'il persistait dans sa vie criminelle.

Le Décalogue prétend en outre que le pécheur est puni en raison de sa désobéissance et de la douleur qu'il a infligée à Dieu. Les conséquences matérielles du péché (s'il y en a) deviennent

secondaires. Le dol et sa réparation s'inscrivent uniquement dans la perspective de l'obtention du pardon. Ainsi, la peine doit simplement châtier la méchanceté (*durities animi*) et l'impiété. S'y ajoute l'incorrigibilité du criminel endurci destiné à l'enfer.

Ce schéma ressemble au modèle qui soutient la punition du récidiviste. Celui-ci est un individu qui ajoute à la malveillance, la dureté de son âme et l'incapacité d'amendement. Son endurcissement et sa conduite récidivante prouvent la faillite du châtiment antérieur. Il mérite donc une punition plus dure, même si son comportement est moins le fruit de sa méchanceté que la conséquence de la *socordia* (faiblesse de la volonté, fragilité de l'entendement) qui légitimerait l'indulgence plutôt que la rigueur. « Les récidivistes, selon Giovan Battista Scanaroli, sont même plus bêtes que les animaux déraisonnables, qui apprennent toutefois à modifier leur comportement, en évitant ces actes qui leur ont procuré préjudice ou douleur ⁽³⁾ ».

La malice, la dangerosité, l'entêtement dans la *mala vita* — éléments déterminants sur la prévention — sont considérés selon la juste mesure de la rétribution. Ils alourdissent la peine. La répétition du délit signale l'endurcissement du délinquant dans ses mauvaises intentions. S'y ajoute la volonté rationnelle de persévérer dans le crime. Méchant et « endurci », le délinquant n'a pas tiré profit du châtiments reçus, voire de l'indulgence dont il a bénéficié. Son incorrigibilité légitime un traitement pénal de type préventif pour défendre la société.

En fait cette conception de la peine reste étrangère à la culture juridique des criminalistes de droit commun. Le système punitif ignore la prévention comme stratégie contre le crime. Elle ne vise que le châtiment du coupable. Ainsi, nous admettons l'idée que la récidive n'a *produit aucune obsession dans l'expérience juridique de l'âge moderne*. En fait, la sanction qui peut aller jusqu'à la mort considère plutôt le passé que l'avenir.

⁽³⁾ « Pro conclusione non omitemus subiungere solitos delinquere non esse semper indignos aliqua clementia, cum plerumque ex socordia (lâcheté) potius et dementia, ad eadem mala redeant, et stolidiores sint ipsismet irrationabilibus animalibus vitantibus illa a quibus se laesa cognoscunt », GIOVAN BATTISTA SCANAROLI, *De visitatione carceratorum libri tres*, Rev. Cam. Apost., Romae, 1675, lib. I, § 13, cap. 5, n. 32).

Selon Angelo degli Ubaldi, certains juges, forts de la pratique judiciaire qui autorise l'acharnement sur le criminel endurci, condamnent à mort le malfaiteur dont la conduite nuisible a maintes fois troublé la communauté, même si ses infractions ne sont pas capitales (4). Les juges n'agissent pas pour empêcher la récidive, mais pour punir durement le scélérat. Evidemment, dans un tel châtement capital, réside un élément dissuasif ou intimidant. Or, cet élément semble accessoire dans la logique de la rétribution pénale.

Commentant la loi *Caroline* de 1532, Franz Adam Vogel confirme la théorie classique qui prévoit la mort de l'individu « atteint et convaincu d'un troisième vol ». Si le juriste souligne la sévérité du droit impérial, il rappelle que la valeur des choses volées ou le dol importent moins que le « degré de malice et la disposition continuée du voleur » (5). Le comportement du criminel endurci légitime donc son élimination.

« Semel malus, semper malus ». *La présomption et la preuve.*

Dans la doctrine pénale de droit commun, la conception de la

(4) « Praesupposito quod de crimine poena pecuniaria veniat imponenda, tamen si sit inquisitio contra hominem tanquam talia facere consuetum, et de hoc sit convictus, capitaliter puniri potest. Et ideo assessores, cum volunt facere aliquem decapitare malefactorem nominatum, quod multa crimina commisit et pluribus vicibus, ex quibus tamen criminibus poena pecuniaria venit imponenda, *inquirunt contra eum tanquam consuetum talia crimina committere et in his sceleribus perseverare, et ipsum convincunt de tali perseveratione et consuetudine, pro facto secure possint eum ad mortem damnare, non obstante quod talia crimina de sui natura non sint capitalia.* Quod tene menti », ANGELO DEGLI UBALDI, *Additio ad legem Quicquid*, C. De superexactionibus, dans BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Lectura super Tribus Libris Codicis*, Ioannis Iacobus et fratres de Lignano, Mediolani 1512.

(5) « La Loy n'admet plus aucun adoucissement dès qu'il s'agit de prononcer contre celui qui est atteint et convaincu d'un troisième vol, parce qu'elle le regarde comme un homme dangereux à la sûreté publique [...] la sévérité de cette Loy n'ayant point pour objet la valeur des choses volées, mais le degré de malice et la disposition continuée du voleur, dont il emporte à la République de se défaire [...] [ce coupable] a fait voir son incorrigibilité, et qu'il n'a point sçu profiter du châtement ou de l'indulgence passée », FRANZ ADAM VOGEL, *Code criminel de l'empereur Charles V, vulgairement appelé la Caroline, contenant les lois qui sont suivies dans les juridictions criminelles de l'Empire et à l'usage des Conseils de guerre des troupes suisses*, J. E. Dufour et P. Roux, Maastricht 1779, art. 162, p.t.

figure du récidiviste repose sur un deuxième point. Première faute, obstination criminelle: ces éléments ne permettent pas d'aggraver la nouvelle peine. Ils représentent, par contre, un argument décisif pour la preuve de la « culpabilité » du suspect. La pensée juridique de Saint Augustin marque ce raisonnement (voir notamment *De regulis iuris* du *Liber sextus Decretalium* de Boniface VIII. « Semel malus, semper praesumitur esse malus » dit la *Regula octava*). L'interprétation doctrinaire de cette règle qualifie la réitération comme le comportement délinquant identique ou semblable à celui qui été puni auparavant. Ce principe juridique n'aurait pu déterminer la stratégie préventive. Or, il vise un autre but en devenant un argument probatoire pour la punition du crime.

Le principe *semel malus, semper malus* peut engendrer une théorie du criminel dans une finalité prophylactique. Cette théorie du crime légitime le système répressif et les pouvoirs de police capables de neutraliser les potentialités offensives du « mauvais sujet », notamment avant qu'il agisse. Ainsi l'idée de la récidive, dans l'expérience juridique de l'âge moderne n'a eu *aucune fonction créatrice*.

La règle *semel malus, semper malus* vise finalement le simple usage indiciare. Elle s'ajoute aux autres normes qui servent à convaincre le coupable et à simplifier la tâche du juge par l'escamotage de la présomption. En soi, l'argument est faible. En tant *praesumptio hominis*, cet argument peut être anéanti par la preuve contraire. En outre, les juristes qui l'utilisent couramment limitent sa validité par maintes exceptions. Ces atténuations fragilisent l'efficacité de *semel malus, semper malus*.

Le crime, la récidive et la peur à l'âge moderne.

A l'âge moderne, la culture juridique, le sentiment et les mentalités des communautés ignoraient, bien souvent, le concept de *crime* comme phénomène collectif. Les criminels n'étaient par perçus comme une catégorie sociale particulière. Il reviendra au XIX^e siècle de concevoir les criminels comme une classe distincte et dangereuse ⁽⁶⁾. D'ailleurs, le substantif *criminel* (*criminalis*), pour

(6) On trouvera un approfondissement de cette analyse dans l'essai de MALCOLM N.

définir une classe ou un groupe d'individus reste inconnu aux juristes. Ils utilisent plutôt « *delinquens* » pour désigner « celui qui est responsable d'un manque, ayant laissé tomber son devoir ».

Les pénalistes du XIV^e ou du XVI^e siècles connaissent pourtant l'usage de l'adjectif *criminalis* qui vient du droit romain. Ils utilisent un vocabulaire très précis — individualisé, restreint — pour désigner les sujets nommés *criminels* seulement à partir du XIX^e siècle. Ils évoquent plutôt les *voleurs*, les *larrons*, les *tueurs*, les *oisifs*, les *vagabonds*. Ainsi ils ne disposent pas d'un concept plus général.

Ajoutons que ce déficit conceptuel (nulle idée générale du crime et de la criminalité) dépend de l'attitude sociale des communautés et des individus face à ce que nous, aujourd'hui, nommons le crime et la criminalité.

Crime combattu et éliminé: cette idée est inconnue à la mentalité des gens qui marque la culture juridique de l'époque moderne. Pouvait-on neutraliser quelque chose dont la problématisation et la conceptualisation n'étaient pas élaborées par les autorités et les juristes? La démarche était donc celle de la rétribution: il s'agissait moins de prévenir le crime que de châtier le voleur, le larron ou le séditieux.

L'absence d'une stratégie de prévention criminelle illustre le fait que le crime n'est pas conçu comme un phénomène social. Il n'est donc pas traité en termes politiques ou sociaux, pour être combattu ou sérieusement réduit.

Entre thomisme et droit romain, le pénaliste de l'époque moderne associe la finalité du droit pénale, aux exigences répressives, à l'autorité et à la sûreté de l'État, voire à la paix sociale. Sa préoccupation n'est jamais le crime en général. Elle vise encore moins les causes de la criminalité ou les moyens pour la contenir. Au contraire, il raisonne en termes de méchanceté des hommes et de dommages à réparer. Tout ceci repose sur la culture pénale des sociétés médiévales et modernes. Celle-ci s'inspire des principes de la composition et de la rétribution. En outre, ce désintéret préventif illustre l'absence de peur sociale face au crime dans les communautés d'Ancien Régime. Carence des forces policières, justice pénale ordinaire (né-

RAMSAY, « L'évolution du concept de crime. L'étude d'un tournant: l'Angleterre de la fin du dix-huitième siècle », *Déviance et Société*, 1979, vol. 3, n. 2, pp. 131-145.

gociation, composition), justice extraordinaire (sévère, expéditive et répressive réservée aux crimes atroces et aux individus « sans aveu »): parmi d'autres, cet éléments montrent à quel point les crimes sont intégrés dans la « vie fragile » de l'époque moderne.

Rares étaient les individus qui étaient témoins de crimes importants, ou qui en étaient informés. Pourtant banal, le vol rural ou urbain était limité par la pénurie des biens et la vigilance que chacun mettait dans la protection de ses rares richesses. En ville, la familiarité avec le vol et les victimes d'un larcin (voire les autres petits crimes) dédramatisait la crainte du délit.

Affaire hautement personnelle, le risque face aux dommages *ex delicto* ce réduisait à la sphère privée. Défense des biens, arrestation des coupables: en l'absence des pouvoirs publics, ces initiatives reposaient sur la responsabilité individuelle. Cet usage de la légitime défense associait le crime à un accident naturel contre lequel la victime devait lutter. Finalement, l'absence d'une « peur du crime et des criminels » provient, probablement, du système d'information en usage à l'époque moderne qui dans une société pré-statistique, fonctionne d'homme à homme.

Dans la société traditionnelle (pré-industrielle) marquée par la culture de l'oralité et dans laquelle peu d'individus ont conscience des événements non liés aux rapports personnels, la connaissance du crime reste un fait local, liée à la dispersion géographique de la population. En conséquence, le sentiment d'insécurité sociale face au crime reste minoritaire.

Après 1750, la presse commence d'informer plus massivement sur les délits. Elle crée un sentiment d'insécurité en diffusant l'idée de l'omniprésence du crime qui peut frapper chacun. A la même époque, les premières statistiques criminelles comptabilisent l'insécurité. Le crime devient une menace sociale (7).

(7) Afin de mieux cadrer le propos de Mario Sbriccoli, sur « *periculum pravitatis* », les éditeurs scientifiques de l'ouvrage n'ont pas retenu son paragraphe sur la figure du séditieux.

Sources doctrinales

Soliti delinquere, qui lutum luto purgare non disinunt ⁽⁸⁾

(G. B. SCANAROLI).

A) qui sont les récidivistes (soliti delinquere, relapsi)

« Ut quis dicatur solitus delinquere sufficit binus actus [...] Si igitur, ut vulgo dicitur, cavendum sit ab eo qui semel imposuit, quanto magis a solito delinquere, cuius non facile speranda est correctio? Vulpes enim pilum mutant, non mores »

[GIOVAN BATTISTA SCANAROLI, *De visitatione carceratorum libri tres*, Rev. Cam. Apost., Romae 1675, lib. I, § 13, cap. 5, n. 3].

« Ille dicitur proprie relapsus qui probatur diversis temporibus incidisse in eandem specie haeresim iam abiuratam sub primo iudicio »

[FRANCESCO BORDONI, *Manuale Consultorum in causis S.Officii contra Haereticam pravitatem refertum*, Sumpt. Josephi ab Oleo, Parmae 1693, Sectio VII *De haereticis relapsis*, n. 3].

B) les récidivistes, leur traitement et le rôle des circonstances

« Declara tertio ut talis delinquendi consuetudo noceat, si sit circa idem vel similis generis delictum. Eo quod malus praesumatur malus in eodem seu simili genere. Hinc est quod delinquens in pluribus et diversis delictis ex intervallo, non sit gravius puniendus, sed bene puniendus pluribus poenis impositis pro delictis perpetratis (n. 8).

Declara quarto ut licet de praeterito praesumatur in praesens, non tamen de praesenti praesumatur fuisse aliquem malum in praeteritum. Illud tamen sciendum, quod licet non oriatur praesumptio, oritur tamen aliqua suspicio [...] quibus iuribus cavetur quod vidua fornicatrix praesumatur eadem fuisse marito vivente (n. 11).

Declara quinto ut per se sola praesumptio oriens ex consuetudine delinquendi non sit sufficiens ad torturam, absque aliis adminiculis (n. 12)

Declara sexto ad hoc, ut augeatur poena ut supra, requiratur ut delinquens sit maior. In minoribus enim delicta non aggravantur ex iteratione. Isti enim puniri non possunt poena ordinaria ex quocumque iterato crimine, sed mitius (n. 14) ».

[GIOVAN BATTISTA SCANAROLI, *De visitatione carceratorum libri tres*, Rev. Cam. Apost., Romae 1675, lib. I, § 13, cap. 5, nn. 8-14].

« Ut poena augenda sit ex delictis iteratis, etiam quod delicta sint impunibilia, ut puta in eo qui alias offendit bannitum qui de iure occidi poterat: licet enim offendens bannitum iuris interpretatione non dicatur delinquere propter impunitatem permissam, negari tamen non potest quod delinquens non sit, [quia] illud quod in suo genere malum est non potest

(8) Les récidivistes qui persistent à purger la boue par la boue.

ulla de causa bene fieri. Id quod poenam non meretur, offensa tamen est, et non abstergit nomen delicti, licet poenam tollat. Quamvis enim sine poena multa faciamus, non tamen caret vitio aut dedecore, quod ignoscitur et non praecipitur. Oritur enim contra tales sic delinquentes spe gratiae et impunitatis, non levis eorum aextimationis laesio apud probos viros. Et propterea his et similibus rationibus, quod in criminalibus argumentum a solitis possit sumi etiam a delictis impunibilibus tenet Hieronymus Magonius [qui] in specie, de offendente bannitum, hanc declarat ampliacionem non procedere quando delictum a statuto reputaretur non solum impunibile, sed etiam licitum, ut puta si diceret quod bannitum possit impune et licite occidi, quia tunc cum ea quae licite fiunt delicta non sint. Ideo ex delictis prioribus impunibilibus poena aggravanda non est, et pro declaratione Magonii facit, quia occidens bannitum seu alium quem occidere iura permittunt, dicitur minister et exequutor iustitiae ».

[PROSPERO FARINACCIO, *Praxis et Theoricae criminalis, partis primae tomus primus, continens Inquisitionis, Accusationis, Delictorum et Poenarum materiam* [= *Variarum quaestionum et commun. opin. criminalium*, tit.1-3], Georg. Variscus, Venetiis 1603, *quae.* 23, n. 15]

« In delictis pro quibus venit imponenda poena pecuniaria, si sint reiterata, tunc poena possit augeri ad poenam corporalem, sed non per hoc torture locus est. [...] Et licet aliqui ... dixerint dictam poenam augeri posse usque ad mortem, ipse (Farinacius) tamen improbat talem opinionem, quam dicit non fuisse ita receptam, et multos concordantes allegat ».

[GIOVAN BATTISTA SCANAROLI, *De visitatione carceratorum libri tres*, Rev. Cam. Apost., Romae 1675, lib. I, § 13, chap. 5, nn. 29-30].

« Delinquenti soliti delinquere per il passato più gravemente si puniscono, et anco più rigorosamente contro di loro si procede, intendendo per delitti simili, mentre non si fussero ridotti al ben vivere, o mentre non fussero minori, e che siano confessi, convinti o condannati per detti delitti antecedenti, benché poi avessero pagata la pena o fossero stati graziati, o fussero prescritti, o non fussero stati puniti, o fussero stati commessi fuor del territorio, o quando anco possino esse degni di compassione [...] »

[MARC'ANTONIO SAVELLI, *Pratica Universale. Compendiosamente estratta per alfabeto dalle principali Leggi, Bandi, Statuti, Ordini e Consuetudini, massime Criminali e miste che si osservano nelli Stati del Serenissimo Gran Duca di Toscana. Con aggiunta di varie conclusioni di Ragione comune, toccanti succintamente quasi tutte le materie criminali* [...], Paolo Baglioni, Venezia 1707, § *Delinquenti*, n. 27].

« Praesupposito quod de crimine poena pecuniaria veniat imponenda, tamen si sit inquisitio contra hominem tanquam talia facere consuetum, et de hoc sit convictus, capitaliter puniri potest. Et ideo assessores, cum volunt facere aliquem decapitare malefactorem nominatum, quod multa crimina commisit et pluribus vicibus, ex quibus tamen criminibus poena pecuniaria venit imponenda, inquirunt contra eum tanquam consuetum

talia crimina committere et in his sceleribus perseverare, et ipsum convincunt de tali perseveratione et consuetudine, pro facto secure possint eum ad mortem damnare, non obstante quod talia crimina de sui natura non sint capitalia. Quod tene menti »

[ANGELO DEGLI UBALDI, *Additio ad legem Quicquid, C. De superexactionibus*, dans BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Lectura super Tribus Libris Codicis*, Ioannis Iacobus et fratres de Lignano, Mediolani 1512].

C) la malice, la dangerosité.

« Et sic doctores non habent respectum ad quantitatem, sed ad animum delinquentis, hoc est ad reiterationem delicti, quod gravius punitur propter ipsam reiterationem »

[AGOSTINO DA RIMINI, *Additiones à l'oeuvre de ANGELO GAMBIGLIONI ARETINO, De maleficiis tractatus cum additionibus [...] Augustini Ariminensis ac Hieronymi Chuchalon hispani*, Cominus de Tridino, Venetiis 1555, tit. *Etiā vestem coelestem*, n. 13].

« Adverte quod qualitas personae dupliciter est considerabilis, quod quis dicatur bonus, vel malus in genere, vel quod dicatur bonus vel malus in specie. De bonitate et malitia in genere est textus in lege *Non omnis, § A barbaris, De re militari*, et in lege *De minore, § finali* hoc titulo »

[MARCANTONIO BIANCHI, *Tractatus de indicis homicidii ex proposito commisi et de aliis indicis homicidii et furti. Ad legem finalem ff. de quaestionibus*, Ap. Cominum de Tridino Montisferrati, Venetiis 1545, n. 249].

« Geminatio arguit magnam firmitatem animi et propositi [...] et hinc est quod licet haereticus paratus corrigi non tradatur Curiae seculari, tamen, si geminata vice cecidit, non audiatur de correctione [...]. Et facit dictum Baldi in *Tractatu schismatis*, in xviii col., ubi inquit quod qui bis aliquid facit non potest contra illud opponere: quia ubi intervenit geminatio ibi praesumitur plena deliberatio ».

[IPPOLITO MARSILI, *Grimana. Rubricae de Quaestionibus in Digesto novo Commentarius*, dans *Index Hippolyti De Marsiliis Bononiensis. Repertorium [...] Tractatum, Repetitionum, Lectarumque...*, Dionysius Harsaeus, Lugduni 1551, § *Quaestioni*, n. 9].

« La Loy n'admet plus aucun adoucissement dès qu'il s'agit de prononcer contre celui qui est atteint et convaincu d'un troisième vol, parce qu'elle le regarde comme un homme dangereux à la sûreté publique [...] la sévérité de cette Loy n'ayant point pour objet la valeur des choses volées, mais le degré de malice et la disposition continuée du voleur, dont il emporte à la République de se défaire [...] [ce coupable] a fait voir son incorrigibilité, et qu'il n'a point sçu profiter du châtement ou de l'indulgence passée [...] »

[FRANZ ADAM VOGEL, *Code criminel de l'empereur Charles V, vulgairement appelé la Caroline, contenant les lois qui sont suivies dans les juridictions criminelles de l'Empire et à l'usage des Conseils de guerre des troupes suisses*, J. E. Dufour et P. Roux, Maastricht, 1779, art. 162].

D) l'entêtement, la *pertinacia*, l'*insordescencia* (le devenir sordide)

« Quoad pertinaciae nomen animadvertendum quod sicut perseverantia dicitur in bono [...] ita pertinacia dicitur in malo »

[CESARE CARENA, *Tractatus de officio SS Inquisitionis, et modo procedendi in causis fidei in tres partes divisus*, Typis Iacobi Montii, Bononiae 1668, Pars II, tit. 1, § 2. *De pertinacia ad haeresim requisita*, n. 10].

« Pertinacia autem importat persistentiam in malo, ideoque opponitur perseverantiae, sicut vitium opponitur virtuti [...] Pertinacia igitur erga perseverantiam est ut prodigus erga liberalem, et audax erga fortem, licet enim prima fronte videantur idem, tamen inter se distant plurimum. Obstinatio vero est persistentia in ratione perversa, cum abstinentia a bonis, et haec proprie opponitur virtuti continentiae »

[ANTONIO RICCIULLO, *Tractatus de iure personarum extra Ecclesiae gremium existentium, libris novem distinctus, cui propter argumenti similitudinem annexus est alter Tractatus de neophytis*, Io. Angelus Russinellus & Angelus Manni, Romae, 1622, lib. V, chap. 2, nn. 3-4].

« Diximus supra ad insordescenciam requiri ad minus annum completum et non interruptum; nunc dicimus requiri perseverantiam, cum pertinacia animi, quae includat contemptum clavium »

[CESARE CARENA, *Tractatus de officio SS Inquisitionis, et modo procedendi in causis fidei in tres partes divisus*, Typis Iacobi Montii, Bononiae, 1668, Pars II, tit. 8, § 2. *De pertinacia requisita ad insordescenciam*, n. 6].

E) semel malus, semper malus

« Semel malus semper praesumitur esse malus »

[*Liber Sextus Decretalium*, Tit. *De regulis iuris*, *Regula viii*].

Glose: « Semel malus semper praesumitur malus in eodem genere delicti: et hoc verum quando quis fuit malus in fine actus: quia qui fuit malus in aliquo actu et tandem se maxime correxerit, et fuit bonus in fine illius actus, praesumitur bonus: nam qui exercuit actum bonum praesumitur bonus, nisi faciat actum contrarium; sed si fecerit actum contrarium praesumitur malus donec de emendatione appareat »

[GIOVANNI D'ANDREA, *Glose au Liber Sextus Decretalium D. Bonifacii Papae VIII ... una cum Clementinis et Extravagantibus, earumque Glossis restitutus*, in Aedibus Populi Romani, Romae 1584, *De regulis iuris*, *Regula viii*, al.40].

« Queri potest de notabili et quotidiano dubio, videlicet an solitus delinquere habeat ex hoc indicium delicti contra eum, adeo quod possit poni ad torturam [...] et pro hac parte facit optime illa regula vulgata, qui semel malus semper praesumitur malus in eodem genere mali [...] Item adduci etiam potest glossa, quae dixit quod solitus furari in dubio praesumitur fur [...] quod solitus foenerari in dubio praesumitur foenerator [...] quod qui semel deliquit, praesumitur in futuro delinquere »

[IPPOLITO MARSILI, *Averolda. Criminalium causarum Practica, cum Theorica [...] elaborata [...]*, dans *Index Hippolyti De Marsiliis Bononiensis*.

Repertorium [...] Tractatum, Repetitionum, Lecturarumque [...], Dionysius Harsaeus, Lugduni 1551, § *Diligenter*, n. 99-102].

« Qui malae famae fuit, et nunc bonae, non manet aliqua infamia notatum. Qua re Bartolus docuit praesumptionem illam quod semel malus praesumatur adhuc malus, non esse ex necessitate, et ob id cessare, cum is resipuit [...] Si filia quae peccavit in suum corpus, peracta poenitentia resipiscat, alenda et dotanda est a patre [...] Si quis blasphemavit et deinde poenitentiam egit confessione sacramentali facta coram sacerdote, amplius non est puniendus, nec habetur ut blasphemus »

[JACOPO MENOCHIO, *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis, libri duo, Signum Concordiae, Venetiis, 1590, Casus 464, nn. 21-25*].

« ... cum propter malam vitam et perditos mores, sicut propter delictum infamiam incurrerit, praesumendum est omne malum de eo [...] per regulam semel malus »

[TIBERIO DECIANI, *Tractatus criminalis [...] utramque continens censuram, duobusque tomis distinctus, Haeredes Hieronymi Scoti, Venetiis, 1614, Tom. I, cap. 17, n. 2*].

« Semel malus semper praesumitur malus, quia de praeterito praesumitur in futurum [...] unde quod ad docendum quem esse talem, satis est probare illum aliquando talem fuisse [...]. Ex consuetudine delinquendi oritur contra reum praesumptio ex regula quod semel malus semper praesumitur malus, dummodo simus in eodem vel simili genere mali: secus si in diverso »

[PROSPERO FARINACCIO, *Praxis et Theoricae criminalis, partis primae tomus primus, continens Inquisitionis, Accusationis, Delictorum et Poenarum materiam [= Variarum quaestionum et commun.opin.criminalium, tit. 1-3], Georg. Variscus, Venetiis, 1603, quae. 23, n. 21 e n. 30*].

F) la présomption de méchanceté.

« Rubrica: *Solitus delinquens praesumitur malus etiamsi delicta non sint punibilia, ut contra offendentem bannitum.*

Procedit praesumptio [*quod delinquens praesumatur malus*] etiamsi delicta non sint punibilia, ut in offendente bannitum, qui impune offendi potest. Licet enim iuris interpretatione non dicatur delinquere propter impunitatem permissam, negari tamen non potest quod delinquens non sit. Oritur enim contra delinquentes spe gratiae et impunitatis, non levis eorum existimationis laesio apud probos viros [...] Secus tamen est si statutum non solum diceret posse impune bannitum occidi, sed etiam licite. Quae enim licite fiunt, delicta non sunt. »

[GIOVAN BATTISTA SCANAROLI, *De visitatione carceratorum libri tres, Rev. Cam. Apost., Romae, 1675, lib. I, § 13, cap. 5, nn. 22-25*].

« Decimum quartum indicium est consuetudo delinquendi, quod alias fuerit solitus committere simile delictum, nam semel malus semper praesumitur malus in eodem genere mali. Et ideo licet sit solitus alia committere, et non illa de quibus inculpat, non facit indicium, sed esse debent in eodem genere mali, et ideo si quis solitus sit verberare non ex hoc facit

praesumptionem in casu homicidii [...] Et qualiter probetur diffamatio et diffamia, et qualiter testes debent deponere, non sufficit quod ita dicatur, nisi fuerit convictus: si non apparet tribus annis retro elapsis delinxisse censetur purgata mala fama. Sicut bona fama operatur pro reo, ita mala fama aggravat reum in his in quibus non est infamatus nec inculpatus. Intellige de isto indicio sive sit solitus offendere et committere tale maleficium in personam aliorum, sive in personam offensi, nam si alias offensus nunc offensum praesumitur offendisse: ex praeterito enim facto futura metimur ».

[LODOVICO CARERI, *Practica causarum criminalium [...] in qua Tractatus appellationum, Tract. de Indiciis et tortura, Tract. de Homicidio et assassinio, et Tract. de Haereticis continentur, et quae disponuntur super his Iure Civili, Cano. et Regni Neap. statutis traduntur, et miro ordine apparent compilata*, Cominus de Tridino, Venetiis 1566, *De indicis et tortura*, § *Decimum quartum indicium*, nn. 1-4].

« Praesumitur vidua fornicatrix idem fecisse marito vivente [...]. Dispositio legis volens quod uxor per adulterium perdat dotem ampliatur etiam in vidua stuprum committente [...] quia ex tali stupro commissum in viduitate praesumitur idem fecisse in matrimonio [...] Nec obstat quod iura poenalia non debent extendi de casu vero ad fictum [...] nec obstat quod in materia criminali requiruntur apertissimae probationes, nec sufficiunt praesumptiones, quia illud procedit ubi ageretur de poena corporali, secus si de poena pecuniaria, prout est in casu nostro, ubi ageretur de amissione dotis simpliciter ».

[ANDREA ALCIATO, *De praesumptionibus cum Annotationibus et argumentis Io. Nicolai Arelatani*, Cominus de Tridino, Venetiis, 1564, *Regula secunda*, praes. 9, nn. 1 et 3].

G) severité envers les récidivistes

« Delinquendi consuetudo nocet reo, nedum in condemnando sed etiam in procedendo, quia lex multum praesumit contra eum qui consuetus est delinquere. Communi sententia delictorum frequentia delinquentis incorregibilitatem denotat »

[PROSPERO FARINACCIO, *Praxis et Theoricae criminalis, partis primae tomus primus, continens Inquisitionis, Accusationis, Delictorum et Poenarum materiam [= Variarum quaestionum et commun. opin. criminalium*, tit. 1-3], Georg. Variscus, Venetiis 1603, *quae.* 23, n. 20].

« Rubrica: 36. Soliti delinquere gravius puniendi quia vexatio dat intellectum. & n. 37. In solitos delinquere plerumque saeviunt iudices.

Sed ad delinquere solitos redeamus. Non desunt qui dicant quod isti, etiam socordes, utcumque sit, gravius veniant puniendi, quia vexatio dat intellectum, et secundum Dominum Thomam non facile homines demerentur a peccatis in quibus assuefacti sunt, absque gravibus poenis quibus puniendi videntur, cum licet humanum dicatur peccare, diabolicum tamen sit perseverare.

Caveant itaque omnes a frequentatione delictorum, quia plerumque

iudices ex mala reorum qualitate dilatant arbitrium et, ut dicitur, tragedias in nugis agunt. Probis exhibuimus naufragium, quod donec e terra spectabunt, ipsis bene erit. Hac monitione non egent milites in bello, quibus non licet bis peccare. Eorum enim delicta *emendationem non recipiunt*, cum statim poena sequatur errorem ».

[GIOVAN BATTISTA SCANAROLI, *De visitatione carceratorum libri tres*, Rev. Cam. Apost., Romae 1675, lib. I, § 13, chap. 5, nn. 36-37].

« E che per tre furti, fatti però distintamente in diversi tempi non continuati, né successivi, ma interpolati [...] si possono far impiccare, vedi doctores communiter [...] Ma che queste siano superstizioni di parole da non attendersi, ma solo la consuetudine, pertinacia, e abito fatto nel rubare; e però, comunque dica lo Statuto, doversi far impiccare li ladri abituati »

[MARC'ANTONIO SAVELLI, *Pratica Universale*, cit., § *Ladri*, nn. 11-12].

H) mais aussi modération et clémence.

« Rubrica: *Soliti delinquere non semper indigni clementia*.

Pro conclusione non omitemus subiungere solitos delinquere non esse semper indignos aliqua clementia, cum plerumque ex socordia (lâcheté) potius et dementia, ad eadem mala redeant, et stolidiores sint ipsismet irrationabilibus animalibus vitantibus illa a quibus se laesa cognoscunt ».

[GIOVAN BATTISTA SCANAROLI, *De visitatione carceratorum libri tres*, Rev. Cam. Apost., Romae, 1675, lib. I, § 13, chap. 5, n. 32].

« Quamvis regulariter in delictis ex duplici actu inducatur consuetudo (quod enim bis fit frequenter fieri dicitur), unde demoniaci oenergumeni et laborantes morbo caduco, si frequenter cadant non possunt in ordinibus ministrare, et dicuntur frequenter cadere si bis cadant, attamen ad hoc, ut quis dicatur habere consuetudinem blasphemandi non sufficit quod bis blasphemaverit, sed requiritur ut saepe ac saepius id fecerit »

[CESARE CARENA, *Tractatus de officio SS Inquisitionis, et modo procedendi in causis fidei in tres partes divisus*, Typis Iacobi Montii, Bononiae 1668, Pars II, tit. 7, § 5. *Quis dicatur assuetus blasphemare et ex consuetudine*, n. 22-23].

« Consuetudo delinquendi, iuncta etiam mala fama inquisiti, inducit contra ipsum inditium, et ubi esset deveniendum leviter contra inquisitum ad torturam, debet ipse acrius torqueri, si alias consuetus sit delinquere [...]. Haec ampliatio non procedit quando quis stetit per triennium quod non commisit delictum. Si enim per dictum tempus bene et laudabiliter vixerit, cessat praesumptio quod semel malus iterum praesumitur malus. [...]. Et in simili dicimus quod si inquisitus, qui alias fuerit malae famae, probaverit per triennium se bene vixisse, fuisseque bonae vocis, conversationis et famae, illa mala fama contra eum probata nihil ei noceret, quia censetur in totum purgata [...]. Et per triennii lapsum, quod quis praesumatur de malo effectus bonus, et sic emendatus de crimine [dicunt multi] [et hac limitatio procedit] etiam quod emendatus in isto triennio non fecisset magnam poenitentiam in monasterio, ac etiam quod non probasset

se abstinuisse ab illo delicto quando sibi occasio venit, quod istud triennii tempus currit a die delicti, et non a die habitae gratiae seu condemnatio- nis ».

[PROSPERO FARINACCIO, *Praxis et Theoricae criminalis, partis primae tomus primus, continens Inquisitionis, Accusationis, Delictorum et Poenarum materiam* [= *Variarum quaestionum et commun.opin.criminalium*, tit.1-3], Georg. Variscus, Venetiis, 1603, *quae.* 23, nn. 24-29].

I) L'aggravation des peines pour les récidivistes est limitée aux crimes majeurs ...

Rubrica: *Poena non augetur si reiterata sunt minima.*

« Intellige et limita, nisi reiterata fuissent minima, nam poena non augetur ut dixit Marsilius in Singulari 378 in fine [...] Cataldinus de Visso in Tractatu syndicatus, *quae.*49, dixit quod pro tribus furtis minimis non punitur capite, nisi cum armis stat furtum »

[LODOVICO CARERI, *Practica causarum criminalium [...] in qua Tractatus appellationum, Tract. de Indiciis et tortura, Tract. de Homicidio et assassinio, et Tract. de Haereticis continentur, et quae disponuntur super his Iure Civili, Cano. et Regni Neap. statutis traduntur, et miro ordine apparent compilata*, Cominus de Tridino, Venetiis, 1566, *De homicidio et assassinio*, § *Circa igitur tertium quibus ex causis poena augeatur*, n. 11].

« Poena augetur propter consuetudinem delinquendi quando delicta commissa sunt magna et gravia, secus si levia et minima ».

[PROSPERO FARINACCIO, *Praxis et Theoricae criminalis, partis primae tomus primus, continens Inquisitionis, Accusationis, Delictorum et Poenarum materiam* [= *Variarum quaestionum et commun.opin.criminalium*, tit.1-3], Georg. Variscus, Venetiis, 1603, *quae.* 23, n. 35].

« Declara septimo ut ita demum procedat gravior poena in solito delinquere, si delicta sint gravia, non autem levia et minima ».

[GIOVAN BATTISTA SCANAROLI, *De visitatione carceratorum libri tres*, Rev. Cam. Apost., Romae, 1675, lib. I, § 13, cap. 5, n. 15].

L) sauf le cas du vol, delictum turpe et grave.

« ...in furtis licet minimis poena augetur usque ad mortem: non tamen per hoc est inferendum generaliter ad alia delicta, quia furtum semper de sui natura reputatur turpe et grave delictum, etiam quod minima res furto subtrahatur: ideo poena augetur ex iteratione delictorum magnorum et gravium, non autem minorum et levium »

[PROSPERO FARINACCIO, *Praxis et Theoricae criminalis, partis primae tomus primus, continens Inquisitionis, Accusationis, Delictorum et Poenarum materiam* [= *Variarum quaestionum et commun.opin.criminalium*, tit.1-3], Georg. Variscus, Venetiis 1603, *quae.* 23, n. 35].

M) l'itération relève seulement dans les crimes punis de peine arbitraire

« Ratione multiplicationis et reiterationis [poenam] augeatur, quando per iudicem poena est imponenda, non quando ipso iure »

[LODOVICO CARERI, *Practica causerum criminalium [...] in qua Tractatus appellationum, Tract. de Indiciis et tortura, Tract. de Homicidio et assassinio, et Tract. de Haereticis continentur, et quae disponuntur super his Iure Civili, Cano. et Regni Neap. statutis traduntur, et miro ordine apparent compilata*, Cominus de Tridino, Venetiis, 1566, *De homicidio et assassinio*, § *Circa igitur tertium quibus ex causis poena augeatur*, n. 10]

« in poenis impositis ipso iure poena non augetur propter iterationem delictorum »

[PROSPERO FARINACCIO, *Praxis et Theoricae criminalis, partis primae tomus primus, continens Inquisitionis, Accusationis, Delictorum et Poenarum materiam [= Variarum quaestionum et commun. opin. criminalium*, tit. 1-3], Georg. Variscus, Venetiis, 1603, *quae*. 23, n. 36].

N) un cas particulier: les récidivistes séditieux.

« Ita qui propter ambitionem ad seditiones provocantur [...] ita qui propter divitias seditiosi sunt [...]. Qui illatas sibi iniurias per seditionem ulciscuntur id tantum agunt ut sumpta de adversariis vindicta gloriose de ipsi triumphare possint [...]. Sed qui callidiores sunt, eos ipsos cautius dissimulando, et saepe diversam etiam adeoque contrariam voluntatem pro se ferendo celant [...]. Illud omnibus, tam singulis quam multitudini, commune est: quod simili studio et conatu actionum suarum, *turpitudinem* sub specie aliqua *honestatis* contegentes excusant; quae per se *turpia sunt*, tamen *honestis vocabulis enunciant* »

[CONRAD BRAUN, *Tractatus de seditionibus*, dans vol. XI.1 des *Tractatus Universi Iuris*, sub signo Aquilae Renovantis, Venetiis, 1584, lib. II, chap. 16, nn. 1-4].

« In seditionibus et partialitatibus reperiuntur et descendunt *tria magna mala* [...].

Prima *magna fatuitas*, quia non videtur sub coelo esse stultior gens quam partiales, qui ex appetitu et desiderio mali ponentes in periculo substantiam temporalem, corpus, filios, consanguineos, amicos, et eorum bona. [...] Et huiusmodi partiales similes sunt frenetico, qui gaudens exponit se magnis periculis, nil reputans ea, et hoc quia ratione caret.

Secundum malum est *nimia crudelitas*: non enim invenitur tanta crudelitas in aliquo genere hominum quanta in partialibus et seditiosis quia habitum odii semper habent contra homines contrariae partis, tam notos quam ignotos, praesentes, praeteritos et futuros, adversus infantes, et senes; aliquando adversus consanguineos et affines et contra eos qui aliquando sibi in multis servierunt [...] Qui odit fratrem suum homicida est. Sed ultra odium cordiale quis exprimere valeat severas et immanes crudelitates quas contra aliam partem exercent? Non parcunt aetati, non sexui, non consanguineitati, non amicitiae, non fidei, non religioni, non sanctitati, sed usque ad devorationem humanae carnis perveniunt.

Tertium malum est in eo *magna diuturnitas*. Non semper morantur huiusmodi divisionibus et partialitatibus. Et multum difficile est dimittere partialitatem in qua *inveterati sunt et firmiter habituati* [...] Multa enim

perfecto crimina ex malivolentia partialium et seditiosorum oriuntur. Hinc homicidia, hinc adulteria, illinc meretricia, raptus, fornicationes, monialium violationes, rapinae, furta, incendia, sacrilegia; alii fame moriuntur, alii igne comburuntur, alii decapitantur, alii membris detruncantur, manibus, lingua, et aliis membris, et quod verecundum est dicere pudentibus ».

[NICOLAS BOHIER, *Tractatus de seditiosis omnibus, civitatutn, villarum et castrorum*, [...], dans *Volumen... omnium Tractatuuum criminalium ...* (ed. Fr. M. Passeri), Cominus de Tridino, Venetiis, 1556, § *Et primo*, nn. 9-13].

« Ita organa ipsius [diaboli] sunt haeretici et schismatici: quae honesta et salutaria sunt, ea tamquam turpia et noxia fugienda; quae vero mala sunt et pestifera, ea tanquam honesta et quae salutem afferre possint, amplectenda esse simplicibus persuadent [...] Ac primum quidem vitae sanctitatem simulantes, tamen intus omnium vitiorum sordibus contaminati, ut scilicet hoc modo sub specie honestae vitae errores suos probabiliores reddant. Qua re et multos saepe misere deceperunt ».

[CONRAD BRAUN, *Tractatus de seditionibus*, dans vol. XI.1 des *Tractatus Universi Iuris*, sub signo Aquilae Renovantis, Venetiis, 1584, lib. II, chap. 16, n. 8-9].

BRIGANTAGGIO E RIBELLISMI
NELLA CRIMINALISTICA DEI SECOLI XVI-XVIII

I. La storia di una assenza. — 1. La parcellizzazione dell'infrazione penalistica. — 2. L'attitudine retributiva della scienza penalistica di ancien régime. — II. Beni e valori specialmente tutelati. — III. *Specialia criminis latrocinii*: un garantismo per la repressione.

I.

LA STORIA DI UNA ASSENZA

Nella dottrina penalistica di ancien régime non esiste alcuna fattispecie che possa essere ricondotta alla nozione moderna di « banda armata », o che copra con sufficiente consapevolezza scientifica l'area alla quale appartengono fenomeni oggi designati come « brigantaggio », « banditismo », « terrorismo », o altri simili, ad esclusione di tutto quanto potesse essere percepito come « rebellio ».

La storia della nozione penalistica di « banditismo », rispetto all'epoca indagata, è quindi innanzitutto la storia di una assenza, posto che la manifestazione tecnica di quel comportamento (visto secondo il processo di criminalizzazione primaria che esso *oggi* subisce) è quella di un crimine associativo ⁽¹⁾, anche se la sua

⁽¹⁾ L'associazione per delinquere, o associazione di malfattori, o secondo altre espressioni presenti in codici pre-unitari, « comitiva armata », « banda armata », eccetera, prende forma tecnica per la prima volta nel Code pénal del 1810: « *Art. 265*: Toute association de malfaiteurs, envers les personnes et les propriétés, est un crime contre la paix publique. *Art. 266*: Ce crime existe par le seul fait d'organisation de bandes ou de correspondance entre elles et leurs chefs ou commandants, ou de conventions tendant à rendre compte ou à faire distribution ou partage du produit des méfaits ».

possibile fenomenologia non esclude il caso del *latro* che agisca in modo solitario.

Vale la pena di dire, però, che quella assenza possiede una forte comunicativa. Non si tratta di osservazioni banali sulla eloquenza dei silenzi, ma proprio di un vuoto motivato da elementi che hanno peso nella storia delle politiche penali degli Stati di antico regime.

Non si può dire, infatti, che i giuristi del XVI o del XVII secolo non si fossero accorti dell'esistenza dei banditi (anche se quasi certamente non avevano la nozione di 'banditismo') e non avessero per questo concepito il crimine relativo. La non previsione del *crimen* di banditismo (e cioè la sua mancata criminalizzazione primaria) è dovuta ad altre ragioni, che cerco di sintetizzare qui sotto.

1. *La parcellizzazione dell'infrazione penalistica.*

Tutta la dottrina giuridica di diritto comune, compresa quella civilistica, è fortemente condizionata da una sua attitudine culturale di fondo, strutturale ed essenziale, che consiste nel procedere per parcellizzazioni ed elenchi, al fine di riservarsi un largo spazio interpretativo ed ampia libertà nella fase di applicazione delle leggi, sia penali che no. Nel campo penale, la frantumazione delle fattispecie (che non tendono ad essere generali e comprensive, ma particolari e restrittive, articolate in subspecie, e tendenti a nascere per separazione) alimenta la possibilità delle derubricazioni e per-rubricazioni, che è essenziale per la manovra punitiva del giudice.

Anche sul terreno del crimine che oggi noi diciamo « di banda armata », ci troviamo in presenza di una sorta di recinzione di comportamenti particolari che sono quelli che tipicamente appartengono al *modus operandi* dei « banditi », ma che vengono dai giuristi criminalisti costruiti dogmaticamente per fattispecie autonome (e con terminologie arricchite da sfumature che rendono molte fattispecie in qualche modo incrementate o depauperate all'occorrenza: esempio *assassinum/sicarius*, *grassatio/robberia*, ed altre).

Da questo deriva che mettendo insieme fattispecie diverse, o frammenti di esse, possiamo ricostruire una mappa di comportamenti criminali riferibili, tutti insieme, a quello che era verosimil-

mente il ventaglio di azioni tipiche della banda di *ancien régime*. I comportamenti e le azioni, dico, perché *l'essere una banda* non è crimine e non viene punito (ma di questo più avanti).

L'attitudine a parcellizzare spiega l'assenza di cui dicevo sopra: perché il crimine di banda armata è crimine 'sintetico', non distrettuale; è il risultato di una astrazione della politica penale, e non la conseguenza di un ragionamento che mira — come fa normalmente il diritto penale antico — a retribuire il dolo e il danno.

Le fattispecie particolari implicate per la stesura di una sorta di 'mappa ricostruita' del *crimen* di banditismo nella dottrina del diritto penale comune, non sono poche: alcune entrano per intero nella mappa, altre in parte, altre ancora per piccoli frammenti o solo per l'opinione di qualche più isolato giurista.

Avverto che l'elenco che segue è schematico e leggermente brutale: nel senso che semplifica con qualche ruvidezza nozioni che sarebbero di per sé più sfumate (e talora *molto* più sfumate), tralasciando dettagli, arricchimenti concettuali, fallenze o emendamenti.

Latrocinium. Latro.

Si tratta dell'uccisione rivolta a spogliare l'ucciso. La dottrina qualifica il *latrocinium* come un crimine mostro, formato dalla ibridazione di omicidio e rapina. Ma la sua definizione ⁽²⁾, oltre ad essere stretta ed esclusiva (a rigore è *latrocinium soltanto* l'uccisione a fine di lucro o spoliazione; è *latro*, a parte gli usi metaforici o traslati del termine, solo l'autore di quel crimine particolare), è aperta alla designazione di fatti che non hanno nulla a che fare col banditismo.

Se infatti il latrocinio è un omicidio a fine di lucro, esso è

(2) « Ex hisce apparet in quonam qualitas latrocinii consistat, quidque proprie latrocinium constituat; nimirum homicidium est, lucranda pecuniae causa, alterius rei, commissum... » (B. CARPZOV, *Practica nova*, I, q. 22, n. 14). Oppure: « Latrocinium est homicidium, quo allum incautum quis latenter, ac per vim spoliatur, imo neque spoliis contentus, eum pariter occidit; est itaque, brevius loquendo, homicidium cum spolio, seu rapina patratum. Dicuntur perinde latrones qui homines per vira, vel in domibus, vel viis publicis aut privatis, suis rebus spoliatur; neque spoliis contenti vitam resistentibus adimunt, vel iis quoque a quibus se cognitos et propalandos credunt » (N. ALFANI, *luris criminalis libri*, II, *De criminibus*, tit. V, *De homicidio*, § *De latrocinio*, n. 1).

certamente crimine tipico (anche) dei *latrones*/banditi, ma è certo altrettanto diffuso in ogni altro ambiente; anzi, è probabilmente una delle forme più frequenti di omicidio, specie se il fine di lucro viene dottrinalmente decolorato fino ad apparire semplicemente come ‘fine di conseguire profitto, o vantaggio’: ed è proprio ciò che fanno alcuni non secondari giuristi ⁽³⁾, per scopi di politica penale che poco attengono alla repressione del banditismo.

Una diversa impostazione, meno ancorata alla tradizione romanistica più seguita (ma pur sempre legata a definizioni presenti nel *Corpus Iuris*), è rilevabile in altri giuristi ⁽⁴⁾. Essi insistono di meno sulla necessità che il *latro* uccida, perché meriti il nome. Basta, si dice, che l’omicidio sia ingrediente potenziale nella sua azione; l’essenziale è che ci sia aggressione violenta, armata, per strada o in casa, con il fine di spoliazione. È ben quello che fanno normalmente i banditi, ma questa fattispecie sembra piuttosto essere quella comunemente accettata come « *Depraedatio* ».

Depraedatio. (De)praedatores. Praedones. Piratae.

Si tratta della spoliazione, con aggressione violenta e armata, alla

⁽³⁾ Il protagonista più significativo di questa linea dottrinale mi sembra Benedict Carpzov: dopo aver indicato gli elementi che rendono il *latrocinium* « crimine enorme et terribile », degno della più grande severità e destinato ad essere trattato con l’impiego di una grande quantità di *specialia*, insiste a lungo sulla linea che lo appiattisce nella fattispecie dell’omicidio a scopo di lucro; non è difficile, poi, dimostrare che la nozione di lucro va intesa in modo largo e tale da comprendere ogni forma di vantaggio. Entrano così sotto la rubrica del *latrocinium* gli omicidi commessi per occultare altri reati, per avere vantaggi futuri, per eliminare concorrenti pericolosi in questa o quell’impresa: « Quinimo — scrive Carpzov, al n. 52 del luogo già citato — si quis aliquem occidat eo fine, quo postea cum ipsius vidua matrimonium contrahere queat, latrocinium committit, et poena latrocinii hoc casu obtinere puto. ». Come ben si vede, la linea di politica penale che traspare da questo genere di indicazione giuridica non ha molto a che fare con i *latrones*, intesi come banditi: segno che a Carpzov interessa di più disciplinare i comportamenti quotidiani e dare ai giudici uno strumento per intervenire in modo clamoroso o esemplare sui casi di omicidio « ordinari », che non incidere attraverso l’istituto penalistico sulla repressione del banditismo.

⁽⁴⁾ Per esempio Prospero Farinaccio (in particolare, *Praxis*, II, 2, lib. V, *De furtis*, tit. XVII, q. 166, n. 7). La definizione che egli dà del *latro* si avvicina più di molte altre alla figura criminosa del « bandito », così come noi la concepiamo. Il suo testo di riferimento romanistico è la autentica *Sed novo iure*, C. *De servis fugitivis*.

quale può eventualmente seguire l'uccisione di coloro che fanno resistenza ⁽⁵⁾. Si è già visto che alcuni giuristi ne fanno una manifestazione del *latrocinium*, ma si tratta di una posizione poco rigorosa. Il punto essenziale di discriminazione sta nel fatto che la *depraedatio* viene qualificata dall'omicidio come ingrediente potenziale, successivo (e quindi eventuale) rispetto alla spoliazione. Il nesso di successione temporale tra le due azioni è rovesciato rispetto al *latrocinium*, nel senso che l'uccisione diventa un « accidentale delicti ». Il suo ingresso nell'azione è possibile, e questo qualifica quella spoliazione come « depraedatio », ma ove avvenisse effettivamente la trasformerebbe in *latrocinium*.

La pirateria, che esula da questa trattazione ⁽⁶⁾, appare prossima nella sua struttura alla *depraedatio* (« Sunt marini praedones piratae... »), ma sembra poi vicina al *latrocinium* quanto al trattamento (« ...et latronibus aequiparantur »), a conferma di una ambiguità — o ancipitismo — di questa fattispecie.

Crassatio viarum, Crassatores. Raptores. Robbaria.

È il crimine di coloro che, « improbabili fures », stanno in azione, sulle strade o in altri luoghi di passaggio, « praedae causa », ma senza uccidere, e senza che l'uccidere rientri nella loro previsione criminosa. « Crassatores dicuntur stratarum robbatores sine homicidio » (Angelo da Arezzo, Paolo di Castro), oppure « qui derobant in stratis publicis absque interfectione » (Bartolomeo Cepolla).

Ciò che li distingue dai *praedones* è l'assenza di previsione in ordine all'omicidio: un atteggiamento « professionale », perciò. Si tratta di *categorie* di criminali, a quanto pare, che tengono una condotta tipica tale da distinguerli gli uni dagli altri, ma che possono ad ogni momento cadere nel crimine più grave, realizzando — se

⁽⁵⁾ Ne fa una questione di *voluntas delinquendi*, e quindi di dolo, di previsione dell'evento, e quindi di preparazione o di premeditazione, T. DECIANI, *Tractatus criminalis*, lib. IX, *De latronibus et piratis*, nn. 2-4.

⁽⁶⁾ Oltre alla voce *Pirateria, storia*, pubblicata di recente nella *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Milano 1983, da C. M. MOSCHETTI, esiste sullo stesso tema lo studio di S. DI NOTO, *Il delitto di pirateria nel diritto comune*, in « Studi Parmensi », XXV (1979), pp. 187-231 (prima parte), e poi ancora in « Studi Parmensi », XXIX (1981), pp. 1-39 (seconda parte).

riesco a farmi capire — il caso, poniamo, di un *crassator* che commette *latrocinium* (il giorno che, per qualsiasi motivo, si trovasse ad uccidere una sua vittima), senza con questo diventare *latro*. Del resto, avvertì Bonifacio de' Vitalini, « Crassatores sunt cognati latronum, et latronibus proximi, etiam quod *crassar* dicuntur illi qui ...viatores... adoriuntur ».

Per quanto cognato del *latro*, il grassatore sembra molto vicino al *derobbans* (« robbaria est verbum magistrale et grossum, et intelligitur secundum quod vulgus intelligit, et sic secundum communem loquendi usum,.. Et robbaria et rapina idem sunt... et differt a furto quia furtum fit sine vi et clam, robbaria vero publice et cum vi... et derobbans sit paratus vim facere resistenti » (7)), e la *robbaria* è assai prossima alla rapina che, se perpetrata lungo le strade o i grandi cammini, non può non confondersi con la grassazione: tanto che la dottrina ottocentesca qualificherà la grassazione proprio e soltanto per il luogo in cui avviene la rapina.

Quel che conta notare è invece che la *crassatio*, con le sue varianti di evento e di etichetta, è (anche) un crimine contro la tranquillità pubblica (importa « fractio pacis », dice Carpzov (8) a differenza della *obsessio viarum*, che attiene al *crimen vis*): e qui per la prima volta — data forse l'assenza di omicidio, che finisce per assorbire interamente la gravità del *crimen latrocinii* e la minacciosità del *crimen depraedationis* — appare una qualificazione in qualche modo 'politica' di questo comportamento criminale.

Obsessio viarum.

È il crimine di coloro che stanno in attesa, in attitudine di agguato, avendo predisposto mezzi ed artifici, con armi proprie o improprie, pronti ad aggredire i passanti che poi feriscono, colpiscono o bastonano, e magari derubano. Sembra crimine cittadino

(7) FARINACCIO, *Praxis* cit., II, 2, lib. V, *De furtis*, tit. XVII, q. 166, n. 27.

(8) « Loquitur expresse von der Wegelagerung, quod vero intelligitur der Halt, ut vulgo appellatur, quando videlicet praedones, diffidatores ed alii, extra oppida, vicos vel pagos, in sylvis aut agris, iuxta itinera publica se occultant eo animo, ut viatores spolient, vel occidant, vel interceptos abducant, aud aliud quippiam in eos committant, coadunatis hominibus, et animo hostili atque doloso, quod in poenam fractae pacis publicae incidit » (CARPZOV, *Practica* cit., I, q. 40, n. 39).

piuttosto che rurale, da banda urbana, o di paese; crimine da violenti rissosi, dice Carpzov ⁽⁹⁾, o da milizie private (commesso da chi « *vias, angiporta, trivium et alia loca oppidorum vel pagorum occupant et obsident, ac praetereuntes expectant, quos postea adoriuntur, vulnerant, pulsant et verberant* ») ⁽¹⁰⁾.

È *crimen vis publicae*: non ha come obiettivo principale i beni delle persone, ma la loro incolumità: si tratta dunque di una forma di banditismo (forse occasionale, questo sì), *sui generis*, che interessa insieme l'ordine pubblico e l'autorità di chi governa.

È anche un *crimen* significativo dal punto di vista dogmatico. Coloro che lo commettono, infatti, potrebbero anche non essere passati affatto all'azione che stavano preparando; voglio dire che si tratta in buona sostanza di un *crimen* misurato su atti preparatori di una aggressione, sebbene collettiva e quindi laboriosamente predisposta. Atti preparatori: l'attendere avendo messo in campo mezzi ed artifici, potrebbe rilevare come tentativo di *vis publica*, mentre è considerato già di per sé reato consumato (tralascio la considerazione dell'attesa armata perché il portare armi, se vietato, è *crimen* autonomo). Uno spiraglio importante nella costituzione della figura della 'associazione per delinquere' che si concretizza in un primo atto preparatorio di un crimine successivo più grave.

Vale allora la pena di citare subito la lucida definizione di Francesco Carrara che, affrontando la questione della « associazione di malfattori » (o della « società criminosa », che forse meglio si adatta alla *obsessio viarum*), stabilisce un iter logico-dogmatico nel quale è dato di vedere il cammino attraverso il quale quella dottrina di diritto penale comune avrebbe potuto colmare *l'assenza* di cui dicevo all'inizio.

« Le consociazioni costituite al fine di commettere delitti — scrive Carrara nel *Programma*, IV, § 3039 — devono essere punite come reato di per se stante in ogni governo, a ragione del pericolo

⁽⁹⁾ «...obsessio itinerum, *das Vorwarten*, quae neutiquam species est criminis fractae pacis publicae; quando nempe rixantes in viis vel angiportis oppidorum, vel pagorum, adversarios praetereuntes expectant, eosque ex insidiis adorti vulnerant vel verberant, quod plurimum de nocte fieri consuevit, ubi comitatores, rixa inter ipsos exorta, domum se conferunt ... » (CARPZOV, *Practica* cit., I, q. 40, n. 39, in fine).

⁽¹⁰⁾ CARPZOV, *Practica* cit., I, q. 40, n. 36.

sociale che emerge dal solo fatto della loro costituzione. Queste si contemplano nella scienza e nei codici contemporanei sotto il nome di *società criminosa* o di *associazione di malfattori*. Estremo cardinale ed indispensabile di questo titolo di reato si è che consti una organizzazione permanente...

E quando una mano di consociati siasi già mossa con riunione di un certo numero alla aggressione dei diritti altrui, piglia il nome di banda. Queste forme di reato rientrano nella violenza pubblica ».

Gli elementi sembrano essere tutti presenti: una associazione con fine di commettere reato, che muove alla aggressione di diritti altrui (*vias obsidet*), e quindi diviene « banda »: potrebbe assumere un carattere permanente, o magari avere già una qualche regolarità nell'azione. Un passo più avanti e si sarebbe potuto concepire il crimine di associazione, eppure la cosa non avvenne. Le ragioni che ipotizzo saranno chiarite più avanti. Per ora mi limito a completare, sia pure assai sinteticamente, la mappa dell'arcipelago di fattispecie che costituisce la nozione di « banditismo/brigantaggio » nella dottrina penalistica di diritto comune.

Diffidatio.

È un crimine la cui analisi può dirsi relativamente recente. Fa oggetto di esame in numerose dissertazioni sei-settecentesche ⁽¹¹⁾, e costituisce uno dei *loci communes* in cui sono presi in considerazione l'*assassinium* e lo stesso *latrocinium*. Si tratta di una forma di violazione della tranquillità pubblica e privata, fatta per intimidazioni o per minacce gravi (per esempio di incendio, o di saccheggio), o con pratiche particolari quali lo *scopelismo* (pratica minatoria che consiste — tra l'altro — nel gettare pietre sul fondo del minacciato), l'*admenatio* (minacciare levando mani armate) o la *concussio* (« terror iniectus, pecuniae vel alicuius rei extorquendae causa »). La *diffidatio* avviene « voce, litteris, signis », e si qualifica per elementi essenziali quali la « vis publica sive armata », la « vis cum impetu facta », il « dolus malus ».

⁽¹¹⁾ Tra le tante esistenti, ho consultato quelle di Ch. PELLER, *Dissertatio de diffidationibus*, Altdorf 1658; W. HOMBERG, *Disputatio iuridica de diffidationibus*, Leipzig 1676; F. G. LORENZ, *De diffidationibus*, Württemberg 1733. Il *Tractatus* più importante resta quello di H. BOCER, *De diffidationibus*, Tübingen 1625.

Il modello della *diffidatio* sembra particolarmente prestarsi alla qualificazione di quelle forme di banditismo che si attuano attraverso società segrete provviste di potere « pubblico » (attraverso l'uso che esse possono fare del potere dei singoli affiliati), o che si strutturano secondo un modello, per intenderci, di tipo mafioso. L'estorsione sembra la loro attività più probabile, ma non si escludono altre forme di violenza variamente interessata a qualche fine di trarre profitto ⁽¹²⁾.

Assassinium.

L'assassinio è l'omicidio su commissione. Assassini vengono detti i *latrones*, vulgo ed anche nel linguaggio della scienza (o delle aule universitarie): il comportamento è lungamente analizzato nei *tractatus de assassinio* ed in numerose dissertazioni ⁽¹³⁾ con frequenti equiparazioni, nel trattamento, al destino del *latro*. Del resto, anche volendo stare alla definizione del *nomen*, omicidio su mandato, siamo in presenza di una fattispecie presente nel repertorio del banditismo di ogni tempo. È comunque significativo il fatto che i *tractatus de latrocinio* e quelli *de assassinio* conoscano una indiscutibilmente comune vicenda scientifica ⁽¹⁴⁾.

Certo, non bisogna dimenticare che 'vicenda comune' significa anche progressiva sovrapposizione delle forme, tecnicamente distinte, di 'latro' e 'assassinus'. Se classicamente l'*assassinium* è il crimine di colui che « ...suscepta ab aliquo pecunia, mediante mandato, alterum occidit » ⁽¹⁵⁾, accade poi che, poco a poco il suo significato slitti fino ad indicare l'omicidio « commissum causa lucri faciendi », e da questa posizione finisca facilmente per coincidere

⁽¹²⁾ « Nam diffidatores illi proprie dicuntur qui ... ius in manibus se habere putantes, spreta legum et magistratum autoritate, pro libidine sua, vi et metu, homines, ut voluntati suae pareant, compellere conantur » (PELLER, *Dissertatio* cit., XXIX).

⁽¹³⁾ Ho consultato: S. WEISS, *Disputatio iuridica de assassinio*, Jena 1636; L. PLEICKARDT, *Disquisitio iuridica de assassinio*, Tübingen 1656; J. H. GESELLE, *Disputatio iuridica de assassinio*, Giessen 1683; J. FEDELER, *De assassinio*, Nürnberg 1690; U. VON EIBEN, *Disputatio de assassinio, seu homicidio imperato*, Strasbourg 1708.

⁽¹⁴⁾ Mi limito qui a ricordare soltanto D. CH. VON HAGEN, *De latrocinio et assassinio*, Leipzig 1661, e F. G. FINCKLERH, *Dissertatio de coercitione atque poena latrocinii, assassinii et infanticidi*, Tübingen 1720.

⁽¹⁵⁾ FARINACCIO, *Praxis* cit., IV, *De homicidio*, q. 123, in spec. II, n. 19.

con il *latrocinium*, ogni volta che le circostanze in cui avviene fanno pensare ad un atto di quelli che oggi, per intenderci, definiremmo banditeschi.

Forme minori, forme miste.

L'obiettivo di questa schematica rassegna è quello di mostrare che la trattazione del *crimen* di 'banditismo' viene frantumata dai giuristi criminalisti in una serie di figure diverse e articolate, con sfumature e sovrapposizioni, con incertezze di confini e perplessità terminologiche: alcune di queste figure essendo provviste di forte 'indicazione' rispetto alla materia, altre essendolo molto meno.

Tra le forme minori (che attentano ai beni, praticamente ignorando l'incolumità delle persone), la *depopulatio agrorum* ⁽¹⁶⁾, l'*invasio* (che però presuppone forme di violenza personale, o non le esclude), l'*irruptio*. Anche l'*incendium* — seppure molto impropriamente — figura tra le fattispecie di cui qualche giurista si occupa nel contesto di un'analisi generale del *crimen latrocinii* ⁽¹⁷⁾, e così anche il *recaptus*: il sequestro di persona a scopo di estorsione che talune bande praticano, inducendo il criminalista a farne una forma di banditismo, mentre è piuttosto uno dei possibili comportamenti tenuti dai banditi ⁽¹⁸⁾.

Miste sembrano le fattispecie che si richiamano alla *vis publica* e al turbamento della quiete pubblica (*fractio pacis*, in particolare); ma anche qui occorre notare che non si tratta di fattispecie di banda, quanto piuttosto di conseguenze del comportamento dei banditi.

2. *L'attitudine retributiva della scienza penalistica di ancien régime.*

Oltre alla parcellizzazione dell'infrazione penalistica, bisogna

⁽¹⁶⁾ Per tutti, per l'appropriata sintesi, F. G. DE ANGELIS, *Tractatus criminalis, De delictis*, I, cap. 37, *De depopulatione agrorum, seu vastatione et grassatione per campaneam*.

⁽¹⁷⁾ Corretta è l'impostazione che ne dà H. BOCER, *Tractatus de crimine praedationis, latrocinii et incendiariorum*, Tübingen 1625, n. 52 ss. (« ... consequitur nunc tertium quod minari etiam solent diffidatores crimen, incendiarium scilicet facinus »).

⁽¹⁸⁾ F. BROYA, *Praxis criminalis, seu methodus actitandi in criminalibus*, cap. VII, *De recaptu cum sequestratione personae*.

tenere presente — nel tentativo di ‘giustificare’ quella assenza — anche l’attitudine fortemente *retributiva* di tutta la politica penale della fase che stiamo indagando.

Attitudine della dottrina criminalistica e quindi delle politiche penali: intese queste ultime come l’insieme che nasce dalla unione tra la conformazione degli apparati punitivi e le linee della loro gestione, che è anch’essa affare di giuristi, *doctores* o giudici.

C’è senza dubbio, in questa fase, una prevalenza della politica penale (uso del sistema punitivo e sua costante messa a punto da parte della dottrina e, in parte, della legislazione) sulla politica criminale (con la quale si intende non l’uso dei mezzi punitivi dello Stato, ma l’uso dell’intervento politico, o degli strumenti ideologici, per ‘governare’ il fenomeno criminale e facilitarne la compressione, secondo criteri omogenei agli interessi dei ceti dirigenti).

Tale prevalenza è dovuta a motivi complessi che non possono essere compiutamente indagati in questa sede. Essa tuttavia esiste, ed è causa di alcune ‘distorsioni’ del sistema punitivo che possono essere così indicate (con l’avvertenza che si tratta di *alcune* distorsioni; che sembrano tali ora e a noi; che vengono isolate in quanto attinenti al discorso che sto facendo; che vengono qui strappate a fatica da connessioni che le legano ad altre):

a) Sopravvalutazione del momento retributivo: l’obiettivo essenziale del sistema punitivo è la punizione degli autori, non l’arginamento del crimine e la sua compressione.

b) Assorbimento nel momento della pena (attraverso esemplarità, enfasi, elefantiasi e generalizzazioni) di ogni funzione ‘preventiva’ del sistema punitivo: la prevenzione è tutta schiacciata sulla dissuasione ed affidata ad essa.

c) Disseminazione continua della criminalizzazione primaria. In conseguenza di questa tendenza sempre nuove fattispecie minori « *aequiparantur latrocinio/depraedationi/robbariae* ».

d) Manovra molto lenta, e tendente alla convenzionalizzazione, della criminalizzazione secondaria: il che vuol dire affidare a ‘pregiudizi’ o addirittura a ‘protostereotipi del criminale’ gran parte della criminalizzazione secondaria, e cioè della effettiva applicazione delle norme criminali, quando si tratta di crimini contro il patrimonio, la sicurezza, la tranquillità e l’ordine pubblico. È del resto

notissimo lo scarso e non coerente funzionamento del processo di criminalizzazione secondaria in antico regime.

e) Sottovalutazione delle fattispecie di pericolo, spesso totalmente ignorate. Quella dottrina giuridica riesce a malapena a concepire fattispecie di pericolo (quando non si tratti dell'area del *crimen laesae maiestatis*), perché troppo assorbita dai principi « ne crimina remaneant impunita » o « ex gravitate facti desumitur poena »: la stessa nozione di 'colpa' viene mediocrementemente sviluppata, ed è sempre difficile trovare interesse per eventi che non abbiano provocato danno con dolo. Nelle fattispecie di pericolo il danno non è immediatamente visibile, ed il dolo (che talora è realmente assente) viene messo in un cono d'ombra dalla stessa invisibilità del danno.

f) Mediocre percezione del danno (materiale) globalmente emergente dall'insieme dei crimini che vengono consumati. La mancanza di una 'opinione pubblica' di tipo moderno è tra le cause principali di questa incomprendenza.

Se si fa una somma algebrica di questi 'inconvenientes' del sistema punitivo desumibile dalla impostazione dottrinale dei giuristi criminalisti, si potrà capire meglio come proprio dal *retribuzionismo* possano derivare disattenzione o disinteresse per una fattispecie criminale come l'associazione per delinquere, che è tipicamente di pericolo ⁽¹⁹⁾ e si muove su di un terreno che confina con quello della 'sicurezza dello Stato' (dove invece l'associazione pericolosa non è affatto trascurata) ⁽²⁰⁾. Inoltre: a valle della costituita associazione, c'è un pullulare di ipotesi di criminalizzazione primaria per tutto quanto gli associati possono fare, da soli o insieme, e quei comportamenti mostrano chiaramente il dolo e il danno, onde è facilissimo applicare a *quelli* il meccanismo riparatorio e dissuasivo della retribuzione.

⁽¹⁹⁾ Di recente, e molto bene, ha ribadito questo punto G. INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, Padova 1983, p. 185 ss. Occorre accennare, però, alla presenza di un'ipotesi di « pericolo » derivante dal « pactum sceleris », presente nella dottrina più risalente (per esempio Angelo Gambiglioni, sec. XIV-XV).

⁽²⁰⁾ Chi volesse, potrebbe trovare molte pagine dedicate a questa e ad altre questioni ad essa prossime, nel mio *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza criminalistica moderna*, Milano 1974.

Ed è *con la pena* che si farà — come cercherò di mostrare tra breve — quel poco di politica criminale nei confronti del banditismo che i giuristi sapranno inventare.

A quelle che precedono, vanno poi aggiunte almeno quattro osservazioni generali che forse consentono di meglio inquadrare il rapporto tra il sistema punitivo di diritto comune ed il problema tecnico/politico della repressione del banditismo in antico regime.

In primo luogo, bisogna tenere presente che la sottovalutazione delle fattispecie di pericolo è legata anche (e forse soprattutto) alla prematurità di una nozione come quella di ‘difesa sociale’, e comunque alla inconcepibilità di un diritto penale rapportato a schemi antiretribuzionistici.

Bisogna poi riflettere sull’assenza di un diritto di polizia preventiva maturo ed organico, e sulla riluttanza dei giuristi (non delle *pratiche* — di polizia, di tribunale, di legislazione —) ad usare categorie che avessero a che fare col sospetto e con la presunzione. Riluttanza, non rifiuto; di giuristi, non di giudici.

Non si deve poi dimenticare che l’*associazione di malfattori* è forma giuridica di repressione dell’illegalismo di massa e del banditismo. La sua assenza nello strumentario del giurista può essere significativa di una repressione *de facto* — cioè militare e non penale —, sottratta alle forme della legalità. È noto che, in realtà, questo profilo ebbe la sua importanza.

Infine si può notare che, trattandosi di *latrocinia, praedationes, crassationes, obsessiones, collettive*, cioè fatte in banda, la dottrina tende piuttosto ad assorbirle, nelle figure della complicità o del concorso di persone, stabilendo al massimo l’aggravante del ‘*crimen plurium*’. E la complicità prevale sul concorso di persone, cioè lo colora di sé, lo copre o mette in ombra.

II.

BENI E VALORI SPECIALMENTE TUTELATI

Problema non secondario, per la valutazione delle politiche penali, e per la comprensione dell’atteggiamento dei giuristi, è quello della individuazione del bene giuridico preminente nella scala di beni tutelati dalla repressione del *crimen* ‘banditismo’, o ‘brigan-

taggio' (ferme restando le cose già dette sulla sua 'esistenza' dottrinale).

I profili che emergono sono tre: la vita e l'incolumità delle persone, i loro beni, l'ordine e la tranquillità pubblica.

È ovvio che tutti e tre questi profili (ed altri eventuali minori) vanno tenuti insieme a costituire il complesso di beni messi in pericolo dalla esistenza dei briganti, o lesi dalla loro attività; ma è interessante cogliere — quando c'è — la gerarchia in cui essi vengono posti dai giuristi, perché quella gerarchia offre una chiave di lettura e comprensione delle politiche penali, che apparirebbero altrimenti generiche, ovvie o indecifrabili (cosa che accade quando esse « sembrano contraddittorie » ad osservatori ignari del problema del bene giuridico o di quello del referente materiale).

Ci sono giuristi (scelgo ad esempio Joos Damhouder) che fanno del *latrocinium* una « species homicidii »⁽²¹⁾; altri, come Farinaccio⁽²²⁾, che lo spostano sul versante del comportamento ablativo (seppure violento); altri ancora che, valorizzandolo, colgono come preminente il suo lato di 'crimen vis publicae', finendo per imparentare il *latrocinium* (ma anche le altre ad esso prossime forme di 'crimen plurium' a forte contenuto di 'allarme') alla *seditio*; cosa che è riscontrabile, per esempio, nella trattatistica « De pace publica »: Gaill⁽²³⁾, Guazzici⁽²⁴⁾, Carpzov⁽²⁵⁾.

⁽²¹⁾ « Species item homicidii est latrocinium, homicidio tamen multo nocentius, gravis, et multo quidem dictis homicidiis sedere differentius. Quandoquidem latrocinium vocamus illud homicidium quo aliquem latenter et furtim per vim spoliand, et spoliis nequaquam contenti, insuper occidunt; aut saltem animo occidenti aggrediuntur extra viam publicam, in sylvis aliisque locis remotis a conspectu populi. Vel latrocinium est aliquem subdole, occulte, et non aperto Marte, a tergo occidere, vel aliquem occidere in noctis silentio tacite, et non loquendo, vel indicando ut sese defenderet » (J. DAMHOUDER, *Praxis rerum criminalium*, cap. LXXXVI, n. 1). Non sfuggano gli elementi 'proditori' qui sopra sottolineati: nocte, subdole, occulte, a tergo eccetera: *elementa infidelitatis*.

⁽²²⁾ FARINACCIO, *Praxis* tit., II, 2, lib. V, *De furtis*, tit. XVII, q. 166, n. 9 ss. Non è senza significato la trattazione sotto il titolo *De furtis* (là dove Damhouder sceglie invece il *locus* dei delitti contro la vita e l'incolumità, ponendo la trattazione del *latrocinium* dopo quella dell'omicidio e prima di quella del parricidio).

⁽²³⁾ A. GAILL, *De pace publica et eius violatoribus atque proscriptis sive bannitis Imperii*, Venezia 1613.

⁽²⁴⁾ S. GUAZZINI, *Tractatus de pace, treuga, verbo dato alicui Principi ...*, Roma 1610.

⁽²⁵⁾ « Variis modis crimen fractae pacis publicae committitur: non solum in

Il profilo valorizzato ha importanza, ovviamente, in ordine alla punizione del *crimen*: chi lo attrae nella sfera dell'omicidio aggravato non avrà dubbi sulla necessità di applicare la pena di morte, mentre Farinaccio chiede che la morte venga irrogata solo ai *latrones publici et famosi*, e coloro che lo assorbono nel *crimen fractae pacis* finiscono per farne — indirettamente — una fattispecie di *crimen laesae*, con conseguenze processuali non indifferenti.

Ma anche il dispiegamento di mezzi coercitivi cambia a seconda del profilo che viene gerarchicamente privilegiato: il che vuoi dire che si modifica la politica penale 'pensata' dai giuristi a proposito di « banditismo » o « brigantaggio ».

La preoccupazione per l'ordine pubblico e per la pubblica tranquillità può essere associata ad alcune cautele provviste di una qualche carica o valenza 'preventiva', che pure appaiono — implicate e forse non sempre coscienti, mirate o risultanti da azione elettiva — nelle usuali argomentazioni dei giuristi. Accenno solo a qualche punto:

a) *Ordine pubblico.*

La sua violazione è un'aggravante per quegli atti di banditismo che si presentano come atti di *vis publica* o di *fractio pacis*. *Vis publica* è compiere atti esteriori, scelti con lo scopo di imporre la propria volontà ad un certo numero di altre persone, attraverso l'intimidazione. La fattispecie si istaura anche quando l'intimidato è un rappresentante dell'autorità pubblica. Gli atti posti in essere devono essere capaci di produrre l'effetto.

Per quanto possa sembrare sorprendente, è raro che atti di

persona et corpus alicuius, sed etiam adversus eiusdem bona et possessionem (*non sfugga il fatto che questo è per l'appunto il contenuto dell'azione criminosa tipica del brigante*). Modi enim quibus violati potest pax publica multifarii recensentur in tit. ff., ad leg. Iuliam de vi publica, veluti turbare seditioisve causa in armis homines habere (*qui c'è il richiamo alla sedizio*), villas, domos, arces oppugnare, effringere, expugnare, expilare, bona diripere, alterum domo et possessione vel quasi deicere, re sua uti prohibere, cum turba et concursu incendium facere, hominem per vim rapere, legatos pulsare, nova vectigalia iniussu Principis exigere, et similia alia (*e si tratta di comportamenti anch'essi 'tipici' delle bande che fanno scorreria contro i beni e le persone. Ma qui essi vengono di nuovo rubricati sotto una fattispecie di vis publica, capace di violare la pubblica tranquillità*). (CARPZOV, *Practica* cit., I, q. 35, n. 30).

brigantaggio o banditismo siano tali da rappresentare ‘innanzitutto’ una violazione dell’ordine pubblico: possono contenerla come elemento accessorio, o produrla a valle di comportamenti principali, ma è più difficile che la integrino come contenuto principale dell’azione criminosa.

b) *Quiete pubblica, pubblica tranquillità.*

Scriva Francesco Carrara che sono contro la pubblica tranquillità « quei fatti pei quali si desta nell’animo di un gruppo indefinito di cittadini un concitamento di affetti dolorosi o trepidanti pei quali ne consegue l’agitarsi di una moltitudine » (26). Se si sta a questo primo aspetto, allora ogni delitto che si commette è in grado di provocare in modo mediato una simile reazione. I delitti contro la pubblica tranquillità, invece, producono una lesione immediata di questo bene. « Bisogna che la commozione di un numero indefinito di cittadini sia una conseguenza ordinaria e costante dell’indole stessa del fatto, è figlia di un senso di pericolo proprio destato in ciascuno, o dalla coscienza che il fatto abbia aggredito tal cosa a cui ciascuno sente di avere, come membro di quella consociazione, un diritto » (27).

Sotto questo profilo, i crimini dei banditi sono per eccellenza crimini contro la pubblica tranquillità: si scopre *l’elemento dell’allarme sociale*, che è elemento decisivo per l’evolversi delle politiche penali di *ancien régime* e per il nascere dei primi tentativi organici di politica criminale.

L’elemento dell’allarme sociale, unito a quello rappresentato dalla *diffusione della opinione pubblica* (avvento della stampa quotidiana) e dalla sua irruzione sulla scena politica come fattore agonista delle politiche di repressione criminale, saranno alla base della trasformazione del sistema punitivo in ordine a crimini come quello che qui stiamo studiando. La stessa ‘invenzione’ della associazione a delinquere non è estranea a questi due elementi.

E sul piano delle politiche punitive (tipo di pena, questione della pena ‘redimente’, e così via), non saranno estranei a questi due elementi, gli aggravamenti, le pene particolari (bagni penali, relega-

(26) F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, VI, § 3014.

(27) *Ibidem*, § 3017.

zioni, ed altre simili), oppure — sul versante non strettamente connesso alla esecuzione penale — lo *stereotipo del criminale* o le perduranti *forme di diritto penale premiale* ⁽²⁸⁾.

c) *Il timore della professionalità criminale.*

Un elemento che deve essere rilevato, in quanto attinente alla tendenza retributiva della dottrina di *ancien régime*, ma anche prodromico rispetto a politiche penali meglio esplicitate successivamente, è quello dello sfavore con cui quella dottrina vede ogni forma di criminalità che possa apparire *professionale*. Così come ci sono beni particolarmente tutelati (vita, incolumità, proprietà), o valori particolarmente protetti (ordine pubblico, tranquillità pubblica), esistono anche componenti del crimine di « banditismo » che sono particolarmente temute e combattute: la ‘professionalità’ del *latro/praedator/crassator/obsessor/ecc.* è una di queste componenti.

La professionalità è cosa diversa dalla *recidiva* e dalla *recidiva specifica* (o reiterazione): è la dimostrazione di una strategica e programmatica decisione di vivere contro la legge.

Gli indizi di essa, quanto al banditismo, sono la « *publicitas* » e la « fama », unitamente alle loro specificazioni. *Latro publicus* è colui che agisce ‘publice’, cioè nella notorietà, e la notorietà di ciò che lui fa lo rende *famosus*: « *Latro publicus seu famosus* », dicono infatti i giuristi. Gli elementi di *publicitas* e fama sono tre (per altri sono quattro):

« primo quod solitus sit depraedari; deinde quod cum ferro aggressus sit; tertio quod in viis publicis hoc fecerit. Quibus praeterea a nonnullis adiicitur quartum illud, quod nempe publica fama contra eum latore » ⁽²⁹⁾.

« Qui consuetus est furari ... qui pluries in strata publica crassatus est ... qui saepius latrocinia commisit, propter quod verisimile est contra illum laborare infamiam »: si insiste sulla *abitualità* del crimine, e *tale abitualità diviene professionalità* quando si co-

⁽²⁸⁾ Mi piace rinviare su questo punto all'eccellente dissertazione di laurea di L. LACCHÉ, *Latrocinium. Dottrina e pratiche di giustizia nei secoli XV-XVIII*, Fac. di Giurisprudenza dell'Univ. di Macerata, 1985, p. 291 ss.

⁽²⁹⁾ CARPZOV, *Practica* cit., I, q. 22, n. 14. Ma questa dottrina è generale e *communis*, ed era stata già riassunta da Bartolo in 1. *Capitalium*, § *famosus*, ff *De poenis*.

niuga agli altri due elementi: l'uso necessario delle armi e l'azione necessariamente svolta nei luoghi deputati del brigantaggio: gli *itinerata publica*, le *stratae*, le selve, ma anche le abitazioni, aggiungeranno altri.

Il quarto elemento, la fama (*latrones famosi, insignes, illustres*), può giocare un ruolo scriminante, e per questo alcuni giuristi la escludono: infatti, dice per esempio Nicola Alfani, « fama ex usu delinquendi oriri videtur, unde eo character cessante, consequenter famae urgentia quoque cessabit »⁽³⁰⁾: non si dica che uno non è più *latro famosus* solo perché i suoi delitti risalgono a tanto tempo fa da essersene persa la fama; resterà *latro publicus et famosus*, anche se solo la giustizia e nessun altro si ricorda di lui.

Possiamo quindi aggiungere qualche annotazione che, partendo da quelle ora svolte in ordine alla 'professionalità', mette meglio a fuoco alcuni elementi essenziali della politica penale di antico regime, almeno per quanto riguarda l'area di maggiore influenza del diritto criminale comune.

È certo, in primo luogo, lo sfavore per il crimine collettivo. Il singolo *latro* subisce gli effetti di una criminalizzazione secondaria procedurale *de facto* (il termine giusto è proprio *sfavore*), e si trovano raramente cenni alla maggiore gravità del *crimen plurium* rispetto al *crimen unius*. L'unicità della pena disponibile (e cioè la non modulabilità della *poena mortis exemplaris*) rende probabilmente poco interessante la distinzione. D'altra parte, il relativo interesse per la distinzione rende a sua volta rare le scelte discorsive che designano il *crimen plurium*: *manus armatorum, societas latronum, manus disperatorum hominum, grex, caterva, 'cavalcata', vexillum, globus*.

È altrettanto certo, e sia detto incidentalmente, che i criminalisti di antico regime non colgono affatto la « ruralità » del fenomeno, che invece è così chiara per noi. Non la colgono se non quando accennano (specie i giuristi tedeschi: Carpvov, Braun, qualche altro) a fatti — che però non sono di banditismo ma di rivolta — quali, per esempio, le 'seditiones rusticorum', compresa la guerra dei contadini

⁽³⁰⁾ ALFANI, *Iuris criminalis* cit., II, *De criminibus*, tit. V, *De homicidio*, § *De latrocinio*, n. 3 in fine.

del 1525 ⁽³¹⁾. Ruralità di protagonisti, dunque, tra l'altro, e non del fenomeno: il quale, trattandosi di banditismo, resta rurale anche se i suoi protagonisti hanno, per avventura, origine e provenienze diverse.

III.

SPECIALIA CRIMINIS LATROCINII: UN GARANTISMO PER LA REPRESSIONE

Due massime, ben note nella dottrina di diritto comune fin dai suoi primordi trecenteschi, meritano qualche riflessione:

latro potest impune occidi, recita la prima; la seconda dice che *facta latronum reputantur casus fortuitus*.

Si tratta di due spie dell'*opinio communis* sul *latro*, determinata dallo stereotipo dei suoi « mores »: cioè del suo *modus operandi*, della sua pericolosità e malvagità, del suo essere una sorta di presenza ineliminabile, ostile, e orientata dal fato delle sue vittime.

Nel « potest impune occidi » si notano insieme una posizione dottrinale accademica che risente della « dottrina banni » dell'età medievale, ed una traccia della necessità di ammettere una sorta di *legittima difesa permanente*, indipendente dalla attualità del pericolo, nei confronti di questi notori nemici del genere umano.

Nel « reputatur casus fortuitus » si legge una concezione dei *latrones*, *rebelles* o *crassatores*, che fa di essi quasi degli « elementi naturali », quasi perturbazioni o catastrofi che appartengono al mondo fisico e non si possono prevedere, fronteggiare, imbrigliare. I loro fatti sono imputabili, ed essi « de danno illato tenentur », ma le vittime vengono trattate come vittime di calamità naturali: le loro obbligazioni vengono meno, se il diritto civile lo prevede, e certe loro inosservanze saranno trattate con indulgenza. Il *latro* — come la 'fera in sylvis' della aneddotta romana — si presenta quale componente eventuale di sciagure che diventano rilevanti per tutt'altra ragione che il latrocinio. L'esempio della parabola del Samaritano resta valido: l'assalto dei ladroni è il *casus fortuitus* che consente riflessioni su tutt'altra cosa (la dimostrazione di cosa deve intendersi per 'amore del prossimo').

⁽³¹⁾ Fonti in M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, cit., p. 327 ss.

Le due cose stanno male insieme: il *latro* è, contemporaneamente, tanto responsabile dei suoi atti da poter essere ucciso sempre e comunque, e tanto « naturalmente » votato al nuocere da apparire « incolpevole », come può esserlo qualsiasi cosa che nuoce ‘per la sua natura’ (un terremoto, *res insensibilis*, o una belva, *animal irrationale*). Onde le due cose non sembrano più stare male insieme: il *latro* verrà eliminato come si farebbe di qualsiasi animale feroce, senza badare alla sua imputabilità o all’esistenza di condizioni (legittima difesa, danno imminente, e così via) ma badando solo al fatto che egli rappresenta una minaccia grave, permanente e verso tutti.

Si tratta, in buona sostanza, dell’immagine del criminale come belva, che avrà notevole fortuna nell’Inghilterra del XVIII e nel resto d’Europa subito dopo: e intendo fortuna nelle politiche penali e criminali degli Stati, non solo nell’immaginario sociale o nella cattiva letteratura.

Un simile atteggiamento della dottrina (e delle pratiche) di diritto comune ci conduce subito nel pieno di una ovvia riflessione: la politica penale nei confronti del fenomeno ‘banditismo’ si preoccupa innanzitutto di *garantire la repressione*, chiamando a raccolta — prima ancora di mettere in campo i suoi mezzi ordinari — l’attività dei privati (chiunque può/deve uccidere il bandito), ed implicando nella distruzione dei banditi la forza militare dello Stato prima di quella della sua giustizia istituzionale.

Una seconda riflessione riguarda la priorità della procedura (o, per così dire, la sua centralità) nel sistema punitivo di antico regime. La procedura prevale nella valutazione della gravità del crimine (che non va misurata dalle pene comminate dalle norme di diritto sostanziale, ma semmai — al massimo — da quelle irrogate, o più generalmente dai livelli di criminalizzazione secondaria); prevale quanto alla valutazione della percezione di tale gravità e dell’allarme che ne deriva nella società in momenti determinati; prevale come mezzo a nostra disposizione per la valutazione dell’efficacia della risposta repressiva e per l’individuazione della sede privilegiata per la ricostruzione delle politiche penali, che è il processo (inteso nel suo senso largo: la lunga cerimonia che parte dalla ricerca del colpevole di un crimine e finisce con l’esecuzione della pena).

Alla sfera della procedura, e perciò alla volontà di costruire un

sistema di « garantismo per la repressione », appartengono gli *specialia*, sorta di norme eccezionali che riassumono in sé elementi di ‘punizione’ ed elementi di aggravamento procedimentale, tutti ostili all’accusato. Il *latro* (con gli altri ‘banditi’ dello stesso arcipelago), oltre a poter essere impunemente ucciso (*speciale*, questo, riscontrabile anche nella tradizione giuridica propria di altri gravissimi crimini) subisce numerose altre ufficiali vessazioni giudiziali, dal momento che il *latrocinium* è « crimen horrendum et execrandum », e che lui stesso è « legi exosus ».

Il giudice potrà agire contro i *latrones* senza curarsi dell’*ordo procedendi*, e punirli « statim », come del resto potrebbe fare chiunque ⁽³²⁾; essi non potranno appellarsi contro la sentenza che li condanna, « quia damnatos illos statim punire publice interest »; non devono avere difensori, e comunque le loro difese sono rinunciabili; non godono di alcuna forma di asilo, né ecclesiastico né laico, e « ubique accusantur, capiuntur et puniuntur », anche nei giorni di festa; il giudice che li processa, anche se è giudice minore o delegato, ha tutti i poteri che gli sembrano necessari e non deve chiedere alcuna autorizzazione, anche se si tratta di irrogare ed eseguire le pene più gravi: baderà solo ad essere severo e zelante, perché « iudex negligens, atque dissimulans eos castigari, infamis est et criminaliter punitur »; contro i *latrones* « facilius ad torturam proceditur », essi possono essere torturati anche « de suis complicibus et sociis », e l’esecuzione della pena che li riguarda non deve essere ritardata o rinviata; in più, « ex propria confessione possunt ordinaria poena homicidii puniri, quamvis non constet de delicto in genere », che non è principio da poco in un sistema che prevede l’uso della tortura giudiziaria.

Il processo che li riguarda non assomiglia quasi in nulla ai processi ordinari: possono essere catturati « absque speciali iudicis licentia et mandato », non sono ammessi a composizioni giudiziali e

(32) Tutti gli *specialia* ai quali vengo facendo cenno sono sostanzialmente *communes*. Si può tuttavia rinviare a tre opere di epoca diversa che li richiamano pressoché tutti; P. DAL POZZO, *Tractatus de Syndicatu*, in *Tractatus illustrium iurisconsultorum*, VII, sub voce *Latro*; BOCER, *Tractatus de crimine praedationis* cit., n. 10 ss. (« Sunt autem singularia quaedam circa latrones in odium ipsorum recepta ... »); FARINACCIO, *Praxis* cit., II, 2, lib. V, *De furtis*, tit. XVII, quae. 167.

— chiave di tutto questo sistema procedurale — *contra eos potest de facto procedi*. Questo è il punto essenziale: in sostanza il banditismo di antico regime non viene sentito e trattato come un crimine tra gli altri, ma viene fatto oggetto di una risposta militare. Così stando le cose, non ci si deve meravigliare di *specialia* o di sospensione di garanzie, di mancanza di difesa o di denegazione d'appello. *Latrones comparatur hostibus Patriae et Fidei* ⁽³³⁾, e tanto basta per concludere, con Paride Dal Pozzo, che *omnia iura degenerant contra publicos latrones, qui turbant quietem publicam, et leges calcant*. Non potranno sperare, i banditi, neanche nella misericordia del *Princeps*, perché le cose che loro fanno gli sono, talmente incresciose (« ingrata »), « ut ea ne quidem potestate sua ordinaria remittere possit aut velit ». Così, sono esclusi dalle amnistie e non possono godere di indulti. Persino il perdono della Chiesa viene loro negato; anzi, il Papa deve scomunicarli (almeno?) tre volte l'anno, e di sua viva voce: « Ter in anno — dice Tiberio Deciani — excommunicantur ore Pontificis ». Il loro giorno, quello per le scomuniche, pare fosse il giovedì santo.

Nell'esecuzione della pena non si guarda alla condizione del colpevole: e gli aggravamenti, misurati sull'intenzione di accrescere il potere di dissuasione della pena man mano che il crimine si fa più grave per circostanze o contesti, entrano a far parte del meccanismo di appesantimento (a posteriori, in un certo senso) delle procedure previste per questo *crimen*.

Si agrava la pena se il *latrocinium* è stato commesso in modo efferato, oppure nei confronti di persone illustri o importanti, oppure su familiari o sui padroni del *latro*; la pena si esaspera (e forse questo termine esprime meglio la realtà, dal momento che 'aggravamento' può far pensare ad un aumento di quantità, mentre l'esasperazione riguarda solo il modo dell'esecuzione, il che corrisponde alla realtà; trattandosi pur sempre della morte, ma data con insistenze afflittive o con cerimonie penose aggiuntive, che dovrebbero servire a creare una 'scala di gradazione' del morire in esecuzione di giustizia); la pena si esaspera — dicevo — per l'iterazione del crimine (più latrocinii o un latrocinio su più persone); si esa-

(33) DECIANI, *Tractatus* cit., lib. IX, *De latronibus et piratis*, n. 22.

spera, infine, « propter singularem criminis enormitatem », come nel caso — citato da Carpzov — dell'autore di numerosi latrocinii che aveva anche « sodomiam cum vacca peractam »; o dell'altro *latro*, anch'esso autore di numerosi atti di latrocinio, che aveva teso un agguato ad un certo Consigliere dell'Elettore di Sassonia, e spesso lo aveva atteso per strada per ucciderlo; o di un altro ancora, « qui multifaria latrocinia commiserat et cum interfecta ac morta muliere sese carnaliter commiscuerat ».

Le pene sono diverse, cambiano da Stato a Stato, ma soprattutto sono praticamente distinte in previste e praticate. La forca, prevista ritualmente dal diritto comune è applicata, ma non sempre e dovunque. In Germania abbiamo il supplizio della ruota, consistente nell'usare una ruota (detta di stritolamento) alla stregua di un corpo contundente: il carnefice la brandiva con due mani, colpendo il condannato e rompendogli le ossa delle braccia, delle gambe, del torace e del bacino, ma senza ucciderlo immediatamente. Gli insprimenti venivano praticati (a norma della *Constitutio Criminalis Carolina* e degli usi stabilitisi sulla base della sua applicazione ⁽³⁴⁾) con tenaglie arroventate, trascinamenti alla carretta, affissione di cartelli, di armi usate per il latrocinio, esposizione di cadavere, suo abbandono agli animali e così via.

Anche in Francia, a partire dal 1534, abbiamo il supplizio della ruota per i *latrones* « de grand chemin »: ma abbiamo anche relegazione, e galera perpetua, così come è dato trovare, introdotto dalla pratica giudiziaria, l'istituto del « retentum »: l'ordine segreto al boia di strangolare in carcere il condannato per evitargli un supplizio lungo e insopportabile.

Inutile dire che, a quanto pare ⁽³⁵⁾, l'aggravamento delle pene, lungi dall'ottenere lo scopo di dissuasione assegnato loro, aveva come conseguenza contraria quella di spingere i briganti ad uccidere le loro vittime per depredarle più facilmente o per eliminare testimoni e denunce: dal momento che la pena di morte si applicava

⁽³⁴⁾ G. RADBRUCH, *Der Raub in der Carolina*, in IDEM, *Elegantiae Iuris Criminalis. Vierzehn Studien zur Geschichte des Strafrechts*, Basel 1950, pp. 49-69.

⁽³⁵⁾ A. LAINGUI e A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, I. *Le droit pénal*, Paris s.d., p. 195.

comunque a qualsiasi forma (compresa la grassazione minore) di « vol des grands chemins ».

Lo spazio di questo intervento non mi consente di procedere oltre. Certo, altre questioni si sarebbero prestate ad utili analisi, ed avrebbero comunque meritato almeno un cenno: dal funzionamento del sistema dei 'premi' al ruolo della legislazione, anch'essa condizionata (talora compilata) da giuristi, sia per via dottrinale che per via applicativa, ma spesso innovativa, e talora eversiva delle regole fondamentali della criminalistica accettata. Diciamo allora che questa è stata l'occasione per una prima riflessione, e che questo tema potrà essere ripreso in seguito, e studiato più distesamente: perché contiene molte chiavi, molti nuclei impliciti, molte premesse di quello che sarà lo sviluppo futuro, ottocentesco e nostro, delle politiche penali che ci preme indagare.

LA CULTURE DE LA CORRUPTION. PROFILS HISTORICO-JURIDIQUES D'UN STYLE DU POUVOIR (*)

Cette contribution est bâtie sur des sources doctrinales, essentiellement juridiques, mais aussi théologiques et morales, créées entre les XVI^e et XVII^e siècles, qui ont circulé en tant que produit de la culture en formation de certaines couches professionnelles attachées aux premières formations étatiques, et qui ont fortement contribué à diffuser et faire avancer cette culture. Des juristes, des théologiens, des moralistes se sont posé le problème de la corruption qui pouvait toucher les employés publics, les fonctionnaires, les comptables, les juges, à l'aube de l'État dit "moderne", dans l'Italie d'Ancien Régime. On peut dire que c'est précisément dans cette phase-là que certaines pratiques nouvellement nées se sont installées au carrefour formé par l'administration publique, sa gestion spécialisée, la politique et la formation d'une bureaucratie de nouveau type. Une expérience de longue durée qui a, au centre, la "culture de la corruption", avec sa capacité à devenir "culture du milieu", avec sa vocation à créer des formes sophistiquées de justification et légitimation de soi-même, avec son habileté à se présenter comme un fait habituel, tellement diffus qu'il finit par paraître presque innocent ou négligeable, et — en même temps — comme un phénomène éternel, ineffaçable, avec lequel on doit apprendre à cohabiter, puisqu'il est si enraciné et invincible, jusqu'à passer pour inéluctable.

Johannes Bonifacius, juge et fonctionnaire de la République de

(*) Relazione inedita presentata in occasione del seminario *La corruption. Histoire sociologie politique*, Macerata, Università degli Studi, Interlabo del Groupe européen de recherche sur les normativités (GERN), 21 novembre 1997.

Venise au XVI^e siècle, le plus pénétrant parmi les juristes qui ont étudié les crimes contre la propriété au XVI^e siècle, dans son traité sur le vol, mettait le péculat sur le même pied que le sacrilège, et retenait que la corruption des juges était proche de la simonie et du crime de lèse-majesté.

Par ailleurs, Petrus Caballi, Auditeur du Grand-duc de Toscane, préconisait que le crime de corruption devait être considéré parmi les crimes *monstrueux*, comparable à celui de lèse-majesté, et capable de détruire à jamais l'honneur et la réputation d'hommes nobles et éminents, docteurs dignes, professeurs d'université, juges ou fonctionnaires. Et l'infamie qu'il jette sur le coupable équivalait à la mort.

La corruption était donc un crime; les crimes étaient des péchés; et les péchés signifiaient la damnation pour leurs auteurs. L'étau de la moralisation cette fois, se refermait sur les consciences. Pour s'en dégager, il ne pouvait être question de remettre en cause les certitudes de la foi. Il n'était guère plus opportun de prétendre que les péchés ne conduisaient pas en enfer: personne ne l'aurait cru. Il était plus habile, déjà, de jouer sur la différence entre les lois humaines et les commandements divins, et d'insinuer que tous les crimes châtiés par le Prince n'étaient pas des péchés punis par Dieu. Il était très intéressant, enfin, de réfléchir sur la portée des lois et sur la nature des actions humaines. Les problèmes de conscience, en effet, naissaient du sentiment d'avoir enfreint les lois — humaines ou divines — en commettant telle ou telle action particulière. Ce sentiment, toutefois, était-il fondé? Ne résultait-il pas, au contraire, d'une interprétation trop rigoureuse des textes? Il fallait examiner ce que l'on avait fait et se demander si, en le faisant, on s'était effectivement placé dans les cas sanctionnés par les lois. Cette réflexion comportait deux aspects. On relevait d'abord les qualifications, requises selon les lois, pour que le crime ou le péché fussent commis: préméditation, qualité des personnes, heure, lieu, etc. On insistait, ensuite, sur certaines caractéristiques propres à l'action incriminée: pureté de l'intention, effet du hasard, cas de force majeure, etc. On parvenait ainsi à établir une distinction entre les crimes punis par les lois — et que l'on avait pas commis — et les actions que l'on avait réalisées — et qu'aucune loi, au fond, ne proscrivait. On se déclarait ainsi

innocent et, par voie de conséquence, on coupait le risque de la damnation à la racine.

Ainsi, le fonctionnaire soucieux de laver sa conscience pouvait adopter, voire combiner, deux tactiques: soit soutenir que ce qui est condamné par la loi humaine ne l'était pas nécessairement par la loi divine; soit affirmer qu'il était loin de faire ce que les lois, par ailleurs, punissaient fort justement. Dans les deux cas, il gagnait à s'appuyer sur la casuistique et sur le probabilisme.

Casuistique.

J'utilise le terme de casuistique dans un sens assez large, comme celui qui désigne un art de penser, une méthode de raisonnement qui, se fondant sur l'examen de situations concrètes, de cas spécifiques, permettait, grâce à ce dernier, d'apprécier la licéité des actions individuelles au regard des lois divines et humaines. Cette technique intellectuelle, d'abord, était familière aux théologiens.

Les juristes aussi adoptaient le raisonnement *casuiste*. Il avait trouvé un champ d'application pratiquement sans limites dans des systèmes législatifs caractérisés par une faible codification et une grande incertitude du droit. En matière pénale, par exemple, le système normatif reposait fondamentalement sur le droit romain interprété, adapté, et pour ainsi dire modernisé par les juristes, auquel s'étaient ajoutés avec le temps, d'autres textes tels que certaines *constitutiones* impériales, la législation statutaire des villes, les lois criminelles des États régionaux, dans le Duché Piémontais, le Duché de Milan, la République de Venise, le Grand-Duché de Toscane, le Règne de Naples, et dans les États papaux. Toutefois, ni le droit romain, ni les législations postérieures ne formaient, séparément ou conjointement un système organique permettant de résoudre sans contradiction tous les cas de la pratique. Les opinions des docteurs, qui interprétaient l'ensemble du corpus normatif existant, restaient le facteur décisif.

Les juristes usaient de raisonnements stéréotypés qui, partant d'une règle générale (la *regula*), en tiraient d'abord les conséquences (les *ampliaciones*), pour la restreindre ensuite par des exceptions (*limitaciones*), avant d'aboutir à une réponse généralement fondée sur les principes généraux du droit, qui était leur *opinio* sur le cas ou le problème posé.

Pour les prévaricateurs, la casuistique devait s'avérer plutôt utile. Juridique, elle leur fournissait des interprétations rassurantes qui limitaient la portée des lois humaines en innocentant quantité de pratiques délictueuses. Morale, elle leur enseignait — comme l'indiquait au chapitre *Corruzione* le Vocabulaire de la Crusca, qui est le document fondamental de la langue italienne au XVII^e siècle — « les moyens de chicaner avec Dieu, en leur montrant jusqu'ou ils peuvent l'offenser, sans qu'il ait le droit de les punir ».

Les pots-de-vin.

Les pots-de-vin ou, pour parler plus discrètement, les cadeaux, faisaient aussi l'objet d'intéressantes spéculations, bien qu'étant, naturellement, rigoureusement interdits. « Un officier coupable d'avoir commis des bassesses ou d'avoir reçu des cadeaux », affirmaient plusieurs juristes, « sera privé de sa charge ». Cette maxime saine et sévère était longuement développée par l'auditeur Marcus Antonius Sabelli dans son ouvrage intitulé *De prohibita munerum et precum datione, interpositione ac receptione iudicibus aliisque ministris publicis* (Sur la prohibition d'accepter cadeaux ou prières (dans le sens de recommandations, ou pistons) pour les juges et autres fonctionnaires publics). « Tout officier ou ministre public qui, en raison de son office et de son ministère, reçoit de l'argent, ou seulement des promesses, ou d'autres avantages outre le salaire dû et tarifé, pour faire ou négliger de faire telle de ses fonctions, même dans le cas où le don ou l'offre sont spontanés, ne viole pas la justice ou a aussi pour fonction de la rendre ou de l'accélérer... commet dans tous ces cas la *barattaria*, c'est-à-dire la prévarication, qui tire son nom du *baratto* (troc, en français) qui rend de manière inique la sainte justice contre de l'argent ou un autre avantage ». Le manquement était commis, poursuivait Sabelli, même si « le ministre qui reçoit l'argent ne promet pas de faire quelque chose ou ne le fait pas, le crime consistant dans le seul fait de percevoir de l'argent en raison de sa charge ».

En matière de pots-de-vin, comme pour le péculet, les commentateurs ne manquaient pas de solliciter une application rigoureuse de ces principes. Pour Antonius Matthaeus, par exemple, la plus petite somme d'argent créait le crime de corruption. Il lui paraissait également inacceptable de recevoir des plaideurs des cadeaux en nature. Il critiquait en effet les commentateurs qui, tels Jacobus Menochius

et d'autres, prétendaient que le don d'un chapon ne pouvait ébranler l'âme d'un magistrat. Il était convaincu, au contraire, que « ces choses aussi peuvent aveugler un juge ». Il n'admettait point qu'on reçût quelque chose pour accélérer le cours d'un procès, et pensait encore qu'en acceptant un cadeau après sa sortie de charge, un magistrat jetait le doute sur l'intégrité de sa gestion antérieure.

Ici encore toutefois, l'unanimité n'était pas parfaite. Jacobus Menochius, juriste très prestigieux, professeur à Padoue et avocat à Venise et Milan, pensait que les *esculenta* et les *poculenta* — entendez la nourriture et les boissons — n'avaient pas le pouvoir de corrompre un magistrat: il disait que ces choses-là étaient moins dangereuses pour l'équilibre et la neutralité d'un juge que les louanges, les adulations, les flatteries que les plaideurs leur prodiguaient, en attente de leur procès, lorsqu'ils entraient dans la salle de justice dans les Procuratie, suivant un ancien usage vénitien. Johannes Bonifacius concevait lui, les *esculenta* et *poculenta* admissibles, à la condition qu'elles fussent offertes spontanément par les plaideurs, et que leur quantité fût modique. Il invoquait, à l'appui de sa thèse, l'autorité de l'empereur Antonin, pour lequel, semble-t-il, il était tout à fait inhumain de tout refuser.

Les théologiens aussi se saisissaient de la question. Ils opposaient à la règle un grand nombre d'exceptions dont la portée pouvait en fait être générale. Louis de Molina se demandait si « un juge pèche en expédiant contre de l'argent, la cause de l'un avant celle des autres, si les plaideurs jouissent du même droit d'antériorité ». Il répondait en raisonnant ainsi: « Supposons que plusieurs personnes jouissent d'un droit égal, de manière que le juge soit libre de choisir par qui commencer; le juge pèchera-t-il s'il expédie la cause de l'un avant celle des autres en contrepartie d'un présent? ». Non, argumentait Molina, car, au regard du droit naturel, le juge, à cette occasion, « n'inflige aux autres aucune injustice; en revanche, il a contracté en faveur de celui qui l'a rétribué, l'obligation nouvelle d'expédier son affaire avant celle des autres ».

Tel n'était pas, ceci dit, le seul cas où un magistrat pouvait toucher des espèces sonnantes. Reprenant Molina, Antonius Diana soutenait qu'un juge pouvait recevoir des cadeaux des plaideurs à condition qu'ils lui fussent donnés spontanément, sans scandale, sans risque d'injustice et « afin qu'il fasse preuve dans l'affaire d'un

soin plus grand que celui auquel il est habitué et tenu ». Plus courageusement encore, l'habile Théatin, ancien consultant de l'Inquisition de Sicile, envisageait la situation dans laquelle se trouverait un magistrat qui, devant trancher une affaire, verrait s'ouvrir à lui deux solutions également fondées en droit, mais l'une plutôt favorable à l'un des contradicteurs, et l'autre à son adversaire. Ce magistrat péchait-il en se décidant en faveur de la partie qui l'avait payé? Oui, avait répondu autrefois le casuiste Tanner, affirmant qu'une telle pratique serait allée contre la justice. Diana, pourtant, s'empressait de rapporter une opinion contraire proposée par le flamand Léonard Leys (Leonardus Lessius). Le juge, y disait-on, était « libre dans ce cas de suivre l'opinion qu'il préfère »; donc « s'il accepte quelque chose pour suivre celle-ci plutôt que celle-là, il ne cause de tort à personne... ». De plus « ...lorsqu'une chose n'est pas due, il n'est pas injuste d'en exiger un prix, si du moins ce dernier peut être fixé. Dans un tel cas, ensuite, le prix n'est pas perçu pour rendre une sentence juste mais parce que dans cette affaire, cette opinion est préférée à une autre, ce à quoi le juge n'était nullement tenu ».

Bien d'autres situations pouvaient être envisagées. Que dire, par exemple, des juges dont la rémunération était fixée par des anciens tarifs, rongés depuis longtemps par l'inflation, et désormais sans rapport avec le pouvoir d'achat? Étaient-ils tenus d'appliquer ces dispositions obsolètes? Pouvaient-ils, au contraire, toucher des cadeaux à titre de compensation? Le pouvaient-ils encore, s'ils avaient prêté serment d'observer les tarifs? Plusieurs casuistes, sur ce point, n'hésitaient pas à affirmer que les intéressés pouvaient accepter un supplément dans la limite du "juste prix". Même la parole donnée ne les obligeait pas en conscience, car « le serment d'observer un statut s'entend dans la mesure où ce statut est juste et obligatoire: il n'obligera donc pas à respecter un tarif qui est injuste ».

Molina, enfin, tirait habilement parti du principe de la *direction* de l'intention. Il admettait que l'on offre un cadeau au juge, si c'était sans idée de le corrompre. Il donnait comme exemple les présents faits à un magistrat librement, libéralement, « par amitié », « comme s'il n'était pas ministre public ». Il ne condamnait pas le juge que les plaideurs gratifiaient « par reconnaissance pour le bienfait reçu... et sous l'effet de la joie d'avoir obtenu une chose juste ». On pouvait,

pareillement, remettre un présent à un magistrat « pour l'inciter à se conduire à l'avenir comme il s'est conduit dans le passé, et pour qu'il expédie avec soin l'affaire de celui qui envoie un présent ». Molina considérait comme indigne de toute censure le cas d'un juge qui recevait quelque chose « afin que, dans la limite de la justice, il expédie l'affaire en faveur de celui qui envoie le présent ».

À la fin du dix-septième siècle, Marcus Antonius Sabelli, prestigieux juriste du Grand-Duché de Toscane, résuma dans un bref traité les doutes des juristes et les spéculations des théologiens sur la question des cadeaux. Il reprenait à son compte, d'une part, les propositions les plus fermes et condamnait sans détour la pratique des présents remis aux juges. Il s'appuyait pour cela sur la loi divine, sur le droit canon, sur le droit civil ancien et moderne, et sur le droit municipal toscan. Mais il reconnaissait d'autre part que ces principes comportaient, dans leur application, un certain nombre de restrictions.

Un magistrat, d'abord, pouvait recevoir des cadeaux de ses parents. Il lui était permis, ensuite, d'en accepter de ses amis, certes non en raison de ses fonctions, mais comme des marques d'affection et de bienveillance. Cette liberté, toutefois, ne devait pas être conçue trop largement. Pour Sabelli, suivant ici le juriste Farinacius (juriste des États papaux qui avait été longtemps juge pénal dans le plus important Tribunal de Rome) l'opinion quasi commune des juristes à partir du seizième siècle, et la loi toscane, la restreignait aux aliments et aux boissons. Il lui paraissait admissible, en revanche, qu'un magistrat perçût des cadeaux quand les tarifs fixant sa rétribution étaient trop faibles. Personne, en effet, n'aurait pu reprocher à un officier de vouloir assurer sa subsistance. Il convenait toutefois de ne pas excéder le "juste prix", ne rien exiger par la force et ne commettre aucune injustice en contrepartie des sommes reçues. Il était même permis au juge de percevoir quelque chose après la sentence, pourvu qu'aucun accord préalable n'ait été passé à ce sujet. Sabelli, ensuite, abordait le problème récurrent des *xenia, esculenta et poculenta*, c'est-à-dire des petits présents faits aux magistrats par les plaideurs, en particulier sous forme d'aliments et de boissons. Cette question, déjà abordée de façon secondaire en d'autres points du traité, faisait ici l'objet d'un long développement proportionné, de toute évidence, à la diffusion de ce genre de

pratique dans les tribunaux, ainsi qu'à la rigueur des lois qui les sanctionnaient. Pour la résoudre, Sabelli déployait toute son habileté dialectique. Il rappelait la déclaration libérale de l'empereur Antonin. Il montrait que le droit divin ne condamnait pas, en soi, les cadeaux, mais ce qui pouvait corrompre l'esprit humain, et qu'il ne contenait, en outre, que des « conseils de perfection », et non des « préceptes législatifs ». Il marquait les limites qui affectaient, en cette matière, les dispositions du droit canon et celles du droit civil. Il invoquait les usages libéraux en vigueur à Rome et au Piémont. Il faisait observer, en s'appuyant sur le chapitre XIX de la Genèse, que même les anges envoyés à Sodome n'avaient pas refusé les présents que Lot leur offrait. Un seul obstacle, en définitive, l'arrêtait: les lois prohibitives promulguées dans sa patrie, en Toscane, par les Grands-ducs. Péchait-on, toutefois, en enfreignant les lois des Médicis? Pour répondre à cette nouvelle question, Sabelli posait un problème plus général: celui de savoir dans quelle mesure on offensait Dieu en contrevenant à une loi qui, comme les lois toscanes sur les cadeaux, était dénuée de fondement dans le droit divin.

Il souligne le fait que, en interdisant telle ou telle pratique, le Prince n'avait pas eu l'intention de condamner l'acte proprement dit, mais d'en empêcher les pernicioeux effets: les *esculentia* et les *po culenta*, par exemple, n'étaient pas condamnés en soi, mais pour le trouble qu'ils pouvaient causer dans l'âme des juges. Il arrivait pourtant qu'un magistrat perçoive de tels présents sans que son objectivité s'en ressente. Mais alors les faits, contredisaient les motifs de la loi: matériellement, il y avait bien contravention, puisqu'un présent avait été remis; mais aucune faute, en réalité, n'avait été commise. Certaines de ces lois, enfin, avaient été abrogées de fait par un usage contraire. Il n'y avait plus alors aucune raison de les observer. Personne, retenait Sabelli, ne péchait en enfreignant une loi humaine, dénuée de fondement divin et contredite par l'usage. La conclusion était que les lois prises par les Grands-ducs, en conséquence, n'obligeaient pas en conscience et, que ce n'était pas un péché pour un juge, de recevoir, dans le Grand-Duché de Toscane, un chapon ou une pinte de chianti.

Sabelli, toutefois, n'entendait pas donner libre cours aux abus et ses conclusions le laissaient transparaitre. Elles étaient, dans leur formulation même, empreintes de prudence et de restrictions:

« Pour conclure... il semble que, en l'absence de tout péril de corruption ou d'injustice, les juges puissent, nonobstant les lois municipales, conformément à la coutume et en s'appuyant sur les raisons susdites, recevoir et retenir en conscience des petits cadeaux, des aliments et des boissons qui leur sont offerts par les plaideurs en toute libéralité, étant entendu que ces présents ne seront pas d'une grande valeur, qu'ils pourront être consommés en quelques jours et qu'ils ne deviendront pas une obligation ». Un écu par affaire était, précisait Sabelli, la limite à ne pas dépasser.

Probabilisme.

Juges, fonctionnaires, comptables, pouvaient donc puiser dans la casuistique des opinions indulgentes qui, sans remettre en cause la rigueur des principes, permettaient de déculpabiliser certaines actions particulières. Ces opinions, toutefois, n'étaient pas les seules que le raisonnement fut à même de produire. On pouvait en effet, aux conclusions rassurantes d'un Menochius, d'un Molina ou d'un Diana, opposer les maximes morales beaucoup moins réconfortantes d'un Caballi ou d'un Matthaeus. Dans ces conditions, le foisonnement d'opinions contradictoires était la règle. Le fonctionnaire, le comptable, le juge, ne pouvaient donc se ranger d'emblée aux opinions les plus indulgentes. Mais trouver la règle de comportement qui les aurait mis à l'abri avec certitude n'était pas facile. Il leur fallait une méthode.

Pour opérer le tri entre les positions les plus rigoureuses et les opinions les plus libérales, les serviteurs du Prince, comme tous les chrétiens, pouvaient s'appuyer sur le système moral du probabilisme. Quelques explications, à ce sujet, sont nécessaires.

Le probabilisme partait de la constatation que bien des lois morales n'étaient pas claires et, par voie de conséquence, plongeaient dans le doute ceux qui devaient tenter quelque action. Ce doute alimentait la réflexion qui, à son tour, produisait la diversité des opinions. Certaines d'entre elles, toutefois, n'avaient aucun fondement et ne pouvaient être retenues. D'autres, en revanche, étaient *probables*: on parlait d'elles comme d'*opinionones probabiles*. D'autres encore possédaient un degré de probabilité supérieur: c'était les *opinionones probabiliores*. Les opinions sûres, enfin, ou *tutae*,

étaient celles qui étendaient le champ d'application de la loi au détriment de la liberté humaine.

Le probabilisme retenait que, face à une diversité d'opinions fondée sur un doute réel, il était légitime d'adopter comme règle de conduite une opinion probable. Il s'écartait en cela du *laxisme*, qui acceptait pour norme du comportement des opinions qui n'étaient même pas probables. Il se situait en retrait par rapport au *probabiliorisme*, qui admettait comme unique règle les opinions *plus* probables, et par rapport au *tutorisme* qui recommandait de s'en tenir, en cas de doute, aux opinions sûres.

L'application du probabilisme supposait que l'on sût reconnaître les opinions probables. On pouvait, à cet égard, retenir la définition du casuiste Sanchez, selon laquelle les opinions probables avaient pour elles l'autorité d'un seul docteur, probe et docte. On devine, dès lors, qu'il existait une quantité notable de ces opinions, qu'on pouvait même en trouver plusieurs pour un même cas et qu'il n'était pas exclu, alors, qu'elles fussent contradictoires entre elles. Le probabilisme, toutefois, n'imposait rien. Il recommandait simplement de choisir pour règle une opinion probable parmi les nombreuses opinions de cet ordre que le cas avait pu suggérer. Il en résultait deux conséquences importantes. La première était qu'on pouvait s'en tenir à une opinion même moins probable; la seconde, qu'il était juste d'adopter en conscience une opinion à laquelle on n'adhérait pas vraiment, mais qui, parce qu'elle avait été défendue par un docteur digne, était probable. Sabelli, avec sa clarté habituelle, résumait la question: « Les juges » expliquait-il « peuvent... adhérer à l'opinion des autres, même moins sûre, du moment qu'ils la jugent probable, et ceci contre leur propre opinion, qu'ils croient plus sûre et plus probable ». Rien n'interdisait, dès lors, de retenir les plus indulgentes des opinions probables. Ainsi, dans le probabilisme, les chrétiens en général et les employés en particulier, trouvaient le moyen d'adopter en conscience les positions qui, précisément, convenaient le mieux à leur conscience.

Laxisme.

Le laxisme, déviation du probabilisme qui, comme je l'ai indiqué, consistait à tenir pour probables des opinions qui ne l'étaient pas, avait été condamné à plusieurs reprises par les Pontifes, durant

la seconde moitié du dix-septième siècle. De nombreuses propositions avaient alors été censurées. Ainsi en était-il allé, par exemple, de l'opinion selon laquelle, lorsque les plaideurs ont chacun des opinions également probables, le juge peut recevoir de l'argent pour rendre sa sentence en faveur de l'un ou de l'autre. En 1679, on frappa plus durement. La proposition selon laquelle il était « probable qu'un juge puisse juger selon une opinion même moins probable » fut condamnée. Le probabiliorisme était ainsi introduit dans l'activité judiciaire. Ludovicus Antonius Muratori, longtemps après, le relevait dans son traité *Dei difetti della giurisprudenza* (Des défauts de la jurisprudence), lorsqu'il écrivait: « Le juge est tenu en conscience de suivre l'opinion plus probable, et il ne lui est pas permis de s'en tenir à une opinion probable lorsqu'on rencontre dans l'opinion contraire une plus grande probabilité ».

Le dix-huitième siècle condamna le laxisme, mais la condamnation des propositions laxistes, toutefois, n'importait pas celle du probabilisme comme système moral.

La casuistique et le probabilisme conjuguèrent donc leurs effets pour soulager des consciences qui, autrement, auraient été accablées par des principes rigoureux, en contradiction évidente avec les pratiques de l'administration. Avant de conclure, donnons un aperçu synthétique de ces systèmes de pensée dans leurs rapports avec la corruption.

Au début, nous l'avons vu, une série de propositions faisaient de la corruption un crime, de chaque crime un péché et des péchés le chemin de l'Enfer. La casuistique travaillait cette matière hostile, en étudiant les modalités selon lesquelles les principes — nécessairement ambigus parce que généraux — pouvaient s'appliquer aux actions particulières. Elle évaluait ainsi, au cas par cas, la culpabilité éventuelle des individus au regard des lois humaines et divines. Elle s'interrogeait, enfin, sur les rapports réciproques du crime et du péché. Cette démarche, commune aux juristes et aux théologiens, pouvait être effectuée dans deux esprits très différents. Pratiquée en tant qu'indulgence, elle était la source de tous les apaisements. Mise au service de la rigueur, au contraire, elle aboutissait à des conclusions terrifiantes. Le problème se posait donc de savoir si, entre les opinions les plus sévères et leurs homologues plus légères, il était permis de choisir les secondes plutôt que les premières. Le proba-

bilisme était alors le système moral adapté pour surmonter cette nouvelle difficulté. Il autorisait en effet à suivre les leçons des auteurs les plus indulgents, à la seule condition que leurs opinions fussent probables. Mais cette probabilité, nous l'avons vu, se situait à un niveau très faible.

Les processus que je viens de décrire présentaient plusieurs caractères. Ils sauvegardaient, d'abord, la rigueur des principes sur lesquels était fondée la condamnation juridique et morale de la corruption. Ils limitaient, par ailleurs, l'incidence de ces principes sur la vie pratique. *En déculpabilisant les actes sans toucher aux préceptes, ils permettaient à chacun d'éprouver la crainte du péché en général, tout en ressentant, dans son for intérieur, la satisfaction de n'avoir pas péché.* Grâce à eux, les juges et les caissiers pouvaient dénoncer la corruption des mœurs tout en commettant, eux-mêmes, péculats et indécitesses. La casuistique et le probabilisme ne supprimaient pas la moralisation de la corruption: ils la rendaient seulement compatible avec les réalités de la vie.

La casuistique n'avait pas seulement, pour effet, de déculpabiliser ponctuellement certaines pratiques. Elle entraînait, en fait, une conséquence plus générale: celle de *relativiser les principes*. À l'universalité de la norme, elle substituait l'omniprésence du doute. Ce doute, à son tour, était fort utile aux pécheurs. Il créait des franges, des marges, où ni la culpabilité, ni l'innocence de l'acteur n'étaient clairement établies. Il supprimait les oppositions tranchées, excluait les solutions simples, facilitait les glissements, les assimilations hâtives, mais pardonnables. Il multipliait, en somme, les occasions de se tromper de bonne foi, et, ainsi, repoussait toujours plus loin la certitude de la faute.

Néanmoins, si la casuistique et le probabilisme permettaient au coupable d'éloigner le spectre toujours menaçant de l'Enfer, ils ne le soustrayaient pas, en revanche, à toute menace de châtement humain. Les juges étaient toujours libres de se ranger aux opinions les plus sévères, pourvu qu'elles fussent probables. Cette contradiction n'était pas sans conséquence: elle promettait aux employés indécits les pires ennuis si, par malheur, leurs agissements étaient portés à la connaissance de tribunaux sévères.

La menace, même hypothétique, d'un juge vengeur, troublait donc la paix retrouvée des prévaricateurs. Elle appelait le mensonge,

grâce auquel celui qui s'était lentement, patiemment reconstruit une conscience, s'assurait contre toute remise en cause venue de l'extérieur. Le mensonge complétait donc, consolidait et d'une certaine façon rendait possible l'héroïque effort de réhabilitation intérieure auquel les employés se livraient. Rien, sans lui, n'était jamais acquis aux prévaricateurs, ni leur innocence, ni leur tranquillité, ni leur réputation. Avec lui, en revanche, la vertu retrouvée pouvait s'épanouir à l'abri des tempêtes. Le mensonge, en laissant l'employé seul face à sa conscience, lui permettait de s'en faire une nouvelle à sa convenance.

Moralisation, mensonge et casuistique: telles étaient, en définitive, les trois colonnes sur lesquelles s'appuyaient le vécu de la corruption. La moralisation d'abord permettait de placer sur un terrain individuel ce qui, autrement, aurait pu faire l'objet d'une lecture et donc d'une riposte collective. Elle opérait, ainsi, une culpabilisation de la corruption. Elle appelait, de ce fait, une législation pénale destinée à châtier les sujets fautifs. Elle interpellait en outre la conscience des prévaricateurs.

Face à cette montée des périls, les employés se défendaient — comme nous l'avons vu — au moyen du mensonge et de la casuistique. Ils établissaient une distinction entre le visible, qui était honnête, et le vécu, qui ne l'était pas, ainsi qu'une autre distinction entre l'action qui était mauvaise et son évaluation en conscience, qui était favorable et absolutoire. La moralisation, donc, culpabilisait. Le mensonge dissimulait. Et la casuistique réhabilitait. Les sociétés d'Ancien Régime, ainsi, étaient tiraillées entre deux tendances contraires: une exigence de rigueur, d'une part, exprimée par la moralisation, un penchant pour la permissivité, d'autre part, soutenu par le mensonge et la raison.

Le Prince, au cours du XVIII^e siècle serait entré dans cette dialectique, en introduisant des menaces de châtement escortées d'une attente de clémence, dans un cadre de paternalisme sévère et inattentif en même temps. La corruption en serait sortie paradoxalement renforcée, ficelée entre la rigueur des principes et le laxisme des usages. Sur cette voie, elle gagnera la renommée d'être sans remède, inévitable, comme enracinée dans la nature même de l'homme. L'histoire nous dit que cette idée est fausse. Nous savons, puisque l'histoire nous l'apprend, qu'entre la fin du XVII^e siècle et

les débuts du XX^e, une partie du monde — de plus en plus petite — a été peu à peu gagnée par l'intégrité. Les racines de la corruption des temps modernes pourraient être donc examinées, pénétrées et saisies, pour en faire aussi une occasion d'inversion du chemin.

Auteurs cités dans le texte

— Iohannes BONIFACIUS (République de Venise, siècle, XVI^o)

« Crimen peculatus sacrilegio proximum, et furti genus eorum, qui publicam pecuniam furantur, qui si dum Iudices publicas pecunias subtraxerunt, capite puniuntur, et pari modo qui illis opem tulerunt, vel ipsas pecunias furtivas scienter receperunt. [.....]

Ad Iudicum furta, et eorum sordes, ac turpia lucra descendamus, qui sicuti sua honoraria et emolumenta habere debent, sic se abstinere, ne aliquid indebite extorqueant vel oblatum accipiant. Honorarium et congrua merces Iudici omni iure debetur. [.....] Quicumque sibi stipendia publice decreta consequitur, si amplius querit, tamquam calumniator et concussor condemnatur. [.....]

Et non solum pecuniam sed quamcunque etiam aliam commoditatem non potest Iudex recipere (pecuniam auream accepisse dicemus, etiam si aliud pro pecunia accepit) [...] Hoc crimen vulgo legistae Baratariam appellant. Haec barataria aequiparatur symoniae, quia sicut symoniacus est ille qui res sacras, quae suae certe non sunt, vendit, ut fures faciunt: sic per baratariam leges venduntur, quae sacrae sunt. Non debent enim Iudices putare alienum iurgium esse suam praedam; privatarum litium non mercatores, sed cognitores esse debent.

Immo hoc crimen baratariae dicitur crimen laesae maiestatis... auctoritate Doctorum in Authenticam "Sed novo iure", Paridis de Puteo..., Baldi de Ubaldis..., Hippoliti de Marsiliis.

Punitur Iudex si accipit pecuniam etiam ut iustam ferat sententiam, et hoc quoque casu corruptus dicitur, quia delinquit dum iustitiam hoc modo venalem facit, et puniendus est. Quod etiam Plato, in suis Legibus, libro 12, severissime prohibuit. Qui Patriae in aliqua re ministrant, nullo modo munera accipiant, nec ulla occasione aut ratione nobis persuadeamus in rebus quidem bonis suspicenda esse munera, in aliis minime: nam nec cognoscere facile est, neque cum cognoveris, continere. Idcirco tutius est legibus obtem-

perare dicentibus nulla pro patriae ministerio munera esse suscipienda; si quis vero minus obtemperasse, damnatus fuerit, moriatur.

Munera crede mihi placant homines Deosque.

Videtur tamen Judicibus permissum ut possint modica quaedam exculenta et poculenta accipere, quae paucis diebus consumantur, spontanea liberalitate oblata. Quae munuscula xenia appellantur. Non vero in totum xeniis abstinere debet Proconsul, sed modum adhibere, ut neque morose in totum abstinenceat, neque avarae modum xeniorum excedat. Quam rem Divus Severus Imperator Antoninus elegantissima epistola est moderatus: 'Quantum ad xenia pertinet, audi quid sentimus: valde inhumanum est a nemine accipere, sed passim vilissimum est, et omnia avarissimum'. Haec autem xenia seu munuscula, permissa videntur quia propter ista minima non praesumitur animum Judicium moveri ad iniuste iudicandum.

(*Liber de furtis*, Vincentiae, 1599, § *Alienae rei*, nn. 37 ss.)

— Aegidius Bossi (Duché de Milan, siècle XVI°)

« Si iudex, corruptus pecunia, iniustitiam fecerit vel iustum omiserit, dicitur crimen illud committere quod vulgus baratariam vocat, et acriter puniendus est. Et res non habet difficultatem quando, ut dixi, facit iniustitiam, et maxime quando ad id datur pecunia. Sed dubito quando facit quod facere debet iudex, an tamen dicatur committere baratariam, et videtur non committere, si bene dicunt Doctores. In contrarium videntur multa iura (n. 1).

(.....) Vulgus appellat hoc crimen sub hoc nomine baratariae (...) quia fit quoddam baratum pecuniae cum iustitia: ad hoc vide Baldum, *Consilium* 21, vol. 5, ubi dicit quod barataria consistit in corruptione Judicis, et sic non habita ratione an magis iustitiam quam iniustitiam fecerit.

(.....) Quid tenendum? Dic, quando datur ut fiat, vel non fiat iniuste, et ita fit iniuste, nulla est difficultas quin simus in crimine vulgo appellato barataria. (.....) Quando etiam simpliciter datur pecunia a parte Judici alio non dicto, ex quadam diffidentia iuris, quam dans habet, etiam iudex quomodocumque iudicet, dicitur committere baratariam. (.....) Superest casus, quando datur ut bene iudicet, et iste casus etiam continet baratariam (.....).

Omnino vide Pauli de Castro *Consilium* 152, considerantem

dictos tres casus, et quando datur ut feratur iniusta sententia, et quando ut feratur iusta, et quando simpliciter datur, et omni casu iudex punitur. (n. 2).

Nota ex praedictis non licere Judicibus accipere munera, quia officium suum tenentur gratis exercere, alias incidunt in legem Iuliam Repetundarum (.....). Breviter dic officialem sub nomine officii a nullo recipere posse, sed si recipit ab aliquo uti ab amico, qui vult sibi donare, licite potest accipere usque ad centum aureos, omnibus computatis, nisi sint consanguinei usque ad sextum gradum, a quibus potest accipere usque in infinitum.

(.....) Adverte quoque quia esculenta et poculenta Iudices accipere possunt, et non comprehenduntur sub prohibitione dictae legis, nec propterea Iudices dicuntur habere immundas manus, iuxta late cumulata per Hippolitum [Ippolito Marsili, *Singularia, Sing.* 190] circa hanc immundiciem Iudicum. Verumtamen non debent ista esculenta et poculenta excedere centum aureos in anno. (...) Sed in ordinario Iudice, secundum veriore opinionem, quando habet sufficiens salarium, non est licita ista acceptio xeniorum.

Et si vis scire quae dicantur exculenta et poculenta, prout scire debes, ne ex iis putares posse accipi vinum in quantitate, caseus, foenum, avenam, et similia quae edantur, vide Alexandrum (de Imola), qui dicit illa esse quae sunt corruptibilia et peritura, et quae paucis diebus consumi possunt. Scias etiam quod si pecunia sit data Iudici post sententiam, quod propter hoc non dicitur sententia venalis, nec iudex punitur de barataria. Adverte tamen quia iudex qui sic facit est dignus repraehensione, et illicite capit ».

(*De officialibus corruptis pecunia, iniusteque iudicantibus*, in: *Tractatus varii*, Venetiis, 1562)

— Jacobus MENOCHIVS (Duché de Milan, siècle XVI^o)

« Quo gravius est delictum dolo malo commissum quam per imperitiam, eo etiam gravius vindicandum est. Severiori ergo poena agendum est cum illis Iudicibus qui per sordes, qui pecunia corrupti iniuste iudicant. [...] Iudicis arbitrio punitur corruptus iudex. Si vero in causa civili iudicavit, si recte, solum tenetur restituere quod accepit; si vero inique, litis aestimationem laeso solvit. [...] Iudex autem tum per sordes dicitur iudicasse, et (ut nostri dicunt) baratariam commisisse, cum aliquid acciperit ut sententiam proferat, vel

non proferat. Extenditur primo ut procedat etiam si accipit ut ferat sententiam iustam adhuc enim corruptus esse dicitur »

(*De arbitrariis Judicium quaestionibus et causis*, Venetiis, 1588, casus 342, per totum)

— Petrus CABALLI (Grand-duché de Toscane, siècle XVI°-XVII°)

« Crimen corruptelae reputatur inter magnas et capitales causas, et in multis delicto laesae maiestatis assimilatur. Ex legibus municipalibus Magni Ducatus Etruriae, Judici corrupto imposita est poena pecuniaria, privationis officii in quo reperitur, et inhabilitationis ad omnia alia officia publica, Magistratus et dignitates in perpetuum, et notae ignominiae et infamiae publicae. Et sic tractaretur de honore, fama et existimatione insignium et nobilium virorum, et in doctorali dignitate constitutorum, et in publico etiam Gymnasio legentium, quae non modo cunctis rebus, sed et propriae vitae antefertur. Ut non immerito poena infamiae morti aequiparari dixerit idem Menochius..... ».

(*Resolutionum criminalium.....centuriae duae*, Florentiae, 1609, casus 166, nn. 6-7)

— Prosperus FARINACIUS (États papaux, siècles XVI°-XVII°)

« Iudex pecunia corruptus iniustitiam faciens punitur poena repetundarum, aliisque pluribus poenis, ad quas tenentur omnes alii extranei corruptionis participes, complices, et consocii. Regula procedit non solum si iudex facienda non faciat, verum etiam si non facienda facit. Quinimo etsi munera recipiat ut iustitiam faciat, cum debeat semper *manus mundas* habere. Imo nec ei licitum est accipere ut cito expediat (...) nec permittitur recipere etiam sub titulo venditionis, donationis aut alterius cuiuscumque contractus (...) Et unusquisque admittitur ad accusandum, et intra annum a die mortis eius qui de tali crimine arguebatur, datur actio contra haeredes; admittitur etiam ad accusandum ipse corrumpens, dummodo corruptione probaverit (...). Sententia vero data a Iudice corrupto, quamvis iusta, una cum omnibus actis est ipso iure nulla.

Regulariter Iudicibus et Officialibus munera recipere prohibitum est. Et in Urbe, ex Chirographo Clementis VIII de anno 1595, Iudicibus criminalibus poena mortis et confiscationis bonorum imponitur. Iudices vero non habentes salarium non prohibentur recipere munera a sponte dantibus; sic et licitum est recipere ab amicis,

dummodo in toto anno non recipiatur citra valorem centum aureorum. Sed hodie prohibentur recipere, nisi esculenta et poculenta, quando dantur ex mera liberalitate, eaque moderata, ut infra duas vel tres dies ab ipso Iudice eiusque familia consumi possint.

Promittens bonum litis eventum, seu sententiam favorabilem, et ob id pecuniam recipiens, punitur eadem poena qua corrumpens.

Dantes et recipientes pro obtinenda gratia vel iustitia apud Sedem Apostolicam sunt excommunicati excommunicatione maiori, anathematizati, et absolvi non possunt nisi a Pontifice [.....].

(*Praxis et theoricæ criminalis*, Venetiis, 1607, *quæ*.111)

— Franciscus MARADEI (Règne de Naples, siècle XVII^o)

Dicitur corruptus iudex etiam per recepta munera, vel per receptam pecuniam sub titulo vel colore dietarum vacatarum, ratione accessus super locis controversis [.....] quia in hoc casu non debetur salaria. Quod fuit extensum et ampliatur per Regales Literas, etiam si Iudex et pars hospitentur, et simul comedant in accessu pro visura loci.

Sed quid dicendum in sententia prolata a tribus Iudicibus sedentibus in aliquo tribunali quorum unus sit corruptus? Sententia est nulla in totum ratione individuitatis. Non tamen diceretur corruptus testis deponens sub spe premii, seu utilitatis, non tamen promissæ; sed bene testes, qui veniunt ad deponendum sub promissione amplissimorum promissorum, et futuræ impunitatis omnium delictorum, dicuntur magis quam pecunia corrupti, et ideo non probant.

(*Tractatus criminalis analyticus*, Neapoli, 1716, cap. XXVI)

— Marcus Antonius SABELLI (Grand-duché de Toscane, siècle XVII^o)

« Iudices debent prae omnibus aliis *mundas manus* servare Deo et Justitiæ, alias homicidia, invasiones, vulnera, adulteria, raptus virginum, commerciorum confusio et contemptus legum aut ipsorum Iudicum. Cito violatur iustitia auro, nullamque reus pertimescit culpam quam nummis redimere putat, et pauper, dum non habet quod offerat, non solum audiri contemnitur, sed etiam contra veritatem opprimitur.

Dicuntur autem Iudices per sordes iudicasse et barattariam commisisse cum aliquid acceperint, vel fuit sibi promissum, vel remissum, vel mutuatum, vel aliud eis commodum causatum a

litigantibus ante sententiam, ut illam proferant, etiam sub nomine sportularum non debitarum, vel ut iustitiam faciant, vel causa celeriter expediat, et licet ipsi nihil promiserint, vel si promiserint et non fecerint, et licet sponte fuerit datum, vel oblatum.

Omni igitur iure prohibita est Judicibus, vel aliis officialibus publicis, munerum sive donorum receptio, praecipue in pecunia, etiam minimae quantitatis, ita ut antiquo iure haec munera vocentur furta et rapinae. Primo de iure divino, quod potissimum est, et nulla malitia evitari potest, cum omnia nuda et aperta sint oculis Dei. Scriptum est enim (Exodus, cap. 23, loquendo de Judicibus: *Non accipies munera, quae etiam excaecant prudentes, et subvertunt verba iustorum*; Ecclesiastes, cap. XX: *Xenia et dona excaecant oculos Iudicum, et quasi mutus in ore avertit corruptiones eorum*) [une dizaine de citations des Écritures, toutes de la même teneur, suivent ici].

Quatuor enim modis humanum iudicium pervertitur, nempe timore, cupiditate, odio et amore, a quibus Iudices maxime cavere debent [.....].

Praedicta tamen varias patiuntur limitationes, atque declarationes, nam: Primo prohibitio dandi et recipiendi munera Judicibus, aliisque officialibus facta, non comprehendit consanguineos, neque affines usque ad sextum gradum. Secundo ab amicis etiam possunt Iudices et officiales munera recipere, non tamen praetextu officii sed amoris et benevolentiae, et cum moderamine ad centum aureos tantum in anno Tertium, Iudices et officiales non habentes salarium, vel tenue habentes, non prohibentur accipere munera a sponte dantibus, pro sui et suae familiae sustentationis, quam aliter sustentare non possunt propter parvitatem salarii, dummodo ob id non faciant iniustitias. Quarto remunerationis causa possunt Iudices et officiales dona recipere [.....]. Quinto a subditis quoque, qui litem non habuerunt, non habent, neque spes aut timor verisimilis est imminentis litis, non prohibentur Iudices munera recipere [.....] Sexto possunt Iudices recipere a non subditis, alteriusque ditionis, vel fori, hominibus, qui sponte, nec officii ratione, dona in qualibet quantitate offerant [.....] Septimo post sententiam, vel finitum officium possunt Iudices oblata munera, nullo tamen praecedente pacto, bona fide recipere ab illis, qui coram ipsis litigarunt, quia peracto ministerio, fraude cessante, cessat prohibitio illius respectu inducta pariterque suspicio et causa corruptionis ... Contrarium

tamen tenent alii non pauci, nempe prohibitam esse receptationem etiam post sententiam vel depositum officium (supposito quod hic loquimur praeter esculenta, poculenta et xenia, de quibus alia est inspectio, ut infra...). [.....] Octavo servato moderamine parvae quantitatis, quae de iure communi non habet praefinitos terminos, sed ex temporum personarumque conditione aestimatur, permissum est Judicibus, aliisque Officialibus et Ministris, esculenta, poculenta et xenia, quae intra paucos dies consumi possint, recipere a sponte et liberaliter dantibus, quia nullo iure haec prohibentur, maxime si non officii causa et intuitu dentur, sed ex amicitia et liberalitate.

Difficultas est in nostro iure municipali [qui prohibet recipere] ista etiam parva dona esculenta et poculenta a litigantibus [.....] .

Ex Rubrica: Leges civiles quando non obligant in conscientia admittunt interpretationes in hac materia. Principes seculares non praesumuntur velle obligare in conscientia. Lex non obligat cessante illius ratione. Lex in praesumptione fundata cessat, ubi veritas est in contrarium. Lex per consuetudinem abrogata non obligat. Princeps sciens et non puniens dicitur permittere. Consuetudo attendenda circa munera. Consuetudine stante nullum est delictum in accipiente munera.

Conclusio: Concludendo itaque videtur, cessante periculo corruptionis et iniustitiae, non obstantibus legibus municipalibus, posse Iudices vigore consuetudinis et aliis rationibus praedictis, tuta conscientia recipere et retinere parva munera et esculenta et poculenta, sibi a litigantibus ex mera liberalitate oblata, quae non sint magni valoris, ac paucis apta consumi diebus, dummodo ut dixi (et iterum propter magnos abusos repetere cogor) ad necessitatem non perducantur, indirecte compellendo litigantes ad dandum per cunctationem in expeditione causarum vel per mediatores, vel aliis modis notis ipsis qui talia committunt. Quae esculenta et poculenta ad hunc effectum dicantur modici valoris, sunt a nostra lege municipali ad unum scutum in casibus permissis taxata [.....].

(*Discursus de prohibita munerum et precum datione, interpositione ac receptione, Judicibus, aliisque Ministris publicis, et maxime pro foro conscientiae, Venetiis, 1715*)

— Ludovicus Antonius MURATORI (Duché de Modène, siècle XVIII°)

« La prima massima è: Che nelle cause civili [.....] il Giudice è tenuto in coscienza a seguitare l'opinione più probabile; né gli è permesso di attenersi ad un'opinione probabile sì, qualora nella contraria si osservi maggior probabilità [.....] Non son padroni i giudici dei beni che le persone litiganti portano davanti al loro tribunale, da poterne disporre come meglio lor piace. Quella è roba altrui, e dee darsi a chi con ragioni migliori a sé la mostra dovuta; né a lui senza grave ingiustizia si può torla per darla ad un altro. Parlano qui i primi principj della ragione: in dubiis pars tutior est eligenda »

(*Dei difetti della giurisprudenza*, 2^a ed., Venezia, 1743, cap. XIII, *Alcune massime...*, post princ. [pp. 128-29])

PROFILI GIURIDICI DELLE SUPPLICHE
PER GIUSTIZIA IN ETÀ MODERNA (*)

Diversi sono i rimedi contro la sentenza:

- ci si può appellare ad un altro giudice
- si può supplicare il Principe, o ricorrere *per modum quaerelae* (allo stesso giudice), *vel recursus*
- si può conseguire la *restitutio in integrum* nelle cause civili, attraverso un diverso giudizio
- si può dimostrare la nullità della sentenza
- si può ricorrere alla *via facti* per impedire una sentenza ingiusta e irrimediabilmente pregiudizievole, che il giudice voglia far eseguire ad ogni costo
- si può avere una *retractatio ipsius iudicis, cum auctoritate Principis, ubi constaret de innocentia condemnati*. La *retractatio* colpisce una sentenza in giudicato
- si può avere una *restitutio a Principe ex iustitia facta (remedium extraordinarium)*.

Ma due soli rimedi possono essere azionati prima che la sentenza passi in giudicato, e sono l'appello e la *supplicatio*.

Una volta che la sentenza sia passata in giudicato è tuttavia permessa la *supplicatio ad Principem* (o al *Superior*) in tutti i casi nei quali, *per statutum* ⁽¹⁾ *vel per constitutionem* non è ammesso appello, là dove però sarebbe permesso *de iure communi* ⁽²⁾.

(*) Appunti inediti per Relazione presentata a Trento, Istituto storico italo-germanico in Trento, Seminario *Petizioni, 'gravamina' e suppliche nella prima età moderna in Europa (secoli XIV-XVIII)*, 25-26 novembre 1999.

(1) Un certo 'favor supplicationis' è mostrato dalla interpretazione che Giovanni da Imola dà dello statuto di Lucca che proibisce di appellare le sentenze emesse dal foro della mercatura, proibendo altresì, per quelle sentenze, sia le *supplicationes*, sia *omnes*

Appello.

Appellatio est de iure naturali, quia inventa est propter iniquitatem vel imperitiam corrigendam, ut Princeps, quo ad eius substantiam, tollere non potest, licet appellationis formalitatem tollere possit.

Può essere negato *ratione causae*, o *per excellentiam personae* [*iudicis*].

Quando uno statuto, un decreto o un ordine “tollit appellationem et nullitatem” non toglie perciò stesso il diritto di impugnare (ad altro titolo, in un diverso processo) una sentenza emessa con dolo.

Actio, vel exceptio, nullitatis.

Quia quod nullum est impugnari non potest.

L'azione di nullità contro una sentenza (o l'eccezione di nullità che si oppone alla sua esecuzione) può aversi, per esempio:

quando si cattura l'inquisito senza che consti del delitto,

per *inepta inquisitio*,

per incompetenza dell'inquirente o per suo difetto di *iurisdictio*,

per mancanza di citazione,

per *lata sententia non data defensione*.

“Item quando apparet ex actis de notoria iniquitate” (Bossi).

— “Adde quod ubi poena mortis imponitur, vel alia corporalis, semper potest opponi exceptio nullitatis, etiam contra tres sententias”

Quaerela. Imploratio officii iudicis.

Quaerela, sive appellatio ad eundem iudicem, potest intentari quando non competit remedium nullitatis.

qualescumque oppositiones. È uno statuto *exorbitans*, dice Giovanni, e quindi *stricte interpretandum*, per cui il divieto di interporre suppliche va inteso relativamente alle suppliche che si rivolgono al giudice, non a quelle che è possibile rivolgere al *Princeps*.

(2) “Declara, quia supplicatio est permessa in casibus in quibus statutum, vel alia dispositio, tollit appellationem in casu appellabili, et ideo talis supplicatio potest fieri Principi et superiori quando *ex gratia aliquid conceditur*, sed si sola iustitia committitur, etiam inferior, prout gubernator Bononiae, hoc potest concedere” (TOSCHI, *Communes conclusiones*, concl. 904, n. 20).

È rimedio straordinario, mentre l'azione di nullità è mezzo ordinario.

Non si può esperire nei casi in cui non si dà appello *propter excellentiam personae*.

Quaerela est nomen magis generale quam supplicatio, ideo excluditur etiam imploratio officii iudicis si excluditur quaerela.

Supplica.

Remedium iuris ex gratia. La sua natura si commisura sull'appello e sulla revisione (Bossi).

— *Ubi non potest appellari, mixta consideratione personae et causae, tamen potest supplicari.*

Supplicatio similis est appellationi potius quam restitutioni, ideo iudex supplicationis admittit etiam novas probationes, prout iudex appellationis, quia non reperitur prohibitum.

— Remedia supplicationis et quaerelae sunt extraordinaria. Ma a Milano, obietta Bossi, “supplicatio habet vim appellationis, et ita semper concedit Senatus si in tempore appellandi supplicatur”, e giustamente — aggiunge — perché ricorrere al Principe è per l'appunto *appellare*.

Tre sono le differenze tra la *supplicatio* e l'*appello*:

a) Sumitur supplicatio stricte pro ea quae porrigitur adversus sententiam quae petitur revocari, quamvis alias capiatur large pro qualibet precum porrectione

b) Licet in appellatione a sententia diffinitiva (secus in interlocutoria) non sit necesse exprimi causam aliquam, tamen in supplicatione necessario apponitur causa saltem colorata, alias superior non debet ammittere supplicationem

c) Item differunt quia solus Princeps prior concedere habet supplicationem, sed appellatio etiam fit ab inferiori. [Nebrissenso].

Giason del Maino ne vede cinque di differenze tra Appello e Supplica:

a) Primus est quia appellatio suspendit vel rescindit sententiam, quia facit illam iniquam, supplicatio facit validam

b) Appellatio ad aliud iudice, supplicatio ad eundem

c) Appellatio intra decem dies, supplicatio intra duos annos

d) Appellatio pluries, supplicatio semel tantum permittitur

e) Appellatio suspendit execuutionem, supplicatio non; licet

petens executionem debet fideiubere (declara tamen quod executio suspendditur per supplicationem quando intra decem dies).

— Supplicatio est recursus qui conceditur a iudice gravato, a cuius sententia, propter excellentiam personae, non datur appellatio, et succedit loco appellationis prohibitae (Toschi, dal *Codex* ⁽³⁾ e da Bartolo).

Amplia (Giovanni da Imola): ubicumque prohibetur appellatio vel recursus propter excellentiam personae, bene conceditur supplicatio. Ideo a sententia Papae et Imperatoris licitum est supplicare.

— Vel est quaedam benignitas superioris, per quam inducitur ad revocandum ea quae male acta sunt, et succedit loco appellationis (Giovanni da Imola)

— Supplicatio differt ab appellatione, est enim restitutio ex gratia (Giason del Maino)

— Supplicatio est petitio veniae prioris erroris, vel est quaedam benignitatis ipsius superioris imploratio (Nebrisseno)

— Generaliter supplicatio est permessa ubicumque est prohibita appellatio, eo casu quo tria concurrant:

Primo, quod aliud remedium non superesse

Secundo quod amplius non fuerit appellatum, vel supplicatum

Tertio quod notorietas vel enormitas criminis non obstat

Ed inoltre:

De iniquitate non quaeritur in supplicatione Principi facta, sed bene de iniustitia

Retractatio iudicis.

Il giudice che l'ha emessa può revocare, o modificare, una sentenza passata in giudicato, ma può farlo soltanto con l'autorizzazione del Principe. È il caso del Principe che glielo chiede rinviandogli gli atti di un processo conclusosi *legitime et iure*, in ragione di nuove emergenze che mostrano, per. es., l'innocenza del condannato.

⁽³⁾ lex *Si quis*, et Auth. *Quaedam supplicatio*, Codex *De precibus Imperatori offerendis*: Si quis adversus praefectorum praetorio sententias duxerit supplicandum, victusque fuerit denuo, nullam habebit licentiam iterum super eadem causam supplicandi.

Restitutio a principe ex iustitia.

È *remedium extraordinarium*.

Si ha quando una *sententia praecessit*, emessa con giustizia, *servatis servandis* (per es., confessione sotto tortura, in tortura legittima), e dopo di essa sia chiaramente apparsa l'innocenza del condannato.

Il caso contrario è quello in cui l'innocenza appare già nel corso del processo e gli fa seguito una sentenza *tyrannice lata*, oppure nulla, o evidentemente iniqua.

“Tunc dicitur *restitutio ex iustitia* quando *sententia fit iuridice*, puta *praecedentibus* indiciis quis torquetur, et tortus fatetur, et ita *servatis servandis* damnatur. Nam hoc casu, si postea appareat de innocentia, fit *restitutio propter iustitiam*, et vere est *restitutio sive gratia*, sed tamen ex iustitia.

Sed si *sententia esset tyrannice lata*, et ex processu per quod apparet eum esse innocentem, condemnatumque animo doloso, ut bonis propriis spoliaretur, imo talis, tamquam spoliatus posset *via ordinaria* quodcumque intentare *remedium reintegrandi se ad possessionem bonorum suorum*”.

Il *Princeps* (o il Senato milanese, dice Bossi) può rinviare la sentenza legittima allo stesso giudice, perché valuti le nuove emergenze, e allora la cosa si configura come rimedio straordinario. Se invece trattiene la questione e la giudica esso stesso, agisce come un giudice di appello.

Imploratio gratiae.

Non si presenta come *remedium* o *gravamen*, ma ha natura extraprocessuale.

“*Gratiam petens non dicitur fateri delictum*” (4), ma nel Ducato di Milano a chi implora la grazia si chiede di esibire la pax delle vittime e si impone di confessare il delitto. Bossi dice di essersi strenuamente opposto a questa regola, quando si fece il decreto senatorio che la contiene (5).

(4) Così anche FARINACCIO, *Variarum quaestionum...*, quae. 5, n. 25: “[supplicans et veniam petens] [...] ex hac sola supplicatione et petitione veniae non dicitur fateri delictum”.

(5) “Ex ordinibus tamen nostris cavetur ut impetrans gratiam debeat fateri crimen,

La questione del valore di confessione che può essere dato alla supplica è affrontata con più convincenti distinzioni da Farinaccio, che parte da un'idea di Girolamo Giganti:

“Petens veniam regulariter non fatetur delictum.

Sed quia hoc non semper verum est, ideo clarius distinguas in hunc modum:

a) aut quis supplicat in casu a iure transigibili

b) aut non transigibili.

(a) Si in casu transigibili, tunc [...] veniam petens seu supplicans, delictum non fatetur. Si enim isto casu per compositionem non oritur delicti confessio, multo minus orietur ex simplici supplicatione.

(b) Si vero quis supplicat in casu de iure non transigibili, tunc iterum distinguas:

b/a) aut supplicatio et petitio veniae est iudicialis et solemnis

b/b) aut est extraiudicialis

(b/a) primo casu plene probat delictum, nisi expresse dicatur quod petitur benignitate, vel ad cautelam, vel ad se eximendum a molestiis, et iis similia

(b/b) secundo casu quando quis supplicat et petit veniam extraiudicialiter, et tunc minime delictum fatetur, nec ex tali supplicatione potest aliquod oriri inditium: quia in dubio quis censetur petere veniam et gratiam potius ad cautelam, quam quod vere delictum commiserit.

— La supplica è consentita se l'appello è precluso perché la sentenza è stata emessa da una autorità che non ne ha altre sopra di sé (*per excellentiam personae*).

Non però se la causa è di quelle non appellabili per la loro natura (*notorietas vel enormitas*, per es.).

Oppure, sentenza passata in giudicato (Bossi, in riferimento al Ducato di Milano).

Casi nei quali “cessat appellatio” (c. *Ex literis, De in integrum*

et cum qualitibus suis, et hoc ante sententiam [...] ut confiscari possint bona illius ex ea confessione [...] Et memor sum quod tempore conditi ordinis contradixi quantum potui ne fieret, quia adhuc nimis est confiscare bona per sententiam, et tempore regis, quando gratia concedebatur, trahebatur solum ad bona expresse confiscata” (E. Bossi, *De remediis ex sola clementia Principis contra sententiam*, n. 29, post med.).

retitut.): per norma (statuti, quasi ovunque), causa enormitatis (crimen laesae maiestatis, famosi latrones), elapso tempore decem dierum.

In dubio: “In dubio favendum est supplicationi, sicut appellationi, quia plus petit ius concedendo, quam denegando”.

In concreto, se il diritto alla supplica non viene meno in presenza di una sentenza inappellabile *propter excellentiam personae iudicis*, giustamente cade quando l’appello non è consentito *propter naturam causae non appellabilis*. Perché “quando est propter personam censetur mera gratia, quando propter causam censetur propter bonum publicum” (Opinio communis).

Chi supplica quando la supplica non è consentita viene punito (“*Supplicatio non licet quando sententia transivit in rem iudicatam, et si fiat supplicans incidit in poenam*”)

Quando la sentenza è passata in giudicato (dieci giorni ⁽⁶⁾ dopo la sua emanazione) la supplica può concernere:

- a) la rimessione in termini
- b) la revisione del processo
- c) il merito (modificazione della pena)

Il Principe, concedendo, dovrà necessariamente “rescribere cum clausula *non obstante*”.

“Sed non debet hoc concedi nisi ex magna causa” (Bossi)

Ex his videtur demonstrari ratio quare conceduntur literae ad novas defensiones bannitis nostris.

Supplicant enim *se iniuste damnatos*, et petunt ut *sententia denuo videatur*.

Nam de iure non licet etiam supplicare, ut vides, et ubi supplicatur nil debet concedi, nisi ex *magna causa*.

Et *magna causa* videtur quando qui supplicat *se non delinxisse*, et paratum est hoc ostendere *in carceribus*.

Et propter ea literae conceduntur ut ipso constituto *coram illomet iudice*, qui eum damnavit, eius defensiones admittantur, non obstante sententia et banno.

Et quod dico non liceret etiam supplicare procedit, nisi postea

(6) La fonte è in Novellae, 119, cap. 5, Auth. *Ut sponsalitia*, § *Aliud*: Supplicatio gloriosissimis praefectis, vel eorum consiliariis, vel causas introducentibus, intra decem dies post sententiam offerenda est.

appareat de innocentia sua apud iudicem qui tulit sententiam, *quia mentitum esset contra seipsum*, vel nisi repertae essent *probationes prius non inventae*.

Ubicumque quis habens sententiam et rem iudicatam potest de dolo, vel falso, vel suggestione adhibita in sententia, criminaliter accusari, potest etiam contra talem sententiam supplicari. Quia ubicumque sententia, ex sui lectura, vel ex actis, redditur iniqua, semper est locum supplicationi, ut Princeps eam removeat.

Infatti: Evidens iniquitas sententiae vel laudi parat supplicationem Principi, etiam si adsit res iudicata, etiam ex consensu iurato partium.

Extra vero dictos casus remanet firma regula ut non liceat supplicare, et si supplicetur non debeat aliquid concedi, nisi magna ex causa, et cum clausula non obstante.

Ubi notorietas vel enormitas criminis concurrat, non est licita supplicatio.

Casi in cui sembra ammissibile la supplica per la revisione.

— La condanna è stata pronunciata in ragione della contumacia (“videtur oriri magna causa admittendae novae defensionis, cum presertim etiam per ordines nostros sublata sit appellatio et omnem aliud remedium contra sententias criminales [.....] [*sed debet postea apparire de innocentia*]”).

— Appare, dopo la sentenza contumaciale, che il condannato era innocente, *et constat ex actis*.

Allora si tiene conto del fatto che ci sono ancora rimedi ordinari azionabili (per es. l'appello). E se non ci sono, si ricorrerà al Principe, invocando la *magna causa*.

— La supplica proviene dall'accusatore o dal fisco, e va nel senso della revisione del processo *in favorem rei, ex magna causa suae innocentiae*. È il caso della c.d. *denuntiatio evangelica*.

“Similiter contra sententiam quae etiam transivit in rem iudicatam utimur via denuntiationis evangelicae, quando est iniusta et scit victor iniustam esse, seque in peccato esse” (opinione già di Bartolo, *Ad reprimendum*, ver. *Denuntiationem*, che segue il Panormitano; poi *opinio communis*).

“Non video qua re — dice Bossi — Princeps non debeat

accusatores, vel fiscum, quaerentes ut iterum causa cognoscatur, repellere” .

Un vincolo è nel fatto che *remedium Principis admittitur tantum gratia damnati*. Perché, se pure si ammette che il Princeps abbia *potestas in criminalibus*, “hoc procedit quo ad tollendam, vel mutandam poenam, non quo ad damnandum iam absolutum” (7).

Accade che uno statuto vieti l’interposizione di appello per certi casi.

Non si possono avanzare suppliche quando una sentenza va in giudicato perché lo statuto dispone che non sia appellabile. Tuttavia questo vale solo se sono già trascorsi i dieci giorni oltre i quali non è possibile interporre appello ordinariamente, al di là della inappellabilità stabilita dallo statuto (“*Intelligo elapsis decem diebus, et sic tempore ad appellandum, nam eo casu non licet supplicare, nisi ex gratia*”). Ma se si sta nel termine dei dieci giorni la supplica è legittima (“*Sed si sumus in termino decem dierum, quamvis sit sublata ex statuto appellatio, non tamen intelligitur sublata supplicatio*”). In questo caso la supplica *dicitur remedium iuris et ex gratia*.

“Et conclusio est quod si iure communi sententia transivit in rem iudicatam, nova cognitio dicitur obtineri ex gratia. Sed si propter statutum tollens appellationem, tunc — quia non intelligitur sublata supplicatio si sumus intra decem dies — non dicitur impetrari ex gratia, nisi ordo (*Senatus mediolanensis*) repugnaret. Si vero extra illos decem dies, dicitur impetrari ex clementia. Sed remedium hoc, etiam intra decem dies dicitur extraordinarium, et secundum decretum nostrum (*Senatus mediolanensis*) dicitur semper ex gratia concedi” (8).

Fonti:

- BAIARDI G.B., *Additiones et annotationes [.....] ad Iulii Clari librum Quintum Receptarum sententiarum sive Practicam criminalem*, Venetiis, ap. Baretium Baretium, 1614.
- BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Tractatus super Constitutione extravaganti Ad reprimendum*,
- ID., *Quaestiones aureae disputate*, entrambi in: *Consilia, Quaestiones et Tractatus*, Venetiis, per Baptistam De Tortis, 1506.

(7) “Perquire leges quae verba faciunt de remedio Principis, et comperies eas ita loqui”, commenta E. BOSSI, *De supplicationibus adversus rem iudicatam*, n. 7.

(8) E. BOSSI, *De supplicationibus adversus rem iudicatam*, nn. 11-13.

- BERTACCHINI G., *Repertorium*, Venetiis, ap. Bevilacquam et Socios, 1570, sub voce *Supplicatio*.
- BOSSI E., *De supplicationibus adversus rem iudicatam*,
 ID., *De appellationibus*,
 ID., *De quaerela contra sententiam*,
 ID., *De via facti et denuntiationis evangelicae contra sententiam*,
 ID., *De remediis iustitiae contra sententiam ex concessione Principis*,
 ID., *De remediis ex sola clementia Principis contra sententiam*, tutti in *Tractatus varii*, Venetiis, ap. Franciscum Senensem, 1562.
- CARENA C., *Tractatus de officio Sanctissimae Inquisitionis, et modo procedendi in causis fidei, in tres partes divisus*, Bononiae, typis Iacobi Montii, 1659.
- DE ANGELIS F.G., *De Scamno, Tractatus de habilitatione reorum*, Neapoli, D.A. Parrino & M.A. Mutii, 1690, pp. 205.
- DE ANGELIS F., *Mevanatis, De impunitate uni reo danda pro poena in occultis delictis caeteris correis, seu criminis sociis infligenda* [opusculum IV, unito al suo *Tractatus de impensis et melioramentis dotalibus et beneficialibus*], Augustae Taurinorum, ap. Constantinum, 1686, pp. 356-365.
- DE LUCA G.B., *Il Dottor Volgare*, lib. XV, *Delli giudizi criminali, e della loro Pratica nella Romana Curia*, Roma, Corvo, 1673.
- FARINACCIO P., *Variarum quaestionum et communium opinionum criminalium liber primus*, Venetiis, ap. Io. Variscum & Paganinum de Paganinis, 1589 [poi nella *Praxis et Theoricae criminalis pars prima*, Venetiis, ap. Iunctas, 1595]
- GIASON DEL MAJNO, *In primam Codicis partem commentaria*, Venetiis, apud Iuntas, 1590.
- GIGANTI G., *Tractatus de crimine laesae maiestatis*, Lugduni, ap. haeredes Jacobi Juntae, 1557.
- GIOVANNI DA IMOLA, *Consilia*, Venetiis, ex Officina Joan. Bapt. Somaschi, 1581.
- GUAZZINI P.P., *Tractatus moralis ad defensam animarum advocatorum, iudicum, reorum [...] in quo spectantia ad forum Fori pro foro Poli discutiuntur*, Venetiis, apud Thomasinum, 1650.
- MARADEI F., *Practicae observationes civiles, criminales et mixtae*, Neapoli, Typis ac Sumpt. Michaelis Aloysii Mutio, 1722.
- NEBRISSENO A., *Vocabolarium utriusque iuris*, Venetiis, ap. Michaellem Bonellum, 1575, [sub voce *Supplicatio*]
- PEGUERA L., *Quaestiones criminales in actu practico frequentiores et maxime conducibiles. Et in Sacro Regio Criminali Concilio Cathaloniae pro matori earum parte decisa*, Venetiis, ap. Damianum Zearium, 1590.
- SANDEO F., *Commentariorum in primum Decretalium librum*, Venetiis, ap. haeredes Hieronymi Scoti, 1584.
- SAVELLI M.A., *Pratica Universale...*, Venezia, presso Paolo Baglioni, 1707, [sub voce *Supplicare*]

- SCACCIA S., *Tractatus de sententia et re iudicata*, Venetiis, ap. Iacobum Scaleam, 1629.
- TARTAGNI A., *Consilia seu responsa*, Lugduni, sumpt. Laurentii Durand, 1552,
- THOMASIIUS CH., *De iure aggratiandi Principis evangelici in causis homicidii Dissertatio*, Halae Magdeburgicae, 1714.
- TOSCHI D., *Practicae Conclusiones iuris*, Lugduni, L. Arnaud & C. Rigaud, 1660, [sub voce *Supplicatio*]

TRUFFA, STORIA

1. Premessa. — 2. I presupposti romanistici. — 3. La truffa tra stellionato, furto, falso e frode nella fase della emersione del penale. — 4. Verso l'autonomia della figura di reato. — 5. Il reato di truffa nella dottrina e nella legislazione italiana del secolo XIX.

1. *Premessa.*

Dal punto di vista della maturazione dogmatica, la truffa è il più giovane tra i reati contro il patrimonio presenti nel nostro sistema penale ⁽¹⁾. Perfezionato concettualmente nei suoi termini moderni (un reato contro la proprietà, caratterizzato da inganno che produce errore, col quale si consegue un profitto ingiusto, con danno altrui) soltanto nel corso del XIX secolo, esso ha avuto una interminabile gestazione, fatta di piccoli progressi e di lunghe stasi, di contraddizioni e di incertezze, che hanno tuttavia influito in modo rilevante sulla costruzione di momenti importanti del corredo dogmatico della scienza penalistica moderna.

La complessità e la lunghezza della vicenda impediscono a queste sintetiche note di farne compiutamente la storia. La sede e la destinazione di questo contributo consigliano piuttosto di ricostruire il significato di un'evoluzione scientifica, e di dare l'indicazione — per quanto poco articolata — di tendenze, fasi, direzioni. Ecco perché le fonti prescelte sono principalmente fonti dottrinali, più adatte a documentare per grandi linee l'evoluzione dell'istituto, ed

⁽¹⁾ SCHAFFSTEIN, *Das Delikt des Stellionatus in der gemeinrechtlichen Strafrechtsdoctrin. Eine Studie zur Entstehungsgeschichte des Betrugstatbestandes* (1978), ora in *Abhandlungen zur Strafrechtsgeschichte und zur Wissenschaftsgeschichte*, Aalen, 1986, 171.

ecco perché le fonti dottrinali privilegiate sono quelle apicali (i più importanti lavori dei grandi autori).

La trattazione, divisa in quattro grandi fasi cronologiche, vuole rispettare le quattro fasi logiche conosciute dalla truffa (o meglio dagli istituti nei quali concettualmente si annidava) lungo il corso di parecchi secoli.

2. *I presupposti romanistici.*

È da un piccolo nucleo concettuale presente nella nozione romanistica di furto che origina, dal punto di vista dell'evoluzione dottrinale, la figura criminosa che nel secolo XIX prenderà il nome di truffa. Il furto romano è la « *contrectatio fraudolosa* » di una cosa con il fine di lucrare o la cosa stessa o il suo uso (Paolo, D. 47, 2, 1, 3), e può avvenire in molti modi, alcuni dei quali passano per l'induzione in errore di colui che subisce il danno. È così che si presentano come *species furti*, per fare qualche esempio, il caso di colui che si fa consegnare denaro facendo intendere di essere il creditore, o l'erede, o quello di chi ottiene denaro presentandosi falsamente come il *procurator* di un affare, fino al caso di chi si finge povero per ottenere un vantaggio economico. Questo nucleo del *crimen furti*, presentato talora come una forma di furto improprio, era evidentemente suscettibile di qualche sviluppo. Allo stesso modo presentava profili di ordine fraudolento il *crimen falsi*, che, impiantato principalmente sulle ipotesi previste dalla legge Cornelia, comprendeva fattispecie di falsificazione volte ad ottenere profitto.

Ma il contributo più rilevante all'ingresso nella scienza penale di un'idea di crimine contro il patrimonio, incentrato sul concorso di impostura, errore, profitto e danno, doveva venire, in età imperiale, da una nuova figura criminale. In un passo famoso (D. 47, 20, 3), Ulpiano traccia le linee di un crimine chiamato « stellionato » ⁽²⁾:

(2) È ben nota la risalente interpretazione della leggendaria origine di questo nome. Esso verrebbe dallo « *stellio* », un rettile « con la pelle macchiata di stelle » — forse la nostra tárantola — versatile e mutevole, ma anche nemico del genere umano, al punto (« improba astuzia ») di mangiare la propria pelle, al momento della muta, per sottrarla agli uomini, convinti che da essa si potessero ricavare miracolosi rimedi medicinali.

« *Stellionatum autem* — afferma — *obici posse his, qui dolo quid fecerunt, sciendum est, scilicet si aliud crimen non sit quod obiciatur: quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. Ubi cumque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiciemus* ». Fatti seguire alcuni casi che sono sottoposti all'azione di stellionato, aggiunge: « *...item si quis imposturam fecerit vel collusionem in necem alterius, stellionatus poterit postulari* »: un'azione che, in forza di un principio generale (D. 4, 3, 7, 10), « *...nisi ex magna et evidenti calliditate non debet ... dari* ».

Il diritto romano conosceva dunque un principio operativo in base al quale la condotta criminosa che non fosse compresa sotto un titolo speciale di reato poteva essere accolta nella denominazione generica di stellionato, purché concorressero inganno, *animus lucrandi* e *praeiudicium alterius*. La *calliditas*, si diceva, doveva essere grande e rimarchevole, tale da ingannare persone mediamente accorte, e lo scopo dell'inganno doveva essere quello di un arricchimento ingiusto, corrispondente ad un danno per l'ingannato. « Si può dire, in generale, che questo nuovo delitto comprendeva, appunto, tutte quelle lesioni patrimoniali prodotte con la frode che non fossero state in precedenza previste dalle leggi né, pertanto, fossero perseguibili con le azioni ordinarie »⁽³⁾. È su questa base di orientamenti e di testi che lavorerà per secoli la dottrina dell'età intermedia, intenta a costruire i principi, le regole e gli istituti del moderno diritto penale.

3. *La truffa tra stellionato, furto, falso e frode nella fase della emersione del penale.*

È del tutto impossibile rintracciare nel sistema dottrinale della penalistica di diritto comune una nozione unitaria, definita e tipicizzata del reato di truffa. Ciò si deve alla particolare metodologia della creazione giuridica operante in quella che a ragione è stata individuata come la fase della « emersione del penale ». Intendiamo riferirci: α) al principio della frammentazione delle fattispecie penalistiche (definizione *per elenchum* delle figure di reato), il quale

(3) TOLOMEI, *Della truffa e di altre frodi*, Roma, 1915, 51.

realizza un sistema che, per intenderci, potremmo chiamare « casistico »; β) alla proliferazione dei tipi operata attraverso l'elevazione delle circostanze ad elemento costitutivo del reato; γ) alla ulteriore scissione di fattispecie e tipi ottenuta a partire dal *modus*, dalla direzione della *voluntas* dell'agente, dalla qualità dell'autore, dalla natura (o valore) del bene protetto o da altri elementi estrinseci che, di volta in volta, vengono chiamati a supportare figure autonome di reato in ambiti a loro volta non circoscritti. Se poi si aggiungono agli effetti di questa metodologia, il fatto che lo stellationato romanistico aveva già in sé elementi di incertezza, incompletezza e contraddizione, e la circostanza che — in aggiunta — alcune delle sue componenti concettuali finirono per essere ulteriormente travisate dalla dottrina penalistica che va da Alberto da Gandino fino a Farinaccio, si comprenderà come sia logicamente vano, e concettualmente insidioso, tentare di estrarre una linea unitaria e coerente dal dibattito dottrinale dei secoli di mezzo in materia di ciò che oggi noi chiamiamo truffa.

Con certezza possiamo dire che il comportamento che sostanzia il reato era ben conosciuto in quelle società, e che la dottrina giuridica teneva presenti le sue varianti più tipiche (*furfanti* ⁽⁴⁾, *birbones*, *zuntatores*, *ganeones*, *nebulones*, o cerretani), insieme alla casistica ricorrente che consentiva anche di individuare alcune categorie “professionali”, ad istruzione di inquirenti e giudici ⁽⁵⁾. Allo stesso modo si può dire che quella dottrina aveva nelle sue cognizioni la struttura concettuale del reato di truffa: non aveva di esso una nozione generale ed astratta, né era capace di individuarne gli elementi costitutivi sotto un'unica forma tipica e nominata, ma occorre dire che malgrado il suo approccio approssimativo e disarticolato, nessuno dei comportamenti che oggi si ricomprendono

(4) Sulla figura diffusa e nota del « *furfante* » (espressione che per una parte coincide con quella ottocentesca del truffatore) rimando, per tutti, agli studi di CAMPORESI, *Il Libro dei Vagabondi*, Torino, 1973 e di CHARTIER, *Figure della furfanteria. Marginalità e cultura popolare in Francia tra Cinque e Seicento*, Roma, 1984.

(5) Specialmente attento e ricco di particolari è il manuale di Antonio Maria COSPI, *Il giudice criminalista*, pubblicato postumo a Firenze nel 1643. Le diverse categorie di truffatori sono indicate e descritte *ivi*, pt. III, cap. 44-50.

sotto il titolo della truffa sfuggiva in effetti ad una qualche previsione punitiva.

Se andassimo a cercare l'ipotesi criminosa descritta dall'art. 640 del nostro codice penale nel corpo della dottrina penalistica di diritto comune, la troveremmo diffusa e dispersa, per così dire, in un'area che comprende — oltre allo stellionato — il falso, il furto, l'appropriazione indebita. Una dispersione dovuta agli esiti negativi di logiche insite nel metodo di creazione giuridica di cui si diceva poco sopra, ma anche provvista di una sua peculiare fertilità. Perché si può dire che la figura matura della truffa che la dottrina ottocentesca sarà in grado di produrre si è molto alimentata degli elementi dottrinali elaborati per il furto (lesione dell'altrui proprietà), per l'appropriazione indebita (violazione della buona fede), per il falso (uso dell'inganno o della menzogna) e per lo stesso stellionato, là dove si insisteva — talora in modo implicito, e comunque non univoco — sulla natura patrimoniale della lesione. Ma andiamo per gradi.

a) *Stellionatus*. — Del destino teorico dello stellionato nell'età del diritto comune si può dire ben poco. Una buona sintesi dei risultati della lunga riflessione (in verità non molto vivace) che partendo da Odofredo sarebbe arrivata fino alle soglie del secolo XIX è offerta da quel tardo sistematore coscienzioso che fu Tommaso M. Richeri. Lo stellionato, egli avverte ⁽⁶⁾, è un nome generale, col quale vengono indicati i delitti perpetrati in danno di qualcuno col mezzo dell'inganno o della dissimulazione; e poi si fa riferimento a questo crimine ogni volta che manca un titolo per un crimine o un'azione penale, « *...ita ut quod in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio sit* »: la buona formula ulpiana. Lo stellionato si colloca dunque tra due poli: l'uno corrispondente, come vedremo, ad una nozione di *falsum* che per vastità teorica ed estensione casistica riesce ad inglobare praticamente tutte le fattispecie che tipicamente caratterizzavano l'istituto romanistico; l'altro destinato alla funzione di ospitare, per così dire, i delitti straordinari, gli innominati, i sussidiari e residuali: « *Crimen enim*

(6) RICHERI, *Universa civilis et criminalis iurisprudentia*, Lodi, 1829, XII, lb. IV, tit. XL, cap. 7, sez. 1, § 1367.

stellionatus — aveva scritto Farinaccio (7) — *dicitur delictum continens in se diversa et distincta facta, et sic — propterea nominatum propter maximam diversitatem doli, quem homines in factis et negotiis committunt et committere possunt* ». La nozione di delitto evocata da questa definizione — sintesi di una dottrina consolidata (8) — avrebbe suggerito ad Alberto De Simoni l'idea che lo stellionato potesse considerarsi come « ...quel titolo di delitto a cui ricorrono gli ignoranti Criminalisti, qualora non sappiano dare altro più proprio nome ad un'azione e fatto criminoso avvenuto » (9).

I giuristi di mezzo, si è detto in modo ricorrente da parte degli studiosi (10), hanno confuso lo stellionato con il falso. Ma prima di affrontare la questione del *crimen falsi* che sembra offrire spunti numerosi per una ricostruzione delle origini storiche più vicine del delitto di truffa, sarà bene riflettere sugli elementi che è dato rintracciare nelle figure del *furtum* e della *fraus*.

b) *Furtum*. — Che il furto, « *fraudolosa contrectatio* », possa avvenire a seguito di atti ingannatori in danno del proprietario, è pacifico in dottrina. La figura della *subreptio*, per esempio, sta proprio a mostrare che « *aut falsa esponendo, aut vera supprimendo, aliquid dolo malo latenter rapitur, hoc est surripitur* » (11). Qualcuno vuole che *obreptio* e *surreptio* differiscano nel senso che « *obreptionem illam esse quae per falsi narrationem committitur, surreptionem vero quae per veri taciturnitatem, vel confusam ac perplexam*

(7) FARINACCIO, *Praxis et theorica criminalis*, Lugduni, 1629-1635, I.1, q. 19, n. 33.

(8) Tra i più efficaci nell'esplicitarla: BOSSI, *Tractatus varii*, Venetiis, 1562, *De crimine stellionatus*, n. 1; GOMEZ, *Commentariorum variarumque resolutionum*, [Tomi], III. *De delictis*, Venetiis, 1575, *De crimine stellionatus*, in pr.; MENOCHIO, *De arbitrariis iudicium quaestionibus et causis*, Venetiis, 1588, lb. II, centuria 4, ca. 381, n. 1 ss.; DECIANI, *Tractatus criminalis*, Venetiis, 1614, I, cap. 4, nn. 8-9. Dopo Farinaccio, e nel suo stesso senso, MATTHES, *De criminibus, ad libros XLVII et XLVIII digestorum commentarius*, Trajecti ad Rhenum, 1644, lb. XLVII, tit. 13, n. 1: « *Accusantur autem stellionatus qui improbius fraudare, si crimen aliud non sit, quod obijciatur. Quod enim in privatis iudiciis praestat nobis actio de dolo, id in criminibus accusatio stellionis* ».

(9) DE SIMONI, *Dei delitti di mero affetto*, II, Como, 1784, 54.

(10) Così due degli autori più attendibili (anche se assai sintetici) tra quanti hanno premesso qualche riflessione storica ai loro studi sulla truffa: TOLOMEI, *op. cit.*, 67 ss., e POZZOLINI, *Contributo alla teorica della truffa* (1900), in *Scritti giuridici*, II, Pisa, 1922, 13 ss.

(11) BONIFACIO, *Liber de furtis*, Vincentiae, 1599, § 4, n. 1.

veri narrationem fit » (12); altri individuano una figura autonoma di furto nella *venditio fumi*, che consiste nel convincere qualcuno della propria familiarità con i potenti (dai giudici al Principe) per vendergli la loro benevolenza (13); altri ancora fanno l'ipotesi del falso creditore, del falso erede, del falso procuratore, dell'alteratore di pesi e misure: casistica prevista già dal diritto romano come propria del *crimen furti* (14). Del resto, se il furto ammette fattispecie di sottrazione che non avvengono *clam*, né *invito domino*, ma che sono il risultato di « *immutationes veritatis vel calliditates seu circumventiones* » le quali determinano un pacifico passaggio del possesso, è allo stesso modo accettato il fatto che ogni appropriazione (o profitto) conseguente a falsificazioni, contraffazioni o inganni, appartenga al genere furto.

c) *Fraus*. — La condizione stabilita è la presenza della *fraus*, nozione multiforme, a sua volta articolata in figure che la affiancano o la sostanziano (*dolus*, *machinatio*, *fallacia*, *calliditas*, *impostura*, *circumventio*, *collusio*, *illusio*, *simulatio*, ed altre ancora, simili o sinonime). Essa costituisce in qualche misura il punto di raccordo attraverso il quale, dall'incerta sistemazione policentrica di diritto comune, si passò al più definito concetto di truffa elaborato dalla dottrina (e dalla legislazione) ottocentesca. In quella dottrina (ed in quelle legislazioni), infatti, il troppo dilatato concetto di frode (messo a cavaliere di figure già in sé generiche ed indefinite come lo stellionato, il falso, il furto), venne precisato e ridotto: « la frode — come è stato scritto (15) — divenne veramente e propriamente un reato contro la proprietà, caratterizzato dall'inganno mediante il quale si ottiene un ingiusto profitto a danno altrui ». Essa finì per distinguersi dagli altri reati, coi quali pur aveva caratteri comuni: dal furto, al quale la accomunava la ingiusta violazione della proprietà

(12) MENOCHIO, *op. cit.*, lb. II, centuria 3, ca. 201, n. 9. Nella centuria 4, ca. 314, le stesse osservazioni sono significativamente poste in un contesto di *falsum* e non di *furtum*.

(13) RAINALDI, *Observationum criminalium, civilium et mixtarum Libri*, Venetiis, 1699, lb. II, cap. XIV, n. 93. Sulla vendita di fumo si dilungano CAVALLI, *Resolutionum criminalium centuriae duae*, Florentiae, 1609, ca. 67; MENOCHIO, *op. cit.*, centuria 4, ca. 344; e SCANAROLI, *De visitatione carceratorum*, lb. I, § 13, cap. 6.

(14) FARINACCIO, *Praxis*, cit., III. 2, q. 170, *per totum*.

(15) POZZOLINI, *op. cit.*, 1 s.

altrui; dall'appropriazione indebita di cui condivideva la sorpresa dell'altrui buona fede; dal falso, cui la legava l'uso dell'inganno e della menzogna.

Ma la *fraus* di cui parlano i penalisti intermedi è, ancora una volta, un misto di tutto questo e di qualcos'altro. In particolare, essa designa un'attitudine, prima ancora di designare una forma criminosa, ed insieme significa un *modus*: un elemento costitutivo per un verso, un essenziale modale per un altro, ed infine un reato ⁽¹⁶⁾.

«*Fraus idest dolus*», afferma una corrente dottrinale ⁽¹⁷⁾ ed aggiunge che «*dolus est in genere machinatio ad decipiendum fallendumque alterum adhibita, cum aliud agitur et aliud simulatur*» ⁽¹⁸⁾. E ancora: «*fraus est tacere exprimenda, vel exprimere falso tacenda, ad sui commodum et alterius deceptionem*» ⁽¹⁹⁾; consiste nelle arti verbali e si commette *palam*. Il suo punto di partenza è la classica definizione di Labeone ricordata da Ulpiano (D. 4, 3, 1): «*dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam*», ed uno dei suoi punti di approdo è la pretesa esistenza di un *crimen doli vel fraudis* che reca i caratteri di un delitto innominato, basato sul raggio e sull'artificio, ma che non ha necessariamente il carattere della patrimonialità (peraltro frequente), del danno altrui (tuttavia

⁽¹⁶⁾ Vale la pena di riportare qui un passaggio in cui Francesco Carrara — sconsigliando l'uso del termine «frode» per designare la truffa — ironizza sul triplice significato della parola: «Cosicché chiamando frode il delitto ci troviamo nella necessità, discutendo in diversi casi, di spesso dire — qui vi fu *frode* (cioè menzogna ed intenzione di ingannare) ma non vi fu *frode* (cioè artificio esteriore bastevole ad ingannare un uomo di senno) — e perciò non si ha *frode*» (CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*², IV, Lucca, 1869, § 2338, 496).

⁽¹⁷⁾ L'altra linea, affermata per la prima volta con chiarezza da DECIANI, *op. cit.*, I, cap. 4, n. 6, individua nel dolo un'inclinazione della volontà in ordine ad un certo comportamento delittuoso, affermando che «*dolus non sumitur pro machinatione et fallacia [...] sed in alium sensum, nempe pro animi destinatione et proposito ad certum delictum quoquomodo perpetrandum, qui dolus tunc casui et impetuoso motui opponitur*». È la linea nella quale si trovavano già autori come Bossi, Claro, Menochio, e nella quale si sarebbero messi, sviluppandola e perfezionandola, Farinaccio, Carpzov, Matthes (cfr. MARONGIU, *Dolo penale (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, 734 s).

⁽¹⁸⁾ FARINACCIO, *op. cit.*, III, 88, n. 1.

⁽¹⁹⁾ DECIO, *Lectura super titulo de regulis iuris*, Valentiae, s.d., l. *generaliter, de regulis iuris*, n. 1.

ricorrente) e dell'ingiusto profitto. Una linea assai poco produttiva, si direbbe, che ingombra il terreno introducendo confusioni nominalistiche ed incertezze definitorie, ma che consegna altri elementi concettuali utili alle costruzioni dogmatiche che seguiranno in tema di artifici, raggiri, induzione in errore, danno e profitto: « *Fallacia habet simulationem annexam* — scrive in un suo *consilium* Bartolomeo Bertazzoli ⁽²⁰⁾ —, *calliditas refertur ad ingenium, machinatio ex praecognita aliqua inventione, manuque et arte conficitur, fraus — vero proprie contra fidem est, et communiter per eum qui ad deceptionem alterius et ad sui commodum, aut verum tacet aut falsum exprimit* ».

d) *Falsum*. — Ancora un punto di passaggio. Come dallo *stellionato* siamo potuti transitare nel *furtum*, per comunanza di *fattispecie*, e dal *furtum* nella frode, per la presenza di una condizione, ora possiamo spostarci dalla frode al falso per affinità di figure. Questa serie di trasferimenti vuole anche mettere in rilievo la rilevanza del punto di approdo — per l'appunto il falso — perché si può certamente affermare che esso integra la *figura criminis* di diritto comune alla quale sembra possibile riferire, più che ad altre, la condotta ed il tipo incriminativo propri della truffa. Anche questa figura — *falsum/falsitas* — si presenta complicata da contraddizioni logiche e da indebite infiltrazioni. Sotto il nome di falso, infatti, vengono ricomprese diverse specie delittuose che vanno dalla contraffazione alla falsificazione, dal falso in atti a quello ideologico ⁽²¹⁾, visti tuttavia come operazioni *ad decipiendum*, sottomessi dunque ad uno scopo che li assorbe, e non considerati di per sé; ricorrono, comunque, i caratteri di un reato costituito dal concorso di inganno e ingiusto profitto con *praeiudicium alterius*, a contenuto prevalentemente patrimoniale. Joos Damhouder lo presenta come un « *sub-*

⁽²⁰⁾ BERTAZZOLI, *Decisivarum consultationeum sive responsorum iuris in criminalibus et poenalibus controversis emissi Libri*, Francofurti, 1602, II, cons. 374, n. 2.

⁽²¹⁾ Da BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In secundam digesti novi partem Commentaria*, Venetiis, 1581, I. *Quid sit falsum, de falsis*, n. 1, passando per ANGELO DA AREZZO, *De maleficiis*, Venetiis, 1555, sub voce *Falsario*, n. 2, fino a Benedict CARPZOV, *Practica nova imperialis saxonica rerum criminalium*, Lipsiae, 1739, pt. II, q. 93, n. 3-5, circolò una tripartizione del *falsum* distinto in *falsum stricte* (il falso della legge Cornelia), *falsum large* (« *omnis veritatis mutatio quae in se habet dolum* »), *falsum largissime* (« *istud est illud quod non est verum, sive dicatur dolose sive non* »).

dolum et occultum furandi genus » e lo fa consistere in « *rem aliquam falso, malicioso et excogitato animo corrumpere, atque ita simplicis falsitatis fuco decipere* »: il falso, aggiunge, si commette « *quimque modis: consensu, verbis, scriptis, abusu et silentio* » (22). Con poche varianti, aggiunte o specificazioni, questa concezione — nella quale è dato rintracciare elementi del furto e della frode — può essere considerata comune e stabile: parte dai primi trattatisti, per arrivare fino a Matthes (23). Si può dire dunque che è dal *falsum* che prende l'avvio il nucleo teorico fondamentale dal quale si svilupperà nel XIX secolo la figura autonoma della truffa.

Benedict Carpzov, sul finire del XVII secolo, confermando l'ancoraggio dell'istituto ai principi della legge Cornelia, definisce il *falsum* alla stregua di una « *fraudolosa veritatis immutatio* » e dichiara che « *tria coniunctim requiruntur ad hoc, ut falsi crimen committatur: [...] primum est dolus [...] alterum est veritatis immutatio [...] tertium ut per id damnum alicui afferatur* » (24); nega, successivamente, che occorra una *expressa legis notatio* perché si possa considerare integrata l'ipotesi di falso (25), liberando potenzialmente l'istituto dall'ipoteca della logica casistica, e pone implicitamente il danno provocato dalla *falsitas* sul terreno della lesione patrimoniale. Avvia anche una prima operazione di sganciamento del falso dal furto (« *Furto quoque simillimum est crimen falsi* »), citando l'opinione di Damhouder (che ne faceva un « *furandi genus* ») come un'opinione limite; esclude lo stellionato dalla sua trattazione ed in tutta la sua opera non affronta affatto la questione della *fraus* e delle diverse forme di condotta che ad essa potevano essere richiamate: con tutto ciò egli prepara in sostanza il terreno per l'ulteriore e definitivo sviluppo teorico di un'autonoma figura del reato.

(22) DAMHOUDER, *Praxis rerum criminalium*, Venetiis, 1572, cap. 119, n. 1 e 3.

(23) Per tutti si faccia riferimento a MENOCHIO, *op. cit.*, centuria 4, ca. 316, n. 1 ss., ed a CLARO, *Opera omnia sive practica civilis atque criminalis*, Venetiis, 1614, § *falsum*.

(24) CARPZOV, *op. cit.*, pt. II, q. 93, nn. 5, 6, 9, 10.

(25) « *Sufficit enim generalis notatio legis Corneliae quae omnem dolosam veritatis immutationem in alicuius praeiudicium factam, puniri iubet* » (CARPZOV, *op. cit.*, pt. II, q. 93, n. 15).

4. Verso l'autonomia della figura di reato.

È ancora nella cultura giuridica dell'area germanica che la dottrina (Leyser, Püttman, Koch, Cucumus, Geib) sviluppa ed arricchisce le premesse esplicite ed implicite poste da Carpzov e raccolte dalla confusa ma fertile gestazione della fase dell'emersione (26). La linea adottata muove da una attenta ricostruzione delle differenze che separano lo stellionato dal falso; procede assorbendo lo stellionato nel falso e ridefinendo quest'ultimo, in particolare affermando che, se è vero che ciò che lo caratterizza è la presenza di « ...*dolus, veritatis immutatio, damnum alteri illatum* », è anche vero che esso continua a sussistere in alcune fattispecie comportamentali nelle quali non è dato reperire il dolo o il danno (27); complica la questione, come era necessario fare, affermando come preliminarmente necessaria la distinzione tra frode meramente civile e frode penalmente rilevante (28); approda rilevando la necessità dogmatica di individuare una forma incriminativa autonoma, definita e certa, per quelle condotte in cui, congiuntamente: a) sia certamente presente il dolo (*voluntas prava*); b) l'*immutatio veritatis* si ottenga con quella che avrebbe poi preso il nome di *mise en scène* (29), perché la tutela penale non deve riguardare la sola *veritas*, che non è bene proteggibile, ma le conseguenze dell'errore in cui la vittima viene artatamente fatta cadere; c) il danno per la sfera di interessi della vittima; d) il profitto per la sfera di interessi dell'autore.

Meno invocato, almeno in questa fase, per la nuova *forma criminis* che sta affiorando, priva ancora di un nome sicuro ed

(26) La fase che comprende la rinuncia all'istituto dello stellionato e l'emersione della nuova nozione di *Betrug* nella scienza giuridica di area germanica è molto ben documentata e discussa in SCHAFFSTEIN, *Das Delikt des Stellionatus*, cit., 181 ss.

(27) LEYSER, *De stellionatu*, in *Meditationes ad Pandectas*, Lipsiae, 1746, VIII, specimen 507, 415.

(28) Pur con qualche approssimazione, ricostruisce questo aspetto della discussione TOLOMEI, *Della truffa*, cit., 108 ss.; da lui dipende anche l'analisi di POZZOLINI, *Contributo*, cit., 19 ss.

(29) Il primo autore che individuò la messinscena come criterio distintivo della frode penale fu, a quanto pare, Conrad CUCUMUS, un penalista di Würzburg autore di due importanti saggi: *Über das Verbrechen des Betrugers*, Würzburg, 1820, e *Über den Unterschied zwischen Fälschung und Betrug*, in *Neues Archiv des Criminalrechts*, 1828, X, 513 ss., 681 ss.

univoco, è il carattere di delitto patrimoniale. Esso viene emergendo man mano che la dottrina coglie nel *praeiudicium alterius* voluto dal diritto romano per lo stellionato, un senso prevalentemente d'ordine economico; ma si impone anche perché questo era l'esito teorico verso il quale spingeva il nuovo delitto che si veniva dottrinalmente formando. Infatti, il contenuto economico della lesione (il danno privato patrimoniale), che era all'origine della confusione del vecchio stellionato con il furto, poteva essere usato per emancipare il nuovo profilo incriminativo dal falso; così come il carattere fraudolento, che l'aveva in qualche modo mescolato al falso, serviva a ben distinguerlo dal furto: era quindi facile per la dottrina (e per i codici che stavano nascendo) concepirlo « ...come una lesione patrimoniale altrui arrecata, anziché *per vim, per fraudem*, e così distinto, nonché dal falso, anche dal furto » ⁽³⁰⁾

5. *Il reato di truffa nella dottrina e nella legislazione italiana del secolo XIX.*

Non è senza motivo che il reato che finirà per chiamarsi truffa non abbia ancora — nella dottrina e nelle prime leggi dell'Italia preunitaria — un nome comunemente accettato. Il codice penale toscano del 1853 gli dà il nome di frode (e così aveva fatto il codice delle Due Sicilie del 1819), mentre chiama truffa l'appropriazione indebita e disciplina altre fattispecie fraudatorie chiamandole baratteria e scrocchio; quello sardo del 1839 usa il termine truffa (già usato dal Regolamento pontificio del 1832), e stabilisce la tradizione che attraverso i codici del 1859/65 e del 1889 arriverà fino a quello ancora vigente. La dottrina continua a preferire il nome classico di stellionato, rammaricandosi che la legislazione l'abbia lasciato cadere ⁽³¹⁾.

Non senza motivo, dicevamo. La fase dottrinale e legislativa che si apre agli inizi del secolo XIX con i giuristi ancora influenzati dalla

⁽³⁰⁾ TOLOMEI, *op. cit.*, 89.

⁽³¹⁾ Per quanto riguarda la legislazione del secolo XIX a proposito di frode/truffa, v. TOLOMEI, *op. cit.*, 95 ss., e CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia interpretato*, VIII, Torino, 1898, 190 ss.

tradizione del diritto comune e si chiude con il codice di Zanardelli, resta segnata da contraddizioni e incertezze, per quanto riguarda la configurazione del reato di truffa. Carmignani, che usa il termine classico di *stellionato*, lo colloca senza esitare tra i delitti contro il patrimonio, ma lo considera integrato dalla sola presenza della frode (non bada al danno che attraverso essa si deve pur provocare), e poi lo rimescola al falso, che ascrive ugualmente ai delitti contro la proprietà, definendolo « fraudolenta alterazione della verità a danno altrui »⁽³²⁾. Si sente, in questa parte dell'opera sua, l'ipoteca del filone meno vivace della tradizione di diritto comune (basta guardare alle sue fonti), e l'influenza di sistematori come Luigi Cremani⁽³³⁾ o Tommaso Nani⁽³⁴⁾. Qualche anno dopo, Giuseppe Giuliani, che di Carmignani era dichiarato seguace, va appena un poco più oltre, considerando « lo stellionato qualunque impostura diretta a conseguire un indebito lucro, ed atta ad ingannare e danneggiare il diligente padre di famiglia. E per conseguenza dovrà dirsi che i tre estremi componenti questo delitto sono l'impostura, l'altrui danno, la frode »⁽³⁵⁾.

Perché la truffa venga messa sulla via che la condurrà alla definitiva maturazione concettuale, bisogna arrivare fino a Francesco Carrara che, nel corso degli anni Sessanta, ne offre una sistemazione per la prima volta autonoma e differenziata: essa, scrive il giurista lucchese, corrisponde ad un « ... ingiusto spoglio dell'altrui proprietà che non è né vero *furto*, né vera *truffa* [= appropriazione indebita], né vero *falso*; ma pure ha del furto, perché si lede ingiustamente l'altrui proprietà; ha della [appropriazione indebita], perché si abusa dell'altrui buona fede; ha del falso, perché vi si giunge con inganno

⁽³²⁾ CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* (1808), Milano, 1863, 398 e 401 ss.

⁽³³⁾ CREMANI, *De iure criminali*, II, Ticini, 1793, 448 ss.

⁽³⁴⁾ NANI, *Annotationes a Commentarius ad lib. XLVII et XLVIII Digestorum Antonii Matthaei*, II, Florentiae, 1824, 73 ss.

⁽³⁵⁾ GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale*³, II, Macerata, 1856, 589. In adesione a Giuliani scrive anche PUCCIONI, *Il codice penale toscano illustrato*, V, Pistoia, 1858, 188 ss. e ID., *Saggio di diritto penale teorico-pratico*, Firenze, 1858, 546 ss. Puccioni non coglie gli elementi di autonomia presenti nel punto f) dell'art. 404 c.p. toscano 1853, che pure commenta, il quale considerava reo di frode « chiunque, sorprendendo l'altrui buona fede, con artifizj, maneggi o raggiri [...] si procura un ingiusto guadagno in danno altrui ».

e mendacio. Ma non è vero *furto*, perché il *possesso* della cosa che vuole usurparsi si ottiene dal padrone *consenziente* [...]. Non è vero *falso*, perché la immutazione del vero è principalmente *ideologica*, e se in qualche parte vi si congiunge una falsità *materiale* questa non cade in un documento che abbia l'apparenza di coazione giuridica verso il terzo; onde non offre i veri caratteri del falso instrumentale. Non è vera [appropriazione indebita], perché la cosa ordinariamente si suppone ricevuta dal padrone con titolo *traslativo di dominio*; sicché con l'appropriarsela se ne usa conformemente al titolo. Dunque non vi è *contrettazione invito domino*; non vi è falsificazione di *documento* fornito di un valore giuridico; non vi è *inversione di uso* in spreto dei patti. La criminalità è tutta negli antecedenti, negli artifizii per ingannare. Sicché l'inganno ne costituisce la vera essenzialità »⁽³⁶⁾.

Tutti gli elementi costitutivi del “nuovo” reato sono finalmente al loro posto, ed anche se la sistemazione di Carrara non era (né sarebbe andata) indenne da critiche⁽³⁷⁾, si può far datare da essa l'inizio della fase produttiva della nozione di truffa che ancor oggi si accetta in dottrina.

Altri autori⁽³⁸⁾, dopo Carrara, si misero sul terreno da lui predisposto, mentre già procedevano i lunghi lavori parlamentari che preparavano il codice Zanardelli. In quei lavori la penalistica italiana fu presente ed attiva: da Nocito a Pessina, da Lucchini a Impallomeni, nelle Commissioni e nelle sedi scientifiche, anche sul punto della truffa si intrecciò una discussione attenta e proficua. La stessa Scuola positiva, tagliata fuori dai lavori per il codice, avrebbe dedicato alla truffa (reato “moderno”, legato alla “sociologia dei

⁽³⁶⁾ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., § 2337, 494.

⁽³⁷⁾ Tra le altre, quelle molto severe provenienti da IMPALLOMENI, *Della frode punibile*, in *Circ. giur.*, 1880, XI, 2^a sr., I, e poi Palermo, 1880, 4 ss.

⁽³⁸⁾ In primo luogo PESSINA, *Elementi di diritto penale*⁴, II, Napoli, 1883, 242, che fece consistere la truffa « ...in un lucro illegittimo in danno altrui, conseguito mercè una insidia tesa all'altrui buona fede. Esso importa che un individuo, cadendo in errore sul vero stato delle cose per altrui artificio, sia trascinato ad atti che egli crede giovevoli al proprio vantaggio, ma dai quali il frodatore è colui che trae profitto con suo detrimento ». Ma vanno ricordati anche autori come Arabia, Buccellati, Nocito e Impallomeni.

tempi nuovi” (39)) particolari attenzioni. Il risultato fu l’art. 413 c.p. Zanardelli, che metteva in una formula legislativa gli esiti ultimi di una risalentissima gestazione dottrinale: « Chiunque, con artifizii o raggiri atti a ingannare o a sorprendere l’altrui buona fede, inducendo alcuno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione sino a tre anni e con la multa oltre le lire cento ». Stabilite nello stesso articolo alcune aggravanti, vennero disciplinati a parte, pur nello stesso titolo, altri comportamenti fraudolenti quali la dolosa distruzione di cose proprie, l’abuso delle passioni e dell’inesperienza di persone incapaci, le frodi in materia di emigrazione, l’abuso di foglio in bianco. Il codice poneva anche chiare condizioni per separare e distinguere la truffa dal millantato credito, dalla frode in commercio, dall’abuso dell’altrui credulità, e — ovviamente — dall’appropriazione indebita, dal falso, dallo stesso peculato. Una sola delle antiche diatribe dottrinali non veniva risolta dal legislatore: quella che riguardava i criteri distintivi tra frode civile e frode penale, che — individuati come oggetto di difficile soluzione — venivano espressamente tenuti fuori dalla disciplina del codice (40).

La dottrina successiva, meno insistente e meno divisa che nel passato, consoliderà questi risultati, impegnandosi principalmente nella precisazione di alcune questioni concettuali (artifizii e raggiri, attitudine ad ingannare, sorpresa della buona fede, ecc.) nella connessione tra l’art. 413 ed alcuni principi di parte generale (momento consumativo del reato di truffa, applicabilità del tentativo alla truffa e truffa mancata), nell’affinamento della terminologia. Quarant’anni

(39) « Il momento sociologico contemporaneo offre straordinarie cagioni all’incremento del delitto che qui si imprende a studiare. Il moltiplicarsi dei mezzi di comunicazione, l’accresciuta attività industriale e commerciale, le scoperte scientifiche le quali a tutta prima sorprendono e disorientano, la rapidità con cui si fondano fortune e si accumulano sostanze, la maggiore libertà di costumi che è frutto della evoluzione civile, le sensibili diminuzioni avveratesi talora nel saggio di valore del denaro, il bisogno di appagare certi desideri e di godere certe comodità, costituiscono altrettante cause per cui si intensificano le spinte e si allarga il campo di azione del truffatore » (GIURIATI, *Dei delitti contro la proprietà*, in *Trattato di diritto penale* (Autori vari)², XI, Milano, 1913, 310).

(40) *Relazione a S.M. il Re del Ministro guardasigilli Zanardelli nell’udienza del 30 giugno 1889, per l’approvazione del testo definitivo del Codice Penale*, Roma, 1889, 156.

dopo, l'art. 640 del nuovo codice recava praticamente la stessa proposizione dell'art. 413: soltanto l'accento all'idoneità dell'artificio o del raggirò a sorprendere l'altrui buona fede era stato fatto cadere, in relazione agli art. 40 e 41 c.p., posti a disciplinare il rapporto di causalità ed il concorso di cause. La più che millenaria vicenda giuridico-dottrinale di un istituto che per mutevolezza e inafferrabilità aveva meritato il nome di *stellionato*, mostrava di concludersi con il più rassicurante degli esiti: funzione specifica, struttura certa, nozione accettata.

LETTERATURA. — Per il diritto comune v.: ANGELO DA AREZZO, *De maleficiis*, Venetiis, 1555; BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In secundam digesti novi partem Commentaria*, Venetiis, 1581; BERTAZZOLI, *Decisivarum consultationum sive responsorum iuris in criminalibus et poenalibus controversiis emissi Libri*, Francofurti, 1602; BONIFACIO, *Liber de furtis*, Vincentiae, 1599; BOSSI, *De crimine stellionatus*, in *Tractatus varii*, Venetiis, 1562; CARPZOV, *Practica nova imperialis saxonica rerum criminalium*, Lipsiae, 1739; CAVALLI, *Resolutionum criminalium centuriae duae*, Florentiae, 1609; CLARO, *Opera omnia sive practica civilis atque criminalis*, Venetiis, 1614; COSPI, *Il giudice criminalista*, Firenze, 1643; CREMANI, *De iure criminali*, 3 voll., Ticini, 1793; DAMHOUDER, *Praxis rerum criminalium*, Venetiis, 1572; DECIANI, *Tractatus criminalis*, Venetiis, 1614; DECIO, *Lectura super titulo de regulis iuris*, Valentiae, s.d.; FARINACCIO, *Praxis et theorica criminalis*, Lugduni, 1629-1635; GAGLIARDI, *Tractatus de delictis tam mentalibus quam actualibus in sex libros divisus*, Romae, 1615; GOMEZ, *Commentariorum variarumque resolutionum [Tomii]*, III., *De delictis*, Venetiis, 1575; LEYSER, *De stellionatu*, in *Meditationes ad Pandectas*, Lipsiae, 1746, VIII, specimen 507; MATTHES, *De criminibus, ad lib. XLVII et XLVIII digestorum commentarius*, Trajecti ad Rhenum, 1644; MENOCHIO, *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis*, Venetiis, 1588; MORO, *Practica criminale*, Napoli, 1768; NANI, *Adnotationes a Commentarius ad lib. XLVII et XLVIII Digestorum Antonii Matthaei*, Florentiae, 1824; PAOLETTI, *Institutiones theorico-practicae criminales*, Mediolani, 1805; RAINALDI, *Observationum criminalium, civilium et mixtarum Libri*, Venetiis, 1699, lb. II; RICHERI, *Universa civilis et criminalis iurisprudentia*, Lodi, 1829.

Per il diritto moderno, v.: a) CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* (1808), Milano, 1863; CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*², 7 voll., Lucca, 1868-71; ID., *Un nuovo delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, IV, Lucca, 1874, 519-530; ID., *Frode e truffa*, ivi, V, 335-344; CRIVELLARI, *Dei reati contro la proprietà. Trattato*, Torino, 1887; ID., *Il codice penale per il Regno d'Italia interpretato*, VIII, Torino, 1898; CUCUMUS, *Über das Verbrechen des Betruges*, Würzburg, 1820; ID., *Über den Unterschied zwischen Fälschung und Betrug*, in *Neues Archiv des Criminalrechts*, 1828,

X, 513 ss., 681 ss.; GEIB, *Dei limiti che separano la frode civile dalla criminale* (1840), in *Scritti germanici di diritto criminale*, III, Livorno, 1847, 331-379; GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale*³, 2 voll., Macerata, 1856; GIURIATI, *Dei delitti contro la proprietà*, in *Trattato di diritto penale* (Autori vari), VIII, Milano, s.d., e 2^a ed., XI, 1913; IMPALLOMENI, *Della frode punibile*, in *Circ. giur.*, 1880, XI, 2^a sr., I, e poi Palermo, 1880; MAGRI, *Reati contro la proprietà*, Livorno, 1895; MARCIANO, *Il titolo X del Codice penale italiano*, Napoli, 1890; MASUCCI, *Intorno all'incriminabilità delle frodi contrattuali*, in *Riv. pen.*, 1888, XIV, 309-329, 413-436, 513-525; MICELA, *Trattato sulla frode, ossia commento al capo III titolo X libro II del Codice penale*, Palermo, 1894; NATALE, *Del dolo e della frode penale, civile e commerciale e dei relativi rimedi giuridici*, Salerno, 1878; PESSINA, *Elementi di diritto penale*⁴, 3 voll., Napoli, 1880-85; PINTO, *Delitti contro la proprietà. Appunti*, Napoli, 1895; POZZOLINI, *Contributo alla teorica della truffa*, in: *Arch. giur.*, 1900, LXV, fasc. 1, 11-39; PUCCIONI, *Il codice penale toscano illustrato*, 5 voll., Pistoia, 1855-58; PUGLIA, *Delitti contro la proprietà*, in *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale secondo il codice unico del Regno d'Italia* diretto da P. Cogliolo, II, t. 2, Milano, 1890, 3-584; ID., *Dei delitti contro la proprietà*, in PESSINA, *Enc.*, X, 1908, 1-524; RAVIZZA, *Nozione fondamentale della truffa* (art. 413), in *Il Codice penale illustrato*, in *Primo Supplemento alla Rivista penale*, 1915, XXIV, 73-84; TUOZZI, *I reati contro gli averi con fini di lucro, studiati nelle legislazioni*, Napoli, 1887.

b) BONGER, *Criminalité et conditions économiques*, Amsterdam, 1905; CHARTIER, *Figure della furfanteria. Marginalità e cultura popolare in Francia tra Cinque e Seicento*, Roma, 1984; CORTESE, *La struttura della truffa*, Napoli, 1968; HEINEMANN, *Das Crimen falsi in der altitalienische Doktrin*, Berlin, 1904; MANCI, *La truffa nel Codice penale italiano. Studio teorico-pratico*, Torino, 1930; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*², VIII, Torino, 1922; MARCIANO, *Il titolo X del Codice penale italiano. I. Il furto e la truffa*, Napoli, 1927; MARINI, *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1967; ID., *Truffa* (Diritto penale), in *Nss.D.I.*, XIX, 1973, 864-888; MARONGIU, *Dolo* (diritto intermedio: penale), in questa *Enciclopedia*, XIII, 731-738; PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955; PETROCELLI, *Violenza e frode* (1928), in *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, 177-189; PIOLETTI, *Truffa*, in *Nss.D.I.*, Appendice, VII, 1988, 907 ss.; PISAPIA, *Violenza, minaccia e inganno nel diritto penale*, Napoli, 1940; RAGNO, *Contributo alla configurazione del delitto di truffa processuale*, Milano, 1966; RAVIZZA, *Truffa*, in *D.I.*, XXIII, pt. II, 1926, 781-883; SANMARCO, *La truffa contrattuale*, Milano, 1970; SCHAFFSTEIN, *Die Bedeutung der Carolina für die Entwicklung strafrechtlicher Deliktstatbestände* (1984), ora in *Abhandlungen zur Strafrechtsgeschichte und zur Wissenschaftsgeschichte*, Aalen, 1986, 87-101; ID., *Studien zur Entwicklung der Deliktstatbestände im Gemeinen Deutschen Strafrecht* (1985), ora *ivi*, 11-64; ID., *Das Delikt des Stellionatus in der gemeinrechtlichen Strafrechtsdoktrin*, in *Festschrift für F. Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1978, 281-295,

poi in *Abhandlungen zur Strafrechtsgeschichte und zur Wissenschaftsgeschichte*, cit., 171-185; SCIUMÈ, *Gli illeciti commerciali nella legislazione criminale del 30 novembre 1786: prime note*, in *La "Leopoldina" nel diritto e nella giustizia in Toscana* a cura di L. BERLINGUER e F. COLAO, Milano, 1989, 69-150; TOLOMEI, *L'evoluzione storico-giuridica del delitto di truffa*, in *Riv. pen.*, 1913, XL, 559-581, 690-708, poi rifuso in *Della truffa e di altre frodi*, Roma, 1915.

POLIZIA

1. La fase altomedievale. — 2. Un nuovo ruolo per la polizia nell'esperienza politico-giuridica della città-stato basso-medievale e dei primi Stati regionali italiani. — 3. Polizia di benessere e polizia di sicurezza negli antichi Stati italiani. — 4. Legislazione e prassi di polizia negli Stati pre-unitari. Cenni.

1. *La fase altomedievale.*

Per un lungo periodo, dall'apparizione sulla scena europea delle grandi migrazioni di popoli intorno al VI secolo, fino al riformarsi — specie in alcune aree, tra cui l'Italia — di un tessuto urbano quale quello che sarà dato di rilevare tra i secoli XI e XII, l'attività di polizia conosce una fase di forte attenuazione, conseguenza di una trasformazione e marginalizzazione facilmente comprensibili.

Il disperdersi degli insediamenti rurali, che tendono a frantumarsi e diradarsi in campagne nelle quali si affievolisce il senso stesso della presenza dell'autorità politica ed amministrativa, unitamente al decadimento delle città, che perdono di peso, riducendosi di numero, di dimensioni, di forza e capacità organizzativa, determinano una radicale messa in ombra di quella che oggi concepiamo come attività di polizia. Una messa in ombra, conseguenza di una trasformazione del tutto particolare, ma non una scomparsa: perché le funzioni di polizia sono praticamente ineliminabili in qualsiasi società che sia provvista di un per quanto semplice ordinamento normativo. Esse si modellano, semmai, sulle esigenze, sulla capacità operativa, sul livello di organizzazione di quella società, apparendoci di volta in volta centrali o marginali, più o meno strutturate, operanti nei fatti o limitate sostanzialmente alla loro previsione normativa,

esercitate nei modi e dagli organi eventualmente previsti dalle leggi o discendenti *de facto* dalla attività amministrativa o giurisdizionale dei poteri che se le arrogano.

Stante questa premessa, appare dunque diversa, per qualità e peso, la presenza di 'organi di polizia' nell'Italia gotico-bizantina, in quella longobarda o nella fase del Regno italico. La questione viene poi complicata dalla scarsità di fonti che attestino tale presenza, o quella di magistrature destinate a svolgere compiti che oggi diremmo di polizia; e questo all'interno di un insieme di fonti che di per sé è relativamente abbondante: onde sembrerebbe doversi concludere che, per la fase altomedievale, l'indagine vada rivolta alla individuazione di funzioni di polizia attribuite ad organismi provvisti di compiti diversi, previsti per altri scopi, ma operanti su terreni o per obiettivi che comportano — quale contenuto necessario, o come ingrediente eventuale — lo svolgimento di attività di polizia. Diciamo funzioni attribuite, ma potrebbe trattarsi di funzioni implicite, o eventuali, praticate in concreto all'occorrenza o all'occasione, perché ritenute necessarie, o strumentali al raggiungimento di altri fini, tipicamente propri dell'autorità che se le annette. Tipico l'esempio delle istituzioni militari di quegli ordinamenti, perché l'attività di polizia è tipicamente affare di gente armata, e questo dato conduce spesso all'affermazione del suo reciproco, in conseguenza del quale gli uomini armati divengono quasi naturalmente i destinatari di compiti e responsabilità di polizia.

Nel quadro qui sopra delineato possono essere ricondotte le attività di polizia individuabili tra i compiti generali svolti da magistrature dei regni gotici, alcune delle quali appaiono peraltro di chiara origine o di perdurante impianto basso imperiale: ed è comunque assai difficile — come potrà dirsi anche per quanto riguarda l'Italia bizantina che fa capo a Ravenna — non avere incertezze nella determinazione dei loro compiti effettivi, perché « resta il dubbio che nei documenti ricorrano vuoti nomi, per l'uso e la tradizione delle cancellerie, piuttosto che per reali competenze e funzioni »⁽¹⁾. Appaiono comunque significativi, per l'Italia gotica,

(1) BELLOMO, *Società e istituzioni in Italia dal medioevo agli inizi dell'età moderna*³, Catania, 1982, 65.

i *consulares* (2), che comprendono magistrature di tipo diverso, con competenze giudiziarie, amministrative e finanziarie, e che svolgono nelle province le funzioni di polizia connesse a tali competenze, fino ai *magistratus urbani*, come il *praefectus urbi Romae* (3), o il *praefectus annonae* (4), provvisti di uffici subordinati piuttosto numerosi ed articolati, che assorbono compiti di polizia minori. Essi si occupano di mantenere l'ordine nella città, di amministrare la giustizia criminale minore (il *praefectus vigilum* sarà « *fures sollicitus* »), di effettuare controlli sulle derrate, sui forni, sull'ingresso delle merci. Si tratta dei *ministeria illitterata* di cui ci dice Cassiodoro, con speciale riferimento alla periferia dello Stato, ma che costituiscono la necessaria innervatura esecutiva per la giustizia dell'intero *regnum* (5): *praecones, executores, cancellarii* o *milites ad secreta iudicis*, incaricati di assistere i giudici civili e militari, non soltanto, si deve presumere, nel momento della celebrazione del giudizio o relativamente agli aspetti burocratici ad esso relativi.

È evidente, stante la presenza di magistrature come quelle elencate qui sopra, che i regni gotici, ed in particolare la monarchia di Teodorico, mantennero in vita il sistema ereditato dall'ultima organizzazione imperiale: diversa è la questione della sua effettiva vigenza, della sua efficienza, della rispondenza della realtà al quadro esteriore descritto dalle fonti. Le innovazioni introdotte dalle fasi politiche successive, anche se non chiudono la questione dell'efficacia (e talora dell'«esistenza») di organismi o uffici di polizia nei secoli più risalenti, sembrerebbero accreditare un plausibile scetticismo.

Con riguardo all'attività di polizia (ma non solo ad essa, ovviamente), l'innovazione principale introdotta dalla dominazione longobarda rispetto all'ordinamento goto-bizantino è probabilmente quella della fusione dei poteri civili (giudiziari, amministrativi, finanziari) con quelli militari. L'Editto di Rotari, significativamente, viene emanato « dal re, insieme agli *iudices* e a tutto il «felicissimo

(2) SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano* diretta da P. DEL GIUDICE, III, 1, Milano, 1925, 18.

(3) Cassiod. *var.* 7, 7.

(4) Cassiod. *var.* 6, 18.

(5) Cassiod. *var.* 11, 6; 12, 1.

esercito' dei liberi » (6); le ideologie giuridiche che sono al fondo della cultura politica che lo ispira, cancellano separazioni di poteri, mescolano pubblico e privato (anche e soprattutto per quanto attiene alla repressione penale), intricano e confondono — talora separando in modo per noi sconcertante — prevenzione e repressione, responsabilità e danno, trasgressione e 'colpa': una cultura 'nuova', di difficile lettura, ma viva. Tutto questo fa delle funzioni di polizia qualcosa che esiste con forza e corposità nella società longobarda, ma che sfugge al primo sguardo, perché sprovvisto dei segni e dei criteri di identificazione ai quali siamo abituati.

Un grande peso hanno, in primo luogo, le iniziative dei 'privati' — uomini liberi — che assorbono necessariamente la quasi totalità delle attività di vigilanza e prevenzione relative a sé ed ai propri beni; essi devono svolgere per loro conto una parte essenziale nella individuazione, cattura e conduzione in giudizio degli autori di trasgressioni dalle quali è loro derivato un danno.

Ma alcune delle tipiche attività di polizia (raccolta delle prove, accertamenti, ricostruzione di fatti) sembrano messe in ombra, o rese eventuali, dal principio longobardo che fa della prova, essenzialmente, uno strumento di discolpa, attribuendo all'accusato l'onere di togliere credito all'accusa (7).

Naturalmente, anche se per il Regno longobardo si può difficilmente parlare di uffici 'permanenti' (8), esistono figure di magistrati che nei loro compiti amministrativi o giudiziari comprendono funzioni di polizia: *missi* del re inviati *ad inquirendum*, *gastaldi*, *sculdasci*, *decani* e *saltari* (nelle campagne), all'interno di circoscrizioni

(6) DELOGU, *Il Regno Longobardo*, in *Storia d'Italia*, I. *Longobardi e bizantini*, Torino, 1980, 56.

(7) DELOGU, *op. cit.*, 65: « La stessa mentalità imponeva, come in tutte le legislazioni germaniche, l'onere della prova all'accusato, anziché all'accusatore, perché se la parola del libero non furente era certa, garantita dalla dignità del vero uomo, le accuse non avevano bisogno di prova. Ad esse l'accusato poteva sottomettersi, riconoscendosi responsabile, oppure opporre la sua parola e la sua dignità (Rotari, cap. 364). Il conflitto che così si determinava veniva risolto non stabilendo la realtà dei fatti, ma verificando quale dei due liberi avesse dignità, e quindi credibilità, maggiore. Il duello giudiziario documentava pubblicamente, attraverso la vittoria, chi fosse il libero cui era giusto credere ».

(8) BELLOMO, *op. cit.*, 109.

designate come *civitates o iudiciarie*, e sotto la direzione di giudici superiori (il re, i duchi, talora i vescovi), si occupano del mantenimento dell'ordine e dell'osservanza degli editti. Nuovi comportamenti criminali vengono tipicizzati e puniti dalla legislazione di Liutprando ⁽⁹⁾, cosa che determina una dilatazione degli apparati repressivi, la creazione di una rete carceraria, la diffusione di pene corporali nuove e frequenti ⁽¹⁰⁾; ed all'ampliamento del sistema punitivo finisce per accompagnarsi una vivacizzazione delle attività di polizia, puntualmente ricorrente in ogni fase in cui una società — come quella longobarda del secolo VIII — cresce, si arricchisce e si complica.

La (parziale) trasformazione dei ducati e dei gastaldati longobardi in contee, dopo l'avvento dei Franchi e del Regno italico, non mutò la sostanza delle cose, se non per il ridimensionamento che giurisdizioni criminali e poteri di polizia subirono in conseguenza di un sempre più marcato predominio della campagna sulle città. Spiccano tra le altre le attribuzioni dei conti, che devono garantire il « *castigum secundum legem* » di « *fures latronesque et homicidas, adulteros, maleficos et incantatores ... omnesque sacrilegos* » ⁽¹¹⁾, impedire violazioni dell'ordine pubblico, catturare criminali o comunque garantire che si presentino in giudizio; essi costituiscono *sub se*, nelle città, un *vicarius*, o *vicedominus*, *missus* o *centenarius*: quello che si sarebbe detto poi anche *locopositus* o *loci servator*, col compito di esercitare la giustizia criminale minore, reprimere gli abusi, sorvegliare gli stranieri, interrogare i rei colti in flagrante ⁽¹²⁾.

Ma la crisi progressiva e l'evanescenza del potere centrale cui si assiste tra IX e X secolo, nel passaggio dai re d'Italia agli imperatori sassoni, non poteva non avere effetti dissolutori anche sui meccanismi di giustizia, rendendoli pronti ad una radicale trasformazione. Una nuova direzione della storia fece emergere soggetti diversi e nuove classi sociali, provviste di inaspettata vitalità, che si orientarono verso scelte politiche il cui approdo fu, nuovamente, la città. E la città, con i suoi problemi di sicurezza e di ordine, di convivenza

⁽⁹⁾ DELOGU, *op. cit.*, 141 ss.

⁽¹⁰⁾ Liut. 14 (a. 726), 80.

⁽¹¹⁾ *Capitula missorum* (a. 802), 25.

⁽¹²⁾ LE CLÈRE, *Histoire de la police*⁴, Paris, 1973, 13.

e di moralità, di organizzazione, approvvigionamento, igiene, rappresentò il terreno ideale per la nascita di una polizia diversa, che si svilupperà in un rapporto del tutto inedito con l'insieme degli apparati di giustizia, divenendo strumento essenziale nelle politiche penali degli Stati moderni.

2. *Un nuovo ruolo per la polizia nell'esperienza politico-giuridica della città-stato basso-medievale e dei primi Stati regionali italiani.*

Nella città-stato dei secoli XII-XIII, la funzione di polizia, pur nella sua perdurante debolezza istituzionale (strutture precarie, professionalità mediocre, poteri incerti, insignificanza quantitativa) cominciò ad assumere un peso del tutto nuovo: un ruolo essenziale, si potrebbe dire, faticosamente decifrabile agli inizi, ma poi sempre più chiaro, perché conseguente a scelte politiche, istituzionali e tecniche che faranno dello strumento polizia una delle chiavi principali del potere statale di tipo moderno. Tre elementi vanno tenuti presenti:

a) il potere politico, nel Comune cittadino, assume fin dall'inizio un carattere oligarchico ⁽¹³⁾; il ceto dominante tenderà a rappresentare il proprio interesse come interesse di tutti i cittadini, imponendo il principio ideologico in base al quale tutto ciò che è pubblico (cioè coerente con il disegno dell'oligarchia) deve prevalere sulle necessità dei singoli. E il rovesciamento dell'ottica germanica, che aveva condizionato la vita pubblica dei secoli precedenti;

b) il valore dell'*utilitas publica* (o *bonum civitatis, communis, reipublicae*, ecc.) porta con sé « il ripristino del concetto di autorità pubblica che era stato almeno in parte abbandonato e che implica una penetrazione dei relativi poteri nella sfera individuale della massima entità ipotizzabile » ⁽¹⁴⁾;

⁽¹³⁾ Lucida, fine, documentata è l'analisi che di questo dato offre BERTELLI, *Il potere oligarchico nello stato-città medievale*, Firenze, 1978, ed un buon esempio del rapporto esistente tra poteri oligarchici e politica di polizia nelle città medievali è rinvenibile nello scritto di BOWSKY, *The medieval Commune and internal violence: Police, power and public safety in Siena, 1287-1335*, in *American Historical Review*, 1967, 1-17.

⁽¹⁴⁾ AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 68.

c) la difesa degli interessi dell'oligarchia, la nozione di autorità pubblica, il potere di agire sul comportamento dei cittadini (anche quando non commettano crimini), portano con sé la costruzione del concetto di legalità, nella sua duplice accezione: ordine da mantenere e regole da osservare nel mantenerlo.

La funzione di polizia, modernamente intesa, prende forma intorno a questi elementi, o a corollari di essi; le sue origini stanno dunque proprio nel Comune cittadino, in quella legislazione statutaria e, soprattutto, in quelle pratiche di governo.

Meno importante è individuare, nelle articolate tipologie offerte dall'organizzazione di decine e decine di Comuni, strutture precise, uffici, o funzionari particolari. Lo schema è ancora quello sostanzialmente pre-moderno, in base al quale vengono individuate magistrature 'alte', che hanno tra i loro compiti anche quelli di polizia collegati alle più ampie prerogative della carica ⁽¹⁵⁾. I Consoli, per esempio, agiscono con poteri di polizia preventiva e di polizia giudiziaria, in quanto giudici; essi svolgono *inquisitiones* a fine punitivo, e devono assicurare l'ordine in città e la pace tra gli abitanti: *vigiles* e *custodes* li assistono in quest'opera di controllo e prevenzione, diurna e notturna, insieme a *barigelli*, o *baiuli*, *milites*, *birruarii*, *birri*, *cursores*, *coreri*, o *saltari* che, con queste o con altre denominazioni, gli statuti incaricano di scoprire, catturare e condurre davanti alla giustizia gli autori di crimini grandi e piccoli. La vita cittadina, percorsa da una forte componente di violenza, comune e politica ⁽¹⁶⁾ dovrà essere sottoposta ad un sempre crescente 'governo' di polizia.

Anche i Podestà ⁽¹⁷⁾ disporranno di strutture del tutto simili,

⁽¹⁵⁾ Qualche generica indicazione a questo proposito in CHIAPPETTI, *Cenni sull'attività di polizia nei liberi comuni medievali*, in *Riv. poliz.*, 1969, 129-141.

⁽¹⁶⁾ HALE, *Violence in the late Middle Ages: a background*, in *Violence and Civil Disorder in Italian Cities (1200-1500)* a cura di MARTINES, Berkeley-Los Angeles-London, 1972, 19 ss.; HERLIHY, *Some psychological and social roots of Violence in the tuscan Cities*, ivi, 129 ss.; BRENTANO, *Violence, Disorder and Order in Thirteenth-century Rome*, ivi, 308 ss.

⁽¹⁷⁾ Il Podestà era «... investito anche di mansioni di ufficiale di pubblica sicurezza: anzi aveva la suprema autorità in materia poliziesca; doveva cioè sedare i tumulti cittadini, reprimere e soffocare le ribellioni, bandire (appena entrato in città, dopo l'elezione) i ladri, gli aggressori, le meretrici, gli eretici: vegliare insomma sulla

che utilizzeranno spesso anche a fini di lotta politica, nella logica dello scontro tra fazioni tipica della forma-stato oligarchico; e così i Capitani del 'Comune del popolo', anch'essi provvisti di poteri giurisdizionali e amministrativi, che faranno valere con milizie istituzionalizzate (le 'Compagnie delle armi'), per mantenere nella città un ordine al quale arti e corporazioni sono fortemente interessate (18).

La città cresce ed i problemi dell'ordine si complicano. La polizia cittadina deve occuparsi di stranieri, di vagabondi, di bestemmiatori, eretici, ebrei e prostitute; deve agire per mantenere la pace politica (una forma arricchita di ordine pubblico) (19); deve controllare i traffici economici, far osservare i divieti statutari in materia di entrata ed uscita di derrate alimentari, provvedere a problemi di viabilità, sorvegliare l'urbanistica. Il controllo sui cittadini — e cioè l'attitudine preventiva della polizia moderna — prende forma in questa fase, assumendo un senso prima di tutto politico: la stessa costruzione di cinte murarie non ha solo scopi difensivi esterni: le mura servono anche ad isolare la città dalla campagna, facilitando il controllo poliziesco sugli abitanti (20), ed i custodi delle porte — che devono impedire la loro uscita — sono un tipico organo di polizia. La notte, tempo dei ladri e dei congiurati, occupa un posto privilegiato nelle preoccupazioni dei governanti e dei loro sorveglianti armati (21). Le stesse norme statutarie, con i loro divieti in materia di porto d'armi, giochi proibiti, comportamenti di taverna, rottura di paci o tregue, riunioni illecite, schiamazzi, tumulti, lusso o altre simili materie, creano le corrispondenti funzioni di polizia: è la logica della vita associata in città, ma anche quella di uno 'Stato' che entra sempre di più nei comportamenti quotidiani

sicurezza pubblica, mantenere la pace ed il buon ordine » (FRANCHINI, *Saggio di ricerche su l'istituto del Podestà nei comuni medievali*, Bologna, 1912, 166).

(18) DE VERGOTTINI, *Arti e popolo nella prima metà del sec. XIII*, Milano, 1943, 32.

(19) HEERS, *Partiti e vita politica nell'Occidente medievale*, Milano, 1983, 190 ss.

(20) BERTELLI, *op. cit.*, 41.

(21) Tutti o quasi gli statuti dell'epoca comunale (ma anche i successivi, fino ai rifacimenti del secolo XVI) contengono rubriche *De his qui vadunt de nocte*, *De poena euntium post tertium sonum campanae*, *De custodibus nocturnis*, o altre simili, che stabiliscono divieti particolari, o aggravanti specifiche, in ordine a comportamenti, previsti o temuti, del tempo di notte.

dei sudditi, alla ricerca di pericoli da sventare o di potenziali minacce all'ordine politico da impedire prima ancora che possano prendere corpo.

L'evoluzione verso il potere di un *Signore/Princeps*, col suo corteo di « sgherri ed *exploratores* » (22), accentuerà la tendenza all'uso politico del potere di polizia, contribuendo alla sua dilatazione in termini di presenza quantitativa, prerogative, invadenza. I nascenti Stati regionali, i Regni pontificio e meridionale, la Repubblica di Venezia, manterranno la tendenza, approfondendola (23): dove si accentreranno poteri, dove le strutture amministrative verranno razionalizzate e ampliate, dove si assorbiranno e si cancelleranno autonomie, lì si svilupperà la polizia e si incrementerà il suo potere.

3. *Polizia di benessere e polizia di sicurezza negli antichi Stati italiani.*

L'espansione della funzione di polizia negli Stati italiani a partire dai secoli XV-XVI è collegata alla complicazione della loro vita civile, allo sviluppo della vita economica (e quindi al bisogno di controllo e tutela di attività e traffici) ed alla progressiva assolutizzazione del potere politico dei Principi. L'allargamento della struttura amministrativa e dei compiti pubblici, la professionalizzazione degli apparati, la 'politicizzazione' della giustizia punitiva e l'identi-

(22) BELLOMO, *Società e istituzioni*, cit., 249.

(23) I principi che ispirarono, nella fase basso-medievale, la Repubblica veneziana e il Regnum Siciliae, non furono diversi da quelli che operarono nelle città dell'Italia centro-settentrionale. Venezia conosce magistrature diverse, articolate per competenze, che esautorano progressivamente il doge e rappresentano il punto di innesto dell'attività di polizia che si svolge nella Repubblica: si possono ricordare, a titolo di esempio, i Signori di notte, organo di polizia giudiziaria che veglia sulla tranquillità notturna della città e gli Ufficiali al cattaver, che devono ricercare e giudicare i sospetti di contrabbando (ZORDAN, *L'ordinamento giuridico veneziano. Lezioni*, Padova, 1980, 104). Nel Regnum, Baiuli e Giustizieri svolgono inquisizioni, catturano rei, eseguono sentenze, puniscono i *latrones* « *ad modum belli* », perseguono incendiarii e *violatores mulierum*, castigano rissosi, giocatori, bestemmiatori; i Baiuli in particolare adempiono a compiti di giustizia — e polizia — minore, vigilando sui mercati, esigendo multe, ingiungendo mandati di non offendere, ricercando latitanti (SALVIOLI, *Storia*, cit., III, 2, 1927, 18-30).

ficazione della stabilità del potere politico con l'efficacia della sua azione per la promozione di una società bene ordinata e per la tutela e protezione dei sudditi e dei loro beni, concorrono ad assegnare un contenuto molto complesso all'azione di polizia.

Accanto agli obiettivi della 'sicurezza pubblica' vengono a porsi quelli del 'benessere' dei sudditi: ma i secondi dipendono dai primi, e vengono perseguiti con metodi del tutto simili.

La 'sicurezza' ('pubblica' / 'dello Stato') nasce dalla somma di « sicurezza dei cittadini nei confronti della delinquenza e sicurezza del potere costituito nei confronti dei cittadini che si limitassero magari a criticarlo soltanto » (24). Quanto al 'benessere', esso viene ricercato e promosso per la via dei controlli, dei divieti, delle ispezioni, della vigilanza: coerentemente, cioè, all'interesse di auto-conservazione del potere assoluto del *princeps*. « Il principe — scriveva con un po' di enfasi, ma non senza efficacia, il vecchio Pertile (25) — s'ingeriva di tutto, tutto voleva sapere, regolava le materie più minute, s'inframmetteva persino negli affari privati, non rispettando neppure il santuario della giustizia, ma sospendendone con regi viglietti il corso, creando tribunali speciali ed avocando le cause dai legittimi fori ... ordinando ai giudici come dovessero pronunciare, e non peritandosi di punire i magistrati che con nobile resistenza avessero sentenziato diversamente dal volere del re. I popoli generalmente vedevano volentieri questa ingerenza del principe, la quale d'ordinario raddrizzava torti, sosteneva l'equità e impediva le prepotenze dei grandi; ma di qua trasse origine l'onnipotenza della polizia, che invadeva spiando lo stesso tetto domestico, violava il segreto delle lettere, e senza processo incarcerava e confinava i cittadini ».

L'assolutismo conferisce alla polizia una *potestas inspiciendi suprema* o *ius supremae inspectionis*, finalizzata alla *cura avertendi mala futura* ed allo *ius promovendae salutis* (26). La base legislativa di

(24) AMATO, *op. cit.*, 90 s.

(25) PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione* 2, II, 2. *Storia del diritto pubblico e delle sue fonti* a cura di P. DEL GIUDICE, Torino, 1898, 187.

(26) BUSSI, *I principi di governo nello stato di polizia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 800-840.

queste attribuzioni sta nella miriade di *constitutiones, statuta*, prammatiche, ordinanze, capitolari, bolle, editti, ordini, decreti, bandi, gride e notificazioni che, a partire dal XVI secolo tutti gli antichi Stati italiani producono in continuazione, su materie sempre più numerose. Le materie di intervento rappresentano, in buona sostanza, il catalogo dei principali problemi che impegnano quegli Stati nella loro politica interna, e stanno a dimostrare che già nel Cinquecento la polizia si è affermata come strumento dell'azione politica dei governi, a coronamento di una tendenza avviata nella città-stato dei secoli precedenti.

I problemi più complessi vengono da quelle che il XIX secolo avrebbe indicato come 'le classi pericolose della società': mendicanti e vagabondi ⁽²⁷⁾, oziosi, ma anche zingari ⁽²⁸⁾, prostitute ⁽²⁹⁾, giocatori, frequentatori di bettole e osterie, sono oggetto di normative vessatorie e reiterate, che non tendono certo a risolvere il problema ma a trattarlo nell'ottica poliziesca dell'allontanare e del rinchiudere. Ci sono poi i problemi della condotta morale e religiosa dei sudditi: dal rispetto dei precetti festivi (pratiche religiose e riposo) alla punizione dei bestemmiatori e di coloro che tengono comportamento irreligioso o vita scandalosa, dalle restrizioni per le attività di teatri e attori di ogni genere alla vigilanza sulla armonia e moralità delle famiglie, delle giovani, delle vedove. L'ordine *dans la rue* mantiene ovviamente il suo rango centrale, e questo comporta norme e controlli sulle armi (autorizzazioni per il porto, divieti sui tipi di arma, controlli su fabbricanti e venditori), sulle feste e sulle

⁽²⁷⁾ Su poveri, mendicanti e vagabondi, sul trattamento cui li sottopone l'autorità, sull'assistenza che viene loro destinata per scopi di controllo sociale, su scacciamenti e reclusioni cui sono fatti segno, la letteratura è ormai sterminata. Sarà dunque buona cosa richiamare una bibliografia, del resto poco nota: RIIS, *Pauvreté et développement urbain en Europe. XVe-XVIIIe/XIXe siècles. Une bibliographie*, Odense, 1983.

⁽²⁸⁾ GEREMEK, *L'arrivée des Tsiganes en Italie: de l'assistance à la répression, in Timore e carità. I poveri nell'Italia moderna* a cura di G. POLITI, M. ROSA, F. DELLA PERUTA, Cremona, 1982, 27-44.

⁽²⁹⁾ PERTILE, *op. cit.*, V. *Storia del diritto penale*, 1892, 539 ss.; significativi sono anche i documenti pubblicati in BRUCKER, *Firenze nel Rinascimento*, Firenze, 1980, 350-356. Anche a proposito di repressione della prostituzione, i limiti di spazio consigliano di non ricordare la ricca, e talora buona e più recente bibliografia esistente (v., comunque, *Prostituzione: storia*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, pp. 440-451).

fiere, sui forestieri (oggetto di norme dettagliate e rigorose), sulle strade urbane o extraurbane, sui veicoli, sulle « brigate », le maschere, gli ubriachi, gli schiamazzi, la notte. L'igiene, l'approvvigionamento, l'economia, gli usi suntuari, continuano ad avere le loro discipline, affidate alla polizia, e così avviene per determinate professioni: da quelle 'girovaghe' a quelle che si servono di strumenti che sono anche armi, da quelle rumorose o che producono sporcizia a quelle che hanno a che fare coi forestieri, per finire ai barbieri, ai chirurghi, agli stampatori.

Tutto questo si aggiunge, ovviamente, al complesso dei compiti istituzionali che la polizia continua a svolgere nel perseguire i colpevoli di delitti grandi e piccoli, con riguardo particolare al banditismo da un lato ⁽³⁰⁾ ed alla minore criminalità urbana dall'altro: rissosi, feritori, stupratori, *saccularii*, *directarii*, truffatori, sono il genere di criminali urbani coi quali sembra abbia prevalentemente a che fare ⁽³¹⁾.

Il quadro che emerge da una siffatta rassegna di problemi criminali e di ordine pubblico sembra ovvio ma è significativo: l'intera, o quasi, legislazione di *ancien régime* è dedicata a simili questioni, a cominciare dalla legislazione statutaria (che resta in vigore per molto tempo, pur con i limiti di efficacia che ben si conoscono, dopo le rinnovazioni cinquecentesche) ⁽³²⁾, per finire ad

⁽³⁰⁾ Il banditismo è però, spesso, affare dell'esercito, più che della polizia. Le ragioni sono intuibili: anzi, in molti casi si pagano espressamente milizie 'specializzate' (famosi i soldati corsi, assunti di quando in quando da diversi stati come l'Estense o il Pontificio). La lotta al banditismo è anche il terreno e l'occasione per l'uso di uno strumento tipico dell'azione di polizia: il premio, non solo in denaro, promesso ai collaboratori della giustizia. Numerosi bandi, a partire dal XVI secolo, in tutta Italia, promettono denaro, impunità, patenti per liberare altri banditi, a chiunque (ma spesso, soprattutto, agli stessi banditi che volessero collaborare) catturi o uccida briganti più o meno famosi. Su tutta questa materia, chi volesse, potrebbe vedere SBRICCOLI, *Brigantaggio e ribellismi nella criminalistica dei secoli XVI-XVIII*, in *Bande armate, banditi, banditismo e repressione di giustizia negli stati europei d'antico regime*, Venezia, 1984 [t. I, pp. 297-320].

⁽³¹⁾ Cfr. LARNER, *Order and Disorder in Romagna, 1450-1500*, in *Violence and Civil Disorder*, cit., 38-71, e RUGGIERO, *Patrizi e malfattori. La violenza a Venezia nel primo Rinascimento*, Bologna, 1982.

⁽³²⁾ Le riforme ed i rifacimenti cinquecenteschi di moltissimi statuti cittadini finiscono per fare di queste norme, come è noto, uno strumento secondario rispetto ad altri, ma non privo di importanza proprio sul terreno del mantenimento dell'ordine nella città,

alcune grandi leggi come le Costituzioni milanesi del 1541⁽³³⁾ ed ai gridari, bollari, o raccolte di bandi, di tutti gli Stati italiani di antico regime. In alcuni di questi Stati si formano addirittura magistrature speciali, più o meno risalenti nel tempo, e competenti per questo o quel particolare problema: manifestazione precoce della coscienza dell'esistenza di « trasgressioni di polizia » che verranno teorizzate in dottrina molto più tardi. I Giudici delle fiere, i Tribunali dei forestieri o i Tribunali degli ebrei, nelle diverse denominazioni e tipizzazioni che conobbero in diversi stati⁽³⁴⁾, gli *Officiales noctis* di Firenze⁽³⁵⁾, il Cavaliere di virtù in Piemonte⁽³⁶⁾, il Capitano di Giustizia in Lombardia⁽³⁷⁾, gli Otto di Guardia e Balìa prima a Firenze, poi in Toscana⁽³⁸⁾, gli Esecutori veneziani⁽³⁹⁾, costituiscono esempi diversi di magistrature speciali e generali, nate talora come organi di polizia che si sono poi trasformati o intrecciati con organi giurisdizionali, secondo quel criterio di identificazione tra giustizia, polizia e governo che è stato già più volte richiamato.

La identificazione della « funzione di governo » con la « funzione di polizia », o quella tra amministrazione generale e polizia, viene teorizzata, specie nel XVIII secolo, nella costruzione dottrinale del cosiddetto stato di polizia. Si tratta di un approdo teorico che registra una realtà ben più risalente: il benessere e la sicurezza dei sudditi stanno insieme alla stabilità e all'efficacia dei governi, e la

del perseguimento dei crimini minori, dell'applicazione della giustizia 'locale' amministrata dalle antiche magistrature comunali, esaurite in tutto ma ancora utilizzate proprio per i compiti legati alle 'infrazioni di polizia', o alle violazioni meno importanti.

(33) VISCONTI, *La pubblica amministrazione nello Stato Milanese durante il predominio straniero (1541-1794)*, Roma, 1913, 91-116 (cap. III, *La polizia*).

(34) SALVIOLI, *op. cit.*, III, 2, 114 ss.; BRUCKER, *op. cit.*, 380 ss.

(35) BRUCKER, *op. cit.*, 357-360.

(36) PERTILE, *op. cit.*, II, 2, 214; SALVIOLI, *op. cit.*, III, 2, 29.

(37) VISCONTI, *op. cit.*, 94.

(38) GUIDI, *Il governo della città-repubblica di Firenze del primo Quattrocento*, II, Firenze, 1981, 223-227; v. tuttavia la voce nell'accurato *Indice per materia* del terzo volume, insieme alla voce *Ufficiale*, recante numerose indicazioni di altri organismi di polizia.

(39) DEROSAS, *Moralità e giustizia a Venezia nel '500-'600. Gli Esecutori contro la bestemmia, in Stato, società e giustizia nella Repubblica Veneta (sec. XV-XVIII)* a cura di G. COZZI, Roma, 1980, 433-528. L'autore ricorda anche altre magistrature 'speciali', satelliti del Consiglio dei Dieci, quali i Provveditori sopra i monasteri, gli Inquisitori sopra la popolazione dei segreti, gli Inquisitori di Stato (p. 434).

polizia — cioè l'amministrazione, '*die ganze Innereverwaltung*' — è lo strumento di questa sintesi. Ma la questione esula in parte dai limiti del presente scritto ed è stata largamente affrontata e ricostruita in studi ai quali si può rimandare ⁽⁴⁰⁾. Quel che merita ancora di essere sottolineato è che anche in quel dibattito settecentesco la polizia — sia che agisca per la sicurezza, sia che operi per il benessere — ha il preciso compito di osservare, controllare, informare, prevenire. Compiti 'di governo', che si aggiungono a quelli più specifici che riguardano la repressione delle attività criminali e la funzione di polizia giudiziaria.

Per quest'ultima, le grandi *Constitutiones criminales* di antico regime e gli interventi speciali dei principi in materia processuale, prepararono un terreno normativo particolarmente favorevole allo sviluppo di un autonomo potere di polizia all'interno del procedimento punitivo. Malgrado incertezze o dissensi della dottrina, e pur in presenza di resistenze di giudici, i provvedimenti di polizia — *lettres de cachet*, lettere arbitrarie ⁽⁴¹⁾, esecuzione di ordini non provenienti da autorità giudiziarie — assumono un peso notevole e crescente, al pari delle pene arbitrarie ⁽⁴²⁾, alla cui irrigazione l'autorità di polizia non è ovviamente estranea.

La giustizia penale, in un sistema accentrato saldamente nelle mani del *princeps*, si vale della polizia quasi quanto si vale dei giudici, perché il principe può 'fare la giustizia' con l'uno o con l'altro dei due strumenti, a seconda dei casi o delle opportunità. Paradossalmente, questa estrema politicizzazione della giustizia penale — l'*arbitrium principis* è la fonte di istituti quali « l'opinamento » del *suo* giudice ⁽⁴³⁾ o il potere discrezionale della *sua* poli-

⁽⁴⁰⁾ Per tutti, BUSSI, *Evoluzione storica dei tipi di Stato* 2, Cagliari, 1954; Id., *I principi di governo nello Stato di polizia*, cit.; ASTUTI, *La formazione dello Stato moderno in Italia. Lezioni di storia del diritto italiano*, Torino, 1967, 177 ss.; CHIAPPETTI, *L'attività di polizia*, Padova, 1973, 45 ss.

⁽⁴¹⁾ Il tribunale napoletano delle Regie Udienze, competente, tra l'altro, per le *miserabiles personae* che l'avessero eletto a proprio foro, provvisto del potere di emettere condanne di mutilazione o di morte, utilizzava *lettere arbitrarie* per ordinare l'arresto di persone, motivando con la formula « per motivi a noi ben noti ».

⁽⁴²⁾ SCHNAPPER, *Les peines arbitraires du XIII au XVIII siècle (Doctrines savantes et usages français)*, in *TR*, 1973, 237-277; 1974, 81-112.

⁽⁴³⁾ Riferimenti in AMATO, *Individuo e autorità*, cit., 95.

zia — conduce però anche alla svalutazione ed emarginazione della tortura: mezzo di prova non più indispensabile in un sistema in cui le prove stesse potevano anche non essere necessarie, in certi casi (44), o liberamente valutate nella quasi totalità degli altri, a prescindere dalla confessione dell'accusato (45). Emarginata dal processo, però, la tortura resta nelle pratiche delle polizie dei diversi Stati, strumento di 'indagine' in mezzo ad altri, spesso anche essi praticati per la loro ritenuta efficacia, ma negati, o sottaciuti, per la loro illegalità. Come spesso accade, dall'uso accentuato ed allargato di un organo, nascono insieme la sua elefantiasi, le sue 'deviazioni' e l'anchilosi di altri organi, da quello suppliti o soppiantati. Gli Stati preunitari italiani del secolo XIX dovettero confrontarsi con questa logica e la storia di alcuni di essi coinciderà, in modo talora sorprendente, con la storia della loro polizia.

4. *Legislazione e prassi di polizia negli Stati pre-unitari. Cenni.*

Se è vero che la discussione sul *Polizeistaat*, con le sue conseguenze teoriche sulla articolazione delle attività di polizia (o sul rapporto polizia/amministrazione) si è svolta essenzialmente in area tedesca, è altrettanto vero che il modello organizzativo, operativo e legislativo delle attività di polizia è giunto in Italia dalla esperienza francese. Gli Stati italiani, dopo aver impostato una nuova concezione del rapporto polizia-governo già dalla loro risalente fase comunale, si mostrano sensibili al modello francese, almeno a partire dal XVII secolo, che è il secolo di Gabriel N. de La Reynie e di Nicolas Delamare (46); poi lo subiscono apertamente nel XIX, che è il secolo dei prefetti di Napoleone e di Joseph Fouché.

(44) Si tratta di delitti minori, o contravvenzioni di polizia, regolati da legislazioni locali, che portavano ad una punizione « semplice e sbrigativa perché non complicate né da un regolare procedimento, né da conseguenze legali o materiali ... » (FIORELLI, *La tortura, giudiziaria nel diritto comune*, I, Milano, 1953, 226).

(45) LANGBEIN, *Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago and London, 1977, 57 ss.

(46) LE CLÈRE, *Histoire*, cit., 28 ss. La Reynie è il primo, geniale organizzatore della sicurezza pubblica sulla grande scala urbana: la sua esperienza nella Parigi di Luigi XIV rappresentò per lungo tempo un irraggiungibile esempio per tutta l'Europa, Delamare,

Lo schema organizzativo già sperimentato oltralpe viene adottato praticamente da tutti gli Stati preunitari ⁽⁴⁷⁾: polizia centralizzata ma diffusa sul territorio, dipendente da un ministero apposito, professionalizzata e tesa a reprimere ma, soprattutto, a prevenire. La sua organizzazione viene finalizzata alla raccolta di informazioni su sospetti, pregiudicati, oppositori, associazioni, con l'allestimento di reti di informatori, l'alimentazione di archivi, la moltiplicazione di rapporti conoscitivi su persone, realtà locali, umori politici e così via. Diventano essenziali il diretto controllo della stampa, la censura nelle sue forme più vaste, il tener d'occhio ogni suddito, seguendo gli spostamenti di ciascuno con 'passaporti per l'interno', carte di identificazione, registrazioni e così via. Ma anche il modello normativo viene mutuato dall'esperienza francese: le materie assegnate alla competenza della polizia, le trasgressioni rese di sua esclusiva spettanza e le aree di azione all'interno delle quali le viene affidata una non sindacabile discrezionalità, sono quelle già classificate da Delamare ⁽⁴⁸⁾ e poi riprese per una parte nel *code pénal* del 1810 e per un'altra nella legislazione speciale di polizia prodotta in Francia nel periodo napoleonico e subito dopo.

Dai Regolamenti di polizia che vengono messi in vigore nello

collaboratore di La Reynie, fu il primo grande teorico della attività di polizia; l'ambito e lo stile di azione che lui le attribuì sono rimasti validi, si può dire, fino ad oggi, e non solo nelle politiche degli Stati autoritari.

⁽⁴⁷⁾ Perfino alcuni corpi di polizia, come quello dei Carabinieri Reali, istituito in Piemonte nel 1814, vengono creati ad imitazione francese: il loro ordinamento, come anche quello dei Reali Carabinieri del Ducato di Lucca, riflette l'ordinamento della *Gendarmerie* francese. «Una vigilanza attiva, non interrotta e repressiva costituisce l'essenza del servizio del Corpo», istituito «per invigilare alla pubblica sicurezza e per assicurare la conservazione dell'ordine e la esecuzione delle leggi», è detto nel primo articolo delle Regie Patenti di Carlo Felice del 12 ottobre 1822, per il Regno Sardo, e dell'Ordine di Carlo Lodovico di Borbone, per Lucca, del 25 maggio 1845. Compiti affini, e stavolta pure il nome, ebbe anche la Gendarmeria del Granducato di Toscana.

⁽⁴⁸⁾ Ancora alla fine del Settecento si stampa in Francia un *Code de la police ou Analyse des Règlements de Police* (3^a ed., Paris, 1761; 4^a ed., Paris, 1778), che rappresenta una sintesi dell'*opus magnum* di Delamare, *Traité de la police*, 4 voll., Paris, 1705-1722: competenze di polizia, materie, trasgressioni, vi sono ripartite ancora secondo le indicazioni di Delamare: *de la Religion, des Moeurs, de la Santé, des Vivres, de la Voirie, de la Tranquillité et de la Sûreté publique, des Sciences et Arts libéraux, du Commerce, des Manufactures et Arts mécaniques, des Serviteurs, domestiques et manouvriers, de la Police des pauvres*.

Stato Pontificio ⁽⁴⁹⁾, nel Granducato di Toscana ⁽⁵⁰⁾ o nello Stato Estense ⁽⁵¹⁾ alla metà del secolo scorso, rileviamo l'insieme di *trasgressioni*, assoggettabili a « pena semplice di polizia ». La dottrina ⁽⁵²⁾ aveva elaborato teorie giuridiche ed uno schema distintivo che i legislatori attuano in sostanziale coerenza con l'impostazione napoleonica — se ne discosta il modello lombardo-veneto ⁽⁵³⁾ — utilizzando regolamenti appositi come quelli indicati qui sopra o gli stessi codici penali, opportunamente articolati (anche con un titolo espressamente dedicato alle « contravvenzioni »), come accade con il codice delle Due Sicilie del 1819, con quello parmense del 1820 e con i due codici sardo-piemontesi del 1839 e del 1859.

Le trasgressioni considerate sono (seguendo lo schema toscano, che è il meglio ordinato) quelle contro l'ordine pubblico, la religione e la morale pubblica, la pubblica sicurezza, la proprietà pubblica e privata.

In particolare, l'attenzione è rivolta ai soggetti che si considerano pericolosi nei confronti di quei quattro ordini di beni giuridici; la polizia agirà dunque per prevenire e reprimere, muovendo da presunzioni, informazioni, sospetti. Vigilerà anche sui pericoli che possono nascere da cose, animate o inanimate, inclusi quelli che potranno venire da « uomini privi di intendimento » ⁽⁵⁴⁾, ma si

⁽⁴⁹⁾ Regolamento di polizia nei Domini della Santa Sede del 17 marzo 1850. Sui lavori preparatori di questo Regolamento e sull'idea di ordine pubblico che ne determinò i contenuti v. l'attento studio di SANTONCINI, *Ordine pubblico e polizia nella crisi dello Stato Pontificio (1848-1850)*, Milano, 1981, che in una ricca appendice documentale pubblica altri tre progetti di Codice di polizia pontificio (p. 173 ss.) ed un significativo *Progetto di Codice di polizia preventiva e correzionale* stilato nel 1847 da Giuseppe Giuliani.

⁽⁵⁰⁾ Regolamento di polizia punitiva pel Granducato di Toscana del 20 giugno 1853, emanato in sostituzione di un altro Regolamento di polizia punitiva del 22 ottobre 1849.

⁽⁵¹⁾ Regolamento di polizia per gli Stati Estensi del 12 febbraio 1854.

⁽⁵²⁾ Cfr. SANTONCINI, *op. cit.*, 14 (nt. 31 e 32).

⁽⁵³⁾ Ci riferiamo al Codice delle gravi trasgressioni politiche, in vigore per gli Stati tedeschi dal 1° gennaio 1804 e fatto valere per il Veneto e per la Lombardia con Patenti del 24 aprile e del 31 maggio 1815.

⁽⁵⁴⁾ FIANI, *Della polizia considerata come mezzo di preventiva difesa. Trattato teorico pratico*, Firenze, 1853-1856, 231 ss. Il *Trattato* di Fiani è certamente quanto di meglio abbia prodotto in materia di polizia la dottrina italiana prima dell'Unità.

occuperà soprattutto di trasgressioni politiche, dirette o indirette ⁽⁵⁵⁾, di comportamenti che mettano a repentaglio la sicurezza delle persone e quella dei loro beni ⁽⁵⁶⁾. La polizia economica proteggerà gli interessi dello Stato (privative, regalie, contrabbandi, tasse, registri, bolli), garantirà la sanità pubblica ⁽⁵⁷⁾, le produzioni di interesse primario o generale; disciplinerà l'uso delle risorse (boschi, saline, caccia e pesca) ed assicurerà protezione ai trasporti, alle strade, alle ferrovie, ai telegrafi.

L'oggetto principale della «vigilanza attiva, non interrotta e repressiva» sono però vagabondi, oziosi, sospetti e pregiudicati ⁽⁵⁸⁾.

Gli istituti di polizia preventiva, che tanto larga applicazione avranno poi nel Regno d'Italia dopo il 1860, vengono impostati ampiamente già nella fase preunitaria: sottomissione, ammonizione, precetto di polizia, presenti nelle legislazioni e nelle prassi piemontesi, pontificie o napoletane, sono i prototipi di ammonizione, vigilanza speciale, domicilio coatto, o rimpatrio obbligatorio, poi

⁽⁵⁵⁾ FIANI, *op. cit.*, 250 ss. comprende tra le Trasgressioni indirettamente politiche quelle contro la religione, contro la pubblica morale (incluso il gioco), contro la quiete e la tranquillità (schiamazzi, esplosioni, falsi allarmi, osterie e bettole, ciurmeria e illecita mendicanza, mestieri parassiti, spettacoli) e quelle contro la pubblica giustizia (omissioni di referto o denuncia, ed altro).

⁽⁵⁶⁾ Si tratta delle Trasgressioni contro la sicurezza reale, per le quali vengono chiamati in causa oziosi, vagabondi, mendicanti, individui sospetti in genere: regolamento di polizia pel Granducato di Toscana (1849), art. 106 ss.; regolamento di polizia dello Stato Pontificio, art. 160 ss., 173 ss.; regolamento di polizia per gli Stati Estensi, art. 113 ss.; codice penale del Regno delle Due Sicilie, art. 300 ss.; codice penale di Parma, art. 268 ss.; codice penale del Regno di Sardegna (1839), art. 450 ss., (1859), art. 435 ss.

⁽⁵⁷⁾ La materia della pubblica salubrità viene molto arricchita nel secolo XIX, estendendosi ben oltre il campo dell'igiene, per entrare in quello del moderno concetto di sanità: cfr. FIANI, *op. cit.*, 375 ss.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. *supra*, nt. 56. Si aggiungono i «sospetti di furto campestre», che entreranno nel novero dei vigilati al pari di vagabondi e oziosi nella legislazione di pubblica sicurezza del Regno d'Italia; regolamento di polizia pel Granducato di Toscana (1853), art. 205 ss. Si tenga poi presente la l. 26 febbraio 1852, sulla sicurezza pubblica nel Regno di Sardegna, con la quale la disciplina di vagabondi, oziosi e sospetti per furti di campagna viene resa autonoma da quella contenuta nel codice penale del 1839, allora vigente. Sulla discussione parlamentare di questa legge e poi sulla successiva legge di pubblica sicurezza del Regno sardo, del 1854, qualche indicazione in MEREU, *Cenni storici sulle misure di prevenzione nell'Italia «liberale» (1852-1894)*, in *Le misure di prevenzione* (Atti di convegno), Milano, 1975, 197-202.

largamente disciplinati fin dalla legge di pubblica sicurezza del 20 marzo 1865.

La polizia, sostiene Fiani, è polizia di diritto e polizia di fatto ⁽⁵⁹⁾. La prima si collega con la giustizia, garantendo l'osservanza e l'applicazione della legge; la seconda « supplisce alle manchevolezze della legge », « procede come mera prudenza » e « colla guida del sospetto », punisce e reprime « quelle abitudini viziose che il legislatore, per un necessario rispetto alla naturale libertà, non potè fare subietto di sanzione penale » ⁽⁶⁰⁾. Si tratta di un quadro fedele. È infatti a questa polizia « di diritto e di fatto » che quegli Stati, e poi il Regno d'Italia, affidarono la grande opera di disciplinamento della società di cui la classe dirigente del Paese avvertiva la necessità, per mantenere il suo potere politico ed assecondare la trasformazione economica di cui intendeva essere protagonista. Un processo molto lungo, con una storia difficile e tormentata, in cui, come è noto, anche la polizia, le sue leggi e le sue prassi ebbero una loro certo non piccola parte.

LETTERATURA. — AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967; Id., *La libertà personale*, in *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione* (ISAP), *La tutela del cittadino*, II. *La pubblica sicurezza* a cura di P. BARILE, Vicenza, 1967, 51-180; BUSSI, *Evoluzione storica dei tipi di Stato*², Cagliari, 1954; Id., *I principi di governo nello Stato di polizia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 800-840; CHIAPPETTI, *L'attività di polizia*, Padova, 1973; KNEMEYER, *Polizeibegriff in Gesetzen des 15. bis 18. Jahrhunderts*, in *Arch. öff. R.*, 1967, 153-180; LE CLÈRE, *Histoire de la police* 4, Paris, 1973; MELCHER, *Die Geschichte der Polizei*, Berlin, 1926; MEREU, *Cenni storici sulle misure di prevenzione nell'Italia « liberale » (1852-1894)*, in *Le misure di prevenzione* (Atti di convegno), Milano, 1975, 197-212; PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*², Torino, II, 2. *Storia del diritto pubblico e delle sue fonti* a cura di P. DEL GIUDICE, 1898, e V. *Storia del diritto penale*, 1892; SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano* diretta da P. DEL GIUDICE, Milano, III, 1, 1925: III, 2, 1927; SANTONCINI, *Ordine pubblico e polizia nella crisi dello Stato Pontificio (1848-1850)*, Milano, 1981.

⁽⁵⁹⁾ FIANI, *op. cit.*, 431 ss.

⁽⁶⁰⁾ FIANI, *op. cit.*, 443.

BECCARIA OU L'AVÈNEMENT DE L'ORDRE.
LE PHILOSOPHE, LES JURISTES ET L'ÉMERGEANCE
DE LA QUESTION PÉNALE

L'ordre.

On sait bien que le choix de Beccaria est principalement celui d'introduire dans le domaine du pénal (notamment dans la législation), le critère dominant de la rationalité utilitariste. L'utilité représente un des plus efficaces vecteurs de l'ordre. La généralité et la clarté des normes, la rationalité des procédures, la douceur des peines proportionnées (mais aussi leur infaillibilité et rapidité) représentent en effet les conditions de l'efficacité du mécanisme punitif, même si elles sont présentées en termes de « civilisation » et d'humanitarisme. Or, l'ordre proposé par Beccaria est corrosif par rapport au désordre/arbitraire des systèmes pénaux de l'Ancien Régime. En fait, ses idées en matière de réforme pénale donnent sens au projet d'une société organisée d'une manière différente, devant être construite sur des principes politiques inédits. Critiquant la pénalité traditionnelle et proposant un système punitif transformé, il trace les lignes d'une organisation politique qui suppose le dépassement de la « Société d'ordres » et l'établissement d'un pouvoir rationnel, inhérent au processus de *centralisation absolutiste*. Résultat d'un absolutisme rationnel, cette centralisation ordonnée et judicieuse correspond à des formes de gouvernement, à des régimes politiques ou à des méthodes de gestion des rapports entre pouvoir et sujets, qui puissent effacer tout arbitraire destructif ⁽¹⁾. Adjectiver

⁽¹⁾ L'expression « *arbitrario distruttore* » est utilisée par Beccaria dans *Prolusione letta il giorno 9 gennaio 1769 nell'apertura della nuova Cattedra di scienze camerali nelle Scuole Palatine di Milano*, in *Opere*, éd. de S. Romagnoli, Sansoni, Florence, 1958, I, p. 376.

l'arbitraire équivaut à l'interpréter: on peut ainsi soutenir que l'arbitraire — qui est opposé et antagoniste à l'ordre selon Beccaria — devrait être identifié avec l'*arbitraire destructif*, celui qui naît de l'intérêt particulier, armé de la puissance du privilège (2).

En effet, il ne faut pas ignorer, que les régimes pénaux anciens connaissent aussi une autre notion de l'arbitraire, à sa manière réglé et fonctionnel, pourvu d'une logique interne, ainsi que de plusieurs éléments d'équité et de rationalité; un *arbitraire constructif*, parfois efficace et accepté, fondé principalement sur l'interprétation (des lois, mais aussi des rapports et des circonstances), qui peut fournir un critère raisonnable pour les choix de l'administration ou pour les décisions du juge. Un tel arbitraire correspond à un paramètre de justesse. En effet, on doit admettre que dans la justice pénale, suivant les principes de la doctrine, l'arbitraire du juge en matière d'incrimination et de peine représente un facteur de modération, parfois un élément de rationalisation et de modernisation du système punitif. Face au système pénal de l'Europe moderne, il importe de répéter qu'on ne peut se contenter d'en faire le procès idéologique, construit sur les raisons fondées des pamphlétaires du XVIII^e siècle, voire trop conditionné par les catégories critiques reposant sur la science pénale libérale du XIX^e siècle.

Effectivement, la conception beccarienne du crime est entièrement une conception étatique et laïque (3), à partir de laquelle il envisage des valeurs et des biens dignes de sauvegarde ou de protection. Sans vouloir répéter ce qui est bien connu des thèses pénales de Beccaria et de leur inspiration philosophique, il suffit de souligner combien elles étaient opposées à l'ordre traditionnel, notamment dans leur volonté de lier le pénal et la société. Étatiste et utilitariste, le projet beccarien d'efficacité punitive visant à la certitude pénale était fondamentalement égalitaire.

A propos de Beccaria, on a souvent affirmé: une théorie de la justice, ou plus encore de la liberté. On pourrait ajouter: un pamphlet sur l'égalité. En substance, dans le *Dei delitti e delle pene*,

(2) A. BURGIO, « Introduzione », à C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, éd. A. Burgio, préface de S. Rodotà, Feltrinelli, Milan, 1991, p. 27.

(3) G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I. *Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologne, 1976, p. 465.

Beccaria formule une critique radicale de la société de son temps. Ce procès s'accompagne de la proposition parfois implicite d'une nouvelle organisation civile et politique, expose par la remise en cause du système pénal de son temps qu'il veut fonder selon des critères de classification nouvelle. Même s'il n'en tire pas les conséquences théoriques, ni n'exploite les effets de son analyse, Beccaria réalise que le système pénal reflète l'organisation politique; fort de cette intuition, il envisage la question pénale comme le moyen de traiter d'une manière plus générale la réforme de la société et de l'État.

La place centrale du pénal.

Le plus grand mérite historique de Beccaria réside dans le fait qu'il a placé la question pénale au cœur des processus de transformation et de rationalisation de la société du XVIII^e siècle. De ce fait, il lie de manière indissoluble la condition et la « qualité » du pénal aux degrés de civilisation de toute société moderne. Après son livre, cette connexion est évidente et incontestée, bien qu'au XX^e siècle, elle soit reconsidérée, notamment en suivant l'idée d'un droit pénal technique, instrumental et neutre, de nature exclusivement dogmatique. Cette modernité de Beccaria a entraîné au moins trois conséquences majeures.

La première concerne l'établissement du pénal comme *terrain*, outre que comme *objet*, du conflit politique entre autorité et liberté. Arbitraire/rationnel, obscur/clair, idéologique/laïc: de nouveaux couples conceptuels deviennent ainsi les points de repère du débat pénal. Parmi les juristes, ce combat sur le pénal *comme objet* naîtra du conflit entre des visions différentes du rapport liant le droit et la société, principalement dans la perspective de la législation criminelle. Politiques, voire de civilisation, les choix recouperont des solutions techniques qui, peu à peu, intégreront dans les lois — ou dans la jurisprudence — les principes des réformateurs des Lumières.

Mais c'est sur le pénal *comme terrain* du conflit entre autorité et liberté que la place centrale du pénal, imposée par Beccaria, deviendra particulièrement visible. Traversant au XIX^e siècle toute la réflexion sur le pénal, le conflit entre ordre et liberté est emblématique des potentialités, parfois contradictoires, et du développement des principes contenus dans l'œuvre de Beccaria. Il oppose un *bien*

politique — la sécurité des citoyens, la sûreté publique — à l'inaliénable *droit de l'individu* et sa liberté inviolable. La priorité du premier dans les pratiques du contrôle social (notamment policières) et les continues tentatives de rescousse du second, nourrissent pour des décennies les débats des juristes, ainsi que ceux des parlements. La partie se jouera entre prévention et répression, entre codes pénaux libéraux et lois de police autoritaires, entre normes « garantistes » et pratiques illégales. Suspect, présomption de dangerosité, police préventive, incarcération avant jugement, violation tolérée des droit des plus faibles: parmi d'autres, ces éléments répressifs renforceront le sécuritaire pour en assurer la victoire.

Mais le paradoxe de la liberté concernerait d'autres aspects de la vie sociale, en appelant les criminalistes à réfléchir sur les limites mêmes du pouvoir punitif. Dangereux *vs* laborieux, propriétaires *vs* non propriétaires: le conflit entre ordre et liberté évoque un conflit entre classes sociales. La discussion sur les bornes de l'action punitive semble s'enfermer à l'intérieur de l'idéologie bourgeoise et individualiste. Il s'agit, en fait, d'un problème d'incrimination, bloqué entre une exigence de laïcisation du droit (que chacun puisse faire à sa guise, *ubi alterum non laedat*), et un appel, lui-même tout bourgeois, à la moralité privée ou publique. Après l'abolition du contentieux des crimes de lèse-majesté que légalisent les législations marquées par le réformisme beccarien, la question est posée pour les crimes politiques, investis, par la tension qui oppose la liberté des citoyens à la sécurité de l'État. Une contradiction comparable entre ordre et liberté pèse sur la motivation des peines protégeant le prestige des autorités, ainsi que sur la qualification des délits (contre la religion, la morale, la famille), les conduites « scandaleuses », ou encore sur les incriminations concernant des comportements garantis par les principes de liberté chaque fois qu'ils menacent l'ordre, l'idéologie ou la morale de la société.

Sur ce conflit entre ordre et liberté considéré comme une des manifestations de l'antagonisme social, repose une ambiguïté traversant l'œuvre de Beccaria et ses continuateurs pénalistes qui, au XIX^e siècle, poursuivent la bataille pour l'humanisation et le triomphe des garanties individuelles du système pénal. En effet, on est confronté à deux niveaux de garantie, marqués par la discrimination sociale, économique, culturelle et politique, qui ne se laissent voir que dans

des situations limites. Ce discriminant *de pouvoir*, ressort notamment dans le cas des erreurs judiciaires, lorsqu'elles concernent les membres de la classe dirigeante, ou encore dans le cas d'emprisonnement avant jugement de notables ou d'individus appartenant à l'*establishment*. Par ailleurs, la thèse beccarienne prétendant que le fouet pour les gens de condition (aristocrates, bourgeois, citoyens) est injuste car la peine est morale et corporelle à la fois, alors que la fustigation d'un « porteur » ne serait que physique et donc fondée (4), n'a jamais quitté la philosophie du réformisme pénal des XIX^e et XX^e siècles.

La seconde conséquence de la place centrale du pénal concerne la croissance progressive de sa conception comme *science juridique intégrée*, accompagnée par l'avènement d'une nouvelle figure du pénaliste. Juriste, « philosophe », il est en outre un intellectuel de formation complexe, aux compétences larges: économie, sciences sociales et politiques, philosophie et morale. Puisque la question pénale acquiert une centralité croissante dans la construction du social, le pénaliste devient le point de repère naturel de la vaste problématique du rapport entre institution, système punitif et société. C'est ainsi, que la science pénale et la criminologie s'imposent comme des sciences sociales décisives et cruciales dans la modernité du XIX^e siècle, Jeremy Bentham, Giandomenico Romagnosi, Pellegrino Rossi sont des intellectuels qui, à côté de leur œuvre de pénalistes, publient des travaux importants en matière d'économie politique et de droit constitutionnel. De même, que Beccaria, il est difficile de les qualifier de simples criminalistes. Certainement *homo unius libri* en ce qui concerne le pénal, ce juriste nouveau, studieux,

(4) C. BECCARIA, *Brevi riflessioni intorno al codice generale sopra i delitti e le pene, per ciò che riguarda i delitti politici* (1791): « Ma nei delitti politici, che non suppongono malizia, ma danno volontario recato, e che non tendono direttamente a distruggere la società, né offendono il diritto naturale, che sono mere colpe e non doli; che, per parlare secondo i termini del Gius Romano, non sono *Maleficia*, ma *quasi Maleficia*, si deve avere moltissimo riguardo alla condizione delle persone, perché il bastone che può correggere un facchino, avvilisce ed annienta un nobile, un onesto negoziante e qualunque civile persona, e involge tutta la loro famiglia nella più luttuosa ignominia » dans *Opere*, cit., II, p. 711. Ajoutons que ce type de raisonnement ne se trouve pas dans le § XXI (*Pene dei nobili*) du *Dei delitti e delle pene* (éd. de G. Francioni, Mediobanca, Milan, 1984, pp. 73-75).

incarne la figure de l'intellectuel, politisé dans le meilleur sens du terme, et dont l'horizon conceptuel est vaste. Attiré par les sciences sociales, il reste convaincu qu'il faut aborder l'étude du rapport entre l'Etat et la société, à travers celle des délits, des peines et des bis pénales.

La troisième conséquence de la place centrale et nouvelle du pénal porte sur le retour (*feed-back*) entre la légitimation du gouvernement et son programme sur le terrain même du droit criminel. Complexe, cette dynamique est à penser dans un moment d'émergence qui va aller croissant dès le début du XIX^e siècle. En d'autres termes, on ne peut plus alors concevoir un problème en matière de développement civil, de liberté politique, de justice sociale ou encore de « progrès » selon le mot-clef des Lumières, qui n'ait son point de repère dans le système pénal. Chaque fois qu'il s'agissait de fonder ou de garantir la moindre des libertés, il fallait reformuler ou effacer une norme pénale, une interdiction, un délit. Procès en particulier ou ensemble du système d'incrimination: le pénal devient ainsi la mesure universelle, de la qualité politique du gouvernement et de la nature même de l'Etat.

Or, le catalogue des délits et des peines était infini. De la querelle sur l'abolition, conservation ou limitation de la peine capitale, on passait au problème carcéral, à celui de la mesure des peines, de leur proportion souhaitable au délit. L'échelle des sanctions légales devient en conséquence l'indicateur et la mesure même de l'humanité et de l'efficacité de l'ordre juridique d'une société ou d'un État. Par ailleurs, de la discussion de la procédure (accusatoire et orale *vs* inquisitoire et écrite), on abordait le problème du jury, ainsi que celui de la valeur qu'il convenait de donner aux preuves, et par conséquence, à la conviction du juge. A cet aspect procédural, s'ajoutaient les nombreuses questions relatives à ce que le droit pénal contemporain nomme la « partie générale », notamment la tentative, la complicité, la récidive. La résolution des problèmes liés à ces catégories conditionnait la modernisation de l'appareil pénal. Héritée du *jus romanum*, la problématique délicate de la responsabilité pénale, enrichie par les réflexions philosophico-morales des Lumières sur la figure de l'*homo criminalis* et traversée par les nouvelles connaissances scientifiques émergentes dès le début du

XIX^e siècle (psychiatrie, médecine et médecine légale, psychologie, sociologie), devenait ainsi toujours plus importante.

En ce qui concerne la criminalisation primaire, les questions ouvertes étaient énormes elles se focalisaient principalement autour du paradoxe de la liberté. Associations libres, liberté de la presse et de l'opinion: toutes ces valeurs du libéralisme pouvaient se retourner contre le gouvernement, voire menacer l'État. Comment définir alors un délit politique? Qu'en faire? Faut-il démanteler le contentieux traditionnel des crimes de lèse-majesté, ou simplement l'actualiser selon les normes démocratiques de l'État moderne? Jusqu'à quel point peut-on laisser courir le dissentiment? Pivot constitutionnel de l'État moderne, la liberté peut devenir son principe destructeur. Cette contradiction entre liberté et ordre ne se présentait d'ailleurs pas uniquement sur le registre de la sauvegarde des institutions.

La médiation des juristes traditionnels.

Le passage entre, d'une part, la proposition d'un nouvel ordre à introduire dans la société à travers la réforme du pénal et, d'autre part, l'émergence d'une nouvelle expérience de la science pénale, est marqué par une résistance à la fois furieuse et sourde, mise en place par les techniciens du droit pénal, ou pour mieux dire, par les criminalistes professionnels liés à la tradition du droit commun. Ce mouvement d'idées et de pratiques, que l'on peut qualifier de *médiation juridique*, a peut-être été sous-estimé dans l'histoire du droit pénal, voire presque totalement ignoré dans la considération de la « fortune » de l'œuvre réformatrice des philosophes par rapport aux législations du siècle des Lumières, voire aux codes pénaux du XIX^e siècle. N'étant pas un technicien du droit, Beccaria « n'est intéressé que par les idées générales, et il reste éloigné de la réalité technique et quotidienne »⁽⁵⁾. Or, cette médiation des criminalistes professionnels (professeurs, juges de grade élevé, conseillers des princes) est fondamentale en ce qui concerne la transposition des grands principes dans les lois et les codes. Si elle a souvent été l'occasion d'un important conflit entre les juristes professionnels et

(5) J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, Paris, P.U.F., 1989, p. 25.

les « idéologues » comme Beccaria, elle a représenté en même temps le passage impératif pour compléter le chemin conduisant du réformisme des Lumières au nouveau droit pénal et à la nouvelle législation. Dans ce débat sur le pénal, Beccaria contribua à établir un double registre de discussion: philosophique au sens large et juridique au sens strict. En effet, la stratégie des principes est posée en rapport dialectique avec le droit possible et pratiqué; par ailleurs, le « droit pénal philosophique » est séparé du droit pénal réel, car l'esprit des lois ne recoupe pas les mêmes vérités que la réalité de celui-ci. De cette manière, les doctrines pénales des idéologues deviennent autre chose que la théorie du droit pénal des juristes. S'impose donc une séparation épistémologique entre théorie et pratique: inconnue dans l'usage du droit commun, elle se fonde maintenant sur l'unité régissant doctrine et tradition, droit et loi, interprétation juridique et droit réel. Cette séparation entraînera une dialectique féconde: celle-ci permettra la naissance du nouveau type de juriste, évoqué plus haut, qui persistera, puis caractérisera l'expérience juridique moderne et contemporaine. Idéologie et techniques: ce double registre va constituer la prémisse heureuse d'où jaillira ce droit pénal intégré, constitué de dogmatique juridique et de sensibilité politico-culturelle, emblématique du XIX^e siècle, que j'ai désigné ailleurs comme *penalistica civile* (6).

Mais dans l'attitude de Beccaria, on dénote plus qu'une insouciance vis-à-vis de la technicité du pénal. En effet, on constate dans sa démarche une véritable sous-estimation de la dimension juridique, ou plus exactement, du profil « dogmatique » du droit pénal, des méthodes de sa construction, de ses technicités et de son ordre. A cela s'ajoute la propension générale des juristes des Lumières qui, souvent, sont enclin à identifier le droit avec la législation: cette confusion affaiblit les idées réformistes au moment de leur application. Ne coïncidant pas avec les aspects techniques concernant l'application et l'interprétation de la norme pénale, ce mépris affiché pour le côté juridique du pénal conduit Beccaria à une forme d'injustice à l'égard des juristes professionnels du droit réel (ces

(6) M. SBRICCOLI, « La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita », in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Bari, Laterza, 1990, pp. 147-232 [t. II, pp. 493-590].

« farruginosi volumi di privati ed oscuri interpreti » (7). Pourtant, les « raffinés et les plus sensibles de ces hommes de loi avaient insufflé un certain réformisme juridique dans l'appareil de justice de leur temps: adoucissement progressif des peines, rationalisation des institutions pénales, modération des pratiques procédurales (torture, information judiciaire, etc.), garantie individuelle. Même si Beccaria néglige cette réalité d'une modernité pénale antérieure, ces magistrats traditionalistes œuvraient pour une adaptation interprétative des lois à une idée de civilisation juridique qui était toujours plus avancée que celle de leur temps. Alessandro Manzoni en donnera acte dans la *Storia della colonna infame* (8), cette œuvre « beccarienne » écrite dans le même esprit qui avait inspiré son aïeul.

Cette négligence du « juridique » conduit Beccaria à commettre une erreur stratégique dans sa prise de position sur la fonction des juges et leur rôle à l'intérieur de l'appareil de justice. Se trompant dans son évaluation sur la possibilité que la loi soit appliquée sans des procédures interprétatives, il ne peut comprendre que les juges — ces interprètes nécessaires des lois — soient devenus les gardiens naturels de la légalité, alors qu'ils n'avaient pu revendiquer leur indépendance pour exercer une fonction de tutelle et de garantie.

Le monde des pénalistes professionnels, modérés ou conservateurs, opposa une résistance remarquable à la philosophie beccarienne. Particulièrement sensibles sur la politique pénale, des juristes savants comme Filippo Renazzi ou Alberto De Simoni, ni conservateurs ni hostiles sur le plan idéologique, critiquèrent immédiatement du point de vue dogmatique certaines thèses et formulations beccariennes (9). Hostile aussi, le milieu des juristes attachés à conseiller

(7) C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (op. cit.), « A chi legge », notamment p. 17; il s'agit en fait probablement d'une expression due à Pietro Verri, écrite à l'occasion de la polémique contre Ferdinando Facchini.

(8) Voir la réédition, avec une *Nota* de L. Sciascia, publiée par l'éditeur Sellerio, Palerme, 1981.

(9) Notamment: la fonction des juges, la structure et le but du procès, le rôle de l'interprétation juridique, l'imputabilité; s'y ajoutent d'une manière plus ample, la dimension juridique de l'expérience pénale ainsi que la valeur du droit romain et de sa tradition. Sur ces points, R. PASTA, « Beccaria tra giuristi e filosofi: aspetti della sua fortuna in Toscana e nell'Italia centrosettentrionale », in *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa* (Colloque de Milan, 1988), Cariplo-Laterza, Bari, 1990, pp. 512-533.

le prince (magistrats influents, avocats, notables, professeurs d'université nommés par le souverain, etc.) qui, durant les dernières décennies du XVIII^e siècle, s'engagea dans l'élaboration de la nouvelle législation.

La Leopoldina.

Le refus de la médiation juridique et la critique radicale de principes dont un système juridique moderne ne peut pas se passer (par exemple l'interprétation des lois) entraînent un conflit à l'occasion des premières applications législatives de la réforme beccarienne. L'exemple le plus important de cette distorsion ressort de la *Riforma della legislazione criminale toscana* publiée en 1786, surtout connue sous le nom de loi *Leopoldina* ⁽¹⁰⁾. Dans le contexte de l'absolutisme éclairé et réformateur du Grand Duc Léopold de Toscane, ce texte traduit, comme on le sait, le premier exemple d'une législation pénale inspirée de Beccaria. Avant de faire entériner son train de réforme, Léopold soumet pour avis un texte préparé par lui-même au juge Cercignani. Après le rapport conclusif de ce juriste prestigieux travaillant à Pise, auquel s'ajoutent les conclusions des *auditori* Giuliano Tosi et Antonio Caciotti Bianchi, ainsi que celles du président du *Buon Governo* Giuseppe Giusti, une équipe de juristes professionnels est formée. De rang mineur dans le cénacle juridique toscan de la fin du VIII^e siècle ⁽¹¹⁾, ces techniciens du droit (juges, fonctionnaires, conseillers juridiques du Prince, avocats) connaissent l'œuvre de Beccaria. S'ils appréciaient le philosophe, ils avaient surtout le dessein de créer une loi qui ne renversât point le système juridique dans lequel ils s'étaient formés. Filtrées, les idées juridiques de Beccaria sont adaptées à une culture juridique pouvant en accepter l'esprit dans une formulation littérale qui en permet un large éventail d'applications. Le précipité technique du réformisme

⁽¹⁰⁾ On lira la *Leopoldina* parmi les documents que publie Franco VENTURI in C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Einaudi, Turin, 1970, pp. 258-300; sur la formation, la teneur et la valeur historique de cette loi, cf. M. DA PASSANO, *Il diritto penale toscano dai Lorena ai Borbone (1786-1807)*, Giuffrè, Milan, 1988.

⁽¹¹⁾ Citons les noms oubliés de Tosi, Caciotti, Giusti, Urbani, Ciani, Brichieri et Biondi.

beccarien est élaboré de façon à pouvoir tolérer une interprétation *secundum ius commune*.

Loi procédurale, absence de rationalité et d'ordre systématique, esprit légaliste voué à la médiation des juges: la *Leopoldina* est un texte emblématique de l'Ancien Régime, bien qu'il soit parcouru et marqué par des éléments d'extranéité, dans lesquels on reconnaît les traces du réformisme beccarien. Non pas l'empreinte directe du philosophe, mais plutôt l'esprit du temps que celui-ci avait contribué à façonner, tel qu'il pouvait être perçu dans la Toscane de 1786.

Abolition de la peine capitale, suppression de la torture, adoucissement général des peines, création d'une échelle pénale fondée sur le principe de la proportionnalité entre crime et sanction: les aménagements introduits par cette loi sont connus. Sur ces points, les juristes n'avaient nulle raison de s'opposer au réformisme de Beccaria. Depuis longtemps, les plus éclairés et les plus attentifs au bon fonctionnement de l'appareil de justice soutenaient de tels principes de modernité pénale: l'abolition de la torture était plus ou moins ouvertement soutenue depuis 150 ans, alors que le principe de la proportion était déjà formulé depuis le XV^e siècle.

En revanche, la résistance est plus forte s'agissant des nouveaux principes de procès et des mécanismes traditionnels du droit commun. Par exemple, la figure du juge-interprète est largement sauvegardé: il doit intégrer les normes de la *Leopoldina* avec les autres normes toujours en vigueur en Toscane. Cette latitude laissée au juge maintient en vigueur le système interprétatif, les catégories et les définitions générales du droit commun, ainsi que les principes jurisprudentiels des plus importants tribunaux d'État. La compatibilité des normes héritées de l'ancien droit avec la nouvelle loi pénale résume l'esprit même de la *Leopoldina*: c'est en effet au juge qu'il revient de les identifier, de les confronter, d'évaluer en fait la concrétisation de la modernisation juridique.

Par exemple, en ce qui concerne l'appréciation des preuves, les juristes freinent la réforme. Au système de preuves légales, est substitué un système mixte qui valorise en même temps la certitude et la justice. La preuve possède une valeur formelle, mais le juge peut dans une certaine mesure s'appuyer sur sa conviction intime. Par ailleurs, le juge arbitre le compromis introduit en matière de proportion des peines: il dispose de pouvoirs étendus pour déterminer

la quantité mais aussi la qualité de la peine. Sur cet aspect de la motivation, les juristes de Léopold réalisent un laborieux compromis: d'une part, ils abrogent l'ensemble des peines corporelles et infamantes, ainsi que celles dites « des innocents » (la confiscation générale des biens); d'autre part ils conservent quelques vestiges de l'ancienne pénalité afflictive, notamment le pilori, la fustigation publique, la cravache.

Peut-on généraliser à partir de cet exemple de réforme pénale? Dans cette fin du XVIII^e siècle, elle n'est évidemment pas isolée: on pourrait évoquer encore la gestation du *Projet de Code pénal pour la Lombardie autrichienne (1791-92)* (12). Dû à l'initiative du même souverain devenu alors Empereur d'Autriche, ce code est rédigé par une commission de juristes professionnels, traditionalistes et pratiques, à laquelle appartenait aussi Beccaria. Ces techniciens du droit pénal finirent par imposer leurs vues au philosophe, ainsi qu'aux juristes plus éclairés (Paolo Risi, Francesco Gallarati Scotti), partisans du radicalisme beccarien.

Pour conclure, on peut affirmer que la poussée réformatrice était destinée à se briser contre les résistances du système juridique traditionnel, ou alors à pactiser avec les juristes qui y sont attachés. Peu équipée du point de vue technique, dépourvue d'un projet de « traduction » de ses idées politiques dans le langage pénal, la réforme devait donc composer avec la « tradizione d'opinioni che da una gran parte dell'Europa ha tuttavia il nome di leggi » (13). Les obstacles à la réforme sont presque infranchissables: en effet, l'organisation juridico-institutionnelle et la culture juridique des magistrats, avocats, fonctionnaires et juristes, sont profondément enracinées dans la tradition du droit commun. A la réforme s'oppose donc la cohérence d'une culture juridique que Beccaria, dans son élan moderniste, comprend et juge d'une manière erronée, car il en nie l'importance historique. Ce rejet correspond à une sous-évaluation, peut-être coupable, du poids politique de cette tradition culturelle du droit commun. Finalement, Beccaria semble inconscient face à la nécessité de la médiation juridique. Celle-ci est en effet impérative

(12) Code étudié par A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Giuffrè, Milan, 1975.

(13) BECCARIA, *Dei Delitti e delle pene*, op. cit., « A chi legge », notamment p. 17.

lorsqu'il s'agit de passer des programmes réformistes aux règles fonctionnelles, des idées aux bis, de la philosophie à la pratique pénale. Pour mesurer les premières réalisations législatives véritablement inspirées des thèses beccariennes, il faudra attendre au XIX^e siècle l'avènement du pénal comme science juridique intégrée, ainsi que l'émergence d'une nouvelle figure de pénaliste: un juriste techniquement préparé mais sensible en même temps aux exigences de la réforme et du progrès social. A ce moment, la leçon de Beccaria aura pénétré en Italie la législation et la culture juridique des magistrats.

LA PICCOLA CRIMINALITÀ E LA CRIMINALITÀ
DEI POVERI NELLE RIFORME SETTECENTESCHE
DEL DIRITTO E DELLA LEGISLAZIONE PENALE

Il tema di oggi è affrontato per cercare di capire la transizione dell'*Ancien régime* alla fase successiva, sul terreno delicato e importante del trattamento del fenomeno criminale.

Il cambiamento che avviene nel 700 e nell'800 è notevole e significativo: è in quel periodo che nascono i moderni sistemi o modi di criminalizzazione con i quali siamo abituati a vivere anche oggi; nasce lo stereotipo del criminale (quell'idea fissa, spesso falsa, ma molto diffusa, che si ha dei criminali); nasce un fenomeno con il quale anche oggi si ha molto a che fare, e cioè l'allarme sociale, il timore della gente nei confronti della criminalità; nascono le nozioni moderne del criminale e di criminalità.

In effetti — lo si vede bene nella seconda metà del 700 in Inghilterra — c'è un avvenimento nuovo che cambia la sostanza del problema criminale: l'avvento della stampa quotidiana. In precedenza la gente aveva la sensazione del fenomeno criminale soltanto dalle notizie avute da bocca e orecchi. Con questo modo di trasmissione ognuno conosce soltanto i fatti criminali che avvengono intorno a lui, cioè molto pochi; spesso non ne conosce affatto. Ci sono dei piccoli centri in cui il fenomeno criminale — ancora oggi — è estremamente diradato; per lo meno non succedono reati importanti; non si ha allora la sensazione di vivere in mezzo alla criminalità.

La stampa quotidiana — e oggi anche gli altri mezzi di comunicazione — diffonde ogni giorno gli avvenimenti che accadono in un'area molto vasta; ciò dà alla gente la sensazione di vivere in mezzo al fenomeno criminale, di esserne direttamente minacciata. C'è

infatti una sorta di distorsione data dal fatto che si conoscono tutti insieme gli avvenimenti che si verificano in un'area molto vasta.

Di conseguenza nasce la stessa nozione di criminalità. I termini di “criminale” (riferito alle persone: “il criminale”, “i criminali”) o di “criminalità” non esistevano in precedenza; i giuristi non li usavano mai prima di questo periodo.

Nascono, sempre in questo periodo, le prime statistiche criminali: si comincia a fare il conto di quanti crimini accadono, di chi li commette, di dove avvengono e così via. Le statistiche hanno il potere di fare del crimine una minaccia: sapere quanti fatti sono avvenuti significa immaginare e temere quanti ne avverranno.

Un elemento di timore è dunque introdotto nella gente che legge i giornali e cioè in un'esigua minoranza di persone colte e normalmente abbienti, che sono per l'appunto quelle che maggiormente si sentono minacciate. Questa “opinione pubblica” è pure — se semplifichiamo un po' drasticamente — quella che fa le leggi, che decide gli orientamenti: questo suo timore si riflette quindi nella legislazione, nell'amministrazione della giustizia; in generale si riflette nel sistema repressivo che comincia a strutturarsi in maniera più complessa e raffinata.

In tutta l'area europea assistiamo allora a una serie di rovesciamenti di atteggiamento, prima da parte dei giuristi e dei “criminologi” (cominciano infatti a esistere persone che studiano il fenomeno criminale), poi da una parte crescente dell'opinione pubblica.

Il criminale, in precedenza trattato come individualità e punito con pene fortemente personalizzate, viene sempre più percepito come un momento particolare di quel fenomeno più vasto che è appunto la criminalità. Lungo tutto l'*Ancien régime*, e anche nell'Europa medievale, i criminali non sono puniti sempre con la stessa pena per lo stesso reato; la pena viene misurata sulla persona, perché lo scopo essenziale è quello di punire il colpevole — fargliela pagare, rifarsi su di lui —, ma anche di risarcire in qualche modo (talora materialmente, altre volte moralmente) la vittima; questa si sente molto più risarcita se la pena è applicata in un modo particolare sull'autore del reato, sulla causa cioè dei danni, delle difficoltà, dei problemi che sono nati in seguito al delitto. Obiettivo della giustizia punitiva è dunque quella persona che ha commesso il reato.

Dall'epoca che noi consideriamo in poi — siccome il problema

non è più quello della singola persona che lo commette, ma dei criminali in generale — la risposta comincia a essere misurata sì sull'autore del reato, ma in gran parte anche pensando agli altri, a chi non ha ancora commesso reati ma può commetterne.

La pena deve avere un effetto di dissuasione anche negli altri, oltre che di punizione, correzione o ravvedimento per l'autore del reato. La pena comincia cioè ad avere una serie di scopi, la maggior parte dei quali hanno in vista il fenomeno criminale in quanto tale.

Si afferma sempre più, inoltre, un'idea impensabile nel sistema penalistico dell'*Ancien régime*: quella di eliminare il crimine. La paura della criminalità suggerisce appunto di eliminare il fenomeno. Nell'*Ancien régime* si accettava l'idea di convivere con la criminalità, specie con quella relativa al patrimonio: l'estremo pauperismo delle popolazioni portava necessariamente a commettere reati contro la proprietà; il crimine era allora quasi considerato come una sciagura naturale con la quale occorreva fare i conti tutti i giorni.

L'idea di distruggere il crimine è simile a quella di eliminare la povertà o la malattia. L'ideologia borghese nascente, l'illuminismo inglese con i suoi trionfalismi, affrontano questi problemi in maniera radicale. Il progetto è destinato al fallimento: neppure questa classe riuscirà nella strategia dell'eliminazione della malattia, della povertà, del crimine (forse riesce meglio nella strategia di lotta contro la povertà; si è eliminata la povertà drammatica dell'*Ancien régime* o del secolo scorso; ma naturalmente ne esiste un'altra: man mano che si eliminano gradi o livelli di povertà se ne producono altri. Esiste sempre un "ultimo vagone").

Si giunge quindi alla convinzione che manovrando sulle pene — per es. alzandone il livello — il crimine diminuirà; oppure che manovrando sulle forme di repressione o di prevenzione, sulla dissuasione, sulla rieducazione, qualche volta sull'istruzione, si possa eliminare il fenomeno criminale.

In connessione con questo programma di lotta alla criminalità il sistema giudiziario si fa sempre più accentrato e burocratico; comincia a "produrre" persone, attività, procedure, situazioni complesse; e produce anche criminalità. Per lo meno trasforma in atti criminali azioni che precedentemente erano — l'espressione è usata da Foucault sulla scorta di Marx — comportamenti illegalistici. Erano, questi, comportamenti tollerati, trattati con una qualche indulgenza

e che, per il dilatarsi dell'apparato giudiziario — per es. per la presenza della polizia anche nella periferia del paese — diventano reati. Studiando questo problema nelle Marche (che facevano parte dello Stato pontificio) ho scoperto una cosa apparentemente paradossale: i documenti indicano che a Offida si verificava un altissimo numero di fatti di sangue (risse nelle osterie, si ricorreva volentieri all'uso del coltello); per contro a San Giovanni, situato a diciotto chilometri da Offida, non succedeva mai niente. La spiegazione sta nel fatto che a Offida c'era una stazione di polizia e a San Giovanni no. La polizia cercava e arrestava i criminali di Offida, e registrava i fatti nei documenti; niente di tutto ciò avveniva a San Giovanni.

La dilatazione dell'apparato di repressione determina quindi la criminalizzazione dei comportamenti prima tollerati, con i quali la società era scesa a patti. Uno degli effetti dell'estensione dell'apparato repressivo è criminogeno, per lo meno se consideriamo la periferia del sistema repressivo medesimo.

Ho già detto che in quel tempo appaiono le prime statistiche criminali (l'inglese Howard ne è l'inventore). La presa di coscienza dell'allarmante nozione di criminalità suscita la presa di coscienza di un'altra nozione allarmante: quella del cosiddetto *numero nero*.

È questo l'ignoto numero dei reati che vengono commessi ma non sono denunciati dalla vittima, oppure da questa non sono neanche percepiti. Si tratta soprattutto di reati contro il patrimonio il cui numero è incredibilmente alto (provocatoriamente potrei invitarvi a pensare all'imponenza del numero nero ricordando che, probabilmente, ognuno di noi qui presenti ha commesso almeno un furto, che non è sfociato in processi e sanzioni; eppure si tratta di violazioni del codice penale, per cui qualcuno va in prigione ...).

L'opinione pubblica, allarmata dalla considerazione del grande numero di delitti che appaiono nelle statistiche e dalla probabile enorme dimensione del numero nero, si rende anche conto del fatto che le statistiche possono essere truccate. Howard polemizza con la polizia parigina a proposito del numero degli omicidi. Stando alla polizia, gli omicidi a Parigi erano pochissimi, e gli assassini erano tutti catturati e puniti. Ma Howard afferma che, in realtà, la polizia di Parigi considera morti accidentali o suicidi tutti gli omicidi dei quali non si scopre l'autore. Le statistiche, insomma, non danno l'esatta dimensione della realtà criminale.

La classe dirigente, le persone relativamente colte e abbienti, che dunque conoscono il fenomeno criminale e hanno ragione di temerlo, individuando nella classe povera il pericolo. Nei primi decenni dell'800 si crea in Francia proprio l'espressione "classes dangereuses", riferita alle classi meno abbienti.

Le classi povere sono le classi pericolose per antonomasia. Il che è anche vero; la maggior parte dei reati contro la proprietà sono commessi da persone che non hanno niente, così pure una grandissima parte dei reati contro le persone.

Questo è il primo passo nella costruzione dello stereotipo del criminale: il criminale è di solito una persona povera, per niente colta, abbruttita dalle sue condizioni di povertà; e questo abbruttimento si presume debba aver lasciato su di lei dei segni: il criminale è cioè qualcuno di riconoscibile. È un modo di "riconoscere" ma anche di isolare da sé i criminali, che passa attraverso la letteratura. Nella letteratura dell'800 si viene infatti formando l'immagine del criminale come persona repellente, spaventosa anche quando non sta commettendo reati, che vive in maniera sordida in ambienti impossibili, che si comporta in modo sregolato nelle sue relazioni umane, sessuali; non ha nessuna pratica religiosa, è un bestemmiatore; è anzitutto un povero, un non proprietario (secondo l'espressione di John Locke i non proprietari sono quelli che minacciano, quelli da cui ci dobbiamo guardare).

D'altra parte l'unica sfera di aggredibilità possibile è quella dei proprietari, che rappresentano anzitutto l'ordine. Il preciso nesso ordine-proprietà è ribadito per es. da Locke e da Hume: la proprietà consente la soddisfazione dei propri bisogni in modo non conflittuale; il non proprietario può soddisfare i propri bisogni, anche quelli minimi, solo entrando in conflitto, trasgredendo, attaccando la proprietà e anche la persona, la vita altrui.

C'è dunque associazione fra proprietà e ordine, e tra non proprietà e disordine trasgressivo, un disordine fondato sulla trasgressione. Il criminale è dunque un nemico interno (l'espressione è presente nell'opera di Locke e di Madan — un giudice che si occupa del problema della crescente criminalità nella città di Londra —) da cui la società si deve guardare con la stessa attenzione con cui si difende dai nemici esterni. L'eterogeneità del delinquente lo pone fuori dalla società; in questa misura viola il patto sociale, poiché ne

infrange alcuni dei cardini, quello ad es. della convivenza pacifica tra le persone che hanno stipulato il patto medesimo; pertanto, dice Hume, nei suoi confronti le regole della giustizia possono essere momentaneamente sospese. E Locke afferma che l'uomo che commette un delitto dichiara egli stesso di abbandonare i principi della natura umana e di essere una creatura nociva; egli ha dichiarato guerra all'intero genere umano e perciò può essere distrutto come una leone o come una tigre, come una di quelle bestie feroci con cui gli uomini non possono avere società. Troviamo qui alcune metafore — il leone, la bestia feroce, deve essere distrutto, amputato, cacciato —, scelte discorsive usate dalla criminalistica inglese fino a Jeremy Bentham.

A questo punto vale la pena di fare un'osservazione sulla tendenza ad addolcire le pene, che è l'obiettivo di una delle battaglie dell'Illuminismo (Beccaria, Filangieri, i fratelli Verri, ecc.). Credo che il discorso vada un po' riveduto: non sono più tanto sicuro che si tratti di un atteggiamento umanitario. In un'operetta anonima pubblicata agli inizi del 700, e poi ristampata significativamente nel 1806, dal titolo "L'impiccagione non è una pena sufficiente", si fa notare come la persona che si frusta, o si mette alla gogna per i reati che ha commesso, resta nella società, continua a commettere i suoi reati come prima, con in più l'aggressività e la rabbia che gli viene dalla punizione ricevuta; la pena corporale è inefficace; bisogna "mandar via" il criminale, magari con l'incarcerazione o, se il fatto è molto grave, con la morte; occorre che sia scacciato (la morte è una forma di scacciamento, così la prigione), amputato dalla società. In quest'ottica la polemica contro le pene corporali non sembra più una polemica umanitaria, bensì sembra avere come obiettivo l'efficienza del meccanismo punitivo. La lotta contro i criminali richiede mezzi efficaci; il discorso sull'umanità delle pene è di facciata, serve ad avvalorare la polemica, ma non è l'obiettivo reale, o non lo è interamente.

In questo quadro lo stesso diritto di punire viene ricollocato su una base rinnovata. Un conto è la punizione (che significa retribuire il reo per quello che ha fatto, ravvederlo se possibile, placare in qualche modo gli offesi e quindi la società), e un conto è l'eliminazione. L'eliminazione ha in vista la pericolosità del soggetto, non le cose che lui ha fatto; semmai le cose che può fare in futuro. In questo

quadro non si guarda tanto alla colpevolezza, quanto al danno che è stato provocato (si trattano così gli animali: nessuno ammazza un cane inferocito per punirlo, ma perché è pericoloso; nessuno si chiede se è colpevole, ma al fatto che ha procurato, e può procurare, danni).

Che valore hanno in questo quadro i piccoli reati?

Intendo qui le infrazioni commesse dalla grande maggioranza della popolazione, da quell'enorme fascia di gente povera che commetteva sì reati, ma di solito piccoli reati: furti piccolo valore, percosse, bestemmie, resistenza all'autorità, infrazioni di regolamenti (certo erano numerosi anche i ferimenti: in Italia c'è una sorta di cultura del coltello, lungo tutto il 700 e l'800 — se ne trova l'eco, per esempio, nei sonetti del Belli —; e non è una cultura del tutto morta. C'erano molte risse; molti rapporti erano risolti in questo modo. Del resto anche le classi abbienti lo facevano: sono i nobili che hanno inventato il duello come forma di regolamento dei conti ... Si tratta dunque di una vera e propria ideologia che è penetrata anche nelle classi popolari).

Ma torniamo ai piccoli reati, di solito contro la proprietà. Sono spesso considerati degli illegalismi, cioè comportamenti che costituirebbero dei reati, ma che in realtà sono talmente diffusi e così poco puniti, da diventare qualcosa di diverso da un vero e proprio reato (per un esempio attuale pensiamo alle false certificazioni: spesso ci si fa fare un certificato di comodo per non andare a scuola, o per ottenere altri obiettivi ... Questo è un tipico illegalismo: un comportamento diventato pratica quotidiana, che non finisce quasi mai in tribunale, che quando finisce in tribunale raramente è punito; eppure è reato previsto dal codice).

Gli atti considerati illegalismi nell'*Ancien régime* ridiventano a pieno titolo reati nello stato liberale. Lo Stato li punisce. Il contadino che un tempo pigliava legna in un bosco — e lo faceva tranquillamente pensando spesso di esercitare un diritto — improvvisamente viene punito, imprigionato; è uno che ha violato la legge penale e, siccome è anche povero, è un criminale. Perché “siccome è anche povero”?

Perché nella mentalità dominante se un membro della classe dirigente commette un reato non diventa per ciò un criminale: è uno che ha commesso uno sbaglio, è una persona che ha commesso una

cosa; per essere criminali bisogna corrispondere allo stereotipo, o esservi prossimo. È quindi poco probabile che un membro della classe dirigente — a meno che non sia particolarmente incallito o travagliato — venga considerato un criminale. I piccoli reati subiscono quindi un trattamento nuovo rispetto al passato. L'*Ancien régime* aveva un apparato repressivo estremamente inefficiente; ho trovato documenti su diversi processi tenuti nei primi decenni del secolo scorso nello Stato pontificio (che aveva ancora un andamento d'*Ancien régime*) contro agenti di polizia che, per paura, non avevano inseguito l'assassino ...

L'*Ancien régime*, inoltre, aveva come stile quello di prevedere pene molto più dure e poi di non applicarle. Quando qualcuno arrivava di fronte a un tribunale per un piccolo reato per cui era comminata una grave pena (per es. un furto domestico punito con la pena di morte) era spesso il giudice medesimo che trovava modo di non applicarla.

Nei regimi liberali la situazione cambia: le norme si addolciscono, le pene si attenuano, ma i giudici ritornano severi e l'apparato repressivo cresce in efficienza. Aumenta il numero degli agenti, la polizia si diffonde su tutto il territorio, i tribunali funzionano con maggior rigore, durezza e serietà.

Qui possiamo inserire la seconda osservazione sulla cosiddetta umanizzazione delle pene proposta dall'illuminismo. C'è un passo del Filangieri che definisce come contrario a umanità il fatto che il furto domestico sia punito con la morte; e allora ci si aspetterebbe la polemica contro la pena di morte. In realtà — e qui enfatizzo un po', ma la sostanza mi pare questa — Filangieri lamenta il fatto che, a causa della severità della pena, i padroni non denunciano i domestici ladri, e quindi succede che nessuno di loro è punito. Eliminando questo scandalo della pena di morte finalmente i ladri saranno puniti. Infatti non appena, con i codici post-rivoluzione francese, per i furti domestici si prevedono tre, quattro, cinque anni di carcere, vediamo che sono denunciati.

Questa umanizzazione non è tanto il fine della polemica, ma è piuttosto diretta a una maggiore efficacia repressiva. Per i furti nell'*Ancien régime* c'era una certa gerarchia rispettata non solo dall'amministrazione della giustizia ma dagli stessi ladri. Il contadino che "ruba" legna in un bosco non suo, ha la coscienza di esercitare

quasi un suo diritto; sarebbe sbalordito se fosse punito per questo, riterrebbe di subire un'incredibile ingiustizia. Però se egli ruba una quantità inferiore di legna in una legnaia, egli ha coscienza di commettere un furto; se poi addirittura ruba la legna da un carro con cui la si sta portando in città per la vendita (ho trovato due processi di questo genere), egli ha quasi la coscienza di rubare dei soldi. Questo è un meccanismo a prima vista paradossale, in cui si vede che la protezione accordata dal sistema punitivo dell'*Ancien régime* non è sul valore in sé della cosa; il problema è di principio: prendere la legna nel bosco non è considerato un affronto così grave alla proprietà come quello perpetrato attaccando la legnaia o il carro. Ma il paradosso ha un senso: tant'è che gli stessi protagonisti — i poveri — accettano il meccanismo.

Lo Stato liberale fa invece d'ogni erba un fascio: rubare nella casa costituisce soltanto un'aggravante; ma rubare all'aperto, anche frutti caduti, le spighe rimaste nel campo dopo la mietitura, è un reato. E c'è la sensazione da parte dei puniti di subire un sopruso insopportabile; succedono rivolte, per questa ragione, tanto che si trovano lettere di proprietari che si lamentano degli eccessivi furti campestri, ma anche di proprietari che si lamentano perché la repressione — che gli sembra sproporzionata — determina nei contadini malumore, ribellione, resistenza. Un altro esempio di quei paradossi dell'*Ancien régime*, che in realtà hanno un senso, è dato dalla norma che attraversa l'ordinamento francese dal 600 in poi, secondo la quale nessun servo di campagna addetto a badare gli animali può essere arrestato se prima non si ricoverano gli animali. È questo singolare "sabea corpus"! Lo scopo della giustizia criminale — l'assicurazione del reo alla giustizia — cede all'interesse padronale, che non vada perso un animale. Però ciò ha un senso: nell'economia dell'*Ancien régime* la perdita di un animale è una cosa più grave di un criminale che entra in carcere un'ora dopo. Lo Stato liberale evidentemente non sopporta questa cosa. Tuttavia occorre pur sempre salvaguardare gli interessi padronali: e allora, nel 1791, la Convenzione decide che nessuno può essere imprigionato se prima gli animali non sono messi al sicuro, salvo che si tratti di crimine, cioè di un atto situato al più alto livello dell'infrazione penale. C'è allora una sorta di compromesso fra le esigenze della giustizia e quelle dei proprietari.

Quale bilancio possiamo stendere di questa transizione a un nuovo sistema punitivo, a una nuova visione del fenomeno criminale? Probabilmente la cosa più importante, quella che ci colpisce di più, è il superamento della concezione per cui lo scopo da raggiungere è di fare giustizia (quanto poi l'*Ancien régime* riuscisse a far giustizia è un altro discorso: la giustizia dell'*Ancien régime* è molto singolare, fatta per ceti, per ordini; si tratta di qualcosa che non assomiglia certo alla nostra idea di giustizia; ciò non toglie che l'obiettivo fosse quello). Obiettivo invece degli Stati liberali, delle borghesie al potere, diventa l'ordine. Quello di ordine è un concetto complesso; la parola "ordine", in italiano, ma anche in francese, e in latino, significa più cose.

Ordine significa anzitutto "le cose come stanno": è l'ordine costituito; ma significa anche "organizzazione": quando si dice "l'Ordine dei francescani" si intende una struttura, un'organizzazione, un sistema istituzionale; significa anche "comando": c'è anche la nozione di legge in questa parola; ordine significa infine "gerarchia": per esempio nell'espressione "ordine d'arrivo". Questi diversi significati della parola ordine — casualmente, io ritengo, ma in maniera suggestiva — disegnano quasi un quadrato in cui c'è tutto il senso dell'ordine: le cose come stanno, le istituzioni, la legge, le gerarchie (intese come gerarchie sociali, di potere, politiche); tutto questo deve essere salvaguardato dal sistema punitivo. Ogni volta che uno di questi elementi viene messo in crisi, lì c'è una violazione dell'ordine che va sanata.

E va sanata — altra caratteristica tipica — con una risposta dello Stato, non più della vittima. Nel sistema dell'*Ancien régime* — a mano a mano che si risale nel tempo sempre di più — è dato alla vittima il diritto di perseguire il criminale, o comunque colui che, violando le norme, le ha procurato un danno. È la vittima che deve attivarsi; se la vittima non si attiva, nessuno si muove, salvo per i delitti più gravi. Sulla fine del 700 e nel secolo scorso gli Stati liberali assumono il potere di attivarsi quando si tratta di una violazione della legge penale; è lo Stato che ha il potere di azione; c'è "lo Stato contro Tizio", nei processi penali (salvo in alcuni casi particolari in cui è ancora previsto il potere della vittima: i reati che si perseguono a querela; e tra questi ci sono quei reati che, per la loro particolare natura — per esempio i reati di tipo sessuale — possono essere

commessi da chi povero non è, cono commessi in modo percentualmente quasi equilibrato da tutti i ceti sociali. Con un po' di malizia si potrebbe affermare che si riserva la perseguibilità a querela per certi reati che possono essere commessi anche da membri di quelle classi che di solito non sono le "classi pericolose"!).

La pretesa di eliminare il crimine porta a manovrare sulla pena; la convinzione che manovrando sulle pene si diminuiscono i reati si diffonde in tutta Europa, anche se la convinzione non corrisponde alla realtà, così il sistema punitivo si inasprisce, ma i reati continuano.

Nel secondo 800 si darà allora spazio al grande meccanismo di prevenzione. Nasce la convinzione che prevenire è meglio che reprimere: il che è vero se la prevenzione è di tipo sociale, economico, culturale (più giustizia sociale, più scuola, meno povertà ed emarginazione); ma se la prevenzione è più polizia, più istituti di polizia preventiva (ammonizioni, domicilio coatto, vigilanza coatta, ecc.), allora si ottiene solo il risultato di abbassare il livello delle libertà, di comprimere i livelli di legalità. Ma neanche questo dà buoni risultati; e gli Stati si stravolgono, in qualche modo escono cambiati da questa battaglia con la criminalità. La criminalità non viene sconfitta; in una certa misura sono sconfitti gli Stati, che perdono appunto elementi di libertà, di uguaglianza, di tensione morale sui quali erano nati all'epoca delle grandi rivoluzioni. Per così dire gli stati si imbastardiscono, diventano appunto un'altra cosa, anche in ragione di questa battaglia perduta contro la criminalità comune e politica. E ciò costituisce ancora oggi uno dei problemi coi quali facciamo i conti.

IL FURTO CAMPESTRE NELL'ITALIA MEZZADRILE. UN'INTERPRETAZIONE

Questo lavoro nasce da uno studio che è ancora in corso e che concerne alcuni fenomeni di criminalità riscontrabili nella fase della affermazione capitalistica, con particolare riguardo ai *piccoli reati contro la proprietà*: quindi non solo i reati consumati in campagna sui prodotti del lavoro agricolo. Tale ricerca abbraccia il periodo che va, in area italiana centro-settentrionale, dalla fine del secolo XVII alla fine del XIX. Ne isolo qui una piccola porzione, limitandomi ad alcune considerazioni sui furti di campagna nell'Italia mezzadrile attorno all'unità.

Voglio, in linea di massima, evidenziare tre cose:

a) come non sia una buona interpretazione del fenomeno del furto campestre quella che vi vede una forma di « lotta di massa » o, peggio, come pure è stato scritto, una « contrattazione individuale integrativa » ⁽¹⁾;

b) come l'Italia mezzadrile possa e debba essere studiata (a proposito di questo tema) con criteri differenti da quelli applicabili ad altre zone non mezzadrili dal momento che essa è *una* delle « Italie agricole » ed obbedisce certamente a logiche tipiche;

c) che il fenomeno del furto campestre mostra come, sul piano della storia dei fenomeni criminali, la principale di tali logiche tipiche sia quella che fa della condizione mezzadrile un luogo della pratica illegalistica e, quindi, un terreno privilegiato della *riduzione disciplinare*.

L'illegalismo: occorre molto rapidamente dare una descrizione

⁽¹⁾ Il riferimento è a F. BOZZINI, *Il furto campestre. Una forma di lotta di massa*, Bari, 1977.

del comportamento che, usando un'espressione recentemente usata da Foucault ma già presente — per esempio — nel Marx dei *Furti di legna*, intendo designare come « illegalistico ». Si deve pensare innanzitutto ad un comportamento trasgressivo *molto diffuso e raramente punito* (molto diffuso *anche* perché raramente punito e raramente punito *anche* perché molto diffuso), il quale — secondo lo schema di Foucault ⁽²⁾ — può avere come oggetto beni o diritti. Ebbene, la pratica illegalistica delle appropriazioni in campagna (do già per inteso il fatto che esse siano forme trasgressive *diverse dal furto*) rappresenta una forma di illegalismo dei beni che tende a presentarsi e ad essere sentita (soprattutto dai protagonisti) come illegalismo dei diritti; nel senso che la « tolleranza » accordata a coloro che « rubano » nei campi (e cioè il fatto che « quasi tutti » si appropriano in modo non legittimo, ma senza essere puniti, di certi beni) fa apparire l'appropriazione come una sorta di spettanza, quasi un diritto acquisito.

In questo quadro si spiegano bene, credo, la resistenza, l'incomprensione, talvolta lo stupore incredulo, che i contadini oppongono alla persecuzione — che andrà sempre più affermandosi a partire dall'unità — del (cosiddetto) « furto campestre ».

La riprova di un tale fenomeno sta anche nel fatto che i giuristi, per esempio, ma non solo i giuristi, distinguono tra di loro alcuni comportamenti che sono tutti sostanzialmente di furto, gerarchizzandoli in qualche modo nella loro interpretazione, così come i contadini hanno finito per fare nella loro coscienza. Mi spiego: se si prende (ruba) legna in un bosco si fa qualcosa che assomiglia molto all'esercizio di un diritto, e perseguire questo comportamento viene sentito sostanzialmente come un sopruso. Se invece una quantità magari minore di legna si prende, poniamo, da una catasta che sta all'esterno della casa, il quadro cambia: questo comportamento è sentito come « sottrattivo » e verrà tenuto, probabilmente, di nascosto. Se poi la sottrazione avvenisse nella legnaia, cioè da un luogo chiuso, non ci sarebbero dubbi per nessuno, nemmeno per il « ladro », sulla rilevanza penale dell'atto. Ma se, addirittura, si rubasse legna da un carro che la sta portando in città per la vendita,

(2) M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, 1975, pp. 84 ss.

e cioè nella fase della sua commercializzazione, quando la merce è qualcosa che assomiglia molto al denaro, nessuno batterebbe ciglio di fronte alla punizione del colpevole: certo, ci sarebbe resistenza di fronte ad una punizione formale (il carcere), perché dopo tutto ci si rende conto che rubare legna non è rubare gran che, ma è assai probabile che un'altra punizione (l'applicazione, cioè, di una norma disciplinare, di una sub-penalità, e non di una norma penale: la perdita del lavoro, poniamo, invece della prigionia) non verrebbe seriamente contestata. C'è una scala gerarchica che distingue i comportamenti nella coscienza dei soggetti, dunque; eppure tutti i comportamenti sopra ipotizzati sono tecnicamente *furto*, più o meno aggravato, e scontano la possibilità che nel primo caso (il meno grave) si 'prenda' molta più legna che non nell'ultimo, che è il più grave; scontano cioè il fatto che il proprietario subisca, nei casi di appropriazione non puniti, un danno notevolmente più grave che negli altri (i quali sono, del resto, e comprensibilmente, assai meno diffusi).

Mi pare evidente, allora, che un meccanismo di 'protezione' dei beni così concepito, non difende tanto i beni quanto piuttosto alcuni 'principi', o regole di convivenza (cioè regole poste a difesa di gerarchie sociali, di meccanismi produttivi, di situazioni di dominio) che tendono ad ignorare il rapporto furto/danno, per valorizzare piuttosto il rapporto tra *alcune* violazioni trasgressive e la *disciplina*, intesa come base essenziale dei rapporti nel mondo agrario.

Naturalmente, e qui torno al punto della sovrapposizione — nel mondo mezzadrile — del comportamento illegalistico sui beni e del comportamento illegalistico sui diritti, tutto ciò tende a presentarsi come quadro stipulativo di rapporti giuridici. Nel senso che il contadino che 'prende' legna secondo gli usi (cioè osservando le regole non scritte del dove e del come) ritiene di esercitare un suo diritto: più correttamente, esercita un privilegio (nel senso tecnico della parola) in base al quale chiede un'immunità nei confronti della legge penale e ritiene di poterla pretendere alla stregua di un vero e proprio diritto.

Poco a poco, tuttavia, questa realtà viene messa in discussione. Occorre dunque calare ora un primo pezzetto di modello dentro lo schema del rapporto mezzadrile ottocentesco, visto come *topos* in cui si manifestano singolari rapporti di potere.

Questo discorso acquista infatti una parte di senso in più se si pensa al mondo mezzadrile ottocentesco come mondo ad alta componente disciplinare.

Il contratto di mezzadria non è un contratto come tutti gli altri. In primo luogo esso costituisce uno *status* nei confronti del mezzadro, a differenza di qualsiasi altro contratto che invece instaura semplicemente un rapporto obbligazionario; esso crea e mantiene in vita un intero cetto, una fascia sociale di lunga durata storica; determina l'esistenza di un segmento importante della struttura. La violazione contrattuale, nel contratto di mezzadria, non è una semplice inadempienza: giustamente essa è stata di recente designata come 'disobbedienza' ⁽³⁾, che è qualcosa di ben altro e di assai di più che non l'inosservanza di una obbligazione civilistica. L'inosservanza degli obblighi contrattuali, per il mezzadro, rappresenta in realtà una vera e propria *infrazione disciplinare*, produce uno scarto (è qualcosa che si pone fuori dalla norma, nel senso del deviare da essa), e viene dissuasa con sanzioni che hanno un altissimo valore affittivo senza essere sanzioni penali (e senza essere, la cosa è indicativa, neanche sanzioni di natura civilistica): anzi, la sanzione (disciplinare) che colpisce il mezzadro 'disobbediente' ha spesso una carica di affittività enormemente superiore a quella che potrebbe avere una pena in senso tecnico e stretto.

Il contratto determina, fra gli altri obblighi, quello di una non scritta soggezione, producendo una gerarchia reale tra proprietario e mezzadro ed inducendo di conseguenza, all'interno stesso della famiglia mezzadrile un rapporto gerarchico molto più forte e formalizzato di quello che normalmente esiste (ed è compatibile) nella famiglia 'civile'. Talora il rapporto gerarchico si stabilisce tra famiglie presenti sullo stesso fondo, con una complicazione dei referenti ed una articolazione dei rapporti di dominio che fanno di certe società mezzadrili dei piccoli mondi a struttura di potere a sé e singolarissima.

Il contratto produce anche limitazioni reali e personali, di fatto e molto rigide. Basta leggere un libretto colonico, o qualsiasi vecchio

⁽³⁾ C. PONI, *Un paesaggio a due dimensioni: fossi e cavedagne della pianura cispadana nei secoli XIV-XVIII*, in *Fatti e idee di storia economica nei secoli XII-XX. Studi dedicati a Franco Borlandi*, Bologna, 1977, p. 140, usa l'espressione « insubordinazione del lavoratore » a proposito di alcune « malitie » mezzadrili.

contratto di mezzadria, scegliendo possibilmente tra quelli non predisposti a stampa. Il mezzadro deve « fare », « apparire », « andare », essere disponibile per prestazioni del tutto extracontrattuali; la soggezione che finisce per legarlo al padrone consente a quest'ultimo di intervenire pesantemente nella sua vita privata, nella direzione della sua famiglia, nelle sue decisioni in ordine al futuro suo e dei suoi.

Proliferano, quindi, i meccanismi disciplinari: si controlla il lavoro (la laboriosità, meglio, che è qualcosa di diverso), il comportamento (leggi: il contegno, cioè la capacità di stare al suo posto), l'indole del contadino; la sua condotta morale, la sua assiduità religiosa, il suo stesso atteggiamento esteriore. Proviamo a leggere in questa chiave i « Consigli ad un giovane contadino per fare fortuna » di Bettino Ricasoli e vedremo come tutto questo non sta nel contratto di mezzadria, ma riempie e determina la vita intera di un intero cetto sociale. Ed occorre aggiungere che, seguendo la logica di ogni società 'disciplinare', anche il mondo mezzadrile tende a vedere *pubblicizzati* (cioè a passarli da *privati a garantiti pubblicamente*) i suoi meccanismi di dominio: prima è la Chiesa a svolgere questa funzione di convalidazione del rapporto di dominio gerarchico, poi — sempre di più — questo compito viene assunto dal potere pubblico, che si fa garante della permanenza del rapporto e della salvaguardia dei suoi contenuti.

Si è detto che quello del mezzadro è una sorta di lavoro dipendente mascherato, con quello che segue. L'affermazione è utile. In realtà, anche il rapporto mezzadrile, come accade nel lavoro dipendente, non obbliga soltanto alla prestazione principale che è il contenuto causale del contratto: esso obbliga ad una quantità di altre prestazioni, così come il rapporto di lavoro subordinato obbliga l'operaio che va in fabbrica non solo a fornire la sua prestazione contrattuale (svolgere la tale mansione, o partecipare alla tale fase del ciclo produttivo), ma anche ad osservare le regole della fabbrica, che sono comandi disciplinari per eccellenza, e quindi a muoversi, agire, vivere, fare, pensare, secondo le norme di quella struttura.

Questo è il quadro nel quale va collocata la caduta del diritto di comportarsi illegalisticamente acquisito, olim, dai contadini. Avendo presente questo quadro, il nuovo Stato programma la sua battaglia contro gli illegalismi intesi come disobbedienze: lo fa in vista del recupero, per esso decisivo, di elementi di certezza del diritto, che

sono anche la condizione per la conservazione (o talora il ripristino) del livello di disciplina nella società agraria.

Questa battaglia, però, e su questo insisto, non è « contro i contadini », ma *contro il modello feudale*. Questo è per me un punto preciso di dissenso nei confronti di cose già dette o scritte, qui e altrove, da diversi studiosi.

Il fatto è che i contadini avevano anch'essi i loro privilegi e le loro immunità; ciò comporta che essi facciano, per la loro parte, le spese della 'modernizzazione formale', e che vengano colpiti dalla messa in discussione di alcuni residui frammenti o ultime sopravvivenze dell'*ancien régime*. L'illegalismo dei diritti praticato in basso (per via di quella sovrapposizione di cui dicevo sopra), una volta che sia messo in discussione dall'autorità dello Stato diviene *tout court* illegalismo dei beni e la pratica illegalistica finisce presto per apparire quello che formalmente è, e cioè un comportamento penalisticamente rilevante: detto in altre parole, certo più chiare, ciò significa che lo stesso comportamento che una volta suonava come 'disobbedienza' (al padrone) ora diventa 'furto' (e come tale danneggia il padrone, ma integra una disobbedienza *alla legge*, che è tutt'altra cosa, e mette in campo i carabinieri).

La disobbedienza, talmente reiterata, diffusa e tollerata da essere diventata un *uso*, una prassi, quasi un 'diritto consuetudinario', ridiventa furto, perché lo Stato smette di consentirla: smette a poco a poco, ma smette. *Lo stato*, e non i proprietari terrieri. Lo so che c'è un forte legame tra le due cose, ma a me interessa mantenere e sottolineare la sfumatura.

I braccianti, i giornalieri, i salariati, i pastori, i mandriani, i boscaioli e anche i mezzadri, resistono a questa trasformazione. Ma la loro è volontà di conservare un privilegio (se vogliamo, meglio, un'immunità, e cioè il 'privilegio' di non essere puniti per un comportamento che ammettono non essere consentito), e non una lotta di massa per ottenere qualcosa o impedire qualcos'altro.

Io non vorrei ripetere qui delle ovvietà, ma l'ipotesi del furto campestre come lotta di massa per resistere alla proletarizzazione o alla « disciplina del lavoro salariato » o « all'etica del lavoro salariato », mi sembra troppo condizionata da visioni ideologiche che sono forse del dibattito di questi ultimi anni e mi pare comunque

artificiosamente appiccicata al fenomeno, per alcune ragioni che voglio esporre con semplicità.

In primo luogo (scelgo questo argomento per via della forza che hanno gli argomenti banali), si rubava molto di più prima dell'unità che non dopo: in quel quadro di ipotesi, questa contraddizione andrebbe spiegata. In secondo luogo mi pare che tutto mostri come il nesso tra furto campestre e condizioni materiali, momento per momento, sia fortissimo; ciò vuol dire che la ragione fondamentale del furto campestre, anche se mi rendo conto che la sua ovvietà rende irritante questa affermazione, è il bisogno: di mangiare, di scaldarsi, di far mangiare il bestiame, e così via. In terzo luogo perché non si ruba mica ai « padroni »: le vittime principali dei furti campestri sono mezzadri e contadini proprietari. Non si tratta di « espropri » che colpiscono il padrone, se non per quantità che in assoluto saranno state anche alte, ma che relativamente alla massa dei furti campestri tornano del tutto marginali. Il fatto che siano i grandi proprietari a lamentarsene (e poi neanche tanto, mi pare) dipende solo dalla circostanza che essi si lamentavano per iscritto e abbiamo conservato la traccia delle loro lagnanze: ma nessuno di noi si farà portare fuori strada da questo e nessuno penserà che i mezzadri stessero zitti solo perché non troviamo le loro recriminazioni stampate nelle pubblicazioni periodiche delle accademie agrarie. Nelle zone mezzadrili, in realtà, il furto campestre è una delle maniere in cui si combatte la guerra tra i poveri: i lavoratori agricoli rubano ai mezzadri e i mezzadri agli altri mezzadri; dove non c'è altro che mezzadria non c'è altra scelta.

Ma la tesi della « lotta di massa » perde di legittimità anche alla luce della repressione del fenomeno. Non è affatto vero che la repressione del furto campestre fu dura e sistematica. La risposta fu in realtà molto debole, disorganica e occasionale. E dire che il fenomeno era diffusissimo, e neanche tanto da sottovalutare, *come fenomeno*. Voglio dire che se il singolo episodio poteva essere considerato trascurabile (ma bisogna anche rapportarsi ai valori d'allora: rubare tre grappoli d'uva non era cosa da nulla in quella società pauperistica: dobbiamo avere la capacità di uscire dalle valutazioni che ci vengono spontanee e che nascono dal nostro metro, che è quello di una società dei consumi fondata sullo spreco), la massa dei furti rappresentava la causa di un enorme spostamento di risorse a danno di proprietari e mezzadri.

Eppure la risposta fu debole. Debole per quanto riguarda le pene edittali, il livello di persecuzione ed il grado di pressione giudiziaria. Una parte infinitesimale dei furti consumati finisce in tribunale, ed una piccolissima parte di quelli che finiscono in tribunale vengono colpiti da condanna. La stessa dottrina mantiene un atteggiamento assai favorevole (sulla questione della recidiva e su quella del furto campestre come furto aggravato), e dire — per rispondere con schemi agli schemi — che quella era una dottrina legata agli interessi dei proprietari terrieri, prodotta da avvocati che erano essi stessi proprietari terrieri, da giuristi legati direttamente a quell'*establishment*.

Gli stessi danneggiati si muovono poco. Abbiamo pochissime denunce rispetto al numero degli episodi: noi troviamo (anche in assoluto) pochissimi fascicoli di cause di furto campestre negli archivi giudiziari di fine secolo (1865-1900), e sappiamo che negli archivi ci sono tutte le cause, con tutte le denunce e tutte le condanne: percentuali centesimali rispetto alla quantità reale del fenomeno, quale riusciamo a ricostruire per altre vie, dalle testimonianze dirette alle valutazioni politico-giudiziarie.

Questa « risposta debole » non va però scambiata con la tolleranza di *ancien régime*, perché non è il risultato di una permissione ma la conseguenza della disorganizzazione dello Stato. La scelta è quella del disciplinamento, ma i meccanismi non sono sufficienti a garantirlo interamente: per esempio, non è estranea alla debolezza della risposta repressiva la scarsa diffusione dei carabinieri sul territorio; là dove ci sono carabinieri sembra anche che ci siano più furti, perché i ladri vengono denunciati, ricercati e scoperti più che altrove. E questo determina anche un ulteriore « vantaggio relativo » per il ladro di campagna: egli lucra sulla maggiore disorganizzazione repressiva della periferia del paese. Il suo collega cittadino va in carcere senza possibilità di scampo se ruba una pagnotta, mentre lui può appropriarsi impunemente di tanto grano da farne ben più d'una: è che il controllo sociale, l'apparato repressivo, l'implacabilità degli ordinamenti, partono dalle città, e intendono disciplinare innanzitutto la vita più fittamente associata. La campagna paga le sue arretratezze, ma riesce anche a trovare il modo di avvantaggiarsi, nella sua subalternità e marginalità, dell'abbandono e del sottosviluppo.

**IL PENALE DEI CODICI E LA DIALETTICA
DEI DIRITTI TRA XIX E XX SECOLO**

GIUSEPPE GIULIANI. LA VICENDA DI UN PENALISTA MODERATO NELL'ITALIA DEL XIX SECOLO (*)

A Marino Berengo, Franco Bricola, Alessandro Giuliani e Giovanni Tarello miei maestri da lontano, e ancora vicinissimi.

Di tutti i giuristi che nel corso della prima metà dell'Ottocento operarono nello Stato pontificio, Giuseppe Giuliani fu certamente il più grande. L'unico che abbia attinto un livello italiano ed europeo, il solo che abbia lasciato un segno nella dottrina giuridica del secolo XIX.

Fu un penalista colto, convinto delle sue idee, dal ragionamento robusto e non privo di tratti di originalità. Certo, non un capo scuola. Formato com'era sui libri dei grandi criminalisti del primo terzo del secolo ne riconobbe costantemente il magistero, negandosi aspirazioni di primato scientifico che non avrebbe potuto reggere, per diverse ragioni. In primo luogo, e ne era consapevole, i quasi quarant'anni della sua attività di scienziato e professore, avvocato, giudice e legislatore, si svolsero tutti dentro l'ambito e l'orizzonte dello Stato pontificio: l'ultimo degli Stati preunitari italiani quanto al livello tecnico e politico della legislazione penale, forse il più arretrato quanto al sistema giudiziario, certo il meno progredito quanto all'organizzazione degli studi e dell'insegnamento universitario.

Tutto questo non poteva non pesare, così come pesò sulla sua immagine e sul suo credito, tra i penalisti liberali del Regno d'Italia, l'orientamento politico che aveva maturato dopo il 1850: quello di

(*) Questo saggio aggiorna, incrementa, e qua e là corregge, quello pubblicato col titolo *Giuseppe Giuliani criminalista. Elementi per una biografia* nel volume *I Regolamenti penali di Papa Gregorio XVI per lo Stato Pontificio (1832)*, a cura di S. VINCIGUERRA, Padova, Cedam, 1998, pp. CCLIX-CCXCIII.

un cattolico clericale, antirisorgimentale e ‘papista’, come si diceva allora. Il rispetto e la stima per lo scienziato, che i penalisti colti conservarono, non valsero ad accoglierlo — né lui vi si volle coinvolgere — nel progressivo processo di rinnovamento scientifico, culturale e politico di cui fu protagonista la penalistica civile di questo paese nell’ultimo terzo del secolo. Giuliani finì nella seconda fila dei penalisti italiani, e perse di interesse. Questo rapido schizzo biografico, anticipazione di un lavoro più vasto che forse verrà, è infatti praticamente il primo contributo alla ricostruzione della sua figura di uomo e di giurista ⁽¹⁾.

Si proclamava ‘milanese’, fin nel frontespizio delle sue opere maggiori ⁽²⁾. Un vezzo, credo, per non mischiarsi con la sua seconda patria, la città di Macerata negli Stati della Chiesa, dove era arrivato giovanissimo e nella cui Università avrebbe insegnato per quasi quarant’anni. Tanto tempo non gli bastò non dico a legare con la città, ma neanche a farsi benvolere; non ci riuscì, o forse non lo volle: faceva vita ritirata e manteneva distanze, alla larga dal Casino dei nobili come dal Circolo dei borghesi; i maceratesi lo presero alla lettera, avvertendolo e trattandolo alla stregua di un ospite ⁽³⁾, sia pure rispettato, sia pure stimato.

In realtà, non era neanche milanese. Era nato a Bereguardo, vicino Pavia, nel 1794. Primi studi a Mortara e poi laurea in Giurisprudenza, nel 1813, nell’Ateneo pavese. Col suo titolo di dottore, per raggiungere suo padre Francesco, inviato ad Ancona

⁽¹⁾ Aristide Manassero ha scritto nel 1941 un breve saggio intitolato *Il giusnaturalismo di Giuseppe Giuliani e il suo insegnamento all’Università di Macerata*, pubblicato alle pp. 646-656 della *Rivista penale* di quell’anno. Di Giuliani non dice quasi nulla. In qualche pagina si limita a semplificare come può qualcuna « delle teorie del Carmignani e del Romagnoli », partendo dall’idea che il merito di Giuliani stia nell’averle « volgarizzate ». Il giusnaturalismo, occorre dire, gli è rimasto nel titolo.

⁽²⁾ A dire il vero, cominciò dalla seconda edizione delle *Istituzioni di diritto criminale*, nel 1840. Nel 1833, quando pubblicò la prima, aveva scelto di presentarsi come professore a Macerata.

⁽³⁾ Né una piazza, né una via. Il solo ricordo per Giuseppe Giuliani è una lapide piena di lodi posta nell’Ateneo — per onorarlo mentre era ancora in vita — dal corpo accademico dell’Università, fatto più che altro di professori forestieri. Peraltro, l’adottato toponimico non ebbe successo. Nessuno dei penalisti italiani l’ha mai citato come milanese. Quelli che hanno pensato di usare perifrasi l’hanno sempre ricordato come il professore, o il criminalista, di Macerata.

come intendente di finanza del Regno d'Italia, scende nelle Marche e si avvia alla professione di avvocato, dopo aver sostenuto l'apposito esame e conseguito il titolo alla Corte di appello di Ancona. Frequenta Macerata, che è ancora in quell'epoca — e lo sarà fino all'unità — la città in tutta la regione più favorevole allo svolgimento di una professione legale, per la presenza di un'antica Facoltà giuridica, per le tracce ancora fresche di una gloriosa Rota, per la sede che dà a tribunali di ogni grado e per il gran numero di uffici amministrativi che hanno sede in città fin dai lontani tempi in cui essa accoglieva quelli del Parlamento e del Governatore della Marca detta di Ancona. Sposa Cristina Brunelli, maceratese, ed a Macerata, per un paio d'anni, svolge anche l'ufficio gratuito di avvocato dei poveri presso il Tribunale penale di prima istanza.

Ricostituitosi lo Stato Pontificio, torna a seguire il padre, allontanato dal territorio dello Stato quale 'impiegato straniero', e si stabilisce a Milano. A Milano Giuliani opera come avvocato fino al 1821 quando, morto Francesco, decide di tornare e di stabilirsi definitivamente a Macerata ⁽⁴⁾.

La considerazione di cui godeva come avvocato preparato, eloquente, colto, gli valse, nel 1826, il conferimento dell'insegnamento del Diritto criminale nella Facoltà giuridica dell'antico Studio maceratese. Non aveva in quel momento alcun titolo scientifico, neanche una pagina stampata: venne soltanto sottoposto ad una prova, sarebbe difficile dire quanto severa ⁽⁵⁾.

Avvocato, professore, ed in seguito legislatore, consultore e giudice, secondo un modello che è tipicamente quello del nuovo giurista penalista professionale impostosi nella prima metà del secolo scorso ⁽⁶⁾, Giuliani si sarebbe avviato probabilmente anche

(4) Tutte queste piccole notizie vengono da Felice Tribolati, amico degli ultimi anni di vita di Giuliani, che le riferisce sulla probabile scorta di ricordi e conversazioni, nel suo *Ricordo funebre di Giuseppe Giuliani*, Pisa, 1878, pp. 6-8.

(5) Nel 1856 la Congregazione degli studi, nell'intento di mettere un po' di serietà nella selezione dei docenti, apre un'inchiesta sui vecchi concorsi per appurare tra l'altro se i candidati avessero con sé libri propri durante lo svolgimento delle prove scritte. La domanda viene rivolta anche all'illustre professor Giuliani che « dopo trent'anni, dice di non ben rammentarsi se ne chiedesse il permesso » (ACVM, fondo *Università*, busta 6, *Facoltà di legge*, anno 1856).

(6) Chi volesse potrebbe trovare qualche riflessione su questo modello di giurista,

sulla via dell'impegno politico, se solo avesse vissuto in un contesto diverso. Non è cosa sorprendente dunque che egli, cattolico moderato, moderatamente liberale, sia stato seppur marginalmente coinvolto in fatti cospirativi connessi alla rivoluzione del 1831, anche se sarebbe parsa cosa impensabile a chi lo avesse conosciuto venti anni dopo. Vicino, allora, a Francesco Puccinotti, medico legale nella Facoltà giuridica che aveva collaborato alla formazione del Comitato Provvisorio di Governo costituitosi in città nel febbraio del 1831, ospitò in casa sua una riunione di liberali, che, per di più, consideravano quel Comitato eccessivamente moderato e colpevole di illegalità e dispotismo (7). Questo coinvolgimento gli costò una non breve quarantena, a cominciare dall'esclusione dal novero dei giudici del Tribunale di appello, cui pur lo aveva designato, in qualità di supplente, il Segretario di Stato Tommaso Bernetti (8): «è dubbia la sua condotta politica», osserva il Delegato apostolico Luigi Ciacchi, che rimanda indietro il biglietto di nomina (9).

Gli anni che seguirono furono gli anni in cui Giuliani consolidò la sua fama di avvocato principe, conseguendo tra l'altro, nel 1836, l'importante incarico di Difensore dei rei presso il Tribunale di appellazione per le Marche, che aveva sede a Macerata (10). Furono

alle origini di una maniera 'civile' nell'affrontare le questioni penali nell'esperienza italiana, nel mio *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita, in Stato e cultura giuridica in Italia dalla Unità alla Repubblica*, a cura di A. SCHIAVONE, Bari, 1990, pp. 148-152 [t. II, pp. 495-498].

(7) Il fatto è narrato da P. PANTALEONI, *Istoria fedele del modo con cui seguì la rivoluzione in Macerata nel dì 17 febbraio 1831 e dell'esito che ebbe* (Ms. in BCM, mss, 960, IV, fo. 5, col. 3 pr.) e commentato da G. SPADONI, *Il moto rivoluzionario del 1831 nelle città e nei piccoli comuni della Delegazione di Macerata*, in *Le Marche nella rivoluzione del 1831*, Macerata, 1935, p. 183.

(8) Lettera del 8 dicembre 1831 in ASM, *Polizia pontificia*, 1831/1, busta 3.

(9) Lettera del 10 dicembre 1831, *ibidem*. «Da lettera del Card. Zurla [che era il Prefetto della Sacra Congregazione degli Studi, n.d.r.] — scrive D. SPADONI, *L'Università di Macerata nel Risorgimento italiano*, Fano, 1902, p. 4 — si rileva che i sospetti del Governo non risparmiarono in quell'epoca nemmeno il criminalista e papista prof. Giuliani».

(10) Come è noto, oltre alla Sacra Consulta che ha competenza per Roma, l'Umbria e Benevento e svolge funzioni di terza istanza (Tribunale supremo) e revisione per tutto lo Stato, due sono i tribunali penali di appello dello Stato pontificio, l'uno a Bologna, per l'Emilia e le Legazioni, l'altro a Macerata per le Marche. Il compito del Difensore dei rei,

però, soprattutto, gli anni in cui pubblicò la sua opera più importante, le *Istituzioni di diritto criminale*, articolate in quattro volumi che uscirono, uno all'anno, dal 1833 al 1836. L'opera è ben fatta. Scritta con chiarezza, ordine e metodo, si colloca deliberatamente nel solco delle correnti culturali che, a scala italiana, stavano costruendo la grande penalistica del secolo XIX, dopo averne gettato le basi. Beccaria, Romagnosi ⁽¹¹⁾, Cremani, e soprattutto Carmignani sono i suoi punti di riferimento ⁽¹²⁾. Un'opera che si impone a livello italiano, e che non resta chiusa dentro i confini dello Stato pontificio, come pur era avvenuto fino ad allora ⁽¹³⁾ per tutta la tenue e

che è di nomina papale, è quello di svolgere ordinariamente l'attività difensiva (gratuita per i poveri) per tutti i condannati in primo grado per reati che comportano pena capitale e per tutti i condannati in primo grado, per qualsiasi reato, che domandano un giudizio di revisione. « Non è vietato al Reo di valersi dell'opera di altro difensore », concede l'art. 55 del *Regolamento organico di procedura criminale* del 1831, dettando condizioni per la nomina di un avvocato di fiducia. Né era vietato al Difensore dei rei presso il Tribunale di appello di esercitare come difensore nominato nei livelli inferiori o superiore della giurisdizione.

⁽¹¹⁾ Il debito di Giuliani nei confronti di Romagnosi, varia dalla prima alla terza edizione delle *Istituzioni*. Fortissimo nella prima, viene ridimensionato nella seconda e quasi rinnegato nella terza. Corrispettivamente cresce la (dichiarata) adesione alle impostazioni di Carmignani, ma credo si possa dire che col tempo, e nelle diverse edizioni dell'opera, quel che si sviluppa è l'impronta personale dell'autore, attraverso una rielaborazione teorica che gli fa superare forme di eclettismo per farlo approdare — soprattutto in alcuni istituti, e nella questione della pena — a più di una autonoma teorizzazione. In particolare, bisogna dire, nelle questioni che, per il loro spiccato contenuto pratico, avevano fatto oggetto della sua esperienza di avvocato: le osservazioni più interessanti sono rivolte più che altro ai difetti della legislazione gregoriana, e portano il segno — avrebbe detto lui — del foro, prima che della cattedra.

⁽¹²⁾ « Cominciando dalla parte filosofica, trovai in Beccaria le fondamenta di un grande edificio, nell'ecceleso Romagnosi i canoni che legano la criminale scienza al diritto di natura, in Montesquieu in Filangieri nel venerando vecchio Cremani ed in varj altri, molti preziosi ajuti, per concepire ed eseguire il mio piccol disegno. Ma nelle opere vostre soltanto, o illustre Toscano [la dedica è a Giovanni Carmignani] io trovai la guida ad un sistema analitico in tutte le parti della Scienza ... » (G. GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale [...] nelle quali si commentano le sanzioni della nuova Legislazione criminale Gregoriana*, Macerata, to. 4°, 1836, pp. 3-4).

⁽¹³⁾ Se si esclude il caso ormai lontano di Filippo Maria Renazzi, che aveva solidità di impianti e sufficienti elementi di modernità per varcare i confini romani, in quella fase di transizione dalle tradizionali metodologie del diritto penale comune alle nuove impostazioni tecniche e filosofiche maturate con la codificazione napoleonica.

scolastica elaborazione del penale che tra Roma e Bologna si era pur venuta facendo da parte di uomini come Raffaele Ala o Carlo Contoli⁽¹⁴⁾.

La pubblicazione delle *Istituzioni* e l'accoglienza che ottennero, lo posero nel numero non grande dei penalisti italiani di indubbio rilievo, e gli consentirono prima contatti epistolari, poi l'avvio di una non superficiale amicizia con alcuni grandi del suo tempo, da Romagnosi (che sarebbe scomparso di lì a poco) a Carmignani, da Cremani a Mori, fino a Mittermaier. Inoltre, lo sforzo che egli fece di innestare nel discorso istituzionale un commento descrittivo ma anche critico del *Regolamento sui delitti e sulle pene* e di quello di *Procedura criminale*, recente frutto della codificazione gregoriana, lo accreditarono senz'altro come il massimo penalista dello Stato⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ È indicativo che Giuliani non utilizzi affatto l'opera di Raffaele Ala e che in una lettera a Carl Joseph Anton Mittermaier, ancora diversi anni dopo, nel gennaio del 1842, dichiari senza imbarazzo, che delle « opere di giureprudenza criminale del Contoli mi mancano i precisi titoli e la edizione » (*Carteggio Mittermaier*, AUH, Lettera di G. G. giunta il 27 gennaio 1842).

⁽¹⁵⁾ I due più importanti penalisti operanti nello Stato pontificio tra gli anni Venti e Trenta, erano certamente Raffaele Ala e Carlo Contoli, che avevano dato il meglio della loro opera prima della codificazione di Gregorio XVI. Il primo, rinomato per le sue due opere maggiori, *Il foro criminale* (1825-26) e la *Pratica criminale* (1829-30), scrisse un commento della legislazione gregoriana ad uso degli studenti e degli avvocati (*Criminalis iuris et praxeos instituta usui etiam forensi accomodata*, Romae, 1839), ma per l'impianto ormai sorpassato delle sue concezioni non fu in grado di inserirsi utilmente nel nuovo dibattito che pur stava prendendo forma. Il secondo, legato anch'egli alla tradizione che veniva dal diritto comune pontificio, dopo le *Istruzioni teorico-pratiche di giurisprudenza criminale* del 1823-24, e soprattutto il *Trattato dei delitti e delle pene* del 1827-30, scrisse poche cose di minor conto, che non lasciarono grande traccia (un *Prospetto del lavoro: considerazioni sopra un codice penale e sull'applicazione delle leggi penali*, Bologna, 1835; *Considerazioni sul processo e giudizio criminale nei due sistemi del processo scritto e orale*, Bologna, 1835; ed un *Discorso sulla pena di morte*, Bologna, 1840). Discontinue e tenui le altre figure di penalisti, sulle cattedre e nell'attività scientifica, tra Bologna, Macerata, Perugia e Roma: Leopoldo Armaroli, giurista di formazione tradizionale, coinvolto nei fatti del 1831, cessò praticamente la sua attività scientifica dopo l'avvento della nuova legislazione, così come Giacomo Pagnoncelli, autore di un lodato *Saggio di legislazione penale*, pubblicato a Roma nel 1824, che riappare solo occasionalmente intorno ai lavori di riforma dei codici, ma senza dare contributi visibili; Antonio Silvani, professore di diritto criminale nello Studio bolognese, avvocato, intellettuale di notevole rango, anche lui travolto dai fatti del 1831 dovette abbandonare lo Stato per tornarvi solo dopo l'elezione di Pio IX; morirà nel 1847, membro della Consulta di Stato, mentre era intento

Il salto di notorietà e di considerazione conseguito nella seconda metà degli anni Trenta, gli aprì spazi a Roma, nell'attività mai interrotta ⁽¹⁶⁾ di riforma della legislazione penale e processuale penale dello Stato pontificio. Intorno al 1838 si erano intensificate le attività di ricerca e sperimentazione per giungere alla redazione di nuovi codici. Giuliani viene coinvolto in modo non ufficiale, in una prima fase (non si può escludere che in qualche modo pesasse ancora su di lui la vicenda del 1831): gli si chiede probabilmente una mediazione per coinvolgere Carmignani ⁽¹⁷⁾ e poi, informalmente,

con Giuliani alla riforma della legislazione penale. Terenzio Mamiani, filosofo penale di qualche rilievo rivelatosi nel carteggio con Pasquale Stanislao Mancini a proposito del *Diritto di punire* nei primi anni Quaranta, assunse ben presto un formato politico che lo allontanò dalla riflessione sul diritto. Qualche incursione nel penale di Marco Minghetti non bastò a fare di lui un penalista apprezzabile. Restano alcuni pratici: un Carlo Caramelli, funzionario di polizia, poi procuratore fiscale a Civitavecchia, che scrisse un pedissequo *Comento al Regolamento penale Gregoriano*, Macerata, 1844, dopo un mediocre *Delle trasgressioni di polizia e delle pene correzionali corrispondenti*, Macerata, 1841; Nicola Bustelli, avvocato e magistrato, autore di monografie sulla complicità, sulla pena di morte, sulla 'patologia sociale' e sull'arresto; Gio. Battista Martini, autore di un fortunato manuale di procedura in quattro volumi, intitolato *Il processante, ossia pratica criminale con formolario degli atti processuali*, Ancona, 1835-38; Carlo Armellini, che avrà ruolo eminente nella Repubblica Romana del 1849, e parte importante nella conduzione de *L'Astrea*, un periodico giuridico dalla vita breve (1847), nel quale le questioni penali ebbero un certo rilievo; infine Raffaele Marchetti, un colto avvocato che diverrà uno dei capi del Comitato liberale clandestino, animatore degli *Annali di giurisprudenza criminale per gli Stati pontifici* avviati nel 1847 ed autore di diversi saggi tra i quali ricordo *Del principio politico nella scienza del diritto penale in Italia*, in *Annali di giurisprudenza criminale per gli Stati pontifici*, I, 1847, pp. 1-16 e *Notizia delle giurisdizioni che sono in vigore nello Stato pontificio*, Roma, 1850 (ripubblicato pro parte in A. GIULIANI e N. PICARDI, *L'ordinamento giudiziario*, I, *Documentazione storica*, Rimini, 1985, pp. 500-539).

⁽¹⁶⁾ Già dal settembre del 1837, pochi anni dopo l'entrata in vigore dei Regolamenti gregoriani, la Segreteria di stato aveva costituito una Congregazione straordinaria con il compito di provvedere alla riforma del sistema giudiziario civile e criminale: cfr. M. CASTRACANE MOMBELLI, *Le fonti archivistiche per la storia delle codificazioni pontificie (1816-1870)*, in *Società e storia*, 6, 1979, p. 856 (dove però un errore di stampa le fa dire 1834).

⁽¹⁷⁾ Se ne trova un'eco in G. CARMIGNANI, *Parere sopra un progetto di riforma del Regolamento di procedura penale vigente nello Stato pontificio all'epoca dell'aprile 1838*, in G. C., *Scritti inediti*, vol. VI, Lucca, 1852, pp. 8-9 ed un'altra al foglio 49 del parere sui lavori svolti dalla Congregazione straordinaria incaricata dalla Segreteria di Stato, l'8 settembre 1837, di proporre « economiche modificazioni e riforme » ai processi civili e penali, trasmesso da Giuliani il 9 dicembre del 1838 (ASR, *Congregazione del buon governo*, serie I, b. 41).

un contributo diretto nel lavoro di revisione normativa. È così che egli invia, nell'ottobre 1837, un *Progetto di economia di giustizia sulla amministrazione del magistero penale* ⁽¹⁸⁾, seguito, nel dicembre del 1838, da un Sunto dello stesso progetto, accompagnato da una memoria *Sulle spese di punitiva giustizia e sui mezzi per diminuirle* ⁽¹⁹⁾, e dà due pareri, uno sulla allocazione delle competenze nei tribunali di Roma e l'altro su quanto aveva deciso la Congregazione straordinaria istituita l'8 settembre 1837, in ordine ad alcune riforme che si sarebbero dovute apportare all'amministrazione della giustizia civile e criminale, per migliorarne l'efficienza e ridurne i costi.

In quel *Progetto* critica l'abuso del confronto tra i testimoni, capace di effetti distorsivi del processo, oltre che foriero di spese e lungaggini, e si preoccupa di dare « guarentigia per gli inquisiti » a fronte di « tutti quegli abusi che i processanti potessero per avventura commettere nell'esercizio delle loro funzioni ». Lamenta poi, sommessamente ma con convinzione, « l'attuale abolizione dell'appello nei delitti, la cui pena giunge da un anno d'opera fino alla galera perpetua », per i quali troppo debole e di fatto inoperante sembra il « beneficio suppletorio della revisione »: propone che l'appello sia negato solo a coloro che sono stati condannati con voto unanime del collegio giudicante e che al giudice di revisione sia riconosciuto il potere di correggere l'errore di diritto.

Nel parere sugli aggiustamenti da portare ai processi civile e criminale, proposti dalla Congregazione istituita nel 1837, sferra un vigoroso e sorprendente attacco alla Congregazione stessa, ed al suo Segretario, Anton Domenico Gamberini, accusati di « distruggere il Moto Proprio dei 10 novembre 1834 ⁽²⁰⁾ e li due *Regolamenti*, uno

⁽¹⁸⁾ ASR, *Congregazione del buon governo, ibidem*.

⁽¹⁹⁾ Datata 9 dicembre 1838, sta in ASR, *ibidem*. In questa *Memoria sulle spese*, col pretesto di alleggerire il « gravame del pubblico erario », insinua altre proposte di riforma del sistema penale e processuale. Le spese, dice, crescono senza controllo anche per via della « molteplicità degli arresti senza mandato di giudice », per l'eccesso di formalità nei delitti minori, per la lunghezza dei processi maggiori, per le troppo frequenti proroghe, per le lunghe attese negli appelli e nelle revisioni.

⁽²⁰⁾ Allude al *Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili*, che chiude nel 1834 la codificazione di Gregorio XVI.

di procedura criminale, l'altro dei delitti e delle pene », cosa arbitraria e pericolosa, perché comporta « la revoca e l'annullamento delle vigenti Sovrane istituzioni » ⁽²¹⁾.

Credo di poter dire che la risoluta franchezza ed il tono di questa sortita testimoniano del carattere e dello stile consueto di Giuseppe Giuliani. Fermezza, rigore e schiettezza segneranno tante sue azioni, nella convinzione che il giurista, l'avvocato, il giudice, il legislatore, devono operare onestamente — *nec spe nec metu* — per corrispondere integralmente al loro dovere. E quando gli capiterà di esprimersi con moderazione e prudenza — specie nel delicato campo degli studi — lo farà perché convinto, senza calcoli e senza opportunismi.

Peraltro, l'aspra critica e le gravissime accuse rivolte alla Congregazione straordinaria presieduta da un uomo certo potente come il cardinale Gamberini, non devono far pensare ad un gesto in qualche modo avventato. La questione era in sé rilevante, e bisogna aggiungere che, a Roma, Giuliani aveva maturato ed allargato importanti rapporti con alcuni degli uomini 'nuovi' della Curia, impegnati nei dicasteri dell'Interno e della Giustizia. Aveva probabilmente il sostegno di Giacomo Antonelli, Delegato a Macerata dal 1839, del cardinale Antonio Cagiano de Azevedo, segretario della Sacra Consulta, e di Ildebrando Rufini, col quale avrebbe lavorato alle riforme penali del 1846-48; ma soprattutto era cresciuta la generale considerazione della sua qualità di penalista autorevole e di uomo insieme moderato e deciso. Continuista — per così dire — rispetto ai fondamenti *politici* del sistema penale pontificio, ma decisamente riformista quanto ai principi penali e processuali che avrebbero dovuto tradurre quei fondamenti in un sistema legislativo adeguato, moderno ed efficace.

Dopo l'uscita della seconda edizione delle *Istituzioni di diritto*

⁽²¹⁾ La Commissione è accusata di aver lavorato poco e male, di aver prodotto resoconti incompleti e reticenti dei suoi lavori, di essersi arrogata il compito di « mettere mano alla *legislazione* » mentre tutt'altro era il suo incarico. Il suo Segretario è accusato di essersi fatto apertamente e « senza tanti riguardi [...] avvocato della Curia romana, e generalmente di tutti gli acri censori della vigente Legislazione civile e criminale, che vorrebbero vedere intieramente rovesciata » (ASR, *Congregazione del buon governo*, serie I, b. 41, fo. 41 ss.).

criminale, avvenuta nel 1840-41 (arricchita ed aggiornata nel taglio, nell'ispirazione dogmatica e nell'orientamento), Giuliani pubblica diversi saggi a forte contenuto tecnico, sulla giustizia militare pontificia ⁽²²⁾, sulla certezza delle prove, sulle garanzie processuali, sulla complicità.

L'elezione di Pio IX nel 1846 e la fase di riforme e tentativi di modernizzazione che si apre nei primi tempi del suo pontificato, fanno emergere nello Stato, al centro ed alla periferia, una classe dirigente in parte rinnovata, più qualificata, meno provinciale e meglio collegata alle correnti intellettuali italiane che stavano conoscendo proprio in quegli anni un significativo risveglio culturale e politico. Uomini come Marco Minghetti, Giuseppe Pasolini, Terenzio Mamiani, Giuseppe Montanelli, Luigi Carlo Farini, Massimo D'Azeglio, a tacere di altri, vengono in modi diversi e con diverse funzioni coinvolti e valorizzati in un tentativo di rinnovamento istituzionale, che investe la legislazione civile e penale, il sistema di giustizia, l'amministrazione pubblica (con la questione della declericalizzazione degli apparati), i trasporti, l'istruzione, e soprattutto le finanze. Si tratta di liberali moderati, cattolici, destinati a percorrere strade diverse negli anni che sarebbero venuti, ma intenzionati tutti insieme, allora, ad un'opera di modernizzazione (e laicizzazione) dello Stato, che fallirà, come sappiamo, ma produrrà nella Roma degli anni 1846-48 una sorta di inatteso laboratorio della rinascita italiana, oltre che di prima palestra per una non piccola parte della futura classe dirigente del Regno.

Giuliani si trova in totale sintonia con quel momento politico. Un po' meno con quegli intellettuali, specie con i troppo più giovani

⁽²²⁾ Nell'aprile del 1842 era stato pubblicato il *Regolamento di giustizia criminale e disciplinare militare* per lo Stato Pontificio, frutto principalmente del lavoro del cardinale Cagiano De Azevedo, vice presidente della Congregazione che l'aveva approntato. Giuliani lo commentò negli *Annali di Giurisprudenza* del 1842 e poi con lo scritto *Das neue Militärstrafgesetzbuch für die päpstlichen Staaten dargestellt*, pubblicato nella *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, XV, 1842, Bd. 2, II, 20, pp. 274-285, diretta da Carl Josef Anton Mittermaier, che nell'autunno del 1841 era espressamente passato per Macerata per incontrarlo e conoscerlo, come ci racconta lui stesso nella dedicatoria del suo *Delle vicende a cui soggiacquero le prove ne' criminali giudizi dall'epoca delle prime leggi scritte di Roma fino ad oggi. Dissertazione storico-critica*, Loreto, 1843, pp. 3-4.

di lui: tutti presi dalla logica della politica praticata, di formazione diversa dalla sua, intenti a costruire un avvenire che egli teme non gli sarà congeniale. Spirito d'ordine, moderatamente liberale ⁽²³⁾, convinto della necessità di rinnovare ed aggiornare il sistema penale dello Stato, assertore di una prudente modernizzazione, egli rappresenta tuttavia, ed inevitabilmente, l'uomo di riferimento per l'ormai necessaria riforma della legislazione penale nello Stato pontificio. La critica prudente ma costante, puntuale ed attenta, rivolta alle parti difettose dei Regolamenti gregoriani, l'orientamento politico progressivamente aggiustato e corretto lungo le linee di un equilibrato eclettismo, lo candidano naturalmente alla guida della nuova codificazione.

È così che nel novembre 1846 ⁽²⁴⁾ pochi mesi dopo la sua elezione, Pio IX lo chiama a Roma a far parte di una *Commissione di giureconsulti per la riforma del Regolamento penale e di procedura criminale* ⁽²⁵⁾ della quale diviene rapidamente leader e motore, fino

⁽²³⁾ Un segno, a scala locale, della sua adesione alle novità ed alle speranze legate ai tempi nuovi avviati col riformismo di Pio IX, sta nella sua adesione al giornale *L'Educatore del Popolo*, diretto da Piero Giuliani, giovane liberale che sarà tra i patrioti — come si sarebbe detto poi — fino al 1860 e tra gli intellettuali più attivi nella Macerata dei primi decenni dopo l'Unità. Nel numero del 31 luglio 1847 viene annunciata la collaborazione del signor avv. Giuseppe Giuliani « il merito [del] quale ben conosciuto ovunque sarà una nuova raccomandazione pel nostro giornale ».

⁽²⁴⁾ In quello stesso mese di novembre 1846, mentre sta partendo per Roma, Giuliani pubblica il suo primo lavoro di politica penale, affrontando la questione della giuria (*Sui giurati. Discorso critico*, Macerata, 1846). Il suo approccio è moderato e possibilista: la giuria, sostiene, è istituto a forte connotazione politica, adatto in determinati contesti storici e culturali, mentre in altre realtà — e tra queste mette lo Stato pontificio — potrebbe rivelarsi « sommamente avverso alla tranquillità pubblica ed alla giustizia ». A Mittermaier scriverà, quattro anni dopo, della « ... poca fiducia che mi ispirerebbe quel metodo di giudicare, massimamente se venisse applicato all'Italia. Forse voi non sarete del mio stesso parere; ma in ogni modo vi prego di ponderare con maturità le mie ragioni e quindi espormi schiettamente il vostro sentimento » (*Carteggio Mittermaier*, AUH, *Lettera* di G. G. del 9 novembre 1850). Queste opinioni non gli avevano impedito, sul finire del 1848, come vedremo più avanti, di dare forma ad un Progetto di Regolamento in cui strutturava un processo per giurati in relazione ai delitti commessi in materia di stampa.

⁽²⁵⁾ Della Commissione facevano parte Ignazio Alberghini, uditore di Rota; Giuseppe Luigi Bartoli e Felice Cicognani, avvocati concistoriali; Filippo Leoncilli, Giuseppe Giuliani, Pietro Pagani e Antonio Silvani, avvocati; Milziade Dionisi, professore di

ad assumere praticamente su di sé l'intero lavoro di progettazione⁽²⁶⁾. Quasi tre anni spesi senza risparmio «...nella brigosa redazione dei progetti di leggi criminali, la quale era a me totalmente affidata. Ciò avvenne dal novembre 1846 al luglio 1847, e dal dicembre 1847 all'aprile 1848»⁽²⁷⁾.

È il lavoro di progettazione di un nuovo codice penale che lo impegna di più e che porta principalmente la sua impronta. Un nuovo codice penale, scrive a Mittermaier, «nel quale si è procurato di ridurre la legislazione ai veri principi filosofici del gius pubblico»⁽²⁸⁾. Giuliani aveva dunque compreso quale dovesse essere il posto del penale nel rinnovato assetto istituzionale dello Stato: si trattava di adeguare norme, diritti, prerogative e garanzie a nuove regole 'costituzionali' (che traeva, in quella fase, dai principi del

diritto criminale all'Archiginnasio romano; Francesco Saverio Borghi ed Antonio Pagnoncelli, curiali di Collegio. Vengono aggiunti cinque membri già componenti di una precedente Commissione (Alessandri, Benvenuti, Di Pietro, Roberti, Rufini: sulla precedente Commissione, notizia in *L'Astrea*, I, 1847, p. 5). La Commissione è presieduta dal cardinale Giacomo Antonelli, uomo chiave della politica pontificia dopo il 1850 e vecchia conoscenza del Nostro dai tempi in cui aveva retto, tra il 1839 ed il 1841, la Delegazione apostolica di Macerata.

«Il nostro incarico — scrive G. da Roma a Mittermaier nel dicembre del 1846 — ha lo scopo: 1° di rivedere un Progetto di Codice penale già formato [era il progetto del 1834: cfr. M. CASTRACANE MOMBELLI, *Le fonti archivistiche per la storia delle codificazioni pontificie*, cit., p. 860] e fare al medesimo tutte le opportune correzioni; 2° di migliorare il Regolamento di procedura criminale; 3° di proporre tutte le riforme che si trovassero necessarie alle vigenti leggi civili. Mandato, come vedete, di alta importanza, e che pone nell'impegno tutto il nostro spirito di non risparmiare qualsivoglia attenzione e fatica per corrispondere alle ammirabili vedute di un Sovrano, che pone ogni studio nel promuovere il bene reale e positivo de' suoi popoli». (*Carteggio Mittermaier*, AUH, *Lettera* di G. G. del 12 dicembre 1846).

⁽²⁶⁾ G. GIULIANI, *Lettera al Cittadino Presidente del Tribunale di prima istanza in Macerata*, 22 febbraio 1849, in ASM, *Delegazione apostolica*, 1849, b. 1294, ult. fasc. Ma si veda anche la lettera a Mittermaier che viene riprodotta in parte nel testo più avanti (*Carteggio Mittermaier*, AUH, *Lettera* di G. G. del 9 novembre 1850, cit.).

⁽²⁷⁾ G. GIULIANI, *Lettera al Cittadino Presidente*, cit., in ASM, *Delegazione apostolica*, 1849, b. 1294, ult. fasc. Una sottocommissione si era formata, composta da Giuliani, Milziade Dionisi, Ildebrando Rufini e Antonio Silvani, che lavorò dal febbraio al giugno 1847, in particolare sul codice penale. Dopo la morte di Silvani, avvenuta nel dicembre del 1847, il versante penale delle riforme legislative restò interamente sulle sole spalle di Giuliani.

⁽²⁸⁾ *Carteggio Mittermaier*, AUH, *Lettera* di G. G. del 24 luglio 1847.

diritto pubblico universale elaborati dottrinalmente), in omaggio al principio che vuole il sistema penale coerente con il tenore e la qualità politica della forma statale. Obiettivo che egli avrebbe perseguito con coerenza e fermezza anche nell'opera che di lì a poco — vigente ormai il nuovo *Statuto fondamentale pel Governo temporale degli Stati di S. Chiesa* — avrebbe svolto come membro del Consiglio di Stato, a proposito della legislazione sulle rapine notturne, sui delitti politici e sui delitti commessi dai servi di pena ⁽²⁹⁾, o sui diritti di cittadinanza e lo statuto giuridico degli ebrei ⁽³⁰⁾.

L'esperienza di un sistema penale autoritario, con tratti rilevanti di arbitrarietà espressi soprattutto nella pratica e con troppo debole presenza di principi capaci di mantenere elevato il livello di umanità, razionalità e civiltà dell'ordinamento punitivo, lo avevano convinto da tempo della necessità di innestare quell'ordinamento dentro un ambito 'costituzionale' che ne garantisse la qualità. Impegno costante, questo, e come si può vedere diffuso, della penalistica civile di area italiana. Un impegno che se pure si renderà meglio visibile dopo l'Unità, è tuttavia percepibile ogni volta che un giurista, convinto della centralità della questione penale, si pone ad operare su due piani: il primo, quello della riforma della legislazione, nell'intenzione di farla aderire alle forme costituzionali e garantite (quando più quando meno), scritte negli Statuti o nelle Carte; il secondo quello dell'incivilimento del penale, ed in primo luogo del processo, al di là degli assetti costituzionali formali o materiali esistenti (e talora malgrado essi), nella convinzione che un sensibile rinnovamento della dimen-

⁽²⁹⁾ « Prende sull'argomento la parola il signor Avvocato Giuliani e riprovando le disposizioni dell'Editto Lante pieno degli abusi propri del medio evo, propone la formula di nuova legge secondo il progetto del Codice penale, in che ebbe parte. Condanna l'arbitraria procedura e la specialità delle persone inquirenti riguardo ai delitti politici, ed opina di conservare per ora alla Sagra Consulta la giurisdizione suprema, ma nelle forme comuni e con l'opera degli ufficiali ordinari. È pertanto di avviso esser cessato con lo Statuto ogni diritto di giudicatura straordinaria, e doversi invocare dal Ministro l'interpellazione dei Consigli deliberanti per la declaratoria di seguitane abolizione per i tre discussi titoli [rapine notturne, delitti politici, delitti dei servi di pena], con le accennate modificazioni ed avvertenze » (Consiglio di Stato, Tornata 7 luglio 1848, in ASR, *Cons. di Stato*, 1848, inv. 90, b. 1, verb. n. 2).

⁽³⁰⁾ La questione era « se la legge statutaria abbia accordato agli israeliti il pieno esercizio dei diritti civili » (Consiglio di Stato, Tornata 13 luglio 1848, in ASR, *Cons. di Stato*, 1848, inv. 90, b. 1, verb. n. 4).

sione penale avrebbe comunque assecondato l'innovazione dell'intero impianto istituzionale e la crescita civile della società.

Non si può dire che il Progetto Giuliani del 1847 ponesse senz'altro il sistema punitivo dello Stato pontificio allo stesso livello dei sistemi vigenti in alcuni altri Stati italiani. Il supporto del modello francese per il codice sardo, per quello napoletano o per quello parmense, avevano prodotto leggi discutibili per certi aspetti del loro contenuto ma dall'impianto tutto sommato affidabile, al passo con la legislazione degli Stati costituzionali europei. In Toscana, di lì a qualche anno, sarebbe stato prodotto un codice penale 'di scuola e tradizione toscana', anch'esso difettoso per alcuni contenuti — codice da società rurale, con tratti confessionali — ma strutturato secondo regole attinte ad una concezione aggiornata del diritto penale, con partizioni ed istituti capaci da soli, per la loro valenza tecnica, di assicurare moderazione e civiltà nel sistema repressivo.

Il Progetto Giuliani non si muove sugli stessi piani, perché il suo autore sa che la qualità costituzionale dello Stato pontificio gli pone limiti insormontabili. Tra il 1846 ed il 1847, nella fase in cui il progetto viene portato a compimento, pur nell'inevitabile presenza di un clima nuovo, fatto di speranze di rinnovamento, di attese riformiste, di liberazione delle migliori energie, comprese quelle liberali, presenti al centro ed alla periferia, lo Stato pontificio resta, nei suoi assetti costituzionali materiali, quello che era sempre stato. Uno Stato assoluto, con alla testa un monarca dalle prerogative illimitate, per il quale vale senza residui il principio del *quod principi placuit*. Uno Stato nel quale i poteri non sono separati, ma neanche divisi, essendo naturale che il Papa li riassuma tutti, perché lui è il solo legislatore, il primo governante, il supremo giudice. L'articolazione delegata di quei suoi poteri produce corpi ed organizzazione di rango puramente amministrativo, senza indipendenza di giudici o responsabilità istituzionale di funzionari, che sono emanazione del Sovrano, rispondono a lui, sono fatti e disfatti da lui. Lo Stato, inoltre, è connaturatamente e *radicitus* confessionale. La sua legislazione, le sue istituzioni, le sue prassi ⁽³¹⁾, sono ispirate ad una scala

⁽³¹⁾ Una bella pagina sulle prassi paternaliste e pietiste che si sovrapponevano a dure severità e solenni minacce, sta in F. BARTOCCINI, *Lo Stato Pontificio*, in: *Amministrazione della giustizia e poteri di polizia dagli Stati preunitari alla caduta della destra*, Atti

di priorità che pone ai vertici la religione, la Chiesa, la morale cattolica, la tutela del clero ⁽³²⁾. Non è quindi senza motivo che il Regolamento penale gregoriano conosca tra l'altro, ancora a metà Ottocento, un grado di 'peccatizzazione' dell'infrazione penale sconosciuto a tutte le altre legislazioni penali europee.

Un equilibrio tra *fidelitas*, sudditanza e cittadinanza può essere ottenuto connotando la figura del Papa Re con i tratti di un marcato *paternalismo*: i soggetti non sono ovviamente 'cittadini', ma neanche semplicemente 'sudditi', e non soltanto 'fedeli': sono piuttosto 'figli', e così ritualmente il Sovrano si rivolge ad essi, che a loro volta lo chiamano Padre: santo, beatissimo, amorevole, a seconda delle occasioni.

Giuliani, dicevo, non sfugge a tutto questo. Il suo sforzo è quello di modernizzare restando dentro questo ambito. La monarchia assoluta si può costituzionalizzare (e lo Statuto verrà di lì a pochi mesi), il confessionalismo può essere attenuato, il novero dei peccati-reato ridotto, il privilegio del clero circoscritto. Molti principi possono essere accolti, perché compatibili con l'assetto costituzionale dello Stato pontificio, alla sola condizione di una 'astensione' del Sovrano dall'esercizio di prerogative che continuerebbero ad essergli riconosciute in astratto: sono l'unicità del soggetto di diritto ⁽³³⁾, il principio di legalità con i connessi divieti di retroattività

del LII Congresso di Storia del Risorgimento italiano (Pescara, 7-10 nov. 1984), Roma, 1986, pp. 392-93.

⁽³²⁾ Una importante Notificazione del Cardinale Gizzi del 22 giugno 1847 conferma i limiti che una qualsiasi riforma del sistema costituzionale dello Stato ecclesiastico incontra inevitabilmente nelle « ... condizioni essenzialmente convenienti alla Sovranità e al governo temporale del Capo della Chiesa Cattolica, a cui non possono addirsi certe forme che minerebbero l'esistenza della sovranità medesima o diminuirebbero per lo meno quell'estrinseca libertà e indipendenza nell'esercizio del Primato Supremo, per la quale libertà ed indipendenza Iddio dispose nei profondi suoi che la Santa Sede avesse un temporale principato. Il Santo Padre non può dimenticare i sacri doveri che lo costringono a mantenere intatto il deposito che gli venne confidato » (cfr. A. ARA, *Lo Statuto fondamentale dello Stato della Chiesa* (14 marzo 1848). *Contributo ad uno studio delle idee costituzionali nello Stato pontificio nel periodo delle riforme di Pio IX*, Milano, 1966, pp. 34-35).

⁽³³⁾ Tale unicità può essere resa compatibile con la perdurante esistenza di un foro ecclesiastico competente per i delitti degli (o contro gli) ecclesiastici, che si vale del diritto canonico, ed in questa misura si presenta semplicemente come giurisdizione

e di analogia, il diritto alla difesa e all'appello, la pubblicità dei processi, l'attenuazione — e talora il bilanciamento — delle prerogative inquisitorie, il principio di adeguazione della pena, una scala penale razionale, la non eterointegrabilità del codice, giudici laici, preparati e pagati meglio ⁽³⁴⁾, una legge di polizia che riporti l'arbitrio entro i limiti di una regolata discrezionalità. In più, si possono introdurre elementi tecnici che rendano il codice robusto, di malagevole aggiramento e manipolazione difficile: perché Giuliani è convinto che il primo riparo di una buona giustizia sta proprio nella accurata qualità tecnica delle norme.

Quanto al processo penale, il progetto del nuovo Codice di procedura ⁽³⁵⁾ appare tale da volgerlo fortemente verso una forma che dia prevalenza alla fase dibattimentale, se pure non si spinge ad instaurare un vero processo orale di tipo accusatorio. Il Regolamento del 1831 aveva stabilito una forma processuale solo all'apparenza mista, nella quale la fase inquisitoria, con l'accusato privo di difesa ed il giudice processante provvisto di penetranti poteri, era quella dominante e decisiva. L'istruzione era concepita in modo da pregiudicare senza rimedio l'esito del processo, che arrivava 'incartato' alla asfittica, e spesso solo teorica, fase dibattimentale, che si svolgeva a porte chiuse ⁽³⁶⁾. Ora, dice Giuliani, « nell'Editto sulla

speciale, alla stessa stregua — se si può dire — delle coeve giurisdizioni dei tribunali militari che applicavano, per i delitti dei militari, un diritto ed una procedura altrettanto speciali.

⁽³⁴⁾ Un'invettiva sul pessimo trattamento dei giudici che attira in quella professione chi « ...manca assolutamente di capacità, o manca di volontà di faticare, o confida in un indoveroso lucro... » si legge nell'opuscolo postumo di A. SILVANI, *Sul Governo Pontificio. Nota di un consultore di Stato del 1847*, Bologna, 1850, pp. 35-36.

⁽³⁵⁾ Il *Progetto di Codice di procedura penale*, di 602 articoli, insieme ad alcuni *Schiarimenti al Codice penale*, viene consegnato dai Deputati alla redazione (Giuliani, Rufini, Dionisi) il 5 aprile del 1848. Io possiedo peraltro la copia a stampa di un *Progetto di un editto sulla procedura criminale*, proveniente dalla biblioteca che fu di Ageo Arcangeli, da riferirsi al 1847, di 165 articoli, nel quale è visibile lo stile legislativo di Giuliani, probabilmente prodromico al più ampio testo consegnato da quella sottocommissione.

⁽³⁶⁾ Delle contestazioni e degli interrogatori dell'inquisito si faceva per iscritto un costituito, così come si faceva « l'incarto delle prove », in modo che l'inquisito, alla fine della procedura di indagine potesse conoscere il tenore e le ragioni (le prove nella loro integrità) delle accuse, « onde preparare le sue difese all'epoca del giudizio » (art. 385

procedura [...] fra molte altre disposizioni si prescrive che per i titoli di competenza criminale che si estendono dal quinquennio di condanna fino ai titoli capitali, abbia luogo una semplice informazione sommaria scritta, e quindi il processo si faccia mediante il pubblico esame dei testimoni, coll'intervento di ogni cittadino come spettatore del giudizio »⁽³⁷⁾.

Nessuna di queste riforme sarebbe giunta in porto. Così come non sarebbero giunte in porto quelle che a Giuseppe Giuliani, come vedremo, vennero espressamente affidate dal Sovrano. Ma riprendo ora qui il racconto delle sue vicende biografiche, e faccio parlare lui:

« Io rimasi in Roma fin quasi la metà di luglio del 1847, ed in tal circostanza la Commissione legislativa a cui appartenevo riuscì a compiere il Codice penale, la cui redazione venne tutta affidata a me. Partendo poi in quell'epoca da Roma con permesso del Santo Padre, piacque a questo Sovrano d'incaricarmi della redazione di un Regolamento di polizia, raccomandandomi che procurassi di compierlo per l'epoca del mio ritorno a Roma, che doveva seguire sul cadere dell'autunno, e mi riuscì grazie al cielo di adempiere ad un tale mandato. Tornato a Roma nel dicembre del 1847 e rimastovi fino all'aprile 1848 compii con l'aiuto dei miei colleghi il Codice di procedura criminale, e quindi me ne tornai in Patria; ma venni ben tosto richiamato nella nuova qualifica di Consigliere di Stato, cosicché mi convenne di tornare colà sul cadere di giugno e rimanervi fino a mezzo agosto, epoca in cui per motivi di salute tanto miei tanto di mia moglie dovetti rimpatriare, e quindi avanzare la mia rinuncia alla carica di Consigliere di Stato, umiliandola al Santo Padre, il quale nel degnarsi di accettarla volle nominarmi giudice in questo Tribunale di Appello.

Così la provvidenza di Dio mi salvò dal grave dolore di trovarmi nella Dominante nelle luttuose epoche dell'assassinio del Rossi e dell'assalto dato al Sommo Pontefice nel suo Palazzo, nonché della fuga del Papa, con tutto quello che di disordine la seguì »⁽³⁸⁾.

Reg. proc. crim.). Solo a questo punto entra in scena il difensore, quello pubblico, o uno di elezione, che può accedere alle carte del processo ed al *Ristretto* che ne viene fatto. Averne copia, per spesa e tempi (rimessi alla diligenza del cancelliere), è tutt'altra cosa.

⁽³⁷⁾ *Carteggio Mittermaier*, AUH, *Lettera* di G. G. del 24 luglio 1847, cit.

⁽³⁸⁾ *Carteggio Mittermaier*, AUH, *Lettera* di G. G. del 9 novembre 1850, cit.

La Commissione legislativa, gli incarichi speciali, il Consiglio di Stato. Nella fase dei progetti, del grande confronto, delle speranze liberali e delle attese democratiche che si agitarono senza esito nella Roma dei primi anni del pontificato di Pio IX, il credito e le responsabilità di Giuseppe Giuliani crebbero notevolmente, se non altro in ragione della sua qualità di uomo d'ordine, devoto al Pontefice, prezioso per la sua perizia tecnica in un campo del tutto sguarnito di altri talenti, capace dunque di assicurare un equilibrato e realistico contrappeso nei confronti dei riformisti *politisants*, meno affidabili agli occhi della Curia pontificia.

Il Papa in persona, come abbiamo saputo da lui, gli aveva chiesto la stesura di una legge di polizia ⁽³⁹⁾, mentre dal Ministro di grazia e giustizia aveva ricevuto l'incarico di scrivere un Regolamento sul modo di procedere contro i delitti in materia di stampa ⁽⁴⁰⁾.

Il *Progetto di codice di polizia*, pur difettoso quanto al linguaggio normativo ⁽⁴¹⁾, troppo diffuso nella individuazione di casistiche e fattispecie d'infrazione (moltiplicate forse nel tentativo di imporle la tassatività), singolare in alcuni passaggi ⁽⁴²⁾, si muove, come è già

⁽³⁹⁾ G. GIULIANI, *Progetto di codice di polizia preventiva e correzionale*, Macerata, 1847: si può leggere in appendice a G. SANTONCINI, *Ordine pubblico e polizia nella crisi dello Stato pontificio (1848-1850)*, Milano, 1981, pp. 205-42.

⁽⁴⁰⁾ Quest'ultimo lavoro si compie il 17 ottobre 1848, con una relazione che egli invia al Ministro: cfr. G. GIULIANI, *Rapporto concernente le ragioni legislative seguite dal compilatore del Regolamento intorno al modo di procedere contro i delitti in materia di stampa*, Macerata, 1848.

⁽⁴¹⁾ Vi è frequente l'uso di passaggi puramente colloquiali, del tutto privi di valore normativo, definitorio o esplicativo, nonché quello di 'motivare' i precetti con commenti dal carattere ammonitivo o meramente discorsivo (per esempio: art. 75 « Ogni sorta di convenzione, sfida o scommessa fra i bevitori sul modo di consumare il vino o i liquori, e specialmente quella conosciuta in alcune provincie sotto il nome di passatella, sono rigorosamente proibite *come contrarie alla temperanza, al buon costume, e come sorgenti di risse e di gravi delitti fra i cittadini* »; art. 89 « Ad evitare l'idrofobia dei cani, *tanto pericolosa alla personale sicurezza*, si stabiliscono le seguenti discipline... »).

⁽⁴²⁾ Non si può fare a meno di pensare ad un Giuliani disturbato nei suoi studi quando si legge l'art. 80, che recita: « Le arti clamorose non possono esercitarsi nei luoghi prossimi alle Chiese, ai pubblici ufficii, agli Ospedali degli infermi, ed *all'abitazione di un avvocato di collegio o di un professore addetto ad una pubblica Università*. Le officine di tali arti dovranno distare dai detti luoghi tanto quanto basti a non rendere

stato notato ⁽⁴³⁾ tra esigenze di garanzia per i cittadini (affidate alla legalità dell'attività di polizia, interamente disciplinata da norme certe) e quella particolare attitudine, tipica dei sistemi di polizia post-napoleonici, che consiste nella volontà di tutto vedere e prevedere, sovraccaricando i sudditi di adempimenti e cautele e sottoponendoli ad un controllo potenzialmente illimitato. L'approdo che questo *Progetto* ebbe non fu molto diverso da quello conseguito dagli altri progetti più importanti. Fu soltanto più esplicito: invece di un ambiguo silenzio, un dichiarato accantonamento ⁽⁴⁴⁾.

Quanto al *Regolamento* ⁽⁴⁵⁾ per i delitti in materia di stampa, nulla, né silenzi né accantonamenti: non si conoscono esiti ⁽⁴⁶⁾, e lo stesso Giuliani non ne parlerà più, per quel che ne so ⁽⁴⁷⁾. Il motivo sta probabilmente nella scarsa convinzione che egli mise in quella precoce (tra le prime, in area italiana ⁽⁴⁸⁾) introduzione della giuria

sensibile lo strepito». Seguono tre lunghi paragrafi di minuziose disposizioni per l'applicazione in concreto della norma.

⁽⁴³⁾ F. BARTOCINI, *Lo Stato Pontificio*, cit., p. 398.

⁽⁴⁴⁾ ASR, *Cons. di Stato*, 1848, seconda Commissione, b. 1, verb. n. 1. Si può leggere stampato in G. SANTONCINI, *Ordine pubblico e polizia nella crisi dello Stato pontificio*, cit., p. 35 ss.

⁽⁴⁵⁾ Il Regolamento, commissionatogli dal Ministro di grazia e giustizia Pasquale De Rossi, dava seguito al *Moto-proprio sulla legge repressiva della stampa* del 4 giugno 1848, che all'art. 29 prevedeva «nuove disposizioni [sulla] procedura e la competenza dei giudizi nelle cause dei delitti e contravvenzioni» in esso contemplati. Consta di 104 articoli ed esiste manoscritto in ASR, *Cons. di Stato*, 1848, inv. 90, b. 4, fasc. 58.

⁽⁴⁶⁾ La cosa è comprensibile. Giuliani termina il suo *Rapporto* il 17 ottobre del 1848. In quei giorni, il governo di Pellegrino Rossi, insediato da un mese, cercava di fronteggiare una situazione drammatica, confusa e destabilizzata, ed aveva ben altro da fare che occuparsi del Regolamento Giuliani. Meno di un mese dopo Rossi sarebbe stato ucciso, ed il 25 novembre Pio IX avrebbe abbandonato lo Stato, rifugiandosi nel Regno napoletano. E il testo manoscritto del Regolamento è registrato al protocollo del Consiglio di Stato con la data del 23 novembre 1848.

⁽⁴⁷⁾ Come si è visto, nemmeno nella lettera a Mittermaier del 9 novembre 1850, dove pure descrive minuziosamente la parte avuta nelle riforme legislative di quegli anni, insistendo sulla sua avversione all'istituto della giuria, farà cenno a questo suo progetto.

⁽⁴⁸⁾ Iniziò il Granducato di Toscana, con la legge sulla stampa del 6 maggio 1847, che Giuliani tiene presente nel suo progetto, aderendovi in piccola parte. Come è noto, anche la legge sulla stampa sardo-piemontese del 26 marzo 1848 (che reca molte tracce della toscana) prevedeva, accanto al magistrato competente per la cognizione dei reati in essa previsti, un numero di 12 giudici del fatto, ed una dettagliata procedura per il loro intervento nella decisione. Notevoli restrizioni sarebbero poi state introdotte con la legge

nel processo penale, sia pure in relazione ad una materia speciale. Sta di fatto che egli sembra argomentare a denti stretti, e con spirito di ridimensionamento, su un istituto che già aveva avversato con l'opuscolo del 1846 ⁽⁴⁹⁾ e che avrebbe più duramente contestato in un altro intervento, riferito anche al giudizio per giurati esistente nel Regno d'Italia, vent'anni più tardi.

Siamo dunque al 1848. Giuliani è stato chiamato a far parte del Consiglio di Stato, una delle istituzioni chiave nell'assetto del nuovo Stato pontificio, ridisegnato dallo Statuto del 14 marzo 1848 ⁽⁵⁰⁾ carica importante, prestigiosa, che divide con nove altri esperti e intellettuali provenienti da tutto lo Stato, tra i quali si trovano anche giuristi di esperienza politica come Filippo Bonacci, Pietro Pagani, Francesco Orioli o Francesco Sturbinetti. Una carica, però che mostra di accettare contro voglia ⁽⁵¹⁾, deciso a lasciarla appena possibile ⁽⁵²⁾, per diverse ragioni ⁽⁵³⁾. Accolta la sua rinuncia, il Papa

20 giugno 1858 sui reati politici e sulla loro apologia a mezzo della stampa. Nello Stato pontificio, il Consiglio di Stato (di cui Giuliani, come abbiamo visto, faceva parte) aveva prodotto nell'estate del 1848 un Progetto di Regolamento organico per l'amministrazione della giustizia in cui pure veniva introdotta la giuria nel sistema processuale ordinario (notizia in G. GIULIANI, *Rapporto concernente le ragioni legislative*, cit., p. 15).

⁽⁴⁹⁾ *Sui giurati. Discorso critico*, cit. Più di vent'anni dopo, nella dedica di un nuovo opuscolo sullo stesso tema rivolta a Pietro Pellegrini, l'allievo che gli era succeduto sulla cattedra maceratese, chiarirà le sue intenzioni di allora. L'avvento di Pio IX, scriverà, faceva sperare in grandi riforme legislative: «Era dunque da prevedersi, che fra gli uomini prescelti a discutere le riforme, alcuno fosse sorto a proporre il sistema giudiziario dei giurati. Tornava perciò in acconcio il trattarne brevemente, ma con severa analisi, la questione, e ciò feci. [...] quel mio lavoro fu allora sottoposto a tutti e singoli i Consiglieri di Stato, che ne trassero argomento per porsi in guardia contro una innovazione cotanto pericolosa per la giustizia» (*Sulla istituzione dei giurati. Discorso*, Pisa, 1869, p. 6).

⁽⁵⁰⁾ L'art. 63 dello Statuto assegnava al Consiglio di Stato il compito di redigere i progetti di legge, i regolamenti di amministrazione pubblica e di dare pareri «sulle difficoltà in materia governativa». Con apposita legge gli sarebbe stato conferito anche il contenzioso amministrativo.

⁽⁵¹⁾ «Quando, nel giugno del 1848, ricevette la nomina a Consigliere di Stato, tentò a lungo di temporeggiare, tanto che fu redarguito dal Ministro dell'Interno Mamiani, per il suo ritardo a raggiungere Roma» (C. LODOLINI TUPPUTI, *Ricerche sul Consiglio di Stato pontificio (1848-1849)*, in *Archivio della Società Romana di Storia Patria*, XCV, 1974, p. 250).

⁽⁵²⁾ Parteciperà in tutto a 10 sedute, da quella del 30 giugno a quella del 3 agosto.

lo nomina giudice nel Tribunale di appello di Macerata ⁽⁵⁴⁾, funzione che svolgerà mantenendo la cattedra e l'insegnamento del diritto criminale nella Facoltà giuridica.

I suoi inizi nella nuova funzione di giudice coincidono con la breve fase costituente e poi repubblicana del nuovo Stato romano. « Nel Quarantanove — ha scritto Alberto Caracciolo ⁽⁵⁵⁾ — anche nell'antico Stato pontificio una classe dirigente laica e di formazione borghese-democratica, esposta alla prova non solo di cospirare, ma di governare, dimostrò di essere maturata e di tenere il passo non del tutto sproporzionatamente con quella di altre parti d'Italia »: Giuseppe Giuliani non sembra però essere di questa partita. Mentre alcuni dei suoi colleghi prendono viva parte nei nuovi avvenimenti, assumendo responsabilità di guida, rappresentanza o collaborazione ⁽⁵⁶⁾, egli sta perfettamente defilato, non assumendo alcuna posizione — bisogna aggiungere — neanche in sostegno, diretto o

Esibirà poi una relazione del suo medico: ha i reumatismi e deve prendere bagni al Porto di Civitanova. Il Ministro Mamiani dà parere favorevole ed il Ministro De Rossi gli accorda un permesso di due mesi.

⁽⁵³⁾ È probabilmente la grave malattia della moglie di cui parla spesso nelle sue lettere ad impedirgli di trasferirsi, come dovrebbe, a Roma. Ma si aggiungono problemi economici (l'indennità di carica non doveva essere molto alta) ed una certa riluttanza ad assumere ruoli e responsabilità in un organo collegiale a forte caratterizzazione politica, nel quale non doveva sentirsi molto a suo agio, se pensiamo che nelle dieci sedute cui ha partecipato sembra aver preso la parola una volta sola.

⁽⁵⁴⁾ Con lettera del 3 ottobre 1848 lo stesso De Rossi avvertirà il vice Presidente del Consiglio di Stato che l'avv. Antonio Gherardi, Presidente del Tribunale di appello di Macerata viene nominato Consigliere di Stato « in surrogazione del Sig. Avv. Giuliani del quale [il Papa] accettò la rinuncia destinandolo a giudice del detto Tribunale ». Prenderà servizio il 6 novembre 1848 (ASM, *Delegazione apostolica, Giustizia e tribunali*, 1848, b. 1293, fasc. 1).

⁽⁵⁵⁾ A. CARACCILO, *Da Sisto V a Pio IX*, in M. CARAVALLE, A. CARACCILO, *Lo Stato Pontificio da Martino V a Pio IX*, Torino, 1978, p. 660.

⁽⁵⁶⁾ Colleghi professori come Pirro Aurispa, Tommaso Bianchini, Patrizio Genari, Abdia Geronzi e Lauro Lauri; giudici come Carlo Chiappini, Tommaso Carocci e Filippo Borgogelli; avvocati tra quelli che più aveva cari o stimava, come Francesco Marcucci, Pietro Pellegrini, e Luigi Piccolotti, che erano suoi allievi, da lui amati e protetti, e poi Ernesto Belardini, Ruggero Campitelli, Giovanni Castelletti, Celestino Giuliani, Francesco Staurini ed Ernesto Tambroni Armaroli. Nomi che oggi non dicono nulla, ma che in quella fase segnavano uno spartiacque significativo tra un presente intollerabile ed una fondata speranza di cambiamento.

indiretto che sia, del composito partito che fa riferimento al Papa che stava a Gaeta. Scrive e sottoscrive, con corretta acquiescenza istituzionale, le sentenze che il Tribunale di appello emette ora “In nome di Dio e del Popolo”, notificandole “In nome della Repubblica Romana” (57).

Ancora cinque anni tra San Paolo e Santa Chiara (58), facendo insieme il professore (59) e il giudice (60), e poi di nuovo a studiare (61), per scrivere la terza edizione delle *Istituzioni di diritto criminale*. La pubblicherà nel 1856, molto rimaneggiata, ampliata, migliorata nello stile. Un’opera che si avverte anche cresciuta di autorevolezza, perché l’esposizione è molto più sicura, risoluta e spedita rispetto alle due edizioni precedenti.

C’è un’intenzione politica in questo rimettere le mani nella sua opera maggiore. S’è accesa in Europa, scrive nella *Prefazione*, la guerra dei sistemi filosofici, ed è sorto, da una parte, « il pretto

(57) *Selon le rite*, quando scrive al Presidente del Tribunale gli si rivolge con l’appellativo di Cittadino Presidente e spende parole per un suo vecchio amico e collaboratore, omettendo il titolo di avvocato, che aveva, per indicarlo come l’ecc.mo Cittadino Funari (ASM, *Delegazione apostolica*, 1849, b. 1294, ult. fasc.).

(58) L’Università fa ancora oggi corpo con la chiesa di San Paolo, mentre il Tribunale s’era messo allora da poco nell’antico convento delle clarisse (ma è bene ricordare che per i vecchi maceratesi dicendo Santa Chiara si allude piuttosto alle carceri, che al Tribunale erano annesse).

(59) Con l’anno accademico 1852-53 è divenuto Presidente del Collegio legale dell’Università: come dire il Preside della Facoltà giuridica.

(60) Sullo scorcio di quel quinquennio, nell’aprile del 1854, arriva al grado di appello la c.d. *Causa magna filotranese*, un processo intentato contro una banda di rapinatori notturni che avevano agito per anni intorno a Filottrano, tra Cingoli e Jesi, e che si era concluso in primo grado con sette condanne a morte. Isabella Rosoni, che ha ricostruito fatti e processo, ipotizza con argomenti plausibili un ruolo moderatore del Giuliani giudice, specie per quanto riguarda la riduzione a due delle sette pene capitali: cfr. I. ROSONI, *Criminalità e giustizia penale nello Stato pontificio del secolo XIX. Un caso di banditismo rurale*, Milano, 1988, spc. pp. 216-19.

(61) Nel novembre del 1854 va a Roma per «... implorare dal Santo Padre il permesso di astenermi dall’intervenire alle udienze del Tribunale di Appello di Macerata, ove sono giudice, per tutto il corso del corrente anno legale, all’effetto di potermi dedicare tranquillamente ad una terza edizione della mia opera di diritto criminale che voglio in qualche parte correggere e molto ampliare. Il Papa fu benigno alla mia domanda, e mi esaudì...» (*Carteggio Mittermaier*, AUH, *Lettera* di G. G. del 24 febbraio 1855).

Razionalismo » che pretende di « rendere l'umana ragione [...] donna, maestra e creatrice della assoluta giustizia ». Dall'altra c'è il *Lamennismo*, « che per umiliare l'umana ragione vorrebbe renderla schiava della parola, derivando tutte le idee dal linguaggio ». Contrastare queste due prospettive comporta un aggiustamento di linea scientifica: rinuncerà ai « sottili ed ingegnosi ragionamenti con cui il Romagnosi, partendo dal principio dell'utile [...] deriva dall'eguale tendenza degli uomini ad amare il meglio e fuggire il peggio, l'idea di una eterna giustizia ». Combatterà « la detestabile scuola chiamata *ateismo del diritto* », derivata dal *Trattato della legislazione* di Jeremy Bentham, da cui « l'anima candida del Romagnosi fu scossa » fino a rendere imperfetta la sua idea di giustizia; farà salva, però, la teoria della *spinta criminosa*, « preziosa fiaccola dell'umana giustizia », cardine di quegli insegnamenti romagnosiani « che meritavano il suffragio del profondissimo Rosmini [...]. Ma ad impedire che la teoria stessa diventi un pericoloso stromento in mano di chi non la intendesse colla prudente restrizione del Rosmini, fa d'uopo associarla col principio dell'*adequazione delle pene* »⁽⁶²⁾. È questo il nucleo forte della nuova impostazione: una teoria della pena coniugata strettamente alla sua funzione dissuasiva, ma dentro il temperamento della proporzione con il fatto, le circostanze, il grado della colpevolezza.

Vengono così praticamente riscritte o interamente aggiunte le parti che riguardano l'idea di giustizia, il diritto di punire, la quantità del delitto; quelle che affrontano l'origine, l'essenza ed i caratteri della pena; quella dedicata al « magistero preventivo, ossia alla prevenzione dei delitti conseguibile con mezzi non dolorosi ». Ma tutta l'opera, come ho detto, è arricchita (ben aggiornata, per esempio, per quanto riguarda i riferimenti alle legislazioni pontificia e toscana, che la punteggiano ad ogni passo), affinata e, se posso dire, progredita in franchezza, anche là dove — con prudenza, con stile, con misura — critica questo o quell'aspetto del vetusto sistema penale gregoriano.

Ma il 1855 non è soltanto il felice sabbatico che gli consente di

(62) G. GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale, con notizie sullo stato attuale delle legislazioni penali pontificia e toscana*, Macerata, Tip. Mancini, 3^a ed. emendata ed accresciuta dall'autore, 2 vol., 1856, I, *Prefazione*, pp. V-IX.

rimodernare, dopo quindici anni, la sua opera maggiore. È anche l'anno in cui si riapre per lui una stagione romana di lavoro legislativo. Il Papa, nello stesso momento in cui gli consente di lasciare per un anno il lavoro di giudice (ed anche quello di professore nello Studio), gli chiede di tornare ad occuparsi dell'annosa riforma dei codici ⁽⁶³⁾. Giuliani accetta. Ora può restare a Roma (sua moglie, la cui malattia lo aveva costretto a lasciare Roma nel 1848, è morta nel marzo del 1854), e quel lavoro lo attrae, ma egli è profondamente scettico, in cuor suo, sul successo dell'impresa e, forse, sullo stesso fondamento realistico del proposito del Papa. A Mittermaier racconta la storia degli insuccessi del 1847-48 e non gli nasconde il suo perdurante pessimismo ⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶³⁾ « Il Santo Padre », aveva scritto a Mittermaier a proposito del suo congedo, « mi esaudì, ma nel tempo stesso ordinò che io mi trattenessi in Roma e che insieme ad altri quattro giureconsulti mi occupassi a rivedere le osservazioni fatte dal Consiglio di Stato sul Progetto di Codice penale compilato nel 1847 dalla Commissione a cui io in quel tempo apparteneva. Ecco dunque l'occupazione che mi trattiene qui, e mi vi tratterà fino a tutto giugno prossimo venturo. Iddio faccia che io possa avere la consolazione di vedere compiuto e pubblicato il lavoro, su di che ho qualche dubbio [...] » (*Carteggio Mittermaier*, AUH, *Lettera* di G. G. del 24 febbraio 1855, cit.).

⁽⁶⁴⁾ « Nel 1847, al cadere di giugno, fu compiuto il progetto di codice penale di cui vi parlo, e che si sperava fin d'allora di vedere pubblicato. Le massime erano state fissate a maggioranza di voti dalla Commissione composta di 15 giureconsulti, la minor parte de' quali erano criminalisti, e la redazione degli articoli fu tutta confidata a me. Il lavoro a mio giudizio era riuscito bene. Il Papa lo volle mandare ad alcuni Tribunali per sentirne il parere. Ne nacquero opinioni discordi e lunghe cicalate, che furono poste in oblio. Le vicende politiche del 1848 e 1849 sospesero tutto. Tornato il Papa da Gaeta istituì nel 1850 una Commissione di revisione del Codice, alla quale furono anche chiamati alcuni dei primi compilatori. Non però io, che tornato in Macerata nell'agosto 1848 dopo aver rinunciato alla carica di Consigliere di Stato, non potevo muovermi da quella città per la gravissima e ostinata malattia di mia moglie che durò quattro anni, e per la quale ebbi il dolore di perderla nel 26 marzo 1854. La Commissione del 1850 alterò con poco criterio il progetto del 1847, e ciò fu non lieve danno. Il guasto peggiore è venuto per opera del Consiglio di Stato, dove essendovi un solo giureconsulto versato nelle materie criminali (l'avvocato Pietro Pagani di Imola) avvenne che la voce di questo illustre rimase soffocata ed il progetto del 1847 fu mutilato e sconciato in modo compassionevole. Il Papa stesso ha detto a me che il progetto di codice è divenuto un mosaico. Ora il mio mandato sarebbe quello di raddrizzare le gambe allo storpiato lavoro. Ma sarò io secondato in modo da potervi riuscire? E dopo la mia nuova fatica verrà il Codice pubblicato? Sallo Iddio » (*Carteggio Mittermaier*, AUH, *Lettera* di G. G. del 24 febbraio 1855, cit.).

L'estremo tentativo di rinnovare la legislazione si concluderà nel 1857, con la compilazione di un *Progetto di codice penale in riforma del Regolamento sui delitti e sulle pene del 1831*, (che appare, per tecnica normativa e per grado di innovazione, ben più arretrato del progetto del 1847, col quale si era pur misurato) e di un *Editto sulla riforma dell'organico e della procedura criminale*, che non ho avuto modo di vedere ⁽⁶⁵⁾. Il nuovo codice penale che viene proposto non si discosta poi tanto dal Regolamento gregoriano emanato nel 1831, e tuttavia la strada per arrivarci deve essere stata tortuosa e frustrante come Giuliani temeva ⁽⁶⁶⁾, così come deludente e scoraggiante ne sarà ancora una volta l'esito ⁽⁶⁷⁾.

Tornato a Macerata, riprende la sua ordinaria attività, dando però la prevalenza agli studi. Lo Stato pontificio è giunto ormai alla sua fine, e nelle lontane periferie si avverte forse più che a Roma lo sfaldamento politico e istituzionale che ne preannuncia la caduta. L'attività dell'Ateneo subisce frequenti interruzioni ed è sottoposta ad una vigilanza occhiuta e costante rivolta ai professori, con la

⁽⁶⁵⁾ Ne dà notizia M. CASTRACANE MOMBELLI, *Le fonti archivistiche per la storia delle codificazioni pontificie*, cit., p. 864, la cui ipotesi a proposito della progettazione del 1857 (p. 863) sembra fondata quanto al ruolo di revisione svolto dal Consiglio di Stato, ma non quanto all'esistenza di giureconsulti incaricati della progettazione. Del resto, della nomina di Giuliani nel 1854 in una Commissione legislativa con l'incarico di rivedere il codice penale, aveva già scritto C. LODOLINI TUPPUTI, *Ricerche sul Consiglio di Stato pontificio*, cit., p. 250.

⁽⁶⁶⁾ In una' altra lettera a Carl Mittermaier, l'ultima di quelle conservate ad Heidelberg, scrive di aver ricevuto « nel 1855 le sagge e preziose osservazioni sul nostro Progetto di Codice penale che Voi illustre mio Amico vi compiaceste di mandarmi. Poco appresso però credette il nostro Governo nella sua saviezza di ordinare alla Commissione, di cui faccio parte, la compilazione di un nuovo progetto, che si allontanasse il meno possibile dal vigente *Regolamento sui delitti e sulle pene*; perloché non potei mettere a profitto tutte le suddette vostre assennate osservazioni. Il nuovo progetto fu quasi compiuto nel luglio 1855, perloché sui primi del successivo agosto mi restituii in Macerata, dove diedi opera alla terza edizione delle mie *Istituzioni di diritto criminale* [...]. Del resto, ultimata la mia edizione sul cadere di ottobre prossimo passato, me ne venni in Roma sui primi di novembre, e trovai che quel nuovo progetto di Codice penale ultimato nel luglio del 1855 era andato soggetto ad alcune osservazioni che bisognava discutere nella nostra Congregazione. Furono adunque riassunti gli studi, e non sono ancora ultimati ... » (*Carteggio Mittermaier*, AUH, *Lettera* di G. G. del 20 aprile 1857).

⁽⁶⁷⁾ « Ottenne in compenso una medaglia di oro », ci fa sapere Felice Tribolati, al quale deve averlo raccontato lui (*Ricordo funebre di Giuseppe Giuliani*, cit., p. 11).

conseguenza di abbassarne sempre più la qualità ⁽⁶⁸⁾, ed ovviamente agli studenti, reclutati tra i più conformisti, che raramente sono i più brillanti. Quanto al lavoro di giudice, si prende lunghi congedi. Quello di un anno ottenuto dal Pontefice alla fine del 1854 è durato praticamente fino al 1858, e verso la fine del 1860, poco prima dell'arrivo dei piemontesi, non lo trovo più nel collegio giudicante.

Giuseppe Giuliani conosce in quegli anni una fase di radicalizzazione politica e di involuzione religiosa, se l'espressione rende l'idea. Le sue convinzioni divengono francamente 'papiste', nel senso pieno che l'appellativo aveva nello scontro politico di quel tempo: lo mettono in sintonia con le opinioni e con le battaglie che distinguevano in quel momento *La Civiltà Cattolica*, non lontano dal sentire dell'allora molto popolare gesuita padre Antonio Bresciani.

L'*Analisi* ⁽⁶⁹⁾ che egli fa seguire alla traduzione del libro di Albert Du Boys e la stessa idea di quella traduzione, nata da un intento politico di confutazione ⁽⁷⁰⁾, stanno perfettamente nel clima « di irreparabile oscurantismo dominante nel paese, che giustamente colpiva i contemporanei, i patrioti, i visitatori [...] e nell'anacronismo di un regno teocratico e di un'isola di *ancien régime* nel cuore d'Italia e nel vivo dell'età liberale » ⁽⁷¹⁾.

Il suo accentuato clericalismo sembra infliggere un segno, se posso dire, confessionale, alla stessa sua fede. Nel 1859, in occasione della sua solenne aggregazione alla Accademia di Religione Cattolica di Roma legge un discorso, che poi pubblicherà, intitolato *Dei*

⁽⁶⁸⁾ Nel 1859 la Facoltà giuridica è ridotta in uno stato miserevole: accanto a Giuliani, che la presiede, stanno un paio di vecchi professori, due canonici, qualche avvocato di seconda linea.

⁽⁶⁹⁾ *Analisi dell'articolo del Signor De Carné sui principii professati dal Signor Du Boys nel presente lavoro, scritta dal traduttore*, in appendice a A. DU BOYS, *Dei principii della rivoluzione francese considerati come principj generatori del socialismo e del comunismo*, tr. di G. Giuliani, Macerata, Tip. Mancini, 1857, pp. 376-409. Giuliani confuta lo scritto di L. DE CARNÉ, *Le problème de 89*, pubblicato nella *Revue des deux mondes* dell'ottobre del 1852, nel quale l'autore sosteneva che la parte censurabile della rivoluzione francese è quella che si avvia dal 1793, mentre vanno rispettati ed accolti i principii sanciti nel 1789 e nella fase costituente.

⁽⁷⁰⁾ « Il primo dovere dell'odierna generazione è quello di ripudiare, nella storia, le idee contro le quali essa è chiamata ad armarsi e combattere »: è la frase che mette in epigrafe, per dare il segno ed il senso alla sua impresa.

⁽⁷¹⁾ A. CARACCILO, *Da Sisto V a Pio IX*, cit., p. 679.

caratteri di verità che col solo naturale buon senso si ravvisano nella Religione Cattolica (72): vi si scorge l'idea di un cattolicesimo asseidiato, in lotta mortale con la modernità e con la storia, pago di aggrapparsi ad una verità che lo mette contro il mondo, orgoglioso, privo di ogni dolcezza e senza carità.

Annus horribilis, per lui, il 1860. In marzo i primi plebisciti sancirono l'annessione delle Legazioni (da Bologna a Cattolica) al Regno di Vittorio Emanuele, frutto della sollevazione dell'anno prima che le aveva praticamente sottratte (fin dal giugno 1859) alla sovranità del Pontefice. Le Marche e l'Umbria, oggetto di una intensa vertenza diplomatica, rivendicate dal Regno sabauda, sono in grande fermento, percorse da disordini (73), punteggiate di rivolte piccole e grandi che preparano l'evento decisivo: nelle campagne tra Castelfidardo e Loreto, il 18 settembre, il generale Louis-Christophe-Léon Juchault de La Moricière venne sconfitto mentre tentava di fermare le truppe piemontesi, comandate da Enrico Cialdini e dirette nell'Italia meridionale.

Nelle vicende che seguirono, Giuseppe Giuliani diede prova di una tempra straordinaria, per coerenza e dignità. Egli si comportò, fin dove poté, come se respingesse l'idea stessa di essere stato sottratto alla sudditanza del Papa. E se non più suddito, tuttavia fedele.

Malgrado le insistenze del Commissario regio Lorenzo Valerio non si piegò ad insegnare in una Università divenuta italiana e regia, che si prefigurava laica. Rifiutò il giuramento che gli si chiedeva, unico tra i professori di Macerata e *rara avis*, immagino, nell'intero

(72) Macerata, Tip. Mancini, 1859.

(73) Un piccolo episodio, indizio della concitazione di quei giorni, attraversò la vita di Giuseppe Giuliani, senza che lui ne abbia mai saputo nulla. Si tratta della elezione di un rappresentante maceratese nella Consulta di Stato per le Finanze, avvenuta il 12 settembre 1860, sei giorni prima della battaglia detta di Castelfidardo. Francesco Prosperi, Consigliere provinciale, propone una 'quadrupla' di candidati, e tra i quattro il prof. Giuseppe Giuliani di Macerata. La votazione avviene, le schede sono deposte nell'urna. Per una ragione che non appare (un rinvio? la certezza dell'inutilità? un'evenienza improvvisa?), lo spoglio non viene fatto. L'ho fatto io, quasi 118 anni dopo, il 10 febbraio 1978, aprendo le schede che stavano, ancora sigillate, in una busta del fondo Delegazione apostolica dell'Archivio di Stato di Macerata (ASM, *Delegazione apostolica*, 1857-1860, I, 2, b. 1390). Ho chiesto la presenza del Direttore dell'Archivio ed abbiamo redatto un piccolo verbale. Giuliani non era stato eletto. Mi pare di ricordare che avesse avuto un solo voto.

panorama delle Università che erano state pontificie. Non lo trovo negli elenchi — articolati per parrocchie — di quelli che votarono nel plebiscito che poneva i marchigiani tra i sudditi di Vittorio Emanuele: evitò dunque di coonestare, fosse pure con un voto di rifiuto, quella che probabilmente riteneva un'illegitima cerimonia tesa a mascherare un'usurpazione. La Pontificia Congregazione degli Studi continuò, dal 1860 al 1870, a pagargli un simbolico stipendio di professore, non avendo lui domandato allo Stato italiano, fino alla *debellatio* dello Stato pontificio, alcun riconoscimento per la trascorsa opera prestata (74). Decise ed ottenne, infine, di continuare il suo lavoro di professore, giudice e legislatore, al servizio della Repubblica di San Marino: non in Italia, e per uno Stato cattolico.

Come prima cosa, all'indomani dell'avvento del nuovo Regno, lasciò Macerata e se ne andò per un certo tempo a Milano. Nel 1861 passò anche alcuni mesi sul monte Titano (75). La notizia del soggiorno milanese viene dal *Ricordo funebre* di Felice Tribolati, che era suo amico, e non ho creduto di riscontrarla o circostanziarla. È plausibile, tuttavia, che si sia allontanato dalla città che lo conosceva come 'refrattario' irriducibile, nella quale avrebbe certamente trovato rispetto, ma forse anche avvertito qualche ostilità. In ogni caso, a meno di non tornare a fare l'avvocato, a Macerata non aveva più compiti da svolgere (76).

Si apre così la fase sammarinese, l'ultima della sua vita. « Il Giuliani [...] — ha scritto Gaetano Arangio Ruiz (77), il costituzionalista che insegnò a Macerata nei primi anni del secolo scorso — lasciò la

(74) Come pure sarebbe stato possibile. Pretese ed ottenne poi una pensione, accordata dalle leggi italiane ai funzionari dei soppressi Stati, dopo la scomparsa dello Stato pontificio, e col permesso del Papa, come risulta dalla memoria di T. BONACCI, *Considerazioni a sostegno del reclamo del prof. avv. Giuseppe Giuliani, ed in risposta alle conclusioni della Procura Generale*, Firenze, 1873.

(75) ASSM, *Atti del Consiglio Principe*, 1862-1866, libro PP, n. 39, foglio 8v.

(76) La notizia non ha grande rilievo, ma devo aggiungere che dalla data di diverse sue lettere, da altre lettere di maceratesi che gli scrivono e da ulteriori piccoli fatti, si desume che a Macerata egli continuò a tornare di tanto in tanto, lungo tutti gli anni sessanta. Affari ed affetti, verosimilmente, ve lo richiamavano.

(77) G. ARANGIO-RUIZ, *L'Università di Macerata. Vicende storiche e condizioni presenti*, parte II, *L'Università di Macerata nell'epoca moderna (1808-1905)*, Macerata, 1905, p. 39.

cattedra, prima ad un supplente, poi nel 1863 in modo definitivo, ma non perché dal Governo italiano ne fosse stato scacciato, si bene perché egli, alle insistenze del commissario Valerio e del novello rettore, addusse motivi di salute che, data l'età, gli faceva desiderare un clima più mite: fu nominato dalla Repubblica di San Marino giudice di appello per le cause civili e di prima istanza per le cause criminali, carica che egli accettò a due condizioni: di averne il permesso da Vittorio Emanuele II, di passare i mesi rigidi a Rimini ». Arangio cade in qualche errore. Dice che Giuliani abbandonò l'insegnamento maceratese nel 1863, mentre — come preciserò più avanti — egli era già nella funzione di giudice a San Marino nel marzo del 1862, dopo aver passato in quel piccolo Stato buona parte del 1861. È del tutto verosimile che abbia chiesto a Vittorio Emanuele l'autorizzazione a lavorare per uno Stato straniero, ma non tanto — come sembra voler far credere Arangio — in ossequio e riconoscimento dell'autorità del suo nuovo Sovrano, quanto piuttosto perché se non lo avesse fatto sarebbe incappato nella previsione dell'art. 178 del codice penale sardo, allora in vigore, che minacciava di relegazione fino a cinque anni il regnicolo abitante nello Stato che avesse accettato pensioni o stipendi da una potenza straniera in tempo di pace ⁽⁷⁸⁾. È altrettanto verosimile che abbia fatto richiesta alla Repubblica di abitare a Rimini nei mesi freddi: chiunque sia passato da San Marino durante l'inverno ben la comprende e certamente la approva.

E tuttavia la "testimonianza" di Arangio-Ruiz zoppica. « Chi scrive — precisa in una nota (p. 39) — ha lette due lettere, forse inedite, del Giuliani, dei 19 dicembre 1862 e 27 novembre 1863 che i fatti espongono quali sono stati nel testo riferiti. Le lettere si sono rinvenute fra alcune carte varie nell'Archivio dell'Università ». Quelle lettere non si trovano, né nell'archivio dell'Università, né nell'Archivio di Stato di Macerata, al quale l'Università ha versato le sue carte, né altrove ⁽⁷⁹⁾. Arangio 'attribuisce' loro date molto posteriori alla deliberazione sammarinese che è del marzo 1862. Temo che Arangio-Ruiz le abbia 'fabbricate' nella sua testa, per

⁽⁷⁸⁾ Quell'articolo dipendeva dall'art. 80 dello Statuto albertino, che ordinava: « Niuno può ricevere [...] pensioni da una potenza estera senza l'autorizzazione del Re ».

⁽⁷⁹⁾ Nemmeno a San Marino, dove a rigor di logica si sarebbero dovute conservare. Ricerche lunghe ed a più mani, nessun esito.

avvalorare una tesi plausibile ma indimostrata. E fabbricate neanche tanto bene, bisogna aggiungere: che senso ha dire ‘forse inedite’ di due lettere di Giuliani, il cui carteggio non è mai stato pubblicato? E perché lettere inviate alla Repubblica di San Marino dovrebbero trovarsi « fra alcune carte varie » nell’Archivio dell’Università di Macerata? E come mai si sarebbero dovute trovare in quell’Archivio lettere (o minute, o copie, di lettere) di Giuliani, scritte due e tre anni dopo che Giuliani stesso aveva lasciato l’Università e la città? Basterà riferirsi al fatto che egli aveva soggiornato a San Marino per alcuni mesi nel 1861 (adempiendo ad una condizione necessaria *ex consuetudine et lege* per ottenere l’incarico a cui aspirava) ed aveva assunto le sue funzioni di giudice alla fine di marzo del 1862: che ragione aveva, una volta entrato in carica, di scrivere alla Repubblica condizionando la sua *accettazione* il 19 dicembre di quell’anno ed il 27 novembre dell’anno dopo; e perché mai, ripeto, le sue lettere, inviate al Consiglio Principe di San Marino, sarebbero poi finite ‘fra carte varie’ nell’Archivio dell’Università di Macerata?

Arangio-Ruiz pensava forse di avvalorare con quelle lettere fittizie una più edulcorata motivazione dell’abbandono dell’insegnamento maceratese da parte di Giuliani (sarebbero stati motivi di salute che, data l’età, gli facevano desiderare un clima più mite). Ma, evidentemente, il buon Arangio non aveva vocazione per le bugie, e l’operazione gli è riuscita malissimo: le prove che testimoniano il radicale dissenso di Giuliani nei confronti dell’avvento del Regno d’Italia sono documentali, e l’idea di oscurarle con la storia dei motivi di salute fa sorridere. Se non altro, perché io stesso, che ci son passato spesso per le mie ricerche, posso assicurare che — non solo d’inverno — San Marino è molto, ma molto, più fredda di Macerata.

Il giorno 8 marzo 1862, il Consiglio Principe della Repubblica di San Marino deliberò di « ... eleggere il nuovo giudice di appello, di prima istanza nel criminale e di Precettore delle leggi per la gioventù, in luogo del già partito Prof. Zuppetta, e prescelse a pari unanimità il Prof. Avv. Giuliani, che per alcuni mesi dimorò in questa Repubblica nello scorso anno »⁽⁸⁰⁾. Pochi giorni dopo il

(80) ASSM, *Atti del Consiglio Principe*, 1862-1866, libro PP, n. 39, foglio 8v, cit.

Nostro esprime la sua accettazione ⁽⁸¹⁾ e dà inizio al duplice lavoro di professore di diritto ⁽⁸²⁾ e di giudice: in prima istanza per il penale e di appello per le cause civili ⁽⁸³⁾.

Gli anni di San Marino, però, non trascorrono tutti in quelle due pur importanti occupazioni. L'11 ottobre 1862 il Consiglio Principe lo incarica di rivedere il progetto di codice penale preparato nel 1859 dal penalista napoletano Luigi Zuppetta ⁽⁸⁴⁾, per arrivare a dare alla Repubblica la sua prima legge penale moderna ⁽⁸⁵⁾. Tre anni di lavoro, e finalmente Giuseppe Giuliani conosce per la prima volta la soddisfazione di vedere in vigore una legge penale da lui progettata ⁽⁸⁶⁾, anche se la bozza originaria non era stata predisposta da lui. Nacquero problemi. Sulla decisione della Repubblica e sulle correzioni, aggiunte e modificazioni apportate da Giuliani, Luigi Zuppetta, l'autore del primo progetto, aprì una scomposta, perso-

⁽⁸¹⁾ Si veda la deliberazione del 23 marzo 1862 in ASSM, *Atti del Consiglio Principe*, 1862-1866, libro PP, n. 39, foglio 13r.

⁽⁸²⁾ Quella di San Marino era una scuola di diritto di un certo livello, comprendente un corso iniziale di diritto romano, istituzioni di diritto civile ed istituzioni di diritto criminale, insieme ad elementi di diritto pubblico sammarinese. Nella Biblioteca Governativa della Repubblica di San Marino sono conservati gli appunti di cui Giuliani si serviva per le sue lezioni.

⁽⁸³⁾ La Biblioteca Governativa della Repubblica conserva un gran numero di sentenze a stampa dettate ed emesse da Giuliani, nella sua duplice veste di giudice penale e civile.

⁽⁸⁴⁾ *Codice penale per la Repubblica di San Marino, conforme al Progetto compilato dallo eccellentissimo professore Zuppetta*. Parte prima: *Della legge punitiva, del reato e della pena in generale*, Ravenna, Tip. Angeletti, 1859; Parte seconda: *Della legge punitiva, del reato e della pena, in particolare*, Ravenna, Tip. Angeletti, 1862. Gli originali manoscritti sono in ASSM, *Consiglio Generale*, Progetti di leggi, 1856-1876, busta 4.

⁽⁸⁵⁾ « Il Consiglio, accolta la massima esposta di adottare in legge il Codice criminale compilato dal prof. Zuppetta, ordinò che la commissione già preesistente e della quale farà parte il prof. Giuliani, il commiss. Venturini ed il cav. Malpeli, in sostituzione del defunto cav. Borghesi, prenda in esame gli articoli stessi del Codice sui quali il lodato prof. Giuliani anderà ad apporre le sue sagge e critiche osservazioni » (Deliberazione dell'11 ottobre 1862, in ASSM, *Atti del Consiglio Principe*, 1862-1866, libro PP, n. 39, foglio 33r.).

⁽⁸⁶⁾ Il *Codice penale della Repubblica di San Marino* (Ediz. ufficiale stampata a Pesaro, Tip. di Annesio Nobili, 1865), viene promulgato il 15 settembre 1865. Con la sua entrata in vigore sarebbero cessate — avvenimento epocale per l'antica, piccola Repubblica — le Leggi statutarie e bandimentali che in materia penale l'avevano da sempre governata.

nale, campagna di denigrazione che fece qualche piccolo rumore⁽⁸⁷⁾. « Il nemico nicchiava nell'ombra », scrive Zuppetta alludendo a Giuliani, che sarebbe stato in agguato per ghermire l'opera sua non appena egli si fosse allontanato da San Marino: il registro della polemica è tutto giocato sulla fama di cattolico clericale che accompagnava Giuliani, nell'evidente tentativo di radunare solidarietà politiche intorno alla sua rivendicazione. Bisogna dire che le sue proteste avevano un fondamento debolissimo nella realtà delle cose, mentre lo avevano fortissimo nel suo carattere iroso, incontrollabile ed incline a trascendere⁽⁸⁸⁾.

In realtà, quello uscito dalla profonda revisione operata da Giuseppe Giuliani, era un eccellente codice. E valgano, su tutte, le lodi che Francesco Carrara⁽⁸⁹⁾ rivolse sia all'opera che all'autore⁽⁹⁰⁾, con argomenti capaci di cogliere il senso più ampio di quell'impresa, che aveva un rilevante significato scientifico, prima

(87) Lo Zuppetta pubblicò tra il 1867 ed il 1868 una massiccia rivendicazione in tre grossi volumi, il primo dei quali reca il seguente chilometrico frontespizio: *Testo del Progetto del Codice penale della Repubblica di San Marino, compilato dal Professore Zuppetta nel 1859 e convertito in Codice penale, salve le modificazioni che il Governo della Repubblica vi fece inconsultamente introdurre dopo la partenza del Zuppetta da San Marino. Con note dello stesso Professore Zuppetta le quali racchiudono: 1) Un breve cenno de' motivi del Progetto Zuppetta. 2) Il rilievo delle introdotte modificazioni. 3) La dimostrazione che alcune di esse deturpano vandalicamente il Progetto Zuppetta, e che alcune altre si traducono in massicciate e mostruose incoerenze, in omaggio alla negazione della scienza e talvolta anche del senso comune*, Napoli, 1867. Il secondo (*Continuazione della parte prima*) ed il terzo volume (*Parte seconda*) vennero pubblicati, sempre a Napoli, nel 1867 e nel 1868.

(88) Uso parole di C. GHISALBERTI, *Luigi Zuppetta e la scienza del diritto penale*, in *Luigi Zuppetta, Patriota - Giurista - Parlamentare (1889-1989)*, a cura di T. NARDELLA, Manduria-Bari-Roma, 1990, pp. 146-47, che sulla vicenda del codice penale sammarinese scrive una pagina attenta ed equilibrata, pur obliterando la figura di Giuliani ed il ruolo da lui svolto, che certo non furono gli ultimi tra i motivi dell'ira di Luigi Zuppetta.

(89) F. CARRARA, *Codice penale della Repubblica di San Marino*, pubblicato nell'*Eco dei Tribunali*, nel 1866, e poi in altri giornali di legislazione e giurisprudenza. Oggi si legge nel secondo volume dei suoi *Opuscoli di diritto criminale*. Nella mia edizione degli *Opuscoli* (la sesta, Firenze, 1909), sta alle pp. 525-32.

(90) « Il senno e la grande sapienza del prof. Giuliani, di cui abbiamo prove monumentali nelle opere da lui pubblicate sul giure punitivo, ci era guarentigia sicura che il Codice, dopo lunga elaborazione portato finalmente alla sua vita giuridica, sarebbe stato meritevole delle meditazioni dei dotti; e la nostra aspettativa è stata anche superata... » (F. CARRARA, *Codice penale della Repubblica di San Marino*, cit., p. 525-26).

ancora che un valore puramente legislativo. Vi si aboliva la pena di morte ⁽⁹¹⁾, fatto di grande rilevanza simbolica allora, in area italiana, mentre nel Regno il partito abolizionista, tanto vigoroso all'indomani dell'Unità, retrocedeva zittito dall'insurrezione meridionale, appena spenta da una brutale repressione. Vi si instaurava una *tripartizione* dei reati (misfatti, delitti, contravvenzioni) che però non seguiva pedissequamente il difettoso modello francese, ponendo le contravvenzioni nel loro giusto ambito ⁽⁹²⁾ e distinguendo i misfatti dai delitti in ragione della quantità di colpevolezza. La recidiva vi è disciplinata secondo le peculiari convinzioni di Giuliani, "conformi al bisogno di una proporzionata repressione" ⁽⁹³⁾. Corrette le norme sulla complicità (che induce in Carrara solo una lieve esitazione in materia di favoreggiamento), saggio il regime della prescrizione, lodevole il tentativo di frenare, regolando il gioco delle aggravanti e delle attenuanti, l'arbitrio del giudice nella determinazione della pena. Sia dunque lode, conclude Carrara ⁽⁹⁴⁾, al sapiente che completò questo Codice, per aver voluto innalzare nel centro dell'Italia nostra una bandiera di progresso nella scienza penale.

L'attività di Giuseppe Giuliani nella riforma della legislazione sammarinese ⁽⁹⁵⁾ non si era peraltro, né si sarebbe, limitata al codice penale. Alla fine del 1862 aveva presentato, con breve relazione, uno schema di legge sui giudizi criminali contumaciali ⁽⁹⁶⁾, particolar-

⁽⁹¹⁾ Già nel marzo del 1848, a San Marino, il Consiglio Generale aveva sancito solennemente, « per acclamazione unanime », l'abolizione della pena di morte, per l'impulso, sembra, di Pasquale Stanislao Mancini.

⁽⁹²⁾ Comportamenti pericolosi, o contrari alla pubblica prosperità, 'disobbedienze' e infrazioni amministrative, « senza la presenza di alcuna o attuale o potenziale lesione del diritto » (F. CARRARA, *Codice penale della Repubblica di San Marino*, cit., p. 527).

⁽⁹³⁾ F. CARRARA, *Codice penale della Repubblica di San Marino*, cit., p. 527.

⁽⁹⁴⁾ F. CARRARA, *Codice penale della Repubblica di San Marino*, cit., p. 532.

⁽⁹⁵⁾ I quindici anni del Giuliani consulente legislativo in materia penale sono gli anni della prima codificazione sammarinese, e realizzano il passaggio dal regime consuetudinario e statutario a gestione giurisprudenziale a quello del 'monopolio' legislativo e della 'statalizzazione' del sistema. Un *imprinting* rilevante, nella storia penale moderna della 'Terra delle libertà'. E non fu certo senza motivo che il codice penale durò in vigore fino al 1952, mentre quello di procedura, con qualche inevitabile aggiustamento, ha regolato il processo sammarinese fino alle soglie dei giorni nostri.

⁽⁹⁶⁾ Il testo del Progetto, datato 30 ottobre 1862, sta in ASSM, *Atti del Consiglio Principe*, 1862-1866, libro PP, n. 39, fogli da 37r a 39v.

mente ricorrenti, come ben si può capire, in una realtà come quella di San Marino; e negli anni successivi altri incarichi, piccoli e grandi, continuarono ad essergli conferiti: tra questi, quello di dirigere il breve lavoro che condusse alla nascita di un succinto Codice di commercio ⁽⁹⁷⁾ e quello, molto impegnativo, di scrivere il primo *Codice di procedura penale* ⁽⁹⁸⁾ della Repubblica. Da questo nacque un processo solido, di stampo prettamente inquisitorio, come piaceva a lui, ma di un inquisitorio ‘moderato dalle regole’, come da lui ci si doveva aspettare. Tuttavia il codice di procedura nacque tra grandi difficoltà, tutte riferibili alla tradizione giuridica in cui per secoli aveva vissuto la Repubblica e che aveva prodotto cultura profonda e mentalità radicata nella classe dirigente sammarinese. Giuliani si batté per garantire un grado di appello ed un giudizio di revisione, il divieto di *reformatio in pejus* unito al divieto di appello per il fisco nel caso di condanna dell'imputato, una fase inquisitoria regolata e resa il più possibile certa. Non erano cose da poco, specie se si guarda alla tenace resistenza che ciascuno di questi punti incontrò nella Commissione revisionatrice istituita a San Marino per ‘moderare’ le sue proposte. Il codice, tuttavia, divenne legge, e somigliava molto a chi lo aveva concepito e fatto nascere.

Lavorare per San Marino era dunque proficuo e gratificante. Viverci, molto meno. Giuliani aveva passato i settanta anni, non era

⁽⁹⁷⁾ Si trattò, più precisamente, di una *Legge intorno alle lettere di cambio ed ai giudizi commerciali, specialmente considerati quelli che si chiamano nundinari*. L'incarico venne dato ad una Commissione composta da Giuseppe Giuliani, Felice Tribolati e Filippo Buonamici, dal Consiglio Principe della Repubblica con decreto del 20 novembre 1871, e l'elaborato venne consegnato, con sorprendente prontezza, il 12 gennaio 1872.

⁽⁹⁸⁾ Il Codice di procedura penale ebbe una storia più lunga. Quasi tredici anni di lavoro, dopo che il Consiglio, il 26 agosto del 1865, aveva assegnato a Giuliani l'incarico di compilarlo, coadiuvato dagli stessi Venturini e Malpeli che lo avevano assistito, per il codice penale, nella revisione del progetto Zuppetta. La prima stesura fu pronta soltanto il 13 marzo 1876. Giuliani la mandò da Pisa, dove ormai abitava da tempo, accompagnata da un *Rapporto* illustrativo. Poi, dopo un fitto andirivieni di controdeduzioni e repliche tra San Marino e Pisa, il testo definitivo, con annesso il *Rapporto sul Progetto di Codice di procedura criminale*, venne consegnato l'8 giugno 1877 (ASSM, *Consiglio generale*, Progetti di leggi, 1856-1876, busta 4). Il Codice sarebbe stato promulgato il 2 gennaio 1878, due mesi prima della morte di Giuliani.

perfettamente in salute, ed era solo. Sua figlia abitava da tempo a Pisa ed egli avrebbe voluto andare a vivere con lei.

È così che (probabilmente dopo aver preso opportuni accordi) decide di « rinunciare all'onore di continuare nel servizio di questa Repubblica »⁽⁹⁹⁾. Il Consiglio Principe corre immediatamente ai ripari, consentendogli comodità e prassi che mostrano quanto la Reggenza ed il Consiglio tenessero a mantenere la collaborazione del giudice e del consulente legislativo⁽¹⁰⁰⁾. Giuliani, decide a maggioranza il Consiglio, potrà stabilirsi in luogo lontano dalla Repubblica e decidere nel luogo dove starà, tutte le cause civili e criminali, che viaggeranno con la posta. La stessa cosa avverrà per i voti consultivi. La Reggenza manterrà l'onere della compilazione degli atti e della pubblicazione delle sentenze. Quanto all'insegnamento del diritto, viene accolta la proposta che Giuliani fa di farsi sostituire dall'avv. Federico Venturini, suo collaboratore da tempo. Lo stipendio, le indennità e tutte le altre condizioni del rapporto restano invariati⁽¹⁰¹⁾.

A Pisa, dove si stabilisce nell'autunno del 1865, ha dunque due compiti principali: il lavoro di giudice, nelle due funzioni che svolge, ed il codice di procedura penale, che gli è stato commissionato nello stesso giorno in cui gli sono stati accordati i nuovi privilegi. Ma gli resta, evidentemente, un po' di tempo per gli studi.

Sul finire degli anni Sessanta pubblica il suo nuovo saggio sulla giuria, che è un aggiornamento del primo suo *Discorso critico*, quello del 1846, con alcune integrazioni dei vecchi argomenti e con una seconda parte dedicata alla presenza dell'istituto dei giurati nell'ordinamento giudiziario del Regno d'Italia. Insiste nelle sue critiche, valorizzandone alcune già avanzate da Giuseppe Pisanelli⁽¹⁰²⁾ ma

⁽⁹⁹⁾ Il 26 agosto 1865 la Reggenza « espone che il Prof. Avv. Giuseppe Giuliani, fino dalli 17 luglio p.p., esponendo che importanti doveri di famiglia lo chiamano a stabilire la sua dimora in una città del Regno Italiano, probabilmente Pisa, emise suo malgrado la rinuncia all'onore di continuare nel servizio di questa Repubblica ».

⁽¹⁰⁰⁾ La Repubblica doveva probabilmente servirsi di Giuliani anche in alcuni dei rapporti che essa intratteneva col Governo italiano, approfittando della presenza in esso di Ministri che egli conosceva personalmente o che ne riconoscevano la qualità e la fama. Ne ho trovato tracce che in questo momento non sono in grado di documentare.

⁽¹⁰¹⁾ ASSM, *Atti del Consiglio Principe*, 1862-1866, libro PP, n. 39, foglio 194r-v.

⁽¹⁰²⁾ G. PISANELLI, *Dell'istituzione de' giurati*, Torino, 1856. Dal Pisanelli uomo

contestando recisamente i nuclei forti delle sue argomentazioni. Conclude infine confermando la sua antica opinione: la giuria mette a rischio la giustizia, non ha nulla a che fare con la libertà, serve a confondere il fatto col diritto, ed è un albero che, rigoglioso in Inghilterra, “degenera, aduggia e rende frutti aspri e malsani” se trapiantato altrove.

Ma è nel 1874 che egli pubblica lo studio più impegnativo del suo periodo ‘pisano’. Lo intitola *La mente di Giovanni Carmignani*, anche se ne fa in sostanza una sorta di manifesto del *proprio* pensiero penalistico (e pubblicistico), mediandolo con l’esposizione ed il commento di questo o quel passaggio dell’opera del maestro pisano. Uno scritto nel complesso debole, privo di limpidezza, percorso da una vena di rivendicazione dottrinale che non gli giova, ed imperniato su di uno dei motivi conduttori della sua vita di scienziato: la sua vicinanza teorica e personale ai grandi maestri, che sarebbe prova del suo valore e garanzia della qualità del suo pensiero. Il saggio non ebbe molta fortuna. Nella letteratura critica su Carmignani ottenne un posto marginale, non produsse discussioni, non fece opinione. E stavolta, l’opera di Giuliani non piacque a Francesco Carrara, che gli dedicò uno sferzante epigramma, immagino destinato a divertire i suoi amici:

*Un pio credente - di zelo ardente
Di Carmignani - scrisse La mente
Libro insipiente - utile a niente
Che santamente - o sogna o mente* ⁽¹⁰³⁾.

Senza risparmiargli un paio di versi beffardi in fondo ad un piccolo poema intitolato *Le sette peripezie di Carmignani* ⁽¹⁰⁴⁾.

politico, ministro ed artefice dell’unificazione legislativa italiana, prende esplicite ed inattese distanze, dicendolo « Uomo nel quale, citandolo con onoranza, io non considero che il Giureconsulto » (*Sulla istituzione dei giurati*, cit., p. 7).

⁽¹⁰³⁾ BSL, *Carte Carrara*, mss, V.C., n. 729, c. 40r.

⁽¹⁰⁴⁾ *Le sette peripezie di Carmignani: Flora* perché crudel mi vilipende / Poi m’imprigiona *Alfea* quel giacobino / Su mie virtù *Pardini* un velo stende / E vuol farmi d’Arcadia un damerino / *Roma* le sue minaccia ire tremende / e per *Cantù* divengo un Arlecchino / *Ambrosoli* traduce, e non lo intende / in cattivo italiano il mio latino / Fanatico il *Giuliani* alfin pretende / che io sia stato un cattolico codino / Dai nemici mi salva il nome mio / Dai falsi amici mi protegga Iddio (BSL, *Carte Carrara*, mss, V.C., n. 729, c. 40r).

Leggendo l'uno e gli altri si ha la convincente conferma dell'immagine che, al di là di quel che poteva aver fatto o faceva, Giuseppe Giuliani dava ormai inevitabilmente di sé.

Trascese ancora qualche anno dopo quell'ultima impresa e poi, il 7 marzo del 1878, quella vita operosissima — è scritto nel *Ricordo* di Felice Tribolati — terminava in Pisa, mentre il buon vecchio occupava il tempo che l'avanzava dall'ufficio di giudice della Repubblica di San Marino, nel dettare l'elogio di un autorevole magistrato toscano del passato secolo, l'auditore Vernaccini.

Abbreviazioni

ACVM	=	Archivio della Curia Vescovile di Macerata
ASM	=	Archivio di Stato di Macerata
ASR	=	Archivio di Stato di Roma
ASSM	=	Archivio di Stato della Repubblica di San Marino
ASV	=	Archivio Segreto Vaticano
AUH	=	Alte Universität Heidelberg
BCM	=	Biblioteca Comunale di Macerata
BSL	=	Biblioteca Statale di Lucca

BIBLIOGRAFIA DEGLI SCRITTI DI GIUSEPPE GIULIANI

Istituzioni di diritto criminale [...] nelle quali si commentano le sanzioni della nuova Legislazione criminale Gregoriana, Macerata, Tip. Mancini, to. 1° 1833, to. 2° 1834, to. 3° 1835, to. 4° 1836, Indice 1837.

Elogio di Niccolò Piccinini Giannelli, Macerata, Tip. Mancini, 1834.

Progetto di economia di giustizia sulla amministrazione del magistero penale, [idee per una riforma del *Regolamento organico di procedura criminale* del 1831], Macerata, ms, ottobre 1837. Un *Sunto* di questo *Progetto* viene poi prodotto nel dicembre del 1838.

Sulle spese di punitiva giustizia e sui mezzi per diminuirle, [idee per una riforma del *Regolamento organico di procedura criminale* del 1831], Macerata, ms, 9 dicembre 1838.

Pareri sulla allocazione delle competenze nei tribunali di Roma e sul Deliberato della Congregazione straordinaria istituita l'8 settembre 1837, in ordine ad economiche modificazioni nel ramo giudiziario civile e criminale, Macerata, ms, 1838.

Istituzioni di diritto criminale, col commento della Legislazione Gregoriana, Macerata, Tip. Viarchi, 2^a ed. riveduta ed accresciuta dall'autore, 1° vol. 1840, 2° vol. 1841.

Scelte Orazioni criminali, raccolte [...] da Niccolò Casini, Loreto, Tip. Rossi, 1° vol. 1841, 2° vol. 1843.

Analisi del Codice militare testè pubblicato nello Stato Pontificio, estr.

- da: « Annali di Giurisprudenza », I, 1841 (ma 1842), n. 6/7, pp. 367-79.
- Das neue Militärstrafgesetzbuch für die päpstlichen Staaten dargestellt*, in « Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes », XV, 1842, Bd. 2, II, 20, pp. 274-85.
- Della vera indole, ovvero dei giusti confini del giudizio di revisione. Discorso*, Macerata, Tip. Cortesi, 1843.
- Delle vicende a cui soggiacquero le prove ne' criminali giudizi, dall'epoca delle prime leggi scritte di Roma fino ad oggi. Dissertazione storico-critica*, Loreto, Tip. Rossi, 1843.
- Della ragione legislativa degli art. 15, 16, 193 e 194 del Regolamento penale. Discorso*, Macerata, Tip. Cortesi, 1844.
- Sui giurati. Discorso critico*, Macerata, Tip. Cortesi, 1846.
- Osservazioni sopra alcuni punti del progetto di Codice di polizia*, Macerata, Tip. Mancini, 1847.
- Progetto di codice di polizia preventiva e correzionale*, Macerata, Tip. Mancini, 1847.
- Rapporto concernente le ragioni legislative seguite dal compilatore del Regolamento intorno al modo di procedere contro i delitti in materia di stampa*, Macerata, Tip. Spada, 1848.
- Istituzioni di diritto criminale, con notizie sullo stato attuale delle legislazioni penali pontificia e toscana*, Macerata, Tip. Mancini, 3^a ed. emendata ed accresciuta dall'autore, 2 vol., 1856.
- Prefazione, Note ed Analisi illustrativa dell'opera di A. Du Boys, Dei principj della rivoluzione francese considerati come principj generatori del socialismo e del comunismo*, tr. di G. Giuliani, Macerata, Tip. Mancini, 1857.
- Dei caratteri di verità che col solo naturale buon senso si ravvisano nella Religione Cattolica. Discorso*, Macerata, Tip. Mancini, 1859.
- Sulla istituzione dei giurati. Discorso*, Pisa, Tip. Nistri, 1869.
- La mente di Giovanni Carmignani. Dissertazione storico-critica*, Pisa, Tip. Nistri, 1874.
- Difese, Orazioni, Allegazioni, Memorie*, in grande numero, stampate ad Ancona, Loreto, Macerata, Rimini, Roma, tra il 1835 ed il 1870.

LA COMMISSIONE DI INCHIESTA SUL BRIGANTAGGIO E LA LEGGE PICA

Dai moti contadini al « brigantaggio » antiunitario (1860-1862).

Nel febbraio del 1861, negli stessi giorni che vedono il primo Parlamento del nuovo Regno d'Italia riunito per la solenne proclamazione dello Stato unitario, le regioni meridionali del Paese stanno entrando in una pericolosa condizione di fermento e resistenza, che sembra voler mettere in discussione la realtà di quella unificazione. E proprio mentre Vittorio Emanuele II, a Torino, con la legge del 17 marzo 1861, assumeva per sé e per i suoi successori il titolo di Re d'Italia, in una lontanissima provincia lucana, tra Melfi e Ripacandida, il pastore ribelle Carmine Donatelli, detto Crocco, era acclamato come un liberatore ed accolto con onori trionfali, al grido di « viva Francesco II », dalle popolazioni dei centri che veniva occupando e « liberando » con le sue truppe.

Moti contadini si erano presentati subito sulla scena meridionale, durante l'avanzata di Garibaldi verso il nord e fino al momento della definitiva sconfitta borbonica. Sarebbe stato difficile però attribuire loro, almeno in quella primissima fase, un carattere di insorgenza o di « resistenza » politica.

Lo stesso banditismo non era in effetti cosa nuova in quelle regioni; anzi, era ben conosciuto come fenomeno endemico in certe particolari zone, comprese alcune aree periferiche dello Stato pontificio. Aveva caratteri « sociali », rappresentava in parte la maniera stessa di sopravvivere di alcune non trascurabili frange di quella società contadina, e si caratterizzava per una continuità ed una permanenza che finivano, paradossalmente, per ridurne in gran parte la valenza ribellistica ed il potenziale significato politico.

L'esperienza dell'ultimo secolo aveva anche mostrato come esso si risvegliasse particolarmente nel corso di agitazioni sociali e in

occasione di crisi di potere o di regime: ragione di più per non prendere eccessivamente sul serio le turbolenze ed i moti ribellistici che si erano manifestati in modo apparentemente episodico in quasi tutto il territorio del Regno durante l'impresa garibaldina. La sottovalutazione, però, si spinse troppo oltre, durò troppo a lungo e, unendosi ad una insufficiente visione politica della realtà meridionale, dette luogo a non pochi e non piccoli errori, di ordine essenzialmente politico e militare, e tutti riconducibili, a ben guardare, ad una serie di preoccupazioni che poco avevano a che fare con le cause vere della guerriglia meridionale.

Il primo e più grande errore fu infatti proprio quello di non valutare attentamente la natura di quella diffusa sollevazione: essa non nasceva da un movimento politico antiunitario, come alcuni pretendevano, né poteva essere ridotta, *tout court*, ad un'ordinaria manifestazione di criminalità comune, sia pure straordinariamente ampia. Indizio di una simile attitudine riduttiva fu il fatto che a quel fenomeno, nel suo insieme, venne dato il nome di *brigantaggio*, che nel linguaggio penale allora corrente designava la versione associata del banditismo di strada.

In una polemica che nell'estate del 1861 oppose D'Azeglio a Ricasoli, sono già perfettamente raffigurate le due posizioni. Il primo vedeva nel brigantaggio una prova della ostilità delle popolazioni del sud all'unione con il resto d'Italia: « ... ci vogliono — scriveva in una lettera a Carlo Matteucci —, e pare che non bastino, 60 battaglioni per tenere il Regno, ed è notorio che, briganti e non briganti, tutti non ne vogliono sapere. Mi diranno: — e il suffragio universale? — io non so niente di suffragio, ma so che di qua dal Tronto non ci vogliono 60 battaglioni, e di là sì. Dunque deve essere corso qualche errore... Ad italiani che, rimanendo italiani, non volessero unirsi a noi, non abbiamo diritto di dare archibusate ».

Ricasoli, da parte sua, temendo che una simile posizione, rappresentativa di sentimenti non isolati, potesse favorire ripensamenti antiunitari (appoggiati in quella fase da Napoleone III) replicò subito, cercando di negare valore politico a quanto stava accadendo nel Mezzogiorno. Egli riduceva il brigantaggio ad un fatto di comune delinquenza, prodotto dalla degenerazione sociale dovuta alle responsabilità del passato regime, strumentalizzato dal revanscismo reazionario e pontificio, alimentato dalla diaspora del vecchio eser-

cito borbonico. Ricasoli, ha scritto bene Giorgio Candeloro, dava del brigantaggio un quadro piuttosto superficiale: tuttavia, era nel giusto quando affermava che esso non era di per se stesso un fatto politico, ma un fatto sociale sfruttato politicamente dai reazionari. Sbagliava invece D'Azeglio, nonostante il suo richiamo al principio democratico del consenso popolare, presentando il brigantaggio come un'insurrezione antiunitaria.

Ciò che quella classe dirigente non voleva — ma forse non poteva — vedere, al di là delle differenze di orientamento o di sensibilità che potessero esservi al suo interno, era che quella guerriglia si dirigeva contro l'ordine sociale costituito, comunque rappresentato, e contro le proprietà e le pretese dei *galantuomini*: i notabili locali che avevano approfittato, quasi sempre illegalmente, delle leggi eversive della feudalità entrate in vigore al principio del secolo. Quelle leggi avrebbero dovuto assicurare una redistribuzione equa e larga dei demani feudali tra ex baroni, Comuni e cittadini, secondo un preciso meccanismo di quotizzazione, ma i galantuomini, che controllavano i Comuni, li avevano usurpati, o gestiti a loro profitto. Con il passaggio di mano di quelle terre, tra l'altro, le condizioni di vita nelle campagne si erano aggravate, in seguito alla perdita di non pochi privilegi che, come si sa, erano assicurati anche ai contadini dalla logica stessa degli assetti feudali di antico regime.

Ragioni sociali, dunque, alle origini della esplosione brigantesca del Mezzogiorno. Ragioni che vennero talora fraintese, talaltra comprese e perciò temute. Ma, per quanto esse potessero essere degne e comprensibili, lo Stato unitario non avrebbe potuto non reagire; se non altro perché venne in campo una pronta e decisa strumentalizzazione da parte di borbonici e clericali, che tentarono di trasformare quella insurrezione, delle cui cause essi portavano le principali responsabilità storiche, in un fenomeno di reazione sanfedista. Abbassare le armi, è stato giustamente detto, significava cedere di fronte alla reazione europea ed accettare di rimettere in discussione tutti i risultati raggiunti fino a quel momento dal movimento liberale e nazionale italiano.

Le armi non furono abbassate, ma le preoccupazioni politiche del governo di Torino (prima fra tutte quella per la presenza dei democratici a Napoli), unite alla sua incapacità di comprendere la realtà meridionale nel suo complesso, condussero a decisioni che

nella logica della lotta contro il brigantaggio si rivelarono rovinose. Fu così che, proprio mentre la sollevazione contadina stava prendendo forma, negli ultimi mesi del 1860, i moderati imposero lo scioglimento dell'esercito meridionale di Garibaldi (che aveva già avuto modo di dare ottima prova nel fronteggiare i primi focolai di rivolta, come nell'episodio di Ariano Irpino), indebolendo in modo serio il già sguarnito fronte della repressione.

Le bande dei briganti avevano cominciato a formarsi, ed incontravano le prime ovvie difficoltà nel reclutamento, quando un dissenziente provvedimento corse praticamente in loro soccorso: il vecchio esercito borbonico, forte in quel momento di oltre 100.000 uomini, venne congedato, con possibilità per gli ufficiali di arruolarsi nell'esercito italiano, e con il licenziamento di sottufficiali e truppa. Il risultato fu che pochissimi ufficiali entrarono nel servizio attivo sotto la nuova bandiera, mentre moltissimi furono gli sbandati di bassa forza che aderirono alle bande, diventandone talora capi famosi. La cosa si spiega, dice Candeloro, se si pensa che la grande maggioranza di essi era di origine contadina e che moltissimi, dopo il ritorno a casa, non trovarono un'occupazione e furono spesso soggetti a vessazioni da parte dei liberali. Come se non bastasse, poi, un decreto del 20 dicembre 1860 richiamò alle armi oltre 70.000 giovani, dei quali solo 20.000 si presentarono regolarmente; gli altri, come sarebbe stato facile prevedere, divenuti « fuori legge » per renitenza, finirono alla macchia, ingrossando le bande che esistevano già o costituendone di nuove.

Ma gli errori più gravi, ed i più colpevoli, imputabili in quella fase al governo italiano, furono di carattere strategico.

Non si trattò soltanto del disinteresse, o, peggio, del sostanziale spirito di boicottaggio, con cui vennero riprese le operazioni di quotizzazione delle terre, sulla base dell'ancora vigente legislazione borbonica. Né soltanto della insufficiente politica di lavori pubblici, avviata fin dal 1860 per alleviare la diffusissima disoccupazione, che pure fallì in conseguenza dello scarso impegno profusovi da una amministrazione peraltro incapace di gestirla convenientemente. Non era certo possibile, in pochi mesi, adottare tutti i provvedimenti di riforma ed i programmi di investimento che sarebbero stati necessari per rimuovere le cause troppo profonde del malessere meridionale. Né una riforma agraria, che pure avrebbe rappresen-

tato la migliore delle vie di uscita, posto che fosse stata negli intenti, poteva essere improvvisata in così poco tempo.

Occorre dire, però, che si restò ben al di qua di tutto questo. I vari plenipotenziari nominati dal governo di Torino, da Farini a Ponza di San Martino, da Cialdini a La Marmora, non si curarono minimamente delle cause strutturali del fenomeno brigantaggio, né pensarono affatto al pur minimo intervento riformatore. Le loro sole preoccupazioni furono politiche (nel senso di tenere sempre viva la pregiudiziale anti democratica, e pagando per essa un alto costo in termini tattici e strategici) e furono militari: anche se queste ultime diedero luogo ad una attività che meglio si potrebbe definire « poliziesca », e nel senso peggiore, specie nel corso della prima fase della repressione.

Era lì il punto centrale della questione. L'errore più grave commesso nella lotta contro il brigantaggio meridionale fu quello di consentire, soprattutto all'inizio, che esso venisse trattato con metodi che, oltre ad essere completamente inefficaci (e anzi, come spesso accade, tali da agguerrire ed inasprire la resistenza del nemico), erano prima di ogni altra cosa arbitrari ed illegali, inutilmente feroci e terroristici, ispirati ai principi dell'intimidazione e del ricatto, della punizione indifferenziata, della rappresaglia, della fucilazione dei prigionieri, della terra bruciata. Gli studi di Molfese e di Candeloro, di Scirocco e di Martucci, per restare ai più recenti, documentano largamente gli eccessi, le esecuzioni in massa, gli incendi e le stragi, di cui si resero colpevoli le truppe regolari, spesso per rispondere ad atrocità commesse dai banditi, più spesso nella convinzione — destinata però ad essere presto smentita — che fosse quello il modo giusto per venire rapidamente a capo dell'insorgenza.

Nella fase della « dittatura di Cialdini », nell'estate del 1861, erano impegnati nella repressione, con dubbi risultati, oltre 120.000 uomini. Demoralizzati dal tipo di operazioni in cui erano coinvolti, frustrati dalla apparente imbattibilità militare dei briganti e sfiduciati sull'esito finale di quella disperata campagna, essi esprimevano talora uno stato d'animo che faceva riflettere: « Sono ributtato — scriveva alla famiglia dall'Irpinia il tenente Gaetano Negri, che sarebbe divenuto sindaco di Milano — da questa guerra atroce e bassa, dove non si procede che per tradimenti e intrighi, dove spogliamo il carattere di soldato per assumere quello di birri ». Ma

la logica della repressione era ormai quella, e solo una svolta decisiva che imponesse un regime di legalità, sia pure adeguato all'emergenza, poteva cambiare le cose.

La maniera forte, del resto, non sembrava dare risultati soddisfacenti. Dai primi mesi del 1861, da quando cioè lo sforzo repressivo si era manifestato in modo più evidente, le bande non avevano fatto altro che crescere, per numero, per consistenza e per diffusione, nel Mezzogiorno continentale, risparmiando parzialmente la sola Calabria. La Basilicata, attraversata dalle bande di Crocco e di Ninco Nanco, era in rivolta dall'aprile del 1861; non era raro il caso di importanti città, prese e tenute lungamente dai briganti. Il Molise era quasi interamente controllato dagli insorti, e così gran parte dell'Abruzzo. Agli inizi di luglio la provincia di Avellino si sollevò: in tutta l'Irpinia sventolavano bandiere borboniche, e quando Cialdini, in quegli stessi giorni, assunse i poteri civili e militari nelle provincie meridionali, le comunicazioni tra Napoli e l'Adriatico erano diventate praticamente impossibili.

L'azione di Cialdini fu durissima, e non del tutto priva di efficacia. Cominciò con l'espulsione di elementi reazionari: a farne le spese furono nobili legittimisti, ex militari borbonici, un gran numero di preti ribelli e ben settanta vescovi, espulsi, fuggiti o arrestati per complicità in fatti di brigantaggio che comprendevano gravi episodi di stragi, devastazioni e saccheggi.

Arruolò guardie nazionali mobili, ed iniziò una repressione senza quartiere dell'insurrezione contadina fatta di spedizioni punitive, incendi di villaggi e di boschi, rappresaglie: nel teramano, nel giro di sei soli giorni, vennero eseguite 526 fucilazioni.

Nel secondo semestre del 1861 il brigantaggio subì colpi decisivi. Circa seimila banditi vennero messi fuori combattimento, tanto che le strade e le città tornarono sotto il controllo delle truppe. Solo i boschi ed i monti restarono in mano agli insorti, e da lì riprese vita la guerriglia all'inizio del 1862. Erano ancora in attività moltissime bande, guidate da Crocco, Tortora, Caruso, Ninco Nanco, Serravalle, Schiavone, Sacchettiello, Totaro, Cotugno e molti altri ancora. Il comando della repressione era passato al generale La Marmora, che nell'agosto si trovò a fare i conti con Garibaldi che marciava verso Roma. L'episodio dell'Aspromonte fu occasione propizia per proclamare uno stato d'assedio che facilitò le operazioni militari

(senza peraltro produrre grandi risultati), ma allo stesso tempo distrasse attenzione e risorse dalla lotta contro i briganti, creando spazi per le loro imprese in nuove regioni della Basilicata e della Puglia, dove si formarono bande al comando di Masini e di Romano. Si arrivò così alla fine del 1862, con quasi la metà di tutto l'esercito italiano impegnato in armi nel sud per una gigantesca impresa, della quale non si intravedeva ancora la fine e sulla quale, da ogni parte, si esprimevano riserve e perplessità, quando non si levavano apertamente dure e motivate critiche.

La Commissione parlamentare di inchiesta sul brigantaggio.

L'iniziativa di Garibaldi e ciò che seguì ai fatti di Aspromonte, contribuirono più di ogni altra cosa a far precipitare la situazione sul piano politico.

L'opposizione parlamentare era impegnata da tempo nella contestazione della politica meridionale del governo, « basata sul silenzio e sulla feroce repressione del brigantaggio, uniti alla discriminazione anti democratica », e da tempo denunciava in tutti i modi possibili il collegamento esistente tra le attività del Papa e dei francesi, che ostacolavano la soluzione della questione romana, e la minaccia reazionaria che incombeva sul Paese, facendo leva sulla sollevazione antiunitaria del Mezzogiorno.

L'impresa garibaldina svelò all'opinione pubblica questa realtà. Lo stato d'assedio che seguì, consegnando tutta l'Italia meridionale nelle mani del dispotismo militare, fece nascere un tale malcontento tra quelle popolazioni, che il governo, guidato da Urbano Rattazzi, non poté più sottrarsi, come aveva fatto fino ad allora, ad un confronto parlamentare su tutta la questione.

Il dibattito si svolse dal 20 novembre al 1° dicembre 1862, e vide Rattazzi sotto accusa, da destra e da sinistra, per l'incostituzionalità dello stato di assedio (che tra l'altro si protraeva senza che al Parlamento si fosse chiesta l'approvazione di qualche « facoltà straordinaria »), per gli abusi dell'esecutivo, per il malgoverno nel Sud e per i terribili guasti provocati dalle attività dei briganti.

La risposta di Rattazzi fu debole, come la sua posizione. Per giustificare l'eccezionale prolungamento dello stato d'assedio (proclamato da La Marmora in relazione alla « sedizione » garibaldina) addusse la necessità di portare « un più pronto ed efficace rimedio

alle due piaghe della camorra e del brigantaggio », con ciò stesso smentendo la minimizzazione che aveva fatto in tutti quei mesi della emergenza meridionale. Alle rimostranze vivacissime che queste affermazioni provocarono non poté rispondere che venendo incontro alle pretese dei suoi oppositori, dichiarando che avrebbe depositato, a disposizione della Camera, « ...il rapporto relativo a questo brigantaggio...[nel quale] vien fatto cenno delle cause che sinora hanno impedito di poterlo intieramente estirpare da quelle provincie, e si accennano pure alcuni rimedi i quali si potrebbero facilmente operare »: con la preghiera, aggiunse poi, « che questa relazione possa essere e venga esaminata da una *Commissione* che la Camera voglia nel suo seno nominare e che questa ne faccia un rapporto in un *comitato segreto*, perché in tal guisa si potranno meglio e con più calma discutere queste gravi condizioni del Paese e potrà la Camera con maggiore tranquillità e maggiore ponderazione esaminare quali siano i rimedi più opportuni per migliorarle ».

Questa proposta fu accolta unanimemente, ma pochi giorni dopo il governo si dimise, lasciando al successivo gabinetto Farini il compito di promuovere commissione e comitato segreto. Il rapporto sul brigantaggio, di cui Rattazzi aveva parlato in quella seduta, si rivelò essere poco più di un promemoria, messo insieme da un ufficiale aiutante di La Marmora, il quale ultimo, da parte sua, si era rifiutato di riferire al Parlamento, malgrado numerose e pressanti richieste che gli erano giunte da Torino.

Una commissione venne eletta dalla Camera perché esaminasse quel rapporto e riferisse poi in comitato segreto. Composta quasi interamente da deputati meridionali di tendenze moderate, essa trovò fortemente insufficienti le indicazioni contenute nel documento attribuito a La Marmora: vi si affermava che il grande brigantaggio era ormai ridotto ad un migliaio di uomini armati ed alle sole regioni dell'Ofanto, del Fortore, del brindisino e della frontiera pontificia, mentre veniva del tutto ignorato il fenomeno del « piccolo brigantaggio », che, infestando ancora tante regioni meridionali, rappresentava un serio problema per quelle popolazioni. Ma le manchevolezze del rapporto riguardavano soprattutto l'analisi delle cause del fenomeno e, quindi, l'individuazione di provvedimenti utili e possibili.

La commissione si fece carico di quelle lacune, indicando nella

mancanza di fiducia nel regime unitario la causa principale di quanto stava succedendo, e proponendo, nella relazione del deputato Antonio Mosca (della quale solo ufficiosamente si conobbe il contenuto), alcune possibili vie di uscita. Giudicava anche necessario, però, che una speciale commissione di indagine parlamentare affrontasse tutte quei complessi problemi, per porre la Camera in grado di assumere gli adeguati provvedimenti.

Ci si avviò dunque alla seduta del 16 dicembre 1862, tenuta « in comitato segreto », e cioè a porte chiuse, senza la presenza di alcun estraneo, senza che venissero stesi resoconti e con la sola redazione di un apposito verbale. La Camera, ha scritto Franco Molfese, fu riunita per molte ore in una seduta segreta che probabilmente fu una delle più sensazionali ed avvincenti fra tutte quelle tenutesi nei primissimi anni di esistenza dello Stato unitario. Il segreto venne osservato, quella volta, in maniera strettissima da tutti i deputati, che sentivano profondamente il dovere di serietà e di rispetto nei confronti delle istituzioni parlamentari, e che erano consapevoli della necessità di non dare pretesti alle forze antiunitarie e reazionarie, interne ed esterne, pronte ad attaccare e denigrare il regime liberale posto davanti alle sue prime difficoltà.

Dal comitato segreto venne la decisione di promuovere un'inchiesta parlamentare sul brigantaggio, con il mandato di « studiare le cagioni e lo stato del brigantaggio nelle province meridionali, e di additare gli opportuni rimedi ». La commissione incaricata di svolgerla vedeva tra i suoi componenti Aurelio Saffi e Stefano Romeo, appartenenti a quella sinistra democratica che si era apertamente battuta perché l'inchiesta si facesse, l'indipendente di sinistra Achille Argentino, il generale garibaldino Giuseppe Sirtori, e poi uomini come Giuseppe Massari, governativo e moderato, al pari di Donato Morelli e Antonio Ciccone, o Nino Bixio, rattazziano come Stefano Castagnola.

La commissione si mise subito al lavoro, già nel gennaio del 1863, percorrendo le regioni meridionali, e raccogliendo una vasta documentazione, fatta di relazioni, statistiche, deposizioni di autorità militari, testimonianze di prefetti, di magistrati e sindaci, ed infine da una miriade di esposti, memorandum, petizioni ed indirizzi, provenienti dalle municipalità, dalla guardia nazionale o da semplici cittadini. Partita da Napoli, dove si era trattenuta lunga-

mente per le prime rilevazioni, essa aveva poi lavorato ad Ariano Irpino, ad Avellino, a Foggia, Bari, Barletta, Lecce e Taranto, a Potenza, a Salerno, a Sora, rinunciando « con grandissimo rincrescimento », per la necessità di fare presto, a recarsi anche negli Abruzzi e nelle Calabrie. Lungo il percorso aveva spesso sostato in centri minori, ricevendo delegazioni dei luoghi attraversati o raccogliendo ordini del giorno, suppliche, e istanze. Aveva messo insieme così una documentazione enorme e di grande significato, al cui ordinamento aveva provveduto Aurelio Saffi e che era principalmente il prodotto dei resoconti che erano stati stesi da Massari in occasione di audizioni e deposizioni.

Il 30 marzo, l'on. Massari, relatore della commissione, informò la Camera, in seduta segreta, sull'andamento dei lavori; quindi, il 3 e 4 maggio, sempre a porte chiuse, lesse una lunga e complessa relazione nella quale la commissione, dando seguito al mandato avuto dalla Camera, indicava quali fossero, a suo avviso, « le cause del brigantaggio, quale il suo stato attuale, e quali i diversi provvedimenti che governo e Parlamento debbano prendere non solo per reprimere gli effetti immediati del male, ma anche per rimuoverne le cause e prevenirne in tal guisa il possibile rinnovamento ».

Quanto alle cause, « dalla loro definizione soltanto — disse significativamente Massari — e dalla determinazione precisa della maggiore o minore loro importanza, si può inferire il concetto esatto e veritiero del brigantaggio, e quindi il criterio con cui debba procedersi per combatterlo ed estirparlo ». Tutto questo significava negare in premessa ogni possibilità di ridurre il fenomeno ad un mero fatto criminale, così come, poco oltre, si negava la correttezza di una riconduzione di tutte le sue cause alla sola « crisi politica » che aveva investito il Mezzogiorno in seguito all'annessione unitaria.

« Le prime cause del brigantaggio — dice la commissione — sono le cause predisponenti. E prime fra tutte la condizione sociale, lo stato economico del campagnuolo, che in quelle provincie è assai infelice ». Laggiù, spesso, la proprietà è raccolta in pochissime mani, il numero dei proletari è enorme: a Foggia, a Cerignola, « havvi un cetto di popolazione, addimandato col nome di *terrazzani*, che non possiede assolutamente nulla e che vive di rapina ». È da questi ceti che viene alimentato il banditismo: su 375 briganti detenuti nelle carceri della Capitanata nel giorno in cui la commissione vi giunse,

ben 293 appartenevano al misero cetto dei così detti *braccianti* », non foss'altro perché « la vita del brigante abbonda di attrattive per il povero contadino, il quale ponendola a confronto con la vita stentata e misera che egli è condannato a menare, non inferisce di certo dal paragone conseguenze propizie all'ordine sociale ».

Il rapporto tra le condizioni sociali di ogni singola regione e la presenza, virulenza, e vitalità del brigantaggio in ciascuna di esse, è affermata e dimostrata dalla relazione Massari con grande chiarezza ed abbondanza di esempi e di dati. Ma l'attenzione rivolta alle cause sociali « predisponenti » non attenua quella che va rivolta alla più complessiva arretratezza trasmessa in eredità dal passato regime: « La infausta dinastia dei Borboni creò ed ha lasciati nelle provincie napoletane ... mali [che] sono l'ignoranza gelosamente conservata ed ampliata, la superstizione diffusa ed accreditata, e segnatamente la mancanza assoluta di fede nelle leggi e nella giustizia ». A questi elementi di arretratezza, dopo la sconfitta, si sono aggiunte le conseguenze delle trame politiche che i Borboni non hanno cessato di tessere: perché avendo sperimentato in passato che era possibile tornare per opera del brigantaggio, « pensavano di ammannire le stesse armi per conseguire lo stesso scopo ».

Non mancano, dice la relazione, cause che si potrebbero dire storiche: infatti il brigantaggio ha prosperato per secoli nelle regioni meridionali, e per lungo tempo il brigante è apparso « agli occhi di quelle plebi piene di immaginazione e crucciate dalle privazioni, ben altra cosa da quello che realmente è; dinanzi ad esse si trasforma, diventa un essere fantastico, il simbolo delle loro contrastate aspirazioni, il vindice dei loro torti ». Né vanno tralasciate le cause che nascono dalla configurazione dei luoghi, dalla divisione delle terre, dalla distribuzione degli abitanti sul territorio, dallo stato delle vie di comunicazione e dal fatto che quei luoghi sono in gran parte coperti di folti boschi.

Punto dopo punto, Massari identifica, con una capacità di penetrazione talora sorprendente, tutte le ragioni principali della presenza del brigantaggio, ed indica con lucidità gli errori compiuti fino ad allora dai rappresentanti governativi a Napoli, dal governo a Torino, dai responsabili dell'ordine nelle zone di operazione; addita le responsabilità degli amministratori locali e quelle delle burocrazie alimentate dal corrotto sistema di governo borbonico, che lo Stato

unitario non era minimamente riuscito ad intaccare. Denuncia le resistenze del vecchio notabilato, infido e trasformista, ancora esitante tra la prospettiva di aderire al nuovo stato di cose e la paura di farsi cogliere sulla posizione sbagliata da un eventuale rovesciamento della situazione. Critica soprattutto la polizia, inefficiente, inetta, impaurita e corrotta, facendo salvi però i carabinieri, che, a suo dire, per disciplina, coraggio e alacrità, si sono guadagnati la fiducia universale. Accusa infine il clero cattolico che, quando non opera apertamente nell'ideazione e nell'organizzazione delle imprese brigantesche, agisce comunque nel confessionale, che è divenuto il luogo « degli incitamenti e dei conforti al brigantaggio ».

Un'analisi lucida, quella di Giuseppe Massari, equilibrata, senza reticenze, alla quale parecchio debbono, occorre dirlo, anche molte delle ricostruzioni e valutazioni che di quei fatti furono operate in seguito dalla storiografia, compresa quella più recente. Un'analisi che, se ci fosse arrivata senza i tagli e le attenuazioni a cui fu sottoposta prima di essere stampata, ci apparirebbe ancora più esplicita e convincente.

Non ugualmente soddisfacente fu invece il discorso di Massari per quanto riguarda la relazione sui fatti. Egli non disse nulla (a meno che proprio quella parte sia stata tolta dalla sua relazione prima della stampa) sull'operato dell'esercito, sulle violazioni della legalità, sulle intimidazioni, sulle rappresaglie ed in genere sui metodi seguiti nella repressione. Mentre proprio quei metodi, come si sa, erano stati all'origine della costituzione della commissione di inchiesta ed avevano con tutta probabilità rappresentato l'argomento centrale della discussione nel comitato segreto del 16 dicembre 1862.

Per quanto riguarda i rimedi, la relazione non fa che ripercorrere il discorso sulle cause del brigantaggio, riferendo a ciascuna di esse una particolare ipotesi di intervento. Si pensa a lavori pubblici che possano contribuire ad alleviare la povertà di quelle popolazioni e realizzare insieme strade, ferrovie, disboscamenti, bonifiche; si pensa a ristrutturare ed epurare le amministrazioni pubbliche, a riordinare la polizia, ad incrementare la presenza dei carabinieri, ad impiegare meglio la guardia nazionale nell'opera di repressione; si fanno proposte perché il clero ostile sia posto sotto sorveglianza e, allo stesso tempo, venga favorito quello « veramente liberale e

morale ». Ma accanto a questi ed altri proponimenti, quello che più sembra rilevante alla luce di quanto sarebbe accaduto sul piano legislativo come conseguenza dell'operato della commissione di inchiesta, è certamente il complesso di analisi e proposte che riguardano l'operato della magistratura e, quindi, l'amministrazione della giustizia penale in relazione al brigantaggio.

La commissione è cosciente del fatto che ormai non è più possibile procedere, nella repressione del brigantaggio, con gli stessi metodi sbrigativi ed illegali largamente praticati fino ad allora. Il Parlamento, il Paese, l'opinione pubblica europea, non lo consentono più: e non lo consente più la natura liberale dello Stato, messa a durissima prova da due lunghi anni di violazioni ed abusi che ne hanno già largamente stravolto l'immagine agli occhi delle popolazioni, e non solo di quelle meridionali. Allo stesso tempo, le regole e la natura stessa della giustizia ordinaria non sembrano adeguate alla situazione di eccezionale emergenza in cui gli avvenimenti in corso nel Mezzogiorno hanno gettato il giovane Stato unitario.

« La magistratura — rileva la commissione — come tutto nelle province meridionali, trovasi ancora essa nel periodo di trasformazione, del passaggio dal vecchio al nuovo; né può ragionevolmente aspettarsi che in tempi di crisi l'amministrazione della giustizia proceda con la pacata regolarità dei tempi ordinari. Nuova la procedura, nuovo il rito, nuovi gli istituti, nuovi i collegi giudiziari; ricco di guarentigie, ma necessariamente pieno di lentezze il sistema dei giudizi per via dei giurati; accumulati i processi ed ingombre le prigioni di giudicabili per le straordinarie circostanze; diverso il criterio del magistrato da quello delle autorità civili e militari e del pubblico nella estimazione del grado di imputabilità e della colpeabilità: la libertà provvisoria in determinate condizioni prescritta dalla legge e quindi impossibile a negarsi; difficili le prove giuridiche di certi reati; difficile e talvolta impossibile il raccoglierele; scarsi per le distanze i circoli delle assise; mancanza di facoltà nei magistrati a costringere i testimoni a deporre la verità; per la vivacità delle passioni e dei risentimenti politici, per gl'interessi lesi, per i continui pericoli della proprietà e della vita, proclivi le popolazioni alle ingiuste accuse; troppo esigente la pubblica opinione ». Il quadro è realistico, e viene presentato con un intento di obiettività. Allo stesso tempo, però, si tende a suggerire l'idea di una oggettiva impratica-

bilità della situazione, quando si considerino insieme, da una parte, quelle manchevolezze, quelle difficoltà, quelle contraddizioni, e poi, dall'altra, l'eccezionale pericolosità del contesto in cui esse vengono a cadere.

Tutto questo insieme di cause, di problemi, di emergenze, conduce la commissione a proporre alla Camera di varare una legge eccezionale, da valere nelle regioni infestate dal brigantaggio e per un tempo limitato, capace di raggiungere due scopi: quello di riportare la repressione dentro i limiti della legalità, mettendo fine alla giustizia sommaria praticata *ad modum belli*, e quello di consentire una pronta e severa punizione dei colpevoli, per restituire fiducia alle popolazioni e dissuadere i ribelli. Il rigore che si impone per stroncare il brigantaggio, giustificato dalle necessità della difesa sociale, deve essere definito con la più scrupolosa precisione, dice Massari, e per fare questo occorre che sia il Parlamento a dettarne i criteri ed i limiti. A situazione di emergenza, strumenti di emergenza, ma senza che la legalità ed i principi dello Stato costituzionale debbano soffrirne.

Non si può dire che il progetto di legge che, su richiesta della Camera, la commissione avrebbe presentato il 1° giugno 1863, rispondesse a quelle promesse di rigore legalitario. Esso conteneva troppi elementi di continuità con le tanto vituperate tradizioni borboniche, tanto da riprodurre, in più di un istituto, un decreto di Ferdinando I emanato nel 1821: lo stesso decreto che anche Pasquale Stanislao Mancini aveva certo tenuto presente nel dicembre 1862, nel preparare un suo progetto di legge per la repressione del brigantaggio, che molto avrebbe influenzato il lavoro legislativo della Camera.

Nel progetto della commissione, il reato di brigantaggio (che veniva ovviamente punito con la morte) è configurato al modo degli antichi regimi, come quello di chi scorre la campagna in compagnia armata. In esso vengono assorbiti, e quindi equiparati, comportamenti di complicità, o addirittura di favoreggiamento (il c.d. *manutengolismo*), secondo un principio teorico che riportava la civiltà penale dello Stato unitario ai livelli in cui Beccaria e Filangieri l'avevano trovata nell'Italia di cento anni prima.

Il progetto, oltre a spostare sull'esecutivo, attraverso i prefetti, una grande quantità di nuovi poteri, prevedeva l'istituzione di

Giunte di pubblica sicurezza con il compito principale di formare ed aggiornare le liste dei briganti (ricalcavano, dice Molfese, lo schema delle « delegazioni provvisorie » che P.S. Mancini aveva tolto, quasi di peso, da quel decreto di Ferdinando I del 1821); i tribunali militari avrebbero giudicato briganti, complici e manutengoli, secondo le leggi della giustizia criminale militare del tempo di guerra; si sarebbero corrisposti premi a coloro che avessero catturato (o ucciso) briganti inseriti nelle liste, e sarebbe stata introdotta la molto discussa pena della deportazione in terre lontane; infine, formidabili prerogative eccezionali sarebbero state riconosciute alla giunta e al prefetto, tali da mettere discrezionalmente nelle loro mani, insieme a tutte le questioni di ordine pubblico, anche le più elementari libertà dei cittadini, i traffici, le industrie ed ogni altra attività produttiva, i sindaci, le amministrazioni locali e la guardia nazionale.

La legge Pica.

Le critiche e le perplessità furono molte. Si parlò di stato d'assedio strisciante, si stigmatizzò l'idea di premiare gli uccisori di briganti e venne seriamente criticata l'estensione del codice militare di guerra anche a comportamenti estranei al crimine di brigantaggio in quanto tale. Nessuno negava l'emergenza e la necessità di valersi del rigore necessario per usare il pugno di ferro contro i briganti; allo stesso tempo però, si diffondeva una generale ostilità nei confronti di provvedimenti socialmente — e « giuridicamente » — costosi, dai quali ci si aspettava molto poco in termini di efficacia.

Il 31 luglio 1863, la proposta di legge preparata dalla commissione di inchiesta sul brigantaggio affrontò il dibattito parlamentare. Il governo mantenne le distanze da quella proposta, che non era formalmente la sua, nell'intento, tra l'altro, di non assumere la paternità di provvedimenti eccezionali. La proposta si trovò dunque ad avere poco convinti difensori nella maggioranza, mentre incontrò fieri detrattori negli esponenti della sinistra democratica, Avezzana, Lazzaro, Miceli, che non solo ne contestarono a fondo i contenuti potenzialmente liberticidi, ma ne pronosticarono la totale inutilità, ove la Camera non avesse adottato i provvedimenti economici e sociali necessari per eliminare le cause « predisponenti » della insurrezione contadina meridionale.

Gli interventi della sinistra crearono subbugli in aula, la seduta

venne sospesa, e si cominciò a temere che la legge non potesse essere approvata in quella sessione. Il governo infatti, cosciente della difficoltà di quella discussione, per toglierle spazio e respiro, aveva ottenuto che essa cominciasse soltanto due giorni prima della chiusura della Camera. Fu a questo punto che un deputato abruzzese, Giuseppe Pica, su evidente suggerimento del governo, chiese che venisse messa in discussione una sua proposta, che presentò come proposta di sintesi e mediazione.

Si trattava di cinque articoli in tutto che davano al governo la potestà di indicare le provincie « in stato di brigantaggio », ai tribunali militari il compito di giudicare briganti e complici, e questo per pochi mesi, fino al 31 dicembre di quello stesso anno. Per i briganti che opponevano resistenza armata si prevedeva la morte, mentre si promettevano diminuzioni di pena a quelli che si fossero spontaneamente presentati entro un mese. Da ultimo, fatto di estrema importanza nella storia delle misure di polizia preventiva nel nostro Paese, il progetto Pica dava al governo la facoltà di assegnare per non più di un anno un domicilio coatto agli oziosi, vagabondi, sospetti, camorristi e manutengoli.

La discussione fu vivace, anche se costretta in tempi strettissimi. P.S. Mancini riuscì ad introdurre temperamenti di diritto comune: escludere la fucilazione, concorrendo circostanze attenuanti, applicando i lavori forzati a vita. E non la deportazione, come alcuni chiedevano, perché la « la deportazione è una pena che non dovrà entrare, quasi diremmo, di sorpresa nel sistema penale italiano, senza che, a suo tempo, il Parlamento ne faccia argomento dei suoi studi e di una seria e matura riflessione ».

Con qualche temperamento e qualche contropartita, la legge che porterà il nome di Giuseppe Pica venne dunque approvata il 6 agosto 1862, a scrutinio segreto, con 174 voti favorevoli e 30 contrari. Entrò in vigore il 15 agosto e cominciò subito ad essere applicata. Tutte le provincie meridionali, tranne Napoli, Bari, Teramo, Reggio Calabria e Terra d'Otranto, vennero dichiarate in stato di brigantaggio; il 1° settembre venne pubblicato il regolamento per l'esecuzione della legge, che regolava il nuovo istituto del domicilio coatto, e intanto cominciava l'attività dei tribunali militari. Questi ultimi, grazie ai rinvii della scadenza della legge che puntualmente seguirono (e che non mancarono di peggiorarne in più sensi il

contenuto), funzionarono fino alla fine del 1865, e sul loro operato ci furono molte e giustificate critiche. La giustizia militare era stata individuata come la più garantita delle giustizie rapide possibili, ma quella rapidità fu troppo spesso trasformata in sommarietà. I militari giudicavano troppo spesso con la costituzione di un tribunale straordinario sul campo: senza assicurare adeguata difesa agli accusati, spesso senza osservare il rito, eludendo comunque il principio che voleva che ci si riferisse ad un vero tribunale di guerra. Pasquale Stanislao Mancini, in un intervento alla Camera, nel 1866, rinunciò ad esplicitare alcune sue critiche alla giustizia militare applicata ai briganti, per non « fare rivelazioni di cui l'Europa dovrebbe inorridire ». Tuttavia, come ha scritto Molfese, i tribunali militari non erano stati investiti del compito di giudicare i reati di brigantaggio allo scopo di amministrare la giustizia in modo migliore della magistratura ordinaria, ma per concorrere efficacemente alla repressione del brigantaggio con la celerità e con la severità dei loro giudizi.

Il brigantaggio, bisogna dire, fu estirpato, anche se il prezzo pagato fu, come ben si sa, enorme: per le vite che furono distrutte, per la giustizia che fu negata, per la civiltà che fu offesa, per i diritti che vennero violati. Quegli anni terribili restarono molto a lungo nella memoria delle popolazioni meridionali come quelli in cui per la prima volta esse avevano sperimentato l'Italia. Nella memoria della classe dirigente italiana, invece, quegli anni restarono come quelli in cui per la prima volta si erano presentate insieme l'emergenza e la necessità. E furono quelle popolazioni, già da secoli emarginate ed oppresse, il capro espiatorio della prima prova di fermezza e di conquistata coscienza nazionale offerta dai responsabili della nuova Italia.

POLITICA E GIUSTIZIA IN FRANCESCO CARRARA

Due profili fondamentali emergono quando si riflette sul rapporto tra giustizia e politica nell'opera complessiva di Francesco Carrara.

Il primo è quello che non ci fa dubitare del grande peso che egli assegna alla politica nella prospettiva di tutto il suo lavoro: dalla produzione scientifica alla riforma della legislazione, fino al modo stesso con cui affronta i problemi tecnici che il diritto penale gli pone davanti. La 'politicalità' della sua scienza gli è nota e cara, ed è una politicalità che — nella concezione 'civile' che egli ne ha — può essere interamente compresa in un elevato concetto della *libertà*. E vedremo in quale misura e in che senso.

Il secondo si collega ad un passaggio preciso della sua riflessione teorica: la decisione di non esporre la classe dei delitti politici, una volta giunto alla fine del *Programma del corso di diritto criminale*. Quella decisione ha ingombrato il terreno con la sua imbarazzante presenza, obbligando la dottrina penalistica ottocentesca a tortuose manovre d'elusione e impegnando in difficili operazioni di decifrazione e conciliazione gli storici del diritto che se ne sono occupati ⁽¹⁾.

Io mi soffermerò su questo secondo profilo, innestandolo però nel primo. Valorizzerò la convinzione carrariana della stretta connessione tra diritto penale e politica. Offrirò anche una interpretazione, che mi pare la sola compatibile con le fonti, capace di spiegare

(1) In un articolo di qualche anno fa, io stesso cercai di dare un senso a quella scelta carrariana, cogliendo — credo — il suo spirito, ma non le concrete ragioni politiche che l'avevano provocata: cfr. M. SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra otto e novecento. Il problema dei reati politici dal « Programma » di Carrara al « Trattato » di Manzini*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 2, 1973, p. 638 sgg. [t. II, pp. 755 sgg.].

e far comprendere quel diniego, partendo — per l'appunto — dalle ultime pagine dell'ultimo volume della parte speciale del *Programma*.

« Io mi sono sventuratamente convinto che politica e giustizia non nacquero sorelle; e che nel tema dei così detti reati contro la sicurezza dello Stato così interna come esterna, non esiste diritto penale filosofico; laonde come nella pratica applicazione la politica impone sempre silenzio al criminalista, così nel campo della teoria gli mostra la inutilità delle sue speculazioni e lo consiglia a tacere » (2).

Francesco Carrara scrive queste famose parole prendendo commiato dai lettori del suo *Programma*, nel luglio del 1870. *La politica impone sempre silenzio al criminalista*, quando si tratta di praticare il diritto nella realtà. Ma anche quando essa attraversa il campo della teoria, *lo consiglia a tacere*. Affermazioni che suonano fin troppo pessimistiche per uno spirito libero quale certo era Carrara, e che sostengono il suo rifiuto di « esporre la classe dei delitti politici » nell'ultima parte della sua opera più importante.

Quel rifiuto ha fatto molto discutere. Pesò in misura assai relativa sulla dottrina ottocentesca a proposito di reati politici, ma è stato visto, giustamente, come una chiave per valutare il rapporto tra quella dottrina e la questione, assai delicata, del dissenso politico nello Stato liberale. Carrara aveva certamente capito che entrare nel merito dei delitti politici, definirli, costruire un sistema nel quale le garanzie e le prerogative del cittadino dovevano essere conciliate con le esigenze e le pratiche di autotutela delle forme politiche, lo avrebbe portato inevitabilmente nel mezzo delle contraddizioni dello Stato liberale. Sarebbe venuto allo scoperto il punto di crisi dello Stato di diritto. Opta così per una dichiarazione di inconciliabilità tra politica e diritto penale: il delitto politico, che altro non è se non il risultato della « prevalenza dei partiti e delle forze » (3), non può essere conciliato con i « principi assoluti del giure penale ».

(2) F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale*, 2^a ed., Lucca 1871, VII, p. 636 [§ 3939].

(3) F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale*, cit., VII, p. 627 [§ 3926].

Quel rifiuto, come ho già avuto modo di dire in passato (4), esprime un atteggiamento radicale, il solo capace di scindere le responsabilità dei giuristi da quelle del potere politico arbitrario. Con esso si smascherano le vere ragioni dell'operato dei governi, e si mostra come essi usino le leggi a vantaggio di una battaglia di parte. Con il rifiuto si toglie al potere la copertura dei dotti e, soprattutto, lo scudo della scienza, della sua neutralità e della sua capacità di avallare (quasi di 'purificare') le spregiudicate operazioni con le quali, facendo un uso poliziesco del diritto, il potere stesso riesce a mantenersi in sella.

Allo stesso tempo, però, una simile scelta è per sua natura improduttiva di conseguenze pratiche. Con essa si esprime una testimonianza di grande significato, ma non si impedisce che i codici continuino a prevedere delitti politici, e che la politica continui ad arbitrare la giustizia, violando, all'occorrenza, i fondamenti della legalità.

Ma una rilettura più attenta e *meglio storicizzata* (5) di quelle pagine di Carrara permette oggi un'ipotesi più convincente. Un'ipotesi che finisce per valorizzare, tra l'altro, lo spirito della penalistica civile, che in Carrara riprende e continua a farsi sentire, anche dopo le umilianti vicende di quegli anni sessanta.

« D'altronde al tempo della mia prima pubblicazione [...] io non aveva ancora fatto sperimento del come vegeti la giustizia *anche sotto i liberi reggimenti* quando la politica se la pone fra le ugne. *Dieci anni* di ulteriori studi, di *ulteriori esperienze* e di *ulteriori disinganni* mi

(4) M. SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale*, cit., p. 639 [t. II, p. 756].

(5) Meglio storicizzata. Credo che sia necessario, ormai, accettare l'idea che la storia del diritto penale non può prescindere dalla storia dei contesti coi quali il pensiero giuridico si confronta e interagisce. Gli avvenimenti politici, le dinamiche sociali, il fenomeno criminale, la legislazione, le pratiche di giustizia, gli stessi avvenimenti salienti che segnano le biografie dei giuristi, non possono più essere ignorati. Lo storico di una scienza della società non deve dimenticare che l'oggetto delle sue ricerche è complesso: esso è fatto di libri, ma anche della realtà che li ha espressi. Chi pensasse di poter prescindere dai fatti si metterebbe in una pericolosa condizione di minorità, e si esporrebbe a serissimi rischi di errori ed omissioni.

La stessa cosa vale nella ricostruzione delle idee di una scuola o di un giurista: una storia meramente ideologica, non intessuta di fatti, non verificata sugli avvenimenti, avulsa dalle vicende biografiche dei protagonisti, finisce per essere fuorviante e, comunque, inservibile. La storia del pensiero giuridico non ha senso, se la sua unica fonte è il pensiero giuridico di cui si deve fare la storia.

hanno renduto scettico (*bisogna bene che io lo confessi*) sulla esistenza possibile di un giure penale filosofico e ordinato sopra principii assoluti nella materia del così detto reato politico » (6). [I corsivi sono miei].

Questo passo, conosciuto e mille volte citato da tanti storici e giuristi, non è mai stato letto con la necessaria attenzione. Francesco Carrara lo scrive nel luglio del 1870, facendo un preciso e circostanziato riferimento alle vicende dei dieci anni precedenti: gli anni che in quel momento lo separano « dall'epoca della mia prima pubblicazione », l'inizio del 1860, quando uscì la prima edizione della parte generale del *Programma*. Sono dieci anni di *esperienze* (di giurista, di parlamentare, di legislatore, di cittadino) e di *ulteriori disinganni*, che gli hanno mostrato che anche un *libero reggimento* come il giovane Regno d'Italia può arrivare a soffocare la giustizia sotto il peso della ragione politica. Sono gli avvenimenti degli anni sessanta che lo « hanno renduto scettico ». E quel *bisogna che io lo confessi* ha il suono inconfondibile di una dissociazione radicale, affermata come un doloroso dovere al quale non sarebbe dignitoso sottrarsi.

Quegli anni sessanta, lo sappiamo, sono gli anni della repressione indiscriminata del brigantaggio meridionale. Una repressione iniziata violando prima la legalità ordinaria, poi ricorrendo a 'leggi d'eccezione' di dubbia legittimità statutaria, che tuttavia vennero anch'esse violate. Sono gli anni in cui 'la politica' fa entrare nel regime punitivo l'idea dell'emergenza e, attraverso essa, quella del doppio livello di legalità, costituito dal codice da un lato e dalle leggi di pubblica sicurezza dall'altro. Gli anni in cui, accanto ad un codice di concezione classista come quello del 1859 (7), si impiantano pratiche classiste di polizia che fanno dell'ammonizione e del domicilio coatto strumenti ordinari di governo delle classi dette 'pericolose'. Carrara pensava a quegli anni e a queste cose (8). Il suo

(6) F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., VII, pp. 625-626 [§ 3924].

(7) G. NEPPI MODONA, *Carcere e società civile dall'Unità a Giolitti*, in *Rivista di storia contemporanea*, I, 1972, pp. 341-380, poi rifuso ed ampliato col titolo *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia* (Einaudi), V, *I documenti*, Torino 1973, pp. 1917 sgg.

(8) Nelle annotazioni al § 3939 del *Programma*, dal quale hanno preso le mosse queste mie riflessioni, si trova un rapido cenno dello stesso Carrara sul tenore polemico dei « ... pensieri da me già varie volte esternati in proposito delle leggi sul brigantaggio ».

‘deporre la penna’ senza trattare la materia dei delitti politici assume in parte il valore di un gesto di protesta ⁽⁹⁾.

Visto alla luce di questa rilettura, il rifiuto sembra meno improduttivo di quanto (mi) possa essere apparso in passato. Se il valore che Carrara volle dargli era quello di una testimonianza, espressa in un gesto che nella sua misura, e pur nel suo ambito di opzione scientifica, voleva essere in qualche modo clamoroso, bisogna dire che lo scopo fu interamente raggiunto. Dopo più di cento anni, quelle pagine risuonano ancora.

Ad avvalorare questa ipotesi, del resto, c'è la complessa ed appassionata azione pratica che egli intanto veniva svolgendo in altre sedi, legislative ed anche scientifiche ⁽¹⁰⁾. Cosa che non avrebbe fatto se il suo rifiuto fosse stato, come allora si diceva, ed oggi talvolta si ripete, ‘filosofico’.

⁽⁹⁾ Una « balda protesta della libertà contro la tirannide », l'avrebbe considerato Eugenio Florian, che tuttavia — cogliendone il valore — non ne avrebbe afferrata la precisa collocazione storica. Secondo lui il Carrara aveva presenti, esponendo la sua “dottrina”, « ... le condizioni politiche in cui si trovavano taluni paesi, allorché essa venne enunciata; il ricordo, ed in qualche luogo l'esempio dei governi assoluti non erano peranco tramontati... » (E. FLORIAN, *Dei delitti contro la sicurezza dello Stato*, in *Trattato di diritto penale* a cura di A. ZERBOGLIO, E. FLORIAN, A. POZZOLINI, P. VIAZZI, vol. II, parte 1^a, Milano, Vallardi, s.d. [ma 1902], p. 65). Il fatto è che Carrara parla espressamente di *liberi reggimenti*, e non si vede perché avrebbe dovuto elevare una protesta come la sua, solo perché in « taluni paesi » non si era ancora spento il ricordo dei governi assoluti.

⁽¹⁰⁾ Nel 1868, per esempio, due anni prima di pronunciare il suo rifiuto, aveva dato larga mano alla costruzione del sistema dei reati politici nella Commissione parlamentare che si occupava del progetto De Falco. La stessa cosa farà nel 1869, dando pareri per il Codice penale ticinese (che sarà pubblicato nel 1873), il quale finirà per contenere un titolo sui *Crimini e delitti contro l'ordine costituzionale e la sicurezza interna*, molto equilibrato e moderato nella concezione e nelle pene (cfr. G. RONCORONI, *La legislazione penale ticinese dal 1816 al 1873, con particolare riguardo al Codice del 25 gennaio 1873*, Pisa 1975, pp. 207, 223, 249 sgg.). Nel 1876, insieme a Lorenzo Nelli, lavorerà proprio sul titolo dedicato ai delitti politici del progetto Mancini, introducendovi miglioramenti di tipo “liberale e garantista”, alcuni dei quali resteranno nel codice Zanardelli: cfr. F. CARRARA, L. NELLI, *Osservazioni e proposte di emendamento delle sottocommissioni sul secondo libro del progetto del Senato*, Roma 1877. Quanto al persistente impegno dottrinale sui reati politici, basterà pensare a quanto essi vengano implicati da Carrara nell'analisi di diversi istituti speciali. Si veda l'attenta rassegna fattane da F. COLAO, *Il delitto politico tra Otto e Novecento. Da “Delitto fittizio” a “nemico dello Stato”*, Milano 1986, pp. 74 sgg., che giustamente fa notare come il rifiuto espresso nel *Programma* fosse destinato ad essere contraddetto.

Si trattò dunque di un rifiuto, ma non di una rinuncia. Rinunciare non sarebbe stato coerente col suo pragmatismo, e lo avrebbe costretto ad un impossibile silenzio su questioni che invece gli stavano molto a cuore. Non ultima quella della configurazione da dare, sul punto dei reati politici, al codice penale in preparazione.

Ho accennato al suo pragmatismo. Si tratta certamente di un carattere distintivo dell'attitudine politica che Francesco Carrara esprime ogniqualvolta si trova ad affrontare il rapporto che esiste (o che occorre istaurare) tra ordinamento penale e società. Io ne darò qui solo due esempi, ma chi conosce bene *tutta* la sua opera sa che se ne potrebbero citare molti di più.

Il primo esempio mi viene dalla sua teorizzazione della non necessità della unificazione penale, argomentata sulla teoria della difesa giuridica, ma dettata dalla paura di vedere il carnefice tornare all'opera in Toscana ⁽¹¹⁾. Una posizione sorprendente, quasi impensabile, che ci mostra un Carrara ostile all'unificazione legislativa penale all'indomani dell'unità: il fatto è che egli si trova a pesare sulla bilancia due opportunità politiche, ed opta per quella che gli sembra meno in contraddizione con i principi ai quali crede di più.

Il secondo mi viene dalla *Prima relazione alla Commissione per il nuovo Codice penale ticinese* ⁽¹²⁾, nella quale scongiura i legislatori ticinesi di non irrigidirsi sulla richiesta di abolizione della pena di morte nel loro codice penale. Consiglia di transigere, di accettare un po' di pena capitale, pur di ottenere che il Codice, che è molto ben fatto, sia approvato. « Il vostro progetto può rimanere in tutte le sue parti, quando ancora una maggioranza paurosa stimasse necessario mantenere il carnefice nel Cantone. Non si tratterebbe in questa dolorosa ipotesi che di mutare la penalità in otto, o in nove casi; ma tutto il resto del Codice potrebbe restare intatto. [...]. Importante oggi è di avere un Codice progressivo e preparato in modo che quando suoni l'ora propizia per la completa vittoria contro il carnefice, non vi sia bisogno di ritardare questo trionfo col solito pretesto di dover fare un nuovo Codice [...]. In caso di sconfitta non

⁽¹¹⁾ F. CARRARA, *Se la unità sia condizione del giure penale*, Prolusione 1865-66, in *Opuscoli di diritto criminale*, 6^a ed., Firenze 1900, II, pp. 5-42).

⁽¹²⁾ Sta nello scritto intitolato *Sul progetto di Codice penale ticinese. Relazioni*, in *Opuscoli di diritto criminale*, cit., II, pp. 535 sgg.

giocare tutto sopra una carta: mantenersi sul terreno, e contrastandolo palmo a palmo, guadagnare più che si può ».

Io trovo molto sagge queste linee di strategia penale e mi pare di poter dire che a Carrara fosse perfettamente congeniale la dimensione politica, specie quando si trattava di questioni che avevano direttamente a che fare con la legislazione. Così come trovo un po' naïve l'idea che avvicinarsi all'opera di Carrara cercando di darle una appropriata collocazione politica, sia da considerarsi, chissà perché, carattere distintivo dei giuristi marxisti ⁽¹³⁾.

Sono giunto alla fine. Quel che vorrei emergesse dalle riflessioni che ho svolto è la conferma di un'immagine del penalista lucchese che, con differenti sfumature, mi pare tutti condividiamo. Un giurista di grande passione civile, capace di mettere la sua straordinaria abilità tecnica (e la sua ineguagliabile capacità di convincere, fatta di pensiero lucidissimo e di una scrittura affascinante) prima di tutto al servizio della civiltà penale e della libertà: due valori che egli, in una visione che non possiamo non considerare altamente politica, considera integralmente innervati alla scienza giuridica che professa.

Detto questo, non bisogna dimenticare che Francesco Carrara resta un uomo le cui idee, per quanto liberali, hanno l'età dei suoi tempi e che non sarebbe buona enfasi quella che ci spingesse a farne un 'garantista' da secolo ventesimo inoltrato. Il suo costante impegno politico e teorico per la legalità reca i segni della fase storica in cui si espresse, ne porta i limiti e va giudicato a quella stregua. Per lui era importante, per esempio, che *il codice* non venisse snaturato da norme dettate da questa o da quella contingenza, ma questo non lo spingeva fino a considerarsi contrario in via di principio a leggi eccezionali (che certo non amava), quando fossero imposte da situazioni eccezionali. L'importante era che quelle leggi non violassero i « cardini positivi della ragione punitrice » e che, una volta in vigore, venissero osservate. Questa era la sua idea della legalità ⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ È quanto sembra pensare M.A. CATTANEO, *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, Torino 1988, p. 102.

⁽¹⁴⁾ Sovraccaricando di conseguenze un passo del § 3939 del *Programma* (che Carrara prende, senza nominarlo, ad August Geyer), M.A. CATTANEO, *Francesco Carrara*, cit., p. 102, crea un corto circuito tra quelle espressioni (« Guai se un codice penale si foggia sul dagherrotipo delle leggi di occasione: ogni principio di giustizia sarà concul-

Significa, tutto ciò, che Francesco Carrara si riconosceva in una visione condizionata della libertà ed era pronto a porre limiti ed eccezioni alla civiltà giuridica?

Gli storici sanno bene che quando si disegna il profilo delle grandi personalità, il rischio è proprio quello di cedere alla tentazione di limare e ritoccare finché esso non corrisponda alle misure ideali di un'immagine stereotipata, adatta alla celebrazione. Sarebbe sciocco tentare una simile via per Francesco Carrara: ma — aggiungo — sarebbe anche impossibile. La sua opera è così vasta, così distesa in un tempo lungo e diversificato, così intrisa dei contrastanti impulsi dell'uomo, del proprietario, dello scienziato, del notevole, dell'avvocato, da essere irriducibile ad un qualsiasi tutto tondo elogiativo. Il suo carattere distintivo sta nella complessità, al punto che le diventa impossibile sfuggire al felice svilupparsi della contraddizione. Vicende politiche, polemiche scientifiche, convinzioni personali, condizionamenti professionali e biografici si intrecciano nelle sue pagine e vi depositano spunti innumerevoli, capaci di legittimare molte e diverse letture della sua personalità. Molte, diverse, e quindi — in buona sostanza — una: quella complessità e quelle contraddizioni non sono altro che il segno di un grande che ha agito con profonde convinzioni, ma senza pregiudizi, in tempi difficili.

cato da siffatto codice») e la recente, nostra, legge 26 maggio 1982, n. 304. « La frase carrariana — osserva — mi sembra perfettamente adeguata quale critica della recente legislazione italiana detta di emergenza ». In realtà Carrara stava difendendo un'idea di codice penale, senza che questo significasse ostilità irriducibile per le leggi eccezionali, che non arrivava ad avversare in via di principio. Il suo obiettivo — e l'oggetto del suo discorso — era un *modello generale di codice penale*, non la legislazione di tipo eccezionale. La cosa è attestata nello scritto *Confronti storici* (1875), in *Opuscoli di diritto criminale*, 3^a ed., Prato 1884, VI, p. 388: « Ripeterò ancora una volta la bella sentenza di Geyer: "Un codice penale è guasto quando vi si insinuano leggi di occasione. Alle eccezionalità o di luoghi o di tempi l'autorità provveda con misure eccezionali. Ma il codice penale, destinato ad essere perpetuo regolatore di tutti i cittadini, deve contemplare soltanto le condizioni normali e prevalenti della nazione. Non si dimentichi questa verità nella prossima discussione del nuovo progetto" ».

LA PENALISTICA CIVILE. TEORIE E IDEOLOGIE DEL DIRITTO PENALE NELL'ITALIA UNITA

1. Una nuova figura di penalista professionale. — 2. La centralità del problema penale. — 3. La penalistica civile. — 4. In attesa del codice. La questione della pena. — 5. In attesa del codice. L'emergenza e il dissenso politico. — 6. La scuola che sarà detta 'classica' e il codice Zanardelli. — 7. La Nuova Scuola. Progresso, delinquenti, scienza e società. — 8. Il diritto penale e le ingiustizie sociali. — 9. Dalla penalistica civile alla civilistica penale. — 10. Il diritto penale dello Stato totalitario.

« Gli sconvolgimenti degli ultimi anni e le tristi condizioni non recarono nocumento al carattere fondamentale delle disquisizioni scientifiche dei dotti italiani » (1).

(1) K.J.A. MITTERMAIER, *Sullo stato attuale della giurisprudenza d'Italia, con esame dei libri e giornali di giurisprudenza più importanti pubblicati in Italia da tre anni*, in « L'Eco dei Tribunali », I, 1851, n. 73, p. 578. Questo studio, pubblicato a puntate (E.d.T.: I, 1851, n. 73, pp. 577-9; I, 1851, n. 74, pp. 585-6; II, 1851, n. 108, pp. 97-9; II, 1851, n. 109, pp. 105-7; II, 1852, n. 174, pp. 629-33; II, 1852, n. 175, pp. 637-42) cambierà titolo già dalla terza puntata (*Sullo stato attuale delle scienze legali in Italia...*), cambiandolo poi ancora quanto al sottotitolo, che a partire dal n. 174 reca la precisazione ... specialmente riguardo alla legislazione e giurisprudenza penale. L'articolo era stato pubblicato, col titolo *Ueber den gegenwärtigen Stand der Rechtswissenschaft in Italien, mit Prüfung der bedeutendsten seit drei Jahren in Italien erschienen rechtswissenschaftlichen Werke und Zeitschriften*, nella rivista diretta dallo stesso Mittermaier, « Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes », XXIII, 1851, pp. 298 sgg. e 471 sgg. Mittermaier aveva anche pubblicato un libretto, *Italianische Zustände*, Heidelberg 1844 (tr. it. P. MUGNA, *Delle condizioni d'Italia*, Lipsia-Milano-Vienna 1845) nel quale, fin da allora, dava giudizi (fin troppo) benevoli sulla scienza giuridica italiana e su quanto in Italia si veniva facendo in materia di prevenzione criminale, assistenza, rieducazione, giustizia e penalità. Questo libretto e i rapporti di Mittermaier con gli ambienti scientifici italiani, sono ora descritti in P. BALESTRETTI, *Mittermaier e l'Italia. Orientamenti politici e dottrine processualistiche in un carteggio di metà Ottocento*, in « Ius Commune », X, 1983, pp. 97-140.

Era l'inverno del 1851. Si stava uscendo da anni difficilissimi e l'Italia aveva appena oltrepassato una fase storicamente cruciale. Karl Joseph Anton Mittermaier, penalista tra i più grandi e noti d'Europa, molto esperto di cose italiane, traccia una rassegna dei più recenti studi giuridici prodotti nelle diverse aree politiche e culturali del paese. Assiduo nei suoi viaggi italiani — Milano, Roma, Firenze, Venezia — conosceva molto bene la nostra produzione scientifica. Era in stretti rapporti con tutti i principali criminalisti sparsi per la penisola ed era in grado di valutare con competenza e distacco la qualità del loro lavoro ⁽²⁾.

Mittermaier coglie dati salienti. Conosce il peso della tradizione culturale italiana nel campo degli studi penali e, secondo il rito, ne celebra il primato. Evoca le grandi opere « che sono continuamente oggetto dell'esame dei legislatori e di tutti gli amici dell'umanità », e ricorda che « l'attuazione delle grandi idee e dei bisogni di riforma della legislazione penale, avvenuta per primo appunto in Italia, inflù potentemente sulle leggi più tardi emanate in tutti i paesi » ⁽³⁾ Ma non si limita ai riconoscimenti consueti. Più avanti, passando in rassegna uno scritto dopo l'altro, sottolinea il fatto che, in Italia, i penalisti hanno, in genere, una provvida attitudine riformista. I loro interventi tecnici muovono da concreti problemi politici, e il loro scopo è spesso quello di elevare, con le soluzioni proposte, il livello e la qualità della vita civile. Il compito che hanno assunto è quello di

⁽²⁾ « La ricchezza d'idee, la brillante intelligenza, l'abilità di stabilire con chiarezza principii fondamentali direttivi, una fina arte di suddividere gli argomenti, un senso pratico che sa cogliere di botto il segno nei casi che si presentano, un giusto tatto, sono specialità che il dotto italiano divide col popolo d'Italia, e distinguono anche i nuovi lavori scientifici degli italiani, mentre d'altra parte esercitò una influenza svantaggiosa su di essi il contrappeso della coltura italiana, il costume di lasciarsi dominare da vivaci fantasie, di compiacersi di belle immagini, di frasi indeterminate, di ridondanza di parole, invece che investigare i principii con un intelletto tranquillo e calcolatore ». Peraltro, « lo stato molto insufficiente delle università e delle scuole italiane dovea far sì che i lavori scientifici in Italia avessero tutti una uguale tendenza. L'ignoranza degli studii degli stranieri, specialmente della Germania, (mentre in Italia non si studiano quasi che opere giuridiche francesi) oppose di frequente ostacoli a ciò che le opere d'una gran parte di dotti italiani (non mancano gloriose eccezioni) fossero profonde » (K.J.A. MITTERMAIER, *Sullo stato attuale della giurisprudenza in Italia*, cit., I, n. 73, p. 578).

⁽³⁾ Ivi, II, n. 174, p. 629.

influire sulla vita della società mediante un'opera di affinamento tecnico e revisione razionale dei contenuti della giustizia punitiva.

1. *Una nuova figura di penalista professionale.*

Occorre dire che gli anni osservati da Mittermaier, gli stessi dai quali voglio partire per le mie riflessioni, non furono tra i migliori della penalistica ottocentesca. Anche i più aperti tra i giuristi — a Napoli, in Lombardia, nello Stato Pontificio, nella stessa Toscana — si trovavano schiacciati dentro orizzonti culturali resi angusti dalle difficoltà politiche, così pronte a riflettersi sul loro lavoro, specie nel campo penale. Staremmo per dire che la stessa arretratezza delle questioni aperte agiva negativamente sulla qualità delle soluzioni escogitate. Ma andiamo per gradi.

Siamo nella fase in cui, uscita di scena la generazione del dopo-Beccaria, si stava appena mettendo all'opera quella che si sarebbe poi affermata all'ombra di Francesco Carrara. Una fase di attesa e preparazione, nella quale si realizzano, tra l'altro, alcune importanti transizioni. La prima e più significativa, per le ragioni che dirò, sta nell'affermazione della figura professionale del *penalista*, inteso come lo specialista di un settore complesso, ma unitario, della scienza giuridica. Di conseguenza, l'autonomia, anche accademica, del diritto penale si viene affermando in modo via via crescente. Ma non era stato così prima degli anni Quaranta e Cinquanta dell'Ottocento, e la cosa, ricca di una sua provvidenziale ambiguità, merita qualche riflessione.

Sembra evidente che intellettuali come Beccaria, Filangieri, o Pagano, non possono essere considerati 'penalisti', alla stessa stregua, poniamo, di Tiberio Deciani o Prospero Farinaccio. Non mi riferisco alle loro idee, ovviamente, ma proprio al loro modo di essere penalisti. La cosa appare del tutto pacifica, ma sembrano sottovalutate le sue implicazioni di lunga scadenza. La scienza penale italiana, investita da una grigia decadenza dopo la grande stagione cinquecentesca, vive, nella seconda metà del XVIII secolo, la straordinaria fioritura di idee che tutti conoscono. Si tratta di una vera e propria rivoluzione delle prospettive, che affronta il *problema*

penale ⁽⁴⁾ assumendolo come problema di ideologie punitive: luogo dei nuovi problemi diventano, diremmo oggi, le politiche criminali; oppure *la scienza della legislazione*, come si diceva allora.

Si stabilisce così un duplice livello. Su un piano elevato, i *philosophes* si interrogano sul diritto di punire, impongono la presenza del punto di vista umanitario — moneta falsa che serve a pagare riforme vere —, aprono la vertenza del proporzionalismo e insinuano l'idea di un sistema penale fondato sull'utile della società. Con ciò, come sappiamo, accreditano una funzione punitiva che sia insieme pubblica, razionale, certa, laica, civile. Aprono la strada ad un diritto penale « impiegabile con precisione nella prevenzione del reato [e] nel controllo sociale » ⁽⁵⁾.

Su un altro piano — non necessariamente più basso — continua a prosperare una penalistica tecnicamente dignitosa, che ha tradizioni forti e risalenti, scuole in cui si perpetua (e si aggiorna), tribunali in cui tiene il campo. Ben attestata nel campo della continuità, essa resta affare di giuristi che fanno il mestiere del giurista. Contemporanei dei filosofi innovatori, penalisti come Filippo Renazzi, Giacomo Paoletti o Luigi Cremani (insieme ad altri, numerosi e non mediocri), innestano parte delle nuove idee nel corpo delle vecchie metodologie e continuano a produrre una robusta letteratura fatta di *Elementa*, *Institutiones*, *Principia*, *Commentari* e *Pratiche*. Il diritto criminale tradizionale continua a vivere nei loro libri e a riprodursi dalle loro cattedre. Nello stesso tempo, il 'grande riformismo' si muove ad altezze diverse, con l'obiettivo di rinnovare i contenuti e gli indirizzi della legislazione.

I due livelli entreranno progressivamente in un rapporto dialettico che li avvicinerà, finendo poi per integrarli completamente. Nella prima fase di questo processo, i protagonisti sono intellettuali complessi, di formazione giuridica, ma non originariamente penalistica (Romagnosi, Rossi, lo stesso Carmignani). Il loro contributo decisivo sta nell'aver collocato il diritto penale tra le 'scienze poli-

⁽⁴⁾ Uso l'espressione nel senso e con le implicazioni che si ritrovano in G. TARELLO, *Il « problema penale » nel secolo XVIII*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », V, 1975, pp. 15-25.

⁽⁵⁾ P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Milano 1974, p. 366.

tiche' (il senso di questa espressione è quello polivalente che essa ha nei primi decenni dell'Ottocento), attrezzandolo, in più, con un sofisticato corredo di strumenti tecnici. Tuttavia, nell'opera loro, non ogni *principio* si concretizza in precisi *istituti giuridici*. E se pure agiscono in una prospettiva di diritto moderno, fatta anche di risposte tecniche a domande politiche, il loro indirizzo di fondo subordina le esigenze dogmatiche a quelle, per così dire, strategiche. Il diritto conta meno della 'legislazione'.

Non siamo ancora alla 'penalistica professionale'. Pellegrino Rossi è il penalista di un solo libro, e di Romagnosi può dirsi quasi la stessa cosa. Entrambi hanno avuto (principalmente) interessi diversi: dal diritto costituzionale all'economia, dalle scienze amministrative a quelle 'statistiche'. Il loro problema dominante era, evidentemente, quello della costruzione di una adeguata *teoria della politica e del governo*, modellata sulla società postrivoluzionaria, da mettere insieme con l'impiego di saperi compositi. Il diritto penale doveva essere *uno* di quei saperi, in quanto « strettamente legato non solo alla materiale conservazione dell'ordine politico, ma ancora allo sviluppo dei principi morali nelle civili società » (Rossi). Oppure — ed è l'ipotesi di Romagnosi — poteva essere individuato quale luogo di composizione ('punto di intersezione', avrebbe detto Rossi) tra politica, economia e diritto: espressione di una riformata filosofia civile.

Si può allora dire che è con Giovanni Carmignani che, all'interno della mutata concezione 'politica' della scienza penale, la figura del penalista professionale — quella lodata da Mittermaier — assume lineamenti definiti. Il modello si perfeziona dunque in Toscana (non per caso), a partire dagli anni Trenta. Carmignani è, emblematicamente, l'autore della *Teoria delle leggi della sicurezza sociale* e, insieme, di quegli *Elementa iuris criminalis* ⁽⁶⁾ ai quali va il merito di aver innestato in uno stampo tradizionale una didattica rinnovata, adeguata al nuovo diritto penale: « Ridurre i principi del Beccaria a formule scientifiche ed a metodo didattico fu il suo

⁽⁶⁾ La *Teoria delle leggi della sicurezza sociale* viene pubblicata in quattro volumi a Pisa, dai fratelli Nistri, nel 1831. Degli *Elementa iuris criminalis* Carmignani curerà numerose edizioni, via via diverse, arricchite, ammodernate: dalla prima, stampata da Molini a Firenze nel 1808, fino alla quinta, pisana, pubblicata dai Nistri nel 1833.

precipuo divisamento », avrebbe scritto Francesco Carrara (7). Ma Carmignani non si limitò a realizzare nell'opera scientifica l'integrazione che lo avrebbe proposto come esponente di una scienza penale moderna. Tenne cattedra di diritto criminale per decenni, facendo della Sapienza di Pisa il più importante centro italiano di studi penalistici della prima metà del secolo; progettò codici penali, fu grandissimo avvocato, si impegnò in battaglie civili, 'aggiungendo' la politica alla scienza (8). Possiamo allora dire che il nuovo soggetto culturale che voglio qui mettere in luce, gli somiglia. Ci si presenta, infatti: *a*) come giurista a pieno titolo, per formazione, cultura e professione (magistrato, avvocato, professore, consigliere di principi); *b*) tecnicamente dotato, anche perché formato su ciò che era rimasto vivo di una non trascurabile tradizione che risaliva al diritto comune (è « il privilegio dell'educazione di ogni giurista di diritto comune [...] che è educazione alla storicità della *regula iuris* ») (9); *c*) largamente nutrito, tuttavia, dalle idee di riforma, specie in materia di incriminazione e di pena (umanitarismo, proporzionalismo, utilitarismo, certezza); *d*) portatore di una concezione aperta della scienza penale, il cui sviluppo deve dipendere anche dal coinvolgimento delle altre scienze dell'uomo, della società, o dello Stato; *e*) convinto che il sistema penale eserciti una grande influenza sulla società (talvolta è illuminista abbastanza da non essere altrettanto convinto dell'inverso), tanto da attribuire ad ogni più piccola conquista in materia di civiltà penale un sicuro effetto di incivilimento generale.

(7) F. CARRARA, *Cantù e Carmignani*, in ID., *Opuscoli di diritto criminale*, II, Firenze 1909⁶, p. 622.

(8) I diversi aspetti della personalità e dell'opera di Giovanni Carmignani sono illustrati e valutati da Aldo Mazzacane nella corrispondente voce del *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 20, Roma 1977, pp. 415-21.

(9) Così si esprime, cogliendo assai bene il punto, ma a proposito di due civilisti, P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1950*, Milano 1986, p. 26. Quei civilisti erano Francesco Forti e Girolamo Poggi. Sulla loro formazione culturale e sulla loro dominante intenzione strategica (« recupero della scienza giuridica al sociale-quotidiano senza forzarla ad abdicare alla sua dimensione razionale ») Paolo Grossi scrive alcune pagine (22 sgg.), nelle quali coglie e illustra, dal lato dei civilisti, lo stesso fenomeno che, da quello dei penalisti, stiamo cercando qui di mettere in luce.

2. *La centralità del problema penale.*

Ancora a metà dell'Ottocento, tra gli intellettuali italiani, i giuristi, e i criminalisti in particolare, sembrano occupare una posizione rilevante. Essi risaltano per qualità, consapevolezza dei tempi e dei problemi, responsabilità assunte, notorietà e collegamenti, anche europei. Non tutti, ovviamente. E quelli che sembrano avere spessore e consistenza adeguati, mostrano talora i limiti della loro condizione di intellettuali periferici, costretti ad agire in contesti chiusi e qualche volta ostili. Ciò non toglie che il loro valore appaia spesso — conoscendoli — più consistente di quello comunemente riconosciuto ad altre fasce di intellettuali meglio installate alla ribalta. Così come è sicuro che il loro peso nelle pratiche sociali ed istituzionali (il che vuol dire autentica influenza nella vita quotidiana delle società) risulta nel complesso, e di gran lunga, più rilevante e decisivo.

È una realtà, questa, che si lascia riconoscere a fatica. Intanto perché i giuristi godono obiettivamente, per la natura del loro mestiere, di una minore visibilità. La loro produzione non si rivolge al pubblico, ma è destinata ad altri giuristi, o a circolare in ambiti ristretti e specialistici: una commissione legislativa, il gabinetto di un sovrano, la camera di consiglio di un tribunale. Per giunta, il giurista è messo in ombra — ma anche protetto, per altri versi — dalla difficile penetrabilità della sua scienza. Essa mette in soggezione gli storici non giuristi i quali finiscono per aggirarne l'esistenza o sottovalutarne la funzione. « Le principal peché des historiens vis-à-vis de l'histoire du droit est l'ignorance » ha scritto Jacques Le Goff⁽¹⁰⁾, e la principale conseguenza di quell'ignoranza è una arbitraria, e qualche volta rozza, amputazione della dimensione giuridica dal corpo della ricerca storica. Ma di questo ho già discusso altrove⁽¹¹⁾, e bisogna tornare ai penalisti di metà Ottocento.

⁽¹⁰⁾ J. LE GOFF, *Histoire médiévale et histoire du droit: un dialogue difficile*, in P. GROSSI (a cura di) *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti di indagine e ipotesi di lavoro*, Milano 1986, p. 23.

⁽¹¹⁾ M. SBRICCOLI, *Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca*, in P. GROSSI, *Storia sociale e dimensione giuridica*, cit., pp. 128 sgg. [t. II, pp. 1114 sgg.], e M. SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale. La « Rivista Penale » di Luigi Lucchini, 1874-1900*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 16, 1987, pp. 105 sgg. [t. II, pp. 903 sgg.].

Un motivo della loro preminenza stava nell'essere parte di una tradizione che li rendeva *autonomi*. Eredi di scuole di pensiero che avevano influenzato buona parte della penalistica europea, si trovavano addirittura a dover onorare una qualche funzione di *leadership*. Il nuovo diritto penale (come era accaduto per il vecchio, quello della grande stagione cinquecentesca) aveva gran parte delle sue radici in Italia. E là dove aveva cominciato a prendere forma, tra Milano, Toscana e Napoli, continuava a svilupparsi, senza dover dipendere dalle « idee di Franza o d'Allemagna », come accadeva invece agli altri giuristi (civilisti e pubblicisti), ai filosofi, agli economisti o agli scienziati della politica. Non piccolo vantaggio, in un paese che, dopo aver perduto da tempo ogni funzione di guida culturale, faceva fatica persino a mantenere il passo del provinciale e a tener dietro a quello che si veniva producendo al di là dei confini.

Un altro privilegio, se così si può dire, veniva ai penalisti dalla grande rilevanza politica delle questioni che si trovavano ad affrontare. Essi costituivano uno dei perni di tutto il movimento di riforma e modernizzazione che investiva la società e lo Stato in quel secolo decisivo. Si può dire che non ci fosse problema aperto, in materia di crescita civile, di libertà, di giustizia o di progresso — come si diceva già allora — che non avesse un suo punto di riferimento nel sistema penale. Ogni volta che si trattava di acquisire o garantire la più piccola delle libertà, bisognava di conseguenza riscrivere o cancellare un meccanismo penale, un divieto, un crimine. Ogni elemento di civiltà da introdurre nella società attraverso i suoi ordinamenti comportava una riforma, talora radicale, dell'ordine penale vigente.

Il catalogo era lunghissimo. Dalla disputa sulla conservazione o abolizione della pena di morte si andava al problema carcerario, alla misura delle pene, alla questione della loro proporzione col delitto. La scala penale diventava la cifra, la misura stessa della civiltà e dell'efficienza di un ordinamento punitivo. Ma non basta. Dal problema del processo (inquisitorio e scritto, oppure orale e accusatorio?) si finiva sulla giuria, sul valore da dare alle prove e, di conseguenza, sul convincimento del giudice. Esso poteva essere libero e decisivo, oppure vincolato dai *probata et allegata*, e cioè irrilevante. C'erano poi tutte le questioni che oggi diremmo 'di parte generale': gli istituti del tentativo, della complicità, della recidiva, si presentavano come chiavi della modernizzazione. Il problema della

responsabilità penale, arricchito dalle prime riflessioni sulla figura del criminale ed attraversato dalle nuove acquisizioni scientifiche (mediche, psicologiche, sociologiche), assumeva valore via via crescente.

Quanto poi alla criminalizzazione primaria, le questioni aperte erano enormi. Quasi tutte si avviluppavano intorno al paradosso della libertà. Le associazioni libere, la stampa libera, le libere opinioni dissenzienti e organizzate potevano essere usate contro il governo, o magari per minacciare lo Stato. Che fare allora del delitto politico? Il vecchio sistema dei crimini di maestà andava interamente smantellato o solo aggiornato? E fino a che punto si poteva lasciar correre il dissenso? La libertà, cardine costituzionale dello Stato, poteva trasformarsi in una trappola capace di distruggerlo. Del resto, la contraddizione non si presentava soltanto al livello della salvaguardia istituzionale.

Tipico è il conflitto tra ordine e libertà, che attraversa tutta la riflessione penalistica ottocentesca. Esso mette un *bene politico* — la sicurezza dei cittadini, la tranquillità della società — contro l'inalienabile *diritto del singolo* alla sua inviolabile libertà. La prevalenza del primo nelle pratiche (specie in quelle di polizia) e i continui tentativi di riscossa del secondo faranno discutere per decenni sia i giuristi che i parlamenti. La partita si giocherà tra prevenzione e repressione, tra codici penali liberali e leggi di polizia autoritarie, tra norme garantiste e pratiche illegali. Il sospetto, la presunzione di pericolosità, gli istituti di polizia preventiva, la carcerazione in attesa di giudizio, la violazione tollerata dei diritti dei più deboli giocheranno dalla parte della sicurezza e ne assicureranno la vittoria.

Ma il paradosso della libertà avrebbe investito altri aspetti della vita sociale, chiamando i criminalisti a riflettere sui limiti stessi del potere punitivo. Il conflitto tra ordine e libertà sottintendeva un conflitto tra classi sociali (pericolosi contro laboriosi, non-proprietari contro proprietari). Quello sui confini da imporre all'azione punitiva sembra stare tutto all'interno dell'ideologia borghese individualista. Si tratta, come per i reati politici, di un problema di incriminazione, stretto tra un'esigenza di laicizzazione del diritto (che ciascuno possa agire a suo piacimento, *ubi alterum non laedat*) e una invocazione — anch'essa tutta borghese — di 'moralità' pubblica e privata. Ecco allora che i delitti contro la religione, di cui erano pieni i codici preu-

nitari, quelli contro la morale o la famiglia, le pene messe a proteggere il prestigio dell'autorità, le varie forme di vilipendio o di condotte ritenute scandalose, tornano a porre ancora una volta lo stesso problema. Fin dove possono arrivare le attività dei singoli che le costituzioni dichiarano libere? Quanto spazio deve essere garantito all'area del lecito? Fino a qual punto può essere consentito al gendarme di entrare nelle coscienze, nelle sfere personali, nelle case, nei comportamenti privati? Il nodo irrisolto era quello della 'peccatizzazione' del diritto penale. Assai risalente e solidamente radicata nella mentalità e nelle pratiche, l'equazione tra peccato e crimine entrava per forza di cose in conflitto con i nuovi principi e produceva discussioni, ipotesi di riforma, spinte e resistenze.

I penalisti erano i referenti naturali di questa non piccola problematica, e la questione penale si trovava per forza di cose ad avere una sua tipica centralità. Una posizione privilegiata, dalla quale attingeva la speciale forza attrattiva che hanno le questioni cruciali. Per questa ragione il diritto penale si impone come una scienza sociale a suo modo nodale. Ed è per questo che fasce sottili ma significative di intellettuali non giuristi (filosofi civili e politici, di orientamento — e valore — differenti, come Cattaneo e Guerrazzi, Cantù e Tommaseo, Minghetti, Mamiani o Rosmini) si trovarono a fare anch'essi variamente i conti col problema penale.

3. *La penalistica civile.*

Se si considera che le osservazioni fatte qui sopra si riferiscono ancora agli anni intorno all'Unità, si deve concludere che quella breve fase fu straordinariamente affollata di problemi e di idee. Le cose non stavano esattamente così, e qualche precisazione si impone. È vero che, a ben guardare, nell'opera di giuristi come Puccioni, Mori o Forti in Toscana, in quella di Arabia, Nicolini, o Ulloa nel Regno delle Due Sicilie, di Giuliani nello Stato pontificio o di Ambrosoli e De Giorgi nel Lombardo Veneto, è possibile trovare, esplicita o *in nuce*, gran parte del programma sopra delineato. È vero che è possibile trovarne qualche traccia anche nel lavoro di numerosi altri penalisti, minori o solo poco conosciuti, sparsi per la penisola. Ma è anche vero che in quel programma c'è qualche retrodatazione

di discussioni che sarebbero state esplicite (e produttive) nei decenni successivi. Insieme a qualche proiezione su problematiche che, a metà del secolo, erano ancora largamente immature.

In effetti, le due fasi — quella che si chiude intorno al 1860 e la successiva — presentano caratteri differenti, almeno su un punto essenziale: il contesto politico. Semplificando, si potrebbe dire che, dopo l'Unità, il problema principale del diritto penale sarebbe stato quello di conciliare le innovazioni di ispirazione liberale con le perduranti preoccupazioni per la sicurezza ⁽¹²⁾. Negli anni che la precedettero, invece, maggiori o minori che fossero, le difficoltà venivano dal carattere autoritario o tirannico degli Stati. La scienza penale era costretta alla retroguardia, incalzata da frequenti involuzioni regressive della legislazione (a Napoli, a Roma, negli Stati padani) e impegnata da pratiche di repressione ispirate ad una logica di pura reazione politica, come nel Lombardo Veneto. Soltanto la Toscana sembrava offrire qualche possibilità allo sviluppo scientifico, mentre in molte realtà lo stesso studio del diritto penale trovava ostacoli ed era sottoposto a censure ⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ Questa semplificazione vale solo per quanto riguarda l'opera *scientifica* della penalistica postunitaria. Sul piano politico, bisogna dire fin d'ora che il nuovo Regno d'Italia non sarebbe andato immune da pratiche arbitrarie e illegali, né da tentativi autoritari. E in più di un'occasione (nei primi anni Sessanta, a metà dei Settanta e nel decennio di fine secolo) una parte della penalistica italiana (quella francamente liberale e poi quella di orientamento socialista) si sarebbe trovata impegnata a difesa della civiltà giuridica, dei principi statutari, o semplicemente della legalità quotidiana. Ma di questo più avanti.

⁽¹³⁾ E. PESSINA, *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del Codice penale vigente (1764-1890)*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di E. PESSINA, vol. II, Milano 1906, giustamente scriveva di un « movimento scientifico impedito dalle miserande condizioni politiche » degli Stati italiani, e di come le province lombardo-venete fossero state « violentemente segregate dallo sviluppo del diritto nazionale » (p. 623). Del Regno delle Due Sicilie, nel quale aveva conosciuto carcere e confino, avrebbe ricordato « la meteora di libertà politica del 1848 [e le] generose proposte di legge, per opera del Mancini e del Pisanelli, sul duello, sull'abolizione della pena di morte, sull'introduzione dell'istituzione dei giurati. Ma la meteora disparve; i più eminenti ingegni furono gittati in carcere, altri costretti a rifugiarsi nell'esilio volontario, chiedendo ospitalità alla libera terra del Piemonte. A coloro che non furono colpiti dalla reazione rimase il consiglio di non porre in problema le condizioni della legislazione positiva in materia penale. [...] Le pastoie della censura preventrice sulla stampa

Lo stile, le cautele, le clausole adottate da tanti penalisti mostrano come il diritto penale sia stato, in quei frangenti, uno dei mezzi — oltre che il terreno — con cui « i cultori della scienza faceano ogni sforzo perché la luce del vero non si spegnesse miseramente ». Giuseppe Giuliani, il massimo criminalista che operi in quegli anni nello Stato pontificio, lamentando che il Regolamento Gregoriano punisca con la morte i furti violenti, si preoccupa che « le [sue] intenzioni non siano calunniate », e sciorina in scuse non richieste tutti i suoi buoni propositi ⁽¹⁴⁾. Del tutto analoga, fin nella simmetria del testo, la *professio* di Giuseppe Puccioni, che pure scriveva nella più tollerante Toscana ⁽¹⁵⁾. Vengono in mente Pellegrino Rossi e il suo famoso avvertimento: « la liaison du système pénal avec le système politique est si intime, qu'on pourrait presque douter de la bonne foi de ceux qui osent encore affirmer que l'établissement d'une bonne législa-

impedirono ai cultori delle discipline penali nell'Italia meridionale di spaziare con libero corso *su tutte le materie* e risolvere tutte le opinioni; onde il patrimonio scientifico rimase dimezzato » (pp. 625-6, 627) [corsivi miei]. Queste parole erano state scritte da Enrico Pessina già nel 1863, nel saggio intitolato *Movimento legislativo e scientifico del Diritto Penale negli Stati italiani dal 1848 al 1859*, che si trova ripubblicato nel volume VII dei suoi *Discorsi varii*, Napoli 1916, pp. 33-85. Prima di tale ripubblicazione, sarebbero state rifiuse anche in un *Discorso Dei progressi del diritto penale in Italia nel secolo XIX*, pubblicato dall'editore Civelli a Firenze nel 1868.

⁽¹⁴⁾ La cosa è opportunamente notata e documentata in I. ROSONI, *Criminalità e giustizia penale nello Stato pontificio del secolo XIX. Un caso di banditismo rurale*, Milano 1988, pp. 129-30.

⁽¹⁵⁾ « Non siamo guidati, né da un vanto di folle ed insulsa prevalenza, né da un incivile spirito di censura, e molto meno da colpevole spregio della suprema Autorità e della legge, che è una delle più nobili di lei emanazioni. Se il solo amore della scienza e del vero ci fa dissentire qualche volta da alcuna fra le disposizioni già dal Codice penale adottate, non per questo meno veneriamo per intima convinzione, per lunghe e giammai smentite abitudini, l'autorità e la legge, anzi, a parer nostro, diamo riprova di una sentita affezione per l'una e per l'altra » (G. PUCCIONI, *Il codice penale toscano illustrato sulla scorta delle fonti del diritto e della giurisprudenza*, I, Pistoia 1855, pp. VII-VIII). [corsivi miei]. Puccioni non rendeva semplicemente omaggio ad un cerimoniale. Il suo dissenso nei confronti del codice penale che si accingeva a commentare non era lieve, né verteva su questioni marginali. Al suo « coraggioso riproporre i temi e i problemi della gloriosa stagione leopoldina nel pieno dell'età della restaurazione » fa cenno P. GROSSI, *Stile fiorentino*, cit., p. 7 (e nota 18), ricordando l'ammirazione che Puccioni aveva suscitato, anche per questo, in Francesco Carrara.

tion, surtout criminelle, soit chose possible sous un pouvoir absolu » (16).

Nonostante tutto questo, « gli studi criminali, i soli forse tra' sociali che sien leciti in certe parti della penisola » (17), restavano sede privilegiata dell'azione culturale civile. I terreni di elezione erano fondamentalmente tre: l'abolizione della pena di morte, la proporzione della pena con il delitto, il sistema delle prove. Problemi classici, come si vede, che venivano da lontano e mantenevano aperta, dentro gli Stati autoritari preunitari, la prospettiva riformistica avviata dagli illuministi del secolo precedente. Una prospettiva che si alimentava anche di altre discussioni: sulla forma del processo (e la presenza della giuria), sulla questione carceraria, oppure sui compiti della magistratura o sui poteri della polizia. Tutte materie che avrebbero impegnato anche nei decenni successivi la penalistica italiana.

Prende dunque forma, tra gli anni Quaranta e i Settanta, una fase che reca la forte impronta di quella che ho già altrove designato come *penalistica civile* (18).

La ricerca e la discussione — l'ho più volte ricordato — sono fortemente innervate nelle grandi questioni aperte nella società. L'aspetto tecnico delle risposte che spettano al penalista è sentito con urgenza minore rispetto a quello, per così dire, ideologico. Ci si divide di più sui presupposti e sui fini del meccanismo punitivo che non sul suo concreto funzionamento. « Diritto penale filosofico », è stato detto, con tautologia nominalistica. In realtà, quei giuristi si ponevano l'obiettivo di assicurare uno spazio alla 'giustizia' nella vita sociale; insieme a quello di arricchire il processo di incivilimento, del quale la centralità del diritto penale li rendeva protagonisti primari.

« Le stesse necessità della vita pratica furono cagione del ride-starsi dello spirito scientifico. A ciò si aggiunsero altre due cagioni

(16) P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Bruxelles 1835, p. 512 (libro IV, cap. 3, circa finem).

(17) P. ELLERO, *Della critica criminale* (1860), in ID., *Trattati criminali*, Bologna 1875, p. 94.

(18) M. SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra otto e novecento. Il problema dei reati politici dal Programma di Carrara al Trattato di Manzini*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 2, 1973, p. 663 [t. II, p. 780]; ID., *Il diritto penale sociale, 1883-1912*, ivi 3/4, 1974-75, spc. p. 565 [t. II, p. 826].

assai efficaci. L'una di esse fu la libertà politica [...]. L'altra fu l'aggrandirsi della nazione innanzi a se stessa, con la coscienza della sua personalità civile » (19).

Non bisogna tuttavia pensare che la fase del diritto penale civile fosse caratterizzata esclusivamente dallo sforzo di mantenere la scienza penalistica dentro il novero delle scienze sociali e politiche. Nel corso di quegli anni si afferma sempre di più una produzione di buona qualità tecnica, soprattutto nell'area toscana, che tuttavia non cade nel tecnicismo e conserva, non solo nel genere monografico, ma anche in quello casistico-giurisprudenziale, un respiro culturale apprezzabile. L'esempio viene da autori come Mori, Puccioni o Buonfanti in Toscana (20), mentre un altro significativo polo tecnico-

(19) E. PESSINA, *Dei progressi del diritto penale in Italia nel secolo XIX*, Firenze 1868, p. 147. Questa pagina si ritrova nel saggio *Del Diritto Penale nel Regno d'Italia dal 1859 sino al 1857*, (1868) poi ripubblicato nei *Discorsi varii*, VII, cit., pp. 87-169, ed infine rifuso in *Il diritto penale in Italia*, cit., p. 671. Bisogna spendere qualche parola di lode per questo vecchio lavoro, tenuto in *progress* nel corso di quasi cinquant'anni da Enrico Pessina. Gli dobbiamo non soltanto una gran quantità di notizie che altrimenti si sarebbero perdute (penso a tutti i giuristi minori e minimi che riesce a citare, e alle tante operette marginali e spesso prive di valore, che pure non dimentica). È che sotto la crosta retorica e dietro gli inevitabili trionfalismi di marca risorgimentale, si possono trovare giudizi attenti e una non banale visione d'insieme. E bisogna ammettere che quanto al rapporto tra giuristi e società in quel torno di tempo, egli, nel 1868, vedeva e valutava con lucidità e ordine un processo politico-culturale che poi sarebbe stato messo in disordine, e reso opaco, dalle semplificazioni dello scontro tra classici e positivi e dalle categorie sbrigative della storiografia idealistica.

(20) Di Francescantonio Mori ricordo qui la *Teorica del codice penale toscano*, Firenze 1854, più che il Discorso *Sulla scala penale del diritto toscano*, Livorno 1847, nel quale la componente tecnica è tutta al servizio della politica del diritto. La *Teorica*, si disse, rappresentava in qualche misura anche una sorta di interpretazione autentica del codice penale del 1853, dal momento che il Mori era stato parte larghissima nella sua ideazione e compilazione. *Il Codice penale toscano illustrato sulla scorta delle fonti, del diritto e della giurisprudenza*, venne pubblicato da Giuseppe Puccioni in cinque volumi, a Pistoia, tra il 1855 e il 1858. Si tratta di un'opera di tutto riguardo, nella quale si colgono insieme i segni della grande scuola teorica toscana e quelli dell'esperienza maturata dall'autore nel suo lavoro di magistrato: una sintesi di perizia tecnica e di respiro politico che rimanda allo stile giuridico della Firenze granducale. Quanto a Jacopo Buonfanti, avvocato, l'opera che qui si richiama è il *Commentario Della istruzione de' processi criminali in Toscana*, Lucca 1850: fortissima l'impronta pratica, non mediocre l'impianto tecnico, in un autore che si era evidentemente dato il compito di produrre strumenti di lavoro da mettere in opera nei tribunali, più che nella scienza

pratico si svilupperà nell'Italia meridionale. Si chiudeva per sempre l'epoca degli *Elementa*, e prendeva piede una forma monografica di tipo più moderno.

A partire dai primi anni Sessanta assistiamo ad una notevole accelerazione di questo processo. La scienza penale italiana trova terreno favorevole nella fase di transizione legislativa. Il raccordo, che si impone, tra i diversi sistemi legislativi abrogati e quello sardo-piemontese sopraggiunto, suscita un gran numero di commenti e opere comparative, frutto di uno sforzo tecnico nuovo e variamente fertile. Allo stesso tempo, la mutata situazione politica prepara almeno tre direttrici di sviluppo per la penalistica civile: l'unificazione legislativa penale, la (ri)costruzione del sistema di amministrazione della giustizia, le necessità di ricerca e formazione scientifica connesse all'insegnamento universitario, che assume un respiro prima sconosciuto. Ed è dentro queste direttrici che confluiscono e si riqualificano le tematiche, e i terreni di elezione, dei quali si faceva cenno poco sopra.

Diamo uno sguardo alle università. Non c'è dubbio che, pur nelle perduranti difficoltà e ristrettezze, la situazione degli studi e dell'insegnamento, anche penalistico, cambia enormemente, e in meglio, all'indomani dell'Unità. Entrano in circolo uomini nuovi: mentre Carrara resta a Pisa, Ellero va a Bologna, Pessina prima a Bologna poi a Napoli, Tolomei a Padova, Nocito a Siena, Buccellati a Pavia. Tutto questo produce un felice rimescolamento di sedi, tradizioni e scuole, dal quale prende l'avvio un lavoro di sistemazione tecnico-scientifica del diritto penale di tutto rispetto. Un lavoro che aveva in Italia i suoi buoni precedenti ⁽²¹⁾ e che mentre

o nella scuola. Non rimane che fare cenno alle *Conclusioni criminali* di Francesco Forti, che, per essere state dettate negli anni Trenta, non dovrebbero, a rigore, venire in considerazione in questa sede. Pubblicate a cura di Baldassarre Paoli (*Raccolta di conclusioni criminali di Francesco Forti*, Firenze 1864), esse rientrano tuttavia a pieno titolo nella logica del discorso che veniamo facendo: nate nel vivo dell'attività giudiziaria, mostrano insieme, nell'assenza di ogni pedanteria, finezza di ragionamento e modernità di decisione.

⁽²¹⁾ Anche nel campo della esposizione sistematica, pensata principalmente per la scuola e per la pratica, la tradizione più ragguardevole era quella toscana. Basterà ricordare: J. BUONFANTI, *Manuale teorico-pratico di diritto penale desunto dai migliori trattatisti e corredato delle leggi e della pratica di giudicare dei tribunali toscani*, Pisa 1849;

bada allo sviluppo degli aspetti tecnici della scienza penale, continua a valorizzarne i caratteri di scienza della società, mantenendola collegata al disegno generale della riforma civile. E su questi presupposti comincia a formarsi, anche tra i penalisti, uno spirito di comunità scientifica del tutto impensabile prima d'allora.

Tra il 1860 e il 1870 Francesco Carrara pubblica il suo *Programma del corso di diritto criminale* (22): un modello 'toscano' di penalistica civile in cui precise e penetranti scelte dottrinali sono accompagnate da una indubbia tensione politica e ideale e da un alto senso dell'autonomia della scienza penale. Carrara vi unisce un raro dominio della tradizione dottrinale (che gli consente di mettere in opera persino le più risalenti fonti del diritto penale comune), e un costante riferimento alla realtà e alla pratica — frutto della sua viva esperienza forense — che realizza una delle massime di Giuseppe Puccioni: «la legge e la scienza si pongano in armonia con la giurisprudenza». Tutto questo in uno stile di scrittura straordina-

G. PUCCIONI, *Saggio di diritto penale teorico-pratico*, Firenze 1858, e, ancora di J. BUONFANTI, il primo volume di una *Teoria del Codice penale toscano*, Lucca 1854, che chi scrive non ha mai visto e che «merita gran lode per lo indirizzo scientifico e pratico che ad un tempo vi si rivela e per la gran copia di dottrine giuridiche che vi è profusa» (PESSINA, *Dei progressi*, cit., pp. 65-6). Fuori di Toscana meritano attenzione, per il regno delle Due Sicilie: F.S. ARABIA, *I principii del diritto penale applicati al Codice delle Due Sicilie*, 2 voll., Napoli 1854-55, F. SALUTO, *Diritto penale secondo l'ordine del Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, 2 voll., Palermo 1856-58; per lo Stato pontificio: G. GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale con notizie sullo stato attuale delle legislazioni penali pontificia e toscana*, 2 voll., Macerata 1856³. Le *Istituzioni* di Giuliani avevano già conosciuto due altre edizioni, nel 1833-37 e nel 1840-41. La terza è notevolmente rinnovata rispetto alle precedenti, e in essa l'autore dichiara di abbandonare alcune teorie di Romagnosi, finendo per aderire maggiormente a quelle di Carmignani e della scuola toscana in generale.

(22) La dedica agli scolari del volume di *Parte generale* porta la data del 10 dicembre 1859. Quel primo volume venne pubblicato a Lucca, per i tipi di Canovetti, nel 1860. Ebbe diverse edizioni *con aggiunte*, fino alla quinta, in due volumi, stampata sempre a Lucca, ma da Giusti, nel 1877. Dopo quella, le ristampe furono numerosissime. Intanto, nel 1864 era iniziata la pubblicazione della *Parte speciale, ossia Esposizione dei delitti in specie*, che arrivò a comporsi di sette volumi, l'ultimo dei quali fu pubblicato nel 1870, ancora da Canovetti a Lucca. L'ultima pagina, quella poi divenuta famosa del « piglio commiato e depongo la penna », reca la data del 12 luglio 1870. Anche la parte speciale ebbe, Carrara vivo, cinque edizioni con aggiunte. L'ultima uscì a Lucca (Canovetti) dal 1881 al 1889.

riamente efficace, brioso, persuasivo, che ancora oggi cattura e convince.

Francesco Carrara si impose subito all'attenzione generale, e proprio grazie al suo *Programma*. Avrebbe poi stabilito sulla *scuola penale italiana* ⁽²³⁾ — quella che sarà detta *classica* — un'egemonia trentennale, grazie ad una poderosa produzione scientifica che manterrà costantemente il segno della penalistica civile.

Intorno a lui si mette al lavoro una nuova generazione di penalisti priva praticamente di maestri, di diversa provenienza politico-geografica e molto articolata, per formazione e per orientamento culturale. Si tratta di professori e magistrati che il nuovo Regno ha, in qualche caso, promosso sul campo. Sono giovani come Ellero, Buccellati, Gabba, Pessina, Nocito, Canonico, Paoli, Arabia, meno giovani come Mancini, Saluto o Tolomei; saranno giovanissimi come Brusa e Lucchini. Negli anni Sessanta, e poi soprattutto nei Settanta, li vedremo attivi in molti campi. Innanzitutto nell'insegnamento e negli alti gradi della magistratura, a svolgere una funzione di critica giuridica e di unificazione culturale, pur nella differenza delle loro convinzioni personali. Saranno presenti in tante battaglie civili, a cominciare da quella ingaggiata da Ellero e da Mancini (e non soltanto da loro) per l'abolizione della pena di morte. Li troveremo coinvolti nell'opera legislativa ⁽²⁴⁾ e nella verifica scientifica che avrebbero condotto infine al primo codice penale dell'Italia unita. Una presenza civile, scientifica e culturale, dunque, misurata sui complessi problemi della società italiana di quegli anni difficili.

4. *In attesa del codice. La questione della pena.*

Non sono pochi né piccoli i problemi che gli intellettuali italiani, e i giuristi con essi, si trovano davanti nell'Italia appena unificata.

Per restare soltanto a quelli che in qualche modo coinvolgono la

⁽²³⁾ Carrara esprime le sue idee sulla scuola penale italiana nello scritto *Cardini della scuola penale italiana, a chi vuole intendere novellamente dichiarati*, Lucca 1875, poi riprodotto in « Rivista Penale », 5, III, 1876, pp. 148-63.

⁽²⁴⁾ Già nella prima commissione parlamentare istituita dal De Falco ed incaricata di compilare un progetto di codice penale troviamo i nomi di Pisanelli, Arabia, Mancini, Paoli, Carrara, Conforti, Pessina, Vacca, Ambrosoli, Ellero e Tolomei.

riflessione dei penalisti, basterà pensare alla fase di emergenza che già nel 1861 investì lo Stato appena nato, in conseguenza dell'insurrezione nell'Italia meridionale. Affronterò la questione nel prossimo paragrafo, ma fin d'ora si può dire che quella fu un'esperienza durissima per uomini che dal nuovo Stato libero e di diritto si aspettavano prima di tutto il rispetto della giustizia e della legalità. Passata quell'esperienza, si cominciò a fare i conti con un crescente fenomeno criminale, che se pure non sembrava così minaccioso dal punto di vista quantitativo, si faceva sempre più preoccupante per la sua qualità. La criminalità di tipo rurale, fatta di piccoli reati contro la proprietà e di comportamenti violenti ben conosciuti nella loro dinamica essenziale, cedeva poco a poco il passo ad una criminalità urbana, da società che si industrializza e si complica. Se la prima era ben conosciuta e appariva governabile, la seconda creava problemi nuovi e metteva allo scoperto lo stato di grave inadeguatezza dell'apparato repressivo, in tutti e tre i gradi della sua composizione. La polizia, da un lato, appariva viziata da vecchie prassi, arrogante e servile, e comunque impreparata e ben al di sotto dei suoi compiti. L'esecuzione penale, all'altro estremo, era interamente da costruire, e non solo dal punto di vista fisico (edilizia carceraria, adeguata burocrazia, operatori competenti, ecc.), ma anche da quello delle scelte strategiche, della concezione punitiva e del rapporto con il condannato. Il 'delinquente', se così si può dire, non era ancora stato scoperto, e i penalisti che ne 'intuivano' l'esistenza mostravano un estremo disagio di fronte alle gravi carenze e all'inutile complicazione del sistema punitivo. Il quale non era fatto soltanto di morte e reclusione, ma pure di lavori forzati (anche a vita), relegazione, carcere (pena correzionale, diversa dalla reclusione, considerata pena criminale), custodia, confino ed esilio locale. Salve restando le misure di polizia che, a parte quelle di natura preventiva (ammonizione, vigilanza speciale, domicilio coatto), comportavano arresti, interdizioni e sospensioni diverse. In mezzo, tra polizia e punizione, una classe di magistrati molto differenziata quanto a livello culturale e orientamento ideologico, che pure non appariva del tutto adeguata alla sua funzione, soprattutto nei suoi gradi più bassi o intermedi, e cioè i più diffusi nei tribunali e nelle preture.

Nel Regno, poi, non va dimenticato, « tre diversi codici penali si contendevano l'impero dell'alta, della media e della bassa Ita-

lia » (25). L'unificazione penale, falliti i primi tentativi anche per via dell'emergenza postunitaria, non sembrava prossima a venire. La ritardavano, tra l'altro, alcune questioni irrisolte (prima tra tutte quella della conservazione o meno della pena di morte) che dimostravano una volta di più — e lo vedremo — come le scelte penali fossero intricate a quelle politiche e investissero delicate questioni nel rapporto tra potere e società.

« *Tollere crucem de campo, carnificem de foro* ». Tra le tante questioni aperte, l'abolizione della pena di morte era certo quella che faceva discutere di più. Soggetto logoraticissimo, dibattuto con argomenti eternamente ricorrenti e sempre uguali, scientificamente assai povero, era tuttavia capace di appassionare e dividere più di qualsiasi altro. Se ne avvertiva, malgrado tutto, il valore di chiave di volta nel disegno generale della legislazione. Le si attribuiva, e non a torto, una funzione di sigla: un valore simbolico, oltre che pratico — di principio, oltre che politico — dal quale si faceva dipendere anche una speranza di incivilimento della società.

« È chiaro che l'Italia non potrebbe astergere da' suoi codici ogni pena di sangue, senza rinnovare dalle fondamenta tutto l'edificio penale, riconducendolo ai limiti che gli competono in una vasta e sapiente legislazione preventiva. [...] L'Italia rinnovellata fondi, coll'abolizione intera e assoluta della pena di morte e coll'inaugurazione di un vasto diritto preventivo, *l'ordine della città* » (26).

Sono parole di Carlo Cattaneo, scritte nei giorni dell'unificazione. Esse svelano il senso della campagna abolizionista che si accese, vivacissima, tra il 1860 e il 1861, assumendo un carattere parzialmente rinnovato rispetto al passato. Se la scala penale era stato uno dei terreni sui quali contestare la politica penale degli Stati autoritari, ora essa viene vista come una sorta di breccia attraverso la

(25) Si tratta, come è noto, del Codice penale sardo-piemontese del 1859, divenuto codice del Regno d'Italia all'indomani dell'Unità; del codice toscano del 1853, conservato in vigore in Toscana; e dello stesso codice del 1859, nella sua versione notevolmente modificata e messa in vigore per le Province Napoletane dal decreto luogotenenziale di Eugenio di Savoia del 17 febbraio 1861. L'espressione citata nel testo è di L. LUCCHINI, *Sull'antico progetto del nuovo Codice penale italiano. Considerazioni generali*, in « Rivista Penale », 15, VIII, 1881, p. 458.

(26) C. CATTANEO, *Della pena di morte nella futura legislazione italiana*, in « Politecnico », VIII, 1860, fasc. 44, p. 76.

quale far passare il rinnovamento di tutto il sistema punitivo. La situazione politica sembrava favorevole. La disposizione culturale della nuova classe dirigente italiana — si pensava — non sarebbe mancata. Il programma stesso della ‘proscrizione del patibolo’ appariva come il più capace di suscitare consensi, il meno contestabile, il più produttivo di conseguenze riformatrici. Ma la realtà si sarebbe presentata infinitamente più complicata e difficile di come era stata immaginata.

Pietro Ellero, che aveva esordito come scrittore di cose penali con il saggio *Della pena capitale* (27), fonda nel 1861 il « Giornale per l’abolizione della pena di morte » nel cui *Programma* scrive a chiare lettere che la rivista si pone obiettivi che vanno al di là del fine scritto nel titolo: « poiché la tesi dell’abolizione del supplizio capitale si collega a tant’altre, che quasi tutta la ragion penale, e fors’anco la ragion politica, ne rimangono comprese [...]. Per noi l’abolizione della pena di morte, non è un fatto isolato [...] supponendo tutt’una correlazione dello stesso, e collegandosi a parecchi altri argomenti del viver civile » (28).

Il « Giornale » raccoglie la collaborazione di uomini come Puccioni, Carrara, Mittermaier, Holtzendorff, Pessina, Gabba, Ulloa, che rappresentavano il meglio, sul versante scientifico del fronte abolizionista (29). Alimenta la polemica contro Augusto Vera (30),

(27) P. ELLERO, *Della pena capitale*, Venezia 1858, poi in Id., *Trattati criminali*, cit., pp. 5-92. Come tanti di altri, e dello stesso tenore, quello scritto si inseriva nel filone di quelli che combattevano, sul terreno penale, una battaglia contro l’oppressione: « Io ruppi la mia prima lancia di scrittore — avrebbe ricordato Ellero anni dopo — gettando in sull’Austria, allora formidata signora della penisola, e sotto il cui giogo io stavo, il sangue delle sue vittime, il sangue de’ nostri martiri » (P. ELLERO, *La sovranità popolare*, Bologna 1886, p. 8).

(28) ID., *Programma* del « Giornale per l’abolizione della pena di morte », I, pp. 7-8.

(29) Alcuni di essi avevano testimoniato contro la pena di morte, coi loro scritti, nei vecchi termini risorgimentali. Le nuove perorazioni assumono invece, da punti di vista diversi, il significato più ampio che Ellero aveva impresso nel programma del « Giornale ». Fallita, come vedremo, l’offensiva abolizionista degli anni 1860-63, tutti insieme avrebbero ripreso la battaglia a metà degli anni Settanta. Francesco Carrara avrebbe ridato impulso agli opuscoli azzurri della « Biblioteca abolizionista », aperta dalla traduzione del famoso saggio (Heidelberg 1862) di K.J.A. MITTERMAIER, *La pena di morte considerata nella scienza, nell’esperienza e nelle legislazioni*, Lucca 1864 e poi interrotta,

l'unico qualificato intellettuale — della scuola hegeliana napoletana — che si fosse pronunciato per il mantenimento della pena capitale. Appoggia in tutti i modi il lavoro parlamentare degli abolizionisti, guidati da Mancini, veterano di quelle battaglie, e dal guardasigilli Pisanelli ⁽³¹⁾. Ma i tempi si rivelano assolutamente contrari. Il Regno

pubblicando A. ROLIN, *La pena di morte. Stato della questione. Esame di alcune recenti pubblicazioni*, Lucca 1871; C. LUCAS, *La pena di morte e la unificazione penale. A proposito del progetto di codice penale italiano*, Lucca 1874 e F.G. WEBER, *Sulla pena di morte. Conferenza*, Lucca 1874. Enrico Pessina avrebbe dettato il suo *Sulla pena di morte. Lezioni tre* (1875), poi in Id., *Discorsi varii*, IV, Napoli 1914, pp. 109-87, mentre usciva in Germania il libro di un altro collaboratore del «Giornale» di Ellero, F. VON HOLTZENDORFF, *Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe*, Berlin 1875, subito tradotto da Raffaele Garofalo, già allora sensibile alle nuove prospettive criminologiche che lo ispiravano (*L'assassinio e la pena di morte. Studii politico-criminali e psicologici*, Napoli 1877).

⁽³⁰⁾ A. VERA, che aveva pubblicato l'opuscolo *La pena di morte*, Napoli 1863 (in verità assai debole: per concezione, oltre che per mediocrità e stravaganza d'argomenti), rispondono P. ELLERO, *Ragioni contro l'apologia della pena capitale di Augusto Vera*, in «Giornale per l'abolizione della pena di morte», III, 1863, pp. 73-134; E. PESSINA, *Considerazioni sulla pena di morte. In proposito di un opuscolo del prof. Augusto Vera su tale argomento*, in «Rivista contemporanea», III, 1863, pp. 280-328 e poi in *Discorsi varii*, V, Napoli 1914, pp. 21-75; e altri come G. ROSSI, *La pena di morte. Confutazione dell'opuscolo del Professore A. Vera*, Napoli 1863 o L. APONTE, *Sopra un opuscolo intitolato 'La pena di morte' per A. Vera*, in «Progresso», II, 1863, pp. 393-402, molto duro e sprezzante verso il filosofo napoletano.

⁽³¹⁾ Pasquale Stanislao Mancini scrisse poco contro la pena di morte e fece moltissimo. Aveva iniziato a San Marino nel 1847, ottenendo che il Consiglio Generale, nel marzo del 1848, sancisse solennemente, «per acclamazione unanime», l'abolizione, poi realizzata nel codice penale del 1865, varato per opera di Giuseppe Giuliani. L'avrebbe proseguita all'indomani dell'Unità, battendosi in quelle condizioni difficili: sarebbero stati mille volte richiamati i suoi interventi alla Camera del febbraio 1865, volti soprattutto a contrastare l'idea che la conservazione della pena di morte fosse una dolorosa necessità, considerato lo stato intellettuale, morale, economico e politico della nazione (*Discorso al Parlamento sulla pena di morte*, Torino 1865). L'avrebbe ripresa a metà degli anni Settanta decidendo, nella sua veste di guardasigilli, la sospensione di tutte le sentenze capitali pronunciate e da pronunciarsi, fino a che l'abolizione non fosse diventata legge dello Stato. Oggi si può dire che quella abolizione, sancita poi nel codice Zanardelli — e senza che lui, morto nel 1888, abbia potuto vederla in vigore — fu prima di tutto opera sua. Anche Giuseppe Pisanelli, napoletano come Mancini e suo compagno di lotte risorgimentali, poteva vantare più di una campagna. Aveva esordito con una lezione *Sulla pena di morte* dettata nel 1841 e pubblicata nel 1848 a Napoli nella «Gazzetta dei Tribunali» (poi più volte ristampata: Torino 1849 e ancora Torino 1862).

appena nato rischia la sua sopravvivenza davanti all'insorgenza delle regioni meridionali e non può permettersi un passo come quello abolizionista. Quella classe di governo — posto che fosse stata capace di concepire un simile gesto in quel frangente — era tuttavia consapevole del fatto che esso sarebbe stato politicamente disastroso. Bisogna anche aggiungere che l'abolizionismo italiano restò interdetto, ripiegando su posizioni meno esposte ⁽³²⁾. Poi, con grande rammarico e qualche recriminazione ⁽³³⁾, sospese una battaglia che avrebbe ripreso di lì a poco, e finalmente con successo.

Il primo Congresso giuridico italiano, tenutosi a Roma nel 1872, rilanciò la questione ⁽³⁴⁾ che intanto riprendeva il suo cammino anche in sede legislativa. Poi, a partire dal 1874, la neonata « Rivista Penale », intorno alla quale Luigi Lucchini aveva radunato la migliore penalistica italiana, apriva un'efficace ed elevata campagna contro il patibolo: una campagna fatta di studi e indagini di indole sperimentale, tali da giovare con esempi, con suggestioni, con rapporti emozionanti e talora raccapriccianti, alla causa abolizionista. « Per sradicare dagli animi più timidi e restii — avrebbe scritto anni dopo Lucchini — il pregiudizio che la pena cruenta abbia una efficacia intimidatrice e moralizzatrice, e persuaderli invece che la

Si era reso protagonista del voto d'abolizione alla Camera dei Deputati di Napoli durante la rivoluzione del 1848, cosa che gli costò l'esilio a Torino. Nel 1866, lui Presidente, la commissione per la compilazione del progetto di codice penale deliberò unanime « doversi costituire pel nuovo codice penale una scala di pene in cui non figurì la pena di morte », malgrado le « tristi condizioni di pubblica sicurezza, nelle quali allora trovavansi costituite alcune provincie del Regno » (B. PAOLI, *Storia scientifica del decennio di preparazione del Codice penale italiano*, monogr. II, tit. I, *Delle pene. La pena di morte*, Firenze 1878, p. 8).

⁽³²⁾ Nel marzo del 1865, per esempio, per iniziativa di Mancini, del ministro Vacca e di Pisanelli — che riferì dopo un rinvio alla sua commissione — la Camera votò un'abolizione della pena di morte limitata ai « crimini puniti con la medesima nel Codice penale comune », il che non era poco. Il Senato avrebbe poi rimesso le cose al punto di partenza.

⁽³³⁾ Penso a P. ELLERO, *Epilogo del giornale per l'abolizione della pena di morte*, in « Giornale per l'abolizione della pena di morte », III 1864, (ma scritto e pubblicato nel 1865), pp. 406-19.

⁽³⁴⁾ Primo Congresso Giuridico Italiano in Roma. *Tesi I: Abolizione della pena di morte e proposta di una scala penale*, Roma 1872, con interventi e testi; tra gli altri, di Carrara, Mancini, Giuriati, Nocito, Canonico, Curcio, Pierantoni.

sua attuale presenza nei Codici delle nazioni civili non è che una *causa perturbatrice della dinamica repressiva* » (35).

Tra il 1874 e il 1876 la questione viene praticamente risolta. Il ministro Mancini, come ho già avuto modo di ricordare, inaugura il regime della *abolizione di fatto* (36), che va a coincidere con una tendenziale contrazione dei crimini più gravi, che erano quelli interessati dalla pena capitale. La sospensione di ogni esecuzione capitale sembrava infatti andare di pari passo con le « migliorate condizioni della delinquenza italiana » (37).

Si chiudeva una vicenda lunga e significativa, che sarebbe poi stata sancita nel codice penale del 1889. Sospese le esecuzioni capitali, il parlamento aveva assunto il suo orientamento definitivo,

(35) L. LUCCHINI, *Ai Lettori*, in « Rivista Penale », 21, XI, 1885, p. 12.

(36) Voluta dal guardasigilli Mancini, come si è detto, e ottenuta con il necessario assenso del re Vittorio Emanuele II, tale sospensione faceva seguito alla decisione di abolire la pena di morte adottata dalla commissione parlamentare per la riforma del primo libro del codice penale nel giugno del 1876. Tale decisione fu presa in commissione con voto quasi unanime (una sola astensione), e fu poi largamente confermata dalla Camera, quando, nelle sedute tra il 28 novembre ed il 7 dicembre 1876, il progetto del primo libro del codice venne approvato con 179 voti favorevoli e 48 contrari (si possono vedere, su questa fase dei lavori, B. PAOLI, *Storia scientifica*, monogr. II, cit., e la buona sintesi di G. CRIVELLARI, *Il Codice Penale per il Regno d'Italia*, I, *Introduzione*, Torino 1890, pp. CXXVIII sgg. Memorabile è restata la discussione, che si svolse in Senato tra il febbraio e il marzo del 1875, al termine della quale i senatori si pronunciarono (73 contro 36) per il mantenimento della pena, ma che rappresentò il punto di avvio di una svolta decisiva: si vedano, oltre a B. PAOLI, *Storia scientifica*, monogr. II, cit., p. 13, lo scritto di A. BUCCELLATI, *La pena*, III, *La pena di morte e il Senato italiano*, in « Rivista Penale », 4, II, 1876, pp. 5-31 e gli atti di quelle sedute, pubblicati a parte per cura del Senato del Regno, Legislatura XII, *Discussioni intorno alla pena di morte*, tornate dal 18 al 25 febbraio, 5 e 6 marzo, Roma 1875.

(37) Non valgono artifici di sorta, commentava ancora Lucchini « per impugnare l'eloquente significato della duplice ventura. Per certo non può dirsi che l'aver risparmiato alle plebi lo spettacolo delle carneficine legali abbia avuto propriamente un effetto così immediato di moralizzarle o di rattenere i più malinclinati dalle criminose carneficine. Lascio ad altri arrischiarsi in così precipitata induzione. Per mio conto mi limito a constatare questo soltanto, che mi sembra fuori di contestazione, come cioè l'aver lasciato inoperosi gli strumenti patibolari, di sì vantata efficacia intimidatrice, non abbia menomamente influito a paralizzare le cause vere e più dirette che determinarono il movimento decrescente della criminalità, o altrimenti, non abbia influito a rendere più attive e diffuse le cause, individuali o sociali, che traggono al delitto » (L. LUCCHINI, *Ai Lettori*, cit., pp. 11-2).

e anche nella dottrina, e nell'opinione pubblica, la disputa tra abolizionisti e conservatori si era notevolmente attenuata, restando vivace solo come pretesto d'altre polemiche tra gli oltranzisti dei due indirizzi, classico e positivo.

Adequazione, moderazione, certezza. — La questione della pena di morte, al di là del suo contenuto di civiltà, era in buona sostanza una questione di « scala penale ». E la scala penale era uno dei punti più deboli del codice penale ereditato dal piccolo Piemonte. Discutere di pene, in quel contesto, significava dunque guardare alla loro qualità, al mezzo con cui infliggerle, al loro potere di emenda, ma anche al loro dislocarsi in una gerarchia di temibilità ed efficacia che doveva essere correlata alla gravità (pericolosità? allarme sociale?) dei comportamenti penalmente sanzionati.

La contesa sui fondamenti della pena, legata a quella, più risalente, sul diritto di punire, sembrava superata, e impegnava ormai soltanto qualche ritardatario. La natura intimidatoria della punizione, la sua funzione di contropinta, la difesa diretta o indiretta che se ne poteva trarre per la sicurezza sociale, o l'idea che essa rappresentasse un male inflitto in ragione del male procurato, avevano fatto fin troppo discutere, anche se non si può dire che fossero ormai questioni interamente trascurate. Ogni buon penalista ne riprendeva le fila, riandando ai padri della scienza, da Romagnosi a Carmignani, da Rossi a Mamiani, ma si trattava di ricostruzioni, a loro modo, di maniera. Tributi pagati allo stile, prima di entrare nel merito della politica del diritto penale.

Ancora una volta il nodo verrà tagliato da Francesco Carrara. « La pena è quel male che, in conformità della legge dello Stato, i magistrati infliggono a coloro che sono, con le debite forme, riconosciuti colpevoli di un delitto »⁽³⁸⁾. Il suo fine primario è il ristabilimento dell'ordine esterno della società: perciò dovrà essere afflittiva fisicamente, o almeno moralmente, esemplare, certa e irrimediabile, pronta, pubblica, non pervertitrice del reo. Sarà personale e non eccessiva, uguale, divisibile e modulabile, riparabile in

⁽³⁸⁾ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, Lucca 1871⁴, p. 372 [§ 584].

caso di errore ⁽³⁹⁾. Ma siccome i delitti sono diversi per qualità, quantità e grado, anche le pene dovranno essere articolate, delitto per delitto, caso per caso, nella loro qualità, quantità e grado: « come alle differenze di qualità, di quantità, o di grado nel delitto, risponde una diversità di imputazione, così risponda un'adequata diversità nella pena » ⁽⁴⁰⁾.

La dottrina dell'adequazione era stata già in età preunitaria un punto essenziale nelle rivendicazioni della dottrina a fronte delle politiche penali degli Stati. La scuola toscana vi si era molto impegnata, contestando l'esistenza di pene sproporzionate al delitto per cui erano minacciate, e Giuseppe Giuliani vi aveva dedicato pagine numerose e importanti ⁽⁴¹⁾. La stessa cosa avevano fatto tutti coloro che venivano affrontando i due istituti chiave dell'adequazione: il tentativo e la complicità. Era infatti nell'infliggere la stessa pena al delitto tentato e a quello consumato ⁽⁴²⁾, così come anche al complice e all'autore principale (per esempio nei delitti di maestà, ma non solo in quelli), uno dei caratteri tipici del diritto penale arbitrario e autoritario di alcuni Stati italiani.

Nel momento in cui Carrara detta il suo *Programma* questi problemi erano risolti e ormai pacifici in dottrina. C'era bisogno tuttavia di un attento lavoro, e di una qualche forma di vigilanza, perché se ne realizzasse una chiara, operante e non equivoca trasposizione nella legislazione. Tanto per richiamare un esempio famoso, i provvedimenti eccezionali con i quali si affrontò l'insorgenza meridionale finirono con l'assorbire nel reato di brigantaggio (che

⁽³⁹⁾ Ivi, pp. 404-26, [§§ 615, 640-51].

⁽⁴⁰⁾ Ivi, p. 428 [§ 654].

⁽⁴¹⁾ G. GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale*, cit., I, pp. 111 sgg. Per quanto riguarda la dottrina toscana, basterà pensare a quanto essa venne impegnata dalla legge del 22 giugno 1816, che puniva con la morte i furti violenti (fu Carmignani ad occuparsene tra i primi, nella famosa *Lezione accademica sulla pena di morte detta nella Università di Pisa il 18 marzo 1836*, Pisa 1836, p. 157). Su quella legge, e sul problema dell'adequazione nella dottrina toscana e pontificia prima dell'Unità, si può vedere ora I. ROSONI, *Criminalità e giustizia penale*, cit., pp. 128 sgg., 135 sgg.

⁽⁴²⁾ Ancora nel 1866, Francesco Carrara doveva battersi perché nel codice penale allora in preparazione nella c.d. commissione governativa [presieduta dal ministro De Falco] il delitto tentato non venisse punito come il consumato: lo ricorda F. COLAO, *Il delitto politico tra ottocento e novecento. Da « delitto fittizio » a « nemico dello Stato »*, Milano 1986, p. 75.

veniva ovviamente punito con la morte), e quindi con l'equipararli ad esso, comportamenti di complicità, o addirittura di favoreggiamento (il c.d. manutengolismo), secondo un principio teorico che riportava la civiltà penale dello Stato unitario ai livelli in cui Beccaria e Filangieri l'avevano trovata nell'Italia di cento anni prima. E molti anni dopo, nel 1874, lo stesso Carrara vergava, per la « Rivista Penale », una nota intitolata *Brigantaggio-Complicità*, nella quale, trattando del codice penale in formazione, le linee legislative che si trovava a contestare erano ancora quelle dell'individuazione dei complici, della definizione dei comportamenti, della proporzione delle pene ⁽⁴³⁾.

Accanto ai problemi dell'adequazione stavano quelli della moderazione delle pene, il cui necessario complemento era quello della certezza. Nessuno metteva in discussione che la pena dovesse essere *certa*. Ma questo era affare dello Stato e dei suoi apparati: era una questione di consistenza numerica e capacità professionale della polizia, di efficienza della giustizia in tutte le sue articolazioni. Quanto alla diminuzione dei livelli di pena, i penalisti erano orientati in modo diverso. La strategia della moderazione, infatti, implicava un'attitudine di razionalizzazione dogmatica, insieme a un serio rinnovamento dell'intera prospettiva penale: l'attenuazione delle pene poteva infatti restituire efficacia al sistema punitivo, solo alla condizione che molte cose cambiassero nella sua struttura e nel suo funzionamento. Per un altro verso, sul punto della maggiore o minore severità della pena, si scontravano tra loro le ideologie punitive tradizionali, ereditate dai diversi filoni dai quali pur proveniva la penalistica postunitaria. Chi assegnava alle pene una funzione dissuasiva era portato a volerle più *severe*. Ma si sentiva ribattere che la dissuasione poteva essere meglio conseguita per la via della *certezza*. Chi le pensava come occasione di *emenda* le voleva commisurate ai soggetti (tanto severe, tanto lunghe, quanto basti al loro riscatto). Salvo dover fare i conti con la nascente antropologia criminale, là dove questa insinuava il dubbio che il delinquente fosse

⁽⁴³⁾ F. CARRARA, *Brigantaggio - Complicità*, in « Rivista Penale », 1, I, 1874, pp. 302-11. Si deve aggiungere che, con una punta di polemica che si farà più chiara nei prossimi paragrafi, il grande lucchese divide il suo scritto in tre parti: « La questione in faccia alla scienza » e « La questione in faccia alla politica » sono le prime due.

‘insensibile al rimorso’ e che, in quanto essere incorreggibile, andasse semplicemente posto sotto sequestro, per la sicurezza sociale.

Una *querelle* come questa avrebbe potuto durare all’infinito. E, considerati formazione e orientamento della scuola italiana tra 1860 e 1880, non poteva essere risolta che dentro la logica della tutela giuridica. Il principio della pena, ammoniva Carrara, va tenuto distinto dai suoi innumerevoli scopi, perché è fonte di errori confondere lo *scopo* di un fatto con la *ragione della sua legittimità*. « Il *fine* della pena — aggiungeva (44) — non è quello né che *giustizia sia fatta*; né che l’offeso sia *vendicato*; né che sia *risarcito* il danno da lui patito; né che si *atterriscano* i cittadini; né che il delinquente *espia* il suo reato; né che si ottenga la sua *emenda*. Tutte coteste possono essere *conseguenze accessorie* della pena; ed essere alcune di loro desiderabili: ma la *pena* starebbe come atto incriticabile quando tutti cotesti risultati mancassero. Il *fine* primario della pena è *il ristabilimento dell’ordine esterno nella società* » (45). Ma le dottrine di Carrara, se pure avevano un forte ascendente sulla scienza giuridica (Brusa, il primo Lucchini, in parte Pessina) ne avevano di meno — malgrado la loro razionale lucidità — sul legislatore che nel frattempo stava lavorando all’unificazione penale e preparando il nuovo codice. In particolare, nella fase di progettazione del codice che va dal progetto Vigliani (1874), fino alla metà degli anni Ottanta, il lavoro parlamentare sembrava a molti assai male impostato e travagliato da dissensi e incertezze, anche sul punto della ‘severità’ delle pene. La penalistica civile di quegli anni, con Carrara alla testa, pur essendo coinvolta nelle persone dei suoi esponenti più prestigiosi in quel lavoro, faceva fatica a coglierne *gli aspetti di insieme*. Sfuggiva ai più, per esempio, il legame che doveva esistere tra le pene previste nel codice e le condizioni in cui versava il sistema carcerario italiano. E coloro che invece lo percepivano con lucidità, anche per averlo indagato scientificamente, come molti giuristi ‘sperimentalisti’ o già

(44) F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, cit., p. 404 [§§ 614-15]. I corsivi sono tutti nel testo.

(45) La teoria della pena di Francesco Carrara si può trovare ora riprodotta in M.A. CATTANEO, *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, Torino 1988, pp. 105 sgg., che segue passo passo, e via via brevemente commenta, l’esposizione contenuta nel *Programma*.

‘positivisti’, avevano della pena un’idea tutt’affatto diversa, come vedremo più avanti.

Il nodo essenziale della questione della durezza (e cioè, prima di tutto, della *durata*) delle pene, stava nel fatto che su di essa si giocavano i fondamenti dell’intero edificio punitivo che si andava costruendo col codice. Un drastico abbassamento dei livelli di penalità in vigore (che erano elevatissimi), comportava un radicale ripensamento dell’intero sistema punitivo: una diversa percezione del criminale, un difficile rapporto con l’opinione pubblica, giudici con nuova mentalità, una polizia all’altezza di compiti inediti, un sistema carcerario imperniato sulle pene brevi, che era lontanissimo da venire. In poche parole, si trattava di passare ad una concezione ‘totalmente liberale’ della giustizia, come avrebbe detto Luigi Lucchini.

Fu in effetti (e ancora una volta) la « Rivista Penale » la sola sede scientifica nella quale il rapporto tra il livello di penalità esistente nel codice sardo-piemontese/italiano e lo stato del sistema carcerario ottenne il massimo dell’attenzione. Quel rapporto era sentito come essenziale sia per la funzionalità della repressione, sia per la civiltà punitiva. La scala penale esistente nel codice del 1859 era antiquata e iniqua, e l’apparato carcerario sul quale andava ad applicarsi era in condizioni tali da non alleviare certo le sue pessime conseguenze. Il calcoli e le somme che occorre fare — scriveva Lucchini nel 1881 — considerando reati, concorsi, recidive, circostanze, non sono diversi da quelli che servivano per calcolare il numero dei tratti di corda nei sistemi di antico regime ⁽⁴⁶⁾. Le carceri, poi, sono infinitamente distanti dalle esigenze dell’umanità e della sicurezza della società: combinate con pene troppo lunghe rendono la detenzione inconcludente e irragionevole.

⁽⁴⁶⁾ L. LUCCHINI, *Sull’antico progetto del nuovo Codice penale italiano*, in « Rivista Penale », 15, VIII, 1881, p. 465: « È codesto un piano [...] che merita di esser posto a fascio con quelli che rubricavano aritmeticamente gli elementi di prova, i tratti di corda della tortura, gli inasprimenti dell’estremo supplizio, e che oggidì ancora reggimentano la magistratura e mettono in ferri gli oziosi, i vagabondi e le persone sospette: tutti sistemi che si radicano in decrepite tradizioni, e in una cognizione ideale, metafisica, superficiale della natura umana, dei rapporti sociali e della vera essenza ed ufficio del diritto, che su quella e questi esclusivamente si fonda, e per questi e per quella unicamente deve fungere ».

Con una osservazione un po' più penetrante e con una logica un po' più positiva non riesce difficile convincersi che mercé una pena di quindici, venti o venticinque anni [*e tra i 14 e i 15 anni sta la media delle pene carcerarie*, cfr. p. 464], in generale, e prodigata a centinaia e migliaia di delinquenti non si compie né un atto di giustizia né si reca un servizio alla società.

Se per difendere la società si provvedesse a distruggere col ferro e col fuoco od a seppellire in vita tutti i delinquenti che ora si mandano nei bagni e negli ergastoli, la misura radicale soddisferebbe almeno una sociale esigenza di conservazione; ma questo sistema di terrore e di strage, che pur ebbe i suoi fasti nella storia, si dimostrò coi fatti che non approda ai fini del magistero penale: tant'è vero che lo spregio del diritto (e tale è l'inconsulta aberrazione) si ritorce sempre a danno e rovina della società. Ormai già l'esperienza è venuta spiegando che neppur le pene capitali e perpetue comminate a' più gravi e atroci misfatti valgono a frenarne o menomarne la perpetrazione; e però esse si riducono ad essere niente altro che uno de' maggiori ostacoli al progresso delle istituzioni repressive ⁽⁴⁷⁾.

Poi, ancora una perorazione a favore di pene più brevi, e di minimi che siano veramente tali, consentendo ai giudici di operare su una gamma più larga di possibilità nello scegliere la durata della pena, caso per caso, colpevole per colpevole. L'ampiezza dell'arco di scelta è in assoluto un bene, che risponde al principio di generalità della norma ed a quello della autonomia della decisione del giudice ⁽⁴⁸⁾.

Del resto, anche restando all'interno di una valutazione dell'efficacia, dell'opportunità e della produttività della pena reclusiva in

⁽⁴⁷⁾ Ivi, pp. 465-6.

⁽⁴⁸⁾ Si veda, sempre di L. LUCCHINI, *Della pretesa eccessiva latitudine delle pene nel Progetto del nuovo Codice penale*, in « Rivista Penale », 28, XIV, 1888, pp. 105-11. Il legislatore, scrive citando Pellegrino Rossi, deve intervenire 'per generalità', mentre il giudice si applica ai casi particolari: « Esagerate l'azione del primo e voi avrete una giustizia in certo modo astratta, severa, inflessibile, eguale per tutti nell'apparenza, iniqua nella realtà. Esagerate l'azione del secondo e voi avrete un'amministrazione della giustizia che si ravvicinerà, è vero, per le sue forme esterne, alla giustizia morale, ma che in realtà sarà spoglia di guarentigie necessarie contro i capricci del favore e dell'odio ». Anche quando si tratta della stessa figura di reato, insiste, non si troveranno mai due episodi che per circostanze, effetti e moralità dell'agente possano esser considerati identici; ebbene, « i limiti imposti al giudice, che sono il *massimo* ed il *minimo* della pena comminata per ciascun reato, rappresentano i termini di confronto e di paragone nella valutazione della gravità fra un reato e l'altro » (p. 106).

rapporto alla sua lunghezza e al suo contenuto (afflittività, severità, capacità dissuasiva e rieducativa), non v'è dubbio possibile, se non sulla positività delle pene tendenzialmente brevi, certo sulla inutilità e dannosità di quelle troppo lunghe.

Quale effetto ci si può mai attendere da dieci o quindici anni di galera applicati ad un falsario, ad un ribelle alla pubblica forza, ad un bancarottiere, ad un peculatore, ad un concussionario, ad uno stupratore? [...]. O non sarebbe assai meglio, sotto tutti i rapporti che la pena fosse breve ma severa: breve in modo che il condannato non avesse tempo di abituarsi, come l'uomo a lungo andare s'abituava in qualunque ambiente, a qualunque sistema di vita, e che la liberazione gli si rappresentasse abbastanza vicina, per potervi consacrare tutto il suo pensiero, tutti i suoi propositi; severa in modo da non paragonarsene il regime a verun altro cui l'uomo suol darsi nella vita libera, severa senza riuscir brutale, ma così da dover essere temuta, sentita, ricordata? ⁽⁴⁹⁾.

Il codice si sarebbe posto in posizione mediana. L'influenza indubitata che Lucchini ebbe sulla sua versione definitiva fece sì che potessero essere fronteggiate e bilanciate le tendenze che avrebbero voluto conservare nel codice un regime assai severo di penalità. La penalistica civile, nella sua estrema incarnazione (quella liberale e realistica), otteneva un altro non piccolo risultato.

5. *In attesa del codice. L'emergenza e il dissenso politico.*

Mentre Vittorio Emanuele II, a Torino, con la legge del 17 marzo 1861, assumeva per sé e per i suoi successori il titolo di re d'Italia, in una lontanissima provincia lucana, tra Melfi e Ripacandida, il pastore ribelle Carmine Donatelli, detto Crocco, era acclamato come un liberatore e accolto con onori trionfali, al grido di « viva Francesco II », dalle popolazioni dei centri che veniva occupando e 'liberando' con le sue truppe.

L'insurrezione delle popolazioni contadine meridionali costringeva il Regno appena nato a iniziare la sua vita politica e istituzionale sotto il segno dell'emergenza. Si sa che questa vicenda

⁽⁴⁹⁾ L. LUCCHINI, *Sull'antico progetto del nuovo Codice penale*, cit., p. 467.

esercitò sul sistema penale una funzione deleteria, segnandolo con una impronta originaria che lo condizionò per decenni. Si stabilì una legislazione eccezionale dalla quale si trassero principi che restarono molto a lungo nell'ordinamento⁽⁵⁰⁾, specie al livello degli istituti di polizia. L'abolizione della pena di morte, certo possibile già all'indomani dell'Unità, subì un rinvio trentennale. Gli stessi livelli di legalità si abbassarono enormemente, mentre la dottrina giuridica ammutoliva, e si prestava, seppure riluttante, a qualche forma di collaborazione. Alcuni dei penalisti e costituzionalisti presenti in Parlamento (Pessina, Mancini, D'Ondes Reggio, Boncompagni) contrastarono, con sempre minore energia, i provvedimenti che via via si proponevano, finendo poi per ripiegare (Man-

⁽⁵⁰⁾ Alludo alla legge 15 agosto 1863, conosciuta come legge Pica. Si trattava di nove articoli in tutto che davano al governo la potestà di indicare le provincie 'in stato di brigantaggio', ai tribunali militari il compito di giudicare briganti e complici, e questo per pochi mesi, fino al 31 dicembre di quello stesso anno. Per i briganti che opponevano resistenza armata si prevedeva la morte, mentre si promettevano diminuzioni di pena a quelli che si fossero spontaneamente presentati entro un mese. Da ultimo, fatto di estrema importanza nella storia delle misure di polizia preventiva nel nostro paese, il progetto Pica dava al governo la facoltà di assegnare per non più di un anno un domicilio coatto agli oziosi, vagabondi, sospetti, camorristi e manutengoli. La discussione fu vivace, anche se costretta in tempi strettissimi. P.S. Mancini riuscì a introdurre temperamenti di diritto comune: escludere la fucilazione, concorrendo circostanze attenuanti, applicando i lavori forzati a vita. E non la deportazione, come alcuni chiedevano, perché la «deportazione è una pena che non dovrà entrare, quasi diremmo, di sorpresa nel sistema penale italiano, senza che, a suo tempo, il Parlamento ne faccia argomento dei suoi studi e di una seria e matura riflessione». Tutte le province meridionali, tranne Napoli, Bari, Teramo, Reggio Calabria e Terra d'Otranto, vennero dichiarate in stato di brigantaggio; il 1° settembre venne pubblicato il regolamento per l'esecuzione della legge, che regolava il nuovo istituto del domicilio coatto, e intanto cominciava l'attività dei tribunali militari. Questi ultimi, grazie ai rinvii della scadenza della legge che puntualmente seguirono (e che non mancarono di peggiorarne in più sensi il contenuto), funzionarono fino alla fine del 1865, e sul loro operato ci furono molte e giustificate critiche. La giustizia militare era stata individuata come la più garantita delle giustizie rapide, ma quella rapidità fu troppo spesso trasformata in sommarietà. I militari giudicavano sovente con la costituzione di un tribunale straordinario sul campo: senza assicurare adeguata difesa agli accusati, spesso senza osservare il rito, eludendo il principio che voleva che ci si riferisse ad un vero tribunale di guerra. Pasquale Stanislao Mancini, in un intervento alla Camera, nel 1866, rinunciò ad explicitare alcune sue critiche alla giustizia militare applicata ai briganti, per non «fare rivelazioni di cui l'Europa dovrebbe inorridire».

cini) sulla linea del loro arginamento o ‘miglioramento’. I ministri, invece, come Pisanelli o Conforti, si trovarono a svolgere un ruolo non troppo somigliante alla loro immagine di liberali cresciuti combattendo gli abusi e l’illegalità. È che molti di loro temevano seriamente per la sopravvivenza stessa del Regno appena nato, che era effettivamente e gravemente minacciata. Pensavano, di conseguenza, che una tale emergenza potesse giustificare ciò che si stava facendo, e che non ci fossero altre vie da seguire. Anche se non ci aspetteremmo che un Giuseppe Puccioni, usando molto meno autonomia di giudizio di quanta ne avesse praticata sotto il Granduca — e proprio mentre perorava l’abolizione della pena di morte — potesse scrivere, *tout court*, di province meridionali piene « di ladroni ed assassini, fuggati ed annientati dalle nostre strenue legioni, coadiuvate dalle nazionali »⁽⁵¹⁾.

La penalistica civile perdeva un’occasione di testimonianza. In più, doveva subire l’avvento di un’articolazione fondamentale dei livelli di legalità: nelle questioni che riguardavano l’ordine pubblico e la sicurezza politica, avrebbero prevalso i criteri della opportunità e della convenienza, dettati dalle esigenze dello Stato (che poi sarebbero state regolarmente quelle del governo). La straordinarietà degli interventi sarebbe stata giustificata con l’eccezionalità delle situazioni; il sospetto avrebbe avuto lo stesso valore della prova, la certezza morale avrebbe rimpiazzato quella giuridica, le polizie avrebbero finito per contare più dei giudici. Io credo che quel terribile inizio abbia contribuito in modo decisivo, e forse sottovalutato, all’*imprinting* del sistema penale italiano, per quanto riguarda il rapporto tra ordine e legalità. Qualche testimonianza ci aiuterà a rendercene conto.

Francesco Carrara e i reati politici. — « Io mi sono sventuratamente convinto che politica e giustizia non nacquero sorelle; e che nel tema dei così detti reati contro la sicurezza dello Stato così interna come esterna, non esiste diritto penale filosofico; laonde come nella pratica applicazione la politica impone sempre silenzio al

⁽⁵¹⁾ G. PUCCIONI, *Della pena capitale*, in « Giornale per l’abolizione della pena di morte », II, 1862, p. 27.

criminalista, così nel campo della teoria gli mostra la inutilità delle sue speculazioni e lo consiglia a tacere »⁽⁵²⁾.

Francesco Carrara scrive queste famose parole prendendo commiato dai lettori del suo *Programma*, nel luglio del 1870. *La politica impone sempre silenzio al criminalista*, quando si tratta di praticare il diritto nella realtà. Ma anche quando essa attraversa il campo della teoria, *lo consiglia a tacere*. Affermazioni che suonano fin troppo pessimistiche per uno spirito libero quale certo era Carrara, e che sostengono il suo famoso *rifiuto* di « esporre la classe dei delitti politici » nell'ultima parte della sua opera più importante. Quel rifiuto ha fatto molto discutere. Pesò in misura assai relativa sulla dottrina ottocentesca a proposito di reati politici, ma è stato visto, giustamente, come una chiave per valutare il rapporto tra quella dottrina e la questione, assai delicata, del dissenso politico nello Stato liberale. Carrara aveva certamente capito che entrare nel merito dei delitti politici, definirli, costruire un sistema nel quale le garanzie e le prerogative del cittadino dovevano essere conciliate con le esigenze e le pratiche di autotutela delle forme politiche, lo avrebbe portato inevitabilmente nel mezzo delle contraddizioni dello Stato liberale. Sarebbe venuto allo scoperto il punto di crisi dello Stato di diritto. Opta così per una dichiarazione di inconciliabilità tra politica e diritto penale: il delitto politico, che altro non è se non il risultato della « prevalenza dei partiti e delle forze »⁽⁵³⁾, non può essere conciliato con i « principi assoluti del giure penale ».

Quel rifiuto, come ho già avuto modo di dire altrove⁽⁵⁴⁾, esprime un atteggiamento radicale, il solo capace di scindere le responsabilità dei giuristi da quelle del potere politico arbitrario. Con esso si smascherano le vere ragioni dell'operato dei governi, e si mostra come essi usino le leggi a vantaggio di una battaglia di parte. Con il rifiuto si toglie al potere la copertura dei dotti e, soprattutto, lo scudo della scienza, della sua neutralità e della sua capacità di avallare (quasi di 'purificare') le spregiudicate operazioni con le

⁽⁵²⁾ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale*, Lucca 1871², VII, p. 636 [§ 3939].

⁽⁵³⁾ Ivi, VII, p. 627 [§ 3926].

⁽⁵⁴⁾ M. SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra otto e novecento*, cit., p. 639 [t. II, p. 757].

quali, facendo un uso poliziesco del diritto, il potere stesso riesce a mantenersi in sella.

Allo stesso tempo, una simile scelta è per sua natura improduttiva di conseguenze pratiche. Con essa si esprime una testimonianza di grande significato, ma non si impedisce che nei codici si continui a disciplinare i delitti politici, e che la politica continui ad arbitrare la giustizia, violando, all'occorrenza, i fondamenti della legalità.

Ma una rilettura più attenta e *meglio storicizzata* ⁽⁵⁵⁾ di quelle pagine di Carrara permette oggi un'ipotesi più convincente. Un'ipotesi che torna a valorizzare, tra l'altro, lo spirito della penalistica civile, che in Carrara riprende e continua a farsi sentire, anche dopo le umilianti vicende di quegli anni Sessanta.

D'altronde al tempo della mia prima pubblicazione [...] io non aveva ancora fatto sperimento del come vegeti la giustizia *anche sotto i liberi reggimenti* quando la politica se la pone fra le ugne. *Dieci anni* di ulteriori studi, di *ulteriori esperienze* e di *ulteriori disinganni* mi hanno renduto scettico (*bisogna bene che io lo confessi*) sulla esistenza possibile di un giure penale filosofico e ordinato sopra principii assoluti nella materia del così detto reato politico ⁽⁵⁶⁾.

Questo passo, conosciuto e mille volte citato da tanti storici e giuristi, non è mai stato letto con la necessaria attenzione. Francesco Carrara lo scrive, nel luglio del 1870, facendo un preciso e circo-

⁽⁵⁵⁾ Meglio storicizzata. Credo che sia necessario, ormai, accettare l'idea che la storia del diritto penale non può prescindere dalla storia dei contesti coi quali il pensiero giuridico si confronta e interagisce. Gli avvenimenti politici, le dinamiche sociali, il fenomeno criminale, la legislazione, le pratiche di giustizia, gli stessi avvenimenti salienti che segnano le biografie dei giuristi, non possono più essere ignorati. Lo storico di una scienza della società non deve dimenticare che l'oggetto delle sue ricerche è complesso: esso è fatto di libri, ma anche della realtà che li ha espressi. Chi pensasse di poter prescindere dai fatti si metterebbe in una pericolosa condizione di minorità, e si esporrebbe a serissimi rischi di errori e omissioni. La stessa cosa vale nella ricostruzione delle idee di una scuola o di un giurista: una storia meramente ideologica, non intessuta di fatti, non verificata sugli avvenimenti, avulsa dalle vicende biografiche dei protagonisti, finisce per essere fuorviante e, comunque, inservibile. La storia del pensiero giuridico non ha senso, se la sua unica fonte è il pensiero giuridico di cui si deve fare la storia.

⁽⁵⁶⁾ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale*, cit., VII, pp. 625-6 [§ 3924]. I corsivi sono miei.

stanziato riferimento alle vicende dei dieci anni precedenti: gli anni che in quel momento lo separano « dall'epoca della mia prima pubblicazione », l'inizio del 1860, quando uscì la prima edizione della parte generale del *Programma*. Sono dieci anni di *esperienze* (di giurista, di parlamentare, di legislatore, di cittadino) e di *ulteriori disinganni*, che gli hanno mostrato che anche un *libero reggimento* come il giovane Regno d'Italia può arrivare a soffocare la giustizia sotto il peso della ragione politica. Sono gli avvenimenti degli anni Sessanta che lo « hanno renduto scettico ». E quel *bisogna che io lo confessi* ha il suono inconfondibile di una dissociazione radicale, affermata come un doloroso dovere al quale non sarebbe dignitoso sottrarsi.

Quegli anni Sessanta, lo abbiamo visto, sono gli anni della repressione indiscriminata del brigantaggio meridionale. Una repressione iniziata violando prima la legalità ordinaria, poi ricorrendo a 'leggi d'eccezione' di dubbia legittimità statutaria, che tuttavia vennero anch'esse violate. Sono gli anni in cui 'la politica' fa entrare nel regime punitivo l'idea dell'emergenza e, attraverso essa, quella del doppio livello di legalità, costituito dal codice da un lato e dalle leggi di pubblica sicurezza dall'altro. Gli anni in cui, accanto a un codice di concezione classista come quello del 1859 ⁽⁵⁷⁾, si impiantano pratiche classiste di polizia che fanno dell'ammonizione e del domicilio coatto strumenti ordinari di governo delle classi dette 'pericolose'. Carrara pensava a quegli anni e a queste cose ⁽⁵⁸⁾. Il suo 'deporre la penna' senza trattare la materia dei reati politici assume in parte il valore di un gesto di protesta.

Visto alla luce di questa rilettura, il rifiuto sembra meno improduttivo di quanto (mi) possa essere apparso in passato. Se il valore che Carrara volle dargli era quello di una testimonianza, espressa in un gesto che nella sua misura, e pur nel suo ambito di opzione scientifica, voleva essere in qualche modo clamoroso, bisogna dire

⁽⁵⁷⁾ Cfr. G. NEPPI MODONA, *Carcere e società civile dall'Unità a Giolitti*, in « Rivista di storia contemporanea », I, 1972, pp. 341-80, poi rifiuto ed ampliato col titolo *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia*, V, *I documenti*, Torino 1973, pp. 1917 sgg.

⁽⁵⁸⁾ Nelle annotazioni al § 3939 del *Programma*, dal quale hanno preso le mosse queste mie riflessioni, si trova un rapido cenno dello stesso Carrara sul tenore polemico dei « pensieri da me già varie volte esternati in proposito delle leggi sul brigantaggio ».

che lo scopo fu interamente raggiunto. Dopo più di cento anni, quelle pagine risuonano ancora. Ad avvalorare questa ipotesi, del resto, c'è anche l'azione pratica che egli intanto veniva svolgendo in altre sedi, legislative ed anche *scientifiche* ⁽⁵⁹⁾. Cosa che non avrebbe fatto se il suo rifiuto fosse stato, come allora si diceva, ed oggi talora si ripete, 'filosofico'.

Si trattò dunque di un rifiuto, ma non di una rinuncia. Rinunciare sarebbe stato in contraddizione col suo pragmatismo ⁽⁶⁰⁾, e lo

⁽⁵⁹⁾ Nel 1868, per esempio, due anni prima di pronunciare il suo rifiuto, aveva dato larga mano nella costruzione del sistema dei reati politici nella commissione parlamentare che si occupava del progetto De Falco. La stessa cosa farà nel 1869, dando pareri per il Codice penale ticinese (che sarà pubblicato nel 1873), il quale finirà per contenere un titolo sui *Crimini e delitti contro l'ordine costituzionale e la sicurezza interna*, molto equilibrato e moderato nella concezione e nelle pene (cfr. G. RONCORONI, *La legislazione penale ticinese dal 1816 al 1873, con particolare riguardo al Codice del 25 gennaio 1873*, Pisa 1975, pp. 207, 223, 249 sgg.). Nel 1876, insieme a Lorenzo Nelli, lavorerà proprio sul titolo dedicato ai delitti politici del progetto Mancini, introducendovi miglioramenti di tipo 'liberale e garantista', alcuni dei quali resteranno nel codice Zanardelli: cfr. F. CARRARA, L. NELLI, *Osservazioni e proposte di emendamento delle sottocommissioni sul secondo libro del progetto del Senato*, Roma 1877. Quanto al persistente impegno dottrinale sui reati politici, basterà pensare a quanto essi vengano implicati da Carrara nell'analisi di diversi istituti speciali. Si veda l'attenta rassegna fattane da F. COLAO, *Il delitto politico*, cit., pp. 74 sgg., che giustamente fa notare come il rifiuto espresso nel *Programma* fosse destinato ad essere contraddetto.

⁽⁶⁰⁾ Del pragmatismo di Carrara darò solo due esempi, ma chi conosce bene *tutta* la sua opera sa che se ne potrebbero citare molti di più. Il primo è quello che traggio dalla sua teorizzazione della non necessità della unificazione penale, argomentata sulla teoria della difesa giuridica, ma dettata dalla paura di vedere il carnefice all'opera in Toscana (*Se la unità sia condizione del giure penale*, Prolusione 1865-66, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, cit., II, pp. 5-42). Il secondo mi viene dalla *Prima relazione alla Commissione per il nuovo Codice penale ticinese* pubblicata in Id., *Sul progetto di Codice penale ticinese. Relazioni*, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, cit., II, pp. 535 sgg., nella quale scongiura i legislatori ticinesi di non essere intransigenti sull'abolizione della pena di morte nel loro codice penale. Consiglia di transigere, di accettare un po' di pena capitale, pur di ottenere che il codice, che è molto ben fatto, sia approvato. «Il vostro progetto può rimanere in tutte le sue parti, quando ancora una maggioranza paurosa stimasse necessario mantenere il carnefice nel Cantone. Non si tratterebbe in questa dolorosa ipotesi che di mutare la penalità in otto, o in nove casi; ma tutto il resto del Codice potrebbe restare intatto. [...] Importante oggi è di avere un Codice progressivo e preparato in modo che quando suoni l'ora propizia per la completa vittoria contro il carnefice, non vi sia bisogno di ritardare questo trionfo col solito pretesto di dover fare un nuovo Codice [...]. In caso di sconfitta non giocare tutto sopra una carta: mantenersi

avrebbe costretto ad un impossibile silenzio su questioni che invece gli stavano molto a cuore. Non ultima quella della configurazione da dare, sul punto dei reati politici, al codice penale in preparazione.

Ciò non toglie che Francesco Carrara resti un uomo le cui idee, per quanto liberali, hanno l'età dei suoi tempi e che nulla ci autorizzi a farne un garantista da secolo XX inoltrato. Il suo costante impegno politico e teorico per la legalità reca i segni della fase storica in cui si esprime, ne porta i limiti e va giudicato a quella stregua. Per lui era importante, per esempio, che il codice non venisse snaturato da norme dettate da questa o da quella contingenza, ma questo non significava contrarietà in via di principio nei confronti di leggi eccezionali (che certo non amava), quando fossero imposte da situazioni eccezionali.

L'importante era che quelle leggi non violassero i « cardini positivi della ragione punitrice » e che, una volta in vigore, venissero osservate. Questa era la sua idea della legalità ⁽⁶¹⁾

I reati politici e la penalistica liberale. — La lezione di Francesco

sul terreno, e contrastandolo palmo a palmo, guadagnare più che si può ». Io trovo molto sagge queste linee di strategia penale e mi pare di poter dire che a Carrara fosse perfettamente congeniale la dimensione politica, specie quando si trattava di questioni che avevano direttamente a che fare con la legislazione. Così come trovo un po' *naïve* l'idea che avvicinarsi all'opera di Carrara cercando di darle una appropriata collocazione politica, sia da considerarsi, chissà perché, carattere distintivo dei giuristi marxisti (Cfr. M.A. CATTANEO, *Francesco Carrara*, cit., p. 102).

⁽⁶¹⁾ Sovraccaricando di conseguenze un passo del § 3939 del *Programma* (che Carrara prende, senza nominarlo, ad August Geyer), M.A. CATTANEO, *Francesco Carrara*, cit., p. 102, crea un corto circuito tra quelle espressioni (« Guai se un codice penale si foggia sul dagherrotipo delle *leggi di occasione*: ogni principio di giustizia sarà conculcato da siffatto codice ») e la legge 26 maggio 1982, n. 304. « La frase carrariana — osserva — mi sembra perfettamente adeguata quale critica della recente legislazione italiana detta di emergenza ». In realtà Carrara sta difendendo un'idea di codice penale, senza che questo significhi ostilità irriducibile per le leggi eccezionali, che non arrivava ad avversare in via di principio. La cosa è attestata nello scritto *Confronti storici* (1875), in *Opuscoli di diritto criminale*, Prato 1884³, VI, p. 388: « Ripeterò ancora una volta la bella sentenza di Geyer — Un codice penale è guasto quando vi si insinuano leggi di occasione. Alle *eccezionalità* o di luoghi o di tempi l'autorità provveda con misure *eccezionali*. Ma il codice penale, destinato ad essere perpetuo regolatore di tutti i cittadini, deve contemplare soltanto le condizioni normali e prevalenti della nazione. Non si dimentichi questa verità nella prossima discussione del nuovo progetto ».

Carrara conseguì grande rispetto ma pochi seguaci. Può essere forse considerata uno degli esempi più significativi della penalistica civile ottocentesca, collocata com'era in un'ottica di bilanciamento tra 'ragione penale' e impegno civile, ed intessuta di principi scientifici indeclinabili, uniti a pratiche legislative politicamente accorte ed equilibrate⁽⁶²⁾. Ma non si adattava come avrebbe dovuto alla logica che la difesa dello Stato, condizionata da emergenze delle origini e da 'minacce' politiche nuove, si era avviata ad assumere.

Anche nel caso dei reati politici, come in altri che abbiamo già visto, la dinamica della produzione dottrinale è condizionata dalla gestazione del codice che sarebbe approdata nel 1889. Ad un dibattito iniziale segue, negli anni Ottanta, una fase operativa egemonizzata dalla dottrina liberale più matura (Nocito, Lucchini, Brusa, Pessina, il giovane Impallomeni). Valorizzata da Zanardelli, essa batte in breccia le teorie positivistiche, che spingevano in tutt'altra direzione, e consegue il risultato di un codice moderno, equilibrato, e di stampo liberale. Subito dopo, però, nel terribile decennio di fine secolo, il codice viene sottoposto a durissime prove. La logica originaria del duplice livello di difesa (giudici-polizia, codice-leggi eccezionali) riaffiora con il ripresentarsi dello scontro politico radicale, e rimette in campo, a svolgere il suo storico ruolo civile, una parte significativa (e politicamente composita) della penalistica italiana. Ma anche questo processo va illustrato per gradi⁽⁶³⁾.

⁽⁶²⁾ È singolare constatare come le tre fondamentali direttrici del contributo complessivo di Francesco Carrara alla penalistica civile (un *programma* scientifico, una lunga attività di *professore* e di *avvocato*, una costante attenzione al momento *legislativo*, come *conditor* e come interprete), corrispondano ai titoli che lui scelse per le sue tre opere fondamentali: il *Programma del corso di diritto criminale*, le *Reminiscenze di cattedra e foro*, i *Lineamenti di pratica legislativa penale*.

⁽⁶³⁾ Ho affrontato il tema dei reati politici dall'Unità ai primi anni del Novecento nel saggio *Dissenso politico e diritto penale*, cit., pubblicato nel 1973. Le pagine che seguono riprendono in parte *alcune* delle idee espresse allora: non di tutte resto oggi ugualmente convinto. Il tema del reato politico è stato ripreso più volte negli anni successivi. Da punti di vista particolari lo hanno affrontato, tra altri, L. VIOLANTE, *La repressione del dissenso politico nell'Italia liberale: stati d'assedio e giustizia militare*, in « Rivista di Storia Contemporanea », V, 1976, pp. 481-524 e, molto lucidamente, G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, Milano 1985. Di tono generale sono le trattazioni di S.

Nella fase iniziale della riflessione scientifica, la definizione stessa del reato politico fu oggetto di lunghe e significative discussioni. Se da un lato i giuristi erano preoccupati di cancellare l'eredità dei vecchi regimi, basata sul sistema dei reati di maestà, dall'altro, la convinzione della preminenza degli interessi dello Stato, e una certa confusione tra quest'ultimo e le forme del governo, creano un incerto terreno di confronto. Si cercano quindi modi e tecniche che assicurino una efficace difesa del sistema, senza che sia necessario dichiararne in via di principio l'intangibilità. La dottrina si cimenta in *escamotages* nominalistici e affina pratiche di occultamento delle fattispecie di reato politico nelle pieghe di una legislazione di diritto comune che si presenta come 'neutrale' e garantista.

Un problema, per esempio, era quello rappresentato dal *favor* di cui il delitto politico godeva nella tradizione degli Stati liberali. Consuetudine di *non estradizione* per il reo politico, sottoposizione a giudizio *per giurati*, frequente privilegiamento del reo politico nelle ricorrenti *amnistie*, erano alcune delle sue conseguenze. Un simile quadro poteva spingere il legislatore ad escludere dal novero dei reati politici alcuni comportamenti particolarmente temuti, perché non si valessero delle garanzie o dei 'privilegi' legati a quella qualità: tipico il caso delle associazioni anarchiche, assimilate senza troppe distinzioni all'associazione di malfattori del diritto penale comune. Allo stesso tempo, però, l'area concettuale del delitto politico doveva essere mantenuta abbastanza larga. Per non limitare troppo le possibilità di azione di quello che era pur sempre lo strumento specifico per la difesa delle istituzioni e dell'insieme degli interessi politici facenti capo al loro governo.

Il problema del reato politico si presenta, più di ogni altro, come un problema di conciliazione di diritti o di interessi che sono potenzialmente in contrasto. Il diritto del cittadino al dissenso

PANAGIA, *Il delitto politico nel sistema penale italiano*, Padova 1980 e di G. MARCONI, *I delitti contro la personalità dello Stato. Profili storico-sistematici*, Milano 1984. Più recenti i due studi che, per completezza, respiro e impostazione, mi sembrano i più interessanti: quello, già citato, di F. COLAO, *Il delitto politico*, e quello di J.A. DAVIS, *Conflict and Control. Law and Order in Nineteenth-Century Italy*, London 1988, che non muove da interessi storico-giuridici ma che offre un'eccellente visione d'insieme, coinvolgendo insieme fatti e fenomeni politici, politiche della legislazione e pratiche di governo, sullo sfondo della storia sociale dell'Italia unita.

(opinioni), alla sua manifestazione (stampa, propaganda) e alla sua organizzazione (associazioni), potrebbe confliggere con la sussistenza dell'ordinamento statale che lo garantisce e, in questa misura — paradossalmente — mettere in pericolo anche se stesso. Così lo Stato, per un eccesso di difesa, potrebbe soffocare quei momenti di vita politica che lo tengono in vita e lo legittimano in quanto Stato liberale o di diritto.

La questione, lo aveva visto bene Enrico Pessina, non era dunque che una questione di equilibri. Il modo per realizzarli, nella sua concezione, corrisponde a una sorta di *Kampf um's Recht*, nel quale Stato e cittadino sono impegnati a salvaguardare l'uno la propria integra esistenza e l'altro il suo diritto al dissenso libero, proclamato e organizzato. In un simile confronto dialettico si consolidano le istituzioni dello Stato e si garantisce ad ognuno la possibilità di promuovere e ottenere, senza l'uso della violenza, la riforma degli ordinamenti. È il *diritto* che deve prevalere, insiste Pessina, ed è tipica funzione del diritto quella di rappresentare il criterio orientativo dell'attività dello Stato e dei singoli. E se deve essere possibile (a differenza di quanto aveva scritto Carrara) l'incriminazione del comportamento *ostile* del cittadino nei confronti dello Stato, tuttavia i presupposti di tale incriminazione non devono essere rigidamente determinati, dal momento che

v'ha momenti nella storia della civiltà in cui non solo è lecito, ma doveroso, il prendere le armi contro il potere sociale che tradisce la sua missione, e la rivoluzione diventa una delle necessità imprescindibili per un popolo oppresso che debbe risollevarsi a dignità di nazione, sia espellendo dominatori stranieri, sia scotendo il giogo di interna tirannide che calpesta le norme più sacrosante del Diritto. Di qui si deriva certa elasticità sulla valutazione sulla natura e sulle condizioni di reità intrinseca nei reati di Stato ⁽⁶⁴⁾.

I cittadini possono legittimamente aspirare « alle innovazioni miglioratrici degli istituti sociali » e impegnarsi per ottenerle « nella forma pacifica della libera discussione e propagazione delle idee ». Lo Stato, dal canto suo, non reprimerà il dissenso violento facendosi

⁽⁶⁴⁾ E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, Napoli 1883, II, p. 6.

condizionare « dal puro interesse del potere sociale alla propria conservazione, ma bensì dalle esigenze stesse del Diritto ». Il dissenso politico che si fa azione e viola le leggi va fermamente perseguito, ma secondo quelle stesse leggi: e non è ammissibile « prevenire col terrore » ogni manifestazione di opposizione, nel presupposto che possa degenerare ⁽⁶⁵⁾. Libertà per i cittadini, fermezza delle istituzioni, legalità: una buona e classica prospettiva liberale. Occorrono, aggiunge Pessina, chiare indicazioni di fattispecie, ampiezza di vedute nella loro applicazione, rispetto dei fondamenti costituzionali dell'ordinamento, moderazione nella previsione della pena (« perché di rado avviene che incorrano in siffatti reati uomini di animo perverso »). Occorre anche pensare ad una particolare dimensione processuale (« è necessario per essi l'intervento del giurì, anche quando si dubiti della bontà e dell'opportunità di siffatta istituzione sotto l'aspetto giudiciale » ⁽⁶⁶⁾ e tenere fermo — in omaggio ad una linea ispiratrice di fondo — il ripudio del metodo della *prevenzione*. La prevenzione entra facilmente in conflitto con la legalità, mentre la repressione dei reati, « secondo che la legge li ha previsti », offre garanzie reciproche ai cittadini e alle istituzioni.

Bisogna valutare questi accenti in una giusta prospettiva. Se si considera che Pessina scrive nella vigenza del codice penale del 1859, che quanto ai reati politici risentiva in gran parte del principio maiestatico dell'incriminazione, appare evidente che egli sta parlando *de iure condendo*. Sta cioè ponendo l'esigenza di un codice penale nuovo che assuma e traduca in pratica quei 'principi razionali'. Del resto, l'indicazione di trasferire nel codice i principi di un liberalismo illuminato si era già, e si sarebbe, manifestata nel suo lavoro nelle commissioni parlamentari per la preparazione del codice e poi in quello di ministro, nel 1885 ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁵⁾ « V'è una via razionale, che è quella di considerare reati alcuni fatti, sottraendoli alla valutazione dell'arbitrio del potere sociale, e segnatamente d'incriminare in nome della giustizia sociale, e senza conculcare le norme fondamentali della medesima, ogni *violenta* aggressione alle istituzioni fondamentali dello Stato » (ivi, p. 8).

⁽⁶⁶⁾ Ivi, p. 22.

⁽⁶⁷⁾ Nel 1885, come ministro guardasigilli di Depretis aveva rimaneggiato il progetto Zanardelli-Savelli del 1883, che è il progetto di base dal quale nascerà il codice

La sua relazione al Senato nell'ottobre del 1888 e poi il discorso in aula a difesa del progetto Zanardelli nel novembre successivo, sono molto significativi. Ribatte alle accuse di chi considera il codice troppo astratto e ideologico, replica duramente a coloro che lo consideravano pericolosamente arrendevole e permissivo, si batte contro l'ipotesi di introdurre la deportazione, valorizza il ruolo assegnato ai giudici e lo spazio che il codice assicura loro anche nella materia dei reati politici ⁽⁶⁸⁾. Una posizione perfettamente coordinata con quella che Luigi Lucchini teneva sulla « Rivista penale » e nell'ufficio legislativo del ministro, in quegli stessi mesi.

Coerente con questa impostazione, difende la libertà di pensiero e le sue manifestazioni, quella di associazione e di riunione, esprimendosi talvolta in modo molto esplicito, quasi pensasse apertamente a certe tendenze dell'esecutivo, a certe prevaricazioni poliziesche, o a certi abusi interpretativi del potere giudiziario:

L'*attentato* non si avvera con le sole riunioni in pubblico luogo, ove l'azione si limiti a manifestazione di opinioni; né si concreta con la parola (discorso, scritto, stampato, affisso). Esso richiede un qualche fatto violento contro la Sovranità dello Stato o la sua unità; e lo scopo cui quell'atto materiale e violento si riferisce deve essere nitidamente provato che sia quello di attuare alcuno dei malefici di sopra enunciati. La *cospirazione* non è da confondersi col partito *politico*. I partiti sono la vita stessa delle società civili [...]. coloro che appartengono ad un partito vogliono il trionfo della

del 1889: cfr. *Modificazioni proposte alla Commissione eletta dalla Camera dei Deputati [...] dal Ministro Pessina*, Roma 1865. Negli anni precedenti era stato costantemente membro delle diverse commissioni legislative succedutesi fin dal 1866 (progetto De Falco) e aveva svolto un ruolo primario in quella che nel 1876 si era occupata del progetto Savelli (anch'esso molto importante nella storia di quei lavori preparatori). In quella occasione, per sua iniziativa, erano stati tolti dal codice i reati di stampa: cfr. *Processi verbali ed emendamenti relativi al libro secondo del progetto di codice penale*, Roma 1878, verb. 24 e introduz., vol. I, pp. 132-3. Nella fase finale dell'approvazione del codice, Pessina ebbe l'incarico di riferire al Senato sul libro I del progetto definitivo, e fece poi parte della commissione ristretta per la redazione finale del testo del codice e delle norme transitorie.

⁽⁶⁸⁾ E. PESSINA, *Discorso tenuto in Senato nella tornata del 16 novembre 1888, in Lavori parlamentari del nuovo Codice penale italiano. Discussione al Senato (dall'8 al 17 novembre 1888)*, Torino 1889, pp. 239 sgg.

loro idea [...]. La cospirazione presuppone [...] mezzi diversi da quelli che consente l'ordinato e pacifico svolgimento della civiltà nazionale ⁽⁶⁹⁾.

Credo si possa dire che in quelle posizioni e in queste parole si esprime una critica implicita alle prassi, molto diverse, dell'Italia di quegli anni. Sul terreno del dissenso politico, il primo e il più significativo dell'impegno civile dei penalisti liberali, il ruolo di uomini come Pessina, Lucchini o Nocito (che si era molto impegnato dal punto di vista scientifico su questi argomenti) spiccava in modo particolare. Non c'è da meravigliarsi, dunque, se nella Relazione Ministeriale che Zanardelli presenta alla Camera il 22 novembre 1887 per illustrare il suo progetto di codice penale, la parte che riguarda i reati politici riprende alla lettera toni e proposizioni della scuola liberale. Né c'è da stupirsi che Luigi Lucchini, *ghost writer* di quella Relazione rivolga *en passant* un implicito omaggio a Francesco Carrara ed al suo insegnamento.

In questa materia — recita la Relazione — assai arduo e delicato è l'ufficio del legislatore di uno Stato civile. Imperocché, da una parte, il massimo rigore gli è imposto a difesa e tutela di ciò che forma il bene supremo di un popolo, trattandosi di assicurare non solo la costituzione politica ch'esso si è data e le istituzioni fondamentali che ne sono la forza e la vita, ma la sua stessa esistenza fra le nazioni.

D'altro canto, il legislatore non può dimenticare che i reati politici presentano un'indole relativa e mutabile, variando secondo le umane vicissitudini, per le quali talvolta il patibolo può convertirsi in altare, il delinquente in eroe; come non può dimenticare quanto sia lubrico il pendio dei reati di Stato, sì da avere condotto a rendere incriminabili le azioni più innocenti od anche meritorie, a contendere il diritto di libero esame, di lecita discussione, a punire chi non sapesse assumere l'odioso ufficio di delatore ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁹⁾ E. PESSINA, *Elementi*, cit., II, p. 31.

⁽⁷⁰⁾ Camera dei Deputati: *Progetto del Codice penale per il Regno d'Italia e Disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione*, vol. I, *Relazione Ministeriale*, Roma 1887, p. 19. Leggermente diverso sarebbe stato il tono della nuova *Relazione a S.M. il Re del Ministro guardasigilli Zanardelli nell'udienza del 30 giugno 1889, per l'approvazione del testo definitivo del Codice Penale*, Roma 1889, p. 75: il pensiero che ha ispirato il codice nella materia dei delitti contro la sicurezza dello Stato è stato quello di « consacrare la più energica tutela della Patria, dello Stato e delle sue istituzioni, senza porre pastoie alla libertà di pensiero e della discussione, ma senza neppure seguir l'idea che il reato politico

Il nodo del rapporto tra diritto penale e dissenso politico non sarebbe stato risolto definitivamente dal codice penale. Anzi, sarebbe tornato prepotentemente in discussione proprio all'indomani della sua entrata in vigore. Mi fermo però a questo punto. L'avvento del codice va considerato come un crinale nella storia delle teorie e delle ideologie del diritto penale italiano dopo l'Unità. I diversi problemi, tecnici e legislativi, vi approdano e vi trovano una soluzione che poi, in molti casi, verrà rimessa in discussione: in termini *politici* negli anni Novanta, in termini (all'apparenza) *tecnici* nel decennio successivo. Dovremo quindi riprendere la questione più avanti, quando verrà risolta e costituirà il terreno di quella che sarà forse l'ultima battaglia civile della penalistica italiana nel secolo XIX.

6. *La scuola che sarà detta 'classica' e il codice Zanardelli.*

Il codice, dicevo, è un punto di approdo. Ma è anche la *magna quaestio* che per trent'anni tiene impegnati giuristi e legislatori in un confronto altamente significativo. Nella sua lunghissima gestazione si trova la chiave per comprendere e valutare insieme i problemi che l'Italia si trovava davanti in termini di criminalità, ordine pubblico o scontro sociale, e i travagli della scienza giuridica, che doveva dare loro una risposta legislativa capace di conciliare repressione e garanzie, efficacia e civiltà.

Credo si possano individuare due fasi in questo processo. La prima va dall'emergenza dei primi anni Sessanta fino a tutti i Settanta. La seconda si svolge negli anni Ottanta, che sono, dal nostro punto di vista, gli anni di Zanardelli. Sono due fasi che trovano la loro corrispondenza non solo nel lavoro legislativo (prima lento, contraddittorio, incerto, poi finalmente risoluto, lucido ed efficace), ma anche nel grado di maturazione di una dottrina che

sia un reato fittizio, un fatto innocente o anche meritorio: idea codesta che potea giustificarsi soltanto di fronte alla illegittimità o alla tirannia dei passati ordinamenti. In un ordinamento civile e libero il delitto politico, circoscritto ne' giusti confini che ho indicato, ha una gravità che giustifica le più severe sanzioni, poiché con esso si attenta al supremo bene del cittadino, la Patria, alle supreme espressioni della volontà e sovranità nazionale e della tutela politica, i Poteri dello Stato ».

appare composita, vaga, debole agli inizi (con l'eccezione di Carrara) e poi, negli anni Ottanta, prende coscienza, si libera di tante incertezze, cresce di immagine, di prestigio e di peso.

La vecchia Scuola, parole che nulla significano. — All'indomani dell'Unità, i penalisti italiani, omogenei per metodo e accomunati dallo spirito con cui affrontano i problemi, sono tuttavia divisi nell'ispirazione che li muove e nel merito delle soluzioni proposte. Provengono da tradizioni difformi, maturate soprattutto in area toscana, napoletana e padana. Sono in parte impreparati all'impatto con le nuove scienze coinvolte — dagli anni Settanta in poi — nello sviluppo del diritto penale: la nascente criminologia, la statistica, le discipline carcerarie, la 'nuova' medicina legale, e, in seguito, l'antropologia e la sociologia criminale. Lo stesso peso delle discipline penalistiche nelle facoltà giuridiche, cresciuto di colpo dopo il 1861 per effetto della precedente situazione di asfissia e silenzio, va gradatamente diminuendo, in termini relativi, col passare degli anni. Si avverte, per esempio, l'incongruenza di un insegnamento misto che mette insieme il diritto penale con la procedura, e che talora deve confondere i corsi con quelli di filosofia del diritto, in omaggio ad un'antica tradizione che voleva il diritto penale fortemente ancorato a quel genere di sapere. Nell'ordine degli studi delle facoltà periferiche capita spesso, inoltre, che il penalista manchi di autorevolezza (l'insegnamento viene talora conferito a filosofi, o a pubblicisti generici) e finisca per occupare la cattedra, senza il corrispettivo di una pur qualsiasi produzione scientifica. Tutto ciò rischia di far cadere la scienza penale italiana in una sorta di provincialismo di ritorno, privandola di contatti alla pari con le scuole penalistiche d'oltre confine, e rendendole difficili i necessari cambiamenti.

La congerie di esperienze scientifiche che, nel fuoco di una polemica degli anni Ottanta, verrà detta (*per diletto*, protesterà Lucchini) 'scuola' classica, non era affatto una scuola. Era ciò che una scienza civilmente matura, ma tecnicamente in formazione, era capace di esprimere in quella fase: una realtà, ho già avuto modo di scrivere una volta, fin troppo articolata in tendenze metafisiche, eclettiche, fidanti nell'origine divina del diritto penale, tardo-utilitaristiche, di liberalismo toscano o di praticismo napoletano, di giusnaturalismo laico o cattolico, di spiritualismo integralista o di

garantismo contrattualista. Non a caso Carrara, che la conosceva bene, propone che essa si chiami *scuola italiana*, con una designazione che era insieme ovvia e necessaria, avendo quegli uomini, così distanti tra loro, la qualità comune di penalisti italiani. « La vecchia Scuola — avrebbe meglio detto Aristide Gabelli, una delle menti più lucide della cultura giuridica italiana di quegli anni — *parole che nulla significano*, perché la vecchia Scuola ha i miti e ha i severi, ha i mistici e i politici, gli idealisti e i pratici, ha tutti fino a ieri e fino a oggi, che confondendosi insieme, si cominciarono a chiamare così » (71).

Non era una scuola. Lo sarebbe stata, invece, per eccellenza e antonomasia, quella che si sarebbe fatta chiamare ‘positiva’. E sarebbe stata quest’ultima a imporre al dibattito scientifico uno stile agonistico, tale da ridurre a fittizia unità, comprimendoli in un unico schieramento, i giuristi di indirizzo comunque diverso dal ‘nuovo’. Si capisce, allora, come il criterio distintivo delle scuole si sia introdotto nella discussione scientifica e sia poi stato trasformato in una chiave interpretativa per la ricostruzione storica. Ma si tratta di un modello interpretativo fuorviante, almeno per quel che riguarda l’esperienza della penalistica italiana dei primi trent’anni dopo l’Unità. Un modello ingannevole, ma, malgrado tutto, ancora operante.

Certo, pur nella diversità della loro formazione e del loro orientamento, giuristi come Carrara o Brusa, Buccellati o Tolomei, Nocito, Pessina, Lucchini o Impallomeni, hanno qualche posizione comune. Non comune *a tutti*, tuttavia, anche se da tutti riconoscibile come posizione che può essere riferita ad un sistema condiviso (72). Ciò che li accomuna è forse soltanto la convergenza su una mera prospettiva strategica, talora destinata a svanire nei fatti, davanti a qualche ‘pratica applicazione’. Niente, comunque, che abbia a che vedere con l’effetto di una *appartenenza*.

(71) A. GABELLI, *Sulla «Scuola positiva» del diritto penale in Italia*, in « Rivista Penale », 23, XII, 1886, p. 524.

(72) La stessa definizione del reato come ente giuridico, che è tra tutti il carattere distintivo più comunemente evocato quando si parla di ‘scuola classica’, è in realtà una formula carrariana, che viene tradotta per lo più, da quelli che la citano, in una affermazione dal suono un po’ generico: « Il reato è una violazione della legge penale ».

Questa situazione maturò e crebbe sui suoi presupposti. Intorno alla metà degli anni Settanta la penalistica italiana comincia a muoversi con maggiore consapevolezza. Nel 1874 Luigi Lucchini fonda la « Rivista penale », chiamando a raccolta intorno ad essa tutti i più autorevoli penalisti italiani e attirando la provvida attenzione di una grande quantità di prestigiosi penalisti europei. Francesco Carrara, all'apice del prestigio e dopo aver svolto una notevole funzione unificante grazie alla poderosa attrattiva della sua opera, si avvia sempre di più a svolgere un ruolo di padre nobile. Questo consente a uomini ormai affermati come Enrico Pessina, Pietro Nocito, Emilio Brusa o Luigi Casorati, di venire alla ribalta ad occupare posizioni di *leadership*, foriere di ulteriori sviluppi futuri. Lo stesso impegno scientifico e parlamentare per la preparazione del nuovo codice produce qualche effetto di sprovincializzazione, conducendo la scienza italiana a fare sempre di più i conti con le esperienze d'oltre confine. Anche lo sviluppo di settori nuovi della ricerca comincia ad essere guardato con interesse dai più attenti tra i penalisti. Essi si rendono conto, quanto meno, dell'utilità che possono avere la statistica, la criminologia e la medicina legale rinnovate, la nascente antropologia criminale. Così come avvertono l'importanza metodologica degli elementi evolucionisti e positivi che passano attraverso la sociologia venuta dall'Inghilterra e dalla Francia.

Il diritto penale, confermando la sua vocazione di scienza integrata, così come era stato capace di collegarsi ai principi politici dello Stato liberale, comincia a confrontarsi con gli elementi scientifici caratteristici delle nuove scienze sociali. Il punto di vista sociologico, per esempio, si creerà uno spazio molto importante nella riflessione scientifica dei penalisti, e non solo di quelli che si riconosceranno nella scelta positivista.

Che ne è, a questo punto, della 'scuola' che sarà detta classica? Il rinnovamento, o il semplice arricchimento dei metodi di indagine, scavano altri solchi tra questo e quell'esponente. La comparsa delle prime forme di organizzazione operaie e contadine finisce per creare ulteriori motivi di articolazione, specie tra i penalisti più giovani, che si dividono sulle implicazioni sociali delle scelte legislative o di quelle che vengono fatte nei tribunali. Un nuovo bisogno di *realità* coinvolge e orienta la penalistica 'classica' (io preferisco dire *libe-*

rale) degli anni Ottanta, facendo dimenticare le ormai polverose dispute sulle metafisiche dei principi immutabili e dei voleri divini (73). I caratteri della penalistica civile vengono rafforzati da tutto questo, mentre si fanno ancor più evanescenti gli elementi distintivi di una 'scuola' sempre più difficile da trovare.

Diciamo che, agli inizi degli anni Ottanta, quei giuristi, con le loro diverse sensibilità e le loro divaricate metodologie e opzioni scientifiche, si muovevano tuttavia in un'area di principi generali sostanzialmente accettati. Dalla condivisione di un generico progetto strategico erano passati ad un più omogeneo sentire politico. Si potrebbe parlare di una *tendenza liberale realistica* raccolta intorno ad alcuni principi fondamentali. Principi di tipo dottrinario, prima ancora che di ordine tecnico o dogmatico, che riguardavano la funzione del diritto penale, i limiti dell'incriminazione, la responsabilità del reo, la preminenza del valore della libertà individuale tutelata soprattutto nelle sue sfere espressive (pensiero, parola, scritti), le garanzie processuali, la chiarezza e la tassatività degli enunciati normativi raccolti in un *corpus* organico, le diverse funzioni della pena, il principio di adeguazione e quelli di inesorabilità e certezza. Poi, alcuni fondamentali principi-valori quali potevano

(73) Valga la testimonianza di Luigi Lucchini che, in polemica con Ferri e coi positivisti, chiarisce in modo molto esplicito come le appartenenze fossero seriamente messe in discussione e come le diversità di ispirazione impedissero di parlare di una scuola classica: « io non vado incontro alla 'nuova scuola' come un seguace, più o meno ortodosso, di quella che, per diletto, fu chiamata la 'scuola classica' del giure penale. Pieno di riverenza per gli insigni rappresentanti delle dottrine tradizionali e prevalenti, non mi presto tuttavia ad un culto dommatico o ad una soggezione incondizionata, come si esige dai credenti in chiesa o dai soldati in caserma. [...] Laonde, se per 'scuola classica' s'intenda una 'scuola giuridica', che è quanto dire l'unica scuola ammissibile in materia che essenzialmente appartiene al diritto, certamente io ambisco e mi onoro di appartenervi. Se volesse invece cotal predicato affibbiarsi a quell'*assieme*, o meglio a quella parte delle dottrine dominanti che ancora non sono svincolate dai sillogismi della vecchia metafisica (badisi bene, della vecchia metafisica), ovvero ad un complesso di postulati professati dall'uno o dall'altro anche dei più autorevoli criminalisti, allora, dico, non regge più la solidarietà, ed io mi permetterei, senza atteggiarmi per nulla a rinnovatore o riformatore della scienza, di pensare con la mia testa e di reclamare la mia parte di libera opinione e di libero esame » (L. LUCCHINI, *I semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale. Saggio critico*, Torino 1886, p. XXIV-XXV. Corsivi miei).

essere il principio di legalità e la non retroattività delle norme penali, il divieto di procedere per analogia o la presunzione di innocenza.

È la tendenza liberale che raggruppa gli uomini che, sotto la guida di Zanardelli, riusciranno a fare effettivamente il codice. Francesco Carrara è ancora il loro nume tutelare, Luigi Lucchini, con la sua « Rivista » e il suo carattere combattivo ne è l'uomo di punta. Nocito e Impallomeni rappresentano la componente più sensibile alle istanze sociali, mentre Brusa e Casorati incarnano quella liberale classica.

Un codice liberale per un'Italia che lo era ben poco. — « Nel nuovo codice penale noi vediamo non solo il compimento dell'unificazione legislativa nel diritto penale, ma sì ancora e più la consacrazione di quei principî e l'incremento di quei progressi scientifici e legislativi che formano il programma e segnano l'indirizzo della nostra "Rivista" » (74). Luigi Lucchini può andare giustamente fiero della conclusione della vicenda legislativa che il 30 giugno 1889 conduce all'approvazione definitiva del primo codice penale unico del Regno d'Italia. La sua rivista aveva veramente svolto una lunga e decisiva opera, politica e scientifica, per conseguire quel risultato. E lui stesso era universalmente riconosciuto come l'artefice scientifico principale di quell'impresa (75). Ma il codice detto di Zanardelli compendia posizioni che, ovviamente, non sono esclusivamente sue. Basterà pensare a quanto abbiamo già avuto modo di dire con riguardo alla fine del « rossore del nostro Governo, ossia la disuguaglianza delle pene e il carnefice » (Carrara), alla linea della moderazione punitiva, ai reati politici. È la tendenza liberale (e più precisamente la corrente realista e di segno 'democratico' ispirata da Zanardelli) che vi afferma la sua egemonia. Giusto in tempo, tra l'altro: considerato che un indirizzo radicalmente diverso, guidato da Enrico Ferri e ispirato da Cesare Lombroso, si stava fortemente consolidando proprio in quel giro di anni; e considerato che l'op-

(74) L. LUCCHINI, *La terza serie della Rivista Penale*, in « Rivista Penale », 31, XVI, 1890, p. 6.

(75) Sul ruolo svolto dalla « Rivista Penale », e in particolare da Luigi Lucchini, in ordine alla preparazione del codice, alla sua struttura e al suo orientamento scientifico e ideologico, chi volesse potrebbe vedere M. SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale*, cit., pp. 134 sgg., 145 sgg., [t. II, pp. 932 sgg., pp. 943 sgg.].

posizione conservatrice, che pure si esercitò in parlamento contro quel codice, avrebbe potuto trovare subito dopo, fin dai primi anni Novanta, pretesti ed energie sufficienti per impedirne l'approvazione o stravolgerne la portata.

Quel codice riflette effettivamente, nella sostanza e nella forma, le aspirazioni scientifiche della penalistica civile di orientamento liberale. In primo luogo, occorre ripeterlo, per l'abolizione della pena di morte, sancita formalmente (insieme a quella dei lavori forzati) proprio mentre, *per la prima volta in campo scientifico*, si levavano voci per la sua conservazione. Poi, come sottolineava Lucchini, per una serie di scelte tecniche di notevole significato, che vanno dalla bipartizione dei reati alla unità delle specie penali, fino alle norme sul concorso delle pene; dal sistema penitenziario progressivo alla soppressione dei gradi penali, dai succedanei della riprensione giudiziale e della malleveria di buona condotta al severo trattamento dei recidivi; dalle nozioni sulla imputabilità e sulla responsabilità a quelle sulla partecipazione, dalla classificazione dei reati alla loro nozione obiettiva, dalla soppressione della 'casuistica' al modo di commisurare le sanzioni e di valutare le circostanze dei reati. E le innovazioni, o semplicemente le qualità del codice, non si limitano a queste soltanto ⁽⁷⁶⁾.

Le scelte di politica penale che hanno orientato le soluzioni tecniche adottate nel codice sono in gran parte il frutto di una eredità culturale. Se infatti è dubbio che si possa parlare di una 'scuola' (nel senso in cui Ferri usava questa parola nelle sue polemiche contro quella 'vecchia'), è però certo che Lucchini e Impal-

⁽⁷⁶⁾ « I principi di stretta legalità e della irretroattività della legge penale sono formulati in maniera pienamente soddisfacente [...]. Tentativo e concorso di persone nel reato sono disciplinati in maniera garantistica: si richiede un inizio di esecuzione del delitto con mezzi idonei; le varie forme di concorso sono analiticamente tipicizzate, soprattutto per quanto riguarda la punibilità dei concorrenti morali [...] Il codice [...] disciplina inoltre espressamente i rapporti tra dolo, colpa e responsabilità obiettiva quali criteri tassativi di imputazione soggettiva dei reati; pone a base della punibilità l'imputabilità del soggetto » (G. NEPPI MODONA, L. VIOLANTE, *Poteri dello Stato e sistema penale. Corso di lezioni universitarie*, Torino 1978, p. 175). Su molti di questi punti, aggiunge Neppi Modona, che è l'autore di questa parte, il Codice Rocco opererà significative involuzioni, tornando alle *equiparazioni* (per esempio in materia di tentativo e concorso) di preunitaria memoria.

lomeni, Pessina, Nocito o Brusa, si muovevano nel solco di una tradizione. Ne avevano anche aggiornato gli indirizzi, emarginando alcune sue componenti meno laiche, meno tolleranti, meno 'razionali'. S'erano lasciati alle spalle quelle meno colte, meno moderne, meno sensibili a quanto veniva maturando nella scienza e negli orientamenti politici in Italia, ma anche in Francia, o in Germania. Il codice poteva così apparire ad alcuni « dottrinario, astratto e teorista », ad altri ispirato a « propositi di sconsigliata indulgenza », ad altri ancora troppo distante dalla "nostra tradizione legislativa".

Di quella eredità culturale, gli artefici del codice avevano valorizzato soprattutto gli *elementi di razionalità giuridica*, coniugati a quel 'pensiero di realtà' che imponeva un raccordo con « le condizioni vere e concrete dei fatti », rapportati al livello di sviluppo della società italiana e messi al passo con l'evoluzione dei principi costituzionali (77). Vennero così in primo piano i problemi dell'incriminazione. Si cercò di eliminare tutto ciò che sapesse di reato d'opinione. In omaggio al principio della laicità dello Stato e per proteggere i diritti dei credenti, i delitti contro la religione vennero sostituiti da quelli contro la libertà di culto. Un largo intervento di 'depeccatizzazione' estese l'area del lecito, col rendere indifferenti per la legge penale molti comportamenti rilevanti sul solo piano morale. Nella parte speciale, subito dopo il titolo dei delitti contro la sicurezza dello Stato, venne introdotto il nuovo titolo dei delitti contro la libertà. Gli stessi reati politici ottennero, come si è visto,

(77) « È comune sentenza — scriveva in una pagina famosa Luigi Casorati — che nuove leggi politiche esigono nuove leggi penali. Ed invero ora è una grande istituzione per lo addietro non ammessa, che viene reclamata dal bisogno di porre in accordo il novello diritto pubblico col diritto penale. Ora è una formalità, o per dir meglio una garentia che prima non era conosciuta, o non abbastanza apprezzata, o che forse non credevasi prudente di accordare, la quale diventa nel nuovo ordine di cose una necessità. Ora è un potere che nel sistema anteriore sembrava indispensabile al magistrato per l'efficace esercizio dell'azione punitrice, il quale diventa incompatibile con lo spirito delle nuove leggi politiche, onde conviene farlo cessare o mitigarlo almeno con opportuni temperamenti. Ma il legame riesce ancora più evidente presso le nazioni in cui i rapporti tra i cittadini e il potere sovrano sono esplicitamente consacrati da un patto fondamentale, come avviene nei paesi retti a forma rappresentativa. Allora non occorrono considerazioni, ma basta guardare lo statuto per farsi capaci della verità del nostro asserto » (L. CASORATI, *Il processo penale e le riforme. Studi*, Milano 1881, p. 6).

una sistemazione ben più rigorosa e garantita che in passato. Scomparvero le « norme del sospetto », quelle che ancora nel codice del 1859 punivano i vagabondi e gli oziosi (peraltro messi nelle mani della polizia dalla legge di Pubblica sicurezza). Prese corpo inoltre, come ho più volte ricordato, una linea di efficienza punitiva che puntava anche su una ‘manovra sulle pene’: di queste vennero sistematicamente abbassati i minimi e i massimi, dando ai giudici larghi margini di escursione per decidere sulla loro quantità.

Una particolare attenzione venne rivolta alla struttura della parte generale del codice, dalla quale dipendeva gran parte della sua qualità politica. I problemi che si ponevano non erano piccoli. Che fare, per esempio, in ordine alla bipartizione o tripartizione dei reati o alla loro classificazione? Cosa decidere quanto alla lunghezza o brevità delle pene detentive, posto che la cosa avrebbe avuto decisive ripercussioni sull’efficienza del sistema carcerario? Cosa sulla liberazione condizionale, sulle pene alternative o sull’idea della surrogazione penale alla multa od ammenda insoluta?

Sul primo punto la questione era di sapere se i reati dovessero distinguersi in due categorie, in relazione alla loro natura, o in tre, tenuto conto della pena minacciata. La tripartizione (crimini, delitti, contravvenzioni) era stata adottata dal codice penale francese e rispondeva alla tradizione di quasi tutti gli Stati italiani preunitari; dal canto suo, la bipartizione (delitti, contravvenzioni), che era la via scelta dal lodatissimo codice toscano, sembrava rispondere meglio alla logica giuridica e all’economia degli strumenti normativi, tanto che era stata l’ipotesi ricorrente di quasi tutti i progetti succedutisi dal 1886 in poi. Fu quest’ultima a prevalere e da questa scelta discese l’altra, relativa alla collocazione delle contravvenzioni. La soluzione più ragionevole sembrò quella di mantenere nel codice penale sia le norme generali sulle contravvenzioni, sia le disposizioni speciali relative a quelle tra di esse che sembravano avere un carattere di maggiore stabilità. Quanto alla classificazione dei reati, resa spinosa da una lunga storia di differenti tradizioni preunitarie di divisioni dottrinali e di malintesi parlamentari, venne risolta nel codice ponendole a fondamento il « concetto della obiettività giuridica del fatto »: vale a dire la specificità del diritto la cui esistenza o il cui esercizio costituivano l’oggetto del reato.

Resta la questione del sistema delle pene. Nella Relazione di

Zanardelli si sottolinea che nelle intenzioni del codice viene finalmente superata la mancata corrispondenza tra le pene previste dalla legge e quelle che si scontano effettivamente negli stabilimenti carcerari; si annuncia l'avvento del principio dell'unità della pena (con la riduzione ai minimi termini del concetto delle due pene parallele), accompagnato dalla diminuzione del numero delle pene carcerarie; si proclama la volontà, da realizzarsi nel tempo, di caratterizzare ogni pena carceraria con la segregazione cellulare notturna e il lavoro diurno; si valorizza, e giustamente, l'introduzione del nuovo istituto della liberazione condizionata; si indicano le vie per conferire alle pene severità (isolamento iniziale e la vita in comune nel prosieguo) e afflittività (con l'obbligo del silenzio).

Il nuovo codice entrava in vigore in mezzo alle speranze di pochi e ai timori di molti. *Troppo presto*, aveva scritto Cesare Lombroso (78). Egli lamentava soprattutto il fatto che il codice veniva varato mentre la nuova scuola che egli guidava insieme a Ferri stava modificando, con la sua attività, gli orientamenti del paese in materia di politiche penali e criminali. Non le si era dato il tempo, scriveva, di affermare le sue nuove idee nel campo della codificazione penale, il che faceva sì che il codice nascesse pieno di numerosi errori. Il primo errore stava per Lombroso nella stessa *unicità* del codice, poiché — diceva — a causa delle grandi differenze esistenti tra le quattro Italie (del nord, del centro, del sud e delle isole) ne sarebbero occorsi quattro, ognuno molto diverso dagli altri. Criticava l'abolizione della pena di morte, la liberazione condizionale,

(78) Questo scritto, che fece qualche rumore in quei mesi, fu dettato in otto giorni, ci dice Lombroso nella prefazione, e quindi anch'esso 'troppo presto'. Ma la precipitazione del legislatore (che sul codice, avrebbe ironizzato Lucchini, si era trattenuto soltanto per venticinque anni) ha prodotto la precipitazione del critico, cosciente « di non poter compiere un'opera duratura, sì bene, un doloroso, ed ah!, forse inutile dovere ». Ebbe due edizioni in sei mesi: la prima, con prefazione datata 1 gennaio 1888: C. LOMBROSO, *Troppo presto. Appunti al nuovo Progetto di Codice penale, con Appendici...*, Torino 1888; la seconda con prefazione datata luglio 1888, in un volume diversamente intitolato e molto più ricco del primo: *Appunti al nuovo Codice penale*, Torino 1888², con scritti, tra altri, di Ferri, Garofalo, Stoppato, Cavagnari, Berenini. Nella prima edizione lo scritto di Lombroso è alle pp. 5-70; nella seconda alle pp. III-XXIV, 11-70. Al *Troppo presto* di Lombroso ho dedicato qualche pagina nel mio *Dissenso politico e diritto penale*, cit., pp. 649-52 [t. II, pp. 766-769].

l'eccessiva mitezza delle pene, la bonomia con cui si trattavano i recidivi, l'impraticabilità delle pene carcerarie.

Per proteggere i diritti e i beni dei singoli, si diceva nello schieramento positivista, si trascurano il diritto e il bene della società; per garantire troppo le attività individuali dall'arbitrio o dall'intrusione della legge, si finisce per favorire la marea montante del crimine. Troppa indulgenza farà crescere delitti e delinquenti, e dall'eccesso di garanzie verrà la loro impunità. Dal canto opposto, clericali e tradizionalisti, più sommestamente, esprimevano non diverse perplessità. Sicuri da sempre che per combattere il crimine occorre prima di tutto minacciare lacrime e sangue, e avendo a cuore l'efficacia dei metodi molto più che la loro legalità, i settori conservatori e illiberali del parlamento (e qualche settore della scienza penale) opposero una resistenza meno evidente, ma ugualmente convinta. La loro preoccupazione, neanche a dirlo, versava sulle sorti morali dell'Italia, sul pericolo che corrono gli onesti quando lo Stato viene meno ai suoi doveri di tutore inflessibile, sul rischio che alle lacrime del patibolo, o del carcere lungo e duro, si sostituissero quelle delle vittime invendicate.

Elogi discreti di minoranze colte, dunque, e critiche aperte provenienti da più parti. Bisogna dire, ad onor del vero, che quel codice liberale e aperto, tecnicamente innovatore e culturalmente avanzato, non somigliava gran che all'Italia che doveva osservarlo e applicarlo. Questo non dava ragione alle opposizioni, ma segnava storicamente la sua debolezza. Infatti, se le intenzioni erano buone, e ottimo era lo strumento, non molto felice sarebbe stato il loro impatto con la realtà. L'Italia restava un paese immerso nelle contraddizioni e condizionato dall'arretratezza. La cultura di quel codice era molto più avanti di quella dei giudici che sarebbero stati chiamati ad applicarlo. Il sistema carcerario era tra i più disastriati e incivili d'Europa. Il codice di procedura penale del tutto inadeguato a garantire un processo all'altezza del nuovo sistema penale. La legge di pubblica sicurezza, informata ai principi del sospetto, illiberale e classista, sorreggeva l'azione di una polizia abituata alla più grande noncuranza per i diritti dei cittadini. Nessuna meraviglia, dunque, se il codice penale di Zanardelli, monumento liberale di un'Italia che lo era assai poco, si sarebbe trasformato di lì a poco in poco in

un'imbarazzante presenza da aggirare con leggi speciali, interpretazioni regressive o patenti violazioni.

7. *La Nuova Scuola. Progresso, delinquenti, scienza e società.*

«Improvvisamente, una mattina, in un nuvoloso giorno di dicembre, nel teschio di un brigante trovai una lunga serie di anomalie ataviche [...] analoghe a quelle che si riscontrano negli invertebrati inferiori. Di fronte a queste strane anomalie — come avviene quando una grande pianura è rischiarata da un orizzonte illuminato — mi sono reso conto che il problema della natura e dell'origine dei criminali era per me risolto » (79).

Non è facile, oggi, rendersi conto di quale impatto possa aver avuto una metodologia come quella evocata in questo ricordo di Cesare Lombroso, sui penalisti italiani di allora.

L'uomo delinquente, l'opera fondamentale con la quale il professore torinese si presenta agli antropologi, ai giuristi, ai cultori di discipline carcerarie, viene pubblicata nel 1876 (80) e subito suscita consensi e scalpore, procurandosi detrattori e seguaci. Ma non

(79) C. LOMBROSO, *Discours d'ouverture au VI Congrès d'Anthropologie criminelle*, in *Actes du VI Congrès d'Anthropologie criminelle*, Torino 1907, ma io cito da L. RADZINOWICZ, *Ideologia e criminalità. Uno studio del delitto nel suo contesto storico e sociale*, Milano 1968, p. 27. L'episodio risale al 1870 e segna per Lombroso la data di nascita dell'antropologia criminale. Il teschio era quello del 'brigante' Vilella, un contadino settantenne che pare avesse avuto tre o quattro condanne per furti e incendio. In esso Lombroso scoprì la (poi) rinomata fossetta occipitale mediana, segno di primitivismo criminogenetico, che assimilava i suoi portatori alle « scimmie platirrine e ai lemuridi ». Su questo episodio e su quanto esso ci dice del metodo scientifico di Cesare Lombroso ha scritto pagine intelligenti e documentate, come tutto il suo libro, R. VILLA, *Il deviante e i suoi segni. Lombroso e la nascita dell'antropologia criminale*, Milano 1985, pp. 147-9.

(80) *L'uomo delinquente studiato in rapporto alla antropologia, alla medicina legale ed alle discipline carcerarie*, esce a Milano nel 1876 presso l'editore Hoepli. Appena due anni dopo, nel 1878, l'editore Bocca di Torino pubblica la seconda edizione, più che raddoppiata di mole e molto rimaneggiata (*L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza e alle discipline carcerarie*), che sarà quella con la quale i penalisti si confrontarono effettivamente negli anni delle prime polemiche. Ulteriori edizioni, ogni volta rifatte e accresciute, usciranno sempre a Torino dai Fratelli Bocca, nel 1884, 1889 (in 2 voll.), 1896-97 (in 3 voll., con atlante).

giungeva del tutto inaspettata. Lo stesso Lombroso l'aveva anticipata con gli scritti preparatori degli anni tra il 1872 e il 1874 (che vi confluirono in gran parte), ed erano già in circolazione opere come il *Saggio sulla natura morbosa del delitto* di Gaspare Virgilio o il *Saggio critico del diritto penale* di Giovanni Bovio⁽⁸¹⁾. D'altra parte, il filone teorico in cui si inserivano, per un verso, gli studi antropologici di Lombroso e, per l'altro, le riflessioni innovatrici di Bovio sul rapporto tra natura, società e delitto, non spuntava all'improvviso nel panorama culturale italiano ed europeo. La strada era stata aperta dalle attitudini quantitative delle scienze sociali agli inizi del secolo e dal loro intrecciarsi con le scienze mediche (la psicologia, la psichiatria). Il carcere era diventato un naturale laboratorio di indagine sociale (anche in Italia, e fin dagli anni Trenta⁽⁸²⁾), e dal carcere era emersa la figura del delinquente. Del tutto trascurata prima di allora dalla scienza penale, quella figura diventa una sorta di interfaccia che mette in comunicazione il dato sociale (il criminale è un povero), quello giuridico (il reato e la pena sono dati omogenei?) e quello *lato sensu* medico: perché non si può fare a meno di prendere atto della realtà fisica, mentale, psicologica, che sottende un nesso tra il criminale e il suo delitto.

Nello specifico del diritto penale, il filone risalente e nobilitante veniva individuato nella linea Romagnosi-Cattaneo. Enrico Ferri considera Romagnosi un « precursore della scuola positiva del diritto criminale »⁽⁸³⁾, mentre Raffaele Garofalo ne fa il « padre della sociologia criminale »⁽⁸⁴⁾. E non v'è dubbio che l'interesse di Carlo

⁽⁸¹⁾ G. BOVIO, *Saggio critico del diritto penale*, Milano 1872 (una nuova ed. a Napoli, 1876); G. VIRGILIO, *Saggio di ricerche sulla natura morbosa del delitto e sulle sue analogie colle malattie mentali*, Roma 1873.

⁽⁸²⁾ Penso a Carlo Ilarione Petitti di Roreto (che aveva, tra l'altro, significativi rapporti con uomini come Karl Anton Mittermaier e Adolphe Quetelet) e ai suoi ormai notissimi studi carcerari; ai congressi degli scienziati sulla questione igienica e le carceri negli anni Quaranta; agli elementi 'positivi' presenti nella discussione per la scelta dei modelli carcerari. Su tutto questo si può vedere ora A. CAPELLI, *La buona compagnia. Utopia e realtà carceraria nell'Italia del Risorgimento*, Milano 1988.

⁽⁸³⁾ E. FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna 1884², p. 53.

⁽⁸⁴⁾ R. GAROFALO, *Criminologia. Studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Torino 1885, p. 242.

Cattaneo per il rapporto tra crimine e questione sociale, e la sua sensibilità per gli studi medici collegati a quelli politici e giuridici, possono fare di lui un 'precursore' (più che altro ignorato) del nuovo positivismo penale ⁽⁸⁵⁾. Un'altra continuità, dunque. Essa si era sviluppata in modo poco visibile, su terreni non familiari ai penalisti accademici, in riviste appartate, in ambienti scientifici e medici, nei congressi degli scienziati, nelle discussioni intorno alla filosofia positiva, e in una chiave culturale — quella di Cattaneo, per esempio — che, minoritaria com'era, aveva poca e debole voce. Rappresentava tuttavia, anch'essa, uno dei filoni in cui poteva inserirsi, e crescere, una visione del diritto penale del tutto nuova, ma coerente con la tradizione civile italiana.

Una singolare apprensione accompagna i primi criminologi e sociologi positivi che si avventurano sul terreno del diritto penale. Li si sente procedere con la trepidazione del pascolatore abusivo, e ammetterlo essi stessi. « Entro in terra non mia e la corro da ladrone. Criticando l'Istituzione penale, sono io dunque il primo reo? », scrive Bovio nella prefazione del suo *Saggio*. E Lombroso offre scuse non richieste per il fatto di « aver ardito porre mano ad un'opera » sull'andamento della criminalità in Italia, « senz'essere uomo politico o giurista » ⁽⁸⁶⁾.

Probabilmente siamo in presenza di formule di maniera, ma non si può escludere che su questi innovatori pesasse una qualche forma di autentico timore reverenziale. L'impulso di parare in anticipo l'accusa di intrusione che si aspettavano dai custodi del verbo giuridico, veniva forse dalla coscienza della carica innovativa, anzi sovvertitrice, della prospettiva scientifica che si apprestavano a mettere in campo.

Non si trattava, infatti, di novità di poco conto e vale la pena di elencarle, sia pure in una serie sommaria e schematica.

⁽⁸⁵⁾ L'annotazione, già presente in U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, (1925), Torino 1932², p. 104, viene ampliata da G.A. BELLONI, *Cattaneo tra Romagnosi e Lombroso*, Albano 1928 (che la riprende poi nel saggio, discutibile ma entusiasta, *Cattaneo criminalista*, Milano 1943). Belloni arruola senz'altro Cattaneo tra gli effettivi *ante litteram* non solo della scuola positiva, ma anche dell'antropologia criminale.

⁽⁸⁶⁾ C. LOMBROSO, *Sull'incremento del delitto in Italia e sui mezzi per arrestarlo*, Torino 1879, p. V.

a) Il diritto di punire, antico nodo preliminare di ogni discussione sulla natura del diritto penale, cambia di fondamento e va a poggiare sulla necessità della conservazione sociale. Di lì a poco i penalisti socialisti avrebbero esplicitamente messo il diritto penale tra gli strumenti della lotta di classe a disposizione dei ceti dominanti. *b)* Il delitto viene considerato « fenomeno umano, individuale e sociale: fenomeno naturale ». Il suo studio deve partire dallo studio delle società umane. *c)* Il libero arbitrio viene negato. La fisio-psicologia positiva, si dice, ha tolto ogni fondamento alla fiducia nel libero arbitrio e nella libertà morale. Si tratta di semplici illusioni che vengono dall'osservazione psicologica soggettiva. Del resto, anche se si accettasse un simile criterio di imputabilità individuale, si incontrerebbero insuperabili difficoltà teoriche e pratiche nella sua applicazione ai singoli casi, e si darebbe luogo a molti errori, facendo il gioco dei malfattori, a detrimento e pericolo degli onesti. *d)* In conseguenza della negazione del libero arbitrio cade la possibilità dell'imputabilità morale del delinquente. *e)* Il delinquente diventa il protagonista centrale delle scienze penali, che vanno dal diritto, all'antropologia, alla sociologia criminale. *f)* Il criterio della pena si misura sulla temibilità del delinquente, pertanto *g)* diviene decisiva la classificazione dei delinquenti. *h)* La prevenzione assume un ruolo primario e rende necessaria l'introduzione di sostitutivi penali nel campo politico, economico, amministrativo, scientifico, religioso, educativo e familiare. *i)* Si propugnano riforme essenziali nel campo della procedura penale e in quello dell'ordinamento giudiziario.

Sarebbe lungo riflettere sulle implicazioni di questi punti programmatici scendendo nel loro dettaglio individuale. Quel che si può dire è che essi sono misurati sui corrispondenti assunti della 'tradizione' penalistica allora imperante, e postulano l'avvento di un diritto penale alternativo. Lo scontro tra quella tradizione e queste idee di innovazione sarà durissimo, clamoroso, e non sempre di buona lega. E anche le successive sue ricostruzioni, affidate alla letteratura delle 'premesse storiche' e all'apologetica d'occasione (specie di parte 'positivista'), soffriranno dei suoi vizi d'origine. La visione puramente agonistica che le attraversa non fa che riproporre gli aspetti peggiori e meno vitali della polemica: ne riproduce lo schema manicheo, facendosi abbacinare dallo 'spirito venatorio' con cui i più accalorati tra i protagonisti di allora (che non erano i più

pensosi) amavano condurre la discussione scientifica, trasformandola in un lungo e stucchevole alterco. Quelle ricostruzioni, ho già avuto modo di scrivere, riecheggiano uno schema, nutrono uno stereotipo e hanno poco a che fare con la dinamica reale, col senso e col significato dei termini veri di quello scontro, che fu molto serio. Sono spesso l'eco di un'altra eco, capace solo di semplificare ancora di più le precedenti semplificazioni.

Con esse non si perdono soltanto le interne articolazioni dei due 'schieramenti', presentati, per necessità di scena, come uniformi, compatti ed irriducibili. Si perde anche il senso delle omologie di fondo che la penalistica italiana continua ad avere, malgrado le divisioni e gli scontri di superficie. E mettendo al centro dell'osservazione quegli scontri, non ci si avvede che essi erano probabilmente una manifestazione, e anche una condizione, della permanenza e dello sviluppo di quelle omologie. Intendo dire che il nuovo indirizzo positivo, per la sua capacità di interpretare i tempi, per lo spirito di riforma che lo guida, per la visione integrata della scienza penale di cui è portatore, per la preoccupazione tecnica che lo anima (specie nei suoi esponenti di 'seconda generazione': Eugenio Floriani, o Luigi Majno, per intenderci), rappresenta *un'espressione storicamente aggiornata della penalistica civile italiana* (ed europea), e si inserisce, checché pensi di se stesso, in una tradizione centenaria.

Omologie, dicevo. E non solo nel primario orientamento di fondo che caratterizza quella lunga stagione del diritto penale, ma anche nella composizione *interna* di ciascuno dei due campi contrapposti⁽⁸⁷⁾; e cioè nella presenza, in entrambi, di un modo

(87) Non posso fare a meno, per esigenze discorsive, di usare anch'io l'immagine degli 'opposti campi'. Del resto, lo scontro ci fu, e resta innegabile. Quel che non si può condividere è che l'analisi storica di quella vicenda venga ristretta alla scarna 'descrizione di una battaglia'. Così facendo, infatti, le diverse forze presenti in campo vengono semplificate, trasformate in entità generiche e poi ridotte a due: scuola classica e scuola positiva. La grande ricchezza di posizioni individuali, di cenacoli scientifici, di orientamenti interni ad altri orientamenti, di giuristi eclettici, di 'classici' positivi e di empiristi 'classici', di presenze culturali trasversali, di contraddizioni politiche, di maturazioni e ripensamenti registrabili in più di una biografia, viene pressata a forza in due soli contenitori, e messa sotto due bandiere. In scena restano così due protagonisti soltanto: due folle anonime intitolate una ai nomi di Carmignani e Carrara e l'altra a quelli di Ferri e Lombroso.

differente di leggere e interpretare la società italiana, nonché il ruolo che in essa spettava al sistema punitivo. Tutti e due gli orientamenti hanno un centro, una destra e una sinistra. In tutti e due è possibile individuare i metafisici e i politici, i mistici e i pratici, e — come sempre e ovunque — gli intelligenti, attenti e colti, e quelli che lo erano molto meno, o per niente. Così — per usare il linguaggio di Lucchini — denunciando le « balordaggini » di certi positivisti, non si poteva tacere sulle ubbie metafisiche, o sulle « nebbie del romanticismo », che avvolgevano le idee di certi spiritualisti in ritardo ⁽⁸⁸⁾.

Allo stesso tempo occorre dire che i diversi disegni di politica penale implicati dal progetto della tendenza liberale realistica e da quello della nuova corrente positivista, consentirono solo a tratti, agli uni e agli altri, di riconoscere l'omologa funzione che entrambi svolgevano nello sviluppo della scienza penale italiana. La polemica, prima sommessa, poi assordante, becera, incresciosa, finì per offrire l'immagine fuorviante di una inconciliabilità strategica e radicale. Essa era invece la conseguenza di due modi di concepire una nuova *scienza della legislazione penale*, resi diversi dall'opzione politica che li ispirava. Uno scontro di prospettive penali, l'una di tipo 'liberale italiano', l'altra di tipo 'democratico', e poi socialista. La prima caratterizzata da pochi esponenti indipendenti e consapevoli, e da un latente (ma egemone) moderatismo, non alieno dal trasformarsi in spirito di reazione. La seconda fatta di uomini convinti della necessità di rinnovare le leggi e la scienza, più consapevoli della portata dei tempi nuovi, ma culturalmente gracili, orecchianti, e inclini ai pasticci sincretistici.

Gli aspetti più vitali di entrambe sarebbero stati in parte obliterati dalla virulenza dello scontro polemico tra le scuole. Come spesso accade, esso finì per valorizzare le tesi più estreme, aggressive e rumorose, che meglio riescono a farsi (effimero) senso comune. Questo impedì, come ho detto qui sopra, che le diverse tendenze prendessero coscienza, nel corso stesso della loro azione, della *funzione concorrente* che intanto venivano svolgendo: quella di mantenere la scienza penalistica, con tutta la sua specificità di *scienza*

⁽⁸⁸⁾ L. LUCCHINI, *Sull'antico progetto del nuovo Codice penale*, cit., p. 474.

giuridica, nell'ambito delle altre scienze sociali e sul terreno del confronto con la politica e con la società.

La prima rottura reca la data del 1881. In quell'anno Enrico Ferri, professore incaricato nell'Università di Bologna, pubblica la prima edizione de *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale* ⁽⁸⁹⁾. Il suo primo libro, dedicato a *La teoria dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, pubblicato a Firenze nel 1878 aveva avuto fortuna e gli aveva valso il prestigioso incarico bolognese. Gli erano anche venuti elogi (che sarebbero parsi incredibili solo qualche anno dopo) da Luigi Lucchini che, pur dissentendo su diverse questioni, non aveva esitato a considerare quel lavoro « di grande importanza ed interesse, degno di tutta l'attenzione del filosofo e del giureconsulto. Il suo autore — aveva aggiunto — benché giovanissimo vi rivela una potenza di mente non comune, e promette di divenire efficace cooperatore del rinnovamento della nostra scienza » ⁽⁹⁰⁾. Tre anni dopo, di fronte ai *Nuovi orizzonti*, il giudizio è totalmente diverso: « Il giurista à disertato il campo, e si è dato, armi e bagaglio, [agli] invasori delle scienze sociali ». Le critiche piovono sull'inutile negazione del libero arbitrio (perché l'imputazione morale ne prescinde), sulla arbitraria e bizzarra categorizzazione dei delinquenti, sulle pene eliminative per quelli incorreggibili, sulle implicazioni della recidiva, e soprattutto sui sostitutivi penali, che — dice Lucchini — non sostituiscono nulla e non hanno niente a che fare col diritto, presentandosi come proposte, spesso ovvie, talora stravaganti, per rimuovere alcune cause di certi delitti.

Il concetto di questi sostitutivi penali — aveva scritto Ferri — si riassume in ciò: che il legislatore, abbracciando l'andamento dell'attività individuale e sociale e scorgendone le origini, le condizioni, gli effetti, venga a conoscere le leggi psicologiche e sociologiche, per le

⁽⁸⁹⁾ E. FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna 1881, saranno seguiti da una nuova edizione (cfr. nota 95) interamente rifatta. La terza edizione, anch'essa completamente ristrutturata, prenderà il nuovo titolo di *Sociologia criminale*, Torino 1892. La *Sociologia criminale* conoscerà poi altri rifacimenti nel 1900 (4^a ed.) e nel 1929 (5^a ed., in due voll., riveduta e annotata da A. Santoro). Tutta l'evoluzione del pensiero di Enrico Ferri può essere ricostruita attraverso queste famose cinque edizioni, oggetto di minuzioso e filologico culto da parte dei suoi seguaci.

⁽⁹⁰⁾ L. LUCCHINI, *Recensione* (n. 21) a Ferri, *La teorica dell'imputabilità*, in « Bollettino bibliografico della Rivista Penale », s. I, 1878-79, p. XVII.

quali rendersi padrone di una gran parte dei fattori criminosi, e specialmente di quelli sociali, per influire così, in modo indiretto, ma più sicuro, sull'andamento della criminalità ⁽⁹¹⁾.

Il dettaglio di ciò che il legislatore avrebbe dovuto fare in concreto induce francamente qualche perplessità. Per combattere il delitto con la prevenzione, infatti, Ferri propugna rimedi che non si sa bene se devono essere considerati ingenui, o semplicemente privi di senso. Auspica:

La *libertà di emigrazione*, vera valvola di sicurezza che libera il paese dagli elementi più torbidi [...]; l'*estesa viabilità*, le *ferrovie economiche*, i *tramways*, l'infittirsi delle *borgate* che spengono le associazioni di malfattori e le bande criminose, prevenendo altresì le grassazioni e i furti violenti; [...] la *distribuzione di legna* durante l'inverno, nelle misere borgate [...] come ostacolo ai furti campestri, assai più efficace dei carabinieri e del carcere. [...]. Molti furti sarebbero impediti, se tutte le case in città fossero fabbricate in modo che per entrare negli appartamenti si dovesse passare attraverso il *camerino del portinato* [...]. L'abitudine bolognese delle *catene di sicurezza* alle porte è un controstimolo potente alle rapine e ai furti ⁽⁹²⁾.

Questi sono solo alcuni dei rimedi escogitati da Ferri, peraltro rappresentativi del tenore degli altri. È naturale che anche su di essi si misuri lo spessore culturale della nuova tendenza che sta prendendo forma. Lucchini li avrebbe considerati semplicemente ridicoli, lamentando che ci si fosse dimenticati di « aggiungere l'abolizione dei re per impedire i regicidi ».

Ma il dissenso ha fondamenti che vanno al di là del sorriso che idee come quelle potevano muovere. Esso parte dal fatto che la così detta teoria dei sostitutivi penali, si presenta come il presupposto di una intrusione metodologicamente incompatibile con la logica scientifica del diritto penale. Quella teoria muove da una concezione difettosa della centralità del diritto penale che porterebbe a « subordinare tutte le funzioni dello Stato e della società alle penali discipline. Le quali invece [...] devono reclamare il governo della prevenzione *diretta*, ma non immischiarsi che sussidiariamente in quella *indiretta*, che vuol poi da parte sua considerarsi come un

⁽⁹¹⁾ E. FERRI, *I nuovi orizzonti*, 1881, cit., p. 89.

⁽⁹²⁾ Ivi, pp. 90-98.

semplice elemento completivo degli altri ordinamenti » (93). Lucchini avverte che le singolari idee di Enrico Ferri implicano una visione della società nella quale il momento penale ha un importante spazio di 'governo': la sua preoccupazione, tuttavia, non riguarda questo punto (che in sé condivide), ma i suoi contenuti, e le conseguenze che l'impostazione ferriana finirebbe per avere sull'azione equilibrata dei poteri dello Stato. Dietro alle idee del giovane positivista egli intravede troppo potere esecutivo, troppa polizia, ed un principio di « statolatria » che lo mette in forte allarme (94).

I problemi posti dalle nuove idee, però, non sono soltanto di ordine ideologico, e non si limitano alla sfera della politica legislativa o all'interpretazione da dare alla centralità del diritto penale. Il conflitto riguarda anche il modo di concepire la penalistica civile, e coinvolge in particolare due punti: *a)* la scienza penale deve restare innanzitutto una scienza giuridica e *come tale* integrare in sé il contributo delle altre scienze sociali. *b)* Occorre sottoporre al vaglio della ragione penale (ma anche a quello del comune buon senso) i presupposti 'scientifici' delle riforme che si vogliono avviare sulla base delle 'scoperte' o delle metodologie dell'antropologia criminale e della criminologia che a quella si ispira.

Una bufera di empirismo. — Siamo ormai nel 1885. Passata la fase delle prime recensioni, il confronto incontra occasioni più ampie e ragionate. A Roma si tiene il primo Congresso internazionale di antropologia criminale. Filippo Turati e Napoleone Colajanni ingaggiano con Ferri una famosa discussione sui 'fattori criminogeni' (della quale si farà nuovo cenno tra poco), che lancia in mezzo al grande pubblico le tematiche positivistiche. Le nuove idee sembrano prendere sempre maggior piede. È così che l'*establishment* penalistico impegnato nella stretta finale del codice Zanar-

(93) L. LUCCHINI, *Recensione* (n. 389) a FERRI, *I nuovi orizzonti*, in « Bollettino bibliografico », VII, 1880-81, p. CCLXXI.

(94) « Ci pare chiaro che da un lato [l'Autore] trascenda i limiti delle spettanze criminali, e dall'altro le defraudi di una parte integrale e importantissima, che non può rimanere nelle mani della polizia e del potere esecutivo senza grave perturbazione della libertà civile e del diritto [...] non legati al carro della difesa sociale e della statolatria » (L. LUCCHINI, *Recensione* (n. 389), cit., p. CCLXXIII).

delli ritiene di dover cominciare a fare quadrato. Tra il 1885 e il 1886, viene toccato il momento più alto, ricco e significativo di quella che passerà alla storia come la ‘polemica tra la scuola classica e la scuola positiva’.

Enrico Ferri, dall’incarico bolognese, è già passato alla cattedra senese e con la famosa prolusione del 18 novembre 1882 ⁽⁹⁵⁾, presenta formalmente la nuova *scuola positiva*. Le ragioni storiche della sua esistenza, precisa, stanno nell’esaurimento del « glorioso ciclo scientifico iniziato dal Beccaria », e chiuso dal « Carrara, e con lui [dai] più illustri moderni rappresentanti della scuola classica italiana ». Quest’ultima, dice Ferri, « aveva ed ha uno scopo pratico: *la diminuzione delle pene* e l’abolizione di molte fra di esse [...] ed aveva ed ha un indirizzo teorico: *lo studio aprioristico del reato, come ente giuridico astratto* » ⁽⁹⁶⁾. Il nuovo indirizzo, invece, sviluppando la tradizione italiana del metodo positivo, si preoccupa « dello studio del reato, come fenomeno naturale, come azione concreta, di cui bisogna quindi indagare le cause altrettanto naturali » (p. 37). Quindi, « considerando che le azioni dell’uomo, oneste o disoneste, sono sempre il prodotto del suo organismo fisiologico e psichico, e dell’atmosfera fisica e sociale in cui egli è nato e vive, distinsi le tre categorie dei fattori *antropologici*, dei fattori *fisici* e dei fattori *sociali* del reato » (p. 37).

Accanto ai *fattori*, le categorie: posto che il « concetto delle diverse categorie di delinquenti è incontestato nella scuola positiva di diritto criminale [...] si può dare una classificazione generale dei delinquenti nelle seguenti cinque categorie: delinquenti *pazzi* — delinquenti *nati, incorreggibili* — delinquenti *per abitudine acquisita* — delinquenti *d’occasione* — delinquenti *per passione* » (pp. 40-41). Infine, *prevenzione, riparazione repressione, eliminazione*: e quindi,

⁽⁹⁵⁾ La prolusione senese venne pubblicata col titolo *Le ragioni storiche della Scuola positiva di diritto criminale* in « Rivista di filosofia scientifica », II, 1883, vol. 2, fasc. 2, e poi, con qualche rimaneggiamento, a Siena, nello stesso anno, dall’editore Torrini, col titolo *La Scuola positiva di diritto criminale*. Quella prolusione, con diversi aggiustamenti, verrà poi rifusa nella *Introduzione* della 2^a ed. dei *Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna 1884.

⁽⁹⁶⁾ E. FERRI, *La Scuola positiva di diritto criminale*, cit., pp. 11-2. I corsivi sono di Ferri.

di nuovo, sostitutivi penali, problema della recidiva, soppressione degli incorreggibili che, ahiloro, nascono già delinquenti.

Da ultimo, una perorazione, il cui senso è la richiesta di cittadinanza scientifica per la nuova scuola:

Prima di tutto bisogna togliere l'idea incompleta, espressa da qualche giurista e dallo stesso Lombroso, che questa nuova scuola altro non sia che un parziale connubio, una simpatica alleanza fra diritto penale ed antropologia criminale: no, essa è qualche cosa di più ed ha un valore scientifico e pratico assai più grande: essa è l'applicazione del metodo sperimentale allo studio dei delitti e delle pene, e quindi, come tale, mentre porta nel recinto del tecnicismo giuridico astratto l'alito delle nuove osservazioni fatte non solo dall'antropologia criminale, ma dalla statistica, dalla psicologia, dalla sociologia, rappresenta veramente una nuova fase nell'evoluzione della scienza criminale ⁽⁹⁷⁾.

Noi non siamo « rivoluzionarii del diritto penale ». Le nostre idee non sono foriere di pericoli sociali, e « ... siamo così poco 'nichilisti scientifici', che la nostra scuola si presenta non solo come svolgimento ulteriore dei grandi progressi già fatti dalle scuole classiche, ma anche come guarentigia somma e assai più rigorosa della difesa sociale, o giuridica che dir si voglia, contro il delitto » ⁽⁹⁸⁾.

A queste linee, caratterizzate da elementi disparati, a tratti ragionevoli ma più spesso viziate dai segni inconfondibili del positivismo volgare, uomini come Gabelli, Lucchini e Impallomeni replicano in modo allarmato e fermo, giungendo fino ad invocare la scienza, la verità, il progresso e la civiltà.

Una bufera di empirismo — scrive allarmato Luigi Lucchini — attraversa le sfere della dottrina e ne disturba le più vitali funzioni, compromettendone il movimento evolutivo. [...] Da quelli stessi elementi però, che forniscono le più strane aberrazioni all'empirismo, una filosofia veramente razionale e seriamente positiva deve poter attingere i fattori ed i migliori sussidii per un efficace e sicuro progresso della scienza. A servizio del quale la nostra « Rivista », nell'ambito di quelle discipline allo studio delle quali è rivolta, e che, *troppo imbevute ancora di metafisica e di scolastica, più scoperto offrono il fianco alle empiriche e retoriche fatuità*, senza pregiudizi, senza intolleranze, senza sdegni, si consacra e si consacra

⁽⁹⁷⁾ Ivi, p. 15.

⁽⁹⁸⁾ Ivi, p. 53.

crerà, con un solo intento supremo: quello di concorrere, sia pure in piccola parte, al trionfo della verità ⁽⁹⁹⁾.

Una bufera di empirismo, dunque. Ed è per proteggere da essa il progresso della scienza che Luigi Lucchini fa scendere in campo programmaticamente la sua « Rivista ». Lungo quei due memorabili anni essa sarà insieme quartier generale e trincea dell'unica scuola di cui lui ammetteva l'esistenza « *in diritto penale*: la scuola, ossia la *scienza giuridica* » ⁽¹⁰⁰⁾.

Il tono, abbiamo visto, è già quello delle ostilità, ma resta viva anche la disponibilità critica verso la 'filosofia razionale e positiva'. Né sfugge la presa di distanze da certe componenti che vengono ascritte al suo 'schieramento', ma di cui egli respinge le attitudini e l'ideologia. Già in alcuni scritti di contestazione delle nuove tendenze che la « Rivista » aveva ospitato negli anni precedenti si erano rese esplicite le fratture di fondo esistenti nella diversificata 'scuola penale italiana' (nome, come s'è detto, carrariano) che nel frattempo era stata mutata da Ferri in una allineata e compatta 'scuola classica' (nome positivista).

Antonio Buccellati, per esempio, in un articolo apparso nel giugno del 1881, si interrogava sulla legittimità di « questa nuova scienza, a cui pretendesi applicare il nome di *antropologia criminale* » ⁽¹⁰¹⁾. La domanda era buona, la risposta lo sarebbe stata molto meno: una risposta fondata sulla (incongrua) certezza della insostituibilità della metafisica con la fisica e tutta impostata sulla derisione del darwinismo in quanto 'fautore di zoolatria'; fondata sulla invocazione della autorità di Rosmini contro le opinioni di Lombroso e su altri simili, impossibili argomenti.

Lucchini avrebbe considerato queste posizioni *fautrici*, né più né meno, della penetrazione positivistica nel campo del diritto penale e, accusandole di *nebbia romantica*, le avrebbe appaiate a quelle avversarie ⁽¹⁰²⁾. Nella sua opinione, le correnti di derivazione

⁽⁹⁹⁾ L. LUCCHINI, *Ai lettori*, in « Rivista Penale », 21, XI, 1885, p. 18.

⁽¹⁰⁰⁾ L. LUCCHINI, *I semplicisti*, cit., p. XXIV.

⁽¹⁰¹⁾ A. BUCCELLATI, *Gli studi sperimentali e la scienza del diritto penale*, in « Rivista Penale », 14, VII, 1881, pp. 128-35.

⁽¹⁰²⁾ « L'influenza di una filosofia seriamente positiva [...] mira alla sostanziale

spiritualista piegavano la scienza penale ad un metodo di pensiero che finiva per esporla alle 'metafisiche a rovescio' di cui erano portatori alcuni positivisti.

Eccone uno che ha preso la scopa per il manico. — Arriviamo così al 1886. Replicando ad un equilibrato ed intelligente articolo di Luigi Majno ⁽¹⁰³⁾, Aristide Gabelli aveva pubblicato una piccola summa degli argomenti antipositivisti, brillante, colta, misurata ed efficace ⁽¹⁰⁴⁾. Un saggio al quale si sarebbe fatto spesso riferimento in seguito e che provocò, nella parte avversa, la pubblicazione di un intero volume. In esso Lombroso, Ferri, Garofalo e Fioretti, ciascuno dal suo punto di vista e ognuno secondo le sue competenze, svolgevano contro Gabelli una puntigliosa *Polemica in difesa della scuola positiva* ⁽¹⁰⁵⁾.

trasformazione di taluni istituti; e ne sarà bene spiegata la logica necessità sociale e giuridica, depurata che sia l'atmosfera scientifica dalle nebbie del romanticismo » (L. LUCCHINI, *Sull'antico progetto del nuovo Codice penale*, cit., p. 474). L'immagine delle 'nebbie del romanticismo', nello stile di Lucchini, colpisce imparzialmente i sognatori spiritualisti alla Buccellati e gli immaginatori 'scientifici' alla Lombroso: entrambi si figurano una realtà irrazionale, metafisica o fisica, ugualmente nemica di un atteggiamento « seriamente positivo ».

⁽¹⁰³⁾ L. MAJNO, *La scuola positiva di diritto penale*, in « *Monitore dei Tribunali* », XXVI, 1885, n. 49, pp. 1161-7; n. 50, pp. 1185-94.

⁽¹⁰⁴⁾ A. GABELLI, *Sulla « Scuola positiva » del diritto penale in Italia*, cit., pp. 505-27. Aristide Gabelli aveva già pubblicato nella « *Nuova Antologia* » del 15 agosto 1885 uno scritto del tutto simile dal titolo *La nuova scuola di diritto penale in Italia*, che era molto piaciuto, salvo per qualche aspetto, al direttore Lucchini. « Eccone finalmente uno che ha preso la scopa per il manico! — scrive recensendolo all'indomani della pubblicazione (L. LUCCHINI, *Recensione* (n. 220) ad A. GABELLI, *La nuova scuola di diritto penale in Italia*, in « *Bollettino bibliografico della Rivista Penale* », s. II, 1885, p. 113) — Con quel fine umorismo, con quell'argomentare incisivo, penetrante, incalzante, con quel fare spigliato e perspicuo, che infondono tanto interesse e tante attrattive agli scritti di Aristide Gabelli, il simpatico scrittore, filosofo, letterato e giurista esimio ad una volta, ha messo alla gogna da par suo le stravaganze, per non dir altro, della sedicente 'nuova scuola', come 's'è battezzata da sé medesima', di diritto penale. Gabelli dimostra, *tout bonnement*, il ridicolo scientifico racchiuso nei tre assunti che sono i capisaldi della 'nuova scuola': la diagnosi antropologica del delinquente; l'abolizione della imputabilità morale; il concetto e le funzioni della pena retrocessi nella sfera della meccanica e dell'animalità ».

⁽¹⁰⁵⁾ Il volume *Polemica in difesa della scuola criminale positiva* fu pubblicato a Bologna, da Zanichelli, nell'autunno del 1886. Contiene quattro saggi, tutti intitolati

Gabelli non contesta, come era usuale in quelle polemiche, il fatto che ai penalisti 'tradizionali' venissero rimproverate posizioni che non erano le loro ⁽¹⁰⁶⁾. Entra subito nel merito del rapporto tra antropologia criminale e diritto penale. Affronta il problema della responsabilità degli autori e della loro imputabilità, e poi quelli della pena, della pericolosità del delinquente, della classificazione dei criminali.

Tratta con ostilità, e con un po' di efficace ironia, « l'intromissione dell'antropologia, o di una parte di essa, nel diritto penale ». Non perché non creda utile « che una scienza venga adoperata in sussidio di un'altra, perché tutte le cognizioni umane si legano fra di loro e non ce n'è una che stia da sola », ma perché non gli sembra ragionevole orientare la scienza penale su quanto l'antropologia può apportarle in fatto di misure di crani, vicinanza di occhi o sporgenza di orecchie. Allo stesso modo non gli sembra superabile la contraddizione fondamentale che esiste tra l'assolutezza storica e naturalistica delle teorie antropologiche e la storicità del diritto penale: la contraddizione, cioè, tra una classificazione di tipo naturale del crimine (*valida per sempre*, secondo la sua logica) e ciò che un'epoca considera crimine a differenza di un'altra, precedente o successiva.

Polemica (di Cesare Lombroso, di Enrico Ferri, di Raffaele Garofalo, di Giulio Fioretti) nei quali ognuno risponde a Gabelli e ad altri critici. Seguono tre pagine di Enrico Ferri dal titolo *L'on. Bovio e la scuola criminale positiva*, originato dal fatto che il 'precursore', in un articolo nel periodico « Democrazia », del 9 marzo 1886, aveva scritto: « Respingo gli eccessi della nuova criminologia — *Manicomi, carceri, deportazione* — non vede in là. Alcuni trascinano la selezione sino alla pena di morte. Questo precipizio verso la reazione e l'asprezza delle pene non è naturalismo, né positivismo, neppure metafisica: è teologia avariata ».

⁽¹⁰⁶⁾ Si trattava di un Leit-motiv della polemica di Luigi Lucchini. Dal momento che lui aveva opinioni diverse da molte di quelle che venivano attribuite alla penalistica tradizionale (considerata dai positivisti come un *unicum* compatto), gli capitava spesso di non riconoscersi in qualche accusa. Tendeva a riferire la cosa al vecchio metodo di attribuire all'avversario, per meglio batterlo, posizioni di comodo, che però non erano affatto le sue. Il fatto è che lui dimenticava ogni tanto — al pari dei suoi detrattori positivisti e di qualche futuro autore di frettolose 'premesse storiche' — la mancanza di coerenza, di coesione e di uniformità tra i diversi esponenti della c.d. scuola classica: rispondendo in realtà per sé, lo faceva come se stesse rispondendo per tutti, il che non era. Ed alcuni degli strali polemici dei positivisti, se erano fuori bersaglio quanto a lui, colpivano nel segno se si trattava di altri.

Lombroso, insiste Gabelli, avrebbe trovato ‘difformi’ i crani delle streghe e degli eretici, se fosse vissuto nell’epoca in cui si mandavano al rogo, e tanto basta a diffidare metodologicamente delle sue attuali classificazioni, basate anch’esse su di un catalogo dei crimini quale quello odierno, che è storicamente condizionato, e può essere preso in esame soltanto con spirito politico, e non con metodo naturalistico ⁽¹⁰⁷⁾.

Quanto alla *responsabilità* e all’*imputabilità*, egli non contrasta la negazione del libero arbitrio di Enrico Ferri. Ogni volontà, osserva, subisce certamente condizionamenti sociali e culturali; ma se possono esistere dubbi sulla libertà di una *volontà* criminale, è pur sempre possibile e doveroso punire *le scelte dell’intelligenza*. In una parola, il nodo sta nella *coscienza* che si forma e si governa negli uomini, e alla quale deve guardare il diritto penale, checché indaghino nel frattempo i filosofi sul loro terreno. Se poi è vero che Ferri, « pure negando la libertà, non distrugge per questo la responsabilità; bensì alla responsabilità individuale, di cui, soppressa la libertà non si può parlare, sostituisce la responsabilità sociale », Gabelli replica che ciò significa soltanto che *l’individuo è responsabile verso la società*, e prosegue ammettendo che « senza dubbio la pena è una difesa sociale », ma ripugna « il ridurre i fini molteplici della pena ad una semplice difesa diretta contro il malfattore, come fa la nuova Scuola » ⁽¹⁰⁸⁾.

La pena. « Poiché la pena viene inflitta dopo che l’offesa fu fatta, e molte volte quando è divenuta irreparabile, ed anche se fu perdonata e persino dimenticata, e quando pure l’autore suo ne sia pentitissimo e addoloratissimo al punto da poter essere sicuri che non vi cadrà mai più, è chiaro quanto la luce del sole che la pena, oltre al fine della difesa diretta contro il delinquente, ne ha anche uno indiretto, quello cioè di rendere effettiva la minaccia della legge, senza di che questa perderebbe la sua efficacia e crescerebbe all’infinito il numero dei malfattori. [...] Io non nego che anche la difesa diretta contro il delinquente possa entrare nei fini della pena [...] e [...] si ha un bel dire, in omaggio alle teorie, che il fine di tutelare la società con la pena non si raggiunge. La verità è che non si raggiunge intero ».

La pericolosità. La nuova Scuola, « ammette pene più o meno gravi, ma

⁽¹⁰⁷⁾ A. GABELLI, *Sulla « Scuola positiva » del diritto penale in Italia*, cit., pp. 505-11.

⁽¹⁰⁸⁾ Ivi, pp. 515-7.

intende di commisurarle alla *pericolosità* del delinquente. Ma che è questa pericolosità, se non quell'intenzione criminosa o quella malvagità che si cerca di riconoscere e di determinare anche adesso? E da che si può dedurla, se non dall'indole del fatto e dalle circostanze che l'accompagnarono? La nuova Scuola ha un bel dire di appoggiarsi alle *condizioni psichiche anormali*. Sono parole. In qual modo pretendono di scoprire queste condizioni psichiche [...]? Forse con l'aiuto dell'antropologia? Ma allora perché aspettare che un uomo commetta un delitto per tutelare contro di lui la società? ».

Quanto poi alla *classificazione dei delinquenti*, « non credo — dice — di dovermi[ci] fermare [...] perché essa non ha alcun fondamento, né può essere in pratica di alcun uso. A provarlo basterebbero le incertezze, le esitanze e le contraddizioni in cui la nuova Scuola è caduta a questo proposito. Le categorie furono due, furono quattro e furono cinque, e potrebbero diventare tre, come sei e come otto, perché criteri determinanti e precisi che servano a distinguerle non ve ne sono » ⁽¹⁰⁹⁾.

Da ultimo, cogliendo un nucleo essenziale che non era facile scorgere e valutare, affronta i problemi che si aprono per la scienza penale italiana con l'avvento di questa nuova 'presenza' metodologica. Il suo è, classicamente, il punto di vista ispirato dalla logica e dalla tradizione della penalistica civile. Lo preoccupano le conseguenze *politiche* non secondarie che potrebbero nascere dalla pratica applicazione di alcune sue dottrine che « suppongono un ordinamento sociale così differente da quello d'oggi, implicano una tale ingerenza dello Stato sulla vita privata, da rendere troppo cari i benefici, dato che si conseguissero, della sua tutela » ⁽¹¹⁰⁾. Nella stessa direzione, ragiona sull'efficacia pratica di quelle teorie, e in particolare sulla necessità di mettere in salvo ciò che di buono hanno pur prodotto, dando un salutare scrollone al vecchio edificio del sistema punitivo. Ma teme che gli errori, le sciocchezze, le esagerazioni, e le tante improponibili idee degli esponenti più sprovveduti, potrebbero portare con sé, nella rovina che li aspetta, anche i fermenti positivi prodotti nella nuova esperienza.

Gabelli individuava, con questa osservazione, un altro punto delicato e gravido di futuro. La fragilità culturale del positivismo penale italiano avrebbe prodotto frutti paradossali, e ciò anche in

⁽¹⁰⁹⁾ Ivi, pp. 517-21.

⁽¹¹⁰⁾ Ivi, p. 526.

conseguenza del fatto che sul carro positivista, che imbarcava sempre più gente, c'era un evidente doppio livello di esponenti e seguaci, separati e molto distanti per qualità, cultura, equilibrio e sensibilità. I *leaders* della tendenza, nonostante i limiti derivanti da orecchiamenti, eclettismi o eccessiva cedevolezza a sbrigativi deduzionismi fondati su presupposti incontrollati, ricevevano anche dai loro avversari attestati di intelligenza, operosità, capacità di cogliere lo spirito dei tempi. « Negare l'ingegno » a capi e seguaci come Ferri e Garofalo, Lombroso o Viazzi, Majno, Fioretti, Zerboglio, o Florian, "sarebbe negare la luce del sole ». Ma i gregari, gli epigoni, gli improvvisati 'professori' della provincia folgorati dalla suggestiva (e pessima) retorica dei divulgatori, formavano un esercito di disinvolti improvvisatori di teorie, che è generoso considerare insensate. Una folla di semplificatori, genia di inventori di sistemi infallibili per prevenire delitti o correggere criminali, vera e propria zavorra della scuola, pericolosissima per la sua credibilità e la sua immagine, esiziale per la cultura giuridica diffusa dell'Italia a venire.

Errori, incongruenze, ma anche meriti e compiti da assolvere. *La recidiva*, per esempio, « ossessione creatrice »⁽¹¹¹⁾ del secolo, era uno dei terreni sui quali, oggettivamente, i positivisti stavano dando un contributo di 'invenzione del problema' di tutto riguardo. Né mancavano di coinvolgere il sistema penale tra le cause di essa⁽¹¹²⁾, trattandola al tempo stesso come oggetto di riflessione e necessario

⁽¹¹¹⁾ Un saggio attento, minuzioso, lucido, è uscito di recente per mano di B. SCHNAPPER, *La récidive, une obsession créatrice au XIXe siècle*, in *Le récidivisme*, Atti del XXI° Congresso della Association Française de Criminologie (1982), Poitiers 1986, pp. 25-64. Schnapper mostra l'inutilità degli sforzi (pensare un 'nuovo carcere'), dei dibattiti, dei tentativi legislativi rispetto agli obiettivi che giuristi e sociologi si erano proposti. Il nostro Gabelli è dentro quelle prospettive e condivide quelle speranze. Ma sarebbe apparso sempre più chiaro il fatto che « la récidive était un phénomène de société, et comme la société est difficile à changer, pénalistes, pénologues, pénitentiaristes baissent les bras » (p. 64).

⁽¹¹²⁾ Nel suo saggio giuridico principale (*La recidiva. Saggio di revisione critica con dati statistici*, Torino 1910, pp. 110 sgg.), Giacomo Matteotti traccia un bilancio della questione e dedica una lunga riflessione al « Sistema penale come fattore di recidiva », riflettendo su impunità, grazie, appelli, polizia, istituti di prevenzione, corte pene, ordinamento carcerario e casellario giudiziale. Ma si veda anche il capitolo che V. MANZINI, *La recidiva nella sociologia, nella legislazione e nella scienza del diritto penale*, Firenze 1899, pp. 531 sgg. dedica a *La recidiva e gli scrittori di sociologia criminale*.

passaggio riformistico. « Anche quando [la nuova Scuola] si sarà persuasa che alle teorie penali c'è poco da aggiungere, mentre pur tanto rimane a fare nella pratica, *serberà il merito di aver dato una certa scossa salutare a una scienza che fra noi alcun poco sonnecchiava*. Ma inoltre, avviata a un intento più determinato e più utile, *diverrà principalmente uno studio della recidiva*, studio del quale ha le condizioni e i caratteri e di cui non è necessario di provare l'opportunità in un paese, dove i recidivi giungono a più della metà dei malfattori. In altri termini, quanto più mirerà a un fine preciso, tanto meno difficile le sarà di raggiungerlo; e questo io desidero per la soddisfazione sua e il bene di tutti ». Del resto, aveva scritto poco sopra, se non lo faranno i capi, finiranno per farlo i seguaci, « taluni dei quali già si mostrano più disposti alle transazioni ». E ci accorgeremo tra poco che aveva visto giusto anche in questo ⁽¹¹³⁾.

Il positivismo giuridico degli anni Ottanta e Novanta aveva anch'esso i miti e i severi, i mistici e i politici, gli idealisti e i pratici, come avrebbe potuto dire Aristide Gabelli. Anzi, alcuni degli esponenti di più lunga esperienza avrebbero vissuto nella loro stessa biografia intellettuale e scientifica fasi così discordanti da renderli talvolta irriconoscibili persino a se stessi. Cesare Lombroso è un vero modello di inafferrabilità scientifica, ed Enrico Ferri continuerà ad aggiustare e aggiornare le sue 'sintesi' — condannato a farlo dal suo spirito di polemista che non vuole perdere uno scontro — fino alle ultime pagine della sua vita.

Gli anni Ottanta sono anni di crescita per la scuola. Gli scontri con l'*establishment* accademico e le polemiche scientifiche le giovano, più che danneggiarla. Nel 1893 si affaccia sulla scena Eugenio Florian, il *giurista* della scuola, con la sua *Teoria psicologica della diffamazione* ⁽¹¹⁴⁾; nel 1885 si perfeziona, per così dire, l'adesione di un altro *giurista* come Luigi Majno, che sceglierà la parte del

⁽¹¹³⁾ A. GABELLI, *Sulla « Scuola positiva » del diritto penale in Italia*, cit., pp. 526-7.

⁽¹¹⁴⁾ E. FLORIAN, *La teoria psicologica della diffamazione. Studio sociologico-giuridico*, Torino 1893. Su Florian, trattando della manualistica del diritto penale e dell'immagine della scuola positiva che essa ha trasmesso nel corso degli anni, ha scritto una bella pagina G. NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo*, in E.R. PAPA (a cura di) *Il positivismo e la cultura italiana*, Milano 1985, pp. 50 sgg. Ma vedi anche F. COLAO, *Il delitto politico*, cit., pp. 136 sgg.

positivista appartato, più attento ai contenuti sociali dell'esperienza giuridica che non alle classificazioni ferriane o, meno che mai, agli antropologismi lombrosiani ⁽¹¹⁵⁾. Sul finire del decennio, Adolfo Zerboglio, più 'ortodosso' dei due precedenti e Alfredo Pozzolini (diremmo piuttosto un 'fiancheggiatore'), si sarebbero aggregati agli altri, di diseguale livello, che nel frattempo avevano affollato quelle file. Intanto, i giuristi della scuola si impegnano nella pubblicazione di un grande *Trattato* ⁽¹¹⁶⁾, mentre se ne prepara un secondo, meglio concepito e realizzato, che avrebbe avuto diverse edizioni ed avrebbe fatto studiare intere generazioni di penalisti italiani ⁽¹¹⁷⁾. Nel 1891, infine, esce il primo numero de «La scuola positiva», la rivista che consacra gli spazi scientifici e accademici del magistero di Ferri e dei suoi.

Intanto la scuola è venuta articolandosi. Ha cominciato a dividersi e conoscere le prime rotture insieme a qualche litigio. Siamo

⁽¹¹⁵⁾ Mi riferisco all'articolo di L. MAJNO, *La scuola positiva di diritto penale*, cit., che è l'occasione di una (più completa), intelligente ed equilibrata adesione alle nuove teorie, e che era stato preceduto da una amichevole (ma non entusiasta) recensione a R. GAROFALO, *Di un criterio positivo della penalità*, Napoli 1880, pubblicata sempre nel «Monitore dei Tribunali», XXI, 1880, n. 35, pp. 745-53; n. 36-37, pp. 770-5.

⁽¹¹⁶⁾ È il *Completo Trattato teorico e pratico di diritto penale secondo il Codice unico del Regno d'Italia*, diretto da Pietro Cogliolo, che esce a Milano, edito da Vallardi, tra il 1888 ed il 1890. Oltre a Cogliolo, che vi svolge opera di 'filosofo del diritto penale' con un saggio sul *diritto di punire*, vi scrivono, tra molti altri, Agostino Berenini, Alberto Borciani, Luigi Carelli, Wautrain Cavagnari, Ugo Conti, Giulio Fioretti, Eugenio Florian, Augusto Frassati, Raffaele Garofalo, Giovan Battista Impallomeni, Vittorio Marchetti, Ferdinando Puglia, Aronne Rabbeno, Augusto Setti. Nel Comitato scientifico troviamo anche Giulio Fioretti, Alessandro Stoppato e Pietro Nocito, insieme a uomini che non sembravano proprio l'*up to date* del positivismo, come Pio Barsanti, Filippo Manduca o Francesco Faranda. Occorre anche dire che il *Trattato* di Cogliolo, un po' disordinato nella concezione, pasticciato nelle monografie, improvvisato nella necessità di incalzare il codice che stava uscendo, a parte qualche raro contributo, non si raccomanda particolarmente per qualità e livello.

⁽¹¹⁷⁾ Il *Trattato di diritto penale*, curato da Florian, Pozzolini, Zerboglio e Viazzi comincia ad essere pubblicato nel 1901 per i tipi di Vallardi a Milano. In corso d'opera (9 volumetti in tutto) si uniranno all'impresa anche Puglia, Giuriati e il sociologo Scipio Sighele. La sua seconda edizione, in 13 volumi, uscirà a partire dal 1910, sotto la direzione di Florian, Pozzolini, Viazzi, Zerboglio, Babboni, Gavazzi, Giuriati e Olivieri. Poi Florian e Zerboglio, i soli superstiti del vecchio sodalizio, dettero mano alla riedizione del *Trattato* dopo l'entrata in vigore del codice Rocco.

nel 1889. Giovan Battista Impallomeni, allora applicato al ministero di Grazia e Giustizia, terminata la lunga fatica di redattore del codice penale appena approvato, va a Parigi per assistere al Congresso di antropologia criminale e pubblicare poi, sulla « Rivista Penale », un lungo resoconto di quei lavori ⁽¹¹⁸⁾

L'indicazione che Impallomeni trae dalle discussioni congressuali è quella della crisi di credibilità che, anche sul piano internazionale, colpisce la scuola antropologica italiana, a poco più di dieci anni dal suo esordio. Emerge anche, in quel congresso, una sorprendente involuzione di Garofalo, che abbandona la sua « antropologia [...] molto accomodante » per sostenere tesi francamente sconcertanti ⁽¹¹⁹⁾. Si assiste infine, e il nostro non manca di sottolinearla, ad una manovra di Ferri (in ciò seguito, e sorpassato, da uomini come Puglia, Alimena, Pugliese), tendente a prendere le distanze da alcune delle più 'imbarazzanti' categorie e classificazioni lombrosiane. Per marcare le differenze, Ferri si pone in posizione di mediazione tra lo stesso « Lombroso, sostenuto dal Garofalo, e tutti gli altri membri del Congresso ».

Ci sono, nel rapporto di Impallomeni, i prodromi di tutte le linee di frattura che investiranno la scuola positiva negli anni Novanta. Si spegne l'influenza di Cesare Lombroso sui *giuristi* della tendenza, e il suo stesso pensiero subisce una progressiva involuzione, riprodotto e messo in opera da 'allievi' ed epigoni sempre più scadenti. Esce di scena Raffaele Garofalo che a partire dal 1895, pubblicando *La superstizione socialista* ⁽¹²⁰⁾, aggiunge alle recenti ragioni del suo isolamento, ulteriori motivi di rottura con i giovani emergenti della scuola, quali Florian o Zerboglio, provocando anche una seria frattura nei suoi rapporti con Enrico Ferri ⁽¹²¹⁾. Ferri si allontana anche da

⁽¹¹⁸⁾ G.B. IMPALLOMENI, *La « Nuova Scuola » di diritto penale al Congresso antropologico di Parigi*, in « Rivista Penale », 31, XVI, 1890, pp. 213-30, 309-24).

⁽¹¹⁹⁾ « Con una recisione, di cui finora non ha dato prova, pur dando la preferenza alle anomalie psicologiche, affermò che vi sono dei caratteri fisiognomici che permettono di distinguere *immediatamente* i ladri dagli omicidi; questi hanno la mascella sviluppatissima, e gli assassini specialmente hanno l'occhio fisso, e lo sguardo spesso obliquo. I ladri presentano al contrario la fronte sfuggente, l'occhio piccolo e vivissimo » (ivi, p. 221).

⁽¹²⁰⁾ R. GAROFALO, *La superstizione socialista*, Torino 1895.

⁽¹²¹⁾ Ferri risponde in modo (ancora) rispettoso ma duro al libro di Garofalo, che ritiene 'provocato' anche dal suo *Socialismo e scienza positiva* (Darwin, Spencer, Marx),

Cesare Lombroso. Ma la presa di distanze non sarà sufficiente a liberarlo dai troppi vincoli deterministici e presupposti antropologici non più (interamente) condivisi dalla nuova generazione dei penalisti positivi, che a loro volta prenderanno le distanze da lui.

Infine, si mostrano i prodromi della formazione di una corrente trasversale, di ispirazione 'socialista', che nella prospettiva di costruire un *diritto penale sociale* creerà un terreno di discussione e di impegno comune a giuristi legati a visioni scientifiche diverse ⁽¹²²⁾. Una 'presenza culturale', ho detto una volta, che attraversa per qualche lustro la scena giuridica italiana, a testimoniare per l'ultima volta — sua erede per eccellenza — lo spirito della penalistica civile.

8. *Il diritto penale e le ingiustizie sociali.*

« La causa prima dei delitti sta nel disordine degli istituti sociali, nella sperequazione delle proprietà, nell'antagonismo delle classi,

Roma 1894, con il breve saggio *Discordie positiviste sul socialismo. (Ferri contro Garofalo)*, Palermo 1895.

⁽¹²²⁾ Sul socialismo giuridico penale, dopo M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale*, cit., sono usciti diversi studi che ne hanno in vario modo ripreso — e talora egregiamente sviluppato — alcune indicazioni. Penso, per esempio, a G. NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in « Democrazia e diritto », XVII, 1977, fasc. 4, pp. 666 sgg.; Id., *Legislazione penale*, in *Storia d'Italia. Il mondo contemporaneo*, II, Firenze 1978, pp. 591 sgg.; G. NEPPI MODONA, L. VIOLANTE, *Poteri dello Stato e sistema penale*, cit., pp. 177 sgg.; G. NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo* cit., pp. 58 sgg.; C. CARINI, *Cultura e politica del socialismo giuridico (1890-1910)*, in « Annali della Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Perugia », « Materiali di storia », 6, XVIII, 1981-82, pp. 54-100; ancora C. CARINI, *Giacomo Matteotti. Idee giuridiche e azione politica*, Firenze 1984, spc. pp. 19 sgg., il quale giustamente rileva che il nome di Matteotti non sarebbe dovuto mancare nella mia bibliografia del socialismo giuridico (p. 27); F. COLAO, *Cultura e ideologie penalistiche fra Ottocento e Novecento*, in A. MAZZACANE (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli 1986, pp. 107-23; M.L. GHEZZI, *La questione penale nella Critica sociale*, in E.R. PAPA, *Il positivismo e la cultura italiana* cit., pp. 405-13; R. TREVES, *Il rinnovato interesse per il socialismo giuridico in Italia*, in *ivi*, pp. 391-403; M. CASCAVILLA, *Il socialismo giuridico italiano. Sui fondamenti del riformismo sociale*, Urbino 1987. Quanto alle fonti dottrinali della corrente, chi volesse potrebbe fare riferimento a M. SBRICCOLI, *Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 3-4, 1974-75, pp. 873-1035, poi ripubblicata in volume con lo stesso titolo dall'editore Giuffrè a Milano nel 1976.

nell'ineducazione e nello sfruttamento dei ceti inferiori » (123). Siamo nell'inverno del 1883. Filippo Turati, « affermando la connessione della questione criminale colla economica », sa di non dire cose nuove. Tuttavia, osserva, c'è oggi una nuova scuola penale, che si è posta l'obiettivo di indagare in modo particolare il delitto e le sue cause, ma che sembra sottovalutare, tra tanti fattori che mette in campo, proprio il 'fattore sociale'.

Per meglio dire, tutto il saggio turatiano intitolato *Il delitto e la questione sociale*, rappresenta una decisa negazione della prospettiva antropologica e una severa critica al positivismo penale, almeno per la fase in cui esso si trovava, grazie agli studi di Enrico Ferri, in quei primissimi anni Ottanta. Quel piccolo libro, ricorderà Turati trent'anni dopo (124), suscitò vivaci polemiche e fu seguito da molti studi, ma « non mette conto — ripubblicandolo — rabberciare, cincischiare e rammodernare. Che ha voluto dimostrare cotesto studio? Che la lotta più efficace contro il delitto non è nelle teorie dei criminologi e non è nelle pene; ma sta nel rifare dalle basi l'assetto economico della convivenza civile. E a questo mira, come può, [ancor'oggi] la nostra battaglia quotidiana ».

Siamo agli incunaboli del socialismo giuridico. Tra il 1883 e il 1884, Filippo Turati, Enrico Ferri e Napoleone Colajanni danno vita a una discussione sui 'fattori del delitto' (125), che si rivelerà felicemente prodromica rispetto a quella più ampia e consapevole che investirà i penalisti nei vent'anni che seguiranno. Turati insiste sul 'fattore sociale', Colajanni gli è vicino, specie nel combattere le aberrazioni lombrosiane (126), mentre Ferri sceglie di stare sul

(123) F. TURATI, *Lettera a Enrico Bignami* (1882), in ID., *Il delitto e la questione sociale. Appunti sulla questione penale*, Milano 1883. Cito dalla 3^a ed., Bologna 1913, p. 23.

(124) F. TURATI, *Lettera a Luigi Fabbri* (1912), in ID., *Il delitto e la questione sociale*, cit., p. 11.

(125) Ricostruita, in un'ottica tutta interna alla storia del movimento socialista, già nel 1958 da S. GANCI, *La formazione positivista di Filippo Turati. La polemica Turati-Ferri-Colajanni sui fattori criminogeni (1883-1884)*, in « Rivista storica del socialismo », I, 1958, pp. 56-68. Riaffrontata da chi scrive come 'incunabolo del socialismo giuridico penale' in *Il diritto penale sociale*, cit., pp. 567 sgg.

(126) N. COLAJANNI, *Socialismo e sociologia criminale. Il socialismo*, Catania 1884. Questo saggio venne ripubblicato con il titolo *Il socialismo* dall'editore Sandron

terreno del peggior darwinismo sociale, adottando un livello d'analisi che appare insieme volgare e sostenuto da conoscenze di seconda mano che, per quanto riguarda Marx, vengono da pochi scritti minori di Achille Loria ⁽¹²⁷⁾. La sua risposta reca una marcata ispirazione 'evoluzionista' e 'antisocialista', che solo nella parte finale si attenua, per lasciare spazio alla teoria che allora gli stava più a cuore: quella dei sostitutivi penali. Ma le successive evoluzioni del pensiero giuridico e politico di Enrico Ferri non saranno poche né da poco, e Filippo Turati verrà raggiunto e poi sorpassato, anche su questo terreno, dal suo antico contraddittore.

Il problema era posto. Dopo un periodo di preparazione che vede l'esordio di penalisti come Luigi Majno, Agostino Berenini o Alberto Borciani, prende forma, negli anni Novanta, una tendenza 'socialista' tra i giuristi positivisti (ma non solo tra di essi, come si vedrà) che prende le mosse dall'insegnamento di Enrico Ferri. Se ne distanzia quasi subito, con discrezione e senza clamori, lasciando cadere gli evoluzionismi e i determinismi che stavano ancora a cuore al maestro, e disconoscendo la lezione lombrosiana che Ferri faceva fatica a dimenticare. Accentuerà invece il momento ideologico dell'analisi teorica (con molto spazio per Engels, abbastanza per Marx, meno per Spencer e Loria, pochissimo per Darwin) insistendo sul *carattere di classe del diritto penale* e costruendo una sociologia criminale 'di sinistra' applicata all'obiettivo della *riforma della legislazione penale*.

Socialismo di avvocati e professori, si è detto. Anche in questo, il socialismo giuridico penale di fine secolo riassume l'eredità della penalistica civile. Essa aveva sempre fatto della cattedra e del foro

(Palermo-Milano, 1898), depurato della parte più direttamente relativa alla polemica di quindici anni prima contro lo scritto *Socialismo e criminalità* di Enrico Ferri. Quegli elementi polemici, del resto, sarebbero stati rifiutati e molto sviluppati nell'opera più importante del Colajanni 'criminologo', *La sociologia criminale*, 2 voll., Catania 1889 (in particolare nella parte seconda che occupa il 2° vol.), e ripresi — per fatti nuovi sopraggiunti — in *Ire e spropositi di Cesare Lombroso*, Catania 1890: « Tutta la mia vita — ha scritto Colajanni (*Il socialismo*, cit., p. IV) — è stata consacrata a distrurre le esagerazioni antropologiche di Lombroso e di Ferri. Ho visto con piacere che il secondo non solo è divenuto socialista, ma si sta avvicinando sempre più a me in quanto ai fattori del delitto ».

⁽¹²⁷⁾ E. FERRI, *Socialismo e criminalità. Appunti*, Torino, 1883, pp. 52, 117.

due luoghi cruciali della funzione complessiva del riformismo penale, considerandoli momenti privilegiati del rapporto tra scienza e società. Del resto, con lo stesso spirito, aveva avuto attenzione per la legislazione, aveva valorizzato le implicazioni tecnico-giuridiche delle opzioni politiche e nutrito su entrambi i terreni una fondamentale attitudine riformista. Non è dunque senza ragione che Filippo Turati prende in mano *La genesi del diritto penale* di Giandomenico Romagnosi, uno dei padri emblematici della dimensione civile della scienza giuridica, e ne rivendica l'ascendenza, dichiarandosi erede a pieno titolo di quel modo di concepire il riformismo penale ⁽¹²⁸⁾.

La matrice classista del diritto penale è sottoposta a denuncia e critica ⁽¹²⁹⁾, e lo stesso accade per la legislazione. Alcuni di quei penalisti scoprono l'inchiesta sociale: vengono studiati fenomeni come quello del vagabondaggio, dell'alcoolismo e della prostituzione, o, sul versante opposto, i delitti delle classi agiate, a cominciare dalla 'delinquenza bancaria'. Il processo penale, il carcere, il diritto di sciopero, la stessa delinquenza mafiosa, entrano nel programma riformista di giuristi socialisti e radicali, liberali e democratici, positivisti e non, che aderiscono ad una prospettiva di riforma del diritto e della legislazione penale ad ispirazione 'sociale' ⁽¹³⁰⁾.

⁽¹²⁸⁾ F. TURATI, *Lettera a Enrico Bignami* (1882), cit., pp. 26 sgg.

⁽¹²⁹⁾ La critica della natura di classe del diritto penale, dopo le riflessioni di Turati, viene raccolta e sviluppata da un giurista non socialista, M.A. VACCARO, *Genesi e funzione delle leggi penali*, Torino 1889, e poi da E. FLORIAN, *Le ingiustizie sociali del codice penale*, in « La scienza del diritto privato », IV, 1896, pp. 47-55, 81-95 e da A. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella legislazione penale*, in « La scuola positiva », VI, 1896, pp. 68-79. Viene quindi affrontata, con adesioni e correzioni, da radicali e democratici come A. POZZOLINI, *L'idea sociale nella procedura penale. Appunti critici*, in « Archivio Giuridico », LX, 1898, pp. 305-19, e LXI, 1898, pp. 30-62, 279-303, e G.B. IMPALLOMINI, *Funzione sociale del diritto punitivo*, Roma 1905 (poi riassunto in « Critica sociale », XV, 1905, pp. 237-8, che finisce per attribuire al diritto penale un carattere piuttosto 'neutrale' che di classe. Quella critica sarà infine ripresa e compendiata nel tardo lavoro di C. MANES, *Capitalismo e criminalità. Saggio critico di sociologia criminale*, uscito a Milano nel 1912: lo stesso anno della ristampa de *Il delitto e la questione sociale* di Turati, che aveva visto la luce trent'anni prima. 1883-1912: gli anni di due edizioni dello stesso libro, o quelli che vanno dal prologo del grande Turati all'epilogo del mediocre Manes, scelti come *incipit* ed *explicit* di un'esperienza fatta, appunto, più che altro di libri.

⁽¹³⁰⁾ Florian e Cavaglieri si occupano di vagabondaggio; Zerboglio, Ferri e Co-

I ‘difetti sociali’ del codice penale vengono individuati nella «unicità del criterio sancito per l'imputabilità dei poveri e dei ricchi» (Florian) e nel fatto che nemmeno la pena colpisce con lo stesso grado di intensità chi ha possibilità economiche differenti. È una critica al fondamentale principio della legislazione ‘borghese’, il *diritto uguale*, che aggrava sul piano delle conseguenze giuridiche le disuguaglianze esistenti tra le due classi sociali. I reati contro la proprietà vengono puniti con durezza superiore a quella riservata ai delitti contro la persona, l'onore o la morale: l'incolumità vale meno del possesso, e i beni materiali dei ricchi sono protetti meglio dei beni immateriali che appartengono anche ai poveri. E quando il discorso si sposta sui mezzi di difesa consentiti, sul sistema delle aggravanti, attenuanti e scriminanti, sulla perseguibilità a querela o d'ufficio dei reati, si scoprono altri capisaldi della difesa dell'aver, a scapito di quella della persona ⁽¹³¹⁾

Mi fermo — scrive Adolfo Zerboglio — ad una massima di indole generale «la legge è uguale per tutti» che innestandosi su di una disuguaglianza di fatto, portata dal meccanismo capitalista, si risolve in un principio ingiusto rispetto alla classe povera le cui condizioni, favorevoli all'attività criminosa, non restano così prese in considerazione. [...] Poiché [le] istituzioni sanciscono, col predominio politico d'una classe, il predominio economico da cui derivano, le disposizioni penali che tendono a garantirle sono essenzialmente disposizioni penali di classe. [...] La lotta di classe si manifesta nell'intreccio delle complicazioni procedurali malamente superabili da chi non possiede; nella nota tendenza alla severità pei delitti contro gli averi a preferenza che per quelli contro persone; nella non rara

lajanni di alcoolismo; ancora Zerboglio, Florian e Cavagnari di prostituzione. Il carcere viene visto come decisiva struttura di raccordo tra istituzioni borghesi e ‘governo’ del fenomeno criminale, con interventi, tra altri, di Ferri, Nocito, Laschi, Florian, De Luca, e dello stesso Turati (cfr. anche G. NEPPI MODONA, *Carcere e società civile*, cit., che indica opportunamente i limiti dell'opera svolta dai giuristi socialisti). Rodolfo Laschi lavora sulla ‘delinquenza bancaria’, dopo che con lo scandalo della Banca Romana la «lue bancaria», come la chiamava Boccardo, aveva raggiunto l'Italia e messo in luce le connivenze tra potere economico e affarismo politico. Sul diritto di sciopero scrivono Colajanni, Ferri, Pozzolini, Florian, Cavagnari, Laschi. Ancora Colajanni, insieme a Vaccaro e De Luca, affronta il problema della delinquenza mafiosa. Per riferimenti più precisi, chi volesse potrebbe ricorrere ai miei *Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico*, cit., o vedere *Il diritto penale sociale*, cit., pp. 632-642 [t. II, pp. 891-902].

⁽¹³¹⁾ E. FLORIAN, *Le ingiustizie sociali del codice penale*, cit., pp. 52, 87 sgg.

corruzione delle magistrature a giovamento di imputati danarosi; nella impunità di criminali autentici ma *asserviti*, nella politica, nelle amministrazioni, nelle banche, alla classe capitalistica, o nelle leggi di eccezione intese a spazzar via in modo più spiccio ed arbitrario gli avversari dell'*ordine costituito*; nelle polizie, specialmente adibite a inquisire, rincorrere i così detti *sovertitori*, creando talora complotti, attentati, violenze, per giustificare la persecuzione ⁽¹³²⁾.

È difficile dire se Zerboglio, Florian, Ferri e gli altri socialisti della corrente, si muovessero soltanto all'interno di una battaglia politica o stessero tentando la via di un rinnovamento scientifico del diritto penale. È probabile che intendessero fare entrambe le cose, senza rendersi conto del fatto che il momento politico della loro battaglia finiva per assorbire e vanificare quello giuridico. Solo negli anni terribili di fine secolo, dal 1894 al 1900, quando vennero messe a repentaglio le 'pubbliche libertà', i due versanti della loro testimonianza lavorarono l'uno ad arricchimento dell'altro. Sono gli anni della legislazione eccezionale, dei provvedimenti speciali contro gli anarchici, del domicilio coatto per i politici, della obliterazione delle libertà statutarie e della repressione sanguinosa del movimento operaio nelle città industriali. Gli anni del 'colpo di Stato della borghesia', sventato anche grazie all'opera politica e scientifica di questi giuristi e dei loro alleati liberali. Si trattò di una battaglia civile difficile, rischiosa, costosa, ma fu combattuta con dignità e coraggio, apertamente e senza risparmio. Le riviste scientifiche, la stampa quotidiana, i tribunali, il parlamento, e perfino le piazze furono il teatro di uno scontro nel quale il ruolo di quei penalisti fu insieme decisivo ed esemplare. Fu certo quella l'ultima grande testimonianza della penalistica militante: un modo degno, se non altro, di uscire di scena ⁽¹³³⁾.

⁽¹³²⁾ A. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella legislazione penale*, cit., pp. 75, 77, 78.

⁽¹³³⁾ Sarebbe troppo lungo ricostruire qui il complesso intreccio di testimonianze politiche e di battaglie giuridiche, che caratterizzò l'impegno comune di molti penalisti italiani in quegli anni difficili: liberali come Lucchini, Brusa o Pessina, democratici come Nocito o Impallomeni, repubblicani come Colajanni, radicali come Pozzolini, socialisti come Majno, Ferri, Zerboglio, Berenini, Florian, e tanti altri. Chi volesse potrebbe fare riferimento ai miei *Dissenso politico e diritto penale*, cit., pp. 662 sgg. [t. II, pp. 778 sgg.], *Il diritto penale sociale*, cit., p. 639 sgg. [t. II, pp. 899 sgg.], e *Il diritto penale liberale*, cit., pp. 176 sgg. [t. II, pp. 973 sgg.].

Idee, dottrine, critiche, ideologie, e battaglie difensive. L'ultima epifania 'sociale' della penalistica civile manca, però, di una strategia *praticabile* per la costruzione effettiva di un sistema penale alternativo. Il che avrebbe voluto dire, secondo gli stessi principi da essa enunciati, la costruzione di una *società*, e di un *sistema politico*, radicalmente diversi: compito che non poteva certo essere caricato sulle spalle di quei pur volenterosi professori. Ad essi spettava di corredare le loro idee di riforma con un apparato tecnico-scientifico adeguato. Per una simile via, avrebbero forse potuto far penetrare nell'ordinamento vigente elementi innovatori, miglioramenti, riforme⁽¹³⁴⁾. Ma anche in questo mancarono il loro scopo. La società italiana si trasformava, ma non trovava nella produzione tecnica dei penalisti 'sociali' forme adeguate di tutela: gli obiettivi erano ben individuati, ma nessuna strada veniva costruita perché si potessero raggiungere. Si innesterà qui, in questa contraddizione, la crisi del socialismo giuridico penale: una crisi fatta prima di abbandoni di campo e di maturazioni individuali (Pozzolini, Impallomeni, lo stesso Florian, per non parlare di Ferri) e poi di impotenza di fronte ai tentativi — interamente riusciti — di chiudere definitivamente la stagione secolare della penalistica civile italiana.

9. *Dalla penalistica civile alla civilistica penale.*

« Questo è principalmente, se non esclusivamente, il compito e la funzione, della scienza del diritto penale: l'elaborazione tecnico-giuridica del diritto penale positivo e vigente, la conoscenza scientifica, e non semplicemente empirica, del sistema del diritto penale quale è, in forza delle leggi che ci governano ».

Era il 15 gennaio del 1910. Arturo Rocco, già professore a Ferrara, concludeva con queste parole la prima parte della prolusione al corso di diritto e procedura penale che avrebbe tenuto

⁽¹³⁴⁾ « Certo, la radice delle disuguaglianze che si deplorano è nelle viscere del sistema e perciò le disuguaglianze rimarranno fino a che durerà il sistema; ma ciò non toglie che si possano lenire e attenuare, seguendo ed affrettando l'evoluzione, con l'opera assidua e vigilante » (E. FLORIAN, *Le ingiustizie sociali del codice penale*, cit., p. 49).

quell'anno nell'Università di Sassari ⁽¹³⁵⁾. Quel 15 gennaio è ormai considerato, per convenzione, la data di nascita del metodo tecnico-giuridico (o *indirizzo*, come si comincia a dire, per evitare il termine 'scuola') e quella di morte della concezione 'integrata' del diritto penale, concepito come la risultante giuridica degli apporti convergenti di altre scienze sociali e come qualcosa di *centrale*, strettamente legato alla società e alla politica.

In realtà, se appena si cerca di storicizzare quella famosa prolusione, ci si può rendere facilmente conto di tre cose: *a*) Arturo Rocco, con l'appello che rivolge ai penalisti italiani, non taglia completamente i ponti con l'idea di una scienza penale integrata. O meglio, non propugna l'isolamento *tout court* della scienza del diritto penale. Egli propone un accertamento di confini tra le diverse prospettive, insieme ad un nuovo metodo — che oggi chiameremmo interdisciplinare e che Vanni o Orlando avrebbero chiamato 'divisione del lavoro scientifico' ⁽¹³⁶⁾ — per affrontare con strumenti conoscitivi complessi i problemi del diritto e della giustizia punitiva; *b*) che egli, così facendo, non fece che raccogliere e sistemare un'istanza molto diffusa tra i giuristi più attenti e consapevoli di quel momento, non esclusi alcuni dei protagonisti più intelligenti dell'esperienza ancora fresca del socialismo giuridico; *c*) che se il metodo proposto da Arturo Rocco aveva anch'esso i suoi incunaboli (Pozzolini, Florian, Manzini, Impallomeni), sarebbe stato a sua volta l'incunabolo di qualcos'altro.

Distinzione non è separazione, e tanto meno divorzio. — La crisi che il diritto penale attraversa, dice Rocco, è una *crisi di identità*. Una perdita di specificità e di centro che va sanata con un'operazione di recupero della peculiarità del momento giuridico (« la

⁽¹³⁵⁾ AR. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in « Rivista di diritto e procedura penale », I, 1910, parte prima, pp. 497-521, 560-82. Il passo citato è a p. 521.

⁽¹³⁶⁾ V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, Prolusione palermitana del 1889, in « Archivio Giuridico », XLII, 1889, fasc. 1, pp. 107-124, ma io cito dalla raccolta Id., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano 1954, p. 10; I. VANNI, *Il diritto nella totalità dei suoi rapporti e la ricerca oggettiva*, Prolusione romana del 1900, in « Rivista italiana di sociologia », IV, 1900, fasc. 1, p. 25).

costruzione *dogmatica* degli istituti penali in base ai principi del diritto positivo vigente ») che però non lasci « da parte l'indagine delle ragioni di necessità sociale e di opportunità politica che stanno a base del diritto costituito » (137).

Se ben esiguo, e anzi quasi nullo è il numero di coloro che, infatuati di una falsa o esagerata ipotesi antropologica, considerano la scienza nostra destituita da ogni ragion d'essere come scienza, *ad un tempo sociale e giuridica*, permangono tuttavia, sia pure isolate, opinioni e tendenze per le quali essa dovrebbe trasformarsi completamente nel suo oggetto, nel suo contenuto, nei suoi limiti, e perfino nel suo nome, in guisa tale da perdere la propria autonomia e individualità di scienza giuridica e da venir sostituita da una nuova, e più ampia, disciplina sociologica, nella quale essa rimarrebbe assorbita e confusa.

La produzione scientifica [...] va vagolante, dubbia di sé e dei suoi fini, par quasi ancora cercare se stessa. E così corrono oggi per le mani di tutti trattati e monografie e articoli, così detti di diritto penale, in vista di taluno dei quali c'è da domandarsi se una scienza che si chiama *diritto penale* sia o non sia una scienza giuridica. C'è dell'antropologia, della psicologia, della statistica, della sociologia, della filosofia, della politica: tutto, insomma, qualche volta, tranne che il *diritto* (138).

Quanto ai rapporti con le altre scienze sociali, occorre *non una separazione, ma una distinzione* della scienza giuridica penale dall'antropologia, dalla psicologia, dalla sociologia ed anche dalla filosofia del diritto e dalla politica criminale. Né si vuole, « proclamando tale distinzione, formalizzare lo studio del diritto penale, ridurlo ad una astrazione teorica, isolarlo dalla realtà naturale e sociale da cui germoglia; né questo punto è [...] il risultato necessario di quella distinzione » (139). Quel che Rocco vuole stabilire in via metodologica è che ogni scienza abbia *il suo oggetto e i suoi limiti*, e che nell'osservanza di essi proceda, secondo i propri principi, sulla via di una conoscenza che, integrata, farà crescere la scienza penale nel suo insieme. Nel suo ambito, la scienza del *diritto* penale avrà come compito

(137) Ar. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., pp. 499-500.

(138) Ivi, p. 499.

(139) Ivi, pp. 517-8.

lo studio della disciplina giuridica di quel fatto umano e sociale che si chiama delitto, e di quel fatto sociale e politico che si chiama pena, cioè lo studio delle norme giuridiche che vietano le azioni umane imputabili, ingiuste e dannose indirettamente produttive e rivelatrici di un pericolo per l'esistenza della società giuridicamente organizzata, e perciò lo studio del *diritto* e del *dovere giuridico soggettivo*, cioè del *rapporto giuridico penale* che da esse nasce in virtù di quelle norme. Questo studio è necessariamente uno studio *tecnico-giuridico*, perché altri *mezzi* non si hanno nella conoscenza scientifica del diritto, se non quelli forniti dalla *tecnica giuridica*.

Ma ciò non vuol dire — conclude — che il cultore del diritto penale non debba assumere talvolta la veste dell'antropologo, del psicologo e del sociologo; e neppure che in questo studio tecnico del diritto non si possa, e non si debba, anzi, seguire un metodo positivo e sperimentale. *Distinzione non è separazione, e tanto meno divorzio scientifico* ⁽¹⁴⁰⁾.

Simili intenzioni programmatiche sono difficilmente contestabili, se appena si tiene conto di quale fosse la situazione della scienza penale in quell'inizio di secolo. La tendenza liberale, che aveva prodotto il codice vent'anni prima, s'era ridotta a pochi vecchi venerandi (Pessina, Lucchini) che si trasformavano sempre di più nelle statue di se stessi. La scuola antropologica, già logoratissima da anni, era ora in mano ad epigoni impresentabili. Quel che restava della scuola positiva, guidata da un Ferri in continua involuzione politica, era sempre più inafferrabile scientificamente. Il socialismo giuridico era già naufragato proprio su quegli stessi scogli che Rocco cercava di segnalare nel tentativo di disegnare una nuova mappa che servisse — secondo il suo intendimento — a ricondurre in porto il diritto penale. La scena era occupata da eclettici come Bernardino Alimena o Emanuele Carnevale, da tradizionalisti come Cesare Civoli o Pasquale Tuozzi e da un uomo come Vincenzo Manzini, destinato a primeggiare, da lì a poco, e per decenni, nella penalistica italiana: mosso da una accorta vocazione 'centrista' egli era una sorta di *freelance* nel panorama dottrinale di quella fase non particolarmente vivace.

La situazione imponeva un aggiustamento di prospettive. Del resto, come accennavo, la linea di Arturo Rocco non si presentava — nelle intenzioni — come particolarmente 'eversiva'. Aveva una sua

⁽¹⁴⁰⁾ Ivi, p. 518 (l'ultimo corsivo è mio).

logica e molte giustificazioni, e poteva vantare precedenti, prodromi e avvii, nella stessa maturazione dottrinale che intanto avevano conosciuto gli ultimi eredi della penalistica civile, da Lucchini a Pozzolini, da Impallomeni a Florian. Egli stesso lo ricorda, con dovizia di citazioni, nelle lunghe note del suo scritto, dove tuttavia i riferimenti privilegiati vanno a Cesare Civoli e Vincenzo Manzini. D'altronde, la cosa non è passata inosservata agli storici del socialismo giuridico e della sua fase di crisi, che hanno individuato i segni di un'operazione di 'isolamento' del diritto penale e della sua 'formalizzazione' nel Florian del 1900; quelli di una ripresa della prospettiva 'tecnica' conseguente alla riscoperta della 'neutralità del diritto penale' nell'Impallomeni del 1905; quelli che fanno parlare Pozzolini, nel 1909, di *un nuovo diritto penale* ⁽¹⁴¹⁾. Si è compreso, scrive per esempio Pozzolini,

che altra cosa sono l'antropologia, la sociologia e la terapeutica criminale, ed altra cosa è il diritto penale. Si rifletté che mentre le sono scienze sociali e naturali, l'altra è scienza giuridica d'applicazione. Si osservò che se il diritto penale come fenomeno e prodotto sociale, è esso stesso oggetto di indagine sociologica, ha però dignità sua propria di scienza autonoma in quanto regola e disciplina mediante norme coattive i rapporti sociali ⁽¹⁴²⁾.

La svolta, quella che decreterà l'ostracismo alla scienza penale come scienza (giuridica) di alcuni aspetti dei rapporti sociali (già in quel momento, va detto, disertata, sfigurata e dispersa), col dichiararne eretici i presupposti, non mi pare possa essere riferita senza residui al Rocco del 1910. Egli 'svela', piuttosto, una realtà scientificamente latente.

Anzi, a me sembra di poter dire che Rocco imposta piuttosto

⁽¹⁴¹⁾ M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale*, cit., pp. 625 sgg. [t. II, pp. 884 sgg.]. Si veda anche F. COLAO, *Il delitto politico*, cit., pp. 132 sgg., 136 sgg.

⁽¹⁴²⁾ A. POZZOLINI, *Verso il nuovo diritto penale*, Prelezione letta a Pisa il 10 novembre 1908, Pisa 1908, p. 6. Bisogna dare atto ad Alfredo Pozzolini di avere largamente anticipato, nella struttura stessa del ragionamento e nella disposizione degli argomenti, le ragioni dell'appello sassarese di Arturo Rocco, dando atto a Rocco di non averlo neanche nominato, sia pure *en passant*, sia pure in una sola riga delle centinaia che ha dedicato alle accurate e minuziose note del suo lavoro.

correttamente, e in termini che appaiono ‘moderni’, il rapporto tra il diritto penale come scienza *giuridica* e le altre scienze sociali. Ciascuna si svilupperà nel suo ambito, convergendo con le altre sugli oggetti comuni di studio, recando ognuna il suo speciale apporto disciplinare, mettendo in opera i risultati e i metodi del suo specialismo. Inoltre, lo scienziato del diritto penale potrà-dovrà egli stesso, all’occorrenza, farsi protagonista di un approccio pluridisciplinare, servendosi « sussidiariamente del criterio filosofico o del criterio politico, quando spiega la ragion d’essere degli istituti giuridici penali nello Stato e nella società attuali e [...] procede alla ricerca di quel che il diritto penale positivo dovrebbe essere, ed elabora così le venture riforme legislative » (143). Rocco dice di non volere l’isolamento del diritto penale e dichiara di temerlo. Evoca il rischio che la sua proposta conduca ad un « vuoto, quanto pericoloso, formalismo che riduca la scienza ad un puro esercizio scolastico di astrazioni teoriche [e che ne nasca] un isolamento cellulare fra le varie scienze criminologiche, quanto mai gravido di nefaste conseguenze pratiche per la società civile »: nega tuttavia che questo sia il suo intendimento e che una simile prospettiva possa essere considerata, al di là delle sue intenzioni, una conseguenza necessaria di ciò che veniva proponendo.

Noi sappiamo che alcuni di quegli esiti, negati o scongiurati, ebbero effettivamente a realizzarsi. Sappiamo che il diritto penale avrebbe subito insieme una estraniamento dal contesto delle altre scienze della società e un asservimento agli scopi politici dello Stato

(143) AR. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., pp. 519-20. « O io m’inganno stranamente — scrive poco oltre, non senza qualche ragione — o la causa principale, se non addirittura unica, dei guai che oggidi nella scienza nostra si lamentano, dipende appunto dalla trascurata osservanza dei limiti che separano le varie scienze criminologiche, dall’avvenuta confusione dell’obbietto non solo, ma soprattutto della natura e dei fini rispettivi del diritto, della sociologia, della antropologia, della filosofia e della politica criminali ». È avvenuto anche qui — aggiunge, chiamando a testimone il massimo filosofo del socialismo giuridico — quel fenomeno, così acutamente rilevato da Icilio Vanni, per cui il « momento in cui una disciplina si mette per nuove vie e cerca di giovare di altre scienze venute progredendo intorno ad essa, le offre facile seduzione ad allargarsi illegittimamente oltre il campo suo proprio, perdendo i vantaggi della divisione del lavoro » (I. VANNI, *Il diritto nella totalità dei suoi rapporti e la ricerca oggettiva*, cit., p. 30).

totalitario. Ma non dobbiamo dimenticare la condizione miserevole in cui versavano, dopo le infatuazioni degli anni Settanta ed Ottanta, le scienze sociali alle quali il diritto penale aveva legato parte dei suoi destini. L'antropologia, la psichiatria e la psicologia criminale erano ridotte ad affare scientifico di direttori di manicomi (non tutti del rango di Morselli, per dire) e di mesmeristi di paese. La criminologia si confinava sempre di più nel culto ripetitivo delle 'intuizioni' lombrosiane. La statistica criminale arrancava lungo il sentiero tracciato da Luigi Bodio, avendo esaurito da tempo la sua scorta di proposte culturali. La medicina legale non aveva più maestri. Lo studio del rapporto tra economia e fenomeno criminale riposava ancora sulle tabelle che Ettore Fornasari di Verce continuava a sfornare con commovente assiduità. La sociologia, infine, quella generale e quella criminale, stavano subendo i colpi dell'idealismo trionfante, con il seguito di sconfitte e di ritardi che tutti conoscono fin troppo bene. C'è allora da domandarsi se il fallimento del proposito metodologico di non separare il diritto penale da tutto questo (che, in quanto metodologico, era un buon proposito) non sia stato, tutto sommato, un provvido fallimento.

Diverso è il discorso per quanto riguarda il rapporto che la scienza penale si trova ad avere con la società attraverso la mediazione politica. Non c'è dubbio che Rocco propugna con vigore la separazione del penale dal politico. E non c'è dubbio che una simile separazione, costituendo un tipico intervento politico, si limita a spostare il diritto penale da una soggezione all'altra: dalle « smodate tendenze riformatrici » alla ipostatizzazione della legislazione vigente come solo possibile oggetto della riflessione tecnico-giuridica. È da questo punto di vista che la convenzione che fa della prolusione sassarese di Arturo Rocco un 'punto di svolta' o un 'atto di nascita' può avere un suo fondamento. Ma occorre dire che Rocco si limita a disegnare alcune linee per un edificio che sarebbe stato costruito da altri. E non bisogna dimenticare che parte del materiale con cui quell'edificio sarebbe stato costruito era già rinvenibile negli arsenali della scuola positiva, in quelli delle correnti protocorporative del socialismo giuridico o nelle permanenti tentazioni autoritarie della penalistica d'ordine.

Non credo si possa dire, per esempio, che bersaglio principale della prolusione sassarese fossero prima di tutto il socialismo giuri-

dico e il clima culturale e politico in cui erano maturate le critiche agli aspetti più scopertamente classisti del diritto penale. Quella stagione era stata archiviata ormai dagli stessi giuristi socialisti che avevano cominciato a parlare, già dieci anni prima, di una 'nuova fase' del problema penale. Certo, Rocco deplora il ricorrente « abbandono alla sfrenata voluttà della critica legislativa e della riforma delle leggi penali vigenti, a una critica che, nelle sue smodate tendenze riformatrici, non trova, bene spesso, confini, che disconosce talora la legge, prima ancor di conoscerla, e che mira a scrollare dalle fondamenta quasi tutto l'edificio del diritto costituito »⁽¹⁴⁴⁾, ma quest'insofferenza non ha in vista soltanto il riformismo socialista, potendosi applicare anche alla linea della scuola positiva tradizionale che, sconfitta ai tempi del codice, continuava a perorare per l'applicazione legislativa delle sue 'nuove' teorie.

La civilistica penale. — Tutto questo non vuol dire che Arturo Rocco non abbia messo in campo questioni gravide di futuro per il diritto penale. Gravide di futuro, ma anche cariche di anni e di radici, nel contesto della cultura giuridica italiana e delle sue più recenti caratteristiche — basti pensare all'influenza della cultura giuridica tedesca.

Quella sua prolusione, *mutatis mutandis*, non è che una sorta di riedizione sassarese di quella che Orlando aveva tenuto venti anni prima a Palermo su *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*. Orlando chiedeva la separazione (non il divorzio) del diritto pubblico dalle altre scienze umane e sociali (filosofia, economia, politica, esegesi), la conservazione di un rapporto con esse, e la fine dell'era in cui « col pretesto di usufruire il necessario contributo di altre discipline si è imbastita una scienza di diritto pubblico come si farebbe per un mosaico, ravvicinando pezzetti di filosofia con pezzetti di storia, di politica, di economia, eccetera »⁽¹⁴⁵⁾. L'invocazione di Orlando (che andava dicendo cose simili ormai da tempo) può essere letta in parallelo con quella di Rocco (che avrebbe ripetuto cose simili per diversi anni)⁽¹⁴⁶⁾.

⁽¹⁴⁴⁾ AR. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., p. 499.

⁽¹⁴⁵⁾ V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici*, cit., p. 20.

⁽¹⁴⁶⁾ La più classica applicazione dei principi enunciati nel 1910 resta, per Arturo

il diritto pubblico si consideri, *nel modo stesso che il diritto privato*, come un complesso di *principi giuridici* sistematicamente coordinati [Orlando],

la scienza giuridica penale [sia ridotta] principalmente, se non esclusivamente, *come già per il diritto privato*, ad un sistema di *principi di diritto*, ad una teoria giuridica, ad una conoscenza scientifica della disciplina giuridica dei delitti e delle pene [Rocco].

È questo l'indirizzo così detto *tecnico-giuridico*, precisa Rocco, il solo indirizzo possibile in una scienza, appunto, *giuridica*, e per giunta di carattere speciale, quale quella che porta il nome di *scienza del diritto penale*. Il solo da cui ci si può aspettare una ricostituzione organica della debilitata compagine scientifica del diritto penale ⁽¹⁴⁷⁾.

Dopo vent'anni, nel diritto penale veniva programmaticamente invocata la stessa esigenza di autonomia che era stata avanzata per il diritto pubblico, prima in Germania, poi in Italia. Lo stesso tragitto — prima in Germania, poi in Italia — veniva compiuto anche dalla scienza penale. Entrambe finivano per cercare la propria identità peculiare nell'adozione di un modello esterno, quello fornito dal diritto civile: modello 'giuridico' per eccellenza, si diceva, e da decenni egemone, culturalmente ed accademicamente, nella scena giuridica italiana. Egemone al punto che si era imposto — almeno fra i penalisti a cavallo del secolo, ormai estraniati da quella centralità che aveva esaltato la funzione dei loro maestri — un vero e proprio senso di inadeguatezza, di incompletezza e quindi di inferiorità. Una condizione che sarebbe stata del tutto inimmaginabile, poniamo, per un Francesco Carrara.

Ecco allora anche nel campo della scienza giuridica penale, sia

Rocco il volume *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino 1913: « Questo libro — scrive Rocco nella *Prefazione* — vuol essere null'altro che un tentativo di costruzione *dogmatica* del diritto penale positivo vigente intorno al così detto *oggetto del reato*. Tutto ciò che ha riguardo, da un lato, all'*esegesi*, dall'altro alla *critica* della legge, resta fuori dal compito suo ». E Ugo Spirito, riportando questa proposizione, commenta che quel libro « è dunque quanto di più squisitamente tecnico-giuridico si possa immaginare » (U. SPIRITO, *Storia del diritto penale*, cit., ma 3^a ed., Firenze 1974, pp. 194-5).

⁽¹⁴⁷⁾ AR. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., p. 506.

pure con il ritardo delle scelte pedissequae, l'invocazione dei principi e dei dogmi, l'imitazione dei tedeschi, l'insoddisfazione per le proprie radici scientifiche, 'politiche' e giuridiche (ma non abbastanza *tecnico*-giuridiche): con l'intento di rinnovare la scienza, ma forse anche nella speranza di sembrare altrettanto giuristi quanto i colleghi civilisti della porta accanto.

Una *civilistica penale*, dunque, risultato della trasposizione nel campo penalistico dei metodi d'analisi, dei principi regolatori, dei sistemi classificatori, delle categorie esegetiche, della sintassi e della logica proprie, da secoli, del diritto privato.

Il percorso è quello tradizionale. Si inizia con l'*esegesi* dei testi legislativi, corredata delle metodologie ermeneutiche tipiche (e consentite) nel campo del diritto penale. Si prosegue con la ricerca *dogmaticamente* descrittiva ed espositiva dei *principi fondamentali* del diritto positivo nella loro logica e *sistematica* coordinazione: un inventario dei concetti giuridici penali fondamentali, in buona sostanza, sistematicamente ordinati. Si finisce con la *critica*: fondata su logiche deduzioni, essa mette in evidenza disparità, antinomie e disarmonie esistenti tra gli istituti del diritto vigente, e può proporre di modificarne la disciplina o di abolirne l'esistenza giuridica. A tutto questo, che principalmente si basa sul metodo della deduzione, va unito l'uso dell'*induzione sperimentale*, attraverso la quale, applicando un « metodo veramente e sanamente positivo », il diritto può essere arricchito ai fini scientifici con l'antropologia, la sociologia, la storia, e con il diritto comparato. Ricordando sempre che « queste sono le fonti della conoscenza scientifica del diritto, e non del diritto » (148).

Nel 1920, dando inizio alla pubblicazione della seconda edizione del suo *Trattato di diritto penale italiano* (149), Vincenzo

(148) Ivi, pp. 562 sgg., 581.

(149) La seconda edizione del *Trattato* di Manzini esce presso la Utet, a Torino, dal 1920 al 1923, in 10 volumi. E già nel primo i principi del nuovo indirizzo vengono messi a fondamento dell'impianto generale. Manzini regola i conti dei rapporti tra diritto penale e filosofia, antropologia, sociologia, economia, morale, politica. Passa poi alle altre discipline che possono avere a che fare col diritto penale (la logica, la storia, la legislazione comparata, la criminalistica, la psicologia criminale), per chiudere — dopo una sintetica illustrazione della concezione tecnico-giuridica del diritto penale — con i « Rapporti differenziali e integrali fra il diritto penale e gli altri ordinamenti giuridici ».

Manzini consacrava il nuovo indirizzo, conferendogli una posizione egemonica che avrebbe saldamente tenuto — malgrado i tempi non facili che gli sarebbe toccato di attraversare — fino alle soglie dei giorni nostri.

10. *Il diritto penale dello Stato totalitario.*

La lezione tecnico-giuridica entrò abbastanza in profondità nella scienza giuridica italiana. Arturo Rocco, Vincenzo Manzini, Eduardo Massari, Biagio Petrocelli, gli stessi Francesco Antolisei e Giacomo Delitala, in gradi, stili e tempi diversi, la svilupparono e la diffusero.

Certo, si può ben dire che, per la sua stessa natura, e per la vocazione programmatica che l'aveva segnata sin dalle sue origini, il tecnicismo non frappose ostacoli all'avvento di una legislazione come quella che si sarebbe espressa nella parentesi del *progetto Ferri* e poi nel codice penale fascista del 1930. Ma non sarebbe convincente neanche l'affermazione di un nesso logico-politico, o, peggio, di un rapporto di filiazione tra la civilistica penale e l'ideologia repressiva dello Stato totalitario.

L'esercizio della « sapienza dogmatica, della capacità sistematica e del rigore costruttivo » (uso parole di Giovanni Conso) non furono certo un male in sé. Il problema stava, semmai, in uno dei complementi (subìto? scontato? voluto?) di quell'esercizio: l'avulsione del diritto penale dal contesto degli altri saperi politici e l'allontanamento dei penalisti dal ruolo, che era stato storicamente il loro, della testimonianza politica e civile in favore delle garanzie e delle libertà. Stava, cioè, nella politicità — di regola conservatrice e d'ordine — del dichiaratamente apolitico: ma, è stato osservato, « il metodo tecnico-giuridico non ha attenzione alle questioni applicative né a quelle epistemologiche e, quindi, è più che restio ad interrogarsi su se stesso e sul ruolo, anche ideologico, che esso svolge » ⁽¹⁵⁰⁾.

Qualcuno potrebbe richiamare, a giustificazione di quei giuristi,

⁽¹⁵⁰⁾ P. PIAENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica sicurezza*, in « *Politica del diritto* », X, 1979, fasc. 3, p. 269.

le miserande condizioni in cui versavano in Italia negli anni Venti e Trenta gli altri saperi politici. Potrebbe quindi concludere che la relativa impermeabilità del diritto penale (non della legislazione) rispetto all'antropologia fascista, alla teoria economica corporativa, autarchica e isolazionista, alle teorie della razza, al nazionalismo o al colonialismo fu, per certi versi, il frutto paradossale, e perciò commestibile, di un albero che quanto a sé era perverso. Potrebbe infine ripeterci, come in effetti si disse all'indomani della Liberazione⁽¹⁵¹⁾, che il tecnicismo aveva rappresentato per alcuni una linea di autotutela e difesa, un punto di resistenza, un rifugio, una possibilità di nicodemismo. Talora, potrebbe aggiungere, esso fornì il mezzo per conservare un minimo di legalità di fronte alle deliranti proposizioni di coloro che pensavano di stravolgere perfino il codice Rocco, per introdurvi novità del genere di quella pensata da Giuseppe Maggiore a proposito del principio di legalità⁽¹⁵²⁾. E che dire,

⁽¹⁵¹⁾ Sui problemi legislativi presentatisi all'indomani della Liberazione e sul dibattito scientifico-politico che si accese allora, rinvio al saggio informato e intelligente P. PIAENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica sicurezza*, cit., pp. 261-317.

⁽¹⁵²⁾ G. MAGGIORE, *Diritto penale autoritario nello Stato totalitario*, in « Rivista italiana di diritto penale », 1939, pp. 140 sgg. aveva proposto la seguente nuova formulazione del principio di legalità: « È reato ogni fatto espressamente previsto come reato dalla legge penale e represso con una pena da essa stabilita. È altresì reato ogni fatto che offende l'autorità dello Stato ed è meritevole di pena secondo lo spirito della rivoluzione fascista e la volontà del Duce, unico interprete della volontà del popolo italiano. Tale fatto, ove non previsto da una precisa norma penale, è punito in forza di una disposizione analoga » (cito da G. NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche*, cit., p. 674). A lui rispose B. PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*, Prolusione napoletana del 13 gennaio 1941, pubblicata nella « Rivista italiana di diritto penale » del 1941, e poi nei *Saggi di diritto penale*, Padova 1952, pp. 341-64 (da cui cito), fondandosi principalmente sulla necessità di mantenere il principio di legalità e quello della certezza del diritto, che, « posto come principio supremo l'autorità dello Stato [...] è la maggiore manifestazione della sua potenza. Certezza del diritto vuol dire soprattutto certezza del comando, e quindi certezza del manifestarsi dell'autorità dello Stato » (p. 359).

Questi argomenti, ed a altri ancora (come quello che affida ai giudici il compito di allargare il campo delle fattispecie con un processo di individuazione « umano, etico, sociale »), presi di per sé legittimano perfettamente il giudizio di connivenza con l'ideologia totalitaria che Neppi Modona ne dà (« La saldatura tra stato autoritario e funzione ideologico-politica del tecnicismo giuridico è qui dimostrata in modo inoppu-

anche se diversi erano i tempi, il contesto e la posta in gioco, della decisione di uomini come Carnevale e Stoppato di non condividere l'impresa di mettere in vigore un codice come quello progettato da Ferri nel 1919? ⁽¹⁵³⁾

Dal progetto Ferri al Codice Rocco. — Il 14 settembre 1919 il guardasigilli Ludovico Mortara costituiva con decreto una commissione, guidata da Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, con il compito riformare le leggi penali « in armonia ai principi e ai metodi razionali della difesa della società contro il delitto in genere », al fine di realizzare « un più efficace e sicuro presidio contro la delinquenza abituale ». Era finalmente giunto il momento della scuola positiva. Nel trentennale del codice Zanardelli, arrivato *troppo presto*, i superstiti della scuola non si rendevano conto di essere arrivati *troppo tardi*. L'esperimento fu avviato sulla base di un regio decreto che segnava punto per punto gli obiettivi da raggiungere, tutti mirati sulle categorie dei delinquenti (i pericolosi, i minorenni, quelli « non contemplati nel codice penale »), sul modo di punirli o renderli inoffensivi, sulle condizioni di punibilità, sull'opportunità di conservare istituti come la liberazione condizionale. « Potrà inoltre la Commissione fare proposte sopra ogni altra parte della legislazione vigente, la cui riforma si reputi necessaria per meglio attuare la difesa

gnabile da uno dei principali protagonisti della cultura penale del periodo fascista e degli anni successivi alla caduta del regime »). Ma lo storico non può escludere che quel linguaggio fosse condizionato dal quadro ideologico e politico in cui Petrocelli si muoveva, e fosse magari il solo che potesse farlo comunicare con Maggiore e con il loro comune uditorio. La certezza del diritto, il principio di legalità, sono storicamente e concettualmente una cosa ben diversa da quella affermata da Petrocelli, e io sono certo che Petrocelli lo sapesse benissimo. Il guaio è che in quel momento lui stava parlando a Giuseppe Maggiore e a tutta la genia dei fascistizzatori del diritto penale, che temo non avrebbero capito gran che di una lezione di liberalismo garantista, e dio sa se si sarebbero fermati. Del resto, non è senza significato che nella prima parte della sua *Prolusione* Petrocelli, che userà poi gli argomenti del tecnicismo, pronuncia più di una 'eresia' tecnicista in materia di rapporti tra diritto e politica: perché quello era il problema del momento, e da lì veniva una 'nuova crisi della scienza giuridica'. Dal momento che il diritto era il diritto penale e la politica era quella del fascismo ancor più incolto e becero della fine degli anni Trenta.

⁽¹⁵³⁾ Cfr. « Rivista Penale », 90, XLV, 1919, p. 553.

sociale contro la delinquenza in genere e contro quella abituale in particolare » (154).

Il lavoro fu febbrile e i risultati arrivarono in poco più di un anno, nel gennaio del 1921. Tutti i principali assunti della scuola positiva vennero codificati, e bisogna ammettere che, tradotte in norme di legge e viste come articoli di un codice, le proposizioni scientifiche che nei libri si leggono con relativa tranquillità, finiscono per dare un'impressione tutt'affatto differente. Un conto è discutere sull'esistenza del libero arbitrio, un conto è sancire per legge la responsabilità legale o sociale di tutti i soggetti per i fatti da loro commessi che risultino conformi al modello legale di un reato. Non c'è più distinzione tra imputabili e non imputabili, e tutto si riduce a calcolare la pericolosità del soggetto desumendola dagli indizi offerti dal suo comportamento oggettivo. Le pene sono a tempo indeterminato: il giudice le irrognerà per il tempo che serve, poi si vedrà se il 'quanto serve' è anche 'quanto basta'. Il trattamento penale può essere individualizzato.

Sempre per difendersi dalla pericolosità dei delinquenti, nel tentativo « veniva abolita la distinzione tra delitto tentato e delitto mancato e si ammetteva la possibilità di applicare la stessa pena che per il delitto consumato ». Nel concorso di persone nel reato « veniva parificata la responsabilità di tutti i compartecipi materiali o morali a quella degli autori principali » (155). Le antiche discussioni sulla *adequazione delle pene*, svolte a beneficio della civiltà e per contenere i principi tirannici che ispiravano leggi e prassi negli antichi regimi, si sarebbero dovute ricominciare da capo.

Era il 1921, dicevo. Non c'è bisogno certo di dire che cosa stava intanto succedendo e maturando nel paese. Al Progetto Ferri non fu data neanche l'occasione di una prima verifica parlamentare. Si sarebbe limitato ad entrare nella storia della legislazione penale italiana

(154) La commissione era composta da Ferri, presidente, da Garofalo, presidente supplente, e poi da giuristi come Berenini, Stoppato, Carnevale e Florian, da medici (Lustig, De Sanctis, Ferrari e Ottolenghi) e da magistrati e funzionari (Setti, Alberici, Majetti, De Notaristefani). Enrico De Nicola rappresentava gli avvocati. Il testo del r.d. 14 settembre 1919, n. 1724 è riprodotto per la parte che importa (e salacemente commentato) in « Rivista Penale », 90, XLV, 1919, pp. 382-91.

(155) Cfr. G. VASSALLI, voce *Codice penale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Milano 1960, p. 270.

(o meglio, in quella degli esiti infelici e tardivi della sua scuola) facendo molto scrivere e molto discutere per qualche anno ancora. Poi, dopo i suoi *trois petits bonds*, avrebbe lasciato il campo a ben altro.

Dal 5 al 9 ottobre del 1932, nell'« Ottobre del Decennale », il Sindacato nazionale fascista degli avvocati e dei procuratori celebra a Roma il I Congresso giuridico italiano. Accanto a Mariano D'Amelio, che apre le relazioni, il meglio dell'intellettualità giuridica del momento sale alla tribuna. Sergio Panunzio, Carlo Costamagna, Filippo Vassalli, Cesare Vivante, Silvio Longhi. Il compito di illustrare *Le riforme fasciste nel campo del diritto e della procedura penale* viene assegnato ad Ugo Aloisi: un giurista di rango minore che supplisce col fervore della fede politica a qualche debolezza di dottrina. Il suo discorso ⁽¹⁵⁶⁾ percorre punto per punto tutto quanto c'è nel codice Rocco (entrato in vigore poco più di un anno prima, il 1° luglio 1931) di autenticamente fascista: quasi una rassegna di ciò che mancava, o che, essendoci, era stato soppresso, nel codice Zanardelli di quarant'anni prima.

Innanzitutto la protezione della *personalità dello Stato*. Il feticismo per il dogma della libertà individuale, dice Aloisi, frainteso nelle sue esagerazioni demagogiche, sembrava dover legittimare ogni attività del cittadino, anche se in aperto contrasto con gli interessi dello Stato. Tutto questo non è più ammissibile. Il codice protegge, con la necessaria severità, il prestigio e la sicurezza della patria, i segreti politici e militari, l'onore dell'Italia all'estero: « Dopo aver difeso la sua esistenza e le condizioni del suo progredire, lo Stato passa in tal modo a difendere il suo prestigio all'estero, oggi compromesso da quei rinnegati i quali non esitano ad anteporre agli interessi della Patria il loro bieco livore di parte ». Uguale vigilanza occorre verso tutte le associazioni, e in particolare verso quelle sovversive, perché « l'agnosticismo di altri tempi [...] non è più possibile in un regime totalitario, anche e soprattutto nella propria difesa, quale è quello fascista ». Il trattamento di queste associazioni, chiarisce Aloisi, « si ricollega all'indirizzo seguito dal fascismo nel regolare i rapporti tra capitale e lavoro ». Inutile dire che Aloisi prosegue sottolineando l'importanza delle norme che tutelano la

⁽¹⁵⁶⁾ U. ALOISI, *Le riforme fasciste nel campo del diritto e della procedura penale*, in *Atti del I Congresso Giuridico Italiano*, I, *Le Relazioni*, Roma 1932, pp. 257-89.

figura e la persona del *Capo del governo*, che puniscono severamente il *vilipendio della Nazione*, che incriminano il *consciuis* di un delitto contro lo Stato, introducendo il *crimen silentii* nel sistema dei reati politici. Il codice punisce anche i reati commessi all'estero dal non suddito, quando si tratti della difesa dello Stato, e segue quella regola della giustizia degli Stati che considera « un evidente assurdo logico il divieto di estradizione per i reati politici ».

Un sistema pensato esclusivamente *contra reum*, denso, ampio, articolato, ossessionato dal 'nemico dello Stato', timoroso di non essere abbastanza occhiuto, abbastanza severo. Sarebbe troppo lungo affrontarlo e descriverlo per intero ⁽¹⁵⁷⁾, e del resto neanche Aloisi lo fa. Passa all'esame, ma si direbbe meglio all'elogio, degli altri capisaldi fascisti della recente codificazione. La *protezione della religione dello Stato*, condizione primaria per la rigenerazione nazionale attraverso il rinvigorismento di tutti i valori morali del popolo. La *protezione dell'economia pubblica*, « per sostenere vittoriosamente la concorrenza degli altri Stati [...], per progredire verso quel maggiore benessere materiale che è condizione prima dell'elevazione morale del Paese; perché la forza politica di uno Stato è intimamente collegata con la sua potenza economica ». Quest'ultimo insegnamento, ammonisce, ci è stato tramandato dalla guerra. La *protezione della integrità e della sanità della stirpe*, che impone, abbandonando l'agnosticismo proprio dei regimi liberali, di punire le contaminazioni sessuali e di apprestare i mezzi di lotta propri della legge penale contro l'alcolismo e l'abuso degli stupefacenti, non escludendo né diminuendo l'imputabilità di coloro che commettono delitti in stato di ebbrezza o di eccitazione. Da ultimo, la *protezione della famiglia*, « cellula primordiale della potenza dello Stato. [Essa], quale elemento di conservazione per eccellenza, è la prima base della sicurezza interna dello Stato: per la sua vitalità di espansione ne accresce la potenza militare e politica ».

Aloisi è soltanto un ripetitore. Nel suo discorso si mescolano insieme la propaganda del regime ed una versione metà rozza, metà *outspoken* delle enunciazioni strategiche di Alfredo Rocco. Ma le linee della politica penale dello Stato totalitario, anche se involgarite dalle tinte forti e dal tono roboante, ci sono tutte.

⁽¹⁵⁷⁾ Lo ha affrontato e descritto con ampiezza F. COLAO, *Il delitto politico*, cit., pp. 283 sgg.

In pochi anni, il guardasigilli Alfredo Rocco aveva realizzato una trasformazione radicale dell'intero ordinamento punitivo italiano, razionalizzandolo e coordinandolo secondo un disegno che era prima di tutto politico, ma che certo non trascurava gli aspetti tecnici dell'operazione. Dagli inizi del 1925 alla fine del 1930 tutto il lavoro venne svolto e alla data del 1° luglio 1931 entravano in vigore, tutti insieme e opportunamente coordinati, il codice penale, quello di procedura penale, le disposizioni di coordinamento, le norme transitorie e di attuazione, un nuovo testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, il nuovo regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena, le nuove regole per il casellario giudiziale e un ulteriore corredo di leggi in materia contravvenzionale, e penale finanziaria. Un edificio coerente, provvisto di una sua solidità, destinato, come ormai ben sappiamo, a durare molto a lungo.

Non erano tuttavia quelli i primi interventi del fascismo nella materia. Fin dal 1926 era in funzione il Tribunale speciale per la difesa dello Stato, e la pena di morte, rientrata trionfalmente nel codice del 1930 per numerosi reati comuni, era già operante per molti delitti politici fin dall'epoca della crisi Matteotti, introdotta dalle leggi che erano state dette 'fascistissime'. Il fascismo non trascurò, dunque, il valore strumentale che il diritto penale poteva rivestire per la sua politica: ne fece un momento non secondario per la repressione del dissenso e per la cattura del consenso, rivalutandone paradossalmente proprio quegli aspetti che alcuni giuristi, tra quelli che al fascismo avrebbero dato adesione e collaborazione, si erano impegnati a negare o ad escludere. Ed è probabile che la vocazione poligamica del tecnicismo giuridico, che può sposarsi o convivere con qualsiasi regime politico e qualsiasi sistema legislativo, abbia consentito ad Arturo Rocco di avere parte larghissima nella preparazione del codice che prese il nome di suo fratello Alfredo, dopo aver avuto un ruolo decisivo nel 'depoliticizzare' la scienza giuridica penale italiana mentre era ancora in auge il riformismo giolittiano.

Non mi tratterò ancora sul codice penale del fascismo ⁽¹⁵⁸⁾ che,

⁽¹⁵⁸⁾ Una sintesi recente, molto ben fatta, lucida e intelligente è quella di E. DOLCINI, *Codice penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. II, Torino 1988, pp. 277 sgg.

pur con le trasformazioni subite per opera del parlamento, della Corte costituzionale, della giurisprudenza e persino della desuetudine, è ancora oggi il codice penale in vigore nella Repubblica italiana: « Un complesso normativo imponente — ha scritto Giuliano Vassalli — a prescindere dai giudizi che possono darsi sul suo contenuto ». Un complesso normativo eclettico quanto agli orientamenti culturali penali, politicamente intriso di ideologia autoritaria (anche nelle parti che non mostrano apertamente i caratteri del programma politico del fascismo), tecnicamente robusto. Tale, però, da creare un permanente conflitto — anche al di fuori della valutazione strettamente politica — con gli orientamenti penalistici maturati nell'Italia di questi ultimi decenni. Paolo Piasenza ha ben ricostruito la polemica aperta da alcuni penalisti (Delogu, Leone, Pannain) che nel dopoguerra portò al suo mantenimento ⁽¹⁵⁹⁾ (« un monologo con nemici inesistenti », scrive Piasenza, più che una vera polemica). Il problema venne posto, e poi, di quando in quando, risollevato — specialmente dalla forze della sinistra — in occasione di casi clamorosi o in situazioni di forte tensione politica nelle quali il codice Rocco tornava a fare da protagonista nella repressione del dissenso politico o negli scontri sindacali. Poi, una lunga stagione di silenzi, interrotti soltanto dalle occasioni commemorative. Anche se non posso fare a meno di annotare che oggi, 25 ottobre 1989, mentre scrivo le ultime pagine di questo saggio, vige da poche ore il nuovo codice di procedura penale, il primo che la Repubblica sia stata capace di darsi in quasi cinquant'anni.

⁽¹⁵⁹⁾ « Lo schema interpretativo si riduceva sostanzialmente a questo: il codice penale Rocco non è un codice totalitario perché formato da giuristi liberali e sulla base di esigenze maturate in quell'epoca, caratterizzata da garanzie democratiche, tutte sostanzialmente conservate nella legislazione del '30, salvo qualche istituto facilmente modificabile » (P. PIASENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato*, cit., p. 270).

CARATTERI ORIGINARI E TRATTI PERMANENTI DEL SISTEMA PENALE ITALIANO (1860-1990)

1. L'impronta delle origini. — 1.1. Sotto il segno dell'emergenza. — 1.2. Un duplice livello di legalità. — 1.3. Evidenza e centralità del problema penale nella vita politica italiana. — 1.4. L'impegno civile dei penalisti. — 2. La vicenda penale dell'Italia unita. — 2.1. La bufera dottrinale degli anni Ottanta. — 2.2. Un conflitto fuorviante dentro una funzione concorrente. — 2.3. Il codice penale del 1889 e lo sviluppo del diritto penale in Italia. — 3. La crisi della cultura penalistica a cavallo del secolo. — 3.1. Il diritto penale tra ingiustizie sociali e pubbliche libertà. — 3.2. La cultura penale italiana agli inizi del ventesimo secolo. — 4. Un 'nuovo diritto penale' nel nuovo diritto pubblico. — 4.1. Segnare i confini del diritto penale. — 4.2. Il diritto penale dello Stato e il paradigma civilistico. — 5. Il diritto penale durante il regime fascista. — 5.1. Continuità di caratteri, discontinuità ideologica. — 5.2. «Paura della differenza, disprezzo per i deboli». — 6. Il diritto penale nell'Italia repubblicana. — 6.1. Continuità di caratteri nella discontinuità costituzionale. — 6.2. Un arcipelago normativo. — 6.3. Il ritorno della penalistica civile. — 6.4. L'ipertrofia del sistema penale.

Il sistema penale italiano si sviluppa dentro una lunga storia di coerenza e continuità. Sottoposto ad una chiave di lettura che tenga unite le sue diverse fasi, piuttosto che separarle o scandirle secondo articolazioni scolastiche tralattizie e ormai trite, esso mostra una sostanziale unitarietà. Ci sono *costanti* nel modo del suo sviluppo e *caratteri originari*, acquisiti fin dai primi decenni che seguirono all'Unità, che hanno impresso su di esso alcuni *tratti permanenti* capaci di dettare ancora oggi la cifra di lettura storica utile per ricostruirne correttamente l'evoluzione.

Questo scritto vuole ripercorrere gli aspetti salienti dell'esperienza penalistica italiana lungo centotrent'anni di vita unitaria, mostrando come la vicenda storica di questo Paese abbia modellato un sistema penale dai lineamenti riconoscibili e ormai stabilmente acquisiti. Dirò subito a cosa penso, indicando quelle che sembrano

le componenti strutturali, storicamente stratificate, del modo d'essere dell'ordinamento penale italiano. Riprenderò poi più in là l'analisi diacronica delle singole questioni che innervano e sostengono lo sviluppo della questione penale dagli anni Sessanta del secolo scorso fino agli Ottanta di questo.

1. *L'impronta delle origini.*

1.1. *Sotto il segno dell'emergenza.*

Il Regno d'Italia nasce sotto il segno di una mortale emergenza. L'insurrezione di una parte delle popolazioni meridionali mette in pericolo da subito, ed in modo assai serio, l'unità dello Stato appena realizzata, e getta drammaticamente il Regno appena proclamato in una difficilissima condizione politica ed istituzionale. Il modo in cui quella classe dirigente reagì, sul piano normativo e su quello delle pratiche di giustizia, impresse indelebilmente nel sistema penale italiano un segno che si sarebbe rivelato praticamente incancellabile: un imprint originario destinato a durare e a colorare di sé la politica penale dello Stato lungo l'intero arco della sua esistenza: una costituzione materiale penale si sarebbe affiancata stabilmente a quella formale, finendo per metterla sovente in ombra, o perfino per soppiantarla, quando le condizioni politiche sarebbero state tali da consentirle o addirittura pretenderlo. L'affermazione non sembra enfatica. In ragione di quella emergenza ⁽¹⁾, si dette vita ad una legislazione eccezionale ⁽²⁾, dalla quale pullularono, su di un terreno

⁽¹⁾ Non mi fermo sui limiti e sulle inadeguatezze, sulle buone ragioni e sui cattivi calcoli che condussero governo, Parlamento e classe dirigente a ridurre la risposta istituzionale al solo versante della legge, dell'ordine e della mano militare. Posso rinviare, oltre che al classico studio di F. MOLFESE, *Storia del brigantaggio dopo l'Unità*, Milano 1964, alla buona sintesi di D. ADORNI, *Il brigantaggio*, in L. VIOLANTE (a cura di), *La criminalità*, vol. XII di *Storia d'Italia. Annali*, Torino, 1997, pp. 282-319, che pur tiene in ombra le conseguenze che quella vicenda ebbe sul sistema punitivo del Regno appena nato.

⁽²⁾ La legge Pica, del 15 agosto 1863, introdusse per la prima volta nel sistema punitivo italiano alcuni istituti e diversi principi che poi, perpetuatisi con il passaggio in successive leggi di pubblica sicurezza e quindi nei numerosi testi unici che si susseguirono dagli anni Settanta in poi, mutati di nome e adeguati nei contenuti, restarono

peraltro già preparato ad accoglierli ⁽³⁾, prassi e principî che si installarono permanentemente nell'ordinamento penale ⁽⁴⁾, con il fine di prevenire l'ordinario e di fronteggiare l'emergente.

nell'ordinamento arrivando, in alcuni casi, fino ai giorni nostri. I tribunali militari di guerra vennero incaricati di applicare le norme penali straordinarie introdotte dalla legge (per i « briganti » colti con le armi in pugno si prevedeva la morte, mentre si promettevano diminuzioni di pena a quelli che si fossero spontaneamente presentati alle autorità). La giustizia militare era stata individuata come la più garantita delle giustizie rapide, ma quella rapidità fu troppo spesso trasformata in sommarietà. I militari giudicavano sovente con la costituzione di un tribunale straordinario sul posto: senza assicurare alcuna difesa agli accusati, spesso senza attenersi al rito, eludendo così il principio che voleva che ci si riferisse ad un vero tribunale di guerra. La legge dava poi al governo la facoltà di assegnare, per non più di un anno, un domicilio coatto agli oziosi, vagabondi, sospetti, camorristi e manutengoli, introducendo così nell'ordinamento un istituto che vi sarebbe restato a lungo, sia pure con i diversi nomi di confino di polizia o di soggiorno obbligato.

⁽³⁾ Seguendo un vento che veniva dalla Francia, il Regno Sardo piemontese aveva già introdotto nel 1852, e poi prorogato, una legge provvisoria che puniva i sudditi privi di un lavoro, di un tetto o di qualche risorsa per vivere ogni giorno (oziosi, vagabondi, mendicanti ed altre persone sospette), in omaggio ad un'aperta concezione soggettivista e sostanzialistica della devianza quale condizione personale e sociale (così L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989, p. 818, che discute nelle pagine successive la lunga sequela delle leggi di prevenzione prodotte sul terreno dell'ordine pubblico, dall'Unità fino ai nostri anni Ottanta).

⁽⁴⁾ C'è da dire che la cultura giuridica italiana venne colta impreparata dalla vicenda legislativa innescata dall'emergenza meridionale. Non solo perché in quella fase i penalisti, provenienti da esperienze disparate, in gran parte giovani in via di costruirsi un'autorevolezza che ancora non possedevano, dispersi in sedi universitarie alle quali accedevano per la prima volta, non erano oggettivamente in grado di far sentire la loro voce; ma anche perché i più autorevoli tra i giuristi che avevano fatto del penale terreno di battaglia civile nelle loro esperienze preunitarie (penso a Pasquale Stanislao Mancini, Enrico Pessina, Raffaele Conforti, Giuseppe Pisanelli) si trovarono coinvolti in responsabilità parlamentari e di governo che li condizionarono fortemente: essi temevano seriamente per la sopravvivenza stessa del Regno appena nato, che era effettivamente e gravemente minacciata. Pensavano, di conseguenza, che una tale emergenza potesse giustificare ciò che si stava facendo, e che non ci fossero altre vie da seguire. Altri, come Francesco Carrara, erano portatori di un dissenso che non intendevano apertamente manifestare, nella convinzione di non dover intralciare una risposta che andava pur data e nella speranza che i cruciali confini della legalità costituzionale non sarebbero stati varcati. Sul significativo atteggiamento di Carrara, chi volesse potrebbe far riferimento a M. SBRICCOLI, *Politica e giustizia in Francesco Carrara*, in AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte. Atti del Convegno internazionale, Lucca-Pisa, 2-5 giugno 1988*, Milano 1991, pp. 441-49 [t., pp. 483-90].

In primo luogo il principio stesso della legge d'eccezione, che, in ragione di un sopraggiunto stato di necessità e di pericolo (come si comprende, non c'è differenza, per questi effetti, tra un pericolo reale ed un pericolo creduto), e sia pure per un tempo determinato, consente di stravolgere scale penali, aggravare procedure, sospendere o comprimere garanzie, varcando i limiti della legalità costituzionale. Procedure speciali, penalità aggravate, norme straordinarie costellano l'esperienza penalistica italiana e si impongono come una delle sue stabili peculiarità, così come lungamente si sono usate indulgenza o noncuranza nei confronti di pratiche abusive o illegali di apparati pubblici, per la sola ragione che esse venivano applicate a soggetti ritenuti pericolosi, sospetti o magari colpevoli, ma senza che se ne fosse potuta provare la responsabilità.

Quale stabile complemento legato alla legislazione di emergenza, anch'esso per così dire incistato à jamais nell'ordinamento punitivo del Regno in occasione dell'insurrezione meridionale (e poi ereditato dalla Repubblica), va aggiunto quello che potrebbe essere chiamato il paradosso del fallimento della legislazione d'emergenza, in forza del quale le leggi eccezionali, di regola introdotte in via provvisoria, vengono di regola prorogate o rinnovate per la sorprendente ragione che il problema per il quale erano state pensate è rimasto irrisolto. Il loro scacco è la giustificazione della loro conferma. Ed è norma che anche una volta uscite di vigore esse lascino nell'ordinamento pesante traccia di sé, introducendovi principi destinati a durare ed a perpetuarne lo strumentario, quando non lo spirito.

1.2. *Un duplice livello di legalità.*

Entra così nell'ordinamento, frutto quasi di una ineluttabile fisiologia, un *duplice livello di legalità*. L'emergenza legittima la *prevenzione* e la prevenzione si vale soprattutto del *sospetto*; la libertà dei sospettati, dei 'pericolosi', dei *disturbers*, può essere costretta o diminuita con l'uso di *istituti di polizia preventiva* ⁽⁵⁾,

⁽⁵⁾ Com'è noto, si trattava di istituti a carattere principalmente amministrativo, provvisti di un marginale grado di giurisdizionalità, peraltro cresciuto nel tempo,

con pratiche arbitrarie e con abusi tollerati. Alla polizia vengono affidate estese funzioni di prevenzione e di 'governo delle classi pericolose', che essa svolge rispondendo a logiche sue proprie, con amplissimi margini di discrezionalità, nell'ambito dell'agire amministrativo ⁽⁶⁾, senza considerazione dei principî di stretta legalità e di stretta giurisdizionalità. Tra gli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso prende forma un sistema di controllo dalla triplice valenza (severa protezione delle proprietà private ⁽⁷⁾,

disciplinati nella legge di pubblica sicurezza ed impiegati a fini di oppressione e prevenzione nei confronti — agli inizi — di oziosi, vagabondi, mendicanti, pregiudicati per reati contro la proprietà, poi sempre più estesi ad altre categorie di soggetti ritenuti a vario titolo sospetti o pericolosi. L'ammonizione, che veniva da molto lontano ed era già presente nell'ordinamento sardo piemontese, la sorveglianza speciale ed il domicilio coatto, introdotto con la legge Pica del 1863, erano i principali. Si può notare che, con trasformazioni successive che non sempre ne hanno attenuato il carattere puramente amministrativo o il potenziale uso arbitrario, questi istituti hanno protratto la loro (peraltro sostanzialmente inutile) esistenza fino alla metà degli anni Cinquanta di questo secolo. Di una presenza costante di misure personali *praeter delictum* nel sistema giuridico italiano, e di un loro ruolo centrale nella storia del nostro sistema repressivo parla D. PETRINI, *Il sistema di prevenzione personale tra controllo sociale ed emarginazione*, in L. VIOLANTE (a cura di), *La criminalità* cit., pp. 893-94. Ma si veda anche ID., *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli 1996.

⁽⁶⁾ Una accurata analisi di questi aspetti, sul filo dei rapporti tra diritto pubblico e tutela dei diritti, sta nel classico studio di G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano 1967. Una adeguata valutazione storica si troverà in J.A. DAVIS, *Conflict and Control. Law and Order in 19th Century Italy*, London 1988 (trad. it. di G. GARAVAGLIA, *Legge e ordine. Autorità e conflitti nell'Italia dell'Ottocento*, Milano 1989), e in J.R. BACH, *Liberty and Order. The Theory and Practice of Italian Public Security Policy 1848 to the Crisis of 1890*, London, 1991.

⁽⁷⁾ È soprattutto negli anni Settanta, a partire dalla legge 6 luglio 1871, che la legislazione di pubblica sicurezza conosce una serie numerosa di integrazioni, aggravamenti ed affinamenti diretti, tra l'altro, a rendere più efficace la protezione delle proprietà, allargando insieme le prerogative della polizia e la platea sociale sulla quale può esercitarsi il suo potere di intervento; e sono proprio di quegli anni i più significativi interventi sulla materia: si va dal vasto trattato di G. BOLIS, *La polizia e le classi pericolose della società*, Bologna 1871 a scritti critici come quelli di L. FLORIO, *Considerazioni sulle cause produttive l'anormalità della pubblica sicurezza in Italia*, Palermo, 1871, di G. CURCIO, *Delle persone sospette in Italia*, Firenze 1874 o di F. AGNETTA, *La legge e l'arbitrio. Osservazioni sui provvedimenti di pubblica sicurezza*, Roma 1875. Il più classico degli interventi critici mi sembra però quello di V. LOLLINI, *L'ammonizione e il domicilio coatto*, Bologna 1882, di qualche anno più tardo.

disciplinamento dei ceti più poveri ⁽⁸⁾ e repressione del dissenso politico radicale ⁽⁹⁾ che — dopo essere stata valorizzata in senso apertamente liberticida nel periodo fascista — resterà sostanzialmente come modello di riferimento lungo tutta la fase ‘agricola’ della storia italiana, fino ai primi anni del secondo dopoguerra.

Il dualismo nelle regole e nelle pratiche repressive che si viene affermando non riguarda, peraltro, la sola tutela dell’ordine pubblico: non si tratta soltanto di giurisdizione contro amministrazione, di codice penale contro legge di pubblica sicurezza, di giudici da un lato (che amministrano il diritto) e polizia dall’altro (che tutela l’ordine e la sicurezza) ⁽¹⁰⁾. Il duplice livello di legalità discerne i

⁽⁸⁾ Cfr. U. ALLEGRETTI, *Dissenso, opposizione politica, disordine sociale: le risposte dello Stato liberale*, in L. VIOLANTE (a cura di), *La criminalità cit.*, pp. 729 sgg.

⁽⁹⁾ Sulla politica di contenimento penale dell’opposizione politica si possono vedere M. SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 2 (1973), pp. 607-702; L. VIOLANTE, *La repressione del dissenso politico nell’Italia liberale: stati d’assedio e giustizia militare*, in «Rivista di Storia Contemporanea», V (1976), pp. 481-524; F. COLAO, *Il delitto politico tra Ottocento e Novecento. Da «delitto fittizio» a «nemico dello stato»*, Milano 1986; ID., *Il diritto penale politico nel codice Zanardelli*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova 1993, pp. 652-72.

⁽¹⁰⁾ È questo uno dei capisaldi del costituzionalismo liberale, che alla divisione dei poteri fa corrispondere articolazione di funzioni, distinguendo un agire *di diritto* da un agire *di fatto*. — Funzione propria della giustizia — scriverà O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano 1908, vol. IV, p. 286 — è l’*amministrazione del diritto*, cioè il riconoscere il diritto, difenderlo dalle violazioni, applicarlo [...]. La sua attività si esplica quindi sul fatto già accaduto [...] secondo un procedimento formale, e quindi la sua azione di difesa del diritto e dell’ordine giuridico viene fatta *in diritto*, cioè col giudizio, colla decisione [...]. Invece la polizia non amministra il diritto [...] essa tutela l’ordine e la sicurezza dello Stato *in fatto*: essa *di fatto* si oppone all’infrangimento dell’ordine giuridico; e perciò la sua azione deve necessariamente esplicarsi nel presente e nel futuro, non nel passato [...]. Di qui deriva che la polizia non difende, in molta parte della sua attività, l’interesse di singoli individui [...] ma difende immediatamente l’interesse pubblico; non tutela immediatamente il diritto, che regola i rapporti dei singoli soggetti giuridici, ma il bene comune, il bene di tutti; essa, quindi, si ispira non soltanto al criterio della legalità, ma anche a quello dell’utilità e, agendo, attua l’idea morale dello Stato e provvede non solo dal punto di vista della legalità, ma anche dal punto di vista della opportunità, della convenienza —.

« galantuomini » dai « birbanti » ⁽¹¹⁾ destinandoli a differenti *filières* punitive, fa prevalere l'opportunità politica sulla regola giuridica, lo scopo sul diritto. Permette il conseguimento di obiettivi politicamente desiderabili attraverso la compressione di diritti, prerogative e garanzie ⁽¹²⁾, tenendo in ombra coloro che di tale compressione portano le responsabilità giuridiche e politiche. Contribuisce poi, nella stessa misura in cui ne è conseguenza, alla tendenziale identificazione dello Stato con il governo, che pur costituisce un'altra delle dimensioni strutturali storicamente capaci di indurre caratteristiche deformanti nel sistema penale italiano. Tutto ciò, malgrado le attenzioni della dottrina costituzionalistica liberale della seconda metà del secolo, e nonostante l'impegno vigile che la cultura giuridica penale era capace di approfondire sulle questioni che le sembravano alte, di grande significato e cariche di conseguenze. Quando si tratta della legalità 'in basso' e del penale di secondo livello, la dottrina perde sovente acutezza e lungimiranza, si distrae, sottovaluta e delega ⁽¹³⁾, salvo poi tornare a battersi ogni volta che il livello non garantito, per l'effetto di qualche evenienza politica, finisca per inquinare in qualche modo l'area presidiata dai codici e dall'ordinaria giurisdizione.

⁽¹¹⁾ Il riferimento è a L. LACCHÈ, *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)*, Milano 1990, specie pp. 140 sgg.: — Il corpus delle misure preventive — vero e proprio *codice dei birbanti* — e le specifiche istanze garantiste della *giustizia per i galantuomini* sembrano fronteggiarsi all'interno della legge del 1876 [che innova in materia di carcere preventivo e libertà provvisoria] [...]. Nella legge il rapporto regola-eccezione riproduce il dualismo codice 'liberale' — leggi di pubblica sicurezza — (p. 142).

⁽¹²⁾ È il fenomeno che Tullio Padovani ha chiamato « svuotamento parallelo » delle istituzioni penali, che « si traduce, in sostanza, nel togliere con una mano quello che viene dato con l'altra, nella creazione di una sorta di doppio binario normativo per cui i principî e le garanzie affermati in massima vengono sovvertiti e derogati per settori particolari, dove è necessario operare senza impacci e senza remore » (*La sopravvivenza del codice Rocco nella « Età della decodificazione »*, in « La questione criminale », VII (1981), p. 91).

⁽¹³⁾ Così nell'occasione del 1863, quando di fatto ammutoli, così nel 1871, e così nel 1888, quando si discusse il progetto di legge Crispi sulla pubblica sicurezza destinato a divenire la legge di pubblica sicurezza che avrebbe affiancato il codice Zanardelli (cfr. L. MARTONE, *La difesa dell'ordine. Il dibattito parlamentare del 1888 sulla legge di pubblica sicurezza*, in L. MARTONE (a cura di), *Giustizia penale e ordine in Italia tra Otto e Novecento*, Napoli 1996, p. 189).

1.3. *Evidenza e centralità del problema penale nella vita politica italiana.*

Talora in modo evidente e perfino rumoroso, talaltra con minore percepibilità, il dibattito sul problema penale ⁽¹⁴⁾ è rimasto costantemente tra le questioni centrali della vita politica italiana. Diverse, e talvolta opposte le ragioni, dettate dalle condizioni di volta in volta di arretratezza o, al contrario, di crescita politica e civile, che il Paese ha conosciuto durante la sua storia unitaria. Ho più volte insistito su questa condizione caratterizzante della nostra esperienza storica ⁽¹⁵⁾, perché sarebbe sbagliato ridurla a quel tanto di scontato che pur contiene, e trattarla con la noncuranza che si riserva alle ovvietà: essa rappresenta un carattere originario e permanente della maniera penale italiana perché ha colorato di sé qualità e limiti delle politiche penali che abbiamo conosciuto; ha contribuito alla formazione di giuristi attenti al diritto ma sensibili anche ai suoi contesti, rendendosi leggibile fin nelle opzioni tecniche degli orientamenti dottrinali che si sono man mano succeduti; ha fatto del penale strumento e terreno, insieme, di un confronto che ha coinvolto politica e società, andando spesso molto al di là della mera dimensione giuridica.

Il problema penale emerse certamente come problema cruciale nei primi decenni che seguirono l'Unità, quando un incerto e

⁽¹⁴⁾ Il 'problema penale' ci viene dalla fondante discussione che se ne fece nel secondo Settecento: tiene insieme la riflessione sui diritti coinvolti, sui limiti della legge, sulla qualità del processo, sulla natura, funzione e civiltà delle pene, sui caratteri che deve avere la giustizia penale, sulla quantità di penalità che una società può mettere in campo per difendersi, ma anche su quanta può tollerarne per restare libera, sui criteri dell'incriminazione, sui limiti che deve darsi il potere punitivo e su quelli che necessariamente incontra chi agisce in mezzo a 'beni' meritevoli di tutela. « Una discussione — ha scritto G. TARELLO, *Il "problema penale" nel secolo XVIII*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », n. 5 (1975), p. 16 — che i due secoli successivi hanno continuato a condurre (nei termini settecenteschi), e che fa fatica ancora oggi a rinnovarsi nelle sue linee fondamentali per adeguarsi a realtà che sono radicalmente altre rispetto a quella che l'ha vista nascere ».

⁽¹⁵⁾ M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale, 1883-1912*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », I (1974-75), n. 3/4, pp. 563 sgg. [t. II, pp. 825 sgg.]; ID., *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari 1990, pp. 152 sgg. [t. II, pp. 499 sgg.].

contrastato movimento di riforma e modernizzazione investì la società e lo Stato. Si vide in concreto che gran parte del rinnovamento del sistema finiva per attraversare il penale, e che col penale avevano a che fare la crescita delle libertà, l'ammodernamento dei rapporti tra Stato e cittadini, la maturazione civile della società nel suo complesso. Così come erano affare primario del momento punitivo le pratiche di disciplinamento da imporre ad una popolazione 'diseducata', si diceva, dal paternalismo indulgente tipico di un rapporto di sudditanza che nelle esperienze di molte regioni italiane non era mai passato attraverso lo Stato.

Mettere le mani nel penale significava dunque entrare nel vivo della vita del Paese, e porre mano alla costruzione del Paese significava passare inevitabilmente anche per il penale. Si può dire che ogni questione aperta in materia di libertà, di crescita civile, di giustizia, trovasse un suo necessario riferimento in primo luogo nel sistema penale. Per converso, e lungo l'intera storia dello Stato italiano, apparati repressivi e istituzioni giudiziarie, legislazione e diritto penale tornarono in prima linea ogni volta che si trattò di fermare o di far regredire livelli di libertà e legalità che sembravano ormai raggiunti e acquisiti. Una costante, dunque. Assai visibile nelle fasi maggiormente caratterizzate, meno avvertita, ma ugualmente operante in alcuni lunghi periodi non attraversati, per diverse ragioni, da conflitti manifesti. Ed è indicativo il fatto che proprio nei momenti di maggiore difficoltà per il Paese, che si sia trattato dell'emergenza brigantaggio, o della crisi di fine secolo, del triennio di sangue che precedette il fascismo o della crisi Matteotti, dell'emergenza terrorismo o di quella mafiosa, ovvero del ritorno al centro della scena del rapporto tra politica e giustizia dopo la vicenda detta di « Mani pulite », il momento penale sia immediatamente balzato ogni volta al centro della scena: in quanto *strumento* primario della risposta e quindi *terreno* inevitabile dello scontro.

La centralità del penale sta innanzitutto nella rilevanza politica delle questioni che i penalisti si trovano a trattare, anche quando si tratta di aspetti della loro riflessione che sembrano puramente tecnici o dogmatici. Ma esistono problemi, tra quelli che essi affrontano, che hanno un immediato riflesso sulla società, implicando opzioni che sono in primo luogo politiche, culturali, di civiltà: si va

dalle questioni che riguardano la politica criminale — specie nella lunga fase in cui si è stati convinti che lo strumento sanzionatorio fosse il più efficace nel governo della criminalità — a quelle che investono la pena, speciale indicatore dei livelli di civiltà di un ordinamento giuridico (si pensi, in particolare, alla questione della pena di morte); fino a quelle che coinvolgono il ruolo della giustizia passando per il processo, la funzione dei magistrati, i diritti dei cittadini, la salvaguardia della legalità o le esigenze di difesa della società.

Esemplare, in questo quadro, è la dialettica ordine-libertà. Essa attraversa tutta la riflessione penalistica ottocentesca e si ripropone fino ai giorni nostri, in forme appena aggiornate (efficacia *versus* garanzia), tenendo aperta una insopprimibile contraddizione. Il conflitto potenziale e spesso attuale tra un bene politico (la sicurezza dello Stato, la tranquillità della società, la protezione dei singoli) ed i diritti di libertà, civili e politici, dei cittadini, mantiene infatti nel sistema penale una perenne questione di equilibri e confini: gran parte della storia di quel sistema è segnata da questo stabile carattere di continuità, e gira intorno alla ricerca di quegli equilibri e di quei confini.

1.4. *L'impegno civile dei penalisti.*

Una caratteristica permanente dell'esperienza penalistica italiana sta dunque nella durevole centralità delle questioni penali nelle diverse fasi della vita politica del Paese. Ad essa si correla un tratto distintivo che riguarda la vocazione, per così dire, della scienza e della cultura giuridica penali, impegnate con un loro spirito peculiare, storicamente caratterizzato, intorno alle ragioni ed ai modi del proibire, del prevenire, del giudicare e del punire. Si tratta di quella specifica attitudine dei penalisti italiani (di recente visibilmente riapparsa, dopo quella che è potuta sembrare una lunga eclissi) che ho già avuto modo di designare come *penalistica civile* ⁽¹⁶⁾.

La dottrina penalistica postunitaria, in ragione del suo oggetto e della radici che essa affondava nel più significativo riformismo

⁽¹⁶⁾ M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., pp. 155 sgg. [t. II, pp. 502 sgg.].

settecentesco, era quella che più di ogni altra, nel campo giuridico, aveva conservato un ancoraggio a referenti filosofici, a progetti e programmi, a punti di riferimento esterni alla dimensione del giuridico. Ricerca e discussione si articolavano assai più sui presupposti e sui fini del sistema punitivo che non sul versante tecnico della sua gestione. All'indomani dell'Unità l'obiettivo primario sembrò ai penalisti che avevano fatto una lunga esperienza di opposizione sotto regimi illiberali, quello di assicurare libertà e garanzia nell'agire politico, di creare uno spazio efficace per la 'giustizia' nella vita sociale, ma soprattutto di arricchire il processo di incivilimento, del quale la centralità del diritto penale li rendeva protagonisti primari. Enrico Pessina attribuiva questa attitudine originaria della penalistica italiana al fatto che lo spirito scientifico del Paese si era risvegliato nel vivo delle nuove questioni politiche e pratiche che lo avevano investito. « A ciò si aggiunsero — scriveva nel 1868 ⁽¹⁷⁾ — altre due cagioni assai efficaci. L'una di esse fu la libertà politica [...]. L'altra fu l'aggrandirsi della nazione innanzi a se stessa con la coscienza della sua personalità civile [...] e da quello che si è fatto nei pochi anni decorsi dal 1859 sino ad oggi, egli è facile desumere a qual grado si innalzerà la scienza del diritto penale in Italia come più l'orizzonte politico che ci sta d'intorno sarà rasserenato » ⁽¹⁸⁾. Ancora una volta, dunque, un *carattere originario*, in aggiunta segnato dalla particolarità dell'esperienza giuridica penale.

A differenza di quanto sarebbe rapidamente avvenuto nel campo civilistico ed in quello pubblicistico, infatti, il penale non era programmaticamente avviato verso una progressiva autonomizzazione ⁽¹⁹⁾, o — meglio ancora — verso una deliberata autoreferen-

⁽¹⁷⁾ E. PESSINA, *Dei progressi del diritto penale in Italia nel secolo XIX*, Firenze 1868, p. 147. Questa pagina si ritrova nel saggio *Del Diritto Penale nel Regno d'Italia dal 1859 sino al 1857*, (1868) poi ripubblicato nei *Discorsi varii*, VII, Napoli 1916, pp. 87-169, ed infine rifuso in *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria fino alla promulgazione del codice penale vigente*, in E. PESSINA (a cura di), *Enciclopedia del diritto penale italiano*, vol. II, Milano 1906, p. 671.

⁽¹⁸⁾ *Ibid.*, p. 148.

⁽¹⁹⁾ Sul processo ottocentesco di progressiva autonomizzazione della scienza del diritto, dentro un disegno antilluministico teso a mettere diritto e Stato al di sopra e al di là delle contingenti vicende politiche, che solo tardi coinvolge anche il diritto penale, si legga la lucida sintesi di L. FERRAJOLI, *Scienze giuridiche*, in C. STAJANO (a cura di), *La cultura italiana del Novecento*, Roma-Bari 1996, pp. 559-97.

zialità sistematica. Esso non alzava steccati che lo rendessero impenetrabile da parte degli altri sistemi del sapere sociale e dalle dinamiche della vita politica del Paese: non si leggeva come apolitico, non si considerava avalutativo, ed i paradigmi elaborati dai penalisti si mantenevano fortemente ancorati ad una assiologia esterna al giuridico che continuava a dare senso e centralità politica alla questione penale.

La dimensione filosofica del diritto penale è allo stesso tempo il fondamento ed il limite nel quale i penalisti della prima 'scuola' italiana collocano la loro scienza ⁽²⁰⁾: l'apertura che da essa deriva fa del penale un sapere complesso, nel quale il momento giuridico mantiene la sua priorità (perché fornisce la logica e la lingua), ma contenuti, ragioni e fini si rapportano a opzioni politiche, a programmi di riforma, a obiettivi sociali attinti in ambiti che giuridici non sono.

La penalistica civile ha questa apertura. Essa si fonda su saperi complessi e integra programmaticamente nella scienza giuridica una visione critica e colta che assume dalla società e dalla storia. Costruisce così una sua fisionomia, in termini di cultura giuridica, fondata sul *sistema penale come deve essere*. In questa prospettiva, il diritto penale che essa viene elaborando tende a confondersi progressivamente con ciò che oggi chiameremmo politica del diritto. Ma, se posso dire, senza scendere di livello. Innanzitutto conservando una attenzione costante e rigorosa per la dogmatica, della quale si conoscono le rassicuranti virtù in termini di tenuta della scienza giuridica quando questa è chiamata a farsi legislazione. Il governo della dogmatica consente infatti alla scienza criminale di svolgere — secondo l'espressione di Francesco Carrara ⁽²¹⁾ — « la

⁽²⁰⁾ Appartiene ai prodromi di quella fase (1840-43) la discussione che Terenzio Mamiani e Pasquale Stanislao Mancini impegnarono intorno al *diritto di punire*, tema rischioso perché logorato da un'usura eccessiva che lo aveva fatto scadere di tono e di senso (T. MAMIANI, P.S. MANCINI, *Fondamenti della filosofia del diritto e singolarmente del diritto di punire. Lettere*, Torino, 1853⁴). Ma la lezione fondamentale, su questo terreno, veniva dall'impianto filosofico che Gian Domenico Romagnosi e Giovanni Carmignani avevano dato alla loro visione del diritto penale.

⁽²¹⁾ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, 3 voll., Prato 1886⁶, ripubblicata a cura di F. BRICOLA e M. NOBILI, Bologna 1993, *Prefazione* alla 5^a ed., p. 31.

sua missione di moderare gli abusi dell'autorità », perché è in grado di opporre ragioni inalterabili quando si tratti di « frenare le aberrazioni dell'autorità sociale nel *divieto*, nella *repressione* e nel *giudizio*, onde questa si mantenga nelle vie di giustizia e non degeneri in tirannia » (22). È in omaggio a questo originario punto programmatico che gran parte dell'opera della penalistica civile consisterà nel tentare di convertire in principî e precetti dogmatici i risultati della sua complessa riflessione. Si trattava infatti di rinnovare la legislazione, partendo dalla critica dell'esistente e mettendo in opera strumenti che non si limitassero allo specifico giuridico; poi però tutto doveva essere ricondotto nei limiti, nella logica e nella lingua del diritto. L'elaborazione di una dogmatica adeguata avrebbe garantito il senso e l'esito di questi difficili passaggi.

Ma la vocazione all'apertura culturale, alla permeabilità politica ed alla sensibilità civile che caratterizza la penalistica italiana, non si esaurisce nello sforzo di dare forma tecnica a opzioni politiche, facendo entrare la società, se si può dire, nell'esperienza della scienza giuridica. Con diversa intensità e segno diverso, i penalisti italiani, o quelli tra loro più attenti alla dimensione civile della loro funzione, hanno sovente realizzato l'operazione inversa. L'hanno fatto, talora con autentico spirito militante, con gli scritti o dalle cattedre, lavorando come avvocati o testimoniando come giudici, rivestendo rilevanti ruoli istituzionali o impegnandosi materialmente nelle riforme legislative. Lo hanno fatto penalisti che appartenevano all'*establishment* ed altri che militavano nelle opposizioni, studiosi lontanissimi tra loro per opzioni metodologiche e scientifiche, mossi da ragioni talora inconciliabili, ma tutti in omaggio ad una verità: *le leggi penali sono indissolubilmente legate alle vicende delle pubbliche libertà*.

Valga un esempio solo. Quasi ottantenne, nel 1925, Luigi Lucchini subì da quel regime fascista che, per 'l'orrore del sovversivismo', aveva invocato ed applaudito solo pochi anni prima, la violenza di una perquisizione nella redazione della sua « Rivista Penale », il sopruso del primo sequestro e l'onta di un processo per oltraggio al capo del governo. Ricorda allora, solo colpo che gli sia

(22) ID., *Programma. Parte generale, Prefazione*, cit., p. 31.

consentito restituire, alcune sue battaglie del passato, quando difendeva valori e principî che erano già diventati a loro volta sovversivi nell'Italia fascista. Il suo è un lungo elenco, indicativo di quanto certi giuristi abbiano saputo fare per obbedire all'idea che avevano della loro funzione:

Le prime avvisaglie si ebbero illustrando i provvedimenti e le decisioni concernenti gli stati d'assedio e i tribunali di guerra, istituiti da una cieca reazione governativa in alcune provincie del Regno. Si proseguì attraverso gli scandali della « banca romana », le leggi eccezionali di p.s. e le inchieste sulla magistratura e sulla sottrazione di certi documenti politici, e poi attraverso le megalomanie crispine, i disordini del 1898 e i provvedimenti politici del Gabinetto Pelloux, che noi prendemmo particolarmente ad analizzare; e fece capo alla *diagnosi dolorosa* del regicidio, che fu alla sua volta l'epilogo di una situazione anormalmente cronica, diagnosi e analisi che ebbero pure una ripercussione negli annali giudiziari e parlamentari. Tutto questo a dimostrare la verità di quanto rilevammo inaugurando la quarta serie della *Rivista*, che cioè « *le leggi penali sono indissolubilmente legate alle vicende delle pubbliche libertà* » e come « le funzioni di magistrato da me assunte nel frattempo non mi avessero fatta smarrire la linea retta del compito scientifico » (23).

2. *La vicenda penale dell'Italia unita.*

La fase fondante del sistema penale italiano, quella che va dall'Unità al fascismo, va riletta con corretto metodo storico e con l'adozione di chiavi interpretative adeguate (24). Una simile ovvietà mi viene suggerita dalle condizioni in cui è stata tenuta per decenni la storia penale di quella fase cruciale. Coltivata nel genere letterario delle *Premesse storiche*, con le quali ancora oggi si continua ad

(23) L. LUCCHINI, *Inaugurando il 2° Cinquantennio della Rivista*, in « Rivista Penale », LI (1925), n. 101, pp. 11-12.

(24) Il corretto metodo storico non sta in altro che nell'andare direttamente alle fonti: in primo luogo alla dottrina, che fu ricca, fitta, articolata; quindi alla produzione normativa, particolarmente sensibile, in quella fase, al contributo dei giuristi; infine, al sistema in atto, che esige la valutazione degli effetti, in termini di funzionamento della giustizia, andamento del fenomeno criminale, incidenza del penale sul complesso della vita politica e civile dell'Italia di quegli anni. Le chiavi interpretative adeguate sono quelle che servono a collocare quelle fonti nei loro contesti storici perché assumano senso e ne diano alla ricostruzione storica.

ornare i manuali di diritto penale ⁽²⁵⁾, quella storia ha conosciuto una sorte che non esito a definire paradossale.

Una vicenda di accalorato scontro dottrinale, dispiegatasi negli anni Ottanta del XIX secolo, si è impossessata di essa e, invece di divenire — come avrebbe dovuto — semplice oggetto di riflessione storica, le si è imposta ed ha finito per dominarla, prescrivendole un assillante paradigma: quello delle ‘scuole’ come criterio metodologico assoluto. La storia del penale ha così assunto, in quelle ricostruzioni, un andamento convenzionale, ripetitivo, tralattizio, ma prima di tutto fuorviante ⁽²⁶⁾. Ha vietato a se stessa ogni possibilità di cogliere gli elementi unificanti dell’esperienza postunitaria, ha semplificato le complessità, ha reso invisibili le vicende trasver-

⁽²⁵⁾ Occorre dire che solo da una ventina d’anni gli storici del diritto, insieme ad alcuni penalisti che vi si sono applicati con metodo adeguato, hanno cominciato ad indagare la storia del diritto penale dell’Italia unita. Prima di allora, soltanto le *Premesse* dei manuali di diritto penale (nulla, significativamente, nei manuali di procedura penale): altra cosa sono i percorsi storici che precedono alcune trattazioni monografiche, che — a patto di non consistere in pura maniera accademica — sono spesso momento decisivo, quando sono ben fatti, per la ricostruzione della fisionomia dogmatica di questo o quell’istituto. Una rassegna delle *Premesse storiche* dei manuali, alla ricerca di quanto resta nella memoria dei giuristi del contributo dato dalla scuola positiva sta in G. NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo*, in E.R. PAPA (a cura di), *Il positivismo e la cultura italiana*, Milano 1985, pp. 49 sgg. I suoi esempi si spingono fino al 1982, ma da allora le cose non sono cambiate. Sia le riedizioni di manuali classici, sia i nuovi manuali, contengono, secondo il rito, la sintetica indicazione dei caratteri distintivi di scuola classica, scuola positiva, terza scuola e così via, arrivando di norma fino all’entrata in vigore del codice Rocco. Sempre più spesso, ora, arrivano più in qua, ma il discorso storico sul diritto penale del dopoguerra diviene subito — come è giusto — premessa politica di profili dogmatici.

⁽²⁶⁾ Ha enormemente contribuito ad avvalorare questo metodo e a dare questa linea il volume di U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, pubblicato nel 1924 e poi ancora a Torino nel 1932 ed a Firenze nel 1974. Le ‘scuole’ come paradigma, i singoli autori promossi a capitoli della storia del penale, la chiave ricostruttiva dell’eclettismo ogni volta che le ‘scuole’ si rendono irrimediabilmente inafferrabili, la sistematica trasfigurazione di ogni metodo di approccio giuridico o di politica del diritto in *scuola-tendenza-indirizzo*, sono da lì legittimati. Schieramento, dialettica, composizione fanno da chiave e criterio ricostruttivo, per giungere infine a Giovanni Gentile, al quale « deve volgersi il criminalista che voglia pervenire ad una cognizione sempre più profonda e sistematica di quei problemi » (ed. 1974, p. 220). Tutto ciò risuona nella letteratura delle *Premesse storiche* e vengono da lì, dall’idealismo assoluto degli anni venti, molti schemi interpretativi ancora circolanti.

sali ⁽²⁷⁾ e dimenticato le personalità non riducibili agli schemi di schieramento, che pure hanno enormemente contato nella penalistica italiana. Si è allontanata dalle fonti — con rare, recenti eccezioni ⁽²⁸⁾ — appagandosi di un canovaccio tramandato, manuale dopo manuale, nel quale la storia del penale postunitario è ossificata nella triade Carrara, Ferri, Lombroso, a loro volta ridotti a maschere o costretti a forza dentro una *silhouette* che semplifica la loro difficile complessità, restituendoci un banale stereotipo. Ha fatto delle ‘scuole’, come dicevo, il primo criterio metodologico, ma ha poi ridotto la cosiddetta scuola classica alla sola figura di Francesco Carrara ⁽²⁹⁾, con ciò adottando, come dirò qui sotto, uno dei cardini della polemica ferriana.

2.1. *La bufera dottrinale degli anni Ottanta.*

La storiografia che ha adottato il paradigma delle scuole penali, ha perpetuato, avendone peraltro persa la cognizione, i termini della

⁽²⁷⁾ Le esperienze trasversali, non le sincretistiche o le eclettiche, che son rimaste fin troppo visibili. Quanto alle prime, c'è voluto un penalista attento ai contenuti e che si era già cimentato nella ricerca storica, come Guido Neppi Modona, per *vedere* di nuovo una presenza trasversale come quella del socialismo giuridico penale, messo in ombra per quasi un secolo dalla vulgata storica di matrice positivista (mi riferisco a G. NEPPI MODONA, *Una « scuola » dimenticata: il socialismo giuridico nel diritto penale*, in « Giustizia e Costituzione », II (1971), n. 4, pp. 29-33).

⁽²⁸⁾ Penso principalmente agli studi sulla figura e l'opera di Francesco Carrara realizzati non solo in occasione della celebrazione lucchese del 1988, ma anche in ricerche speciali diverse, per esempio da Mario A. Cattaneo o da Tullio Padovani. A quelli suscitati da Sergio Vinciguerra sul codice Zanardelli, a quelli sulla pena di morte di Mario Da Passano, o sul reato politico di Floriana Colao; a quelli sul rapporto tra diritto penale, politica e legislazione condotti da tempo da Guido Neppi Modona o ai contributi sulle ideologie giuridiche penali prodotti da Luisa Mangoni. Malgrado la presenza di questi pur iniziali studi, che certo hanno arricchito la storia delle dottrine penali postunitarie, il paradigma delle scuole è adottato senza residui anche nella recente sintesi di C.F. GROSSO, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra Ottocento e Novecento*, in L. VIOLANTE (a cura di), *La criminalità* cit., pp. 7-34, che rinvia a Ugo Spirito per la ricostruzione storica dei principî della scuola classica.

⁽²⁹⁾ Con cenni — anche questo fa parte del rito — alla sequela Beccaria, Romagnosi, Carmignani, Rossi, che non è affatto una sequela omogenea e contiene i prodromi di orientamenti ben diversi e destinati a dividersi, perfino *dentro* la penalistica postunitaria mentre era sotto la ‘tutela’ di Francesco Carrara.

battaglia ingaggiata da Enrico Ferri, agli inizi degli anni Ottanta, contro l'*establishment* della penalistica di allora.

Il mozzo del bastimento penale ⁽³⁰⁾, dichiara l'esistenza degli schieramenti, ed indica il suo come quello che si vale della scienza e sta col progresso; poi fonda di fatto la formazione avversa — che non sapeva di esistere, né intendeva costituirsi — gli impone il nome di 'scuola classica' ⁽³¹⁾ e ne regola i confini culturali e storici ⁽³²⁾.

Enrico Ferri, ancora giovanissimo, aveva saputo cogliere elementi di novità che erano, per così dire, nell'aria, e li aveva composti in una sorta di manifesto programmatico ⁽³³⁾ dai contenuti dirom-

⁽³⁰⁾ «...ultimo venuto, io sono come il mozzo di bastimento, cui tocca di stare a vedetta sull'albero maestro, essendo i piani inferiori della nave occupati già dai primi venuti. Ad essi noi dobbiamo perenne riconoscenza per esserci sostegno e guida; ma intanto la stessa età giovanile ci dà il vantaggio di potere, appunto, guardare dall'alto e coi nuovi strumenti il mare infinito della scienza » (E. FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna 1881, p. 3).

⁽³¹⁾ L'operazione avviene tra il 1881 e il 1882. L'espressione « scuola classica » compare nella prolusione senese del 18 novembre 1882, di E. FERRI, *La Scuola positiva di diritto criminale*, Siena 1883, p. 11, e poi nella conferenza ID., *Le ragioni storiche della Scuola positiva di diritto criminale*, in « Rivista di filosofia scientifica », II, 1882-83, p. 5. Non l'aveva usata invece in ID., *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna 1881, che è il primissimo 'manifesto' della Scuola positiva.

⁽³²⁾ L'operazione consiste nel dire che la 'scuola classica' arriva fino a Carrara e che dopo non c'è niente. La sua funzione è dunque conclusa, la sua ideologia è quella del Carrara 'spiritualista' e dei suoi maestri 'filosofi'. Con ciò si evita di fare i conti con il diritto penale liberale a forte impronta realistica e storica che la generazione successiva a Carrara stava costruendo in Italia. Enrico Ferri comincia ad insinuare l'idea secondo cui « il venerando Professore di Pisa segna il limite più alto della scuola classica di diritto criminale, e dopo di lui il lavoro scientifico siasi ridotto a sole [...] innovazioni parziali » nello scritto di E. FERRI, *Le ragioni storiche della scuola positiva di diritto criminale* cit., pp. 321-37; svilupperà organicamente questa affermazione nella più nota prolusione pisana del 13 gennaio 1890, pubblicata in « Archivio giuridico », XLIV (1890), pp. 497-514 e poi in ID., *Studi sulla criminalità ed altri saggi*, Torino 1901, pp. 389-406, dal titolo *Da Cesare Beccaria a Francesco Carrara*, per poi ripeterla mille volte in altrettante occasioni.

⁽³³⁾ Nel 1881 Enrico Ferri, professore incaricato nell'Università di Bologna, pubblica la 1^a ed. de *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale* presso l'editore Zanichelli, delineandovi il suo programma scientifico. Quel primo scritto conoscerà una 2^a ed. nel 1884, interamente rifatta. La 3^a ed., anch'essa completamente ristrutturata, prenderà il nuovo titolo di *Sociologia criminale*, Torino 1892. La *Sociologia criminale* conoscerà poi altri rifacimenti nel 1900 (4^a ed.) e nel 1929 (5^a ed, in due volumi, riveduta e annotata da A. SANTORO).

pentì, dando l'avvio ad una corrente di studi da lui designata come 'scuola positiva di diritto criminale' ⁽³⁴⁾. Alcuni fondamenti della scienza del diritto penale e molti dei principî che stavano entrando nel processo legislativo in corso per dare all'Italia il suo codice penale, erano aggrediti e scossi da quelle idee nuove. Basterebbe pensare alla responsabilità penale, i cui presupposti venivano capovolti; alla prospettiva retributiva, rovesciata in una tendenziale prevalenza della prevenzione; al delitto, guardato come un fenomeno umano, naturale e sociale, che postula la conoscenza della società, e non più solo quella della legge e del diritto; all'autore del reato — il delinquente, come ormai si diceva — che andava ad occupare il centro del sistema prendendo il posto del reato e della pena.

Per impostare una adeguata politica penale — frangia di questo tessuto — si propugnavano lo studio e la classificazione dei delin-

⁽³⁴⁾ Il programma della scuola positiva di diritto criminale viene enunciato da Ferri nella prolusione bolognese del 6 dicembre 1880 e pubblicato — con ampliamenti — in ID., *I nuovi orizzonti*, (1881), cit. Chiamato dall'Università di Siena, Ferri vi pronuncerà, nel novembre del 1882, un'altra famosa prolusione con la quale 'fonderà' la scuola positiva di diritto criminale. La prolusione senese venne pubblicata col titolo *Le ragioni storiche della Scuola positiva di diritto criminale* in « Rivista di filosofia scientifica », vol. 2, II (1883), fasc. 2, e poi, con qualche rimaneggiamento, a Siena, nello stesso anno, dall'editore Torrini, col titolo *La Scuola positiva di diritto criminale*. Lo stesso testo, con diversi aggiustamenti, verrà poi rifuso nella *Introduzione* della citata 2^a ed. dei *Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna 1884. Non sarà inutile, anche per valutare evoluzioni e revisioni, fare riferimento ai principî della scuola che Ferri delinea nella *Relazione al Progetto preliminare di Codice penale italiano (libro I°)* (il 'Progetto Ferri' del 1921), in « La scuola positiva », XXXI (1921), pp. 1 sgg., poi ristampata con E. FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino 1928, pp. 602-755. Sulla scuola positiva indico i due contributi coevi di A. GABELLI, *Sulla « Scuola positiva » di diritto penale in Italia*, in « Rivista Penale », XII (1886), n. 23, pp. 505-27 e di A. FRASSATI, *La nuova scuola di diritto penale in Italia ed all'estero*, Torino 1891, che si segnalano per intelligenza e completezza. Tra i contributi storiografici recenti quello di G. NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo* cit., pp. 47-61, costruito ragionando sulle fonti. Per una valutazione del contributo positivista allo sviluppo complessivo del penale in quella fase e per una valutazione delle discussioni penalistiche in quegli anni Ottanta, chi volesse potrebbe fare riferimento a M. SBRICCOLI, *La penalistica civile* cit., pp. 194-212 [t. II, pp. 547-567]; sulle numerose articolazioni di opinioni e di tendenze all'interno dell'orientamento positivista si può vedere ID., *Il diritto penale sociale* cit., pp. 557-642. Sul versante antropologico-criminale delle discussioni di quegli anni c'è ora il contributo di L. MANGONI, *Introduzione alla sezione: Eziologia di una nazione*, in D. FRIGESSI, F. GIACANELLI, L. MANGONI (a cura di), *Delitto, genio, follia. Scritti scelti di C. Lombroso*, Torino 1995, pp. 685-709.

quenti (che portavano con sé l'apertura del penale alle nuove scienze mediche, antropologiche, sociologiche), un radicale ripensamento del criterio e della funzione della pena, la centralità del momento preventivo: la *pericolosità* irrompeva sulla scena, installandosi nel livello garantito e giurisdizionalizzato del sistema punitivo, senza peraltro abbandonare quello più basso, fatto di arbitrio e di polizie, dal quale proveniva. In questo quadro, tutto il sistema penale avrebbe dovuto ruotare e riposizionarsi, facendosi strumento della difesa della società, mezzo per combattere delitto e delinquenti, lungo una linea di prevenzione speciale fatta di misure di sicurezza, trattamenti terapeutici, sanzioni eliminative.

Come è evidente, un simile programma postulava una radicale torsione del diritto penale. Peraltro, nelle dichiarazioni di Ferri, esso non viene proposto con spirito antagonista, né si presenta come una inconciliabile alternativa:

«...la scuola positiva di diritto criminale, si noti bene, non si presenta già per abbattere tutto quanto si è fatto finora nella scienza, ma si presenta invece come uno svolgimento ulteriore di questa stessa scienza criminale, di cui essa accetta quella parte di principî e di teoriche, che sia riprovata vera dalla osservazione dei fatti, che è il criterio unico di quella scuola »⁽³⁵⁾.

Uno svolgimento ulteriore della scienza criminale. Questo dichiarava di voler essere il nuovo orientamento scientifico, questo avrebbe potuto pacificamente essere e questo in effetti finì alla lunga per essere, malgrado le contrarie intenzioni dei protagonisti dell'irriducibile e non tanto ragionevole scontro che stava per avere luogo. E dire che l'ingresso di Enrico Ferri sulla scena era stato salutato favorevolmente da Luigi Lucchini, già allora esponente di primissimo piano della cultura penale liberale, direttore della prestigiosa *Rivista Penale*, impegnato tra i primi nella elaborazione del nuovo codice penale di cui sarebbe stato riconosciuto, dieci anni dopo, come il primo ed autentico autore⁽³⁶⁾: all'apparizione del primo

⁽³⁵⁾ E. FERRI, *Le ragioni storiche della Scuola positiva* cit., pp. 4-5.

⁽³⁶⁾ Su Luigi Lucchini, sul suo ruolo di leader dei penalisti di orientamento realistico e liberale a partire dagli anni Ottanta, sul suo lavoro per il codice penale del 1889 e su come condusse la battaglia contro « gli invasori delle scienze sociali » e gli

libro del giovane laureato bolognese, *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, pubblicato a Firenze nel 1878, Luigi Lucchini, pur dissentendo in parte, non aveva esitato a considerare quel lavoro « di grande importanza ed interesse, degno di tutta l'attenzione del filosofo e del giureconsulto. Il suo autore — aveva aggiunto con parole che sarebbero state impensabili di lì a poco — benché giovanissimo vi rivela una potenza di mente non comune, e promette di divenire efficace cooperatore del rinnovamento della nostra scienza »⁽³⁷⁾. Efficace cooperatore del rinnovamento della nostra scienza. Questo, un uomo come Luigi Lucchini, l'assertore della 'scienza penale'⁽³⁸⁾, diceva che avrebbe potuto essere il giovane, intelligente innovatore del diritto penale. In effetti, svolgimenti ulteriori della scienza penale ci furono, ed Enrico Ferri, insieme ai suoi seguaci, avrebbe notevolmente cooperato al rinnovamento della scienza, misurando il suo programma sui corrispondenti assunti della 'tradizione' penalistica allora imperante, e postulando l'avvento di un diritto penale alternativo.

Il contrasto tra la 'tradizione' (rappresentata in quella fase da

'spropositi' dei positivisti si veda M. SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale. La « Rivista Penale » di Luigi Lucchini, 1874-1900*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », n. 16 (1987), pp. 105-83 [t. II, pp. 903-80].

⁽³⁷⁾ L. LUCCHINI, *Recensione* (n. 21) a E. FERRI, *La teorica dell'imputabilità*, in « Bollettino bibliografico della Rivista Penale », V (1878-79), 1^a serie, vol. unico, 1878-84, p. XVII. Solo tre anni dopo, di fronte ai *Nuovi orizzonti*, il giudizio è totalmente diverso: « Il giurista à disertato il campo, e si è dato, armi e bagaglio, [agli] invasori delle scienze sociali [...] » (p. CCLXXI); quel che propugna Ferri, aggiunge Lucchini, è una somma di prevenzione e repressione che « verrebbe a subordinare tutte le funzioni dello Stato e della società alle penali discipline. Le quali invece, pare a noi, devono reclamare il governo della prevenzione *diretta*, ma non immischiarsi che sussidiariamente in quella *indiretta*... » (L. LUCCHINI, *Recensione* (n. 389) a E. FERRI, *I nuovi orizzonti*, in « Bollettino bibliografico della Rivista Penale » VII (1880-81), p. CCLXXIII).

⁽³⁸⁾ « Per me — avrebbe scritto Lucchini — di scuole non ce ne può essere che una sola *in diritto penale*: la scuola, ossia la "scienza giuridica". La quale non è né vecchia né giovane, né bigotta né atea, né tenera pei delinquenti né in collera con essi; la quale soltanto si propone lo studio dei reati per impedirne quanto più sia possibile la perpetrazione, apprestando *uno dei mezzi* all'uopo valevoli cioè la minaccia, la comminazione e l'applicazione ai delinquenti delle sanzioni penali; la quale ha cominciato naturalmente bambina, ora sembra che siasi fatta più grandicella, e forse non ha raggiunto ancora la maturità » (L. LUCCHINI, *I Semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale*, Torino 1886, pp. XXVI-XXVII).

una robusta schiera di penalisti liberali, realisti e concreti ⁽³⁹⁾ e le nuove idee nate nel clima positivista che percorreva l'Europa ⁽⁴⁰⁾, fu aspro, fragoroso e quasi mai di buona qualità. La carica puramente agonistica che lo dominò portò alla ribalta, di una polemica che avrebbe potuto essere fertile, più che altro il chiasso e la veemenza. Prevalse un manicheismo che produsse solo incomunicabilità, e conquistarono il centro della scena i più accalorati tra i protagonisti dei due fronti (che non sempre erano i più pensosi): la discussione scientifica si ridusse ad una incresciosa e rumorosa zuffa. Eppure l'oggetto della contesa era serio, e c'era autentica materia di discussione.

2.2. *Un conflitto fuorviante dentro una funzione concorrente.*

Sono due i piani sui quali si svolge il conflitto tra orientamenti penalistici negli anni Ottanta. Uno è politico, ha per oggetto il *codice penale che è in formazione* e vede schierati da un lato alcuni penalisti liberali guidati da Luigi Lucchini, dall'altro una agguerrita schiera di giovani seguaci di Enrico Ferri che però, assai presto, disarticolarono le loro posizioni, si distanziano in certi casi dal maestro, e lo fanno per ragioni politiche: sono i giovani penalisti socialisti dei quali avrò modo di riparlare più avanti. Questo piano dello scontro è poco esplicitato, dall'una e dall'altra parte, ma è quello che rende meglio la sua concretezza e la realtà di quella fase: i penalisti liberali temono le conseguenze delle impostazioni positiviste (temono l'idea di una società difesa col penale, la prospettiva di una prevenzione generalizzata, una penalità gravosa e regressiva); i positivisti sentono di non avere la forza (culturale, accademica, politica) per far entrare gli elementi di politica penale che propugnano nel codice che sta nascendo. Grande parte delle ragioni della rissa, al di là del cattivo

⁽³⁹⁾ M. SBRICCOLI, *La penalistica civile* cit., pp. 185 sgg. [t. II, pp. 536 sgg.].

⁽⁴⁰⁾ Merito indubbio di Ferri, più ancora che di Lombroso, fu di innestare nel clima culturale del positivismo le teorie penali. Su quel clima europeo e sul suo raccordo con la morale e il diritto, con la trasgressione, la responsabilità e la punizione, integrate in contesti sociali, si veda ora CH. DEBUYST, *Les savoirs diffus et pré-scientifiques sur les situations-problèmes au XVIII^e siècle*, in CH. DEBUYST, F. DIGNEFFE, J.M. LABADIE, e A.P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine. 1: Des savoirs diffus à la notion de criminel-né*, Bruxelles 1995, pp. 69-135.

carattere di Ferri e Lucchini, sta qui: un'ansia contro una frustrazione.

L'altro piano dello scontro è 'scientifico', ha per oggetto *il metodo della scienza penale*, ed è quello meglio visibile, ma è il meno affidabile, nella prospettiva di una corretta ricostruzione storica. Le posizioni in campo sono infatti ampiamente falsate dalla polemica, e più di ogni altra viene deformata la condizione reale di quella che Ferri aveva deciso di chiamare 'scuola classica'.

La prima forzatura sta nella 'invenzione' della 'scuola classica' (41). C'era in Italia, certamente, una tradizione di pensiero penalistico che può essere fatta risalire anche più indietro dell'illuminismo e di Beccaria, ma niente che possa essere assimilato ad una 'scuola', specie nel senso in cui la parola suona nel discorso ferriano. Gli illuminismi penali erano stati almeno tre, in Italia, e c'erano notevoli differenze tra Napoli, Firenze e Milano: quelle differenze, insieme a molto altro, spiegano i diversi orientamenti della filosofia penale di uomini come Gian Domenico Romagnosi, Giovanni Carmignani, Pellegrino Rossi o Carlo Cattaneo, che sono alle origini dell'articolazione teorica conosciuta dalla penalistica italiana all'indomani dell'Unità ed anche della più grave divaricazione che la investe negli anni Ottanta. Ad esempio, una linea ideale che può essere tracciata tra Pietro Verri, Romagnosi e Cattaneo non è estranea, a mio parere (ma la cosa andrebbe bene indagata e discussa) al fatto che proprio in Italia la temperie positivista che attraversava l'Europa va a dare i suoi frutti — più che in ogni altro campo — precisamente nel diritto penale. In Italia, poi, non c'era stato solo l'illuminismo: la tradizione di diritto comune era fortissima, radicata in Toscana (42), meno in Lombardia, quasi per niente a Napoli, e questo aveva colorato di toni differenti l'insegnamento e la pratica del penale nei diversi centri della penisola. Infine, i diversi

(41) A questa 'invenzione' si ribellarono in particolare Luigi Lucchini e Aristide Gabelli (cfr. M. SBRICCOLI, *La penalistica civile* cit., p. 186 [t. II, p. 537]).

(42) Un esempio: la tradizione di diritto comune, così avvertibile nella maniera della dottrina penale toscana, è stata certamente decisiva, ma trascurata fino ad ora, nella formazione di Francesco Carrara. Vuole suggerircelo con un aneddoto anche E. FERRI, *Francesco Carrara e l'evoluzione del diritto penale*, in « Nuova Antologia », 16 settembre 1899, p. 669, poi in ID., *Studi sulla criminalità ed altri saggi* (1901) cit., p. 408.

spiritualismi, i giusnaturalismi, le filosofie civili e i più vari eclettismi ci hanno dato penalisti a tutto tondo come Giuliani e Ambrosoli, Buccellati, Arabia o Zuppetta; oppure ‘filosofi penali’ di occasione come Guerrazzi e Cantù, Pisanelli e Tommaseo, Conforti, Minghetti o Mamiani, Rosmini o Mancini, e magari Carlo Cattaneo: uomini che nessuno mai potrebbe riuscire a mettere sotto l’egida di un’unica scuola (43).

La seconda forzatura sta nella mera identificazione della ‘scuola’ con il pensiero di Francesco Carrara, operazione compiuta, peraltro, isolando il Carrara ‘filosofo penale’ da tutto il resto della sua opera, quella dogmatica, quella professionale, quella politica, e semplificando oltre il vero la sua complessa, ricca, ed anche contraddittoria, personalità (44). È così che è stato possibile comprimere una ‘scuola’ che non esisteva dentro un penalista solo, e il penalista dentro un formulario di mera creazione, peraltro anch’esso di rigorosa provenienza positivista: fondandosi su di un astratto giusnaturalismo — si è detto e tralattivamente ripetuto — il diritto penale ‘dei classici’ ha carattere metafisico, è trascendente, viene da Dio, oppure discende dalla Ragione immortale, assoluta ed impassibile, è quindi antistorico, viene dedotto da verità immutabili che promanano dalla legge di natura, prescinde dal diritto positivo, lo trascende, poggia su leggi eterne, è astratto (45). Non si può dire che niente di questo sia vero, anche se mi sento di aggiungere che quanto ci fosse di vero non sarebbe comunque granché rilevante (46). Il fatto è che io non trovo

(43) « La vecchia Scuola — avrebbe scritto Aristide Gabelli, forse l’osservatore più attento delle vicende penalistiche di quegli anni — parole che nulla significano, perché la vecchia Scuola ha i miti e ha i severi, ha i mistici e i politici, gli idealisti e i pratici, ha tutti fino a ieri e fino a oggi, che confondendosi insieme, si cominciarono a chiamare così » (A. GABELLI, *Sulla « Scuola positiva » del diritto penale in Italia* cit., p. 524).

(44) Francesco Carrara è stato seriamente riletto, studiato, e nuovamente valutato negli ultimi dieci anni. Un grande Convegno per i cento anni della sua morte celebrato tra Lucca e Pisa nel 1988 ha prodotto seri studi ora pubblicati in AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte* cit. In particolare, i saggi di T. DELOGU, « *Vivo e morto* » nell’opera di Francesco Carrara (pp. 59-182) e T. PADOVANI, *Francesco Carrara e la teoria del reato* (pp. 253-98), restituiscono un profilo convincente del penalista lucchese.

(45) Si vedano i puntuali ridimensionamenti presenti in T. DELOGU, « *Vivo e morto* » nell’opera di Francesco Carrara cit., pp. 64 sgg.

(46) Chiunque abbia lavorato su Carrara sa che i suoi scritti si prestano straordi-

niente di tutto questo nel Codice Zanardelli, che sarebbe il capolavoro di quella ‘scuola classica’ e quindi il prodotto squisito del pensiero di Francesco Carrara.

Qui sta la terza forzatura: il referente dialettico eletto dagli innovatori positivisti è una poco definita ‘scuola classica’ che, iniziata con Beccaria, sarebbe culminata nell’opera di Francesco Carrara, chiudendo lì la sua vicenda storica (47). Il referente reale, quello non dichiarato, è invece un gruppo di penalisti che molto hanno imparato dal Carrara liberale, dalla dogmatica carrariana, dal suo modo di ragionare, dalla capacità di far lavorare i principi per creare un sistema penale razionale, che funzioni, che svolga il suo ruolo di garanzia per i cittadini e per la *civitas* (48); ma sono penalisti che è difficile schierare in una inesistente squadra di ‘carrariani’: per le loro diverse storie (49) e per lo spirito con cui guardano a lui:

nariamente a rassicuranti rinvenimenti e plausibili obliterazioni. Ci si possono trovare tutte queste cose, ed altre che le possono negare o correggere.

(47) Vedi sopra la nota 32; T. DELOGU, « *Vivo e morto* » nell’opera di Francesco Carrara cit., pp. 61 sgg., rimette nella giusta prospettiva questa ed altre distorsioni dovute al dispiegarsi di quella polemica.

(48) Voglio rinviare ancora all’ultima parte del saggio *ibid.*, pp. 170 sgg., dove vengono delineati con grande precisione ed efficacia i punti essenziali del metodo dogmatico di Francesco Carrara e la qualità di « opera di diritto penale generale di ispirazione liberale » rivestita dal suo *Programma*.

(49) Pur riferendosi ad un *sistema condiviso* che li teneva insieme dentro un comune lavoro, e pur riconoscendosi in una prospettiva strategica comune, nessuno di loro sentiva di stare dentro una logica di appartenenza. E quanto al merito delle questioni (le ‘pratiche applicazioni’, come si diceva allora) i dissensi erano frequentissimi. Così Lucchini: « ...io non vado incontro alla ‘nuova scuola’ come un seguace, più o meno ortodosso, di quella che, per diletto, fu chiamata la ‘scuola classica’ del giure penale. Pieno di riverenza per gli insigni rappresentanti delle dottrine tradizionali e prevalenti, non mi presto tuttavia ad un culto dommatico o ad una soggezione incondizionata, come si esige dai credenti in chiesa o dai soldati in caserma. [...] Laonde, se per ‘scuola classica’ s’intenda una ‘scuola giuridica’, che è quanto dire l’unica scuola ammissibile in materia che essenzialmente appartiene al diritto, certamente io ambisco e mi onoro di appartenervi. Se volesse invece cotal predicato affibbiarsi a quell’*assieme*, o meglio a quella parte delle dottrine dominanti che ancora non sono svincolate dai sillogismi della vecchia metafisica (badisi bene, della vecchia metafisica), ovvero ad un complesso di postulati professati dall’uno o dall’altro anche dei più autorevoli criminalisti, allora, dico, non regge più la solidarietà, ed io mi permetterei, senza atteggiarmi per nulla a rinnovatore o riformatore della scienza, di pensare con la mia testa e di reclamare la mia parte di libera opinione e di libero esame » (L. LUCCHINI, *I semplicisti* cit., pp. XXIV-XXV; i corsivi sono miei).

deferenza, rispetto, ammirazione, ma autonomia, ed anche distanza. Questi penalisti, ‘militanti’, se posso dire, del diritto penale liberale⁽⁵⁰⁾ e di una concezione realistica della scienza giuridica e della legislazione (voglio dire Luigi Lucchini ed Enrico Pessina, Pietro Nocito, Emilio Brusa e Giovan Battista Impallomeni, processualisti come Luigi Casorati e filosofi penali come Aristide Gabelli) sono quelli che hanno effettivamente fatto il codice che prese il nome di Zanardelli. Ciononostante, se si esclude Lucchini che deve la memoria di sé al fatto di essere stato l’antagonista di Enrico Ferri, essi sono stati praticamente dimenticati nelle ricostruzioni che la letteratura delle *Premesse storiche* ha riservato alla vicenda dottrinale degli ultimi decenni dell’Ottocento.

Quelle ricostruzioni, come ho già detto, riproducendo uno schema e nutrendo stereotipi, fecero ciascuna eco alle altre, finendo per semplificare ogni volta di più le precedenti semplificazioni. In esse si sono perdute le distinzioni e le articolazioni, pur presenti nei due ‘schieramenti’, presentati, per necessità di scena, come monolitici ed irriducibili. Ma soprattutto si è perduta la percezione delle omologie di fondo che la penalistica italiana conservava, al di là dei conflitti che pure s’erano determinati. Così, dando rilievo a quei conflitti, non ci si avvide che essi erano probabilmente una manifestazione, ed anche una condizione, della permanenza e dello sviluppo di quelle omologie. Non si può negare, infatti, che il nuovo indirizzo positivo, per la sua vocazione a stare culturalmente dentro il suo tempo, per la volontà di riforma che lo animava, per la visione integrata della scienza penale di cui era portatore, per la preoccupazione tecnica che qualche sua componente coltivava, esercitava in rapporto al diritto penale di ispirazione liberale, una vera e propria *funzione concorrente*, se non altro nel mantenere la scienza penale, con tutta la sua specificità di *scienza giuridica*, nell’ambito delle altre scienze sociali e sul terreno del confronto con la politica e con la società. La corrente positivista, con le sue utili innovazioni, ma anche con i suoi limiti culturali e politici, con gli errori strategici che

(50) Un’illustrazione più distesa della funzione svolta da questi giuristi, insieme ad una discussione più ravvicinata dei criteri di politica penale e dei principi dogmatici che essi introdussero stabilmente nel nostro sistema penale, si possono trovare in M. SBRICCOLI, *La penalistica civile* cit., specie pp. 160-94 [t. II, pp. 508-47].

coltivava, rappresentava dunque, tuttavia, *un'espressione storicamente aggiornata della penalistica civile italiana*, e si inseriva, checché pensasse di se stessa, in una tradizione centenaria.

2.3. *Il codice penale del 1889 e lo sviluppo del diritto penale in Italia.*

Ho detto che agli inizi degli anni Ottanta, i penalisti che operavano nelle più importanti sedi universitarie della penisola, pur con le loro varie sensibilità e le loro diverse ispirazioni, facevano riferimento ad un complesso di opzioni teoriche e ad una base metodologica sostanzialmente accettate. Dalla condivisione di un comune terreno scientifico erano poi passati ad un più omogeneo sentire politico, raccolto intorno a tre punti fondamentali: un orientamento liberale, una volontà di aggiornamento dei contenuti del sistema penale che viene conseguito con l'affinamento della dogmatica, una attitudine realistica ⁽⁵¹⁾ nell'adeguarsi al nuovo che viene, ancorandosi a principî segnati nella costituzione dello Stato ⁽⁵²⁾. Principî che riguardavano la funzione del diritto penale, i limiti dell'incriminazione, la responsabilità del reo, la preminenza del valore della libertà individuale tutelata soprattutto nelle sue sfere

⁽⁵¹⁾ È un 'pensiero di realtà', ripeteva continuamente Luigi Lucchini, quello che impone un raccordo con « le condizioni vere e concrete dei fatti », contro le ubbie dei metafisici e le aberrazioni dei pretesi novatori (L. LUCCHINI, *I Semplicisti* cit., p. XXIV-XXV).

⁽⁵²⁾ « È comune sentenza — scriveva agli inizi di quegli anni Luigi Casorati — che nuove leggi politiche esigono nuove leggi penali. Ed invero ora è una grande istituzione per lo addietro non ammessa, che viene reclamata dal bisogno di porre in accordo il novello diritto pubblico col diritto penale. Ora è una formalità, o per dir meglio una garentia che prima non era conosciuta, o non abbastanza apprezzata, o che forse non credevasi prudente di accordare, la quale diventa nel nuovo ordine di cose una necessità. Ora è un potere che nel sistema anteriore sembrava indispensabile al magistrato per l'efficace esercizio dell'azione punitrice, il quale diventa incompatibile con lo spirito delle nuove leggi politiche, onde conviene farlo cessare o mitigarlo almeno con opportuni temperamenti. Ma il legame riesce ancora più evidente presso le nazioni in cui i rapporti tra i cittadini e il potere sovrano sono esplicitamente consacrati da un patto fondamentale, come avviene nei paesi retti a forma rappresentativa. Allora non occorrono considerazioni, ma basta guardare lo statuto per farsi capaci della verità del nostro asserito » (*Il processo penale e le riforme. Studi*, Milano 1881, p. 6).

espressive (pensiero, parola, scritti), le garanzie processuali, la chiarezza e la tassatività degli enunciati normativi raccolti in un *corpus* organico, le diverse funzioni della pena, il principio di adeguazione, quelli di inesorabilità e certezza, accompagnati tuttavia ad una esigenza di generale addolcimento della penalità. Poi, alcuni fondamentali principî/valori quali potevano essere il principio di legalità e la non retroattività delle norme penali, il divieto di procedere per analogia o la presunzione di non colpevolezza.

È su questo terreno che vede la luce, dopo un lavoro durato quasi trent'anni, il codice penale che prese il nome dal ministro Zanardelli. La lunghissima gestazione che ebbe potrebbe essere ripercorsa come la storia della sprovvincializzazione, della crescita culturale, della modernizzazione del sistema penale italiano, così come era stato consegnato — realtà e tradizione — dagli stati preunitari al Regno d'Italia. Il contenuto dei primi progetti, il tenore delle prime discussioni, mostrano quanto sia stata lunga e difficile la strada da percorrere per arrivare a quella che fu la più rilevante espressione della penalistica civile di orientamento liberale. Un codice frutto di una lunga riconsiderazione del passato, dunque, che avrebbe però avuto anche un lunghissimo futuro, capace, come fu, di imporsi come 'misura', adempiendo implicitamente ad una funzione di 'indirizzo', se non di modello, ben oltre i quarant'anni della sua vigenza.

Il codice detto di Zanardelli, al di là di ogni possibile difetto o inadeguatezza, può essere considerato una pietra angolare del sistema penale italiano di lunga durata. La sua funzione è stata insieme innovatrice e moderatrice. Al momento del suo avvento ha praticamente costretto il Paese a misurarsi con un livello di civiltà penale più elevato di quello che la società nel suo complesso sapeva esprimere. Il vigore della sua concezione, ha imposto alla dottrina giuridica italiana una cifra tecnica alta, con ciò svolgendo una funzione nettamente positiva: funzione non estranea, a mio avviso, alla crisi di identità che il diritto penale italiano, intriso di sociologismi di lega non sempre buona, ha conosciuto negli anni a cavallo tra Otto e Novecento. Quella qualità tecnica, fatta di buon metodo e di rigore nelle classificazioni, ma anche di principî coerentemente dedotti in norme ordinate, si è fatta vettore di scelte normative realistiche, plausibili e razionali. Ha promosso una maturazione dottrinale che ha investito la ricerca ed i suoi metodi, la consapevo-

lezza degli operatori pratici, il foro, le cattedre ed anche il legislatore, condotto a muoversi in un ambito segnato da limiti e fondamenti resi stabili dalla loro scientifica *gravitas*. Quel codice avrebbe perciò fatto anche da argine — non tanto e non solo da sé, ma per la ‘cultura’ che aveva suscitato — in quei non rari, difficili frangenti che nei decenni successivi avrebbero messo a rischio non solo la legalità e la garanzia, ma la stessa civiltà del sistema penale italiano.

Molti sono i contenuti innovatori del codice Zanardelli ⁽⁵³⁾, e molti quelli destinati a durare nel nostro sistema penale, fin dentro ed oltre l’esperienza del fascismo, che avrebbe posto termine alla sua vigenza. Basterà, qui, accennarne qualcuno. Innanzitutto l’abolizione della pena di morte (« il rossore del nostro governo », diceva Carrara), con gli effetti che essa ebbe sulla scala penale del codice e nell’intero suo impianto punitivo ⁽⁵⁴⁾. Poi l’opzione per il sistema di bipartizione dei reati (delitti, contravvenzioni), che aveva un isolato precedente toscano nella tradizione italiana ⁽⁵⁵⁾, e che resterà un punto fermo di non piccolo rilievo nel nostro sistema penale ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵³⁾ Al codice penale del 1889 è stato dedicato, nel suo primo centenario, un Convegno genovese i cui atti sono ora pubblicati in S. VINGIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova 1993. Alcuni dei suoi più significativi contenuti sono illustrati da P. NUVOLONE, *Giuseppe Zanardelli e il codice penale del 1889*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano 1984, II, pp. 961-85, che riproduce numerosi passi della *Relazione ministeriale* del 1887 e brevemente li commenta, attribuendo al ministro Zanardelli meriti politici che ebbe e meriti tecnici che furono di altri. Limpida ed equilibrata resta tuttora la (pur breve) sintesi che si può leggere in G. VASSALLI, *Codice penale*, in « Enciclopedia del diritto », VII, Milano 1960, pp. 268 sgg. Faccio rinvio infine a M. SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale* cit., pp. 134-56, [t. II, pp. 932-53], e ID., *La penalistica civile*, cit., *passim* e pp. 189-94 [t. II, pp. 541-47], nei quali ho cercato di leggere quel codice in un contesto di vicende dottrinali, politiche e legislative capaci insieme di definirlo, descriverlo e connotarlo storicamente.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. M. SBRICCOLI, *La penalistica civile* cit., pp. 163 sgg., ma soprattutto M. DA PASSANO, *La pena di morte nel Regno d’Italia, 1859-1889*, in S. VINGIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari e il codice Zanardelli* cit., pp. 579-651.

⁽⁵⁵⁾ Si veda T. PADOVANI, *La tradizione penalistica toscana nel codice Zanardelli*, in S. VINGIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari e il codice Zanardelli* cit., pp. 405 sgg.

⁽⁵⁶⁾ La tripartizione (crimini, delitti, contravvenzioni) era stata adottata dal codice penale francese e rispondeva alla tradizione di quasi tutti gli Stati italiani preunitari. La bipartizione (delitti, contravvenzioni), sembrava rispondere meglio alla logica giuridica ed alla economia degli strumenti normativi (L. LUCCHINI, *Ancora e sempre contro la tripartizione dei reati nel Progetto di Codice penale*, in « Rivista Penale », XI (1885), n. 22,

Accanto alla bipartizione (faccio parlare Luigi Lucchini ⁽⁵⁷⁾), l'unità delle specie penali, le norme sul concorso delle pene, il sistema penitenziario progressivo e la soppressione dei gradi penali, i succedanei della riprensione giudiziale e della malleveria di buona condotta, insieme al severo trattamento dei recidivi; le nozioni rinnovate sulla imputabilità e sulla responsabilità e poi quelle sulla partecipazione; la classificazione dei reati e la loro nozione obiettiva, l'eliminazione della 'casuistica' ed un modo nuovo per la commisurazione delle sanzioni e per la valutazione delle circostanze dei reati. Il principio di stretta legalità — è stato osservato ⁽⁵⁸⁾ — e quello di irretroattività della legge penale sono stabiliti con chiarezza e definitivamente acquisiti; il concorso di persone nel reato viene attentamente tipizzato nelle sue diverse forme, in specie sul punto della punibilità dei concorrenti morali. Il tentativo, viene rivisto con spirito garantista, con la previsione di un inizio di esecuzione del delitto e l'idoneità dei mezzi; l'imputabilità è posta a fondamento della punibilità, ed i delicati rapporti tra dolo, colpa e responsabilità oggettiva vengono disciplinati con l'introduzione di criteri certi e tassativi di imputazione soggettiva dei reati. Se si aggiungono poi alcune significative novità introdotte quanto al merito delle scelte repressive ⁽⁵⁹⁾, ci si renderà conto dell'impo-

pp. 429-39). Prevalse la bipartizione, e da questa scelta discese l'altra, relativa alla collocazione delle contravvenzioni. La soluzione più ragionevole sembrò quella di mantenere nel codice penale sia le norme generali sulle contravvenzioni, sia le disposizioni speciali relative a quelle tra di esse che sembravano avere un carattere di maggiore stabilità. Su questa vicenda e sulle sue 'diverse vite' nella storia dei rapporti tra diritto penale e politica criminale, si veda T. PADOVANI, *Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni, fra storia e politica criminale*, in G. MARINUCCI, C. DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano 1985, pp. 421-64.

⁽⁵⁷⁾ L. LUCCHINI, *La terza serie della Rivista Penale*, in « Rivista Penale », XVI (1890), n. 31, p. 5.

⁽⁵⁸⁾ G. NEPPI MODONA, *Legislazione penale*, in F. LEVI, U. LEVRA, N. TRANFAGLIA (a cura di), *Il mondo contemporaneo. Storia d'Italia*, Firenze 1978, II, p. 592.

⁽⁵⁹⁾ Nella parte speciale venne introdotto il nuovo titolo dei delitti contro la libertà. I diritti e la sensibilità dei credenti vengono salvaguardati da un titolo sui delitti contro la libertà di culto mentre viene cancellato quello — assai risalente e denso di tradizioni e valore simbolico — intitolato ai delitti contro la religione dello Stato. Un largo intervento di laicizzazione estende l'area del comportamento lecito, col rendere indifferenti per la legge penale molti comportamenti rilevanti sul solo piano morale o

nenza conseguita da questo *opus magnum* della penalistica civile di ispirazione liberale.

Questo codice, peraltro, si segnala come passaggio cruciale della crescita del sistema penale italiano perché ha saputo avviare, sia pure *in nuce*, soluzioni capaci di far fronte al nuovo modo di presentarsi del fenomeno criminale ed alle esigenze punitive nuove che una simile trasformazione faceva emergere. Non ha lavorato soltanto sul passato ed ha posto una sicura attenzione al presente. Una gran parte del futuro gli è sfuggita, come è naturale, se non altro perché ai codici si deve accordare — per rispetto della loro natura — di nascere vecchi. Ciò non ha impedito, tuttavia, ai penalisti che lo costruirono, di insinuare nel codice (liberale ‘e quindi’ retribuzionista) rilevanti elementi di correzionalismo, non ridotto ai soli modi dell’esecuzione ma ispirato ad una esigenza di ‘emenda’ che a quei penalisti era familiare, per averla ospitata da sempre nelle loro file. Così come non ha impedito che il codice ponesse le premesse di un sistema sanzionatorio variamente orientato, con la previsione di sanzioni alternative, sostitutive, o assimilabili a misure di sicurezza, con l’adozione di profili di prevenzione speciale al livello del codice, con un’articolazione attenta del trattamento quando si tratti di infermi di mente, minori non imputabili, ubriachi, semimputa-

sociale. Cresce dunque lo spazio accordato alla visione liberale, il che non vuol dire che il codice del 1889 non conosca difetti e contraddizioni anche sotto il profilo della garanzia per le libertà. Il liberalismo italiano non era quello dei libri e dei classici: esso si ispirava ad una dottrina statualistica dei diritti e delle libertà che era quella degli Stati liberali di diritto in Europa. La storia ci ha detto che era piuttosto un liberalismo di proprietari poco borghesi, fragile nella consistenza, dubbioso negli intenti, con un fondo di insopprimibile autoritarismo. Solo per fare qualche esempio, mentre si cancellano i reati di opinione si continua a coltivare e far funzionare il duplice livello di legalità (il Testo Unico di pubblica sicurezza coordinato al nuovo codice col r.d. 30 giugno 1889, n. 6144, mantiene la vecchia linea, e non cambia le cose) lasciando alla polizia l’interdizione dell’azione delle opposizioni; i reati politici ottennero una sistemazione ben più rigorosa e garantita che in passato (M. SBRICCOLI, *La penalistica civile* cit., pp. 173 sgg. [t. II, pp. 522 sgg.]), ma alcune formulazioni normative consentiranno tuttavia di mantenere le inveterate prassi di repressione rivolte specialmente a socialisti, anarchici e sindacalisti (G. NEPPI MODONA, *Legislazione penale* cit., p. 592). Scomparvero però le « norme del sospetto », quelle che ancora nel codice del 1859 punivano i vagabondi e gli oziosi (peraltro mantenuti, come sappiamo, nelle mani della polizia dalla legge di pubblica sicurezza).

bili ⁽⁶⁰⁾. Se si guarda all'adozione del *principio di gradualità*, destinato ad avere molto futuro ⁽⁶¹⁾, e se si guarda alla coppia reclusione/detenzione, vi si scorgono i nuclei di una apertura estremamente innovativa. Così come per gli arresti domiciliari, il lavoro a vantaggio delle amministrazioni pubbliche senza privazione della libertà, la riprensione giudiziale.

Trovo difettose le analisi di coloro che, analizzando le scelte normative del codice Zanardelli, tornano (credo, ormai, senza più intenzioni né consapevolezza) ad evocare il paradigma delle scuole. L'additamento degli elementi 'presi' ai positivisti nel codice del 1889 è stato in grande auge nei decenni che lo seguirono: appropriazioni, si diceva, mentre altri parlavano di intrusioni, oppure di cedimenti. Si è persino detto che il codice doveva essere attribuito alla terza scuola ⁽⁶²⁾ (che peraltro non c'era ancora quando il codice uscì), credo sulla scorta di chi ne indicava il carattere eclettico ⁽⁶³⁾, per via di venature positiviste che avrebbero ombreggiato il nitore classico che ci si aspettava da esso ⁽⁶⁴⁾. Ma l'importanza di quel codice nella storia del penale sta proprio in quel suo carattere realistico, e nel respiro che la cultura penalistica che lo produsse pur possedeva e

⁽⁶⁰⁾ Su questi temi valgono le considerazioni di S. MOCCHIA, *Ideologie e diritto nel sistema sanzionatorio del codice Zanardelli*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari e il codice Zanardelli* cit., specie pp. 565 sgg., già impostate in parte da P. NUVOLONE, *Giuseppe Zanardelli e il codice penale del 1889* cit., pp. 965 sgg.

⁽⁶¹⁾ « Appare, così, nella legislazione italiana, quel principio della *gradualità* destinato ad avere attraverso i tempi il più grande sviluppo. Ad esso si collega il regime progressivo attenuato di cui all'art. 14 del codice penale, nel quale si prevede che il condannato che abbia scontato metà della pena e non meno di trenta mesi, e abbia tenuto buona condotta, può essere ammesso a scontare il rimanente della pena in uno stabilimento penitenziario, agricolo o industriale (*stabilimenti intermedi*) o anche lavorando in opere pubbliche o private sotto la potestà della pubblica amministrazione » (P. NUVOLONE, *Giuseppe Zanardelli e il codice penale del 1889* cit., p. 967).

⁽⁶²⁾ F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano 1947, I, p. 78.

⁽⁶³⁾ U. SPIRITO, *Il nuovo diritto penale*, Venezia 1929, p. 19.

⁽⁶⁴⁾ A mostrare quanto la forza dell'inerzia possa talora sulla realtà e l'intelligenza, qualcosa del genere accadrà anche a proposito del codice fascista del 1930, quando i superstiti dell'inveterata contesa si posero a misurare gli apprezzamenti di codice di loro spettanza. Giustamente G. NEPPI MODONA, M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in L. VIOLANTE (a cura di), *La criminalità* cit., pp. 784-85, vedono nelle 'rivendicazioni di paternità' una occasione di incomprensione delle ragioni autentiche di quel codice.

riuscì a metterci. Non c'era bisogno dei positivisti perché il legislatore penale pensasse a sanzioni che oggi assimileremmo alle misure di sicurezza, perché esse erano presenti da decenni nel sistema e da più di un secolo nella cultura della prevenzione e della pena; non è necessario evocare i positivisti ogni volta che appare, sia pure in trasparenza, la 'pericolosità' dei soggetti (65), perché questo era senso comune, tra la gente e per gli scienziati, nel secolo XIX: senso comune al punto di comparire, senza contraddizione né scandalo, nelle sentenze dei giudici, in piena vigenza del codice del 1889 che avrebbe dovuto essere incompatibile con quella prospettiva (66); né si può dire che lo spazio accordato alla recidiva, per fare un esempio concreto, sarebbe mancato se i positivisti non l'avessero tanto valorizzata, come pure meritevolmente fecero.

Il codice Zanardelli — e voglio dire la sapienza giuridica e civile che lo espresse — è entrato nella nostra cultura penale e vi è rimasto. Anche la 'sublimazione autoritaria' (67) che ne dovette fare il fascismo, là dove sembrò mantenerne i principî nel codice suo, fu segno della sua impossibile circoscrizione: e così pure i suoi 'ritorni', qualche volta adombrati (68), ma storicamente insostenibili, sono

(65) P. NUVOLONE, *Giuseppe Zanardelli e il codice penale del 1889* cit., p. 963.

(66) Guido Neppi Modona riferisce che nel corso di un seminario dedicato all'esame di sentenze emanate dal tribunale penale di Mondovì tra il 1898 e il 1900, si è visto « che i richiami ad alcuni dei postulati della scuola positiva nella determinazione in concreto della misura della pena, quali ad esempio la personalità dell'imputato, la sua estrazione sociale e la sua pericolosità, sono molto frequenti. E ciò in un periodo in cui, vigente il codice penale Zanardelli del 1889, a livello legislativo non vi era ancora alcuna indicazione di tali parametri, teorizzati appunto dalla scuola positiva ai fini della determinazione della durata delle misure di difesa sociale » (G. NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo* cit., p. 48)

(67) L'espressione, che coglie una verità, è di T. PADOVANI, *La sopravvivenza del codice Rocco* cit., p. 90.

(68) Il ministro della giustizia Tupini, l'8 gennaio del 1945, insediando due commissioni per la riforma della legislazione penale, espresse la sua personale preferenza per un immediato ritorno ai codici penale del 1889 e di procedura del 1913. La prima commissione, nella sua *Relazione al Guardasigilli sulla riforma della parte generale del codice penale* (in « Archivio penale », 1945, p. 399) fece presente di essersi « posto innanzi tutto il quesito del se fosse necessario un ritorno al codice penale Zanardelli, procedendo a un lavoro di aggiornamento e di integrazione dello stesso », ma di avere poi optato per l'emendazione e l'aggiornamento del codice vigente. Su questa vicenda si veda P. PIASENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma*

segno del suo essersi stratificato nei caratteri stabili della penalistica italiana.

3. *La crisi della cultura penalistica a cavallo del secolo.*

3.1. *Il diritto penale tra ingiustizie sociali e pubbliche libertà.*

Quegli anni di preparazione e poi di prima vigenza del nuovo codice, gli anni della penalistica civile, furono cruciali per lo sviluppo del sistema penale italiano. Ne rappresentarono lo stato nascente: vi si fondarono la presa di coscienza della funzione del penale, i principî orientatori della scienza, le ideologie dei sistemi sanzionatori, la dogmatica, le politiche penali e criminali. Vi trovarono spazio articolazioni dottrinali ed opzioni politiche divaricate, che si intrecciarono trasversalmente, perché la materia penale, con la sua centralità, suscitava ed invocava, inevitabilmente, pluralità di scelte e di strategie. Ed anche perché quei giuristi, giudici, avvocati, non potevano evitare di far entrare nel dibattito penale, così legato alle questioni politiche di fondo che si agitavano nel Paese, le esperienze decisive che molti di loro venivano facendo nella vita politica concreta. Una vita politica attraversata, sul finire del secolo, da una gravissima crisi sociale, dall'avvento di protagonisti nuovi — i lavoratori con le loro organizzazioni politiche e sindacali —, da una svolta che si stava preparando, che sarebbe approdata alla fase giolittiana del primo Novecento. Questi mutamenti determinavano tensioni e scontri nei quali il momento penale veniva necessariamente coinvolto, e su piani diversi: nell'azione legislativa ispirata dall'emergenza, negli interventi giudiziari che spesso aggiravano le garanzie del codice, nell'opera della polizia che svolgeva compiti di interdizione del dissenso politico.

È da questo punto di vista, e solo da questo, che mi sembra utile qui dare uno sguardo all'esperienza dottrinale, che non fu solo dottrinale, del socialismo giuridico penale. Di questo orientamento politico-giuridico, molto si è detto in questi ultimi venticinque

del codice penale e della legge di pubblica sicurezza, in « *Politica del diritto* », X (1979), pp. 262, 290-91.

anni (69). Una rinnovata sensibilità ai contenuti politici del diritto penale, nel riaffacciarsi di una penalistica che all'inizio dei nostri anni Settanta riscopre il senso della testimonianza civile e ritrova ragioni di impegno politico negli avvenimenti che maturavano nel Paese, ha reso allora di nuovo interessante, se non 'attuale', la lezione di quella lontana esperienza. Si trattava di giovani penalisti, seguaci in maggioranza dell'insegnamento di Enrico Ferri, e di altri, di ispirazione diversa — liberali zanardelliani, radicali, repubblicani, ma anche liberali moderati e crispini (70) — che finirono per

(69) Sul socialismo giuridico penale, dopo l'avvio dato da G. NEPPI MODONA, *Una « scuola » dimenticata* cit., e dopo il saggio di M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale* cit., sono usciti diversi studi che hanno in vario modo ripreso e sviluppato la questione. Penso, per esempio, a U. GUERINI, *Socialismo giuridico e diritto penale*, in « *Politica del diritto* », V (1974), pp. 431-74; N. MAZZACUVA, *La questione penale nella « Critica sociale » (1898-1910)*, in « *La questione criminale* », III (1976), pp. 139-65; G. NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in « *Democrazia e diritto* », XVII (1977), fasc. 4, pp. 666 sgg.; ID., *Legislazione penale* cit.; ID., *Diritto penale e positivismo* cit., pp. 58 sgg.; G. NEPPI MODONA, L. VIOLANTE, *Poteri dello Stato e sistema penale*, Torino 1978, pp. 177 sgg.; C. CARINI, *Cultura e politica del socialismo giuridico (1890-1910)*, in « *Annali della Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Perugia, Materiali di storia* », XVIII (1981/82), n. 6, pp. 54-100; ID., *Giacomo Matteotti. Idee giuridiche e azione politica*, Firenze 1984, specie pp. 19 sgg.; F. COLAO, *Cultura e ideologie penalistiche fra Ottocento e Novecento*, in ID., *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento* cit. pp. 107-23; M. L. GHEZZI, *La questione penale nella Critica sociale*, in E.R. PAPA, *Il positivismo e la cultura italiana* cit., pp. 405-13; ID., *Devianza tra fatto e valore nella sociologia del diritto*, Milano 1987, pp. 83-110; R. TREVES, *Il rinnovato interesse per il socialismo giuridico in Italia*, *ibid.*, pp. 391-403; M. CASCAVILLA, *Il socialismo giuridico italiano. Sui fondamenti del riformismo sociale*, Urbino 1987; J. VERVAELE, *La naissance de l'Etat-Providence et le modèle des sciences pénales intégrées (gesamte Strafrechtswissenschaft)*, in « *Déviance et Société* », XIII (1989), n. 2, pp. 141-54; C. GUARNIERI, *L'ordine pubblico e la giustizia penale*, in R. ROMANELLI (a cura di), *Storia dello Stato italiano dall'Unità ad oggi*, Roma 1995, pp. 365-405; R. ZANGHERI, *Ancora a proposito di socialismo e criminalità. Una lettera di Turati a Costa*, in AA.VV., *Ricerche di storia in onore di Franco Della Peruta. Politica e Istituzioni*, I, Milano 1996, pp. 327-33. Quanto alla produzione scientifica dei principali protagonisti, chi volesse potrebbe fare riferimento a M. SBRICCOLI, *Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano*, in « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », n. 3/4 (1974-75), pp. 873-1035, poi ripubblicato in volume con lo stesso titolo dall'editore Giuffrè a Milano nel 1976.

(70) I nomi che per primi vengono in mente sono quelli di Eugenio Florian e Adolfo Zerboglio, socialisti, apportatori del nucleo teorico più coerente e convinto per l'individuazione di un 'programma' del socialismo giuridico penale. Quelli di altri

ritrovarsi in una corrente di pensiero politicamente composita, scientificamente trasversale, a suo modo effimera, nata insieme e cresciuta accanto alle prime organizzazioni politiche del movimento operaio (71). I punti d'incontro della loro ispirazione stavano nella coscienza del valore politico del diritto penale e della possibilità di orientarne i contenuti con una dottrina in qualche modo schierata, militante; si trovavano nel riconoscimento dei 'difetti sociali' del codice penale e, per alcuni di loro, nella natura apertamente classista delle leggi penali esistenti (72); riposavano nella convinzione che quel sistema, se pur non era rovesciabile, fosse tuttavia riformabile (73) e che andasse riformato; si riassumevano infine nella loro resistenza — politica, morale, culturale, dottrinale e pratica — all'involuzione

socialisti come Luigi Majno, Agostino Berenini, Alberto Borciani, di democratici come Alfredo Pozzolini e Giovan Battista Impallomeni, legato a Zanardelli, radicali come Ugo Conti, di un crispino come Michele Angelo Vaccaro, di moderati come Pietro Nocito. Su questi giuristi e sulla loro opera, relativamente alla fase in cui si impegnarono sul terreno politico di una riforma 'sociale' del diritto penale, rinvio a M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale* cit., specie pp. 577 sgg. [t. II, pp. 838 sgg.].

(71) Una discussione tra Filippo Turati, Enrico Ferri e Napoleone Colajanni, seguita ad un saggio di Turati intitolato *Il delitto e la questione sociale. Appunti sulla questione penale*, Milano 1883, va posta alle origini della presenza culturale del socialismo giuridico nella penalistica italiana. È da essa che inizia, in Italia, la riflessione sui caratteri classisti del diritto, non solo della legislazione, penale. La si può vedere ricostruita in M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale* cit., pp. 567 sgg. [t. II, pp. 828 sgg.]

(72) La denuncia, quasi una scoperta, della natura di classe del diritto penale viene iniziata da un « darwinista sociale » non socialista, M.A. VACCARO, *Genesi e funzione delle leggi penali*, Torino 1889, e poi ripresa con vigore da E. FLORIAN, *Le ingiustizie sociali del codice penale*, in « La scienza del diritto privato », IV (1896), pp. 47-55, 81-95 e da A. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella legislazione penale*, in « La scuola positiva », VI (1896), pp. 68-79. La svilupperanno, correggendola ed attenuandola, A. POZZOLINI, *L'idea sociale nella procedura penale. Appunti critici*, in « Archivio Giuridico », LX (1898), pp. 305-19, e LXI (1898), pp. 30-62, 279-303, e G.B. IMPALLOMENI, *Funzione sociale del diritto punitivo*, Roma 1905 (poi riassunto in « Critica sociale », XV (1905), pp. 237-38), che sottolinea piuttosto i caratteri di 'neutralità' del diritto penale. Quando ormai l'esperienza del 'socialismo giuridico' era chiusa da tempo, venne pubblicato il mediocre compendio di C. MANES, *Capitalismo e criminalità. Saggio critico di sociologia criminale*, Milano 1912.

(73) « Certo, la radice delle disuguaglianze che si deplorano è nelle viscere del sistema e perciò le disuguaglianze rimarranno fino a che durerà il sistema; ma ciò non toglie che si possano lenire ed attenuare, seguendo ed affrettando l'evoluzione, con l'opera assidua e vigilante » (E. FLORIAN, *Le ingiustizie sociali del codice penale* cit., p. 49).

autoritaria che l'Italia conobbe nella seconda metà degli anni Novanta.

Il loro impegno si svolge, secondo le linee classiche della penalistica civile di cui assumevano l'eredità, sui libri, dalle cattedre, nei tribunali, in Parlamento. Valorizzano prima di tutto il rapporto che esiste tra scienza e società e rivolgono la loro attenzione a due momenti: in particolare: quello legislativo — che per essi implica l'inchiesta sociale e lo studio del fenomeno criminale ⁽⁷⁴⁾ —, e quello di una riflessione sul penale che non sia solo tecnica o solo metodologica. Tenendo ferma l'attenzione a tecniche e metodi, essi guardano ai contenuti del diritto ed alle conseguenze sociali della sua applicazione. Badano ai contraccolpi che il penale può avere sulle condizioni di vita dei cittadini, sulle loro libertà, sulla possibilità di organizzarsi e di crescere del movimento politico alternativo che li vede militanti e che sta loro principalmente a cuore. Si propongono, in effetti, senza professioni scientifiche esplicite e senza pubblicare manifesti, come gli iniziatori della sociologia penale italiana: mediocri iniziatori, bisogna aggiungere (per sincretismo di metodi, debolezza di analisi, implausibilità di paradigmi), di una disciplina che, peraltro, ha conosciuto, *et pour cause*, ben poca fortuna.

Nella (breve) fase in cui maggiormente si concentrò la loro battaglia ideale e pratica — dalla metà degli anni Novanta ai primi

⁽⁷⁴⁾ Seguivano in questo la lezione del positivismo (non solo giuridico) che ispirava la maggior parte di essi, esprimendo anche un bisogno di concretezza e di aderenza ai fatti ed ai problemi che difettava nella tradizione penalistica italiana. Attenti ai problemi propri delle classi più deboli, rivolgono in quella direzione le loro 'inchieste sociali': Florian e Cavaglieri si occupano di vagabondaggio (*I vagabondi. Studio sociologico giuridico*, Torino 1897-1900); Zerboglio, Ferri e Colajanni di alcoolismo; ancora Zerboglio, Florian e Cavagnari di prostituzione. Studiano il carcere come luogo elettivo in cui si raccordano le istituzioni borghesi e la gestione classista del fenomeno criminale con interventi, tra altri, di Ferri, Nocito, Laschi, Florian, De Luca, e dello stesso Turati (famoso il suo discorso *I cimiteri dei vivi. Per la riforma carceraria*, che è del 1904). In altra direzione, ma con lo stesso spirito, Rodolfo Laschi studia fenomenologia e storia della 'delinquenza bancaria', facendone occasione di riflessione sui rapporti tra potere economico e affarismo politico, così come erano stati messi in luce dal recente *affaire* della Banca Romana. Colajanni, Vaccaro e De Luca studiano il fenomeno mafia, del quale colgono, grazie allo sguardo politico, elementi che all'osservazione meramente giuridica sfuggivano interamente.

inizi del secolo nuovo — essi si mossero su due terreni, quello scientifico e quello politico, e su due versanti, nelle università e nei partiti politici: l'insegnamento e gli scritti (non solo tecnici, ma spesso militanti, nelle riviste di tendenza o in quelle di partito), si mescolarono ai comizi, all'apostolato — come allora si diceva — delle riunioni politiche, alle battaglie parlamentari.

È difficile affermare con certezza, come ho già detto, se quei socialisti della cattedra stessero semplicemente conducendo una lotta politica, o se il loro vero scopo fosse innanzitutto la riforma del diritto e della legislazione penale. Si direbbe che s'erano dati entrambi gli obiettivi, ma quel che accadde fu che la qualità politica della loro battaglia finì per assorbirne la componente giuridica, mettendola in ombra e togliendole autorevolezza. Solo negli anni terribili di fine secolo, dal 1894 al 1900, quando venne messa a rischio la libertà, i due versanti della loro testimonianza lavorarono l'uno ad arricchimento dell'altro. Furono anni in cui tornarono sulla scena la legislazione eccezionale ed i provvedimenti speciali contro gli oppositori politici, anarchici e socialisti. Le libertà statutarie vennero praticamente sospese, mentre il movimento operaio delle città industriali subiva una sanguinosa repressione. La borghesia tentò, come fu detto, un 'colpo di Stato' che non riuscì, anche per l'opera politica, scientifica e giudiziaria di questi giuristi e dei loro alleati liberali. Si trattò, come ho già scritto una volta, di una battaglia civile difficile, rischiosa, costosa, ma fu combattuta con dignità e coraggio, apertamente e senza risparmio. Le riviste scientifiche, la stampa quotidiana, i tribunali, il Parlamento, e perfino le piazze furono il teatro di uno scontro nel quale il ruolo di quei penalisti fu insieme decisivo ed esemplare. Fu certo quella l'ultima grande testimonianza della penalistica militante: un modo degno, se non altro, di uscire di scena.

Il socialismo giuridico penale perse poco a poco sostenitori e ragioni, per diversi e complessi motivi. Esso mancava, innanzitutto, di una adeguata strategia per la realizzazione del sistema penale che aveva, seppur confusamente, prefigurato. Nelle sue stesse premesse ideologiche c'era la condizione preliminare di un cambiamento radicale della società e dello Stato, ma questo cambiamento non ci fu. Né l'elaborazione tecnica che i giuristi socialisti fecero delle loro idee di riforma fu all'altezza del compito: gli obiettivi erano indivi-

duati, ma mancò la via per raggiungerli. La corrente aveva svolto un grande lavoro difensivo, ottenendo qualche successo che consisté innanzitutto nell'impedire il pieno successo altrui; sul piano dell'iniziativa, invece, quando si trattò di tradurre in soluzioni di politica penale la denuncia delle 'ingiustizie sociali' del sistema, mostrò tutta la sua inadeguatezza culturale. Perché di questo si trattava: di un difetto di cultura che sarebbe stato pagato di lì a poco con una storica emarginazione.

Tutto questo non toglie che il socialismo giuridico abbia lasciato nella storia del sistema penale italiano una sua piccola, o forse grande, eredità. Ha testimoniato la necessità di mantenere sotto giudizio critico i fondamenti del sistema penale e le sue grandi ispirazioni di fondo; ha mostrato che, all'occorrenza, la critica politica radicale può svolgere una funzione di freno, costringere alla riflessione, contribuire alla correzione di un sistema condotto a riconoscere i suoi difetti (75). Ha offerto, infine, un esempio di intellettuali impegnati nel campo che era precipuamente il loro, per la salvaguardia dei livelli vitali di libertà e di civiltà dell'intera società, attraverso una battaglia condotta sul terreno penale. Nella vicenda unitaria dell'esperienza penale italiana non è mai venuta meno la presenza di uomini capaci di testimonianza, franca o appartata, palese o latente, a seconda dei tempi, o della qualità dei protagonisti: occorre dire che quei giuristi ne diedero prova notevole, pur se per un tempo breve, e in un frangente di grande rilievo.

(75) Mai come ora, scriveva R. LASCHI, *Prefazione* a ID., *I delitti contro la libertà del lavoro*, Torino 1903, in una situazione mutata, quando la bufera era passata e si intravedeva la possibilità di un 'patto' tra ceti nuovi e classi dirigenti «...l'arte di governo si trovò di fronte alla necessità di mutar rotta, né più maturo ne fu il momento per noi, da che un periodo di operosità industriale sembra sostituirsi alle inquietudini politiche, chiamando a raccolta le sane energie della nazione. Disciplinare queste con una legislazione non ispirata al terrore ma alla necessità dei nuovi rapporti economici, sì che essa segua se non preceda, l'evoluzione sociale per non venirne rimorchiata e travolta: tale il compito delle classi che si dissero, fin qui dirigenti e sembrano smarrite di fronte alle nuove responsabilità che l'epoca attuale loro impone. Pure non è più lecito ad esse ignorare od illudersi: a loro spetta opporre alla formula della lotta di classe una tattica più saggia più generosa, e che per questo appunto sarà la più forte. L'arma civile delle leggi è ancora nelle loro mani: sappiano usarne con prudente larghezza, impugnandola contro il privilegio, voglia esso imporsi dall'alto o dal basso: diversamente l'arma cadrà loro inutile dal pugno, o, peggio, verrà strappata a forza. E sarà, allora, per sempre ».

3.2. *La cultura penale italiana agli inizi del ventesimo secolo.*

Uscita dalla dura prova degli ultimi anni del secolo, la penalistica italiana attraversa una fase difficile. La grande tradizione liberale e realistica ha ormai da tempo perso i suoi maestri, sente di avere esaurito gran parte della sua funzione e vive un momento di disorientamento, politico (76) e scientifico. È in corso un profondo mutamento dei contesti, indotto da una straordinaria accelerazione economica e da una conseguente ricomposizione sociale (77) che pretende, tra le altre cose, anche politiche penali adeguate. In particolare, bisogna far fronte ad una criminalità che sempre meno risponde ad uno schema 'agricolo' (78) e sempre di più si commisura alla società in espansione, tenendo in scacco i cittadini e lo Stato (79). Ai criteri della repressione e della prevenzione si chiede di mettersi al passo con il nuovo livello della minaccia ed è qui che i penalisti

(76) Le vicende di fine secolo hanno insinuato divisioni e provocato fratture. Uomini come Lucchini, Impallomeni, o Brusa s'erano molto impegnati in difesa delle garanzie e delle libertà pubbliche (M. SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale* cit., pp. 176 sgg. [t. II, p. 973]), ed erano stati lasciati soli. Un'invettiva di Impallomeni, in occasione delle discussioni sul caso Frezzi (un anarchico abusivamente arrestato e misteriosamente morto in carcere, a Roma, nel 1897) dà la misura della durezza dello scontro: « La legge — scrive G.B. IMPALLOMENI, *Responsabilità ministeriale e responsabilità comune a proposito del caso Frezzi*, in « La giustizia penale », III (1897), pp. 821-22 — ha posto limiti rigorosi all'adempimento degli ordini arbitrari, affinché ciascuno impari quanto importi porre la legge al di sopra dell'arbitrio. Dica chi vuole che questo è *dottrinarismo liberale*: questo è semplicemente la legge. E sappiano i putridi, vecchi e nuovi arnesi di reazionarismo autoritario, che i più pericolosi nemici delle istituzioni sono quelli che le vorrebbero puntellate di violenza e di arbitrio, poiché, scosso in basso il rispetto della legge manomessa dall'alto, esse precipitano sopra gli improvvidi e farisaici loro sostenitori »: tra gli arnesi di cui parla c'erano anche alcuni dei suoi colleghi penalisti.

(77) Sul rapporto tra crescita economica e politiche penali negli anni a cavallo del secolo si veda J.A. DAVIS, *Conflict and Control* cit., trad. it. cit., pp. 375 sgg. Tra il 1896 e il 1906 l'economia italiana si sviluppa a un tasso senza precedenti, dopo aver effettuato una scelta protezionista agli inizi degli anni Novanta che finì per avere effetti sulla stessa concezione liberale del ruolo e della funzione dello Stato.

(78) F. COLETTI, *La popolazione rurale in Italia e i suoi caratteri demografici, psicologici e sociali*, Piacenza 1925, pp. 73 sgg.

(79) Queste, almeno, sono le linee ispiratrici di E. FORNASARI DI VERCE, *La criminalità e le vicende economiche d'Italia dal 1873 al 1890*, Torino 1894, suffragate dalle serie pubblicate poi da F. COLETTI, *Classi sociali e delinquenza in Italia nel periodo 1891-1900*, Roma 1910.

inseriti nella tradizione giuridica che ha prodotto il codice si avvertono inadeguati. Quelli tra loro che hanno vigore di ingegno — Arturo Rocco, Vincenzo Manzini, Bernardino Alimena, per fare qualche nome — aggiorneranno i loro metodi cogliendo e sviluppando spunti fertili nel realismo di Luigi Lucchini o nelle revisioni di Eugenio Florian e Alfredo Pozzolini. Gli altri testimonieranno con la loro mediocrit  l'esistenza di una crisi culturale che coinvolge tutta la penalistica italiana.

Sembrerebbe dunque giunto il momento dei penalisti formati nel contesto della cultura antropologica diffusa dall'opera di Cesare Lombroso, ed alla scuola di Enrico Ferri. Non   cos . Il lombrosismo   in crisi di prestigio e di credibilit , contestato oltre confine ⁽⁸⁰⁾ e ormai disertato dai penalisti italiani. Le teorie penali ferriane, dal canto loro, conoscono una diversa forma di ridimensionamento.

Alcuni degli elementi presenti nella dottrina positivista (l'attenzione al delinquente ed alla sua pericolosit , l'idea di una prevenzione speciale, la pena riadattativa, in una parola il nucleo cruciale che si raccoglieva intorno alla *ossessione della recidiva* ⁽⁸¹⁾) circolano e si impongono facilmente nel sistema penale, in ragione della loro sostanziale compatibilit  con la tradizione penalistica italiana; e cos    anche per le prospettive generali di difesa sociale. Si tratta in buona sostanza di *senso comune* che ha gi  prodotto *da tempo* figure penali, istituti preventivi, pratiche repressive di polizia e percorsi interpretativi di giudici. La recidiva   entrata nel sistema penale senza alcuna difficolt , in tutte le sue possibili articolazioni ⁽⁸²⁾. Non

⁽⁸⁰⁾ E.R. PAPA, *Criminologia e scienze sociali nel dibattito europeo sulla « scuola italiana » di antropologia criminale (1876-1900)*, in ID. (a cura di), *Il positivismo e la cultura italiana* cit., pp. 21 sgg.

⁽⁸¹⁾ Per tutti, l'eccellente studio di B. SCHNAPPER, *La récidive, une obsession créatrice au XIX^e siècle*, in AA.VV., *Le récidivisme*, Atti del XXI Congresso della Association Française de Criminologie (1982), Poitiers 1986, pp. 25-64.

⁽⁸²⁾ La recidiva era forse il terreno sul quale, oggettivamente, i positivisti avevano dato un contributo di 'invenzione del problema' di tutto riguardo. L'errore stava semmai nel pensare che la sua presenza nella legislazione rappresentasse una contraddizione, o un cedimento, dei penalisti 'classici'. Aveva detto bene Aristide Gabelli: « Anche quando [la nuova Scuola] si sar  persuasa che alle teorie penali c'  poco da aggiungere, mentre pur tanto rimane a fare nella pratica, *serber  il merito di aver dato una certa scossa salutare a una scienza che fra noi alcun poco sonnecchiava*. Ma inoltre, avviata a un intento

passano invece i capisaldi strategici del sistema dottrinale positivista, quelli che avrebbero trasformato il Paese in un immenso riformatorio: l'episodio del progetto Ferri ⁽⁸³⁾ dimostrerà l'incompatibilità di quella visione col sistema penale sostenibile, e bisognerà attendere il fascismo per vedere nel codice penale elementi che fanno pensare alle idee dei positivisti. Ma si tratterà delle idee e delle soluzioni del fascismo: non una opzione dottrinale attinta alla scuola di Ferri, ma la scelta repressiva illiberale, politicamente motivata e mirata, di un regime totalitario che ha finito per servirsi, tecnicamente parlando, di ciò che c'era. Una strumentalizzazione politica, si è giustamente ripetuto di recente ⁽⁸⁴⁾. Varrà la pena ricordare, tra l'altro, che i penalisti che misero mano alla codificazione del fascismo venivano, dottrinalmente, da un'altra storia ⁽⁸⁵⁾.

Inadeguatezze e incertezze, dunque. Esse provenivano da due fronti: da una debolezza interna, culturale e dogmatica, della scienza

più determinato e più utile, *diverrà principalmente uno studio della recidiva*, studio del quale ha le condizioni e i caratteri e di cui non è necessario di provare l'opportunità in un paese, dove i recidivi giungono a più della metà dei malfattori » (*Sulla « Scuola positiva » del diritto penale in Italia* cit., pp. 526-27).

⁽⁸³⁾ Qualche cenno in M. SBRICCOLI, *La penalistica civile* cit., pp. 227-29 [t. II, pp. 585-87].

⁽⁸⁴⁾ G. NEPPI MODONA e M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo* cit., p. 785.

⁽⁸⁵⁾ Questo punto di vista può dare ragione anche del fatto che l'incidenza della scuola positiva nella cultura penalistica e nel diritto penale italiano sembrerebbe avere avuto un andamento contraddittorio: grande influenza nei due decenni successivi al suo apparire e poi un destino di irrilevanza e di oblio (così G. NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo* cit., pp. 47 sgg.). Forse siamo in presenza di un *trompe-l'oeil*, lasciato anch'esso del clamoroso scontro tra le 'scuole', come ho detto più sopra. In realtà la scuola positiva ha avuto influenza (era impossibile che non ne avesse) ma non successo. I suoi limiti culturali e l'impresentabilità di molte sue 'teorie' furono rilevati da subito. Usando le metafore militari che essa amava, si può dire che essa venne sbaragliata in occasione del codice Zanardelli, fallì nel tentativo Ferri, non fu praticamente presente nella codificazione Rocco; molti tra i migliori dei suoi disertarono alla fine degli anni Novanta o presero grandi distanze non solo da Lombroso ma anche da Ferri; e di tutti coloro che ne rielaborarono alcune idee, rendendole compatibili e portandole a qualche successo, nessuno era positivista. L'irrilevanza e l'oblio sono la conseguenza della qualità di quella cultura e del suo insostenibile segno complessivo. Solo il suo *côté* lombrosiano sembra aver lasciato tracce ancora vive nel mondo degli stereotipi: qualcuno pensa ancor oggi che delinquenti si nasce, altri si aspettano che i criminali si segnalino con la loro faccia, o almeno con i loro modi, molti li ritengono incorreggibili e nutrono nei loro confronti un'attitudine eliminativa.

giuridica penale nel suo complesso, e da una forza esterna, provvista di grande attrattiva, rappresentata dal paradigma ‘scientifico’ del diritto da tempo dominante nella cultura giuridica italiana ⁽⁸⁶⁾ con i suoi corollari fondamentali: l’autonomia del giuridico e la dislocazione del *focus* penalistico sullo Stato.

La debolezza interna era innegabile e dichiarata più o meno apertamente ogni volta che si rifletteva sullo stato del diritto penale ⁽⁸⁷⁾ o se ne invocava uno nuovo ⁽⁸⁸⁾. Ricorrente era il proposito di lasciarsi alle spalle « l’urto sistematico fra i classici ed i positivisti », individuato come uno dei fattori di crisi della scienza penale, impaccio alla sua crescita, ostacolo ad una riflessione corale della penalistica italiana sulle ragioni della sua scienza. Ma la spinta agli eclettismi ed ai sincretismi che spira ovunque in quel torno di anni ⁽⁸⁹⁾ non era che un altro segno della sua impotenza culturale.

Quella che ho chiamato la ‘forza esterna’ è, in concreto, la realtà stessa della cultura giuridica italiana tra Otto e Novecento. La forza di attrazione che essa era capace di esercitare era tale che si resta sorpresi nel vedere quanto a lungo la penalistica italiana abbia indugiato nei suoi metodi e mantenuto i suoi legami con la dimensione filosofica, con la società e con la politica: in una parola con la sua connotazione civile. Ma anche nell’ambito penale, progressivamente, quel contesto aveva indotto una avvertibile destabilizzazione.

I fondamentali punti di riferimento della penalistica civile del

⁽⁸⁶⁾ Sulla formazione e la presa di egemonia di un paradigma civilistico nella cultura giuridica italiana si legga L. FERRAJOLI, *Scienze giuridiche* cit., pp. 564 sgg.,

⁽⁸⁷⁾ Significative le riflessioni di E. FLORIAN, *La fase odierna del problema penale*, Prelezione letta a Padova il 20 gennaio 1900, in « Rivista di diritto penale e sociologia criminale », I (1900), pp. 4-21, e di G.B. IMPALLOMENI, *Funzione sociale del diritto punitivo*, Prelezione letta a Roma il 1° febbraio 1905, Roma 1905.

⁽⁸⁸⁾ A. POZZOLINI, *Verso il nuovo diritto penale*, Prelezione letta a Pisa il 10 novembre 1908, Pisa 1908.

⁽⁸⁹⁾ Una ‘scuola’, la terza, si presenta sulla scena con l’intento programmatico di conciliare le due tendenze della penalistica italiana. Bernardino Alimena, allievo di Enrico Pessina, principale promotore del nuovo tentativo, avrebbe voluto chiamarla ‘Scuola critica’, ma l’inesorabile paradigma delle scuole la inchiodò sul nome di ‘Terza’. Sull’altra riva, respingendo l’idea che stessero « fantasticando di terze o quarte scuole », anche Zerboglio e Pozzolini, entrambi di provenienza positivista, fanno precedere da un programma di stampo ‘antologico’ la loro nuova « Rivista di diritto penale e sociologia criminale » che inizia le pubblicazioni nel 1900.

secolo XIX si erano gradualmente dissolti o erano seriamente degenerati. La deriva antiilluministica del liberalismo ottocentesco aveva poco a poco sottratto alla penalistica liberale il suo fondamentale punto di appoggio: l'esistenza, cioè, di una giustificazione esterna del diritto penale che dava fondamento alla difesa della libertà contro l'arbitrio distruttivo, facendo del penale il luogo della tutela giuridica, della garanzia, della legalità e della certezza. Il 'nuovo liberalismo' si incardina invece su un'idea di Stato costruito come « ente originario, 'personale', capace di volontà »⁽⁹⁰⁾, nato da una complessa operazione che mescolando tecnica giuridica, immagini, metafore e miti, lo ha restituito come « soggetto, persona, centro di volontà [...] non trasformabile, stabile, perenne »⁽⁹¹⁾. Questo spostamento di centro ha valore strategico e forza irresistibile. Esso determina una sorta di disorientamento nella scienza penale che s'era formata sui principî di derivazione illuministica ed avverte ora che le si assegna un nuovo compito: quello di costruire un diritto penale che deve prodursi da sé operando su se stesso. Cadono infatti i riferimenti esterni (la società, la politica, ma anche la ragione, la libertà) e resta, unico referente, uno Stato che per il suo carattere originario, non costituito, non vincolato da contratti, ha il potere di dare origine, legittimandola con una qualificazione giuridica oggettiva, a quella stessa scienza giuridica che lo legitimerà a sua volta attraverso la sua permanente autopoiesi.

Si tratta dell'effetto combinato di una serie di spoliticizzazioni che investono il giuridico, cominciando dalla considerazione dello Stato come entità naturale e perciò neutrale, passando a quella del diritto come a sua volta neutrale e perciò avalutativo. È l'abbandono dell'ancoraggio illuministico ed il presupposto per l'affermarsi di quel 'modello del diritto civile' adottato dalla scienza del diritto pubblico, protagonista Vittorio Emanuele Orlando e, da ultimo, dal diritto penale, per l'impulso di Arturo Rocco. La crisi di una parte

⁽⁹⁰⁾ P. COSTA, *La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica* cit., p. 119.

⁽⁹¹⁾ *Ibid.*, p. 120. Ma sull'immagine dello Stato che ci viene dalla cultura giuridica tra Otto e Novecento, anche per la sua rilevante portata in ordine alla comprensione di questo tornante della cultura penalistica, si legga, di P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Otto e Novecento*, Milano 1986.

della penalistica italiana sta *nella incapacità di cogliere tutto questo*, e nel senso di inadeguatezza che tratteneva i pochi che tutto questo avevano cominciato a capire ⁽⁹²⁾.

Se poi ci si mette dal punto di vista particolare dei penalisti di origine positivista, la crisi del penale appare altrettanto seria, anche se sembra meno avvertita. Essi hanno dalla loro, prima di tutto, la sensazione che le loro idee stiano facendosi largo, il che li sottrae al senso di disorientamento che invece domina i penalisti liberali. In secondo luogo, le matrici ideologiche a cui si richiamano sono meglio compatibili con il rapporto Stato-diritto che sta venendo avanti. Il loro problema, su questo punto, è che non sembra ne avessero maturato la coscienza: molti di loro si troveranno in sintonia ed organicità con ciò che la storia stava preparando, in modo « né sorprendente, né significativo » ⁽⁹³⁾, alla fine di una strada percorsa pensando continuamente di stare andando da un'altra parte.

Ma la ragione di crisi più seria e, per così dire, strategica, stava, quanto al *côté positivista*, nello stato miserevole in cui versavano le scienze sociali alle quali quel diritto penale aveva legato parte dei suoi destini. L'antropologia e la psichiatria criminale, insieme alla stessa criminologia, si isterilivano sempre di più nella vulgata del lombrosismo ⁽⁹⁴⁾, frantumate in mille rivoli, senza prospettive di

⁽⁹²⁾ Bisogna pure aggiungere che tutto ciò era dovuto anche ai limiti soggettivi di una generazione di penalisti tra i quali ben pochi spiccavano per personalità o eminenza di ingegno.

⁽⁹³⁾ P. COSTA, *Il 'solidarismo giuridico' di Giuseppe Salvioli*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », I (1974-75), n. 3-4, p. 494. Costa suggeriva l'idea che l'approdo al fascismo di Salvioli, moderatamente positivista e moderatamente socialista, così come il consimile approdo di gran parte dei positivisti penalisti, aggiungo io, potesse generare un dubbio da applicare al socialismo giuridico italiano. Un dubbio, in particolare, « sulla presunta sterilità del movimento, sul carattere utopistico e accademico della sua 'predicazione nel deserto', insomma sul suo storico 'déracinement', e suggerire di ripensare globalmente ad esso, più che secondo lo schema della astratta e velleitaria *ideologia della riforma*, secondo il *tópos* astuto e lungimirante della *riforma dell'ideologia* ».

⁽⁹⁴⁾ Cesare Lombroso intanto coronava i suoi numerosi cicli involutivi « seguendo le leggi dell'evoluzione » e « spingendosi fino a quei due rami che stanno ai confini dell'ignoto: medianismo (spiritismo) e omeopatia » (*Al lettore*, in « Archivio di psichiatria », XVII (1896), fasc. 1-2, p. 3).

rinnovamento; isolate dal contesto europeo che contestava la maniera italiana, prive di personalità di qualche rilievo che potessero rilanciarle o almeno sottrarle al discredito che sempre più le investiva nella comunità degli studiosi, « testimoniavano l'estremo punto di arrivo della crisi del positivismo nel suo intrecciarsi con la crisi di fine secolo »⁽⁹⁵⁾. Lo studio del rapporto tra fenomeno criminale e processi economici, che tanto si sarebbe sviluppato in Europa⁽⁹⁶⁾, era completamente trascurato. La stessa sociologia generale stava subendo l'emarginazione decretata dall'idealismo trionfante, mentre quella penale o criminale non aveva neanche fatto in tempo a nascere, avviata da giuristi penalisti che ne orecchiavano i fondamenti, limitandosi a farne, in buona sostanza, uno strumento di pressione per la riforma della legislazione penale.

4. *Un 'nuovo diritto penale' nel nuovo diritto pubblico.*

Si giunge così ad un tornante convenzionale della storia del diritto penale italiano: il 1910, la prolusione sassarese di Arturo Rocco, l'avvio del metodo 'tecnico giuridico' nello studio e nella produzione del diritto penale⁽⁹⁷⁾. Non rifarò, punto per punto, l'analisi di quello storico documento⁽⁹⁸⁾, ma qualche riflessione è necessaria per restituire alla svolta dottrinale di quegli anni il senso che realmente essa ha avuto: su quel discorso si è infatti incrostata una vulgata che ne ha asciugato il contenuto programmatico, caricandolo peraltro di esiti che solo in parte gli competono.

⁽⁹⁵⁾ L. MANGONI, *Una crisi di fine secolo. La cultura italiana e la Francia fra Otto e Novecento*, Torino 1985, p. 208.

⁽⁹⁶⁾ Basti pensare agli studi avviati da W.A. BONGER, *Criminalité et conditions économiques*, Amsterdam, 1905, per arrivare alle ricerche della Scuola di Francoforte (G. RUSCHE, e O. KIRCHHEIMER, *Punishment and social structure*, New York 1939), passando per Thorsten Sellin, del quale basterà ricordare il celebre *Research Memorandum on crime in the depression*, New York, 1937.

⁽⁹⁷⁾ AR. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in « Rivista di diritto e procedura penale », I (1910), parte I, pp. 497-521, 560-82.

⁽⁹⁸⁾ Rinvio però a M. SBRICCOLI, *La penalistica civile* cit., pp. 217-25 [t. II, pp. 573-83]. In quelle pagine si troverà una lettura ravvicinata e storicizzata del 'manifesto' del tecnicismo giuridico penale, che costituisce in qualche modo la base testuale delle osservazioni che seguiranno.

Una lettura storicizzata di quel programma metodologico (che non cada nell'errore di retrodatare al 1910 il Rocco degli anni successivi al 1925) mostra che il suo obiettivo dominante si compone di due tentativi: *a)* quello di 'risanare' in qualche misura il diritto penale, la cui crisi era seria, evidente, ammessa da tutti; *b)* quello di mettere al passo il penale con la realtà del diritto e dello Stato quale da tempo si era affermata nel sistema giuridico italiano. I due tentativi si congiungevano nel fatto che la crisi e l'arretratezza del penale stavano proprio nel non essersi esso ancora conformato alla 'costituzione giuridica' dello Stato liberale di diritto: il che vuol dire che esso non aveva fatto i conti con la nuova concezione che aveva investito i diritti di libertà, riscattandoli dal fondamento giusnaturalista per consegnarli alla legge dello Stato ⁽⁹⁹⁾. Ma di questo dirò tra poco.

4.1. *Segnare i confini del diritto penale.*

I termini in cui Rocco chiede il 'risanamento' del diritto penale consistono principalmente in un accertamento dei confini e nell'invocazione di un diverso rapporto con le scienze sociali. Ce n'era bisogno.

La crisi del diritto penale, sostiene, è una *crisi di identità*: i penalisti rischiano di scomparire in un indifferenziato magma sociologico nel quale il diritto appare sempre più introvabile ⁽¹⁰⁰⁾. Il rimedio sembrava stare nella rivalorizzazione del momento giuridico

⁽⁹⁹⁾ Come si sa, in Italia questa operazione viene compiuta da V.E. ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, Torino 1888. Su questi aspetti della storia del pensiero giuridico costituzionale gli studi di riferimento sono quelli di M. FIORAVANTI, *Le dottrine dello Stato e della costituzione*, in R. ROMANELLI (a cura di), *Storia dello Stato italiano* cit., pp. 407-57 e ID., *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, I: *Le libertà fondamentali*, Torino 1995.

⁽¹⁰⁰⁾ « Se ben esiguo, e anzi quasi nullo è il numero di coloro che, infatuati di una falsa o esagerata ipotesi antropologica, considerano la scienza nostra destituita da ogni ragion d'essere come scienza, *ad un tempo sociale e giuridica*, permangono tuttavia, sia pure isolate, opinioni e tendenze per le quali essa dovrebbe trasformarsi completamente nel suo oggetto, nel suo contenuto, nei suoi limiti, e perfino nel suo nome, in guisa tale da perdere la propria autonomia e individualità di scienza giuridica e da venir sostituita da una nuova, e più ampia, disciplina sociologica, nella quale essa rimarrebbe assorbita e confusa » (AR. ROCCO, *Il problema e il metodo* cit., p. 499).

(« la costruzione dogmatica degli istituti penali in base ai principî del diritto positivo vigente ») che però *non lasciasse da parte* « l'indagine delle ragioni di necessità sociale e di opportunità politica che stanno a base del diritto costituito »⁽¹⁰¹⁾; quel che occorre è disincrostrare il penale da una quantità di elementi che gli sono estranei, che lo offuscano, che gli tolgono il suo carattere di scienza giuridica⁽¹⁰²⁾. Una volta ricostituita l'identità del penale si porrà il problema della sua autonomia, e cioè del rapporto con le scienze sociali rispetto alle quali Rocco non chiede *una separazione* ma, come chiunque direbbe, *una distinzione*: egli non vuole neanche, « ...proclamando tale distinzione, *formalizzare lo studio del diritto penale, ridurlo ad una astrazione teorica, isolarlo dalla realtà naturale e sociale da cui germoglia*; né questo punto è [...] il risultato necessario di quella distinzione »⁽¹⁰³⁾. Questo si legge in quella prolusione. Da queste premesse, possiamo dirlo, si è dipanata un'esperienza che non le ha sempre interamente onorate. Ma si deve anche aggiungere che il contesto con cui il metodo propugnato da Rocco si sarebbe confrontato nei decenni successivi ne avrebbe seriamente condizionato l'applicazione, mettendo per di più in mani diverse, quelle ad esempio di Vincenzo Manzini, la gestione della fase tecnicista⁽¹⁰⁴⁾.

⁽¹⁰¹⁾ *Ibid.*, pp. 499-500.

⁽¹⁰²⁾ « La produzione scientifica [...] va vagolante, dubbia di sé e dei suoi fini, par quasi ancora cercare se stessa. E così corrono oggi per le mani di tutti trattati e monografie e articoli, così detti di diritto penale, in vista di taluno dei quali c'è da domandarsi se una scienza che si chiama *diritto penale* sia o non sia una scienza giuridica. C'è dell'antropologia, della psicologia, della statistica, della sociologia, della filosofia, della politica: tutto, insomma, qualche volta, tranne che il *diritto* » (*Ibid.*, p. 499).

⁽¹⁰³⁾ *Ibid.*, pp. 517-18.

⁽¹⁰⁴⁾ Non v'è dubbio che il metodo tecnico giuridico accompagnò la politica del diritto della prima metà di questo secolo, sotto l'egemonia accademica e politica di Vincenzo Manzini, il cui ruolo certo meriterebbe attenzione e studio. Una curiosità: voglio ricordare, *en passant*, e nello spirito di dare a ciascuno il suo, una piccola coincidenza di date e prolusioni: dieci mesi dopo quella di Rocco, sempre nel 1910, il 22 novembre, Vincenzo Manzini teneva la sua prolusione torinese intitolata *La politica criminale e il problema della lotta contro la delinquenza e la malavita*, in « Rivista Penale », XXXVII (1911), n. 73, pp. 5-14, nella quale, *entre autres choses*, alludendo a Rocco criticava « una delimitazione eccessivamente artificiosa e astratta dell'ambito riservato alla nostra disciplina » (p. 5); proponeva « norme permissive » dell'uso delle armi da parte dei cittadini « per rintuzzare la temerarietà e la protervia dei malviventi »

Quanto al metodo in sé, Rocco lo configura in ordine alla funzione che egli assegna al diritto penale. Il suo compito, dice, consiste nello « *studio della disciplina giuridica di quel fatto umano e sociale che si chiama delitto, e di quel fatto sociale e politico che si chiama pena*, cioè lo studio delle norme giuridiche che vietano le azioni umane imputabili, ingiuste e dannose indirettamente produttive e rivelatrici di un pericolo per l'esistenza della società giuridicamente organizzata » (105).

Ma ciò non vuol dire — conclude (106) — che il cultore del diritto penale non debba assumere talvolta la veste dell'antropologo, del psicologo e del sociologo; e neppure che in questo studio tecnico del diritto non si possa, e non si debba, anzi, seguire un metodo positivo e sperimentale. *Distinzione non è separazione, e tanto meno divorzio scientifico.*

Queste idee, che Rocco organizza e delinea con un vigore che le rende persuasive, se non altro per i suoi contemporanei, non piombano inattese nel dibattito tra i penalisti. Egli riesce a dare loro organicità e sistema, usando l'ingegno e lo spessore dogmatico che gli vanno riconosciuti, ma tutto sommato non fa che sviluppare nuclei che erano largamente presenti, ad esempio, nelle riflessioni dei più pensosi esponenti del socialismo giuridico, nella sua fase di crisi (107). Basterebbe guardare a quanto aveva detto, in un'altra

(p. 8); lamentava l'eccessiva mitezza del sistema penale e deprecava il fatto che per compiacere « alla classe colta della nazione » l'Italia si fosse « presa il lusso [...] della abolizione della pena di morte » (p. 10); si dispiaceva che gli agenti della forza portassero le armi senza adoperarle e opinava che il governo dovesse « promuovere e favorire la costituzione di quelle benemerite associazioni private, che hanno per iscopo di concorrere con la polizia nella lotta contro la delinquenza » (p. 11). Credo che si possa dire che in questa prolusione c'è molta più anticipazione e 'promessa' di fascismo di quanta se ne possa vedere, specie se non si guarda bene, nella 'politicità dell'apolitico' che si rimprovera — peraltro giustamente — a quella di Rocco.

(105) AR. ROCCO, *Il problema e il metodo* cit., p. 518.

(106) *Ibid.*, p. 518 (l'ultimo corsivo è mio).

(107) Cfr. M. SBRICCOLI, *La penalistica civile* cit., p. 220 [t. II, p. 576]. Non sembra plausibile, tutto considerato, che obiettivo dell'appello al tecnicismo fosse quello di fronteggiare la proposta politica del socialismo giuridico penale (così G. NEPPI MODONA, e L. VIOLANTE, *Poteri dello Stato e sistema penale* cit., p. 183), non foss'altro che per il

prolusione, soltanto l'anno prima, Alfredo Pozzolini, parlando di *un nuovo diritto penale* ⁽¹⁰⁸⁾.

Rocco imposta in modo plausibile, ed in termini che appaiono 'moderni', il rapporto tra il diritto penale come scienza *giuridica* e le altre scienze sociali. Sembra quasi pensare alla pluridisciplinarietà degli approcci, quando prefigura un giurista che, all'occorrenza, si serve di criteri interpretativi *filosofici o politici* per spiegare « la *ragion d'essere degli istituti giuridici penali* nello Stato e nella società attuali » e procedere « alla ricerca di quel che *il diritto penale positivo dovrebbe essere*, [elaborando] così le venture riforme legislative » ⁽¹⁰⁹⁾. Egli afferma di non volere l'isolamento del diritto penale e dichiara di temerlo. Vede rischi in questo senso nella propria impostazione, ma tranquillizza il suo uditorio, negando che l'avvento di un « vuoto, quanto pericoloso formalismo che riduca la scienza ad un puro esercizio scolastico di astrazioni teoriche » stia fra le conseguenze possibili della sua proposta.

Noi sappiamo che alcuni di quegli esiti, negati o scongiurati, ebbero effettivamente a realizzarsi. Sappiamo della fine del diritto penale come scienza giuridica integrata, del suo isolamento, della sua perdita di centralità, della sua assimilazione al metodo civilistico. Finiva l'epoca della penalistica civile e sarebbe iniziata quella che ho definito, giocando con le parole, la stagione della civilistica penale. Dubito però che sia corretto far decorrere tutto ciò da quel fatidico 15 gennaio del 1910. Se di svolta si deve parlare essa riguarda un altro aspetto dello sviluppo del penale in quella fase.

fatto che quell'esperienza, all'atto della prolusione del 1910, era stata già interamente revisionata e s'era consumata e dissolta.

⁽¹⁰⁸⁾ « Altra cosa — dice A. POZZOLINI, *Verso il nuovo diritto penale* cit., p. 6 — sono l'antropologia, la sociologia e la terapeutica criminale, ed altra cosa è il diritto penale. Si rifletté che mentre le une sono scienze sociali e naturali, l'altra è scienza giuridica d'applicazione. Si osservò che se il diritto penale come fenomeno e prodotto sociale, è esso stesso oggetto di indagine sociologica, ha però dignità sua propria di scienza autonoma in quanto regola e disciplina mediante norme coattive i rapporti sociali ». Tutta l'impostazione di Pozzolini — argomenti, schema, ragionamento — prefigura il tenore di quella adottata da Rocco due anni dopo.

⁽¹⁰⁹⁾ AR. ROCCO, *Il problema e il metodo* cit., pp. 519-20 (il corsivo è mio).

4.2. *Il diritto penale dello Stato e il paradigma civilistico.*

C'è un passaggio nella prolusione di Arturo Rocco che fa da spia di un'intenzione strategica che avrebbe, essa sì, e senza concorso d'altro, determinato un radicale cambiamento nel diritto penale italiano.

La scienza giuridica penale — chiede Rocco — [sia ridotta] principalmente, se non esclusivamente, *come già per il diritto privato*, ad un sistema di *principî di diritto*, ad una teoria giuridica, ad una conoscenza scientifica della disciplina giuridica dei delitti e delle pene.

Si tratta della non dichiarata citazione — che denota per ciò una fortissima adesione — di un omologo pensiero che Vittorio Emanuele Orlando aveva formulato vent'anni prima, in una famosa prolusione palermitana ⁽¹¹⁰⁾ quando anch'egli aveva chiesto che il diritto pubblico venisse liberato dall'ipoteca che su di esso aveva posto la scienza politica e si disincrostasse dalla filosofia, dall'economia, dalle storie, dalle pratiche esegetiche ⁽¹¹¹⁾. Non una distruzione dei ponti aveva chiesto Orlando, ma la conservazione di un rapporto tra statuti scientifici finalmente separati, fermo restando che il diritto pubblico si sarebbe dovuto considerare « *nello stesso modo che il diritto privato*, come un complesso di *principî giuridici* sistematicamente coordinati ». L'omologia è impressionante e, del resto, l'operazione immaginata da Rocco — seppure in ritardo — è dettata, più che da un'analogia preferenza, dalla medesima *necessità*, che aveva mosso il padre della pubblicistica italiana moderna ⁽¹¹²⁾.

⁽¹¹⁰⁾ V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, Prolusione palermitana del 1889, in « Archivio Giuridico », XLII (1889), fasc. 1, pp. 107-24, ma io citerò dalla raccolta ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano 1954.

⁽¹¹¹⁾ « ...col pretesto di usufruire il necessario contributo di altre discipline si è imbastita una scienza di diritto pubblico come si farebbe per un mosaico, ravvicinando pezzetti di filosofia con pezzetti di storia, di politica, di economia, eccetera » (V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici* cit., p. 20).

⁽¹¹²⁾ Lo stesso valore di 'ripetizione' dell'operazione orlandiana attribuisce a quella di Arturo Rocco anche G. CIANFEROTTI, *La crisi dello Stato liberale nella giuspubblicistica italiana del primo Novecento*, in A. MAZZACANE (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli 1986, p. 159.

Rocco comprende e sfrutta un'evidenza: il diritto penale può recuperare una sicura stabilità adeguandosi senza residui alla sua natura primaria che è quella di essere diritto dello Stato ⁽¹¹³⁾. Poi, sviluppando le conseguenze di questa premessa, esso dovrà assumere, per operare e riprodursi, il metodo del diritto civile, a garanzia della sua legittimazione scientifica dentro la cultura giuridica italiana, e per assolvere alla funzione di difesa dello Stato, dei diritti e delle libertà. Questa prospettiva postula un ancoraggio monistico al sistema normativo prodotto dallo Stato. E infatti, « questo è principalmente — dice Rocco ⁽¹¹⁴⁾ — se non esclusivamente, il compito e la funzione della scienza del diritto penale: l'elaborazione tecnico-giuridica del diritto penale *positivo e vigente*, la conoscenza scientifica, e non semplicemente empirica, del *sistema del diritto penale quale è, in forza delle leggi che ci governano* ».

Non credo si possa dire che una simile opzione è di per sé autoritaria, pone l'individuo alla mercé dello Stato e si sarebbe dunque non a caso rivelata congeniale al dispotismo fascista ⁽¹¹⁵⁾. Ha ragione Maurizio Fioravanti quando, riferendosi alla svolta orlandiana, suggerisce cautela nel considerare senz'altro di segno statalista e illiberale il fatto di fondare i diritti esclusivamente nella legge dello Stato: nella cultura politica e costituzionale liberale, alla quale appartiene a pieno titolo l'Arturo Rocco del 1910, la legge « è la manifestazione più alta di una razionalità di tipo oggettivo, il riflesso di un ordine profondo e storicamente fondato della collettività » ⁽¹¹⁶⁾. Il corto circuito che poté instaurarsi tra diritto, Stato e legge penale, producendo il diritto penale dello Stato totalitario, non va retrodatato; né può dirsi che quanto di compatibile con l'esito fascista è accaduto prima del fascismo, sia stato pensato con intenti precorritori. Arturo Rocco voleva dare una svolta ad un diritto penale ormai privo di identità e di senso: ritenne che andasse

⁽¹¹³⁾ Cfr. F. COLAO, *Le ideologie penalistiche fra Otto e Novecento*, *ibid.*, pp. 121 sgg.

⁽¹¹⁴⁾ AR. ROCCO, *Il problema e il metodo* cit., p. 521 (i corsivi sono miei).

⁽¹¹⁵⁾ Così F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in M. DE ACUTIS, e G. PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova 1984, p. 56.

⁽¹¹⁶⁾ M. FIORAVANTI, *Le dottrine dello Stato e della costituzione* cit., pp. 424-25.

liberato dai lacci in cui lo tenevano le scienze sociali, antropologiche e mediche; che andasse messo al passo con l'idea orlandiana che legava l'esistenza stessa dei diritti alla legge dello Stato; che dovesse rapportarsi, infine — inevitabile corollario — ad una metodica presa di peso da quella elaborata dal diritto civile ripensato in chiave pandettistica. Quello che di tutto ciò fece il fascismo fu fatto dal fascismo, anche se bisogna aggiungere che l'Arturo Rocco fascista vi pose una non piccola mano.

Al di là della imputazione degli esiti, bisogna tuttavia ripetere una volta di più che l'operazione dislocò il diritto penale su tutt'altro terreno rispetto a quello che esso aveva tradizionalmente occupato. L'adozione del paradigma civilistico ⁽¹¹⁷⁾ reca con sé un corteo di condizioni che fanno del diritto penale cosa diversa dalla scienza libera, critica, aperta, che esso era stato — con le eccezioni e le contraddizioni che sappiamo, e con i difetti delle sue qualità — nel corso del secolo XIX. Le finalità della politica criminale e le ragioni della politica penale vengono sottratte alla critica del giurista: persino la loro tematizzazione scompare. Il diritto si pensa neutrale e si vuole apolitico, imbecca la via del formalismo, esige la mera tecnicità dell'interpretazione sia per il giurista che per il giudice, dentro un ordinamento che pretende (e presume) completo e coerente, assume come dogma la potestà punitiva dello Stato disinteressandosi (in teoria: non sempre nei fatti) del valore dei suoi contenuti ⁽¹¹⁸⁾. Il sistema penale italiano vivrà di tutto questo per cinquant'anni, fino alle soglie degli anni Sessanta di questo secolo.

⁽¹¹⁷⁾ Tale adozione trasferisce nel campo penalistico i metodi d'analisi, i principi regolatori, i sistemi classificatori, le categorie esegetiche, la sintassi e la logica proprie del diritto privato, che Rocco regola programmaticamente con una scansione quasi pedante della sequenza delle operazioni che essa comporta (ID., *Il problema e il metodo* cit., pp. 562 sgg): prima l'*esegesi* dei testi legislativi, corredata delle metodologie ermeneutiche tipiche (e consentite) nel campo del diritto penale. Poi la ricerca *dogmaticamente* descrittiva ed espositiva dei *principi fondamentali* del diritto positivo nella loro logica e *sistematica* coordinazione: un inventario dei concetti giuridici penali fondamentali, in buona sostanza, sistematicamente ordinati. Da ultimo la *critica*: fondata su logiche deduzioni, essa mette in evidenza disparità, antinomie e disarmonie esistenti tra gli istituti del diritto vigente, e può proporre di modificarne la disciplina o di abolirne l'esistenza giuridica.

⁽¹¹⁸⁾ L. FERRAJOLI, *Scienze giuridiche* cit., p. 574.

5. *Il diritto penale durante il regime fascista.*

5.1. *Continuità di caratteri, discontinuità ideologica.*

È da tempo acquisita la convinzione che la vicenda giuridico-istituzionale del fascismo vada letta in chiave di continuità. Continuità dello Stato, rispetto alla quale furono irrilevanti i radicali sconvolgimenti subiti nel corso del ventennio dall'assetto statutario, perché compatibili con la sua natura ancipite ⁽¹¹⁹⁾ e indifferenti ad un paradigma pubblicistico incentrato sulla dottrina dello Stato e non su quella della Costituzione ⁽¹²⁰⁾. Continuità di pratiche, di metodi scientifici nella creazione ed applicazione del diritto, di ceto accademico nelle facoltà di giurisprudenza, di giuristi egemoni nei diversi settori della scienza giuridica che continuarono ad esercitare la loro decisiva influenza senza alcuna necessità di assumere direttamente compiti politici o di conseguire comunque una legittimazione che avevano già. Del resto, si è detto plausibilmente di una continuità che lega la stessa cultura giuridica del primo Novecento — portatrice di prodromi riconoscibili dell'ideologia che sarà fascista — a quella che si esprimerà dentro il regime. Perché lo stesso liberalismo della cultura giuridica prefascista è « per intrinseca struttura teorica, un liberalismo conservatore e autoritario, statalistico e patriottico, che non avrà difficoltà ad incontrarsi con il fascismo senza neppure diventare fascista, ma semplicemente rimanendo fedele a se medesimo » ⁽¹²¹⁾.

Continuità, quindi, anche nel ruolo assegnato al penale, con la convalida — e la messa in opera — di caratteri originari e distintivi che il sistema penale aveva acquisito da tempo e che non avrebbe abbandonato durante l'esperienza fascista, evidenziandone semmai alcuni o esaltandone altri.

È evidente, tuttavia, che il regime impose i suoi accenti e dispiegò nei contenuti punitivi, nei fini assegnati al penale e nelle strategie repressive, i postulati della sua ideologia. E non solo: perché inflisse

⁽¹¹⁹⁾ M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazione dello Stato*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica* cit., pp. 10 sgg.

⁽¹²⁰⁾ *Ibid.*, pp. 38-39.

⁽¹²¹⁾ L. FERRAJOLI, *Scienze giuridiche* cit., p. 575.

al diritto penale una notevole torsione, caricandolo di contenuti autoritari e di compiti difensivi che vennero stornati dai diritti e dalla società e dislocati sullo Stato, rendendoli efficaci con un'accentuazione forte del carattere repressivo e della funzione intimidatoria del diritto penale. Le conseguenze ideologiche che ne derivarono furono particolarmente rilevanti, e si sarebbero lette chiaramente nell'impianto del codice del 1930 ⁽¹²²⁾. Ma non solo in esso.

Il sistema penale italiano si caratterizza dunque, in quegli anni, per una serie di elementi che possiamo sintetizzare in un elenco:

a) il metodo tecnico-giuridico permane dominante, come quello che meglio si presta alla 'manutenzione' tecnica di un sistema a forte caratterizzazione ideologica; esso consente ai penalisti, come si è tante volte rilevato, di svolgere intera la loro funzione di critica giuridica anche dentro un quadro politico così radicalmente mutato. I modi, i contenuti, gli esiti di questa 'compatibilità', vanno probabilmente rimeditati. Essi sono stati misurati sulle norme prodotte, lette con i canoni dello stesso metodo che le aveva prodotte. Solo ora cominciano a subire il vaglio di uno sguardo diverso, non interno ma esterno, non coinvolto ma critico ⁽¹²³⁾;

b) la scienza giuridica penalistica entra, durante il fascismo, in una fase che sembra di quiescenza. Il dibattito tra penalisti si spegne, e ciò non tanto (o non solo) per il dominio del metodo esegetico-dogmatico imperante, quanto per l'impossibilità di dare respiro alla discussione sul diritto, senza passare per riflessioni sugli scopi sociali e politici voluti dal legislatore (era questo uno dei capisaldi del metodo propugnato da Rocco nel 1910), che non fossero meramente

⁽¹²²⁾ Sui contenuti e sugli orientamenti del codice del 1930 la sintesi più accurata è ora quella di G. NEPPI MODONA e M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo* cit., pp. 784 sgg., alla quale rimando anche per l'attenta valutazione delle scelte normative e del senso di molti passaggi tecnici particolarmente significativi. Nel suo complesso questo saggio, condotto su fonti dottrinali e documentarie ben selezionate e molto numerose, ha il merito di dare fondamento attendibile ad un'analisi complessiva della politica criminale del fascismo che mancava ancora agli studi storici.

⁽¹²³⁾ Hanno ragione G. NEPPI MODONA, M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo* cit., pp. 845-46, quando dicono che «l'approccio tecnico-giuridico offre un'interpretazione distorta del sistema giuridico, in quanto prescinde dalla verifica dei legami tra principî giuridici e realtà socio-politica sottostante». È la stessa linea che ispira lo scritto di T. PADOVANI, *La sopravvivenza del codice Rocco* cit., pp. 89 sgg.

apologetiche della politica fascista ⁽¹²⁴⁾. Quel metodo che per alcuni aveva talora rappresentato una possibilità di autotutela e difesa, un rifugio, un'occasione di nicodemismo, poteva anche trasformarsi in una gabbia nella quale il giurista si trovava costretto, nella impossibilità politica di agire altrimenti. Ci si è domandati se una critica autentica, o comunque una critica, alla politica criminale del fascismo sarebbe stata possibile, e se da essa non sarebbero potuti derivare rischi più gravi per i livelli complessivi di civiltà del sistema penale ⁽¹²⁵⁾: verosimilmente no, bisogna rispondere alla prima domanda, verosimilmente sí alla seconda. Io resto convinto che la linea tecnicistica, che 'risanò' il diritto penale nel pieno della fase involutiva e progressivamente autoritaria dello Stato liberale di diritto, affrancandolo dalle impresentabili ipoteche culturali che l'avevano afferrato, e ridandogli autonomia, sia da collocare nel luogo provvidenziale dove la storia tiene le sue astuzie. Senza quel risanamento, il fascismo avrebbe avuto sotto mano un diritto penale guastato da sincretismi e ricomposizioni tra 'scuole' che si vedevano l'una come esaurita, l'altra come vincente, sfigurato da cattivi sociologismi e peggiori antropologismi, tecnicamente sfiancato e gestito da mediocri giuristi: non era, né poteva nascerne bene.

Ciò detto, però, bisogna aggiungere che

c) l'azione di contenimento delle tendenze autoritarie del fascismo, che sarebbe stata condotta dai penalisti di formazione prefascista — di cui pure è stato detto ⁽¹²⁶⁾ — venne condotta nella

⁽¹²⁴⁾ Quando si dice che penale e politica erano ormai stati separati e allontanati dalla generale adozione del metodo della critica giuridica, si tace tuttavia del fatto che durante il fascismo penalisti militanti riportano la politica nel diritto, e non solo nelle occasioni apologetiche (ad esempio U. ALOISI, *Le riforme fasciste nel campo del diritto e della procedura penale*, in AA.VV., *Atti del I Congresso Giuridico Italiano*, I: *Le Relazioni*, Roma 1932, pp. 257-89) ma nella pubblicistica che accompagnò la preparazione dei codici. Anche per il diritto penale vale la distinzione proposta da P. COSTA, *La giuspubblicistica dell'Italia unita* cit., pp. 125 sgg., tra 'giuristi tradizionali' e 'giuristi militanti', con la sola aggiunta di una terza categoria fatta di giuristi tradizionali che ogni tanto militavano. I penalisti militanti non erano certo egemoni nella penalistica italiana, ma erano loro che davano segno e direzione alle politiche penali e criminali da mettere in campo.

⁽¹²⁵⁾ G. NEPPI MODONA e M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo* cit., p. 847.

⁽¹²⁶⁾ Specie nell'immediato dopoguerra, quando per un breve momento si pose la questione della abrogazione dei codici fascisti. Per tutti, T. DELOGU, *L'elemento politico*

partecipazione concreta, attiva e consapevole, all'opera legislativa del regime. Un'analisi attenta dei suoi esiti, ed una valutazione complessiva delle condizioni in cui si svolse, lasciano qualche dubbio sulla sua efficacia e non molte certezze sul fatto che ci sia stata veramente.

L'analisi ravvicinata del codice penale, rapportato a quello del 1889 (che secondo la delega data al governo avrebbe dovuto subire solo qualche emendamento ⁽¹²⁷⁾), mostra che il lavoro per attenuare garanzie, aggirare tassatività, indebolire tipizzazioni e introdurre indeterminanze, è stato intenso, accurato, e tutto di natura tecnica. Il fatto che tutto il codice (a tacere della traduzione in penale dell'ideologia fascista realizzata in interi titoli della parte speciale) subisca una torsione nel senso di una marcata accentuazione del carattere autoritario, repressivo, intimidatorio ⁽¹²⁸⁾, dipende dalla consapevole applicazione di una sapienza dogmatica. Un lavoro da giuristi, molto più che da ideologi. Quel che viene lasciato (talora facciata ingannevole di un edificio tutto rimaneggiato ⁽¹²⁹⁾) dell'impianto liberale ereditato appartiene alla sfera dello storicamente irrinunciabile. Il merito di averlo conservato (e il demerito di averlo talora svuotato) va dato forse più all'accortezza tecnica che all'intenzione politica.

d) Mantenendo fede ad uno dei caratteri originari del sistema penale italiano, il fascismo non opera la riunione in chiave autori-

nel codice penale, in « Archivio Penale », 1945, p. 169: « ...è facile controllare come con notevole frequenza il diritto abbia frenato la politica, impedendo che la pressione di questa portasse a violare quelle che erano le regole tradizionali del nostro diritto penale », e G. LEONE, *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*, in « Archivio Penale », 1945, p. 23: « ...ad onta delle opposte apparenze, il tradizionale complesso di principi giuridico-penali, di assodata origine liberale, [è] stato, durante il ventennio trascorso, energicamente e quasi universalmente difeso e tenuto fermo dai giuristi italiani ». Quel particolare passaggio è stato accuratamente ricostruito da P. PIASENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato* cit., pp. 261-317.

⁽¹²⁷⁾ AL. ROCCO, *Relazione al disegno di legge «Delega al Governo del re della facoltà di emendare il codice penale, il codice di procedura penale...»*, in ID., *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato Liberale allo Stato Fascista*, Roma 1927, pp. 211 sgg.

⁽¹²⁸⁾ Rinvio all'attenta collazione fatta da G. NEPPI MODONA e M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo* cit., pp. 784 sgg.

⁽¹²⁹⁾ Si vedano le osservazioni di T. PADOVANI, *La sopravvivenza del codice Rocco* cit., pp. 90 sgg.

taria dei livelli di legalità che ci si sarebbe potuti attendere da un regime totalitario. Permane il duplice livello ereditato dallo Stato prefascista, assicurato da una legge di pubblica sicurezza che si arricchisce di vere e proprie fattispecie di reato ⁽¹³⁰⁾ e mette nelle mani della polizia la valutazione di comportamenti quali « manifestare propositi » ⁽¹³¹⁾ o « dimostrare intenzioni » ⁽¹³²⁾. L'autorità di pubblica sicurezza giudicherà desumendo non solo più dalla classe sociale a cui appartiene il soggetto, o dai suoi trascorsi penali, ma anche dal suo noto o presunto orientamento politico. A questi due livelli se ne aggiunge anzi un terzo, che riguarda lo specifico del dissenso politico, del fuoruscitismo, dell'antifascismo organizzato, affidato all'Ovra, ma frequentato anche dalla Milizia, che possono contare su modi ancor meno che giurisdizionali o amministrativi.

Riceve la sua conferma anche la pratica della legislazione eccezionale provvisoria, adottata per la creazione del Tribunale speciale per la difesa dello Stato, istituito a termine e poi tre volte prorogato, erede anche in questo dei tribunali da campo della legge Pica o dei « tribunali giberna » degli stati d'assedio ⁽¹³³⁾.

5.2. « Paura della differenza, disprezzo per i deboli ».

Il sistema penale del fascismo va giudicato nei risultati molto più che nei metodi. Se per altre fasi dell'esperienza italiana la chiave di lettura (o la sede indiziaria) di quel che succede sta nel dibattito dottrinale, per quel regime essa sta nella poderosa produzione

⁽¹³⁰⁾ *Ibid.*, pp. 773 sgg.

⁽¹³¹⁾ L'art. 181 del Testo Unico del 1931 destina al confino coloro che « svolgono o abbiano manifestato il proposito di svolgere un'attività rivolta a sovvertire violentemente gli ordinamenti politici, economici o sociali costituiti nello Stato o a contrastare o ostacolare l'azione dei poteri dello Stato, o un'attività comunque tale da recare nocumento agli interessi nazionali ».

⁽¹³²⁾ Chi tenta l'espatrio senza passaporto « dimostra l'intenzione, seguita o no dal fatto, di rompere abusivamente il rapporto di sudditanza » (A. CORDOVA, *Commento al TU delle Leggi di PS 6 novembre 1926 n. 1848*, Palermo 1929, p. 126): non quindi l'intenzione di andare all'estero, come sembrerebbe, ma quella di tradire, o di commettere una sorta di apostasia dalla patria.

⁽¹³³⁾ G. NEPPI MODONA e M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo* cit., p. 769-71.

normativa. La politica penale del fascismo ed il suo programma di politica criminale si possono leggere in un elenco che inizia con le leggi speciali del 1925-26 ⁽¹³⁴⁾, prosegue con la monumentale codificazione del 1930 ⁽¹³⁵⁾, si completa con le leggi razziste ⁽¹³⁶⁾ e quelle razziali antiebraiche del 1938, fino alla legge sull'ordinamento giudiziario del 1941. Le linee che innervano tutta questa massa normativa, che ha caratteri di coerenza riconoscibili, stanno in un marcato statualismo (lo Stato organo/persona, che si sostituisce alla società come oggetto della difesa); si riconoscono in un aggravamento del livello sanzionatorio complessivo, in un aumento della pressione autoritaria, nella dissipazione del senso di difesa e di garanzia che i cittadini si attendono di norma da un sistema penale. Vi circola uno spirito di dominio che si esprime sulle persone, sulle formazioni sociali, sugli organismi politici, sulle istituzioni. Vi si riconosce l'inclinazione fascista alla vessazione dell'avversario, dell'oppositore, del *disturber*, dell'*inferiore* per razza o per condotta: lo spirito di chi 'civilizza' nelle colonie, 'purifica' in patria, 'bonifica' nelle carceri.

Considerazioni diverse ottengono così un loro spazio. I fascismi, si è scritto di recente, crescono e cercano il consenso sfruttando ed esacerbando la naturale *paura della differenza*, così come la loro ideologia reazionaria alimenta un *disprezzo per i deboli* dal contrassegno 'elitista' ⁽¹³⁷⁾. Uscendo per un momento dall'analisi storico-giuridica della sua produzione normativa, ed entrando in una prospettiva culturale generale, si possono proporre anche queste chiavi come possibili mezzi di accesso alla comprensione della produzione normativa del fascismo. Dopotutto, quegli orientamenti non sono che una delle esplicitazioni possibili della connotazione del regime

⁽¹³⁴⁾ Vedine l'illustrazione in AL. ROCCO, *La trasformazione dello Stato* cit., pp. 35 sgg.

⁽¹³⁵⁾ Approvati alla fine del 1930, entrano in vigore il 1° luglio del 1931 il codice penale, quello di procedura penale, le disposizioni di coordinamento, le norme transitorie e di attuazione, un nuovo testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, il nuovo regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena, le nuove regole per il casellario giudiziale, ed un ulteriore corredo di leggi in materia contravvenzionale e penale finanziaria.

⁽¹³⁶⁾ Ce le ricordano G. NEPPI MODONA e M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo* cit., pp. 797 sgg.

⁽¹³⁷⁾ U. ECO, *Il fascismo eterno*, in ID., *Cinque scritti morali*, Milano 1997, pp. 41 e 43.

fascista come regime reazionario, autoritario, repressivo. L'ordinamento penale di uno Stato totalitario è per eccellenza il luogo in cui cogliere modi di pensare e di sentire, fondamenti culturali ed archetipi. Di regola latenti, essi affiorano all'atto delle pratiche e delle concrete applicazioni, colorando di sé la dimensione pedagogica propria della legislazione e del suo dispiegarsi nella società: accogliendo e rilanciando elementi culturali profondi che, assorbiti nelle norme, vengono poi restituiti come ideologia e visione delle cose. Il progetto giuridico del fascismo, che pretendeva di proporre attraverso il penale una sua peculiare visione della civiltà, non era fatto solo di difesa dello Stato e di autoritarismo politico: era fatto anche di pulsioni e frustrazioni, di pregiudizi e idiosincrasie che hanno lasciato una loro traccia nel sistema penale.

6. *Il diritto penale nell'Italia repubblicana.*

6.1. *Continuità di caratteri nella discontinuità costituzionale.*

Nel 1945, una breve discussione molto significativa sull'opportunità di dare al Paese un nuovo codice penale ⁽¹³⁸⁾ sancisce una volta di più il carattere di costante unitarietà, coerenza e continuità, del diritto, della legislazione e del sistema penale nella storia d'Italia. La tesi di fondo, supportata da argomenti plausibili, ma mistificati, (anche enfatizzati o tenuti in ombra, a seconda della loro presentabilità), poggia su due capisaldi continuisti:

a) la riforma penale del fascismo, tanto vantata dal regime, veniva da lontano, era già avviata prima del 1922 e venne portata a termine da « giuristi che hanno fatto tenacemente il loro dovere fino in fondo » ⁽¹³⁹⁾;

⁽¹³⁸⁾ Già ricostruita in G. NEPPI MODONA e L. VIOLANTE, *Poteri dello Stato e sistema penale* cit., pp. 190 sgg. poi più ampiamente analizzata da P. PIASENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato* cit. Sul tentativo di riforma che l'aveva suscitata, si veda ora G. VASSALLI, *Il tormentato cammino della riforma nel cinquantennio repubblicano*, in *Id.*, *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano 1996, pp. 8 sgg.

⁽¹³⁹⁾ F. SANTORO PASSARELLI, *Intervento* in « Il domani d'Italia », 3 febbraio 1945, cit. in G. LEONE, *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio* cit., p. 28.

b) i codici non sono codici totalitari: a parte qualche istituto facilmente emendabile, essi stanno nella tradizione dello Stato liberale, avendone conservato l'ispirazione fondamentale sul piano penale (principî di legalità, tassatività, irretroattività, divieto di analogia, principio del bene giuridico, rapporto giuridico-penale fondato su un diritto soggettivo di punire al quale si contrappone il diritto di libertà del cittadino ⁽¹⁴⁰⁾).

È difficile dire se il fuoco di sbarramento che si fece allora abbia avuto la responsabilità (o, col senno di poi, il merito) di uccidere nell'uovo, e si direbbe per sempre, la prospettiva di dare al Paese un nuovo codice penale. Sta di fatto che così fu. La nuova codificazione penale si snodò per venticinque anni ⁽¹⁴¹⁾ producendo criticati progetti che inciamparono nel loro stampo rigidamente retribuzionista ⁽¹⁴²⁾, rifacimenti parziali nei quali poco credevano i loro stessi presentatori ⁽¹⁴³⁾, e che avevano la comune caratteristica di riformare poco senza interessare molto ⁽¹⁴⁴⁾.

⁽¹⁴⁰⁾ G. LEONE, *Contro la riforma del codice penale*, in « Archivio penale », 1945, pp. 277-78. « Quel codice — scrisse Leone — non si distaccò dalla linea della tradizione (e, quindi, dall'idea liberale) per quanto concerne l'ispirazione politica: intesa questa in senso ampio, come visione dei fondamenti filosofici e sociali del fenomeno giuridico e delle corrispondenti ideologie politico criminali ».

⁽¹⁴¹⁾ Dico venticinque anni, dal 1945 al 1970, perché lascio fuori da questi brevi cenni il progetto Vassalli, partito nel 1988 e approdato nel 1992 (lo si può vedere in M. PISANI (a cura di), *Per un nuovo codice penale*, Padova 1993). Su quel progetto cfr. A. PAGLIARO, *Lo schema di legge delega per un nuovo codice: metodo di lavoro e principi ispiratori*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1994, pp. 374 sgg., e le annotazioni di F. PALAZZO, *La politica criminale nell'Italia repubblicana*, in L. VIOLANTE (a cura di), *La criminalità* cit., pp. 861 sgg.

⁽¹⁴²⁾ Il progetto Petrocelli-Vannini, presentato dai guardasigilli Grassi nel 1949 (la parte generale) e Piccioni nel 1950 (la parte speciale), che pure avrebbe apportato, *per partes*, un certo progresso nei confronti del codice Rocco.

⁽¹⁴³⁾ I progetti di riforma suscitati dai ministri Moro (1956) e Gonella (1959); la legge delega concernente tutti i codici (ministro Bosco, 1963), un progetto Vassalli (1968, governo Leone, guardasigilli Gonella), la cui parte generale ebbe il premio dell'approvazione da parte del Senato nel 1971 e poi ancora nel 1973. Se ne veda la rievocazione, intessuta di ricordi personali, che ne fa G. VASSALLI, *Il tormentato cammino della riforma* cit., p. 5 sgg. Più in generale, A. PAGLIARO, *Situazione e progetti preliminari nel procedimento di riforma del diritto penale italiano*, in « Indice penale », 1980, pp. 479 sgg.

⁽¹⁴⁴⁾ È rimasta famosa un'osservazione di G. DELITALA, *Sul progetto preliminare del primo libro del codice penale*, in « Rivista italiana di diritto penale », 1950, p. 160 (« Non

Alla scarsa attenzione del legislatore è sembrato corrispondere, lungo tutto quell'arco di tempo, una sorta di estraniamento della dottrina ⁽¹⁴⁵⁾. Dall'entrata in vigore della Costituzione fino alle soglie degli anni Settanta la penalistica italiana vive anch'essa una 'gran bonaccia delle Antille', persino più lunga di quella descritta da Italo Calvino nel suo famoso apologo. E dire che non sarebbe mancata qualche ragione di impegno.

Basterebbe pensare ai conflitti coi fondamentali principî della Costituzione innescati dalla perdurante applicazione dell'intera legge di pubblica sicurezza (norme del 1926, Testo Unico del 1931), che tanto fecero discutere ⁽¹⁴⁶⁾ e manifestare, e che la Cassazione dirimeva con le categorie delle norme programmatiche e precettive ⁽¹⁴⁷⁾ o introducendo distinzioni tra il godimento dei diritti costituzionali e il loro esercizio ⁽¹⁴⁸⁾. Pensare al ritardo con cui vennero messi in funzione la Corte costituzionale ed il Consiglio superiore della magistratura, con conseguenze non piccole di ordine istituzionale ma anche strettamente *giuridico*, che però non mossero

si vede alcun valido motivo per redigere un nuovo codice se il nuovo codice [...] è ancora quello vecchio ». Sul disinteresse del legislatore, che si sarebbe molto di più appassionato alle riforme del processo e del sistema carcerario, insiste G. VASSALLI, *Il tormentato cammino della riforma* cit., p. 7.

⁽¹⁴⁵⁾ Se si considera l'attenzione alla nuova dimensione costituzionale del sistema penale come un segno di controtendenza, allora bisogna segnalare le 'eccezioni' rappresentate da Paolo Rossi, che abbozzò dei *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo 1953, e da P. NUVOLONE, *Le leggi penali e la costituzione*, Milano 1953 e ID., *Norme penali e principî costituzionali*, in « Giurisprudenza costituzionale », 1956, pp. 1253 sgg. Di Pietro Nuvolone, peraltro, va ricordata, come segno allora precoce di una 'apertura' consapevole al nuovo che sarebbe venuto, la prolusione parmense del 1949, *Introduzione a un indirizzo critico nella scienza del diritto penale*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », pp. 383 sgg. Una attitudine non passiva, sotto profili e con posizioni diverse, mostrarono anche G. BETTIOL, *Il problema penale*, Palermo 1948, ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Padova 1966, pp. 620 sgg. e R. DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche*, in « Archivio penale », I (1958), pp. 173 sgg.

⁽¹⁴⁶⁾ Per tutti A. BATTAGLIA, *Processo alla giustizia*, Bari 1954.

⁽¹⁴⁷⁾ Queste ultime distinte in norme precettive di immediata applicazione ed altre di applicazione differita.

⁽¹⁴⁸⁾ Una illuminante rassegna sta in P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in A. BATTAGLIA, P. CALAMANDREI e altri, *Dieci anni dopo, 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana*, Bari 1955, pp. 251 sgg.

più che tanto a discussione la dottrina penale italiana⁽¹⁴⁹⁾. Quanto poi al codice Rocco, i suoi difetti o i suoi limiti non erano questioni che riguardassero soltanto la sua conciliabilità con la Costituzione, che pur non sarebbe stata materia da poco. Essi stavano nell'exasperazione repressiva con cui lo aveva concepito il fascismo, del tutto sproporzionata e non più sopportabile a fronte di una criminalità ordinaria, tradizionale, spesso piccola, che poco aveva di allarmante; ma stavano anche nella inadeguatezza che il codice sempre di più mostrava, man mano che l'Italia cresceva, modificando radicalmente la sua struttura produttiva e mettendo in moto forze sociali prima silenziose: con la conseguenza di creare aree di crisi, e di incipiente criminalità nuova, specie nelle grandi città del Nord e nelle aree più arretrate del Mezzogiorno. I penalisti italiani non sembravano capaci di affrontare questi nodi, o non sembravano interessati a farlo.

Essi paiono subire, in quella lunga fase, prima l'iniziativa della magistratura, che tendeva a interpretare l'ordinamento nel senso della sua letterale continuità, lasciando sullo sfondo la svolta costituzionale⁽¹⁵⁰⁾; poi l'attività della Corte costituzionale, che sia pure con cautela e gradualità invertì sensibilmente la tendenza⁽¹⁵¹⁾, costringendoli quasi ad un genere di riflessione che solo a metà degli anni Sessanta prenderà piede e si svilupperà⁽¹⁵²⁾.

⁽¹⁴⁹⁾ Più attenta fu la dottrina costituzionalistica (Costantino Mortati, Vezio Crisafulli, Carlo Lavagna, Paolo Barile): per tutti, G. BALLADORE PALLIERI, *La Costituzione italiana nel decorso quinquennio*, in « Il Foro Padano », n. 2 (1954), pp. 31 sgg., e la celebre polemica di P. CALAMANDREI, *L'ostruzionismo della maggioranza*, in « Il Ponte », 1953, pp. 129 sgg., 274 sgg., 433 sgg.

⁽¹⁵⁰⁾ Si trattò di una resistenza culturale, forse prima ancora che politica, dovuta al transito integrale di tutto l'apparato già fascista — giudici, funzionari, burocrazie, istituzioni, corpo delle leggi — nel sistema repubblicano: si legga C. PAVONE, *La continuità dello Stato. Istituzioni e uomini*, in *Italia 1945-48. Le origini della Repubblica*, Torino 1974.

⁽¹⁵¹⁾ Su quei decisivi primi passi della Corte si può vedere ora F. BONINI, *Storia della Corte costituzionale*, Roma 1996, pp. 147 sgg.

⁽¹⁵²⁾ Penso alle prime ricerche sul rapporto tra stretta legalità e discrezionalità penale alla luce dei principî costituzionali condotte da F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, I: *Nozione e aspetti costituzionali*, Milano 1965, che saranno seguite dal fondamentale saggio di Id., « Teoria generale del reato », in *Novissimo digesto italiano*, XIX, Torino 1973, pp. 7 sgg.; agli studi di M. SPASARI, *Diritto penale e costituzione*, Milano 1966 e M. SINISCALCO, *Giustizia penale e costituzione*, Roma 1968.

I giuristi che si erano formati sotto il fascismo, insieme ai pochi che avevano vissuto attivamente nel mondo prefascista, indugiavano in uno stile di lavoro che potremmo identificare nel profilo basso del tecnicismo *d'antan*: e questo in assenza di 'asservimenti del penale' o 'autoritarismi' che lo giustificassero. Ancora per molto tempo avrebbero coltivato il loro riservato terreno, producendo libri di diritto da libri di diritto, sacrificando a un principio che si potrebbe dire di dogmatica autistica, fondato su di una circolarità perfetta — perché chiusa e perenne — tra norma, giurisprudenza e dottrina. L'esemplare autoreferenzialità del metodo, infine, ne garantiva il funzionamento indisturbato. Quei giuristi facevano fatica a valutare il senso del *great divide* che si era determinato il 1° gennaio del 1948; anzi, il principio superiore in forza del quale si teneva la politica lontana dal diritto veniva integrato con una tendenza ad assimilare anche la Costituzione alla politica. La rivendicazione che di essa facevano alcuni costituzionalisti che, insieme all'opposizione di sinistra, ne indicavano il carattere immediatamente vincolante, sigillava quell'idea.

Ma il paradigma ottocentesco del diritto positivo era stato spezzato, ed era ormai solo questione di rendersene conto. Lo Stato non era ovviamente più quello fascista ma nemmeno quello liberale, la legge aveva ora un'altra valenza, il diritto vigente non era più *necessariamente legittimo* come nel vecchio sistema, la certezza del diritto restava centrale ma non costituzionalmente invalicabile: « il vecchio e consolidato diritto positivo [...] doveva conformarsi alla nuova Costituzione e ai suoi principî, e non viceversa »⁽¹⁵³⁾. S'era avviato, nel corso di una storica, e simbolica, giornata all'Assemblea costituente, quando Costantino Mortati si era vittoriosamente confrontato con Vittorio Emanuele Orlando⁽¹⁵⁴⁾, un processo di trasfigurazione del vecchio Stato liberale di diritto nel nuovo Stato democratico e costituzionale, che, *entre autres choses*, avrebbe tolto fondamento e presupposti alla visione tecnico-giuridica del diritto penale. I tempi della presa d'atto furono lunghi: « Benché sconfitta

(153) M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazione dello Stato* cit., p. 70.

(154) *Ibid.*, pp. 70 sgg.

alla Costituente — ha scritto Luigi Ferrajoli ⁽¹⁵⁵⁾ — la vecchia cultura giuridica si prese tuttavia una rivincita negli anni successivi. Essa non era infatti preparata alla portata di simili innovazioni, che dapprima tarderà a comprendere ed alle quali resisterà poi tenacemente ». Ma dopo i primi segni avvertibili già alla metà degli anni Sessanta, ai quali ho fatto cenno, la penalistica italiana conoscerà una ben diversa consapevolezza, a partire dal decennio successivo.

6.2. *Un arcipelago normativo.*

Fu però il legislatore che, cogliendo il vento che intanto si levava dalle trasformazione della società italiana, cominciò a muovere fuori dalla gran bonaccia. Iniziò coronando, con una legge che attenuava l'intollerabile rigorismo della parte speciale del codice ⁽¹⁵⁶⁾, una lunga fase in cui la politica penale di alleggerimento del carico sanzionatorio era stata praticamente affidata soltanto ad amnistie e grazie. Quella legge apparve deludente, per i limitati effetti che andava a conseguire, ma sarebbe stata seguita da ben altro. Si era nel 1974. Da tempo la situazione politica italiana era entrata in una fase di fibrillazione sul terreno dell'ordine pubblico, in seguito alle agitazioni studentesche degli anni successivi al 1967 e soprattutto alle lotte sindacali avviate nell'autunno del 1969; da qualche anno, poi, avevano fatto la loro apparizione le prime imprese delle organizzazioni terroristiche. Fu così che, inaugurando un andamento pendolare che non avrebbe più abbandonato, il Parlamento mosse nella direzione opposta, dando inizio alla stagione della legislazione di emergenza ⁽¹⁵⁷⁾.

⁽¹⁵⁵⁾ L. FERRAJOLI, *Scienze giuridiche* cit., p. 584.

⁽¹⁵⁶⁾ Si agì su alcune norme chiave del sistema, senza toccare concretamente la parte speciale: la via fu quella di allargare la discrezionalità del giudice, dandogli maggior modo di mitigare le sanzioni (si veda G. VASSALLI, *La riforma penale del 1974*, Milano 1975).

⁽¹⁵⁷⁾ « Sono già eloquenti — scrisse G. MARINUCCI, *Problemi della riforma del diritto penale in Italia*, in G. MARINUCCI e E. DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione* cit., p. 351 — i titoli e la successione temporale delle leggi: “Nuove norme contro la criminalità” (l. 14 ottobre 1974, n. 497); “Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico” (l. 22 maggio 1975, n. 152); “Disposizioni in materia di ordine pubblico” (l. 8 agosto 1977, n. 533); “Norme penali e processuali per la prevenzione e repressione di gravi reati” (l. 18 maggio

Che avesse scelto deliberatamente la via della legislazione speciale *extra codicem*, o che vi si sentisse costretto dall'impossibilità pressoché conclamata di dare all'Italia un nuovo codice penale⁽¹⁵⁸⁾, il legislatore confermava una delle costanti dell'ordinamento penale italiano, quella delle leggi speciali, straordinarie, di emergenza e *ad tempus*, che tante volte erano andate e venute nella nostra storia. Ma a ben guardare, i provvedimenti ispirati dalla lotta al terrorismo⁽¹⁵⁹⁾ e quelli pensati per combattere la cosiddetta criminalità organizzata⁽¹⁶⁰⁾, pur provando la durevole vitalità di più d'uno dei caratteri originari del sistema penale (la molteplicità dei livelli di legalità e della risposta penale, l'inclinazione per le leggi d'eccezione), non possono essere fatti rientrare *tout-court* nel modello storico dei provvedimenti di emergenza.

In quel modello, condizione indispensabile dichiarata era stata la necessità di ricorrere ad una disciplina *extra codicem* per salvaguardare il codice, destinato a regolare, secondo l'espressione di Carrara, « le condizioni normali e prevalenti della nazione »⁽¹⁶¹⁾. Oggi la dinamica appare praticamente ribaltata. La strisciante emar-

1978, n. 171); « Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica » (l. 6 febbraio 1980, n. 15) ».

⁽¹⁵⁸⁾ È difficile dire se tutto questo avvenisse perché non si era fatto per tempo un vero codice nuovo. Quel che si può dire è che in altre fasi caratterizzate dalla legislazione di emergenza (ad esempio quella della metà degli anni Novanta dell'Ottocento), il nuovo codice era fresco di approvazione e la legislazione speciale 'provvisoria' venne invocata e messa in atto per non 'sfigurarlo'. Nuovo codice o no, i caratteri originari e permanenti di un ordinamento penale finiscono per prevalere perché la logica di quell'ordinamento è la *loro* logica.

⁽¹⁵⁹⁾ Per tutti, E. GALLO e E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna 1986.

⁽¹⁶⁰⁾ Per tutti, G. INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna 1996.

⁽¹⁶¹⁾ « Ripeterò ancora una volta la bella sentenza di Geyer — scriveva Carrara nel 1875. — Un codice penale è guasto quando vi si insinuano leggi di occasione. Alle eccezionalità o di luoghi o di tempi l'autorità provveda con misure eccezionali. Ma il codice penale, destinato ad essere perpetuo regolatore di tutti i cittadini, deve contemplare soltanto le condizioni normali e prevalenti della nazione » (F. CARRARA, *Confronti storici* (1875), in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, Prato 1884³, VI, p. 388). Sui provvedimenti antianarchici e antisocialisti del 1894 e sul loro rapporto con il codice penale, delineati nello stesso senso da Luigi Majno, si veda M. SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale* cit., pp. 681-82 [t. II, p. 796-98].

ginazione del codice ⁽¹⁶²⁾ nell'esperienza italiana di questi anni, operata in primo luogo con la devastazione della sua parte speciale ⁽¹⁶³⁾, e l'emergere di una tendenza ad articolare e caratterizzare le tecniche di protezione penale commisurandole all'oggetto della tutela, lasciano piuttosto pensare ad una sorta di arcipelago normativo fatto di differenti presidi tra i quali il codice appare come il più vasto e rilevante, ma non più il solo ⁽¹⁶⁴⁾. Il sistema penale si avvierebbe così verso un assetto mai sperimentato prima d'ora: una sorta di 'decodificazione' senza una vera 'decodificazione' ⁽¹⁶⁵⁾, con il progressivo abbandono del quadro di certezza e garanzia storicamente rimesso alla funzione del codice, a vantaggio della ricerca di una flessibile efficacia, meglio affidata a discipline mirate, diversificate e aggiustabili *in progress*, nella legislazione 'di settore' ⁽¹⁶⁶⁾. Il

⁽¹⁶²⁾ F. PALAZZO, *Diritto penale*, in P. GROSSI (a cura di), *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Milano 1997, p. 312, la storicizza in modo convincente e la inserisce in un elenco di paradossi e contraddizioni, chiamando in causa la scienza penale e il ruolo della dottrina giuridica.

⁽¹⁶³⁾ C. FIORE, *Decodificazione e sistematica dei beni giuridici*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano 1987, pp. 83 sgg.

⁽¹⁶⁴⁾ La devastazione della parte speciale e la perdita di centralità della parte generale del codice sono insieme l'effetto e la ragione della comparsa di 'sottosistemi' penali, sorti a disciplinare interi e vasti settori della vita associata: si vedano T. PADOVANI, *La sopravvivenza del codice Rocco* cit., pp. 96-98; C.E. PALIERO, « *Minima non curat praetor* ». *Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985, specie pp. 92 sgg.; C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, in « *Digesto delle discipline penali* », vol. IV, Torino 1990, pp. 74 sgg.; G. FIANDACA, *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova 1995; ID., *La parte speciale tra codificazione e legislazione penale speciale*, in AA.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano 1996, pp. 253 sgg.; A. FIORELLA, *La parte speciale tra codificazione e legislazione complementare*, *ibid.*, pp. 268 sgg.; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996, pp. 4 sgg.; ID., *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in « *Rivista italiana di diritto e procedura penale* », 1997, specie pp. 382 sgg.

⁽¹⁶⁵⁾ Almeno due inconvenienti, al primo sguardo, da un simile processo: il rischio che produca, se lasciato a se stesso, ulteriore inflazione normativa, insieme al vizioso effetto — contrario a quello rilevato *olim* per la decodificazione civilistica da N. IRTI, *L'età della codificazione*, Milano 1979 — additato da F. BRICOLA, *Considerazioni introduttive a Il codice Rocco cinquant'anni dopo*, in « *La questione criminale* », 1981, pp. 14 sgg.

⁽¹⁶⁶⁾ In un recente saggio sulla politica criminale nell'Italia repubblicana, Francesco Palazzo ha indicato in modo convincente alcune direttrici che sembrano caratteriz-

carattere originario dei plurimi livelli di legalità e tutela potrebbe conoscere una nuova epifania.

Un processo di tale genere, che sembra oggettivamente in corso, è però soggetto a molte attenzioni. A 'monitoraggi', per così dire, fatti di valutazioni critiche che ne rilevano i livelli di accettabilità, ma che vi vedono, prima di tutto, il luogo del più radicale e minaccioso fattore di crisi della normatività penale dell'età attuale: l'ipertrofia del penale, con il suo corteo di 'penalizzazione selvaggia', di cadute di razionalità, di svalutazione della penalità e di sfiancamento dei principî generali e del loro ruolo di garanzia.

Vi trovano, però, anche un'occasione di fertile riflessione. L'arcipelago dei sottosistemi ha prodotto una mappa, disegnata da un cartografo forse inconsapevole, ma accurato, minuzioso, meticoloso, candido e *outspoken*. Delineata l'ormai scontornata isola maggiore del penale *ubi de vita agitur, salute et libertate hominis*, come ammonivano i padri fondatori della scienza, le ha messo intorno la sua corona di atolli e scogli fatta di pericolosità e presunzioni, prevenzioni soggettive, tutele anticipate, intenzioni e mere condotte, pericoli astratti, atteggiamenti interiori, contenuti normativi artificiali e strumenti processuali sostanzializzati, modelli differenziati di processo penale, percorsi *sui generis* di trattamento carcerario, aselettività, deterrenze e dissuasioni, normativizzazioni del tipo, illeciti minori, minimi e introvabili; vi ha rappresentato infine, i subcomplessi del penale (in ordine alfabetico): alimentare, ambientale, amministrativo, circolazione stradale (della-), crimine organizzato (da-), economico, finanziario, industriale, lavoristico, minorile,

zare l'attuale fase di sviluppo del sistema penale italiano. Tra queste, segnala la progressiva prevalenza di obiettivi empirici di efficacia della tutela sul riferimento a principî ideali di stampo garantistico ancorati al codice, in tendenziale contrasto con l'idea di un regime di tutela ispirato ad unitarietà di disciplina e sistema chiuso di fonti (F. PALAZZO, *La politica criminale nell'Italia repubblicana* cit., pp. 864-65). Alcuni degli altri elementi caratterizzanti, indicati da Palazzo nel prosieguo della sua analisi (l'uso simbolico della pena, la ricerca dell'efficienza, certi aspetti della razionalizzazione del sistema penale, giocati sul paradigma della suddivisione, piuttosto che su quello della ricompattazione) sembrano spingere nella stessa direzione. Ma leggo ora, nell'art. 131 del progetto di modifica della seconda parte della Costituzione approntato dall'apposita Commissione bicamerale, qualche segno, tecnicamente sconnesso, di una diversa direzione di marcia.

societario, tributario, urbanistico. E c'è da aspettarsi che altre *insulae in pelago natae* si aggiungano all'elenco, sul modello, per esempio, di quei Paesi europei che conoscono già articolati micro-sistemi dell'immigrazione, degli stupefacenti o della prevenzione e repressione a gestione privata.

La mappa svela la realtà, a suo modo la organizza, stabilisce le gerarchie, e ci fa distinguere le terre ferme da quelle precarie e posticce, nate da sconvolgimenti o da piattaforme artificiali. Ci mostra così una delle vie d'uscita: una operazione dottrinale ⁽¹⁶⁷⁾ e legislativa che riconduca il sistema all'*Ur-Strafrecht*, a quel penale 'basico' ⁽¹⁶⁸⁾ che è il penale della civiltà: quello che ha impiegato millenni a portarci fuori dalla vendetta e qualche secolo a (cercare di) farsi luogo della giustizia costruita con la certezza, con la garanzia e con la libertà. Il penale alto, per usare una metafora degli Antichi regimi, che protegge pochi beni meritevoli e lavora intorno alla qualità delle pene, perché lì *agitur de hominis salute* ⁽¹⁶⁹⁾, bene meritevole anch'esso.

6.3. *Il ritorno della penalistica civile.*

Critica della legislazione e della giustizia, apertura della scienza penale, politiche penali e politiche criminali innervate nella discus-

⁽¹⁶⁷⁾ In una pagina con cui mi sento consonante M. DONINI, *Selettività e paradigmi della teoria del reato* cit., p. 385-86, indica come via di augurabile uscita percorsi classici: un codice nuovo, delitti e contravvenzioni, i principî di garanzia che vengono dai teorici della libertà (lui dice *illuminismo*: ma nell'illuminismo c'era troppo) e stanno nella Costituzione, uno sfibramento del carcere accompagnato dalla valorizzazione di altre dimensioni della penalità.

⁽¹⁶⁸⁾ G. VASSALLI, *Diritto penale* in AA.VV., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano 1982, p. 426 ci ricordava che « il diritto penale sostanziale, ad onta della tensione umana che in ogni tempo lo percorre [...] è da millenni più o meno lo stesso. Per lo meno, nonostante i rivolgimenti storici, sono quasi sempre gli stessi — e limitati — i suoi problemi specifici: l'illecito, la colpa, la sanzione, la pericolosità dell'agente ». P. NUVOLONE, *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale*, in « Rivista italiana di diritto penale », 1948, pp. 38 sgg., si riferiva ad un nucleo 'immutabile' della dimensione penale dal quale far procedere i concetti cardinali della scienza.

⁽¹⁶⁹⁾ Attenzione coltivata anche da uno dei più calunniati giuristi dell'età moderna (P. FARINACCIO, *Variarum quaestionum et communium opinionum criminalium liber secundus*, Venetiis 1593, tit. V, *De inditiis et tortura*, quae. 37, n. 4).

sione e nella produzione dottrinale come componenti intrinseche e non più come *externum* della scienza che competerebbe a governi e legislatori. Dalla metà degli anni Sessanta, ed in modo accelerato nei due decenni successivi, un piccolo, ma crescente gruppo di allora giovani penalisti assegna nuove basi e finalità alla sua funzione scientifica ⁽¹⁷⁰⁾. « Pur perdurando il vecchio indirizzo tecnico-giuridico — ha scritto Luigi Ferrajoli — viene promossa, soprattutto da Franco Bricola e dalla sua scuola, da un lato una riformulazione in chiave costituzionale della teoria del reato e dei beni giuridici, e dall'altro [...] un ritorno all'antica penalistica civile quale critica del diritto penale vigente e delle sue funzioni di controllo sociale » ⁽¹⁷¹⁾.

Quel movimento si può dire approdato ⁽¹⁷²⁾. Si è costituita ormai una 'normalità' della funzione dottrinale dei penalisti e della maniera di esercitarla, che reca la stessa cifra distintiva della penalistica civile del secolo scorso e degli inizi di questo. Un altro dei caratteri stabili del sistema penale italiano, obliterato soltanto dalla fase fascista e dal suo *fall-out* nel lungo dopoguerra, si ripresenta con tratti omologhi a quelli che sono stati storicamente i suoi.

Omologia, se posso aggiungere, anche di percorsi. I penalisti dell'Italia unita ebbero a motivo del loro impegno la coscienza della centralità del penale rispetto alla crescita civile del Paese, ed al suo adeguamento ai principî dello Stato liberale di diritto. Questa penalistica contemporanea è stata mossa dalla coscienza della centralità della 'questione costituzionale', individuata *a*) come tematica generale sulla quale mettere alla prova una cultura giuridica che aveva forte bisogno di rinnovarsi, e *b*) come passaggio obbligato per ricollocare il penale nella dimensione impostagli dallo Stato democratico costituzionale. Un'operazione a suo modo epocale, come

⁽¹⁷⁰⁾ Questo il senso della constatazione di G. VASSALLI, *Diritto penale* cit., pp. 433 sgg. Egli vede nella fase che giunge agli anni Ottanta « ...una fase decisamente critica, in cui i giuristi tecnici, facciano o meno con ciò della scienza del diritto, cercano di occuparsi molto seriamente di politica criminale e di riforma penale » (p. 434).

⁽¹⁷¹⁾ L. FERRAJOLI, *Scienze giuridiche* cit., p. 591..

⁽¹⁷²⁾ È esemplare e indicativo di questo approdo, per la critica indicazione dei contorni, delle condizioni necessarie e del metodo usato per la 'fondazione' di un rapporto di *feedback* tra dogmatica, scienza giuridica e politiche penali e criminali, il saggio di D. PULITANO, *Quale scienza del diritto penale?*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1993, pp. 1209 sgg.

quelle che adeguarono il penale ai principî liberali prima, allo Stato 'orlandiano' poi ⁽¹⁷³⁾.

Omologia, infine, nel modo di presentarsi del fenomeno nel suo complesso. Nel lontano passato diversi indirizzi all'interno di tendenze dottrinali composite, svolsero innegabilmente la medesima funzione 'civile', pur nella diversità dei loro programmi; una attenta valutazione non fuorviata dal chiasso delle liti ci impone di vedere la stessa *concorrenza di funzione* anche tra 'scuole' o tendenze liberali, positiviste e socialiste, che pur avevano visioni e metodi profondamente divergenti. La stessa cosa si può dire, credo, in ordine ad orientamenti penalistici odierni, fatti di sensibilità differenti, segnati da diverse accentuazioni o da percorsi programmatici divaricati, ma tutti concorrenti dentro un *mos civilis* che li tiene insieme: gli indirizzi sociologico-realistici di stampo neoclassico, le metodologie critico-razionalistiche, il costituzionalismo penale, l'orientamento pragmatico-finalistico, forse persino gli ultimi giusnaturalismi palesi o latenti ⁽¹⁷⁴⁾, hanno in comune apertura, sensibilità alla dimensione politica, attitudine critica e progettuale, ed hanno tutti « preso a colloquiare direttamente col legislatore » ⁽¹⁷⁵⁾.

Del rinnovamento della cultura giuridica, effetto anche della sprovvincializzazione della cultura italiana avviata negli anni Sessanta ⁽¹⁷⁶⁾, la nuova penalistica civile è stata insieme beneficiaria e protagonista. La 'scoperta' della funzione del giurista che investe in quegli anni civilisti, costituzionalisti, filosofi e storici del diritto, non risparmia i penalisti. Essa reca con sé la duplice coscienza del fatto che il diritto è il prodotto in forma tecnica di opzioni, valutazioni, interpretazioni operate dal giurista, e che il giurista non agisce né al chiuso né nel vuoto: nel suo operato contano i contesti politici e le

⁽¹⁷³⁾ Con la singolare tendenza ad avviarsi, ogni volta, col ritardo di una ventina d'anni. I giuristi liberali realisti negli anni Ottanta, più di vent'anni dopo l'Unità; gli statalisti del tecnicismo più di vent'anni dopo la svolta orlandiana; i 'costituzionalisti' più di vent'anni dopo la Costituzione.

⁽¹⁷⁴⁾ Mutuo le etichette da F. PALAZZO, *Diritto penale* cit., pp. 325 sgg., consapevole di adentrarmi, addirittura col mezzo delle definizioni (per brocardo pericolose), su un terreno che, tra l'altro, non è il mio.

⁽¹⁷⁵⁾ *Ibid.*

⁽¹⁷⁶⁾ Vedere le convincenti osservazioni di L. FERRAJOLI, *Scienze giuridiche* cit., p. 587-89.

ideologie, le scelte culturali, la storia. Ovvietà di oggi, battaglie di allora. Il paradigma civilistico è radicalmente messo in crisi dalla centralità assunta dalla Costituzione che ha per sempre cancellato l'idea che l'ordine civilistico rappresentasse in qualche misura la *Grundnorm* del sistema. Esso trascina con sé, nel suo tramonto, l'idea della neutralità del diritto e dell'interprete, con ciò demolendo insieme quella dell'autosufficienza della cultura giuridica. Si rompe — cosa non priva di effetti — la compartimentazione stagna dei metodi disciplinari: non solo nel senso dell'intragiuridico, ma anche in quello dell'apertura verso modelli esterni.

Le inveterate velleità 'imperialiste' della scienza giuridica (chiusa e tiranna in casa sua, invadente in casa d'altri) cedono davanti allo sviluppo delle scienze politologiche-istituzionali, delle sociologie, delle stesse scienze storiche, non più 'assoggettabili' nell'ambito loro, né più *négligeables*, ma capaci ormai di svolgere in modo adeguato la loro funzione.

Si scopre il valore della storia penale. Dopo un lunghissimo silenzio gli storici del diritto, nel solco di un rinnovamento della riflessione sul giuridico che li coinvolge sia pure in piccola parte⁽¹⁷⁷⁾, avviano una riflessione sulla storia giuridica moderna e contemporanea e cominciano ad affrontare anche la storia del penale, non più in direzioni erudite o antiquarie (peraltro anch'esse trascurate in passato, e non produttive di cose di grande qualità), ma con lo scopo di contribuire alla critica della scienza giuridica penale e di analizzarne sviluppi e contesti. Vaglio critico delle fonti, revisione di luoghi comuni storiografici incrostati nella 'cultura generale' dei penalisti, applicazione di un corretto metodo storico alla 'storia interna' — come si diceva una volta — del penale, costituiscono il loro programma. I temi ed i tagli della loro ricerca storica si coordinano con le diverse fasi della discussione tra penalisti, nel tentativo di fare dell'analisi storica un referente critico nel dibattito

(177) Non v'è dubbio che il contributo più rilevante è venuto da Paolo Grossi, dai «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno» e dagli studi pubblicati dal Centro fiorentino da lui diretto. Sul versante della riflessione sulla 'politica del diritto', ma con una spiccata propensione per la sua dimensione storica, Giovanni Tarello ed i suoi «Materiali per una storia della cultura giuridica» hanno ugualmente concorso allo sviluppo di uno sguardo critico sull'esperienza penale.

della nuova penalistica italiana ⁽¹⁷⁸⁾. Per converso, alcuni penalisti, da Guido Neppi Modona a Tullio Padovani, fanno dell'analisi storica uno dei punti di forza della loro ricerca scientifica, riuscendo ad integrare lo sviluppo storico del penale nell'analisi delle politiche criminali e degli istituti del diritto vigente.

Tutto questo ha a che fare con la 'svolta verso la Costituzione', balbettante negli anni Sessanta e poi sempre più vigorosa dai Settanta in poi. Essa non realizzava soltanto la necessaria ed inesorabile conformazione del modo di costruire il penale e di ragionarci sopra, al 'nuovo' profilo dello Stato democratico repubblicano. Comportava anche l'adozione di un abito mentale — più ancora che di un metodo giuridico — che è anch'esso, per carattere stabile, l'abito storico della penalistica civile: esso vuole che la *validità* dell'ordinamento sia misurata sui principî costituzionali, mediatori dei valori politici e civili sui quali è nata la Repubblica; e vuole che la *rispondenza agli scopi* delle politiche penali e criminali sia giudicata integrando nelle analisi del giurista i saperi politici, istituzionali, sociali e storici dei quali egli deve comunque nutrire la sua scienza ⁽¹⁷⁹⁾.

Una siffatta attitudine porta con sé una penalistica aperta, colta, fatta di giuristi interi, la cui cultura giuridica non si riduce allo specifico penale. Una penalistica sensibile alle dinamiche della politica, capace di testimoniare all'occorrenza ed anche di battersi apertamente, con gli scritti, nelle nuove riviste giuridiche, con i convegni scientifici e attraverso i media; ovvero di impegnarsi per concorrere direttamente alle decisioni in materia penale, nei partiti politici, nelle commissioni ministeriali, in Parlamento: non diversamente da quanto è accaduto in altri e lontani momenti impegnativi della nostra storia. Ma si tratta anche di penalisti dalla grande, talora grandissima, perizia tecnica. La solida struttura dogmatica con cui sono stati formati da maestri che avevano talora fatto della dogma-

⁽¹⁷⁸⁾ Chi scrive si è occupato per la prima volta di storia del diritto penale nel 1972, all'interno di un seminario permanente animato da Franco Bricola e dedicato al « Principio della difesa sociale in Italia dalle codificazioni preunitarie all'età contemporanea ».

⁽¹⁷⁹⁾ Persuasive riflessioni su questo passaggio in D. PULITANÒ, *Quale scienza del diritto penale?* cit., pp. 1211 sgg.

tica il loro principale orizzonte, assicura un ancoraggio forte che li preserva dal rischio di costruire un penale puramente subalterno a sistemi valutativi esterni, invaso da assiologie metagiuridiche e destinato quindi alla strumentalizzazione. Si crea dunque, o dovrebbe crearsi, un *continuum* tra politica, sistema legale e dogmatica giuridica ⁽¹⁸⁰⁾ che realizza (ma diciamo semplicemente riprende e fa procedere) il nucleo più significativo dell'ideologia penale di un certo *mos italicus*.

Si deve a Franco Bricola ⁽¹⁸¹⁾ l'avvio e poi lo sviluppo, dentro la vicenda della penalistica italiana, del percorso che conduce il penale al vaglio della Costituzione e, da qui, all'affermarsi di una « dimensione politica del diritto penale [che] è entrata, con la forza vincolante dei precetti costituzionali, dentro tutti i discorsi scientifici dei penalisti » ⁽¹⁸²⁾. Vengono costituzionalmente fondati nell'offensività e nella colpevolezza i criteri per costruire l'indicazione delle norme penali, coniugandoli alla necessità di dare rango costituzionale anche ai beni che il legislatore può proteggere penalmente; quanto alla pena, la prescrizione costituzionale è tale da comportare una sorta di *virement* di tutto l'ordinamento nella direzione dell'abbandono del criterio retributivo come criterio fondativo del penale 'moderno': con conseguenze decisive non solo nella dottrina del reato, ma su tutto l'assetto della teoria penale. In una proposizione di ardua sintesi (che chiede indulgenza ai lettori esperti) si può dire che: offendere, colpevolmente, un bene costituzionalmente rilevante, può costituire, come *extrema ratio*, ragione per una privazione o limitazione della libertà, ma l'intero contesto — norma, soggetto, bene, fatto, circostanze — dovrà apparire in qualche modo compatibile con una prospettiva di prevenzione

⁽¹⁸⁰⁾ « Vincolate (per definizione!) a un dato sistema positivo, le operazioni della 'scienza' (dogmatica o esegesi) di quel dato ordinamento si inseriscono in un *continuum* che parte dalla determinazione degli scopi politici ultimi, si articola nel sistema legale, e mira a concretizzarsi nella qualificazione giuridico-penale di casi di specie. In questo *continuum* si pone il problema di ripartire poteri e responsabilità fra istanze diverse: legislatore, scienza giuridica, magistratura » (*ibid.*, pp. 1231).

⁽¹⁸¹⁾ L'opera fondamentale di F. BRICOLA, *Teoria generale del reato* cit., del 1973, delineando con grande vigore la dimensione costituzionale del diritto penale ha dato basi teoriche e politiche a un'intera fase della scienza penale italiana.

⁽¹⁸²⁾ G. MARINUCCI, *Ricordo di Franco Bricola*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1995, p. 1026.

speciale risocializzante. Si tratta quasi di un *vademecum* per il legislatore⁽¹⁸³⁾. Ben lontana ancora dall'aver dispiegato le sue potenzialità, questa dottrina ha già fecondato la scienza penale ed ha imposto una 'maniera' dottrinale che comincia a dare qualche piccolo frutto anche sul fronte della legislazione.

Una volta di più si vede il segno di una penalistica capace di impegno: valori decisivi per la 'civiltà' dell'ordinamento (il primo, come criterio e come limite, è il valore costituzionale della libertà) vengono condotti ed esaltati dentro una costruzione dogmatica robusta, fatta insieme di sperimentata *routine* e di intelligente inventiva, lungo le linee di un 'programma' politico innovativo, rivolto principalmente al legislatore, ma seminato prima nella scienza con la forza delle idee, congiunta alla persuasività della maestria tecnica. Perché si costruiscono le grandi cattedrali, come si dice, se l'architetto conosce bene il taglio delle pietre.

6.4. *L'ipertrofia del sistema penale.*

Il diritto penale è in crisi, cioè in salute. Una proposizione dall'aria cinica può rivelare l'essenza più recondita del cinismo, che è di solito l'ottimismo. È ben vero che lo stato di crisi per il diritto penale è ordinario e permanente⁽¹⁸⁴⁾ e che ciò non gli ha impedito di crescere, guadagnare la sua centralità, svolgere la sua funzione; è altrettanto vero, però, che è difficile trovare nella sua storia una fase in cui sia stato attaccato altrettanto radicalmente da un male potenzialmente esiziale perché aggredisce le basi razionali della sua esistenza e nasce proprio là dove il penale trova la sua prima legittimazione.

L'inflazione penalistica, o la crescita ipertrofica della dimensione penale dentro i sistemi normativi di tutti i paesi che vengono dall'affermazione storica di uno Stato-nazione⁽¹⁸⁵⁾, è infatti una incontestabile realtà che porta con sé:

(183) Così M. DONINI, *Selettività e paradigmi della teoria del reato* cit., pp. 346-47.

(184) G. VASSALLI, *Diritto penale* cit., p. 426.

(185) PH. ROBERT, *Les normes de l'État-Nation. Une hégémonie en crise*, in PH. ROBERT e F. SACK, *Normes et déviations en Europe. Un débat Est-Ouest*, Paris 1994, pp. 27-50.

a) un severo indebolimento dell'egemonia della normatività statale;

b) lo 'sfiancamento' della normatività penale: perché obbedendo ad una legge del cumulo dei prodotti normativi, gli Stati producono una progressiva e soffocante 'penalizzazione a tappeto', corredando di norme penali la 'marea di leggi' prodotta dai legislatori, senza essere poi capaci di fare fronte all'inevitabile *ludibrium* della loro inapplicazione;

c) la necessità conseguente di uno straordinario sforzo di ripensamento da parte di una scienza penale che sembra aver capito e di un legislatore che non mostra altrettanta consapevolezza. E il nodo più intricato sta nel fatto che le stesse categorie penali fondamentali — elaborate nella fase di *avvicinamento* allo Stato liberale di diritto europeo tra XVIII e XIX secolo — devono essere sottoposte a coraggiose critiche di verifica in questa che è invece una inoltrata (ma non interamente avvertita) fase di *allontanamento* da quel tipo statale.

Le ragioni dell'inflazione penalistica sono note ⁽¹⁸⁶⁾. Oltre ad inserirsi in un fenomeno generale di espansione patologica di tutto il sistema legislativo, essa ha origini sue proprie di ordine politico, burocratico, o più in generale sociologico, che in gran parte sfuggono al dominio della scienza giuridica penale.

Si parte dall'allentamento e rarefazione di ordini normativi non giuridici *olim* efficaci nei rapporti sociali, che fanno nascere una forte domanda di costrizione penale, a cui si risponde con leggi emblematiche. La natura di *medium* simbolico che ha ormai afferrato gran parte delle norme penali, funge da moltiplicatore, nella speranza di catturare consenso ⁽¹⁸⁷⁾, della produzione normativa penale in quanto tale e delle sue componenti di immagine: le 'manovre sulla pena' ⁽¹⁸⁸⁾, ad esempio, presenti da sempre nelle

⁽¹⁸⁶⁾ Per tutti, C.E. PALIERO, « *Minima non curat praetor* » cit.; ID., « Depenalizzazione » in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. III, Torino 1989, pp. 425 sgg.; F. PALAZZO, *Diritto penale* cit., pp. 352 sgg.; da ultimo, le intelligenti considerazioni di S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 1997², pp. 29 sgg.

⁽¹⁸⁷⁾ E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1993, pp. 86-87.

⁽¹⁸⁸⁾ L'ipertrofia delle pene: un sintomo del fatto che il legislatore ha meditato in

rappresentazioni del penale, appartengono a questo ordine e sembrano rinunciabili a fatica.

Si entra poi nell'arcipelago normativo di cui sopra si diceva. Lo Stato sociale di diritto, per eccellenza legislatore, si vale spesso del penale come suggello, come segnalatore di importanza di questo o quel passaggio della normatività organizzativa, e svolge una sua relevantissima parte. Gli si affiancano il penale accessorio, la sterminata « selva delle contravvenzioni » additata da Giacomo Delitala ⁽¹⁸⁹⁾ e l'immenso territorio del penale ostativo, produttore di *délits obstacles* che si diffondono nelle le discipline amministrative di un'infinità di settori e ci riportano alla logica penale degli ordinamenti antichi, quando alla pena si accollava, tra tante, la funzione di dissuadere dalla disobbedienza ⁽¹⁹⁰⁾. A tutto questo si aggiunge, in un certo senso sovrastandolo e fecondandolo di potenzialità perverse, il fattore mediatico, fierissimo concorrente, ormai, della scienza giuridica quanto alla capacità di influire sul ceto politico ⁽¹⁹¹⁾.

È il dominio della segmentazione e della polverizzazione penale. Ogni branca dell'amministrazione mostra la tendenza ad assumere la titolarità esclusiva del settore economico-sociale di sua competenza, e ritiene necessario, ma anche prestigioso, corredarla di un apparato di norme penali che gli garantiscano potere di presa sulla porzione di cittadini che hanno a che fare con essa. Tutto ciò produce una moltiplicazione esponenziale del penale amministrativo diffuso e induce una estrema incertezza. Ciascun reparto, fattosi autonomo, coltiva il suo segmento normativo senza troppe preoccupazioni di

maniera insufficiente sugli strumenti giuridici da impiegare (cfr. C.E. PALIERO, « *Minima non curat praetor* » cit., p. 32).

⁽¹⁸⁹⁾ G. DELITALA, *Diritto penale*, in « Enciclopedia del diritto », vol. XII, Milano 1964, p. 1100.

⁽¹⁹⁰⁾ Chi volesse potrebbe trovarne esempi in M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano 1974, pp. 117 sgg.

⁽¹⁹¹⁾ « Dinanzi a questo fenomeno caratterizzato nella materia penale da un elevato tasso di irrazionalità, emotività ed artificiosità della sollecitazione della c.d. coscienza sociale, la scienza torna a ricavare il suo titolo di legittimazione sostanziale più dalla razionalità metodologica che dal 'ruolo democratico' » (F. PALAZZO, *Diritto penale* cit., p. 319).

generalità e razionalità, affondando nel particolarismo e nella complessità. Si arriva, in questi processi, persino alla nascita di vere e proprie 'neolingue' normative che solo quel settore sviluppa, usa e sa decifrare e che, per essere ispirate a 'idiotismi da microsistema', conseguono l'effetto di sottrarre porzioni di penale praticato al dominio dei suoi stessi principî generali: quelli istituzionali, che nel gergo dei penalisti si chiamano 'di parte generale'. Ciò non toglie, peraltro, che la continua ricerca di nuove munizioni penali da aggiungere al proprio arsenale coincida con il loro raro e cattivo uso. La minaccia di pena serve più che altro ad essere strumentalizzata, a fare pressione, a contrattare da posizioni di forza, per ottenere comportamenti a bassa resistenza burocratica.

È anche il dominio della mitridatizzazione, per un verso, e della degenerazione della pena per l'altro. La pena cessa di essere presa sul serio, rifugiandosi nell'unica funzione che mai, tra mille, le era stata seriamente attribuita: quella di essere sbandierata come un mero segnalatore di pericolo, o quella di dare in mano a settori burocratici un mezzo di pressione per ottenere dai cittadini questo o quel comportamento, non altrimenti atteso.

In concreto, poi, nel dispiegarsi della pratica penale dentro un sistema ipertrofico:

a) la pena va a colpire 'casualmente' i pochi che incappano in un processo di criminalizzazione secondaria, autentici 'capri espiatori' ⁽¹⁹²⁾ in un sistema che non possiede più gerarchie credibili, abbandonando così parte della sua funzione di prevenzione speciale ⁽¹⁹³⁾. Quella casualità obbedisce ad una logica selettiva che sceglie invariabilmente di punire (con criteri *random*) categorie marginali, deboli e visibili, lasciando fuori fasce criminali coperte o protette, che delinquono su terreni, o con pratiche più discrete o che, inspiegabilmente — ad esempio, i *white collar's crimes*, in senso lato — allarma(va)no di meno. Un *casus* potrebbe essere individuato in quel che ha prodotto in Italia, di rumore e rivolgimenti, una momentanea, anche se molto seria, inversione di quella logica

⁽¹⁹²⁾ Si legga CH.-N. ROBERT, *L'impératif sacrificiel. Justice pénale: au-delà de l'innocence et de la culpabilité*, Lausanne 1986.

⁽¹⁹³⁾ Su tutte queste tematiche si può fare riferimento alla penetrante sintesi di PH. ROBERT, *La question pénale*, Genève 1984, specie pp. 89 sgg.

selettiva, dalla quale è nata un'attenzione della giustizia verso imprenditori, classe politica e pubblici funzionari (magistrati compresi), per fatti di corruzione/concussione, o per reati societari, finanziari, fiscali, apparsi subito, peraltro, di qualità, quantità e dimensioni relevantissime. Uno scarto dalla direzione usuale (ed attesa) della selettività ha inferito, tra le altre cose, un energico scuotimento al sistema penale in tutto il suo complesso: suggerendo l'ipotesi che tra i suoi tratti distintivi permanga ancora quello che lo voleva naturale presidio contro 'i delinquenti', ma meno pacificamente orientabile verso 'i galantuomini';

b) la pena vede indebolirsi anche il suo ruolo strategico di prevenzione generale, in ragione del fatto che i comportamenti minacciati trascorrono dai gravissimi ai bagatellari e sono tanto numerosi e disparati da non rappresentare più un ragionevole punto di orientamento per le valutazioni dei consociati.

Lo Stato procede così, senza neanche saperlo più, su di una via imboccata secoli addietro, quando la peccatizzazione del diritto penale comportò un'altra penalizzazione a tappeto: quella delle eterodosie religiose, dei comportamenti sessuali irregolari, del vivere disordinato, delle *disturbances* reali o presunte, anche allora minacciate e non punite, gestite in modo strumentale, intimidatorio, ricattatorio. Il dato di pericolo non sta quindi solo nell'ipertrofia del penale come problema in sé. Sta anche nei segni di crisi che vengono dallo Stato che la produce e dalla sua inconsapevolezza, che non lascia sperare troppo quanto alle vie d'uscita.

La scienza penale ha avvertito la gravità del fenomeno, il legislatore ne è stato investito. Qualche segno è apparso nel senso della depenalizzazione, avviata più di trenta anni fa, con la legge n. 317 del 1967 che si occupò di circolazione stradale, e messa su basi meno fragili dalla legge n. 689 del 1981, che ha fondato un'organica disciplina dell'illecito amministrativo punitivo⁽¹⁹⁴⁾. Da allora si può dire che questa direzione di marcia non sia stata più abbandonata, anche se continua ad essere talora contraddetta. La generale con-

(194) C.E. PALIERO, *La legge 689 del 1981: prima « codificazione » del diritto penale amministrativo in Italia*, in « *Politica del diritto* », XIV (1983), pp. 117-64; P. NUVOLONE, *La legge di depenalizzazione*, Torino 1984 e le recenti considerazioni di F. PALAZZO, *Diritto penale cit.*, pp. 334 sgg.

vinzione in ordine alla necessità di depenalizzare quanto possibile, peraltro misurata sull'esigenza di sgravare di compiti la giustizia sfoltendo i processi, molto più che sulla ragione di fondo dello sfiguramento del penale, sembra trovare il suo maggior ostacolo nella congenita e strutturale lentezza della produzione legislativa. In realtà, se si considera che alle lungaggini del disboscamento si è spesso aggiunto il rimboschimento « d'urgenza » di aree non poco numerose, ci si avvede di quanto possa essere difficile questa impresa cogestita da giuristi e legislatori che fanno la parte di Sisifo gli uni, di Penelope gli altri.

Il processo sembra comunque andare lungo le linee dell'alleggerimento della risposta carceraria (ma con riluttanze e ripensamenti), della *diversion*, intesa come insieme di alternative al giudizio penale, e della depenalizzazione 'amministrata': cioè di un intervento a carico dell'infrazione che non consista nella sanzione penale ma in forme di *penance* o in trattamenti che non si basino più su carcere e gendarmi ⁽¹⁹⁵⁾. Lo *stilus Italiae* è stato principalmente quello di battezzare col nome di amministrative determinate sanzioni, *ceteris paribus*, in una prospettiva di fiscalizzazione delle aree depenalizzate.

Un problema resta dunque aperto. L'ipertrofia dell'ordinamento rappresenta un notevole ostacolo sulla via della marginalizzazione del penale. Una marginalizzazione, si badi, dalla quale non verrebbe al penale la perdita della sua *centralità*, che è storicamente un'altra cosa. Anzi, ove il penale si ritirasse effettivamente dentro l'alveo che è storicamente il suo, rinunciando al dilagamento attuale, recupererebbe la centralità che gli viene dall'essere insieme mezzo di garanzia, strumento di tutela delle libertà, e criterio per la misurazione dei livelli di civiltà di un ordinamento. Quando si invoca per esso un ruolo di *extrema ratio*, e si indica la direzione di una sua 'minimizzazione', non si fa che richiamarlo alla sua storica centralità: vaglio e metro del carattere intimamente liberale della società e delle sue istituzioni.

Ma l'ipertrofia penalistica non è altro che una delle manifestazioni della crisi dell'egemonia normativa dello Stato, un segno della

⁽¹⁹⁵⁾ C.E. PALIERO, « Depenalizzazione » cit., pp. 432 sgg. indica come paradigmi della politica di depenalizzazione la fiscalizzazione, la medicalizzazione, la secolarizzazione e la privatizzazione.

insostenibilità del suo monopolio legislativo nelle condizioni in cui si trovano oggi le società, la cultura e la coscienza giuridica. È lo Stato, per le condizioni in cui esso versa, a fare da ostacolo nella direzione di un recupero 'umanistico' della funzione penale.

La penalistica italiana ha dinanzi un cammino certamente lungo, ma non è lontana la fase cruciale in cui dovrà prendere atto del fatto che molti degli strumenti culturali e ideologici di cui si è valsa, e ancora oggi si vale, diverranno inservibili. Essi sono infatti conaturati alle radici storiche, filosofiche e politiche dello 'statalismo', un modo di vedere le cose che, originato da una delle componenti ideologiche della Rivoluzione francese e cresciuto dentro le logiche dello Stato liberale di diritto europeo, è ancora il convinto assertore della 'unicità del potere' e della 'maestà della legge'. Da lì vengono i vizi dell'ordinamento penale, perché i poteri in realtà sono molti, mentre la legge, giunta da tempo al suo 'punto del dinosauro', non ha più niente di maestoso. Ma anche molti degli strumenti ideologici che usiamo per correggere quei vizi vengono da lì: si rischia che ci impediscano di vedere, di capire, di porre rimedio. Fare i conti con questa incongruenza sarà la cosa più difficile.

IL PROBLEMA PENALE

A Franco Bricola, Alessandro Giuliani e Giovanni Tarello, miei Maestri da lontano, e ancora vicinissimi.

1. L'inadeguatezza e il malessere della cultura penale agli inizi del Novecento. — 2. Arturo Rocco e il diritto penale nello Stato liberale di diritto. — 2.a. Risanare il diritto penale e costituzionalizzarlo. — 2.b. Nella logica del nuovo diritto pubblico e alla maniera del vecchio diritto civile. — 3. Una incerta transizione: il progetto Ferri e l'avvento del regime fascista. — 4. La politica penale del fascismo tra 'rivoluzione' e continuità. — 4.a. Leggi fascistissime per annientare l'opposizione. — 4.b. La monumentale riforma penale del 1930. — 4.c. L'opera ambigua della scienza penalistica italiana negli anni del fascismo. — 5. La questione penale nei primi anni della Repubblica: la Costituzione inattuata. — 5.a. Il problema penale nel nuovo quadro costituzionale. — 6. Le cinque emergenze della storia repubblicana dettano l'agenda del problema penale. — 7. L'ipertrofia del penale nella crisi dello Stato-nazione. — 8. Una rinnovata penalistica civile.

1. *L'inadeguatezza e il malessere della cultura penale agli inizi del Novecento.*

“Le leggi penali sono indissolubilmente legate alle vicende delle pubbliche libertà; e come queste, massime negli ultimi anni, furono bersaglio dei più gravi attentati”. Così Luigi Lucchini, attento e assiduo commentatore delle cose penali, nei primi giorni del nascente XX secolo, rievoca le drammatiche traversie degli ultimi anni di quello trascorso, dandoci le coordinate storiche di quel difficilissimo inizio: “Sul terreno della discussione scientifica ci siamo trovati a combattere gli stati d'assedio e le giurisdizioni eccezionali, i domicili coatti e le reazionarie limitazioni dei diritti di riunione, di associazione e di stampa, gli attacchi mossi alla giuria e le proposte avverse al contraddittorio e alla pubblicità giudiziale, le denigrazioni

delle istituzioni parlamentari e le usurpazioni del potere legislativo da parte dell'esecutivo (v. Lucchini, 1900, pp. 6-7).

Gli ultimi del XIX secolo erano stati anni di tensioni e scontri durissimi, caratterizzati da un uso spesso brutale della repressione penale, rivolta contro il nascente movimento operaio delle città industriali, in un tornante difficile dello sviluppo economico del paese. Leggi eccezionali e misure speciali di polizia erano state largamente usate per fronteggiare l'opposizione politica ed in particolare le associazioni anarchiche e le organizzazioni socialiste. Tra il 1898 e il 1899 la borghesia del nord tentò, come si disse allora, un vero e proprio 'colpo di stato' (v. Levra, 1975), che venne fronteggiato — sul piano istituzionale e presso l'opinione dei cittadini colti — anche da un numero non piccolo di giuristi, liberali e socialisti, legati a visioni diverse del diritto e dello Stato, ma impegnati insieme, con coraggiosa determinazione, in difesa delle libertà fondamentali. Luigi Lucchini, insieme a tanti altri penalisti — come Emilio Brusa, Tancredi Canonico, Luigi Casorati, Enrico Ferri, Eugenio Florian, Giovan Battista Impallomeni, Pietro Nocito, Alfredo Pozzolini, Adolfo Zerboglio —, professori, giudici e avvocati, schierati su versanti diversi nella comune esperienza della penalistica civile di fine secolo, profusero animo e intelligenza, in quella fase critica, per affermare la necessità di un sistema penale che fosse realmente giusto, garantito e libero. Fu quella una battaglia civile difficile, rischiosa e costosa, ma fu combattuta con dignità e fermezza, apertamente e senza risparmio. Le riviste scientifiche, la stampa quotidiana, i tribunali, il parlamento e perfino le piazze furono il teatro di uno scontro nel quale il ruolo di quei penalisti fu insieme decisivo ed esemplare (v. Sbriccoli, 1987).

Luigi Lucchini era nella prima fila di quel movimento: non solamente come giurista che aveva già ispirato tante battaglie in difesa di una concezione liberale del diritto penale, ma anche come magistrato, membro decisivo di quella prima sezione della Corte di Cassazione che aveva annullato con una clamorosa sentenza il decreto del 22 giugno 1899 del governo Pelloux, contenente 'provvedimenti politici' che avrebbero reso impossibile ogni attività pratica delle opposizioni e che ledevano in modo gravissimo primari diritti di libertà e fondamentali principi statutari (v. Candeloro, 1974). Legatissimo al ministro Giuseppe Zanardelli, Lucchini era

stato il vero artefice del Codice penale promulgato nel 1889 e in quell'inizio di secolo nuovo era impegnato, con la sua "Rivista Penale", in una campagna politica e scientifica per dare all'Italia un nuovo codice di procedura penale che fosse adeguato al "cammino evolutivo della civiltà e della scienza". Impersonava dunque, anche simbolicamente, il duplice carattere della penalistica civile italiana del XIX secolo (v. Sbriccoli, 1990): da un lato l'attenzione costante e rigorosa per la scienza giuridica penale, lo studio per il suo aggiornamento e l'applicazione alle questioni tecniche connesse con il rinnovamento della legislazione, nella convinzione che una buona dogmatica fosse garanzia di una adeguata legislazione e di una retta giustizia; dall'altro, l'impegno politico, che non mirava soltanto a far entrare la società e la storia nell'esperienza giuridica, ma realizzava, all'occorrenza, l'operazione inversa. Un impegno osservato talora con autentico spirito militante, con gli scritti o dalle cattedre, nell'avvocatura come nella magistratura, rivestendo rilevanti ruoli istituzionali o impegnandosi materialmente in parlamento e nel paese per una riforma della legislazione che rendesse più giusto e più civile il sistema penale.

Alla svolta del secolo, però, una volta combattuta e vinta, se così si può dire, l'ultima battaglia in difesa delle libertà, incertezza e insoddisfazione tendono a prendere il sopravvento. La scienza penalistica è radicalmente scissa in due divaricate prospettive scientifiche che stanno producendo una sorta di 'polverizzazione' del pensiero penalistico, privo di un metodo e di un nucleo dogmatico comuni intorno ai quali riconoscersi e discutere.

Da una parte stanno, ormai orfani dei loro grandi maestri, gli epigoni della tendenza liberale e realistica che aveva dominato la scena nella seconda metà dell'Ottocento e prodotto il codice penale del 1889. Essi avvertono l'inadeguatezza della loro visione del penale, fondata su principî e valori che avevano avuto un grande ruolo nel fronteggiare le ideologie della penalistica autoritaria ereditata dagli antichi regimi, ma che apparivano inadatti a impostare i termini nuovi in cui andava pensato il problema penale. In sintesi, il diritto penale liberale, costruito sulla falsariga di un illuminismo moderato e volto sostanzialmente all'indietro, non riusciva a integrarsi con il quadro istituzionale rappresentato da uno Stato profondamente trasformato, né si mostrava adeguato ai termini inediti

in cui si presentavano il fenomeno criminale e il problema penale nuovo che ne derivava. Era in corso un profondo mutamento dei contesti, indotto da una straordinaria accelerazione economica e da una conseguente ricomposizione sociale che pretendeva, tra le altre cose, anche politiche penali adeguate. La nuova protagonista era la criminalità urbana, e, accanto a essa, quella più complessa ed articolata che Cesare Lombroso (v., 1896) designava come “criminalità evolutiva”: sempre meno rispondente al tradizionale schema della società agricola e sempre più orientata verso forme criminali tipiche delle società in via di industrializzazione. Si chiedeva che i criteri tradizionali della repressione retributiva e della prevenzione fatta con la polizia fossero messi al passo con i nuovi livelli della minaccia criminale (che cominciava a venire anche da ceti medi e abbienti, e non più soltanto dalle tradizionali ‘classi pericolose’). Il diritto penale, infine, doveva conformarsi all’idea rinnovata di Stato che nel secolo nuovo era ormai acquisita. Al diritto toccava in qualche modo di cedere alla legge, riducendo lo spazio concesso ai valori e ai principi per allargare quello dovuto ai paradigmi e alle tecniche. Era proprio su questi terreni che i penalisti inseriti nella tradizione giuridica del liberalismo di matrice illuminista si avvertivano inadeguati; in più, la mediocre qualità di molti di essi, appena compensata dal valore di qualche allora giovane penalista come Arturo Rocco o Vincenzo Manzini, costituiva in qualche modo il sigillo di una crisi culturale che appariva difficilmente reversibile.

Dall’altra parte troviamo i penalisti formati nel contesto della cultura positivista, educati alla sociologia di Auguste Comte e Herbert Spencer, ispirati al darwinismo sociale, imbevuti dell’antropologia criminale di Lombroso, militanti nella scuola giuridica positivista fondata e guidata da Enrico Ferri. La loro crisi è, se possibile, più grave e radicale, anche se meno visibile e avvertita.

Il lombrosismo ha perso prestigio e credibilità, pagando, soprattutto oltre confine, il prezzo dei suoi limiti scientifici, dei sincretismi e degli analogismi, delle approssimazioni e dei raffazzonamenti. Quanto alla scuola ferriana, si assiste a una strisciante diaspora che vede alcuni dei più intelligenti tra i suoi esponenti portarsi su posizioni revisioniste. Delle teorie penali positiviste vengono lasciati cadere i tratti più apertamente lombrosiani; si accentuano le loro potenzialità di uso politico, con il tentativo di costruire un diritto

penale sociale (v. Sbriccoli, 1974-75), se non addirittura socialista; se ne valorizzano infine i caratteri tecnicamente innovativi, specie sul terreno delle politiche penali. Eugenio Florian (v., 1900) insiste nel proporre una dottrina integrata del diritto penale che lo tenga ancorato alle scienze sociali; Adolfo Zerboglio (v., 1895) mantiene ferma la critica della giustizia penale borghese e classista, ma imposta anche una ricerca indirizzata alla ricomposizione delle tendenze teoriche in campo, sia pure con la riaffermazione dei più moderati tra i presupposti del positivismo (v. Zerboglio e Pozzolini, 1900); Alfredo Pozzolini (v., 1908), infine, avvia una nuova riflessione sul problema penale che lo condurrà ad affermazioni non diverse, nella loro sostanza, da quelle che avrebbero dato fondamento all'indirizzo tecnicista propugnato da Arturo Rocco.

Alcuni capisaldi, da tempo affermati, delle dottrine di Ferri e della sua scuola sono ormai pacificamente passati nel patrimonio comune della penalistica italiana, se non addirittura di quella europea. L'interesse per la figura del delinquente, la preoccupazione per la sua pericolosità, l'idea di difesa sociale (seppure temperata con altre esigenze), l'opportunità della prevenzione speciale accanto ai programmi di prevenzione generale e sociale, le pene riadattative — in sostanza tutte le questioni che ruotano intorno al tema centrale della recidiva (v. Schnapper, 1984) — vengono facilmente assorbite dal sistema penale che le riconosce come perfettamente compatibili con i suoi principî generali e con la sua tradizione storica. Non vengono invece accettate le tematiche connesse al versante antropologico-criminale delle dottrine positiviste: la classificazione dei criminali su base craniologica o realizzata comunque sui caratteri fisici o pretesi psichici, l'idea della incorreggibilità, le pene eliminative e quelle indeterminate, la non proporzionalità della pena, l'idea che a meritare attenzione non debba essere il reato, ma soltanto il criminale (v. Digneffe, 1998).

È dunque nelle impostazioni di fondo, nelle intenzioni strategiche della scuola positiva, così come nella estrema fragilità culturale dei suoi esponenti più acritici, che vanno ricercate le ragioni della sua inadeguatezza. I positivisti hanno l'ingannevole impressione, in quell'inizio di secolo, che le loro dottrine si stiano sempre più affermando, cosa che risparmia loro quel tanto di frustrazione che affligge invece i penalisti liberali. In più, le caratteristiche di fondo

del loro pensiero e le radici stesse della loro ideologia giuridica sono meglio compatibili con la figura di Stato che si sta imponendo nel sistema istituzionale italiano e con il rapporto Stato-diritto che sempre più chiaramente ne deriva. Nessuno di essi, tuttavia, avverte in termini corretti ed in modo appropriato l'esistenza di questa dinamica. Anzi, molti di loro si sarebbero trovati in sintonia con ciò che l'Italia sarebbe stata a partire dagli anni Venti, concludendo un tragitto percorso nella costante convinzione di stare andando da tutt'altra parte (v. Sbriccoli, 1998a).

Ma il punto di crisi insanabile, per ciò che restava della scuola ferriana e della corrente culturale positivista, stava nello stato di degrado in cui erano finite le scienze sociali alle quali quella corrente aveva improvvidamente legato la progettazione e l'elaborazione del diritto penale. La produzione scientifica di discipline come l'antropologia criminale, la criminologia, la sociologia criminale aveva toccato livelli di pochezza e di irrilevanza mai raggiunti prima. Il crescente discredito del lombrosismo ed il provincialismo degli studi di sociologia criminale, ignari degli sviluppi della scienza in area tedesca o anglo-americana e impegnati a ripetere schemi positivisticici di provenienza domestica, avrebbero fatto il resto. Lo stesso Émile Durkheim, che pure avrebbe potuto esercitare una benefica influenza in un paese in cui il mondo intellettuale aveva diffuse frequentazioni francesi, venne sostanzialmente mal compreso e ignorato (v. Mangoni, 1985).

Non è un caso, dunque, che nel primo decennio del secolo, di regola in occasione di prolusioni accademiche, si moltiplichino gli interventi che cercano di indicare la via di un nuovo diritto penale (v. Vaccaro, 1899; v. Alimena, 1900 e 1910; v. Florian, 1900; v. Manzini, 1900; v. Impallomeni, 1905; v. Pozzolini, 1908; v. Grispi-gni, 1909), offrendo prospettive di riforma o tentando addirittura vie di uscita metodologiche e generali, fatte di mediazione tra i diversi indirizzi o di ipotesi sincretistiche. Una vera e propria 'scuola' viene avviata con lo scopo di uscire da una crisi che in gran parte veniva addebitata alla irriducibilità (e alla degenerazione) dei due indirizzi esistenti, quello liberale realistico e quello positivista. Bernardino Alimena, principale promotore del nuovo tentativo, avrebbe voluto chiamarla 'Scuola critica', ma l'inesorabile paradigma delle due scuole contrapposte la inchiodò sul nome di 'Terza scuola' (v.

Sbriccoli, 1998a). Qualcosa del genere accade anche tra i positivisti, quando Zerboglio e Pozzolini, negando l'ipotesi che stessero "fantasticando di terze o quarte scuole", fanno precedere da un programma dagli intenti conciliatori la loro nuova "Rivista di diritto penale e sociologia criminale" che inizia le pubblicazioni nel 1900 (v. Zerboglio e Pozzolini, 1900).

2. *Arturo Rocco e il diritto penale dello Stato liberale di diritto.*

Quando Arturo Rocco, nel gennaio del 1910, legge a Sassari la sua prolusione al corso di Diritto e procedura penale (v. Rocco, 1910), la dottrina europea dello Stato liberale di diritto si era affermata da molto tempo. Vittorio Emanuele Orlando, Raimond Carré de Malberg e Georg Jellineck l'avevano da tempo formulata, ciascuno con sottolineature diverse, correlate all'esperienza costituzionale del proprio paese, ponendola a fondamento di una concezione dei diritti e delle libertà che resterà a lungo punto di riferimento per gli Stati liberali dell'Europa continentale (v. Fioravanti, 1995a, pp. 116 ss.).

Quella dottrina spostava il fulcro del discorso, ponendo l'origine e il fondamento dei diritti e delle libertà nella sovranità dello Stato, che si esprime con la legge. I diritti risiedono nelle leggi (quel che può fare il cittadino è attivarli) e dalle leggi sono assicurate le libertà. Gli spazi lasciati liberi dallo Stato, che — con la legge — decide di autolimitarsi saranno l'ambito delle libertà negative, mentre quelle positive dipenderanno da altri atti sovrani dello Stato che — con la legge — indicherà funzioni pubbliche destinate ai cittadini (per esempio l'elezione di rappresentanti politici), corrispondenti ad altrettanti diritti positivi dei cittadini stessi. Siccome tutte le libertà "si fondano solo ed esclusivamente sulle norme dello Stato, si deve per forza ammettere che esiste ora un solo diritto fondamentale, quello di essere trattati conformemente alle leggi dello Stato". La libertà riposa quindi sui rimedi giurisdizionali che si possono invocare nel caso in cui qualcuno leda un diritto individuale fondato sulla legge: "Questo è appunto, in sintesi, lo Stato di diritto: un meccanismo di pronta e sicura, e uniforme, applicazione della legge da parte dei giudici" (*ibid.*, p. 125).

Poteva il diritto penale — che è per eccellenza l'ambito in cui lo Stato dispiega il suo potere e fa valere la sua volontà nell'interesse dei consociati (a differenza dell'ambito del diritto civile, nel quale molto conta l'autonomia dei privati, garantita e disciplinata dallo Stato) — restare fuori da questa prospettiva? Poteva continuare a fare riferimento a sistemi di valori per definizione pre- o metastatali, quali erano il diritto naturale, i principî del 1789, le visioni contrattualistiche o le precondizioni naturalistiche poste dai penalisti positivisti a fondamento delle loro concezioni del criminale e della sua pena?

È ben vero che alcuni giuristi di orientamento liberale realistico avevano già introdotto nelle loro teorie penali, *inter caetera*, anche l'elemento normativo tipico dello Stato di diritto, ponendolo in concreto al centro delle loro concezioni: l'aveva fatto Lucchini, fin nella *Relazione* che aveva scritto per il ministro Zanardelli all'atto della presentazione alle Camere del nuovo Codice penale; l'aveva fatto Impallomeni (v., 1897), in una accorata invettiva contro la pretesa di proteggere le istituzioni con il sopruso e con l'ingiusta violenza (v. Sbriccoli, 1998a); lo avevano fatto Brusa e Casorati. Ma è con la prolusione di Rocco del 1910 che il diritto penale viene posto, a pieno titolo e in piena coscienza, nel quadro costituzionale dello Stato liberale di diritto.

2.a. *Risanare il diritto penale e costituzionalizzarlo.*

Per anni, mentre la scienza penalistica era sotto l'incontrastato dominio del metodo detto 'tecnico-giuridico', il documento programmatico da cui quel metodo aveva preso le mosse venne coperto da una cortina di silenzi. Qualche cenno in frettolose premesse storiche, mai un'analisi ravvicinata. Poi, nel corso della più recente stagione di rinnovamento della scienza penale italiana, a partire dagli anni Settanta, il programma di Arturo Rocco, sempre senza analisi ravvicinate e con qualche difetto di storicizzazione, è stato additato come la fonte originaria dei guasti prodotti per mezzo secolo dal metodo tecnico-giuridico e, a mio parere, dalle sue degenerazioni.

Avevano ragione i penalisti tecnicisti a glissare sul programma del 1910, perché non vi avrebbero trovato la giustificazione del loro modo di praticare il metodo propugnato da Rocco; hanno avuto torto i più recenti detrattori, perché non è nelle linee tracciate in

quella prolusione che si possono ravvisare le ragioni dell'isolamento e del decadimento che il penale conobbe nel cinquantennio centrale del secolo. I primi hanno taciuto perché si erano resi conto che le intenzioni di Rocco avevano, in quel 1910, tutt'altra direzione rispetto a quella che essi stavano seguendo; i secondi hanno criticato perché, al contrario, non se ne erano resi conto.

Non si ripeterà qui l'esame comparato del programma di Rocco, già svolto in altre occasioni (v. Sbriccoli, 1990 e 1998a), né si tornerà sul rapporto che lo collegava a quello che Vittorio Emanuele Orlando (v., 1889) aveva formulato vent'anni prima, con riguardo al diritto pubblico, a dimostrazione dell'ancoraggio costituzionale che veniva così assicurato al diritto penale. Ci si limiterà a rilevare che una analisi ravvicinata e storicamente provveduta del programma delineato da Rocco nel 1910 evidenzia come due fossero in realtà i passaggi che egli riteneva obbligati per affrontare in modo consapevole ed efficace, in quella fase, il problema penale. Bisognava in primo luogo 'risanare' il diritto penale, restituendogli i caratteri tipici di una scienza giuridica, corredati di quella autonomia senza la quale una scienza giuridica non sussiste. Bisognava poi adeguare il penale alla dimensione costituzionale assunta da tempo dallo Stato italiano, mettendo al centro del ragionamento del penalista la legge, il suo dettato e il suo primato. In quella fase, infatti, la base costituzionale dello Stato risiedeva nella legge e il fatto di non essersi ancora conformato alla 'costituzione giuridica' dello Stato liberale di diritto aveva impedito al penale di fare i conti con la nuova concezione che aveva investito i diritti di libertà, riscattandoli dal fondamento giusnaturalista per consegnarli alla legge dello Stato.

In buona sostanza, Rocco propugnava allora un'opera di 'costituzionalizzazione' del penale equivalente a quella realizzata circa sessant'anni dopo dalla 'nuova penalistica civile' (v. Sbriccoli, 1998a), seguendo una via paragonabile (*mutatis mutandis*) a quella proposta da lui, ma senza avvedersene, per difetto di consapevolezza storica.

2.b. *Nella logica del nuovo diritto pubblico e alla maniera del vecchio diritto civile.*

Entrambe quelle operazioni — il risanamento del diritto penale e la sua 'costituzionalizzazione' — implicavano però un terzo livello

di aggiornamento della scienza penalistica. Si trattava della ‘necessaria’ adozione del paradigma civilistico nella gestione della scienza giuridica penale, con la sua conseguente riduzione, “come già per il diritto privato si è fatto da tempo, ad un sistema di ‘principî di diritto’, ad una teoria giuridica, ad una conoscenza scientifica della disciplina giuridica dei delitti e delle pene” (v. Rocco, 1910, p. 506).

In una operazione di ‘costituzionalizzazione’ del diritto penale, il passaggio per il paradigma civilistico era, in quella fase, inevitabile. Non soltanto per il valore di ordine giuridico costituzionalmente fondante che la dimensione giusprivatistica possedeva negli Stati liberali dell’Ottocento: affidarsi al metodo del diritto civile per realizzare il penale, interpretarlo e riprodurlo, significava infatti assicurare la sua legittimazione scientifica all’interno della cultura giuridica italiana e dargli quindi spazio per assolvere alla funzione di difesa dello Stato, dei diritti e delle libertà. Questa prospettiva postulava un ancoraggio privilegiato al solo sistema normativo prodotto dallo Stato, con l’esclusione di altri riferimenti. Così infatti, torna a ripetere Rocco, “questo è principalmente, se non esclusivamente, il compito e la funzione della scienza del diritto penale: l’elaborazione tecnico-giuridica del diritto penale *positivo e vigente*, la conoscenza scientifica, e non semplicemente empirica, del sistema del diritto penale quale è, in forza delle leggi che ci governano” (*ibid.*, p. 521).

Non v’è dubbio che può essere trovata in questa ultima premessa l’origine della ‘degenerazione tecnicista’ che avrebbe investito il diritto penale, disseccandolo culturalmente e vulnerandone la funzione civile. Occorre dire, però, che Rocco aveva intravisto questi possibili sbocchi, li aveva additati e deprecati, e aveva negato risolutamente che essi fossero nelle sue intenzioni (*ibid.*, pp. 517-18). Noi sappiamo, peraltro, che quegli esiti, per quanto ripudiati o scongiurati, ebbero effettivamente a realizzarsi. Sappiamo della fine del diritto penale come scienza giuridica integrata, del suo isolamento, della sua perdita di centralità, della sua assimilazione al metodo tecnico. Sappiamo che sarebbe finita l’epoca della penalistica civile e sarebbe iniziata quella che ho definito, giocando con le parole, la “stagione della civilistica penale”.

L’adozione del paradigma civilistico portò con sé conseguenze che fecero del diritto penale cosa diversa dalla scienza libera, critica,

aperta, che esso era stato — con le eccezioni, i limiti e le contraddizioni che sappiamo — nel corso del XIX secolo. Alla competenza e alla critica del giurista sarebbero stati sottratti il giudizio sulle finalità della politica criminale, insieme alla valutazione delle ragioni della politica penale. Persino la loro tematizzazione sarebbe scomparsa per lungo tempo. Una volta affermatosi quel mutamento, e una volta passata nelle mani di Vincenzo Manzini l'egemonia della penalistica italiana (e con essa la 'gestione' del tecnicismo), il diritto penale si pensò neutrale e si volle apolitico, prese la via del formalismo, si ridusse alla più assoluta tecnicità dell'interpretazione, sia per il giurista che per il giudice. Corollario di tutto sarebbero stati la convinzione (o meglio la presunzione necessaria) della completezza e coerenza dell'ordinamento, il dogma della potestà punitiva dello Stato e un sostanziale disinteresse per i valori espressi dalle forme, dai contenuti e perfino dai metodi con cui quella potestà avrebbe potuto esplicarsi.

Ma non è storicamente corretto caricare tutto questo sulla provvida consapevolezza programmatica dell'Arturo Rocco del 1910. Né sembra storicamente ragionevole tacciare le sue teorie di autoritarismo statalista e ascriverle direttamente a quanto di 'prodromico del fascismo' cominciava a manifestarsi nell'Italia di quegli anni. In primo luogo è sbagliato retrodatare al 1910 il Rocco degli anni successivi al 1925, come pure è stato fatto, per via di quell'effetto di appiattimento che talora producono le generalizzazioni semplificatrici. Rocco è in quella fase un giurista liberale, di quel liberalismo orlandiano che molto ha fatto discutere, ma che non è riducibile *tout court* a una forma quale che sia di statalismo illiberale. Né si può far riposare una simile interpretazione sulla centralità che Rocco, in coerenza con la dottrina europea dello Stato liberale di diritto, assegna alla legge e in particolare alla legge penale. Non mi pare sostenibile che quell'impostazione sia di per sé autoritaria, che ponga l'individuo alla mercé dello Stato, rivelandosi quindi congeniale al dispotismo fascista (v. Bricola e altri, 1994). Bene fa Maurizio Fioravanti quando, riferendosi alla svolta orlandiana, suggerisce cautela nel considerare senz'altro di segno statalista e illiberale il fatto di fondare i diritti sulla legge dello Stato: nella cultura politica e costituzionale liberale, alla quale appartiene a pieno titolo il Rocco del 1910, la legge "è la manifestazione più alta di una razionalità di

tipo oggettivo, il riflesso di un ordine profondo e storicamente fondato della collettività” (v. Fioravanti, 1995b, pp. 424-425). Il corto circuito che poté instaurarsi tra diritto, concezione statuale del fascismo e legge penale, producendo il diritto penale dello Stato totalitario, non va retrodatato. Né in generale può dirsi che quanto di compatibile con l'esito fascista è avvenuto prima del fascismo, sia stato pensato con intenti precorritori.

Rocco aveva percepito il livello ormai insostenibile della crisi del penale ed era intenzionato a porvi rimedio. Riteneva che la scienza del diritto penale dovesse distinguersi e separarsi dalle scienze sociali, antropologiche e mediche che si erano in qualche modo impadronite di essa; che andasse correlata con la logica dello Stato di diritto, fondata sulla legge come fonte primaria dei diritti e delle libertà; infine, che dovesse rapportarsi — inevitabile corollario — a una metodica mutuata da quella che il diritto civile aveva da tempo elaborato. Queste sono le coordinate del suo contributo (supportate, tra l'altro, da una quantità straordinaria di minuziose analisi della dottrina mobilitatasi sulle stesse questioni nel corso di quell'ultimo quindicennio): gli sviluppi che conobbero, o di cui furono gravate, ebbero altri protagonisti (compreso l'Arturo Rocco penalista del fascismo) e appartengono a un'altra vicenda storica.

3. *Una incerta transizione: il progetto Ferri e l'avvento del regime fascista.*

Le idee di Arturo Rocco, che tanta influenza avrebbero avuto nei decenni centrali del secolo, ebbero bisogno di tempo per farsi accettare, affermarsi e divenire patrimonio diffuso della penalistica italiana. C'era in esse un portato implicito di razionalità e garanzia che si scontrava con correnti robuste dell'opinione pubblica, anche di quella scientifica, orientate su una visione allarmata della realtà criminale italiana e quindi su di una percezione emergenziale del problema penale.

È significativo, per esempio, che a pochi mesi di distanza da quella sassarese di Rocco, Vincenzo Manzini tenesse la sua prolusione all'Università di Torino, nella quale, *entre autres choses*, proponeva “norme permissive” nell'uso delle armi da parte dei cittadini

“per rintuzzare la temerarietà e la protervia dei malviventi” (v. Manzini, 1911, p. 8); lamentava l'eccessiva mitezza del sistema penale e deprecava il fatto che per compiacere “alla classe colta della nazione” l'Italia si fosse “presa il lusso [...] della abolizione della pena di morte” (*ibid.*, p. 10); si dispiaceva che gli agenti della forza portassero le armi senza adoperarle e opinava che il governo dovesse “promuovere e favorire la costituzione di quelle benemerite associazioni private, che hanno per iscopo di concorrere con la polizia nella lotta contro la delinquenza” (*ibid.*, p. 11).

Non v'è dubbio che se si va alla ricerca di anticipazioni o 'promesse' di fascismo, se ne trovano assai di più in posizioni come questa che non nel progetto di stampo orlandiano di Rocco. Ma non sembra che il problema penale sia stato tra quelli che direttamente, o in modo evidente, hanno costituito terreno fertile per la preparazione, e poi per l'avvento, del fascismo italiano.

In un equilibrato discorso che Lodovico Mortara, procuratore generale della Corte di cassazione, tiene in un'occasione inaugurale il 9 novembre del 1914, si possono cogliere insieme le inquietudini del ceto dirigente più attento per l'andamento del fenomeno criminale italiano, che non accennava a flessioni, e il giudizio severo che quello stesso ceto esprimeva sulla inadeguatezza della legislazione e sul funzionamento della giustizia. Mortara lamenta la “mitezza sistematica delle repressioni”, notando peraltro un eccesso di severità nei confronti dei reati contro la proprietà, e lancia un preoccupato allarme sulla questione della delinquenza minorile (v. Mortara, 1914).

È probabilmente per far fronte a queste preoccupazioni che lo stesso Mortara, divenuto Ministro Guardasigilli, istituisce sul finire del 1919 una commissione, presieduta da Enrico Ferri, con il compito di riformare le leggi penali in armonia con i principi della difesa della società contro il delitto e contro la delinquenza abituale in modo particolare (cfr. regio decreto del 14 settembre 1919, n. 1724, in “Rivista Penale”, 1919, pp. 382-91).

Allo storico appare singolare che un giurista di grande sensibilità come Mortara abbia voluto affidare quel compito agli ormai vecchi esponenti della scuola positiva di diritto criminale. Enrico Ferri, Raffaele Garofalo, Agostino Berenini, Salvatore Ottolenghi, per dire solo di alcuni, erano ormai soltanto dei marginali declama-

tori che avevano da molto tempo cessato di produrre idee e programmi scientifici. Non è a caso, del resto, che uomini come Emanuele Carnevale e Alessandro Stoppato abbiano abbandonato quella commissione alla prima occasione di conflitto (v. Vassalli, 1960). È difficile capire le ragioni di una scelta che sembra aver ignorato gli sviluppi della penalistica italiana, avviata in tutt'altre direzioni, per valorizzare una linea di politica penale e criminale datata e minoritaria. Tanto più che le componenti 'compatibili' del riformismo positivista erano state già accolte e assimilate nel pensiero penalistico comune, mentre doveva ormai essere chiaro che la parte radicale di quel riformismo non era conciliabile con il sistema penale italiano, quale si era ormai storicamente consolidato.

Alla commissione era stato segnato il percorso. L'attenzione veniva orientata sulle categorie dei delinquenti (i pericolosi, i minorenni, e — rivincita positivista — quelli 'non contemplati nel Codice penale'), sul modo di punirli o renderli inoffensivi, sulle condizioni di punibilità, sull'opportunità di conservare istituti come la liberazione condizionale. Quel che ne uscì fu un progetto suddiviso in quattro titoli e 131 articoli, di cui 10 di disposizioni preliminari, 7 sul delitto, 21 sul delinquente e 93 dedicati alle sanzioni. Venivano così codificati gli assunti teorici della scuola positivista e bisogna convenire che, tradotte in norme di legge e viste come articoli di un codice, le proposizioni scientifiche che nei libri appaiono del tutto innocenti, finiscono per dare un'impressione ben diversa. L'intero Codice è imperniato sull'ossessione della pericolosità (v. Collin, 1925). Viene sancita per legge la responsabilità legale o sociale di tutti i soggetti per i fatti da loro commessi che risultino conformi al modello legale di un reato. Si cancella la distinzione tra imputabili e non imputabili, e tutto viene ricondotto al calcolo della temibilità del soggetto, desunta dagli indizi offerti dal suo comportamento oggettivo. Le pene sono a tempo indeterminato e il trattamento penale può essere individualizzato. Avendo di mira la pericolosità dell'agente, viene cancellata la distinzione tra delitto tentato e delitto mancato e si ammette la possibilità di applicare la stessa pena del delitto consumato. Nel concorso di persone nel reato viene parificata la responsabilità di tutti i compartecipi materiali o morali a quella degli autori principali.

Quel progetto non fece strada. Consegnato nel gennaio del

1921, venne semplicemente lasciato cadere, senza neanche l'occasione di una prima verifica parlamentare. L'inspiegabile iniziativa di Mortara coglieva l'esito che avrebbe dovuto aspettarsi fin dall'inizio. Il problema penale, in quella fase della storia italiana, non poteva certo essere affrontato sulla base di concezioni ormai obsolete e francamente retrograde. Lo stesso fascismo, che pure aveva innegabile consonanza di idee con alcuni dei presupposti ideologici del positivismo penale, soltanto quattro anni dopo avvierà un processo riformatore complessivo ben diversamente ispirato.

4. *La politica penale del fascismo tra 'rivoluzione' e continuità.*

Fin dal primo momento della sua presa di potere il fascismo italiano tende a mettere al centro del problema penale la questione dello scontro politico. Negli anni cruciali che vanno dal 1919 al 1922, e poi nella protratta conflittualità politica che culminerà con le elezioni del 1924 e con la crisi Matteotti, l'uso sistematico della violenza nel conflitto politico traccia, quasi naturalmente, le coordinate del primo programma penale del regime. In qualche misura, è nel quinquennio dello squadristo e della sopraffazione che il fascismo conosce lo stato nascente della sua ideologia penalistica, ed è in quella fase 'costituente' che prendono il sopravvento i profili dominanti del suo autoritarismo repressivo: *a)* la radicale convinzione che il penale debba essere sottratto alla tradizione moderna che lo voleva modellato sulle esigenze della convivenza civile, intessendolo con la storia dei diritti individuali, delle garanzie processuali e dell'incivilimento punitivo, per essere ridotto ad arma nelle mani dello Stato che muove contro i suoi nemici per difendere non la società e i cittadini, ma se stesso, con ciò tutelando quella e questi; *b)* la percezione del criminale come 'nemico', ma non senza una distinzione, articolata su tre livelli riferibili a discriminanti politiche e di classe, in forza della quale l'avversario politico va annientato, il criminale normale semplicemente (seppur severamente) punito, quello pericoloso o 'anormale' sottoposto al più stringente trattamento preventivo; *c)* l'idea che allo Stato, senza limitazione legale alcuna, sia conferita ogni discrezionale decisione sugli ambiti di libertà dei cittadini e sulla 'compatibilità' dei loro comportamenti.

Una volta di più il penale, affidabile spia della qualità costituzionale degli ordinamenti giuridici, finisce dunque per conformarsi alla natura dello Stato che lo esprime. Il fascismo, cosciente della continuità culturale con il passato nella quale era avvenuta la sua 'rivoluzione', non ha le risorse culturali (e del resto non ne sente il bisogno) per rifondare la scienza giuridica penale, o per indirizzarla verso finalità nuove; non ritiene neanche necessario operare sul versante del diritto praticato, certo com'è della organicità di giuristi, giudici ed avvocati alle strategie giuridiche del regime. I suoi sforzi si dirigeranno dunque verso una trasformazione del sistema normativo che ne modifichi al massimo i contenuti e ne salvaguardi la continuità.

Che la vicenda giuridica del fascismo — e non solo quella, del resto — vada letta in termini di continuità con l'assetto politico, culturale e istituzionale che ne precedette l'avvento, è cosa da tempo fuori discussione. La figura dello Stato venne sottoposta a una rotazione in senso totalitario che produsse una drammatica alterazione del rapporto tra Stato e cittadini. Ciò non impedì la formale permanenza di un assetto statutario che sopportò anche radicali sconvolgimenti, senza che lo Statuto del 1848 cessasse di essere quello che già era: una fonte normativa tra le altre, senza preminenza gerarchica sulla legge e senza la rigidità e il rango di una costituzione fondante. Ma al di là di questo dato elementare, la continuità si fondò anche sul lavoro teorico di giuristi 'della tradizione' come Oreste Ranelletti o Santi Romano, i quali, in un sordo conflitto con i 'giuristi del regime' (v. Fioravanti, 1990), operarono per mantenere in un rapporto di compatibilità la caduta della funzione parlamentare, la centralità dell'esecutivo, l'autonomia dell'amministrazione e il ruolo del partito fascista: tutto ciò nel tentativo di salvaguardare — sia pure in un quadro irrimediabilmente distorto — la figura storica dello Stato amministrativo, affermatasi in Italia con l'età giolittiana.

Del resto, nel nuovo regime tutta la scienza giuridica manteneva una perfetta costanza di orientamenti e metodi scientifici nella creazione e applicazione del diritto, le stesse scuole e gli stessi maestri nell'insegnamento universitario, gli stessi metodi di sempre nella formazione e selezione dei nuovi giuristi. Non ci fu per loro alcuna necessità di scomodo adeguamento, perché il mondo nel quale si riconoscevano rimase praticamente intatto, ed essi conti-

nuarono a esercitare la loro decisiva influenza senza dover conseguire una legittimazione che avevano già. Basterà, per rendersene conto, riandare per un momento al liberalismo espresso dalla cultura giuridica del primo Novecento, che era “per intrinseca struttura teorica, un liberalismo conservatore e autoritario, statalistico e patriottico, che non avrà difficoltà ad incontrarsi con il fascismo senza neppure diventare fascista, ma semplicemente rimanendo fedele a se medesimo” (v. Ferrajoli, 1999², p. 36).

4.a. *Leggi fascistissime per annientare l'opposizione.*

È invece nella riforma della legislazione che il regime riuscì a dare una straordinaria accelerazione, tale da realizzare in qualche misura una forma di discontinuità con il passato. In essa il regime imprime i suoi caratteri, dispiegando i postulati della sua ideologia in strategie repressive, contenuti punitivi e innovazioni di sistema che modificarono profondamente i termini stessi dell'ordine giuridico penale del paese. Una notevole torsione venne inflitta al sistema penale, esasperandone il carattere repressivo ed esaltandone la funzione intimidatoria: esso venne provvisto oltre ogni limite di contenuti autoritari, mentre i suoi connaturati compiti difensivi, una volta attenti ai diritti dei cittadini e alla tranquillità della società, vennero stornati e messi primariamente al servizio dello Stato.

“Il Fascismo — scrive Alfredo Rocco subito dopo le leggi eccezionali del 1925-26 e mentre si preparava la codificazione del 1930 — appartiene al novero di quelle rivoluzioni, le quali [...] realizzano la loro ideologia. La realizzano nel campo spirituale, svegliando nella massa il sentimento del dovere, l'abitudine della disciplina, l'idea della subordinazione dell'individuo alla Nazione. La realizzano nel campo giuridico, creando sulle rovine dello Stato liberale e democratico, lo Stato fascista” (v. Rocco, 1927b, p. 7).

Dopo un primo provvedimento di amnistia del dicembre del 1922, che molto fece discutere per la sua tendenziosità politica (v. Colao, 1982), e un altro, emanato nell'ottobre del 1923 (v. Neppi Modona e Pelissero, 1997), una volta oltrepassata la crisi del caso Matteotti, Mussolini e il suo ministro Alfredo Rocco danno definitiva attuazione al programma di neutralizzazione delle opposizioni politiche, da tempo avviato con i fatti, coronandolo con lo strumento

della legge penale. La prosecuzione della politica dello squadrismo, si direbbe, con altri mezzi.

Tra il 1925 e il 1926, le leggi che saranno poi dette ‘fascistissime’ delineano l’intelaiatura dello Stato totalitario, articolandosi in ‘leggi di difesa’ (quelle sulle società segrete, sui fuoriusciti, sulla burocrazia e sulla difesa dello Stato), e ‘leggi di riforma costituzionale’ (quella sul potere legislativo dell’esecutivo e quella sulle attribuzioni e prerogative del capo del governo). Intanto, il 30 gennaio del 1925, Alfredo Rocco aveva avviato alla Camera la riforma dell’intero sistema penale che si concluderà, di lì a cinque anni, con l’organica codificazione del 1930 (v. Rocco, 1927a).

Il senso di quei provvedimenti, rivolti all’annientamento di ogni forma di opposizione, è illuminato bene da uno scritto di Silvio Longhi, penalista fascista militante (v. Costa, 1990; v. Sbriccoli, 1998a) che sarà procuratore generale presso la Corte di cassazione, durante la presidenza di Mariano D’Amelio: “Quando nel 1924 più difficile e contrastato si fece per il Regime il processo di coordinazione e consolidamento, il Segretario generale del Partito Fascista on. Farinacci ebbe ad affermare la esigenza di una triplice istituzione coercitiva, dalle menti superficiali giudicata allora strana, violenta, orribilmente partigiana: il bando, il confino, la pena di morte” (v. Longhi, 1927, p. 149). È il ‘trittico farinacciano’, “affermazione di un sistema di difesa [...] generato dal congiungimento della forza con lo Stato” (*ibid.*, p. 139), e più semplicemente rivolto a mettere l’ordinamento penale al servizio della repressione politica.

La pena di morte fu reintrodotta il 25 novembre del 1926 (con la legge n. 2008, che dettava ‘Provvedimenti per la difesa dello Stato’) nell’ordinamento punitivo italiano, dal quale era stata eliminata esattamente mezzo secolo prima, con l’abolizione di fatto decretata da Pasquale Stanislao Mancini nel 1876, e con quella di diritto sancita dal Codice penale del 1889. La presenza della morte — aveva scritto Longhi pochi mesi prima dell’emanazione della nuova legge — è effetto della guerra che la nazione combatte contro i suoi nemici di ogni sorta: essa verrà data con la fucilazione e comandata alla Milizia volontaria per la sicurezza nazionale, con il che si renderà meno orribile il supplizio, portandosi “maggior rispetto alla persona del giustiziato, il cui cadavere non viene a essere né troncato né deformato. Cade il

condannato quasi come in una battaglia: la battaglia della vita, comunque vissuta e combattuta” (*ibid.*, p. 122).

Corollario della reintroduzione della pena di morte è, per una parte della dottrina, l’istituzione (a tempo determinato, poi indefinitamente prorogato) del Tribunale speciale per la difesa dello Stato, che alcuni avrebbero voluto come permanente (v. Aquarone, 1965) e come unico tribunale competente per l’irrogazione della pena di morte, riservata ai gravi delitti politici e sociali. Evidente riprova della continuità, anche nella fase fascista (che, si penserebbe, non ne avrebbe dovuto sentire il bisogno), di uno dei caratteri originari e permanenti del sistema penale italiano, gestito con leggi speciali e mezzi d’eccezione (v. Sbriccoli, 1998a), il Tribunale speciale è insieme dimostrazione dell’imponenza dell’apparato di repressione messo in piedi dal regime, e indizio delle sue insicurezze (v. Neppi Modona e Pelissero, 1997). Perché esso fu, per un verso, un efficiente dispositivo schierato a guardia del regime — basterà ricordare che arrivò a pronunciare 42 condanne a morte, di cui ben 31 furono eseguite (v. Longhitano, 1994) —, ma per l’altro, la dimostrazione che il fascismo, per cancellare i suoi oppositori, non avrebbe potuto contare sulla magistratura ordinaria, sulle Corti d’assise e sul normale funzionamento del sistema processuale.

Anche la legge di pubblica sicurezza viene riorganizzata in un nuovo testo unico (del 6 novembre 1926, n. 1848) che irrobustisce e allarga i poteri di intervento preventivo della polizia (del tutto nuovi quelli in materia di espatrio clandestino), rendendone piena l’effettività. Questa legge si arricchisce di vere e proprie fattispecie di reato e mette nelle sole mani della polizia la valutazione di comportamenti quali “manifestare propositi” o “dimostrare intenzioni” che conferiscono all’autorità un amplissimo spazio di intervento discrezionale in una materia tradizionalmente considerata squisitamente di diritto. Si rafforza e si approfondisce il duplice livello di legalità che si era installato nell’ordinamento penale italiano all’indomani dell’Unità, indizio non solo di una continuità ormai comprovata, ma anche di una esitazione del regime su questo terreno. Il fascismo, infatti, non opera la riunificazione in chiave autoritaria dei livelli di legalità, che ci si sarebbe potuti attendere da uno Stato totalitario, sicuro dei suoi ordinamenti e dei suoi apparati.

A questi due livelli se ne aggiunge anzi un terzo, conseguente

alla istituzione del ‘Servizio speciale di investigazione politica, avente per scopo la difesa dell’ordine nazionale dello Stato’, creato con il compito di vigilare sul dissenso politico, contrastare le attività dei fuoriusciti, reprimere l’antifascismo. Compiti questi affidati all’Opera Vigilanza Repressione Antifascismo, o OVRA (v. Rossi, 1956), ma svolti in minor misura anche dalla Milizia, le quali, come si sa, potevano entrambe valersi di modi ancor meno che giurisdizionali o amministrativi.

4.b. *La monumentale riforma penale del 1930.*

Nel giro di pochi anni, dal 1925 al 1930, Alfredo Rocco conduce in porto un’opera riformatrice di notevole rilievo, realizzando un “complesso normativo imponente, a prescindere dai giudizi che possono darsi sul suo contenuto, quale forse soltanto un regime dittatoriale poteva realizzare in tanto breve tempo e con tale simultaneità” (v. Vassalli, 1960, p. 272). Presentati e approvati nel 1930, entrano in vigore il 1° luglio 1931, perfettamente coordinati tra loro, il nuovo Codice penale, il nuovo Codice di procedura penale, le loro disposizioni di attuazione, le nuove norme sul casellario giudiziale, il nuovo regolamento carcerario, il rinnovato testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, contenente anche la previsione di rilevanti reati contravvenzionali, e infine una importante legge sui reati finanziari. A coronamento di quest’opera, di lì a qualche anno il regime produrrà diverse leggi penali razziste, destinate a tutelare la ‘purezza della stirpe’ dal rischio di contaminazioni con le popolazioni di colore delle colonie (v. Neppi Modona e Pelissero, 1997), le leggi razziali antiebraiche del 1938 (v. 1938. *Le leggi...*, 1988; v. Sarfatti, 1989) e una riforma dell’ordinamento giudiziario, entrata in vigore nel 1941 e destinata a durare molto a lungo.

Lo spazio e la natura di queste riflessioni non consentono di entrare minutamente nel merito di questo ragguardevole *corpus* normativo, tanto più che, a parte l’eccellente sintesi più volte citata di Guido Neppi Modona e Marco Pelissero, esistono ormai numerosi studi ai quali si può fare riferimento, in particolare per quanto riguarda il Codice penale (v. Vassalli, 1960; v. *Il codice Rocco...*, 1981; v. Dolcini, 1988) e quello di procedura penale (v. Delitala, 1960; v. Chiavario, 1988). Si ricorderà soltanto che il Codice penale invertì di segno

gli orientamenti presenti in quello prodotto dalla scuola liberale realistica nel 1889, sia per i contenuti politici che adottò, traducendo in norme penali alcuni capisaldi dell'ideologia politica del fascismo, sia per la sistematica espunzione degli elementi più schiettamente liberali ai quali si era ispirato il ministro Zanardelli. Il totalitarismo, lo Stato-persona e la sacralità della nazione, l'intolleranza verso le opposizioni, il maschilismo, l'idea fascista della famiglia, la religione di Stato, l'economia corporativa, l'ossessione per la purezza della stirpe trovarono la loro copertura penale in diversi titoli introdotti nel Codice, in omaggio al principio secondo cui il fascismo, "che non è agnostico ed imbellesse come era lo Stato liberale", impone con la forza, primo attributo dello Stato, la sua morale, la sua religione, la sua missione politica nel mondo, la sua funzione di giustizia sociale e infine il suo compito economico (v. Rocco, 1927b, p. 17).

Il carattere che più colpisce è, prima di ogni altro, il rovesciamento che il fascismo realizza nel suo Codice quanto all'opposizione politica (e quindi al reato politico) rispetto al Codice Zanardelli del 1889 (v. Donnedieu de Vabres, 1938). Quest'ultimo tutelava la sicurezza dello Stato, l'altro ne difende la personalità; il vecchio Codice aveva un atteggiamento di noncuranza verso l'oppositore e di favore per il reo politico, il nuovo esercita nei confronti degli avversari, assimilati senza residui al criminale traditore ("quei rinnegati i quali non esitano ad anteporre agli interessi della Patria il loro bieco livore di parte"), la più ferrea e penetrante repressione.

"Il feticismo per il dogma della libertà individuale frainteso nelle sue esagerazioni demagogiche, sembrava dover legittimare ogni attività del cittadino, anche se in aperto contrasto con siffatti interessi dello Stato": tutto ciò non è più ammissibile (v. Aloisi, 1932, p. 260). Il Codice protegge, con la necessaria severità, il prestigio e la sicurezza della Patria, i segreti politici e militari, l'onore dell'Italia all'estero; la formula mussoliniana "tutto per lo Stato, tutto nello Stato, nulla contro lo Stato, riassume mirabilmente la giustificazione del nuovo indirizzo [...] L'agnosticismo di altri tempi [...] non è più possibile in un regime totalitario, quale è quello fascista" (*ibid.*, pp. 261 e 262-263).

Ma accanto a questo e ad altri rovesciamenti, e con intenti strumentali, il Codice realizza accostamenti e giustapposizioni tra le diverse tradizioni dottrinali della penalistica italiana (che riempi-

ranno di soddisfazione soprattutto gli ormai rari epigoni del positivismo, felici di cogliere un'ultima occasione per battagliare con i fantasmi e proclamarsi vincitori), rivolti in concreto a far prevalere le componenti difensive su quelle retributive. Il penale, che nella pur articolata tradizione italiana era stato ben altro, viene costretto in una visione di mera difesa sociale, schiacciato tra repressione e intimidazione, identificato col meccanismo delle sue sanzioni.

4.c. *L'opera ambigua della scienza penalistica italiana negli anni del fascismo.*

Negli anni del fascismo, una funzione non secondaria, malgrado le apparenze, continua a essere svolta dai giuristi e dalla scienza penale, che in più punti si intreccia con la stessa politica del diritto del fascismo. Si sa che il metodo tecnico-giuridico resta dominante, se non altro perché appare particolarmente adatto alla 'manutenzione' tecnica di un sistema penale a forte caratterizzazione ideologica come quello del fascismo. Quel metodo consente infatti ai penalisti, come da più parti si è ripetutamente notato, di svolgere al meglio la loro funzione di critica giuridica anche dentro un quadro politico così radicalmente caratterizzato. Occorre peraltro aggiungere che i più eminenti tra i penalisti italiani avviarono col fascismo una collaborazione che non fu soltanto 'tecnica'. Arturo Rocco ed Eduardo Massari hanno svolto una parte decisiva nella preparazione del codice penale; Vincenzo Manzini ha dato vita, praticamente da solo, al Codice di procedura penale; Silvio Longhi, Alfredo De Marsico, Giuseppe Maggiore, Ugo Aloisi, Arturo Santoro, a tacere di tanti altri, forse non spiccano per vigore di dottrina, ma appartengono al novero di quelli che possono essere definiti come penalisti militanti.

Dominata, in termini politici e accademici, dall'ingombrante personalità di Manzini, divisa tra le declamazioni oratorie dei mediocri e le prudenze tecnico-giuridiche dei più giovani penalisti che si fanno strada negli anni Trenta, la scienza penale attraversa in quei ventennio una fase che sembra di quiescenza. Il vivacissimo dibattito del glorioso cinquantennio a cavallo del Codice del 1889 si è spento e non se ne intravede uno nuovo. Ciò non tanto (o non solo) a causa dell'egemonia incontrastata del metodo esegetico-dogmatico,

quanto per la difficoltà di impostare una discussione sul diritto, tenendone fuori ogni riflessione sui fini e sulla qualità della legislazione che non fosse pura apologia della politica fascista.

Quel metodo — che all'occorrenza poteva offrire difesa e riparo, prestarsi ad aggiramenti del merito politico delle questioni, o fornire occasioni di nicodemismo — funzionava di regola come un recinto nel quale il giurista si trovava relegato e posto nella impossibilità politica di agire altrimenti. Ne restavano fuori soltanto i penalisti militanti, gli apologeti, i declamatori delle eccelse missioni, dei grandi lavacri e dei sommi artefici, che pure non erano pochi. Provvidenziale presenza, tuttavia, quella di costoro, che serve a farci immaginare quale grado di degenerazione avrebbe potuto raggiungere una scienza penale che non fosse stata moderata da un adeguato freno dogmatico. Se il dominio del metodo tecnico-giuridico portò, certamente non da solo, la responsabilità di un lungo isolamento del diritto penale, bisogna tuttavia ammettere che esso produsse, per così dire, anche un *fall out* benefico. “È facile controllare — scrisse Tullio Delogu (v., 1945, p. 169) all'indomani della Liberazione — come con notevole frequenza il diritto abbia frenato la politica, impedendo che la pressione di questa portasse a violare quelle che erano le regole tradizionali del nostro diritto penale”. Non era stato sempre vero, ma non era del tutto falso.

Come è già stato detto altrove (v. Sbriccoli, 1998a, p. 531 [t. II, p. 645]) la svolta tecnicistica — che ‘risanò’ il diritto penale nella fase involutiva e progressivamente autoritaria dello Stato liberale, e che gli ridiede autonomia, liberandolo dalle impresentabili croste culturali di cui s’era riempito — è certamente da collocare nel luogo provvidenziale dove la storia tiene le sue astuzie. Senza quel risanamento, il fascismo avrebbe avuto sotto mano un diritto penale guastato da sincretismi e ricomposizioni tra ‘scuole’ ormai obsolete, sfigurato da cattivi sociologismi e peggiori antropologismi, tecnicamente sfiancato e gestito da mediocri giuristi. L’avrebbe trovato congeniale e ne avrebbe fatto un uso disastroso. Non era, né poteva nascerne bene.

Ciò non toglie che il giudizio sulla funzione svolta dalla scienza giuridica che operò durante il fascismo debba restare, per altri motivi, un giudizio critico (v. Sbriccoli, 1999). L’opera di freno esercitata sulle propensioni autoritarie del fascismo dai penalisti di formazione prefascista — che subito fu invocata come scusante, una

volta caduto il regime (v. Leone, 1945) — venne messa in atto da giuristi che parteciparono concretamente, in modo diretto e consapevole, alla produzione legislativa dello Stato fascista. Si deve a essi, per fare un solo esempio, se il Codice penale venne sottoposto a una marcata torsione in senso autoritario, repressivo e intimidatorio (v. Neppi Modona e Pelissero, 1997), pur mantenendo una rispettabile qualità tecnica. Si devono a sapienza dogmatica la caduta delle tassatività, lo scoloramento delle tipizzazioni, il proliferare delle indeterminatezze nel Codice penale, e il severo abbassamento dei livelli di garanzia nel Codice di procedura. Così come altrettanta maestria è stata necessaria perché questo lavoro di svuotamento (v. Padovani, 1981) e trasmutazione della sostanza venisse compiuto, lasciando che la facciata legislativa del regime conservasse una sua tecnica rispettabilità, continuando a dare un'impressione di "*esprit de mesure et préoccupation scientifique*" (v. Donnedieu de Vabres, 1938).

Tutto ciò che di origine liberale venne lasciato sopravvivere appartiene, in definitiva, alla sfera dello storicamente irrinunciabile. Il merito di averlo conservato va dato all'accortezza tecnica più che all'intenzione politica, mentre interamente politica è la responsabilità del suo concreto svuotamento e della sua pratica vanificazione.

Al di là del fatto che abbiano difeso l'estrema frontiera di ciò che era storicamente irrinunciabile, i giuristi, che diedero mano al versante penale della trasformazione dello Stato realizzata dal fascismo, portano la responsabilità di aver lasciato disperdere il senso di difesa e di garanzia che i cittadini si attendono di norma da un sistema penale. Disarmati dal metodo nel quale ormai generalmente si riconoscevano, immersi senza residui in una cultura dell'autoritarismo che aveva cancellato in essi ogni preoccupazione per i diritti, lasciarono circolare nella società — come originato dall'apparato penale — uno spirito di dominio che si esercitava sulle persone e sulle formazioni sociali, nelle relazioni politiche e nella vita quotidiana. Uno spirito non separabile dalla pratica dell'arbitrio e del sopruso, che prendeva correntemente forma nei rapporti tra le autorità e i cittadini. Ciò che un sistema penale libero dovrebbe combattere e scongiurare, quel sistema penale lo incoraggiava e attuava.

Entrarono nell'orizzonte della normalità l'inclinazione fascista

alla vessazione dell'avversario, l'impulso di cancellare il *disturber*, il dispregio dell'"inferiore" per condizione sociale, per razza, o per condotta. Inoltre, sulla scia del consenso di massa che il fascismo conseguì nel pieno degli anni Trenta, si cercò, non senza qualche successo, di trasformare in senso comune lo spirito di chi 'civilizza' nelle colonie, 'raddrizza' in patria, 'bonifica' nelle carceri (v. Grandi, 1941). Il paradigma della superiorità/inferiorità, il principio di ineguaglianza, il pregiudizio della gerarchia sociale, l'intolleranza per la diversità (v. Eco, 1997) e i molteplici corollari della dottrina della forza, una volta assorbiti nella legge e fatti concretamente operare come 'criterio di giustizia', vennero poi restituiti alla società sotto forma di ideologia e visione delle cose. Di tutto questo i giuristi, ogni volta che dimenticarono la funzione umanitaria e liberatrice che al penale era stata assegnata dalla penalistica civile del XIX secolo, portarono non piccola responsabilità.

5. *La questione penale nei primi anni della Repubblica: la Costituzione inattuata.*

La transizione dal fascismo alla Repubblica, dal punto di vista del sistema penale, fu meno travagliata di quel che ci si sarebbe potuto aspettare. Una breve discussione sul rapporto tra diritto e politica nel trascorso ventennio, svoltasi, nell'anno della Liberazione, tra le pagine di una appartata e appena nata rivista giuridica ("Archivio penale", I, 1945), fu tutto quello che la scienza penale pagò come pedaggio per la transizione (v. Piasenza, 1979). Discussione significativa, tuttavia, che marcò una volta di più il carattere di stabilità e durata del sistema penale italiano, fondato sulla continuità dell'esperienza giuridica e sulla deliberata conservazione degli assetti legislativi preesistenti. Quello che era già avvenuto in altri cruciali passaggi storici, nel 1861 come nel 1922, si ripeté tra il 1944 e il 1945.

Un timido tentativo di riportare l'ordinamento penale italiano a quello che era stato prima del fascismo, idea politicamente (e tecnicamente) poco sostenibile, fu effettuato dal ministro Tupini (decreto del 10 agosto 1944, n. 224, che aboliva la pena di morte), ma non fece molta strada.

Il Codice penale — si diceva — è ispirato a concezioni autoritarie, che coinvolgono sia la parte generale che quella speciale, e non sembra conciliabile con la nuova Italia che sta nascendo. Ma la reazione della scienza giuridica fu pronta ed unanime. Molti dei più autorevoli penalisti italiani scesero in campo contro questa prospettiva. Tullio Delogu (v., 1945), Remo Pannain, Giovanni Leone (v., 1945), e altri minori, spalleggiati da Francesco Santoro Passarelli (v., 1945), e dallo stesso Piero Calamandrei (v., 1945), sostennero la tesi secondo cui il codice Rocco sarebbe stato non il codice del regime, ma il codice dei giuristi, espressione del livello tecnico raggiunto dalla scienza giuridico-penale nel momento della sua preparazione. I giuristi, si disse, hanno rappresentato un elemento di equilibrio e la loro funzione ha permesso di far prevalere le ragioni della scienza su quelle della politica, col risultato di frenare gli eccessi dell'assolutismo e di ostacolare irrazionalità e arbitri. Il Codice — questa era la tesi — una volta depurato di alcune parti di impronta apertamente fascista, chiaramente giustapposte al suo impianto complessivo e quindi facilmente espungibili, potrà essere perfettamente conservato. Sarebbe bastato cancellare alcune delle norme relative ai reati politici, quelle contro la libertà di associazione, alcuni dei delitti contro la personalità dello Stato e alcuni di quelli contro l'economia pubblica, nonché attenuare le pene previste per i delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe, ripristinare l'esimente della reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale, correggere qua e là altre piccole cose.

La debolezza strategica, ma anche la fragilità scientifica, dell'orientamento riformista, consentirono la prevalenza della linea ispirata al principio della conservazione dei Codici e della continuità giuridica. Del resto, come è stato osservato (v. Piasenza, 1979), la lotta non avveniva ad armi pari. Da una parte stava la dottrina penalistica ufficiale, ben strutturata culturalmente e forte della sua tradizione, che teorizzava plausibili distinzioni tra gli aspetti politici e quelli tecnici del Codice, dichiarando i primi circoscritti ad un numero ristrettissimo di istituti, facilmente individuabili ed eliminabili; dall'altra, si misurava un mero orientamento politico, sprovvisto di un programma di riforma giuridica, incapace di individuare per il sistema penale nuovi contenuti da collegare ai nuovi istituti democratici; esso non era in grado di esprimere proposte capaci di

tradursi in concrete formulazioni tecniche, fermandosi alla pur giusta, ma generica denuncia del carattere autoritario ed illiberale del codice Rocco.

Quella vicenda, a suo modo, produsse una sorta di condizionamento originario che impresse nel sistema penale italiano un'impronta destinata a durare. Da allora, nessun tentativo di dare al paese un nuovo codice penale ha avuto successo. Tentativi deboli e poco convinti, sbagliati o inadeguati, si sono succeduti per più di quarant'anni, nella disattenzione dell'opinione pubblica e senza mai attingere la soglia di una discussione parlamentare che fosse persuasa, consapevole e produttiva.

Un progetto Petrocelli-Vannini, presentato dai guardasigilli Grassi nel 1949 (la parte generale) e Piccioni nel 1950 (la parte speciale), venne seguito da progetti presentati dai ministri Moro (1956) e Gonella (1959); una legge di delega concernente tutti i codici fu fatta approvare dal ministro Bosco nel 1963, e fu seguita da un nuovo progetto preparato da una Commissione Vassalli nel 1968 (governo Leone, guardasigilli Gonella), la cui parte generale ebbe la rara ventura di una approvazione da parte del Senato nel 1971 e poi ancora nel 1973 (v. Vassalli, 1996; v. Palazzo, 1997b). Solo in tempi più recenti, un nuovo progetto Vassalli, avviato nel 1988 e presentato nel 1992, pur condividendo il destino di tutti gli altri che lo avevano preceduto, è riuscito a farsi largo almeno nell'attenzione della scienza penale (v. Pisani, 1993; v. Palazzo, 1997b).

La cinquantennale incapacità di dare al paese un nuovo codice penale ha avuto, per così dire, più di un padre. Un legislatore disattento all'inizio, impegnato in altri settori ed in altre direzioni, e poi preso nella logica delle emergenze, che lo ha distolto dall'idea stessa di mettere mano a una riforma impegnativa, organica e generale. Una dottrina poco convinta, prima della opportunità, poi della stessa necessità, di avviare proprio dal Codice penale l'indispensabile adeguamento della legislazione ai tempi mutati e all'assetto costituzionale del paese. Infine la modificazione strutturale del sistema normativo, effetto di una straripante legislazione di settore che ha sottratto al Codice gran parte di quella centralità che ne avrebbe reso significativo il rifacimento.

5.a. *Il problema penale nel nuovo quadro costituzionale.*

L'avvento della Costituzione del 1948 poneva il sistema penale su basi completamente rinnovate, almeno per due importanti ragioni. La prima stava nel fatto che essa rendeva obsoleto il paradigma ottocentesco del diritto positivo che aveva dato fondamento alla 'tecnicizzazione' del diritto penale, condizionandone — come s'è visto — orientamenti e contenuti. Lo Stato, che non era più quello fascista, non era neanche più quello liberale, e in esso la legge aveva ora un'altra valenza. Il diritto vigente cessava di essere 'necessariamente legittimo' come nel vecchio sistema, e la stessa certezza del diritto, pur conservando la sua importanza, non era più costituzionalmente invalicabile. Il diritto positivo, da allora in avanti, avrebbe dovuto conformarsi necessariamente alla Costituzione, il che segnava inesorabilmente il destino delle componenti illiberali e autoritarie dell'ordinamento penale sostanziale e processuale.

La seconda ragione stava nei contenuti che la Costituzione aveva adottato, anche in ordine al diritto penale e alle forme e garanzie della giustizia punitiva. Gli articoli da 24 a 27, e le norme sulla giurisdizione, a tacere di altre, introducevano vincoli e principi destinati ad agire in profondità sulla qualità e sulla natura del sistema penale italiano.

Ma i risultati attesi ed i riflessi, che inevitabilmente la svolta costituzionale avrebbe dovuto avere sull'ordine giuridico del paese, tardarono ad arrivare, sommersi in una condizione di "incoscienza costituzionale" (v. Calamandrei, 1952), che era lo stato in cui versarono lungamente insieme dottrina giuridica e istituzioni repubblicane. Non solo le leggi penali e di pubblica sicurezza rimasero nella loro interezza in vigore, ma si fece fatica a liberare l'ordinamento da altre norme che erano in clamoroso conflitto con il principio democratico e con la lettera della Costituzione, quali quelle che regolavano, fino a impedirlo, il trasferimento in città degli abitanti delle campagne, e le stesse leggi razziali, la cui abrogazione incontrò difficoltà e lungaggini (v. Rodotà, 1995).

Benché sconfitta alla Costituente la vecchia cultura giuridica si prese infatti una rivincita negli anni successivi. Essa non era preparata alla portata di quelle innovazioni, fece fatica a comprenderle e poi le avversò come poté (v. Ferrajoli, 1999²), ottenendo, con la

complicità del ceto politico di governo, una significativa dilazione della loro attuazione.

I giuristi formati nell'esperienza del fascismo, senza più le ragioni che potevano essere invocate durante il ventennio, sembravano mantenere il vecchio costume tecnicista. Ossequio alle norme vigenti, applicazione della legge com'è, critica dogmatica e non politica dell'ordinamento esistente. Ancora per molto tempo i maestri della scienza penale italiana avrebbero intessuto un fitto dialogo *entre eux*, incuranti del rinnovato orizzonte costituzionale, come se lo Stato non avesse mutato la sua natura e fosse ancora lo Stato integrato e onnipotente al quale tutti gli interessi devono fare capo. Sarebbero rimasti dentro il loro recinto culturale, usando il metodo dogmatico e il paradigma civilistico alla stregua di codici di comunicazione riservati, in un contesto perfettamente autoreferenziale.

Quei giuristi facevano fatica a valutare il senso del profondo solco che si era creato il 1° gennaio del 1948; l'idea antica e radicata della sovranità della legge, insieme all'abitudine che essi avevano verso stili di condotta del potere che potevano sembrare connaturati al suo esercizio, impedivano loro di percepirne la portata. In più, il valore 'politico' della libertà come elemento supremo del nuovo assetto e quello dirimente del principio democratico non trovavano posto, se non per alcuni di essi, nei fondamenti della loro formazione. Anzi, il principio superiore nel quale erano stati educati, in forza del quale si doveva tenere la politica lontana dal diritto, veniva completato con la tendenza ad assimilare anche la Costituzione alla politica. L'invocazione che di essa facevano alcuni costituzionalisti che, insieme all'opposizione di sinistra, ne rivendicavano il carattere immediatamente vincolante, rendeva quell'idea immodificabile.

L'inattuazione della Costituzione (v. Calamandrei, 1955) ebbe non piccole conseguenze sul modo con cui si affrontarono criminalità grande e piccola, sul funzionamento della giustizia (v. Battaglia, 1954) e soprattutto sulla gestione dell'ordine pubblico, condotta con l'uso senza residui della legislazione di polizia prodotta dal fascismo nel 1926, poi riorganizzata nel testo unico del 1931. La Cassazione, da parte sua, in attesa dell'avvento della Corte costituzionale, si rapportava alle norme costituzionali articolandole in programmatiche e precettive, col risultato di non dare seguito alle prime e di sottoporre le seconde agli stessi procedimenti interpretativi usati per

la legge ordinaria, con l'introduzione di categorie elusive che distinguevano tra il godimento dei diritti costituzionali e il loro esercizio.

Alcune fenomeni criminali di grande portata come gli scontri post-bellici che coinvolsero gruppi neofascisti ed ex partigiani (v. Crainz, 1992), o come quelli collegati all'insorgenza del banditismo siciliano (v. Giovine, 1994; v. Di Lello, 1997), vennero trattati alla vecchia maniera, usando la repressività del Codice penale, la mano libera della polizia, e la regia del Ministero dell'Interno, marginalizzando l'opera della magistratura ordinaria. Ma furono soprattutto le lotte politiche e sindacali, la libertà di riunione e quella di manifestazione del pensiero a soffrire del ritardo con cui la Costituzione entrò nell'orizzonte culturale e nello stile di condotta dei prefetti, dei questori e dei magistrati della Repubblica (v. Battaglia, 1955).

6. *Le cinque emergenze della storia repubblicana dettano l'agenda del problema penale.*

Ordine pubblico, terrorismo, criminalità organizzata, corruzione e sentimento di insicurezza, costituiscono cinque emergenze, corrispondono a cinque precisi segmenti del problema penale italiano nella seconda metà del secolo e segnano insieme i termini cronologici di altrettante fasi della storia politica del paese.

Nel giugno del 1956 la Corte costituzionale iniziò la sua attività, che tanto avrebbe influito sul modo stesso di essere del problema penale in Italia, e lo fece con una sentenza a suo modo simbolica, rimuovendo dall'ordinamento, perché costituzionalmente illegittimo, l'art. 113 del testo unico di pubblica sicurezza, il quale vietava, senza la licenza dell'autorità di pubblica sicurezza, di distribuire o far circolare in luogo pubblico scritti o disegni. Era l'avvio di un'opera di 'messa a norma', per così dire, della vita politica e civile dell'Italia. La Corte la svolse, in quella prima fase, soprattutto sul terreno dei diritti di libertà — quella personale, quella politica, quella di coscienza — sul terreno delle garanzie (il diritto alla difesa) e su quello dell'uguaglianza, nei termini in cui essa era sancita nell'art. 3 della Costituzione. Ne venne un benefico "disgelo costituzionale" (v. Barile, 1998) che mise a disposizione della dottrina, in

primo luogo, ma anche del legislatore e dei giudici, un quadro favorevole ad aggiornamenti ed innovazioni.

1. *Ordine pubblico*. — A beneficiarne in modo significativo fu la prima delle emergenze della storia repubblicana, quella dell'ordine pubblico, che in quegli anni aveva lungamente tenuto il centro della questione penale. Un'emergenza protratta e strisciante insieme, fatta non tanto di comportamenti criminali comuni, quanto di scontri politici, in una fase nella quale l'attività delle forze politiche, in particolare di quelle di opposizione, in assenza di altre forme di comunicazione, si svolgeva quasi soltanto nelle strade e nelle piazze. Dal 1948 fino al luglio 1960, e sporadicamente anche oltre quella data, gli scontri tra polizia e manifestanti, insieme ai conflitti tra prefetti, questori, oppositori e sindacalisti, sugli spazi concessi alla manifestazione del pensiero o all'organizzazione della lotta politica danno il segno distintivo alla politica penale del paese. All'invocazione dei diritti costituzionali si oppone la legge di pubblica sicurezza, in un quadro interpretativo di tipo 'emergenziale', gestito dai ministri dell'Interno, assecondato dalla magistratura e sostenuto principalmente dalla Corte di cassazione (v. Barile, 1998).

L'emergenza dell'ordine pubblico politico, nel corso degli anni Cinquanta, fu dunque fronteggiata, ma si potrebbe anche dire suscitata, sulla base di provvedimenti amministrativi e col conforto, per così dire, di un'attività giurisdizionale disposta ad avallarli. Non si fece ricorso a leggi eccezionali — secondo l'inveterata tradizione del sistema penale italiano (Sbriccoli, 1998a) e similmente a quanto sarebbe avvenuto con le emergenze che sorsero in seguito — perché la legge di pubblica sicurezza era già essa ben più che una legge eccezionale, se vista alla stregua del vigente ordinamento costituzionale. Quella legge consentiva all'autorità di polizia di limitare, ostacolare o vietare riunioni, cortei e manifestazioni; di intercettare o impedire le comunicazioni telefoniche; di controllare, censurare, sequestrare scritti e stampati che essa ritenesse contrari o pericolosi per l'ordine pubblico; di autorizzare, limitare o revocare a suo piacimento la libertà di espatrio (v. Barile, 1953). Il famigerato art. 2 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, che dava facoltà ai prefetti, in caso di urgenza o per grave necessità, di adottare provvedimenti per la tutela dell'ordine e della sicurezza, fece mille

volte discutere e divenne infine oggetto di una sentenza demolitrice della Corte costituzionale nel 1961.

L'emergenza ordine pubblico — una volta che l'opera della Corte ebbe resa inservibile la legge di pubblica sicurezza sopravvissuta al fascismo, ma anche in seguito alle mutate condizioni politiche dopo la grave crisi del luglio 1960 e la caduta del governo Tambroni — venne progressivamente meno. Né valsero a riportarla sul terreno della questione penale seri e allarmanti fenomeni criminali e politici, sia pure localizzati, come l'apparizione del banditismo in Sardegna (v. Brigaglia, 1971; v. Senato della Repubblica, 1972) con l'esplosione dei sequestri di persona (v. Ciconte, 1997), o la rinascita in Alto Adige di un terrorismo irredentista che propugnava l'annessione all'Austria di quello che per esso era il Tirolo del Sud.

Per affrontare queste due serissime evenienze, la prima delle quali, quella sarda, avrebbe anch'essa assunto col tempo una qualche colorazione separatista, si giunse fino all'impiego delle forze armate, ma nessuna delle due assurse al rango di emergenza capace di mettere in causa l'ordine penale, le leggi, le procedure e le garanzie. Gli elementi di legislazione che pure produssero — se si esclude la legge Bartolomei contro i sequestri di persona (che però è del 1974, e vide la luce in tutt'altro contesto) — non fecero praticamente discutere, e non entrarono nell'agenda del problema penale.

Entrarono invece a vele spiegate in quell'agenda, fino a dettarne i termini e i tempi, le emergenze successive.

2. *Terrorismo e stragismo*. — Le rivolte studentesche iniziate nel 1967, poi le lotte sindacali culminate nel cosiddetto 'autunno caldo' del 1969, la strage di piazza Fontana del 12 dicembre 1969 (v. Ferraresi, 1997), i moti di Reggio Calabria tra il 1970 e il 1971 (v. Ferraris, 1971; v. D'Agostini, 1972), riportarono l'ordine pubblico e la sua gestione al centro dell'attenzione. Questa emergenza nuova e acuta, maturata in un'Italia in piena evoluzione civile e politica, non poteva essere trattata allo stesso modo di quella endemica e strisciante che aveva caratterizzato gli anni Cinquanta, e che gli strumenti lasciati in eredità dal fascismo avevano consentito di affrontare. Negli anni Settanta rifarà dunque la sua apparizione la legislazione di emergenza.

Un decreto dell'aprile del 1974 allungò la carcerazione preventiva e nel 1975 venne approvata la legge Reale sull'ordine pubblico (v. Bricola, 1975), in omaggio alla convinzione che la risposta 'ordinamentale' potesse produrre efficaci conseguenze sul fenomeno terroristico, il quale intanto aveva cominciato a dare allarmanti prove della sua capacità di minacciare seriamente le istituzioni democratiche (v. Della Porta, 1990 e 1997).

La formazione terroristica di sinistra di più rilevanti dimensioni e capacità, le Brigate Rosse (BR), compì la sua prima impresa in un anniversario della vittoria della Democrazia cristiana nelle elezioni del 1948, sequestrando a Genova il giudice Mario Sossi, il 18 aprile del 1974. Solo quattro anni più tardi, le Brigate Rosse avrebbero coronato la loro attività politico-militare con il sequestro e l'uccisione di Aldo Moro, uno degli uomini politici più eminenti e capaci che abbia conosciuto l'Italia repubblicana. Nello stesso torno di tempo, il terrorismo di ispirazione fascista — con la complicità non sempre indiretta di apparati dello Stato e di 'servizi deviati', a loro volta compromessi con le attività di una potente loggia massonica che aveva preso il nome di P2 (Propaganda 2), non aliena da intenzioni golpiste (v. Flamigni, 1997) — proseguiva nell'azione stragista avviata con le bombe di piazza Fontana del 1969. Anni di violenza, di attentati, di terrore e di morte, di azioni dimostrative e proclami insensati, mossi da nichilismo (v. Stajano, 1982), esaltazione rivoluzionaria e disperazione politica, finiti nella inevitabile sconfitta dei protagonisti, ma capaci di congelare la politica italiana per lungo tempo e di far attendere l'Italia in uno stato di protratta immobilità, che sarebbe stato duramente pagato negli anni a venire.

La legge Reale del 1975, alla quale si è già fatto cenno, rappresentò la prima, inutile e difettosa risposta al presentarsi di quell'emergenza. Essa riformava in senso restrittivo l'istituto della libertà provvisoria, dilatava la misura delle pene e la durata della prescrizione; ampliava i casi in cui era previsto il processo per direttissima, estendeva a determinate categorie di persone le misure di prevenzione contenute nella legge antimafia del 1965, ampliava la possibilità di uso legittimo delle armi da parte delle forze dell'ordine e rivedeva la procedura da adottarsi per il caso di reati commessi da militari assegnati a servizi di pubblica sicurezza nell'esercizio delle loro funzioni.

Le successive norme antiterrorismo si accavallarono, non senza contraddizioni (v. Marinucci, 1985; v. Gallo e Musco, 1986), introducendo nell'ordinamento elementi che confliggevano con principi di fondo e scelte strategiche sul piano processuale, come quelle che erano venute maturando in ordine a un nuovo processo penale e che erano state già inserite nella legge delega del 1974. Tra la fine degli anni Settanta e i primissimi Ottanta, a una legislazione molto severa sulla costituzione di bande armate e sulla partecipazione a esse con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico si affiancò una legislazione premiale intesa a disgregare i gruppi terroristici e a favorire, attraverso la collaborazione con le istituzioni di singoli appartenenti, l'azione di contrasto dello Stato e l'opera della giustizia.

3. *Criminalità organizzata*. — La criminalità organizzata, emergenza degli anni Ottanta e Novanta, era in realtà l'emergenza di sempre. Una lunga sottovalutazione del fenomeno aveva fatto sì che la costituzione della prima Commissione parlamentare antimafia avvenisse soltanto nel 1963, dopo la strage di Ciaculli in cui morirono sette militari, e che il primo provvedimento 'antimafia' giungesse soltanto nel 1965, insieme alla relazione di quella Commissione, curata dal suo presidente Francesco Cattani. Quella relazione e la legge del 1965 — peraltro criticata per il fatto di utilizzare strumenti di polizia preventiva che ricalcavano le forme del vecchio domicilio coatto o del confino di polizia del fascismo — non tenevano conto del punto di forza della criminalità mafiosa, che consisteva già allora nei suoi rapporti con l'economia e con la politica (v. Pantaleone, 1972). In seguito, nel corso degli anni Settanta, si prese politicamente atto della minacciosa presenza di altre organizzazioni criminali, la Camorra a Napoli e in Campania (v. Sales, 1988) e la 'Ndrangheta in Calabria (v. Barone, 1990; v. Cicone, 1996), della loro capacità di esercitare stringenti forme di dominio sul territorio che occupavano e in particolare della tendenza della Mafia siciliana a diffondersi in aree diverse dalla Sicilia, infiltrando i suoi esponenti e investendo i suoi capitali soprattutto nel nord del paese (v. Arlacchi, 1983).

Il 'sacco di Palermo' dovuto alla speculazione edilizia dei primi anni Sessanta, le guerre di Mafia degli anni successivi e poi la guerra

contro lo Stato, che la Mafia scatenò con l'uccisione del presidente della Regione siciliana Piersanti Mattarella nel gennaio del 1980, persuasero il Parlamento e l'esecutivo ad assumere provvedimenti più incisivi e a impegnare nella lotta contro la Mafia risorse più adeguate in termini di uomini, mezzi e strumenti normativi. Due furono principalmente le linee strategiche seguite nella legislazione antimafia: la valorizzazione del ruolo dei collaboratori di giustizia (che nel gergo dei *media* hanno assunto, ormai irrimediabilmente, il nome di 'pentiti') e l'attenzione agli aspetti patrimoniali nell'azione di contrasto, con l'utilizzazione di strumenti per la rilevazione e la confisca dei beni provenienti dall'attività mafiosa (v. Tranfaglia, 1992).

I primi casi di collaborazione con la giustizia (Tommaso Buscetta e Salvatore Contorno, che resero testimonianze decisive al giudice istruttore Giovanni Falcone), seguiti poi da numerosissimi altri, consentirono di celebrare il primo 'maxiprocesso' contro la mafia nel 1986-87, conclusosi con 361 sentenze di condanna, delle quali 19 alla pena dell'ergastolo. La definitiva sentenza della Corte di cassazione, intervenuta nel 1992, confermò l'attendibilità dei collaboratori, l'esistenza dell'organizzazione detta 'Cosa nostra', le responsabilità del suo organismo di direzione denominato 'la Commissione' e quelle dei singoli membri appartenenti all'associazione (v. Jamieson, 1997).

In risposta a uno Stato che cominciava a 'fare sul serio' e in relazione a quel lunghissimo processo, dai suoi inizi fino a dopo la sua conclusione, "Cosa nostra" dette vita a una strategia criminale di tipo stragista. Già avviata con l'uccisione di Pio La Torre nel 1982, essa proseguì con l'attentato nel quale fu ucciso nel 1983 il giudice Rocco Chinnici e poi con attentati e agguati nei quali fu tolta la vita a numerosissimi magistrati, funzionari, esponenti politici, tra i quali spiccano i nomi del prefetto Carlo Alberto Dalla Chiesa e quelli dei giudici Gian Giacomo Ciaccio Montalto, Rosario Livatino, Giovanni Falcone e Paolo Borsellino. Del resto, la paternità mafiosa venne riconosciuta anche nell'attentato al treno che il 23 dicembre 1984 transitava a San Benedetto Val di Sambro vicino Bologna, che fece strage di 16 persone, ferendone 267, e negli attentati che danneggiarono numerosi monumenti a Roma, Firenze e Milano nell'estate del 1993.

Alcuni di questi episodi di aggressione mafiosa determinarono grande commozione nell'opinione pubblica, conducendo il Parlamento all'adozione di ulteriori provvedimenti legislativi. Nuovi strumenti di lotta vennero messi nelle mani dello Stato e vennero perfezionati e incrementati quelli di natura giurisdizionale già a disposizione della magistratura. Tra questi, l'istituzione di una forma di detenzione particolarmente rigorosa per i capi di 'Cosa nostra', tale da impedire loro di avere contatti con gli affiliati rimasti liberi e di proseguire quindi, anche dal carcere, nell'opera di organizzazione criminale.

Gli eccellenti risultati raggiunti nella lotta alla Mafia grazie a questo complesso di mezzi e provvedimenti, non impedirono che nella seconda metà degli anni Novanta si manifestassero opinioni critiche e umori contrari, diretti principalmente contro l'utilizzazione nelle indagini dei collaboratori di giustizia (v. Sbriccoli, 1998b) e contro il regime di carcere rigoroso previsto dall'art. 416-*bis* del Codice penale.

Si tratta di due temi intorno ai quali ruota la questione penale nello scorcio finale del XX secolo. Essi si affiancano al rapporto tra giustizia e politica, ai poteri dei pubblici ministeri, alla questione della corruzione, a quella della criminalità diffusa e della sicurezza, alle garanzie dell'accusato nel processo penale. Sulla questione dei collaboratori di giustizia resta da dire che una legge, presentata dal guardasigilli Giovanni Maria Flick e tesa a rimuovere alcuni inconvenienti rivelati dall'esperienza, è stata solo recentemente approvata dopo anni di attesa.

4. *Corruzione politica.* — Per la corruzione politica potrebbe valere ciò che già si è detto a proposito dell'emergenza mafiosa. La sua esistenza come fenomeno criminale di grande potenzialità e il suo insediamento, per così dire, nella vita politica e amministrativa del paese, risalivano a molto tempo prima che essa si imponesse all'attenzione di tutti come l'emergenza degli anni Novanta. Non ci si riferisce soltanto al suo storico ed endemico radicamento nella vita pubblica italiana a partire dall'Unità, ma alla sua ben nota presenza nell'Italia democratica (v. Marini, 1997). Avvisaglie di un fenomeno di diversa qualità si erano avute, però, già negli anni Ottanta, nelle occasioni del processo Zampini a Torino, di quello Teardo a Savona,

e del meno rumoroso processo Falugi a Firenze, che lasciarono intendere quanto grande e diffusa potesse essere la corruzione politica nell'Italia di allora, e posero per la prima volta i termini di un rapporto, che non sarebbe stato privo di problemi, tra giurisdizione e questione morale (v. *Giurisdizione...*, 1987). Ma fu dalla Procura della Repubblica di Milano, nel febbraio del 1992, che venne avviata una fase decisiva del controllo giurisdizionale sulla legalità dei comportamenti politici e amministrativi, che lasciò subito intravedere l'esistenza di una diffusa e giudizialmente comprovata corruzione di Stato. Nel giro di pochi mesi si unirono a quella milanese, a tacere di altre, le procure di Torino, Venezia, Firenze, Ancona, L'Aquila, Bari, Napoli, Palermo, tutte fiancheggiate nella loro azione dall'attenzione parossistica dei mezzi di comunicazione, in particolare della televisione, che sul finire del 1994 amplificò e diffuse l'interesse già grande del pubblico, con la trasmissione in diretta del processo celebrato contro Sergio Cusani per la 'maxitan-gente' Enimont.

Le conseguenze di quella clamorosa azione giudiziaria (che prese il nome giornalistico di 'Mani Pulite') condotta su scala nazionale, e diretta a punire i protagonisti del fenomeno corruttivo (giornalisticamente chiamato 'Tangentopoli'), furono di enorme portata (v. Nelken, 1998). Furono colpiti *leaders* storici e massimi dirigenti dei partiti politici della maggioranza, ministri e parlamentari, non esclusi esponenti dell'opposizione di sinistra; furono coinvolti sindaci e presidenti di regioni, alti dirigenti della pubblica amministrazione, famosi imprenditori e alti dirigenti dell'industria pubblica e privata, professionisti e magistrati. Vennero travolti insieme un'intera classe dirigente e l'equilibrio politico che aveva governato il paese negli ultimi quindici anni. Partiti storici di massa come la DC e il PSI scomparvero dalla scena pubblica e se ne formarono di nuovi. Il mutamento di clima, insieme alla nuova dinamica politica manifestatasi dopo che un referendum ebbe cancellato la legge di tipo proporzionale che regolava il sistema elettorale, fecero parlare, sia pure con poca proprietà costituzionale, di Seconda Repubblica.

Come in parte è avvenuto a proposito delle azioni giudiziarie condotte contro la Mafia, anche nel caso di 'Mani Pulite' il *focus* dell'attenzione passò, dopo un certo periodo, dal problema (Tan-

gentopoli) agli effetti che si erano prodotti affrontandolo. Gli effetti sul sistema politico ci riguardano meno in questa sede, anche se non furono estranei agli altri effetti, che invece qui interessano, che hanno investito il sistema penale o, più precisamente, il ruolo della giustizia penale in uno Stato democratico di diritto. La questione della corruzione nella pubblica amministrazione, della sua permanente diffusione, della necessità di combatterla con più penetranti strumenti legislativi, resta aperta perché a tenerla aperta sono principalmente i giudici e i pubblici ministeri, ma non sembra ricevere molta attenzione da parte del mondo politico. Dopo aver tanto drammaticamente contribuito a riaprire una parte non piccola della questione penale, sembra condannata a restarne fuori.

Il problema penale, nell'Italia di fine Novecento, ha aspetti tecnico-politici (di politica del penale), sui quali ci soffermeremo più avanti, e aspetti politico-giudiziari (di politica della giustizia) che hanno parte delle loro radici nella vicenda 'Mani Pulite'. Su quella vicenda si è infatti aperto un duro e lungo confronto, che ha condotto fino alle soglie di una complessiva riforma costituzionale in materia penale e di giustizia (fase della cosiddetta 'Commissione bicamerale' nel 1998), per approdare a una più modesta revisione dell'art. 111 della Costituzione, non priva tuttavia di importanza (per esempio in ordine a quanto prescrive sulla durata dei processi) e di effetti.

Quel confronto ha condizionato i termini del problema giustizia, fin quasi a stabilirne gli elementi costituenti e il senso. È partito dalla contestazione (esterna e politica, non giudiziaria e processuale) del metodo di conduzione delle indagini da parte delle procure, in particolare dell'abuso della carcerazione preventiva; si è alimentato e si alimenta, con l'accusa ai pubblici ministeri, da essi respinta, di agire con spirito persecutorio e accanimento, per ostilità di parte e per raggiungere scopi politici; è arrivato, infine, alla formulazione di un vasto programma di riforma della giustizia penale che si fonda principalmente sul riequilibrio delle posizioni processuali dell'accusa e della difesa, sulla apposizione di limiti alle prerogative del pubblico ministero nella raccolta delle prove e nella loro utilizzazione in giudizio, sulla separazione di funzioni e carriere tra magistratura inquirente e magistratura giudicante. All'inizio del XXI secolo rimangono aperte queste e altre simili questioni destinate a

investire l'assetto e la direzione di marcia della giustizia penale in Italia.

5. *Il sentimento di insicurezza.* — Non si può dire che la questione della criminalità diffusa, — che ora si esita a definire 'piccola', o addirittura 'micro', come sempre si è fatto nel linguaggio della sociologia criminale — e la connessa questione della sicurezza della vita quotidiana nelle città, siano già assurte al livello di una emergenza storica, così come è accaduto per le altre che sono già state evocate. Certamente la questione della sicurezza, per essere già al centro dell'attenzione delle politiche penali in molti paesi dell'Europa di oggi e anche per le sue implicazioni con altri e ben gravi fenomeni, non dovrebbe essere né trascurata né sottovalutata. La possibilità di impedire la sua trasformazione in un'emergenza di grande portata sta tutta nel grado di cura tempestiva (precoce, ormai, non si può più dire) a cui si sarà capaci di sottoporla (v. Robert, 1999, pp. 178 ss.).

La problematica della sicurezza si lega con questioni altrettanto complesse come quella dell'immigrazione, con l'esistenza di un serio disagio delle periferie e delle fasce non integrate del mondo giovanile urbano, con la caduta di regole di convivenza di un tempo, di cui si sente la mancanza dopo averne talora accelerato la scomparsa con stili di vita ispirati a modelli individualisti e consumistici resi egemoni dai *mass media*; nasce in gran parte nel senso di precarietà e apprensione per il futuro di ceti che perdono *status* sociale o che temono di perderlo; è facilitata da alcune dinamiche della vita urbana quali l'anonimato, la creazione di un 'mercato della sicurezza' fatto di assicurazioni e protezione privata (v. Robert, 1999), l'abbassamento della difesa dei beni da parte di chi li possiede, l'elevazione del loro valore per chi aspira ad averli; si radica, nella coscienza del fatto che per certe aggressioni la vittima non ha praticamente difesa, né dispone di una affidabile possibilità di rivalsa, perché indagini di polizia e processo penale non sembrano strumenti adeguati e, soprattutto, disponibili.

Un lungo lavoro strategico sembra realisticamente la sola via praticabile (v. Bouchard, 1997), un lavoro che sposti sulla criminalità diffusa una parte dell'attenzione storicamente rivolta altrove, affrontando, tra le altre cose, con politiche di controllo e legalizza-

zione, gli esiti criminogeni del proibizionismo in materia di sostanze stupefacenti e i nuovi allarmanti profili assunti dal fenomeno prostituzione. Un lavoro lungimirante che riorganizzi la presenza dei tutori dell'ordine nelle città, che impianti meccanismi di riparazione del danno e procedure di mediazione tra aggressore e vittima (v. Robert e altri., 1997; v. Bouchard, 1997), che coinvolga i mezzi di comunicazione in un'opera di razionalità informativa, distogliendoli dalla attuale funzione di allarme a intermittenza e dall'opera di cattiva informazione che nasce dalle enfasi, dalle metafore belliche, dai toni parossistici, con cui la stampa in particolare tende a presentare gli episodi di criminalità urbana diffusa.

7. L'ipertrofia del penale nella crisi dello Stato-nazione.

Le emergenze che hanno costellato la seconda metà del XX secolo hanno esercitato una pressione distorsiva sull'ordinamento penale italiano, obbedendo a una logica che si era annidata tra i caratteri originari del sistema fin dalla sua lontana formazione, all'indomani dell'Unità (v. Sbriccoli, 1998a). Esse, tuttavia, non hanno esaurito come era naturale, l'intera produzione normativa, né soltanto su di esse si sono concentrate le riflessioni e le elaborazioni della scienza giuridica.

Col tempo, il sistema normativo penale si è fatto ipertrofico. Non solo per eccesso di criminalizzazione (troppo numerosi sono i comportamenti, anche minori, inoffensivi, marginali e bagatellari puniti dalla legge come reati), ma anche perché al Codice penale e alle tante leggi penali speciali prodotte nel tempo, si è aggiunta una miriade di norme penali, annidate in centinaia di leggi amministrative, destinate a disciplinare le materie più disparate. Le ragioni di questo male, ormai cronico, sono tante e sono di diversa provenienza.

Le origini più lontane del fenomeno, insieme a quelle più prossime, sono probabilmente da ricercare nella crisi dello Stato-nazione, e nello sfiancamento del suo potere normativo (v. Robert, 1994). Lo Stato-nazione è il prodotto storico di una fase ormai tramontata, e si è formato su presupposti politici e ideologici che stanno da tempo alle nostre spalle. Le stesse categorie penali fon-

damentali — elaborate tra Sette e Ottocento, nella fase di ‘avvicinamento’ allo Stato liberale di diritto — devono essere sottoposte a coraggiose critiche di verifica, in questa che è invece una inoltrata, ma non da tutti avvertita, fase di ‘allontanamento’ da quel tipo statale.

Del resto, l’inflazione penalistica, assunta qui come effetto della crisi dello Stato-nazione, ne è anche una (e non l’ultima) delle cause efficienti. Perché la crescita abnorme della dimensione penale dentro il sistema normativo, produce di per sé, per intuitive ragioni, un severo indebolimento dell’egemonia della normatività statale complessiva e una sorta di ineluttabile sfiancamento della normatività penale in particolare. Infatti, soggiogati come sono da una vera e propria ‘legge del cumulo dei prodotti normativi’, gli Stati operano una crescente ‘penalizzazione a tappeto’, punteggiando di norme penali la ‘marea di leggi’ che esce dai loro parlamenti, senza avere poi le strutture occorrenti e la forza necessaria per farle rispettare. Ciò è, in tutta evidenza, effetto di una crisi e motivo di crisi a sua volta.

Al di là delle cause di fondo, connesse alla decadenza dello Stato-nazione, le ragioni dell’inflazione penalistica possono essere ricercate in più immediati fattori che originano nella espansione patologica di tutto il sistema legislativo (v. Paliero, 1985; v. Palazzo, 1997a, pp. 352 ss.), avvertibile non solo in Italia, ma in quasi tutte le esperienze europee. Essa ha origini politiche, burocratiche, o più in generale sociologiche, che in gran parte sfuggono al dominio della scienza giuridica penale (v. Moccia, 1997²).

Interi sistemi normativi non giuridici, che una volta avevano la loro efficacia nei rapporti sociali, si sono dissolti, sostituiti da una domanda di costrizione penale, a cui si risponde con leggi dal valore più che altro simbolico. La minaccia di pena si riduce spesso a mero mezzo di proiezione, per ottenere effetto di annuncio, per tranquillizzare o ricevere consenso. Per quanto sembri incredibile, l’inasprimento delle pene è ancora ritenuto un mezzo efficace nella rappresentazione del penale.

Il Codice penale ha perso la sua centralità. Lo Stato sociale, legislatore per eccellenza, si vale fin troppo spesso del penale usato come avvertimento, quasi a segnalare l’importanza di questo o quel passaggio della sua normazione. Ha dilatato enormemente il campo

delle contravvenzioni e ha inventato il penale accessorio e il penale ostativo. È così che tante leggi organizzative vengono guarnite con obblighi o divieti corredati da pena, che dovrebbero fare da ostacolo alla loro inosservanza.

Segmentazione e polverizzazione diventano la regola. Non c'è più settore dell'amministrazione pubblica che rinunci al suo ritaglio di minaccia penale, per aumentare il suo potere di presa sulla frazione di cittadini che hanno a che fare con essa, o semplicemente per non essere da meno rispetto a tutti gli altri. Ogni settore, in perfetta autonomia, gestisce il suo pezzetto di potere punitivo, produce le sue prassi applicative, crea i suoi linguaggi da micro-sistema, poco curandosi della pratica utilità di tutto questo. È nell'esperienza comune il fatto che la minaccia di pena resta di regola allo stato di minaccia, usata solo per fare pressione, per contrattare da posizioni di forza, per ottenere dai cittadini condotte più docili nei confronti di alcune esigenze burocratiche.

In questo quadro, la pena cessa di essere presa sul serio. Essa è stata seriamente indebolita nel suo ruolo strategico di prevenzione generale, in ragione del fatto che i comportamenti minacciati trascorrono dai gravissimi ai bagatellari e sono tanto numerosi e disparati da non offrire più un punto di orientamento certo. L'inflazione punitiva, come era prevedibile, ha corrosso il valore intrinseco del sistema che ha sovralimentato.

Ridotta al rango di semplice segnalatore di pericolo, la minaccia di pena perde quel po' di funzione dissuasiva che poteva esserle rimasta e degenera in una prospettiva di mera casualità. Un'osservazione, anche superficiale, delle dinamiche punitive reali operanti nell'Italia di fine Novecento, ci dice che la pena colpisce 'casualmente' il piccolo numero di coloro che, per qualche inclassificabile ragione, inciampano in un processo di criminalizzazione secondaria. La stessa rapida osservazione ci fa dire che quella casualità è guidata, tuttavia, da un 'istinto' che la conduce invariabilmente a colpire (sia pure a caso) categorie marginali, soggetti deboli, oppure autori che si rendano particolarmente visibili; lasciando fuori comportamenti criminali coperti o protetti, che usano modi discreti o che praticano violazioni che per la loro diffusione hanno assunto carattere 'ambientale', secondo l'impropria ma efficace espressione resa celebre dal pubblico ministero del processo Cusani.

Un convincente esempio della dinamica or ora delineata sta proprio in quanto si è verificato in Italia tra il 1992 e il 1994, quando una transitoria inversione di quella logica ha messo concretamente nelle mani della giustizia reti di malaffare e comportamenti delittuosi, che riguardavano apparati pubblici rilevanti, potentati privati e una parte del ceto politico (v. Pulitanò, 1999). È stato infatti sufficiente un momentaneo allontanamento dalla pratica del doppio livello di legalità, per infliggere, a tacere di altro, un energico scuotimento all'ordine penale in tutto il suo complesso. Scuotimento dovuto principalmente al fatto che il sistema penale mostrava una capacità (per molti inattesa) di riassumere il suo ruolo e di rinvigorire — nella complessiva figura dello Stato — la sfibrata dimensione della potestà coercitiva, contrastando l'illegalità anche a costo di inseguirla in domini che erano rimasti a lungo riservati. Gli esiti di quella vicenda inducono a pensare che tra i tratti distintivi del sistema penale italiano permanga ancora quello che lo voleva naturale e occhuto presidio contro 'i delinquenti', ma meno facilmente orientabile verso 'i galantuomini'. Quando si valutano quegli esiti non si può non constatare che l'andamento fortuito della giustizia e l'intermittente impegno con cui il legislatore si volge a questo o a quell'aspetto del problema penale sono ormai sovrastati, e di fatto alterati, dal fattore mediatico, fierissimo concorrente della scienza giuridica quanto alla possibilità di influire sul ceto politico ed alla capacità di condizionare i magistrati.

8. *Una rinnovata penalistica civile.*

L'inflazione penalistica, la disfunzione della pena, il ludibrio in cui rischia di cadere un sistema penale velleitario e impotente sono stati avvertiti con adeguata consapevolezza dalla scienza penale. Dopo i primi passi mossi dal legislatore verso una attenuazione della penalità e in direzione di una seria depenalizzazione — con la legge n. 317 del 1967 e poi con la n. 689 del 1981, che ha fondato un'organica disciplina dell'illecito amministrativo punitivo — (Paliero, 1983 e 1989), proprio negli ultimi mesi del 1999 il governo, con provvedimenti delegati, ha decisamente proceduto su questo cammino. La necessità di ridimensionare il diritto penale massimo,

oppressivo socialmente e paralizzante per la giustizia, procedendo verso un diritto penale minimo, capace di reagire seriamente alle violazioni primarie, ma anche di recedere dall'inessenziale, è stata onorata con una rilevante riforma, che ha del tutto abolito 24 reati, trasformandone altri 21 in illeciti amministrativi.

Ma la crisi dell'ordine penale non è fatta soltanto di ipertrofie e distorsioni di sistema. Nella fase ventennale che seguì all'avvento della Costituzione repubblicana, la crisi del penale era ravvisabile nel ritardo del suo adeguamento ai principî costituzionali e nella necessità di modificarne radicalmente contenuti e collocazione, agendo in primo luogo sul metodo scientifico adottato per la sua critica (v. Pulitanò, 1993). Poi, dopo che questo aspetto venne affrontato e discusso, fino a divenire patrimonio comune dei penalisti da un lato, del legislatore dall'altro, la crisi spostò il suo *focus* sul terreno della giustizia penale, trovando alimento nell'eterno conflitto tra efficacia e garanzia.

In tutti questi frangenti è venuta svolgendo un'opera considerevole una generazione di penalisti cresciuta scientificamente tra gli anni Sessanta e Settanta. Essi hanno affinato una elevata sapienza tecnica, costruita alla scuola di maestri formati nel culto del metodo tecnico-giuridico, ispirandosi a una duplice coscienza: quella della centralità della 'questione costituzionale' — passaggio obbligato per ricollocare il penale nella dimensione impostagli dallo Stato democratico — e quella della necessità di ricollegare il penale a un contesto culturale e disciplinare più largo.

Il primo impulso a questa nuova stagione della penalistica italiana venne da Franco Bricola, che sul finire degli anni Sessanta "promosse da un lato una riformulazione in chiave costituzionale della teoria del reato e dei beni giuridici, e dall'altro [...] un ritorno all'antica penalistica civile quale critica del diritto penale vigente e delle sue funzioni di controllo sociale" (v. Ferrajoli, 19992).

Si può ben dire che la penalistica italiana degli ultimi decenni del Novecento mostri anch'essa i caratteri che furono propri dell'esperienza ormai lontana dell'antica penalistica civile. Si è infatti costituita, ormai, una 'normalità' della funzione dottrinale dei penalisti e della maniera di esercitarla che reca quella stessa cifra distintiva: l'adozione di un abito mentale, più ancora che di un metodo giuridico, che misura la 'validità' dell'ordinamento sui principî costituzionali, mediatori dei

valori politici e civili sui quali è nata la Repubblica; e vuole che la 'rispondenza agli scopi' delle politiche penali e criminali sia giudicata integrando nelle analisi del giurista i saperi politici, istituzionali, sociali e storici dei quali egli deve comunque nutrire la sua scienza. Non diversamente si atteggiava la penalistica civile che operò nel corso del XIX secolo, propugnando la critica della legislazione e della giustizia, l'apertura della scienza penale, politiche penali e politiche criminali innervate nella discussione e nella produzione dottrinale come componenti intrinseche e non più come *externa* della scienza, di esclusiva competenza di governi e legislatori.

La crisi del penale — che è un dato permanente e ineliminabile, segno di vitalità e trasformazione, di consapevolezza e tensione innovativa — sta dunque di fronte a un ceto di giuristi capace di misurarla e governarla. Il loro compito contingente, attualmente, è quello di impedire che essa varchi il limite oltre il quale ogni intervento sarebbe vano. Il loro compito strategico è invece quello di rinnovare i fondamenti stessi della loro cultura, perché possano arrivare a 'leggere' nella nuova dinamica storica, avviata dalla irrimediabile crisi dello Stato-nazione e del suo sistema normativo.

Una forma statale emergente, quella prodotta dall'egemonia borghese, diede vita a un'ideologia penale che ora fa fatica a rapportarsi efficacemente a una forma statale declinante, nella quale l'originario modello è appena riconoscibile, stravolto e sfigurato com'è. Occorre mobilitare energie culturali nuove, capaci di un'inventiva che, mantenendo e valorizzando la civiltà del penale, adempia al compito arduo e semplice dei tempi nuovi: ossia di realizzare una comunità sempre più tutelata e sempre meno oppressa.

Bibliografia

1938. *Le leggi contro gli ebrei*, 1988, "La rassegna mensile di Israel", n. 1-2, monografico.
- ALIMENA B., 1900, *Lo studio del diritto penale nelle condizioni presenti del sapere. Prolusione letta nell'Università di Modena l'8 marzo 1900*, "Rivista di diritto penale e di sociologia criminale", I, pp. 181-216.
- ALIMENA B., 1910, *Le esigenze del diritto penale e le tendenze dei penalisti*, "Rivista di diritto e procedura penale", I, pp. 129-142.
- ALOISI U., 1932, *Le riforme fasciste nel campo del diritto e della procedura penale*, in *Atti del I° Congresso giuridico italiano. Ottobre del Decennale*, vol. I, *Le relazioni*, Roma: SNFAP, pp. 257-89.

- AQUARONE A., 1965, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino: Einaudi.
- ARLACCHI P., 1983, *La Mafia imprenditrice*, Bologna: Il Mulino.
- BARILE P., 1953, *Il soggetto privato nella costituzione italiana*, Padova: CEDAM.
- BARILE P., 1998, *Lo sviluppo dei diritti fondamentali nell'ordinamento repubblicano*, in *Storia d'Italia. Annali*, vol. XIV, *Legge Diritto Giustizia* (a cura di L. Violante), Torino: Einaudi, pp. 7-103.
- BARONE L., 1990, *L'ascesa della 'ndrangheta negli ultimi due decenni*, "Meridiana", III, pp. 17-55.
- BATTAGLIA A., 1954, *Processo alla giustizia*, Bari: Laterza.
- BATTAGLIA A., 1955, *Giustizia e politica nella giurisprudenza*, in *Dieci anni dopo, 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana* (A. Battaglia, e altri), Bari: Laterza, pp. 317-408.
- BOUCHARD M., 1997, *Le risposte possibili alla criminalità diffusa*, in *Storia d'Italia. Annali*, vol. XII, *La criminalità*, (a cura di L. Violante), Torino: Einaudi, pp. 1035-53.
- BRICOLA F., 1975, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975, n. 152)*, "La questione criminale", I, pp. 221-88.
- BRICOLA F., SGUBBI F., MAZZACUVA N., 1994, *Dispensa per il corso di istituzioni di diritto penale*, Bologna: Patron.
- BRIGAGLIA M., 1971, *Sardegna, perché banditi*, Milano: Mondadori.
- CALAMANDREI P., (1945) 1966, *Sulla riforma dei codici*, in *Scritti e discorsi politici*, Firenze: La Nuova Italia, vol. I, t. 1, pp. 86-99.
- CALAMANDREI P., 1952, *Incoscienza costituzionale*, "Il Ponte", VIII, pp. 1177-87.
- CALAMANDREI P., *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in *Dieci anni dopo, 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana* (di A. Battaglia e altri), Bari: Laterza, pp. 251-316.
- CANDELORO G., 1974, *Storia dell'Italia moderna*, vol. VII, *La crisi di fine secolo e l'età giolittiana*, Milano: Feltrinelli.
- CHIAVARIO M., 1988, *Codice di procedura penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino: UTET, vol. II, pp. 250-70.
- CICONTE E., 1996, *Processo alla 'ndrangheta*, Roma-Bari: Laterza.
- CICONTE E., 1997, *Un delitto italiano: il sequestro di persona*, in *Storia d'Italia. Annali*, vol. XII, *La criminalità* (a cura di L. Violante), Torino: Einaudi, pp. 185-215.
- COLAO F., 1982, *La ricostruzione dogmatica del reato politico attraverso le amnistie, 1919-1932*, "Studi Senesi", XCIV, 1, pp. 63-116.
- COLLIN F., 1925, *Enrico Ferri et l'avant projet du code pénal italien de 1921*, Bruxelles: Larcier.
- COSTA P., 1990, *La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica* (a cura di A. Schiavone), Roma-Bari: Laterza, pp. 89-145.

- CRAINZ G., 1992, *Il conflitto e la memoria. "Guerra civile" e "triangolo della morte"*, "Meridiana", XIII, pp. 17-55.
- D'AGOSTINI F., 1972, *Reggio Calabria. I moti del luglio 1970 - febbraio 1971*, Milano: Feltrinelli.
- DELITALA G., 1960, *Codice di procedura penale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, vol. VII, pp. 284-87.
- DELLA PORTA D., 1990, *Il terrorismo di sinistra*, Bologna: Il Mulino.
- DELLA PORTA D., 1997, *Il terrorismo*, in *Storia d'Italia. Annali*, vol. XII, *La criminalità* (a cura di L. Violante), Torino: Einaudi, pp. 373-420.
- DELOGU T., 1945, *L'elemento politico nel codice penale*, "Archivio penale", I, pp. 161-95.
- DIGNEFFE F., 1998, *L'école positive italienne et le mouvement de la défense sociale*, in *Histoire des savoirs sur le crime et la peine* (a cura di C. Debuyst, F. Digneffe, A. P. Pires), vol. II, *La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Paris-Bruxelles: De Boeck, pp. 233-99.
- DI LELLO G., 1997, *La vicenda di Salvatore Giuliano*, in *Storia d'Italia. Annali*, vol. XII, *La criminalità* (a cura di L. Violante), Torino: Einaudi, pp. 567-89.
- DOLCINI E., 1988, *Codice penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, UTET, vol. II, pp. 270-87.
- DONNEDIEU DE VABRES H., 1938, *La politique criminelle des États autoritaires*, Paris: Sirey.
- ECO U., 1997, *Il fascismo eterno*, in *Cinque scritti morali*, Milano: Bompiani, pp. 25-48.
- FERRAJOLI L., 1989, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari: Laterza.
- FERRAJOLI L., 1999², *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari: Laterza.
- FERRARESI F., 1997, *La strage di piazza Fontana*, in *Storia d'Italia. Annali*, vol. XII, *La criminalità* (a cura di L. Violante), Torino: Einaudi, pp. 621-81.
- FERRARIS P., 1971, *I cento giorni di Reggio: i presupposti della rivolta e la sua dinamica*, "Giovane Critica", pp. 19-32.
- FIORAVANTI M., 1990, *Costituzione, amministrazione e trasformazione dello Stato*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica* (a cura di A. Schiavone), Roma-Bari: Laterza, pp. 3-87.
- FIORAVANTI M., 1995a, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino: Giappichelli.
- FIORAVANTI M., 1995b, *Le dottrine dello Stato e della costituzione*, in *Storia dello Stato italiano dall'Unità ad oggi* (a cura di R. Romanelli), Roma: Donzelli, pp. 407-57.
- FLAMIGNI S., 1997, *La loggia P2*, in *Storia d'Italia. Annali*, vol. XII, *La criminalità* (a cura di L. Violante), Torino: Einaudi, pp. 421-57.
- FLORIAN E., 1900, *La fase odierna del problema penale. Prelezione letta nell'Università di Padova il 20 gennaio 1900*, "Rivista di diritto penale e sociologia criminale", I, pp. 4-21.

- GALLO E., MUSCO E., 1986, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna: Il Mulino.
- GIOVINE U., 1994, *Il banditismo in Italia nel dopoguerra*, Milano: Bompiani.
- GIURISDIZIONE E QUESTIONE MORALE, 1987, "Questione giustizia", n. 2, monografico.
- GRANDI D., 1941, *Bonifica umana*, voll. 2, Roma: Ministero di Grazia e Giustizia.
- GRISPIGNI F., 1909, *La odierna scienza criminale in Italia*, "La scuola positiva", XIX, pp. 1-44.
- IL CODICE ROCCO CINQUANT'ANNI DOPO, 1981, "La questione criminale", VII, 1, monografico.
- IMPALLOMENI G. B., 1897, *Responsabilità ministeriale e responsabilità comune a proposito del caso Frezzi*, "La giustizia penale", III, pp. 817-22.
- IMPALLOMENI G. B., 1905, *Funzione sociale del diritto punitivo. Prolusione allo insegnamento del Diritto e della procedura penale, letta nell'Università di Roma il 1° febbraio 1905*, Roma: Audisio.
- JAMIESON A., 1997, *Le organizzazioni mafiose*, in *Storia d'Italia. Annali*, vol. XII, *La criminalità* (a cura di L. Violante), Torino: Einaudi, pp. 461-92.
- LEONE G., 1945, *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*, "Archivio penale", I, pp. 23-42.
- LEVRA U., 1975, *Il colpo di stato della borghesia. La crisi politica di fine secolo in Italia, 1896-1900*, Milano: Feltrinelli.
- LOMBROSO C., 1896, *La funzione sociale del delitto*, Palermo: Sandron.
- LONGHI S., (1925) 1931, *Di taluni corollari della pena di morte*, in *Anticipazioni della riforma penale*, Milano: Treves, pp. 113-23.
- LONGHI S., (1927) 1931, *Fascismo e diritto penale*, in *Anticipazioni della riforma penale*, Milano: Treves, pp. 139-56.
- LONGHITANO C., 1994, *Il Tribunale di Mussolini. Storia del Tribunale Speciale, 1926-1943*, Milano: Associazione Nazionale Perseguitati Politici Italiani Antifascisti.
- LUCCHINI L., 1900, *Ai lettori*, *Rivista Penale*, LI, pp. 5-8.
- MANGONI L., 1985, *Una crisi fine secolo. La cultura italiana e la Francia fra Otto e Novecento*, Torino: Einaudi.
- MANZINI V., (1900) 1959, *La crisi presente del diritto penale. Discorso inaugurale letto per l'apertura dell'anno accademico 1899-1900 all'Università di Ferrara*, in *Scelta di scritti minori*, Torino: Utet, pp. 289-314.
- MANZINI V., 1911, *La politica criminale e il problema della lotta contro la delinquenza e la malavita. Prolusione al corso di Diritto e procedura penale tenuta nell'Università di Torino il 22 novembre 1910*, "Rivista Penale", LXXIII, pp. 5-14.
- MARINI L., 1997, *La corruzione politica*, in: *Storia d'Italia. Annali*, vol. XII, *La criminalità* (a cura di L. Violante), Torino: Einaudi, pp. 323-70.

- MARINUCCI G., 1985, *Problemi della riforma del diritto penale in Italia, in Diritto penale in trasformazione* (a cura di G. Marinucci ed E. Dolcini), Milano: Giuffrè, pp. 349-69.
- MOCCIA S., 1997, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli: ESI.
- MORTARA L., 1914, *I delitti di sangue in Italia*, "La Giustizia Penale", XX, pp. 1857-69.
- NELKEN D., 1998, *Il significato di Tangentopoli: la risposta giudiziaria alla corruzione e i suoi limiti*, in *Storia d'Italia. Annali*, vol. XIV, *Legge Diritto Giustizia* (a cura di L. Violante), Torino: Einaudi, pp. 597-627.
- NEPPI MODONA G., PELISSERO M., 1997, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia. Annali*, vol. XII, *La criminalità* (a cura di L. Violante), Torino: Einaudi, pp. 757-847.
- ORLANDO V. E., 1889, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, "Archivio Giuridico", XLII, 1, pp. 107-24.
- PADOVANI T., 1981, *La sopravvivenza del codice Rocco nella « Età della decodificazione »*, "La questione criminale", VII, pp. 89-98.
- PALAZZO F., 1997a, *Diritto penale*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto* (a cura di P. Grossi), Milano: Giuffrè, pp. 311-61.
- PALAZZO F., 1997b, *La politica criminale nell'Italia repubblicana*, in *Storia d'Italia. Annali*, vol. XII, *La criminalità* (a cura di L. Violante), Torino: Einaudi, pp. 849-90.
- PALIERO C. E., 1983, *La legge 689 del 1981: prima « codificazione » del diritto penale amministrativo in Italia*, "Politica del diritto", XIV, pp. 117-64.
- PALIERO C. E., 1985, « *Minima non curat praetor* ». *Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova: Cedam.
- PALIERO C. E., 1989, *Depenalizzazione*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino: UTET, III, pp. 425-41.
- PANTALEONE M., 1972, *Mafia e politica*, Torino: Einaudi.
- PIASENZA P., 1979, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica sicurezza*, "Politica del diritto", X, pp. 261-317.
- PISANI M. (a cura di), 1993, *Per un nuovo codice penale*, Padova: CEDAM.
- POZZOLINI A., 1908, *Verso il nuovo diritto penale. Prelezione al corso di Diritto e procedura penale, letta nell'Università di Pisa il 10 novembre 1908*, Pisa: Tipografia Mariotti.
- PULITANÒ D., 1993, *Quale scienza del diritto penale?*, "Rivista italiana di diritto e procedura penale", XXXVI, pp. 1209-37.
- PULITANÒ D., 1999, *La dottrina penalistica italiana alle soglie del 2000*, in *La dottrina giuridica italiana alla fine del XX secolo. Un bilancio* (a cura di B. Montanari), Milano: Giuffrè, pp. 87-127.
- ROBERT C. N., BORNOZ N., LANGUIN N., 1997, *La mediation. Actes du Colloque du 10 octobre 1996*, Genève: Université de Genève-CETEL.

- ROBERT P., 1994, *Les normes de l'État-Nation. Une hégémonie en crise, in Normes et déviances en Europe. Un débat Est-Ouest* (a cura di P. Robert et F. Sack), Paris: L'Harmattan, pp. 27-50.
- ROBERT P., 1999, *Le citoyen, le crime et l'État*, Genève-Paris: Droz.
- ROCCO AL., (1925) 1927a, *Relazione al disegno di legge "Delega al Governo del re della facoltà di emendare il codice penale, il codice di procedura penale..."*, in *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato Liberale allo Stato Fascista*, Roma: La Voce, pp. 211-60.
- ROCCO AL., 1927b, *Introduzione a La trasformazione dello Stato. Dallo Stato Liberale allo Stato Fascista*, Roma: La Voce, pp. 5-31.
- ROCCO AR., 1910, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, "Rivista di diritto e procedura penale", I, pp. 497-521 e 560-82.
- ROCCO AR., 1913, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino: F.lli Bocca.
- RODOTÀ S., 1995, *Le libertà e i diritti*, in *Storia dello Stato italiano dall'Unità ad oggi* (a cura di R. Romanelli), Roma: Donzelli, pp. 301-63.
- ROSSI E., 1956, *La pupilla del Duce*, Parma: Guanda.
- SALES I., 1988, *La camorra, le camorre*, Roma: Donzelli.
- SANTORO PASSARELLI F., 1945, *La riforma dei codicci*, "Diritto e giurisprudenza", pp. 34-48.
- SARFATTI M., 1988, *Bibliografia per lo studio delle persecuzioni antiebraiche in Italia, 1938-45*, "La rassegna mensile di Israel", n. 1-2, pp. 435-75.
- SARFATTI M., 1989, *Il volume "1938. Le leggi contro gli ebrei" e alcune considerazioni sulla normativa persecutoria*, in *La legislazione antiebraica in Italia e in Europa*, Roma: Camera dei Deputati, pp. 47-74.
- SBRICCOLI M., 1974-75, *Il diritto penale sociale, 1883-1912*, "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", III-IV, 1, pp. 557-642 [t. II, pp. 819-902].
- SBRICCOLI M., 1987, *Il diritto penale liberale. La "Rivista Penale" di Luigi Lucchini, 1874-1900*, "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", XVI, pp. 105-83 [t. II, pp. 903-980].
- SBRICCOLI M., 1990, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita, in Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica* (a cura di A. Schiavone), Roma-Bari: Laterza, pp. 147-232 [t. II, pp. 493-590].
- SBRICCOLI M., 1998a, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia. Annali*, vol. XIV, *Legge Diritto Giustizia* (a cura di L. Violante), Torino: Einaudi, pp. 485-551 [t. II, pp. 591-670].
- SBRICCOLI M., 1998b, *Collaboration de justice et mafia: des réformes pour une urgence incessante*, "Déviance et Société", XXII, pp. 421-26.
- SBRICCOLI M., 1999, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", XXVIII, 2, pp. 817-50 [t. II, pp. 1001-1034].

- SCHNAPPER B., 1984, *La récidive: une obsession créatrice au XIXe siècle*, in *Le récidivisme. Actes du XXI Congrès de l'Association Française de Criminologie, Poitiers, 7-8-9 octobre 1982*, Poitiers: Université de Poitiers-PUF, pp. 25-64.
- SENATO DELLA REPUBBLICA, 1972, *Commissione parlamentare di inchiesta sui fenomeni di criminalità in Sardegna*, Roma: Senato della Repubblica.
- STAJANO C., 1982, *L'Italia nichilista*, Milano: Mondadori.
- TRANFAGLIA N., 1992, *Mafia, politica e affari. 1943-91*, Roma-Bari: Laterza.
- VACCARO M. A., (1899) 1903, *Sul rinnovamento scientifico del diritto penale*, in *Saggi critici di sociologia e di criminologia*, Torino: F.lli Bocca, pp. 153-81.
- VASSALLI G., 1960, *Codice penale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, vol. VII, pp. 261-79.
- VASSALLI G., 1996, *Il tormentato cammino della riforma nel cinquantennio repubblicano*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano: Giuffrè, pp. 5-15.
- ZERBOGLIO A., 1896, *La lotta di classe nella legislazione penale*, "La scuola positiva", VI, pp. 68-79.
- ZERBOGLIO A., POZZOLINI A., 1900, *Ai lettori*, "Rivista di diritto penale e sociologia criminale", I, pp. 1-4.

**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

88

Tomo II

MARIO SBRICCOLI

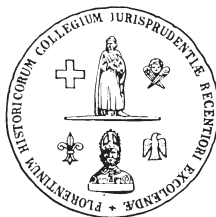
**STORIA
DEL DIRITTO PENALE
E DELLA GIUSTIZIA**

SCRITTI EDITI E INEDITI (1972-2007)



GIUFFRÈ EDITORE

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da BERNARDO SORDI

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME OTTANTOTTESIMO

MARIO SBRICCOLI

STORIA DEL DIRITTO PENALE
E DELLA GIUSTIZIA

Tomo II

Scritti editi e inediti (1972-2007)



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 88-14-14507-5

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2009

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

**GLI ORIENTAMENTI DOTTRINALI
TRA XIX E XX SECOLO**

DISSENSO POLITICO E DIRITTO PENALE IN ITALIA
 TRA OTTO E NOVECENTO.
 IL PROBLEMA DEI REATI POLITICI DAL 'PROGRAMMA'
 DI CARRARA AL 'TRATTATO' DI MANZINI

I.

1. Il sistema in pericolo. — 2. Tre contraddizioni. — 3. Le incertezze dei giuristi.

1. *Il sistema in pericolo.*

Diversi elementi contribuirono, sul finire del secolo scorso, a radicare nella classe di governo italiana la convinzione — ma si potrebbe dire l'ossessione — della necessità di opporre un valido e rassicurante complesso di difese (anche) giuridiche, ad una serie di forze e fenomeni che sembravano mettere in discussione l'assetto generale della società e dello Stato.

In primo luogo, la crescita del movimento operaio organizzato ed il suo presentarsi sulla scena politica — fatto nuovo in Italia — come *partito* di tipo moderno, capace di aggregare forze diverse (si pensi a quegli strati di piccola borghesia intellettuale, ma anche artigiana, o imprenditoriale, che l'affiancarono fin dall'inizio) e di farsi rappresentante organico di settori sociali articolati, dal proletariato urbano ai salariati agricoli, specialmente nell'Italia settentrionale.

Accanto ad esso, la « propaganda del fatto » dei movimenti anarchici. Autentico spettro terrificante della borghesia d'ordine, l'anarchico appare come oscuro e sotterraneo agente sanguinario, mosso da odio morboso ed irriducibile, pronto a colpire secondo una logica selvaggia, « i beni, la sicurezza e fin la vita dei galantuomo ».

mini ». L'anarchismo fu per lungo tempo il bersaglio ideale per la liberazione delle tensioni, delle ansie e delle ossessioni prodotte dall'insicurezza delle classi borghesi in presenza dei nuovi processi sociali. Esso fu insieme innocua spina nel fianco delle istituzioni e provvido pretesto per un crescente irrigidimento del sistema in senso autoritario e repressivo.

Accanto ai pericoli « esterni », o avvertiti come tali, quelli che potremmo chiamare « interiori » rispetto alla compagine borghese.

Essi consistono in un complesso intrico di incertezze, contraddizioni e crisi di identità che spesso conducono lo Stato a reazioni incontrollate e fuori misura, di tipo — per intenderci — novantottesco. Sono il risultato, talora, della intollerabile certezza di dover venire a patti, prima o poi, con le nuove forze sociali; o dell'inconfessato timore di giungere con esse ad uno *show-down* che potrebbe anche rivelarsi perdente.

Tutto ciò comporta che le spinte innovative provenienti dal basso e l'emersione di nuovi protagonisti nella vita politica del paese, non determinano nell'assetto di potere esistente reazioni chiare, risposte razionali, linee di condotta univoche.

L'equilibrio politico nell'Italia di fine secolo è assai precario, e tutta la struttura del potere — intesa come complesso che coinvolge ceti proprietari, classe politica, corpi separati dello Stato e settori sociali comunque interessati alla conservazione dell'esistente — si muove in un grumo di contraddizioni.

La stessa reazione giuridica al dissenso politico ne viene condizionata, ed i giuristi in primo luogo si presentano come portatori, talora inconsapevoli, di alcune paralizzanti antinomie presenti nel meccanismo di sviluppo proprio dell'Italia umbertina.

2. *Tre contraddizioni.*

Ci sembra che almeno tre siano gli ordini di contraddizioni che è opportuno valutare per comprendere le ragioni, ma anche i limiti, del tipo di repressione della devianza politica a cui furono chiamati legislatore, giudici e giuristi, nell'arco di tempo che va dalla preparazione del codice Zanardelli fino ad uno degli ultimi episodi pre-fascisti di uso apertamente politico del diritto penale, e cioè fino

alla legge 21 marzo 1915, n. 273 sulla difesa economica e militare dello Stato.

Il primo riguarda il processo di industrializzazione, assai accelerato in questo momento e concentrato in zone relativamente ristrette dell'Italia settentrionale.

Tale processo comporta una notevole espansione del proletariato industriale, la sua rapida crescita e la sua concentrazione in poche aree di alcune regioni del nord. Ma la liberazione di notevoli forze produttive, se da un lato si presenta come inevitabile necessità per lo sviluppo economico ed il progresso stesso del paese, dall'altro costituisce l'occasione di aspri scontri sociali e di rivendicazioni antagoniste rispetto alle regole del sistema (basterà pensare all'uso dello sciopero ed alla quantità di energie repressive che venne impegnata per il suo arginamento).

Di qui, una contraddizione radicale ed ineludibile tra le esigenze dello sviluppo che sono anche le esigenze dell'*ordine* e di una gestione moderata dello *status quo* e le tensioni sociali che da esso inevitabilmente nascono. Contraddizione strutturale, quindi, che non si limita ad investire lo specifico della produzione e dei rapporti tra le forze in essa impegnate, ma investe in modo dirompente tutto l'equilibrio economico e sociale. Essa sarà all'origine dell'alternarsi di una serie di spinte repressive e di contro spinte riformiste, fino a divenire — se commisurata all'azione del giurista chiamato a sanarla e razionalizzarla — quasi una presenza paralizzante.

Accanto a questa, una contraddizione di segno simile passa attraverso i diversi livelli di sviluppo che il paese conosce al suo interno.

Se esiste una « grande industria » che ha bisogno talora di una politica più aperta e lungimirante, pesa d'altra parte sulle scelte politiche di questo periodo anche l'ipoteca della borghesia agraria meridionale, la quale affida la sua sopravvivenza alla integra e puntigliosa conservazione dell'equilibrio fondato sull'arretratezza, ed ha quindi bisogno di uno Stato forte, apertamente repressivo e dichiaratamente classista.

Accanto allo « Stato di Milano » capace di disfare governi, esiste ed opera una sorta di consorte degli interessi legati al sottosviluppo, in grado di condizionare — in primo luogo — due tra gli strumenti più importanti della macchina repressiva: la burocrazia

e la magistratura. L'alternarsi di blocchi d'ordine di tipo crispino a soluzioni compromissorie di tipo giolittiano, simboleggia sia pure con schematica rozzezza, la presenza di quelle due tendenze.

Bisogna dire, però, che il profilo che più ci interessa e che concerne il ruolo svolto dai giuristi (intendiamo: magistratura, dottrina e le frequenti figure di giuristi-legislatori) non è classificabile in modo preciso e non è riferibile con esattezza ai due « tipi » di gestione politica or ora identificati.

Noi possiamo trovare sentenze fortemente regressive dopo la svolta giolittiana o prese di posizione dottrinali che rivendicano i principi dello Stato liberale, denunciando la degenerazione autoritaria degli apparati, nel pieno dell'egemonia di Crispi e della reazione umbertina.

Le linee di tendenza all'interno del ceto dei giuristi ci sembrano relativamente semplificabili. Abbiamo un dibattito dottrinale che alterna posizioni di liberalismo « classico » a ripensamenti autoritari, chiusure dogmatiche a permissive innovazioni metodologiche; abbiamo la « variante » della scuola positiva, che cercheremo di situare in un suo tipico spazio e che tentò di sottrarsi alla scelta tra autorità e libertà, fino a ritrovarsi protagonista di un ruolo oggettivamente conservatore conseguito per tutt'altre vie; abbiamo un legislatore che oscilla tra i cauti riformismi zanardelliani dell'89 ed il grezzo e scoperto autoritarismo liberticida del luglio del '94 o del febbraio del '99; abbiamo infine un potere giudiziario che, a parte alcune eccezioni molto spesso ascrivibili a non voluta liberalità, si tiene interamente a disposizione dell'esecutivo e svolge il suo servizio politico con lucidità e precisione, usando le leggi — già povere di per sé di margini liberali — nel loro senso più stretto ed oppressivo, e realizzando una serie di progressivi slittamenti ermeneutici che conducono alcuni articoli del codice penale al ruolo di *loci communes* della repressione anti-operaia, antianarchica o anti-socialista.

Quella dei giudici è forse l'unica « corporazione » che possiamo guardare come politicamente omogenea: il ruolo di gendarme della città della borghese che la magistratura svolse, passò indenne attraverso tutte le stagioni politiche del periodo: identico, con rare e redarguite eccezioni, da Minghetti a Depretis, da Crispi a Pelloux, da Pelloux a Giolitti.

Si inserisce qui, sul terreno della mediazione e della riflessione dei giuristi, la terza grande contraddizione in cui si dibatte il sistema politico italiano nella sua ricerca di un equilibrio tra il potere di *una* classe e la libertà di *tutti* i cittadini.

La struttura dello Stato è e resta di tipo liberale. Le libertà fondamentali sono assicurate — pur nei limiti ben noti — dalla sua impronta originaria e dalla stessa struttura costituzionale che esso si è dato. Malgrado ciò, le esigenze di difesa dell'ordine sociale costituito e dei suoi corollari politici ed economici, conducono la classe politica ad un tipo di gestione del potere che poco si concilia con i presupposti di uno Stato di diritto: leggi eccezionali, attacchi alla libertà di stampa e di opinione, discriminazioni processuali, abusi di polizia, sospensione delle garanzie statutarie (basti pensare al frequente ricorso agli « stati d'assedio ») sono strumenti di normale pratica politica.

Il giurista è al centro di queste contraddizioni e le vive spesso in modo drammatico.

Mentre uomini preoccupati del deterioramento dello Stato liberale lanciano consapevoli avvertimenti, ministri, giudici, prefetti e questori attendono quotidianamente alla pratica attuazione di un sistema alternativo, costruito con l'uso spregiudicato di una legislazione facilmente addomesticabile e con il ricorso ad una odiosa forma di « illegalità di Stato », coperta dalla solidale complicità degli apparati (1): una sorta di ordinamento giuridico « reale » o di fatto,

(1) Le ricerche fatte nel corso di questo nostro lavoro ci hanno messo dinanzi a molti episodi sconcertanti che mostrano — con allarmante chiarezza — la compromissione degli apparati dello Stato con un tipo di gestione del potere o di amministrazione della repressione che non esitiamo a chiamare, come molti contemporanei fecero, decisamente illegale. L'ampiezza del fenomeno ci ha convinto a dedicare a questo aspetto del problema uno studio autonomo, ora in preparazione.

In questa sede possiamo rinviare ad alcuni studi, recenti e d'epoca, che hanno messo in luce episodi e metodi, « stile » repressivo ed abusi polizieschi, complicità giudiziarie e « delitti di Stato », che gettano una luce sinistra sulle prassi quotidiane con le quali il potere costituito dell'Italia umbertina garantiva la sua sopravvivenza. Pensiamo agli studi di D. Tarantini, A. Coletti, A. De Jaco, A. D'Orsi, G. Neppi Modona, che verremo citando nel corso della trattazione, o alle osservazioni di saggisti e memorialisti dell'epoca come P. Ellero, L. Zini, F. Giorio, F. S. Merlino, « Marius », D. Cappa, A. Bondi, E. Saracini, che pure torneranno nei riferimenti che faremo più avanti.

si viene sostituendo a quello « legale », posto nei codici e nei principi fondamentali.

3. *Le incertezze dei giuristi.*

A queste contraddizioni il sistema politico tenta di rispondere serrando i ranghi e chiamando a raccolta tutte le forze che lo sostengono.

L'espansione capitalistica viene accompagnata dalla mediazione tra i vecchi centri di potere e le nuove classi imprenditrici. Lo sviluppo del nord si lega in una fitta rete di complicità e connivenze con l'arretratezza del meridione, e lo Stato si fa tramite e garanzia di questa operazione. « Attorno ad esso — si è detto ⁽²⁾ — si delinea così la formazione di un blocco di potere di tipo prussiano che, se da un lato tende a promuovere lo sviluppo industriale e capitalistico, dall'altro si preoccupa di salvaguardare e sinanco di accentuare, come condizione di questo sviluppo stesso, il sistema di gerarchie preesistente ».

Le contraddizioni non vengono sanate, ma il loro spostamento ad un livello più avanzato (e, per molti versi, il rinvio nel tempo della resa dei conti) accorda respiro al sistema e gli permette di svilupparsi.

La soluzione che viene dai giuristi è, invece, meno organica e difficilmente raffigurabile in una sintesi. Accanto al tentativo lombrosiano di occultare in un discorso « scientifico » una scelta di campo conservatrice, troviamo i conservatori classici che esprimono, in più di un caso, giudizi severi sulle degenerazioni del sistema; accanto alle mediazioni puramente tecniche della non ben definita « terza scuola », nasce e prende forma una componente destinata a svilupparsi nell'opera di un Rocco o di un Manzini, tutta impegnata a tessere trame giuridiche che vengono utilizzate come supporto e copertura delle ideologie della repressione e dell'ordine. Tra queste tendenze, la voce moderatamente polemica di qualche « socialista » giuridico pone problemi diversi, avanzando caute proposte di ri-

⁽²⁾ G. PROCACCI, *Appunti in tema di crisi dello Stato liberale e di origini del fascismo*, in *Studi Storici*, VI (1965), p. 225.

forma e — soprattutto — facendo resistenza alle spinte involutive che investono il codice Zanardelli e che provengono, soprattutto, dalla magistratura.

L'individuazione in sintesi della risposta dei giuristi è complicata da ulteriori elementi di fatto. Le « tendenze » dottrinali che abbiamo nominato non sono ben delimitate: anzi, esse si sovrappongono l'una all'altra e si intersecano in più punti. Inoltre, la loro attività si svolge all'interno di una periodizzazione che le diversifica nel tempo o, almeno, muta i termini del loro rapporto reciproco. Abbiamo infatti un periodo pre-codice ed uno post-codice, discriminati dalla data del 1889. Abbiamo, rispetto al codice, una fase di preparazione più lontana ed una ravvicinata, nelle quali le stesse tendenze dottrinali sono spinte a presentarsi con caratteri diversi; abbiamo poi, scendendo più in dettaglio, un periodo condizionato dalla legislazione speciale (dal 1894 al 1900), uno influenzato dall'uccisione del re Umberto, un altro caratterizzato dal nuovo stile giolittiano.

Tutte diversificazioni ed articolazioni che ci vietano di avanzare giudizi sintetici e ci impongono, al contrario, un metodo di ricerca e di analisi strutturato cronologicamente e per tendenze.

Un metodo che ha indubbiamente dei limiti ma che non ci sembra evitabile. Del resto, il taglio ricostruttivo che tenteremo di dare a questa ricerca, mettendo in primo piano lo scontro tra le ideologie giuridiche presenti in campo, potrà — crediamo — far accettare anche l'alto prezzo, in termini di schematismo, che ci toccherà pagare.

II.

1. Reati politici e « sicurezza dello Stato »: incertezze obiettive e deliberate ambiguità. — 2. Enrico Pessina tra ideologia liberale e Stato autoritario. — 3. Valore ideale e debolezza politica del « rifiuto » di Francesco Carrara. — 4. La crisi delle mediazioni dottrinali dopo il 1889. La politica del diritto e i diritti della politica. — 5. Giuristi, legislatori e giudici in un calcolato gioco delle parti. — 6. I penalisti « socialisti » tra dissenso e connivenza. — 7. La tendenza lombrosiana: dall'elusione della politica all'approdo conservatore.

Le linee fino ad ora tracciate non hanno, si intende, alcuna pretesa di completezza.

Esse sottolineano deliberatamente alcune direttrici di marcia ed impoveriscono l'ovvia problematicità di molte questioni, per mettere in luce soltanto alcuni aspetti di esse, al fine di meglio isolare e ridurre in uno schema immediato, il rapporto — in realtà più complicato — tra la struttura, del mondo politico-economico, e l'opera dei giuristi,

È tempo dunque, mentre rinviamo il lettore ad una serie di importanti studi che hanno mostrato — con particolare riferimento alla magistratura ⁽³⁾ — il livello di reciproca saldatura raggiunto dai « sistemi » politico e giuridico nell'Italia liberale, di scendere direttamente alla trattazione dello specifico del nostro tema.

Opereremo anche qui una selezione tematica, mettendo in rilievo particolare certi aspetti definatori o contenutistici dei contributi dottrinali.

Guarderemo quindi ai momenti della individuazione del reato politico, dell'area concettuale che esso abbraccia, dell'uso che della definizione viene fatto per portarla a coprire zone di comportamento diverse.

Marcheremo il rapporto che la dottrina (e non solo, essa) ebbe con i due grandi problemi politici rappresentati dalle organizzazioni partitiche e sindacali del mondo del lavoro e dalla presenza attiva del movimento anarchico.

⁽³⁾ Ricordiamo gli studi di M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Milano, 1966; G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, spc., p. 123 ss. e pp. 167-260; P. MAROVELLI, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana dal 1848 al 1923*, Milano, 1967; G. NEPPI MODONA, *Sciopero potere politico e magistratura (1870-1922)*, Bari, 1969; F. GOVERNATORI, *Stato e cittadino in tribunale. Valutazioni politiche nelle sentenze*, Bari, 1970, spc. pp. 17-44; G. NEPPI MODONA, *Libertà di stampa, potere politico e magistratura: passato e presente*, in *Studi Storici*, XI (1970), pp. 551-571; C.U. SCHMINCK, *Stato di diritto e movimento operaio. Per la storia del diritto penale politico in Italia*, in *Studi Storici*, XI (1970), pp. 445-487; la rassegna di P. UNGARI, *Studi sulla storia della magistratura, 1848-1968*, in *Storia Contemporanea*, I (1970), pp. 379-391; lo schema di ricerca seminariale diretta da N. TRANFAGLIA, *Magistratura e classi sociali nell'età giolittiana*, in *Politica del diritto*, III (1972), pp. 509-524 e, dello stesso N. TRANFAGLIA, *Politica e magistratura nell'Italia liberale* (rassegna), in *Studi Storici*, XI (1970), pp. 509-532, seguita da un intervento sullo stesso tema (*Per una storia politica della magistratura*), in *Quaderni piacentini*, n. 41 (1970), pp. 206-209 e da una nuova puntualizzazione (*Storia della magistratura e storia della società*), in *Politica del diritto*, III (1972), pp. 501-509.

Entreremo nel merito di un'analisi concreta del valore ideologico di certe prese di posizione dottrinali e valuteremo i riflessi che esse ebbero nello svolgersi pratico della repressione giuridica del dissenso.

Isoleremo, così facendo, alcuni momenti del sistema della difesa giuridica dello Stato, tenendoci tuttavia all'interno di una linea ricostruttiva omogenea che renda significanti, sul piano generale, anche le questioni particolari di cui ci verremo occupando.

1. *Reati politici e « sicurezza dello Stato »: incertezze obiettive e deliberate ambiguità.*

Il primo punto da chiarire e che fu affrontato in modo preliminare dalla dottrina è quello della definizione stessa del reato politico.

Bisogna tenere presente, a questo proposito, l'esistenza di una sorta di ancestrale tabù dello Stato liberale nato dalle rovine dell'*ancien régime* e contro la logica di potere che vi si esprimeva, nei confronti di certi principi e metodi del vecchio sistema.

Il giurista dell'Italia liberale sente il bisogno di evitare, nell'ambito del diritto penale politico, la franca e scoperta ammissione della incontestabilità del potere propria dell'assolutismo; egli cerca i modi e le tecniche che garantiscano la difesa del sistema, senza che si debba contemporaneamente dichiararne l'intangibilità.

Si sperimentano *escamotages* nominalistici o pratiche di occultamento delle fattispecie di reato politico nelle pieghe dei nuovi codici garantisti; si evitano le formule troppo rigide, le pene troppo dure; si cerca di assicurare processi non parziali e si fa bene attenzione che — comunque — ogni meccanismo repressivo sia saldamente ancorato al consenso delle classi che contano, e quindi ben coperto sul terreno ideologico (4).

Oltre che a presentarsi come indizio di questo genere di « cat-

(4) È assai indicativa di questi timori la cura puntigliosa che mettono i giuristi, anche in sedi tecniche che non postulerebbero necessariamente il ricorso alle « premesse storielle », nel mostrare la terribilità dei vecchi sistemi, l'efferatezza di quelle pene, la assoluta arbitrarietà dei meccanismi repressivi, la scandalosa assenza di garanzie processuali ed il numero enorme di comportamenti puniti come reati politici.

Tutta l'operazione ha uno scopo che oscilla tra il *soulagement* ed il trionfalismo:

tiva coscienza», la questione della *definizione* del reato politico assume altri e più indicativi significati.

In primo luogo essa è il momento di manifestazione della

serve a mostrare il livello di libertà raggiunto con lo Stato liberale, a dare la prova della sua tolleranza e della sua forza, a far vedere che esso non teme i suoi nemici.

In realtà, però, si fonda su due errori di giudizio perfettamente coordinati: da un lato esagera la terribilità e la ferocia del vecchio sistema calcando la mano in descrizioni suggestive o in esempi al limite del leggendario; dall'altro tace del fatto che se i « titoli di crimenlese » sono scomparsi (come *nomina*) dai codici, tuttavia restano previsti e puniti, magari dissimulati in parti « apolitiche » di essi, *pressoché tutti* i comportamenti di dissenso o di « danneggiamento » politico che costituivano il contenuto di quei titoli nel sistema di diritto comune.

Ma al formalismo liberale (o, se si vuole, al perbenismo borghese) basta aver mutato la distribuzione delle fattispecie ed aver « abbandonato il titolo di maestà, che rammenta tanti abusi e tante ferocie », come incautamente ammetterà il Mecacci.

Si pensi, a riprova di quanto detto, ad I. FANTI, *Dell'attentato politico contro il sovrano, i poteri, la costituzione e l'integrità dello Stato*, in *Rivista penale*, XI (1879), p. 128: « Nel buio del Medio Evo non solo, ma anche nello scorso secolo era per questo reato [la lesa maestà] che si profondevano i supplizi più raffinati, le più prelibate inumanità. Oggi le leggi si accontentano di infliggere la più elevata delle loro sanzioni penali a colui che attentò alla vita più nobile della nazione, anzi alla nazione stessa nella vita del suo capo »; F. MECACCI, *Dei reati politici*, Roma, 1879, p. 43 ss.: « La istoria del diritto penale in riguardo ai reati di lesa maestà è veramente una storia lugubre ed atroce » (p. 43), mentre « il Codice penale toscano del 1853... come tutti i Codici moderni, abbandonò il titolo di maestà, che rammenta tanti abusi, tante ferocie, tanti pervertimenti dei principi supremi della scienza penale » (p. 57); E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, III, Napoli, 1885, p. 23; P. BARSANTI, *Del reato politico. Studio*, Macerata, 1887; G. BLANDINI, *Il reato di Stato nel diritto storico italiano*, Catania, 1892: « Contro il vero o preteso reo di Stato rincrudeliva, trasmodava in barbari e studiati eccessi una legge penale... espressione della forza anziché della giustizia » (p. 15), mentre nell'oggi « in tutta la vasta e fosca famiglia dei reati non ve n'ha forse nessuno, che trovi così disposta all'equità, alla grazia, alla simpatia la coscienza giuridica moderna, come i reati di Stato... Ciò però non si era mai veduto presso i popoli di alcun secolo, e in nessuna delle legislazioni sepolte » (p. 9); così, con poche variazioni nell'esecrazione del passato e nel trionfalismo per il presente, anche D. DE PILLA, *Dei reati contro la sicurezza dello Stato*, I. *Storia*, Firenze, 1888, p. 84; P. NOCITO, *I reati di Stato con speciale riguardo all'alto tradimento, esaminati nella legislazione, nella giurisprudenza e nella storia*, Torino, 1893, p. 65; ID., *Corso di diritto penale. Reati contro il diritto politico*, Roma, 1901, pp. 7-8; F. CARFORA, *Delitto politico*, in *Digesto italiano*, IX, 1, p. 834; E. FLORIAN, *Delitti contro la sicurezza dello Stato* (vol. II, parte I del *Trattato di diritto penale* a cura di A. ZERBOGLIO ed altri), Milano, 1902, p. 16; G. NAPODANO, *I delitti contro la sicurezza dello Stato*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano* a cura di E. PESSINA, VI, Milano, 1909, p. 30 ss.

ideologia repressiva in campo politico di un intero *milieu* dottrinale: il che vuol dire che essa mostra o può mostrare chiaramente, quanta parte abbia il diritto penale nella difesa degli assetti politici esistenti e quale uso si intenda farne nelle varie fasi di sviluppo della vita politica del Paese.

In secondo luogo essa si lega a questioni di notevole rilevanza tecnica, e non solo tecnica.

Il fatto che un certo comportamento antiggiuridico possa essere classificato o meno nell'ambito della reità politica, ha riflessi notevoli almeno sotto tre profili che la dottrina e la giurisprudenza tengono accuratamente presenti e che vedremo spesso riaffiorare nello svolgimento della nostra ricerca.

Il primo è rappresentato dal livello processuale al quale venivano assegnati i « delitti contro la sicurezza dello Stato ». L'art. 9 del codice del 1859 (come farà poi anche il codice dell'89, sempre all'art. 9), stabiliva appartenere « alla Corte d'assise, con l'intervento dei giurati, la cognizione: I) dei delitti contro la sicurezza dello Stato, e di istigazione o provocazione a commetterli... ».

La presenza dei giurati poneva, e lo si era constatato in molti casi, un problema particolare in ordine alla politica repressiva, perché una certa aura di simpatia per i rei politici ⁽⁵⁾ portava le giurie a frequenti e clamorose assoluzioni.

Alla « simpatia » per i rei politici va poi aggiunto il fatto che spesso i giurati assolvevano semplicemente perché il processo poli-

(5) Scriverà E. FLORIAN, *Delitti*, cit., ma ediz. 1915, pp. 72-73 che il « delitto politico, come originariamente concepito, quello, cioè, che viola principi mutabili... per questo e per l'impulso cui l'autore obbedisce, è meritevole di una certa simpatia... Finché il delitto politico sarà escluso dall'estradiizione, e sarà devoluto al giuri e confortato dall'aura popolare, converrà assolutamente opporsi ad estenderne il concetto...

Noi crediamo che alle correnti di simpatia convenga porre un freno e che sieno da rettificare, su questo punto, le opinioni comunemente accolte ».

Nello stesso ordine di idee si pongono anche altri autori: ma basterà ricordare A. CAPOCELLI, *Alto tradimento* in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, I, 2, p. 1904, e le osservazioni presenti in G. FLORENZANO, *I giurati e la pena di morte. Cronache e commenti*, Napoli, 1869; C. RICCARDINI, *Le assoluzioni della giuria*, Ancona, 1873; P. ELLERO, *Il giuri in Italia*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Bologna, 1874, pp. 245-75; C. CARUSO, *Il giuri in Italia*, in *Archivio Giuridico*, XII (1874), pp. 343-70; O. MANGANO, *La giuria e la pena di morte*, Catania, 1874; LUCIUS, *La giuria nei processi politici*, in *Foro delle Puglie* (1900).

tico appariva chiaramente come il risultato di operazioni di intimidazione o di vere e proprie montature poliziesche, attuate per fini preventivi nei confronti di movimenti nascenti (specie in tema di « scioperi sediziosi »⁽⁶⁾) dei quali si voleva così impedire o ritardare la crescita.

Il secondo profilo è quello della estradizione, negata per tradizione degli Stati liberali quando il reato commesso dallo straniero rifugiato nel territorio dello Stato fosse di natura politica⁽⁷⁾.

Il terzo, quello della applicazione dei benefici previsti in numerosi provvedimenti di amnistia⁽⁸⁾, spesso rivolti — appunto — ai soli reati contro la sicurezza dello Stato o, più genericamente, politici.

Si tratta di tre questioni importanti, imposte dalla tradizione politica delle « Nazioni civili » (Pessina), ma tali da inserire qualche contraddizione nella logica repressiva degli apparati di potere.

Il problema che nasce è allora quello di escludere dal novero dei reati politici certi comportamenti particolarmente pericolosi (esemplare il caso delle associazioni anarchiche, definite senza troppi ripensamenti come « associazioni di malfattori »), perché non vengano a godere delle garanzie e dei privilegi connessi con il sistema

⁽⁶⁾ Sarà sufficiente rinviare a G. NEPPI MODONA, *Sciopero*, cit., *passim*.

⁽⁷⁾ Tale era la previsione dell'art. II del Codice penale del 1859 e dell'art. 9 di quello toscano. L'art. 9, comma secondo, del Codice penale dell'89 disporrà a sua volta che « L'extradizione dello straniero non è ammessa per i delitti politici, né per i reati che a questi siano connessi ».

⁽⁸⁾ La frequenza delle amnistie era veramente alta. Possiamo dire che provvedimenti del genere cadessero mediamente ogni due anni. Tra i tanti ricordiamo quelli adottati con R.D. 9 ottobre 1860 (per i fatti garibaldini in Sicilia), 5 ottobre 1862 (per rivolte nell'Italia meridionale), 31 gennaio 1876 (per i moti di Palermo), e poi — venendo a tempi più vicini a noi — il R.D. 19 gennaio 1878, che dette adito ad una fitta letteratura sulla nozione di reato politico, quello dell'8 giugno 1887, e poi ancora 30 novembre 1890, 23 agosto 1891 (cfr. *La requisitoria del P.M. rappresentato dal sostituto Procuratore del Re avv. Enrico Mazzola nella causa penale contro Giovanni Bergamasco ed altri*, Napoli, 1892), 22 aprile 1893, nn. 190, 192 e 193, 14 marzo 1895, 20 settembre 1895, ecc.

Per i provvedimenti che vanno dal R.D. 31 dicembre 1899, n. 467, fino al R.D. 31 ottobre 1923, n. 2278, cfr. E. CAPALAZZA, *Appunti per una sistemazione scientifica del concetto di « politicità » del reato*, ora in *Scritti giuridico penali (1932-1962)*, Padova, 1962, pp. 179-180.

normativo ora descritto; ferma restando, però, l'esigenza di tenere abbastanza larghe le maglie del reato politico, per non ridurre troppo l'area di azione di quello che era pur sempre lo strumento specifico per la difesa delle istituzioni.

È su questa duplice direttrice che la dottrina si muoverà fino all'avvento del codice Zanardelli, ed anche oltre.

Viene in soccorso di un simile ordine di esigenze la distinzione che può certamente farsi tra i reati politici, intesi quasi come *genus*, e la specificazione di essi rappresentata dalla dizione « delitti contro la sicurezza dello Stato »: molti giuristi, specie a partire dal momento di vigenza del nuovo codice, metteranno molta cura nell'articolare e rendere fertile quella distinzione.

Con essa si realizza infatti il doppio obiettivo della rigidità e della elasticità della nozione di reato politico. In particolare, ai fini dei giudizi in assise, delle amnistie, della stessa estradizione, si può fare sicuro riferimento al titolo I del libro secondo del codice ⁽⁹⁾, salva sempre la possibilità di negare — se ciò serve — la politicità di certi comportamenti in esso sanzionati ⁽¹⁰⁾ poi, in altri frangenti, si potrà invocare la « politicità » di altre ed ulteriori condotte, per rendere « politici » reati diversi.

Il discorso tuttavia non si arresta a questo genere di distinzione. Anzi, proprio la cura che viene posta nel distinguere i reati diretti contro la sicurezza dello Stato da quelli più genericamente « politici », richiede poi che di entrambe le specie si dia un'accurata definizione. E se per i primi basterà riferirsi, prima e dopo del 1889,

⁽⁹⁾ Il titolo I del libro secondo del Codice Zanardelli si articola in quattro capi, per complessivi 34 articoli, nei quali si puniscono i *delitti contro la patria* (artt. 104-116), i *delitti contro i poteri dello Stato* (artt. 117-127), i *delitti contro gli Stati esteri e i loro capi e rappresentanti* (artt. 128-130) e si fissano *disposizioni comuni* negli articoli da 131 a 138.

⁽¹⁰⁾ Si veda, più avanti, la nota 92. Nello stesso ordine di idee, ad un certo tipo di reati si può riconoscere « indole politica » nell'atto stesso in cui li si esclude da un'amnistia per reati politici.

Così la Cassazione di Roma, con sentenza dell'8 luglio 1895, poté dire — a proposito di reati contro l'ordine pubblico — non potersi applicare ad essi l'amnistia del 14 marzo 1895, perché « appunto per *l'indole politica comune ai reati contro la sicurezza dello Stato e l'ordine pubblico*, l'essersi ammessi nell'amnistia i soli reati contro la sicurezza dello Stato, vuol dire che non si volle aver riguardo a quelli contro l'ordine pubblico » (cfr. F. CARFORA, *Delitto politico*, in *Digesto italiano*, IX, I, p. 839).

alla previsione del codice penale, sulla individuazione dei secondi la discussione è apertissima.

Aveva iniziato il Del Lungo, nel 1870, con il chiamare « di mera creazione politica » quel genere di infrazioni che Giovanni Carmignani aveva definito *delitti di polizia* e che egli ridefinisce come « infrazioni di un divieto o di un precetto, con cui la legge politica esige l'osservanza di un dovere dai cittadini, nell'intento di un maggiore benessere pubblico » (11). Occorre dire, però, che l'uso del termine *politico* risente, in questo contesto, di impostazioni assai risalenti (12) e non è riconducibile interamente nell'alveo del nostro problema.

È questo un periodo nel quale la scienza penalistica italiana non ha ancora elaborato in termini precisi ed autonomi una dottrina del reato politico.

I suoi modelli sono modelli francesi (dal Guizot de *La peine de mort en matière politique*, al Lucas (13), allo Chauveau (14), all'Ortolan (15)), o tedeschi (Feuerbach (16), von Schirach (17), Knit-

(11) R. DEL LUNGO, *Dei reati di mera creazione politica ossia esposizione della dottrina e della giurisprudenza relativa alle trasgressioni contemplate dalle leggi penali speciali del Regno d'Italia*, Firenze, 1870, p. 24.

(12) Lo stesso Del Lungo, che tiene a presentarsi come « Procuratore del Re », dichiara apertamente di riferirsi a concezioni quali quelle della *polizia di benessere* e della *polizia di sicurezza* che ebbero il loro primo corso nelle dottrine sullo Stato durante l'*ancien regime*. Basta sentire, del resto, come introduce il suo pensiero nelle « nozioni preliminari » del suo studio: « Il fine della Società civile — afferma — tutto si sostanzia nel procacciare ed assicurare mediante l'ordine pubblico ai singoli conviventi la sicurezza e la prosperità, che per l'impotenza individuale non riuscirebbero a conseguire... Il potere sociale si giova, a tal'uopo, di due poderosi strumenti; il *magistero penale*; e il *magistero di polizia* » (R. DEL LUNGO, *Dei reati di mera creazione politica*, cit., p. 11).

(13) C. LUCAS, *Du système pénal et du système répressif en général, de la peine de mort en particulier*, Paris, 1827.

(14) A. CHAUVEAU, F. HÉLIE, *Théorie du code pénal*, Paris⁶, 1887. La prima edizione fu pubblicata nel 1845-1851. Questa sesta edizione, della quale ci siamo serviti, fu riveduta da P. VILLEY). In Italia circolò, dal 1863, una traduzione in due volumi condotta sulla quarta edizione da G. GOLIA (*Teorica del Codice penale col commento dei commenti o trattato dei trattati*, Napoli, 1803); una traduzione in tre volumi, condotta da L. TARANTINI sull'edizione aggiornata da J. S. G. NIPLES, era stata pubblicata, sempre a Napoli, tra il 1853 ed il 1856.

(15) J. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, Paris⁴, 1875. La prima edizione fu pubblicata nel 1856. Questa quarta edizione, della quale ci siamo serviti, fu riveduta da

schky⁽¹⁸⁾), o certe impostazioni di J. G. Bluntschli⁽¹⁹⁾ e la loro influenza condiziona nel senso dell'astrattezza e dell'accademicità i rari interventi dei giuristi.

In una direzione analoga ebbe certamente un notevole peso la presa di posizione di Francesco Carrara⁽²⁰⁾, della quale ci dovremo occupare più direttamente tra breve e che rappresentò, almeno per un decennio, tra il settanta e l'ottanta, una ipoteca assai forte, per il prestigio e l'ascendente del Maestro, capace di influire in modo pressoché paralizzante sull'atteggiamento della dottrina.

Ciò non toglie, tuttavia, che alle soglie degli anni ottanta, e fino alla fioritura di interventi che immediatamente precedette e seguì la pubblicazione del nuovo codice penale, un inizio di dibattito sia venuto a determinarsi anche da noi ed in termini più aderenti alla realtà.

Il primo dei contributi degni di attenzione venne nel 1879 da Ferdinando Mecacci.

Elusa la posizione di Carrara cercando di restringerne la portata⁽²¹⁾, egli organizza un sistema « razionalizzato » di reati politici, ipotizzandone due categorie ed identificandone il fondamento e

G. BONNIER). Un anno dopo la loro pubblicazione gli *Eléments* dell'Ortolan furono tradotti da G. GIULIANO con il titolo *Elementi di diritto penale. Penalità, Giurisdizioni, Procedura, secondo la scienza razionale, la legislazione positiva e la giurisprudenza, con i ragguagli delle nostre statistiche criminali*, Napoli, 1857.

⁽¹⁶⁾ P.J.A. FEUERBACH, *Philosophisch-juridische Untersuchung über das Verbrechen des Hochverraths*, Erfurt, 1798. Di questo fondamentale scritto del penalista tedesco dette una traduzione non integrale D. DE PILLA, *Dei reati contro la sicurezza interna dello Stato*, cit., pp. 314-333.

⁽¹⁷⁾ C. VON SCHIRACH, *Ueber politische Verbrechen*, in *Archiv des Criminalrechts*, n.f., Halle, 1851.

⁽¹⁸⁾ W. E. KNITSCHKY, *Das Verbrechen des Hochverraths*, Jena, 1874.

⁽¹⁹⁾ Ci riferiamo soprattutto alla sua *Allgemeine Staatslehre* (messa in discussione, ad esempio, da F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, VII, § 3934), pubblicata nel 1863 e nota in Italia anche grazie alla traduzione di G. TRONO, uscita a Napoli nel 1873 con il titolo *Diritto pubblico universale*.

⁽²⁰⁾ Del *Programma del corso di diritto criminale*, pubblicato tra il 1863 ed il 1870 (ma iniziato già nel 1859) abbiamo utilizzato la seconda edizione, uscita a Lucca nel 1871.

La « classe ottava ed ultima », dedicata ai delitti politici ed intitolata « Perché non espongo questa classe » venne chiusa dal Carrara il 12 luglio del 1870.

⁽²¹⁾ F. MECACCI, *Dei reati politici*, cit., p. 14.

l'oggetto « nel diritto dei consociati, e non mai nella personificazione ideale dello Stato » (22).

L'elenco che ne esce è così ampio ed articolato (23) da costituire un vero e proprio rovesciamento della posizione di liberalismo « scettico » espressa da Carrara. Anzi, Mecacci si spinge fino ad una oggettiva demistificazione delle affermazioni trionfistiche di certa dottrina, svelando il significato reale ed il valore pratico dell'opera di « depoliticizzazione » dei vecchi reati di maestà, sapientemente defilati nei più svariati titoli del codice.

D'altra parte non possiamo omettere di avvertire — dice candidamente Mecacci — che in senso lato, oltre queste [*relative al titolo dei reati contro la sicurezza interna ed esterna dello Stato* ndr] ben altre categorie di reati, che si trovano sparsi in tutta la legislazione, possono venir annoverate sotto il titolo dei reati politici... Sia per il movente loro, sia per lo scopo dannoso allo Stato, che l'agente si propone coi medesimi, generalmente non possono dirsi altro che reati politici (24).

È così che, accanto ad una serie fitta e minuziosa di reati che riproducono in sostanza l'antico complesso di fattispecie « primo et secundo capite » del sistema di diritto comune (25), compaiono come

(22) F. MECACCI, *Dai reati politici*, cit., p. 7.

(23) Considerato che il reato politico può estrinsecarsi « sia coll'attacco alla società nell'autorità che la rappresenta, sia alla società nei membri che la compongono » (pp. 60-61), Mecacci divide i reati politici in *propri o diretti* ed *impropri o indiretti*. Della prima categoria fanno parte i reati contro la sicurezza interna ed esterna dello Stato, della seconda tutti quelli che hanno comunque una qualche qualità o ripercussione politica.

(24) F. MECACCI, *Dei reati politici*, cit., p. 64.

(25) Il modo con cui Mecacci struttura il suo « sistema » non si discosta troppo da quello con cui Matteo degli Afflitti, nel Quattrocento, stabiliva una dottrina che avrebbe poi fatto testo per lungo tempo. « Dic quod duo sunt capita legis in laesae maiestatis crimen. Primum est quando committitur crimen legis Juliae maiestatis contra rempublicam vel contra principem, vel quando conspiratur de nece senatoris, vel collateralis vel consiliarii regis... Secundum caput est quando committitur tale crimen non contra rempublicam nec contra principem vel eius collateralis, sed alio modo » (MATTEO DEGLI AFFLITTI, *Commentaria in tertium librum feudorum*, Lugduni, 1584, *Quae sint regalia, § et bona committentium crimen laesae maiestatis*, n. 53).

La dottrina di Matteo, peraltro ricostruibile anche nell'opera di qualche suo predecessore, si impose come *communis*. A quanto pare, il suo valore di schema organizzativo continuò a pesare — magari all'insaputa di coloro stessi che la riprodussero — ben oltre i limiti temporali dell'esperienza del diritto comune.

«politici» alcuni reati tipici della nuova realtà ormai da tempo affermata; e soprattutto prende forma la consapevolezza del fatto che il sistema politico si deve difendere su tutti i fronti, avendo riguardo alla conservazione dei fondamenti della struttura sociale nello stesso modo in cui ci si preoccupa di proteggere, per esempio, la persona del re.

A tutto rigore di logica, quando non fosse dubbio che il movente e lo scopo fu politico, nel novero dei reati politici potrebbero porsi anche *tutte le offese contro l'inviolabilità del diritto di proprietà...*, ogni provocazione *all'odio tra le varie condizioni sociali* e l'ordinamento della famiglia...

E siccome consistono nell'eccitamento o nella provocazione al reato... come fatto tendente a rompere i vincoli più sacri che tengono stretta l'umanità, a *sovertire tutti gli ordini sociali*, sui quali basa la sovranità, la potestà civile istessa, i medesimi costituiscono, diremmo, il massimo reato politico, il reato veramente di lesa umanità ⁽²⁶⁾.

È un discorso chiaro (diremmo quasi fin troppo ruvido e scoperto) e si chiarisce ancora meglio nell'affermazione con la quale lo stesso Mecacci specifica che sono politici sopra ogni altro «i reati i quali, per ragione dello scopo che si propongono, non abbiano altra causa che il cambiamento della forma di governo o l'indirizzo politico di esso» ⁽²⁷⁾.

È un discorso, inoltre, che non manca di motivazioni contingenti, ed è bene inserito in una nascente ideologia di difesa più realistica, e quindi più duttile ed articolabile, degli ordinamenti sociali.

Si sente in esso, pur nel silenzio del giurista sulla cronaca politica (perché bisogna sempre stare alla regola che vuole il discorso astratto e generale, senza «inquinamenti» che vengano dai fatti o dalla vita reale del Paese), la preoccupazione di comprendere nell'area del reato politico anche fenomeni di dissenso sociale non altrimenti coperti. Non deve essere casuale, crediamo, il fatto che

⁽²⁶⁾ F. MECACCI, *Dei reati politici*, cit., p. 66.

⁽²⁷⁾ F. MECACCI, *Dei reati politici*, cit., p. 64. Coerentemente con questa affermazione, si giudica poco più avanti (p. 65) reato politico quello commesso, per mezzo della stampa, da chi «avrà fatto pubblica adesione a qualunque altra forma di governo, o manifestato voto o minaccia della distruzione dell'ordine monarchico istituzionale».

proprio negli anni in cui Mecacci scrive sono iniziate le grandi operazioni di repressione del movimento internazionalista anarchico (del 1878 sono l'attentato di Passanante ad Umberto ed il famoso « caso Batacchi »⁽²⁸⁾), e che l'Italia conosce ormai da tempo sussulti sociali e scontri di classe numerosi e « pericolosi », inaugurati praticamente, alle soglie degli anni settanta, dai moti del macinato, colpiti da una repressione che causò più di 250 morti, più di mille feriti e migliaia di arresti.

Si avverte allora, in quel discorso, l'emersione del principio relativamente nuovo della *difesa del sistema*, più adatto, rispetto a quello rigoroso, ma riduttivo, della difesa dello Stato, a fronteggiare le nuove situazioni di pericolo.

Allo stesso tempo, però, siamo in presenza di una impostazione apertamente illiberale, ed in questo senso dicevamo qui sopra di ricevere dal Mecacci un'impressione di rozzezza e di candore insieme.

Non c'è ritengo a negare la criticabilità della forma di governo, a colpire le opinioni, l'opposizione politica in quanto tale, o a considerare reato politico anche un furto: « tutte le offese contro l'invulnerabilità del diritto di proprietà » lo sono — egli dice — « quando non fosse dubbio che il movente e lo scopo fu politico ». Come a dire che se il ladro è anche un anarchico, la qualità della persona indurrà la motivazione politica del suo gesto, e quel furto verrà colpito alla stregua di un atto di sovversione.

C'è però da dire che siamo solo ai primi tentativi dottrinali di sistemare questa materia e che la necessità di rispondere, magari

⁽²⁸⁾ Su Cesare Batacchi, accusato dagli organi di polizia di aver provocato con una bomba la strage avvenuta a Firenze il 18 novembre 1878, si possono vedere A. DE JACO, *Gli anarchici. Cronaca inedita dell'Unità d'Italia*, Roma, 1971, pp. 547-559, e A. COLETTI, *Anarchici e questori*, Padova, 1971, pp. 20-50.

Dopo la condanna all'ergastolo venne in chiaro la macchinazione poliziesca che aveva condotto all'incriminazione ed alla condanna di Batacchi, e forti furono i sospetti che le stesse autorità di polizia avessero voluto, organizzato ed eseguito il grave attentato dinamitaro. Cesare Batacchi uscì di prigione il 16 marzo del 1900, graziato dal re in seguito a fortissime sollecitazioni provenienti dall'opinione pubblica, ormai persuasa della sua innocenza (nel febbraio dello stesso anno Batacchi era stato eletto deputato nel collegio di Pietrasanta ed era entrato in ballottaggio in quello di Torino. La sua elezione venne tuttavia annullata).

ribaltandola, alla tesi « iperliberale » di Carrara può aver facilitato l'eccesso opposto di un « ipoliberalismo » tanto franco da non poter essere mascherato.

Si tratta anche, crediamo, di una questione di cultura giuridica, o, se si vuole, di maturazione culturale.

L'aderenza di un giurista alle necessità ideologiche del sistema in cui agisce dipende anche dal grado della sua assimilazione rispetto a determinate motivazioni di fondo. Ad alcuni operatori sfuggono, ad esempio, i valori autentici del sistema in cui si muovono, e può capitare che si orientino verso soluzioni (come quella di allargare più che si può l'area del reato politico) che si rivelano poi velleitarie o controproducenti. Mentre l'uso intelligente (ed organico alle necessità strategiche del potere) di alcuni strumenti dogmatici — come sarà quello di Pessina — o lo sfruttamento di momenti particolari dell'articolazione dello Stato (magistratura, polizia, burocrazia), si prestano spesso assai meglio al raggiungimento del fine.

Si muove già in questo senso l'intervento di un giurista pratico, attento agli umori della magistratura e sensibile alle esigenze concrete del potere, come Pasquale Grippo.

Anch'egli interviene in una questione — quella dei reati di guerra civile, strage, devastazione e saccheggio — che era balzata al centro dell'attenzione per una serie di episodi preoccupanti (rivolte del macinato, le prime azioni degli internazionalisti, rivolte nell'Italia meridionale, i primi scontri nelle aree industriali ⁽²⁹⁾, ecc.) e per i problemi tecnici che essa poneva soprattutto in ordine all'applicazione delle amnistie.

Il Grippo fa una distinzione ragionevole ed utile al tempo stesso, tra rivolte sociali — ridotte a delinquenza comune e non amnistiabili in forza di provvedimenti destinati ai « reati politici » — e rivolte che abbiano per scopo il rovesciamento delle istituzioni:

⁽²⁹⁾ Basterà ricordare il tentativo di insurrezione operato da internazionalisti e repubblicani nel 1874, i moti di Palermo del '76, quelli tentati nel Matese da Cafiero e Malatesta nel '77, e poi le lotte operaie che si presentano alle soglie degli anni ottanta (gli scioperi dei tipografi del '75 e dell'80, quello dei lanieri nel '77, ecc.), e quelle contadine, o delle zone contadine, episodi minori di « devastazione e saccheggio » che punteggiavano a miriadi la storia di quegli anni. Inoltre era pur sempre vivo il ricordo del fenomeno del brigantaggio, al quale il progetto Vigliani mostrava di pensare apertamente.

o la guerra civile, la strage, il saccheggio fu mezzo all'attacco contro la esistenza dello Stato, e il reato dovrà dirsi politico. O invece l'ordinamento politico non venne in questione, e il braccio de' combattenti fu armato da fini e interessi particolari, e orde di masnadieri invasero città e campagne per vivere di bottino, e allora l'attacco alla pace pubblica sarà un reato contro l'ordine sociale, e noi saremo di fronte a reati puramente comuni.

Poi specifica, fa leva su una situazione di allarme oggettivo ed ipotizza il salto di qualità (dovuto esclusivamente alla consapevolezza politica degli eventuali rivoltosi), in forza del quale un fatto di *vis publica* può diventare un reato contro la sicurezza interna dello Stato:

Può la lotta contro gli ordinamenti sociali tendere a sconvolger le basi della società, come ne' movimenti socialisti o comunisti, la famiglia, la proprietà, etc. Ma siccome nella maggior parte di questi casi con gli ordinamenti sociali s'intende immutare gli ordinamenti politici, che si fondano su quelli, non si stenterà a riconoscere la natura politica di quegli attacchi ⁽³⁰⁾.

La preoccupazione principale di Grippo sembra dunque quella di articolare la natura del reato in modo da evitare che lo stesso comportamento subisca « la pena fulminata pei reati comuni » e « si avvolga d'altro canto in tutte le funeste eccezionalità dei reati di Stato »; la sua critica è rivolta al progetto di codice penale Vigliani (che è del 1874) e riecheggia la fondamentale esigenza di contemperare l'efficacia repressiva ed il potere difensivo del diritto penale politico con la logica ed i principi di uno Stato che si vuole libero.

Sarà l'intervento dei giudici, poi, a gestire le pieghe e gli spazi di manovra offerti da un simile meccanismo, e lo Stato non avrà che da affidarsi al loro senso dei tempi, al loro intuito ed alla loro capacità di interpretare insieme le leggi e la realtà politica.

È per questo che Grippo — mentre suggerisce la creazione di un sistema repressivo efficiente, articolabile e scientificamente accettabile — si fa scudo, sul fronte dei giuristi più conservatori e

⁽³⁰⁾ P. GRIPPO, *Dei reati di guerra civile, strage, devastazione e saccheggio. Studio storico-critico*, in *Il Filangieri*, V (1880), p. 586.

meno avveduti ⁽³¹⁾, delle parole di Carrara e Nelli, membri della sottocommissione che relazionò sul progetto Vigliani: « Una nazione forte, libera e civile, quale è l'Italia — si riconosce lo stile di Carrara — deve riposare sulle sue basi naturali e non cercare, senza evidente necessità, una artificiale o fatale difesa nei processi di Stato. Il martirio politico ha sempre preparato la caduta degli Stati » ⁽³²⁾.

2. *Enrico Pessina tra ideologia liberale e Stato autoritario.*

È indicativo il modo con cui « l'illustre professor Pessina » affronta, pochi anni dopo, la questione dei reati di Stato ⁽³³⁾.

Apparentemente egli non mostra di spostare di molto i termini nei quali si era mosso, per esempio, un Mecacci. Certo, non si limita a registrare passivamente la screditata articolazione che era stata del diritto comune, e non distingue i reati per *capita*, a seconda del loro diretto o indiretto effetto.

Opera una « tedesca » classificazione dello Stato come « persona » e come « attività » e divide « la trattazione dei reati contro lo Stato in due grandi categorie, cioè reati contro la persona dello Stato

⁽³¹⁾ Tra questi, l'autore di un progetto di codice penale che ad un certo punto (prog. Zuppetta, art. 257, nel titolo « Dei misfatti che tendono a sconvolgere lo Stato ») arrivava ad identificare pienamente la personalità dello Stato nei beni delle classi proprietarie, spingendosi poi a considerarla vulnerata dalla sola *conspirazione* intesa a « depredare o devastare » quei beni. « La conspirazione — recitava l'articolo proposto da Zuppetta — intesa a suscitare la guerra civile tra popolazione e popolazione, o tra le varie frazioni di una medesima popolazione — ovvero a fare strage di una data classe di persone — ovvero a *depredare, o devastare*, le proprietà dello Stato, o le proprietà di un dato Comune, o *le proprietà di una data classe di persone*, è punita: 1. Colla prigionia da sei a dieci anni, e coll'ammenda da sessanta a cento scudi, se mira alla guerra civile o alla strage. 2. Colla prigionia da tre a cinque anni, e coll'ammenda da trenta a cinquanta scudi, se mira alla depredazione o alla devastazione ». Cfr. P. GRIPPO, *Dei reati di guerra civile*, cit., p. 587.

⁽³²⁾ La Commissione istituita dal Ministro Mancini per rivedere il progetto Vigliani si articolò in sottocommissioni. Carrara e Nelli fecero parte di quella che si occupò, tra l'altro, del titolo I, libro II del codice progettato. Il passo della relazione ricordato nel testo è ripreso dalla citazione che ne fa P. GRIPPO, *Dei reati di guerra civile*, cit., p. 595.

⁽³³⁾ Il vol. III degli *Elementi di diritto penale*, Napoli, 1885, è interamente dedicato, per l'appunto, al Capo III (*De' reati contro il diritto di Stato*) delle *Dottrine speciali sui singoli reati*, la cui trattazione inizia nel vol. II.

e reati contro l'attività giuridica dello stesso» (34). Risultato, un elenco che — per certe voci — sembra andare anche al di là di quello già sproporzionato del Mecacci (35).

Ma non bisogna fermarsi a questo aspetto del « sistema » di Pessina. Non si deve dimenticare, per esempio, che gioca un peso considerevole, in questo tipo di contributi, la vigenza di un codice come quello sardo del 1859, che è in tutto l'erede del vecchio sistema del crimenlese; ma soprattutto non va sottovalutato il fatto che il Pessina, sostenitore di una ben precisa « teoria giuridica », tenta una sua via di controllo teorico-dogmatico del meccanismo di repressione politica in cui si risolve il sistema dei reati di Stato.

Il fine, ma anche il mezzo che egli si propone, è quello di una sorta di *Kampf um's Recht*, nel quale lo Stato da una parte e il cittadino dall'altra non rinunciano a difendere l'uno la propria integra esistenza e l'altro i propri diritti di libertà. È lo svolgersi stesso di questa dialettica che, per Enrico Pessina, realizza insieme l'esistenza dello Stato, il rafforzamento delle istituzioni ed il diritto che i consociati hanno di promuovere e conseguire, senza l'uso della violenza, la riforma degli ordinamenti.

È il *diritto* che deve prevalere, dice Pessina, e sta al diritto costituire il criterio orientativo dell'attività dello Stato e dei singoli.

Così, se vi deve essere una componente di antiguridicità nel

(34) E. PESSINA, *Elementi*, III, cit., p. 3.

(35) Pessina distingue i « Reati contro la personalità dello Stato » in tre ordini: la *lesa nazione*, *l'insurrezione contro le istituzioni fondamentali dello Stato* e *l'aggressione al Capo dello Stato*; la sub-articolazione di questi tre ordini corrisponde poi, tutto sommato, a quella del titolo I, libro II del codice del 1859.

Quanto ai « Reati che attaccano lo Stato nella sua attività giuridica », egli li distingue in sei gruppi: 1. « Reati contro la libertà politica e segnatamente contro il diritto elettorale », 2. « L'abuso del pubblico ufficio » (con particolare riguardo a malversazione, corruzione, concussione, esercizio illegale ed arbitrario del potere). 3. « Lesione dello Stato nella sua autorità » (violenza contro l'autorità pubblica, violazione della pubblica custodia, usurpazione del potere, disobbedienza punibile, e « vendita di fumo », intesa come millantato credito, perpetrato coinvolgendo la pubblica amministrazione e per ingannare il prossimo). 4. « La violazione della fede pubblica e i reati di falso » (falso nummario, negli emblemi, nelle scritture e falso giudiciale). 5. « La violazione dell'ordine pubblico » (esercizio arbitrario delle proprie ragioni, duello). 6. « La violazione della pubblica quiete » (associazione di malfattori, reati relativi alle armi, provocazione ai reati).

fatto del cittadino che si oppone allo Stato ⁽³⁶⁾, tuttavia essa non può essere rigidamente fissata, perché v'ha momenti nella storia della civiltà in cui non solo è lecito, ma doveroso, il prendere le armi contro il potere sociale che tradisce la sua missione, e la rivoluzione diventa una delle necessità imprescindibili per un popolo oppresso che debbe sollevarsi a dignità di nazione, sia espellendo dominatori stranieri, sia scotendo il giogo di interna tirannide che calpesta le norme più sacrosante del Diritto. Di qui si deriva certa elasticità di valutazione sulla natura e sulle condizioni di reità intrinseca nei reati di Stato ⁽³⁷⁾.

Se, da un lato, la legittima aspirazione dei cittadini « alle innovazioni miglioratrici degli istituti sociali » deve cercare la sua attuazione « nella forma pacifica della libera discussione e propagazione delle idee » (pag. 8), dall'altro la persecuzione del dissenso violento non deve essere mossa « dal puro interesse del potere sociale alla propria conservazione, ma bensì dalle esigenze stesse del *Diritto* ».

Bisogna evitare le secche della non perseguibilità del dissenso politico attivo, ma allo stesso tempo non si deve cedere alla tentazione di « prevenire col terrore » ogni manifestazione di opposizione, abbandonandosi al timore delle sue degenerazioni: v'è una via razionale, che è quella di considerare come reati alcuni fatti sottraendone la valutazione all'arbitrio del potere sociale, e segnatamente d'incriminare in nome detta giustizia sodate, e senza conculcare le

⁽³⁶⁾ Anche Pessina paga quella sorta di pedaggio che stava nel contrastare preliminarmente le opinioni del Carrara ogni volta che ci si poneva a discutere dei reati di Stato.

C'è da dire che forse per il rispetto dovuto al Maestro, ma anche per non scendere a polemiche imbarazzanti dal punto di vista scientifico, egli non nomina neanche l'autore del *Programma*. Si limita a dire che « l'indole propria dei reati contro lo Stato, per lo scopo, che di sovente li informa, di immutare gli ordinamenti politici e sociali non pure diè luogo a considerazioni speciali, ma fece persino dubitare che avessero intrinseca reità giuridica; il che fu naturale reazione allo abuso di una eccessiva tendenza della quale parteciparono parecchi governi (sieno monarchici sieno popolari) di considerarli come gravissimi tra' reati, di mirare nella loro punizione a preservare sé medesimi, a prevenire col terrore più che a punire » (*Elementi*, III, cit., p. 6).

Poco più in là (p. 8), pronunciandosi meglio, giudicherà « esagerata concezione » quella « della niuna incriminabilità intrinseca del reato contro lo Stato nella sua sovranità ». Resta il silenzio su Carrara, ma si chiarisce l'opinione di Pessina.

⁽³⁷⁾ E. PESSINA, *Elementi*, III, cit., p. 6.

norme fondamentali della medesima, ogni violenta aggressione alle istituzioni fondamentali dello Stato...⁽³⁸⁾.

Il disegno ci sembra chiaro: si esige dallo Stato, o meglio dalla classe politica che lo dirige, un tipo di intervento strettamente legalitario. Occorrono, dice Pessina, chiarezza nell'indicazione delle fattispecie, duttilità nell'applicarle, rispetto dei fondamenti liberali dell'ordinamento, clemenza nel comminare le pene (« perché di rado avviene che incorrano in siffatti reati uomini di animo perverso »), particolari accorgimenti processuali (« è necessario per essi l'intervento del giurì, anche quando si dubiti della bontà e dell'opportunità di siffatta istituzione sotto l'aspetto giudiziale »⁽³⁹⁾) e — come accorgimento generale — il ripudio del metodo della *prevenzione*, che è colmo di rischi per uno Stato che vuole restare nella legalità⁽⁴⁰⁾ con la conseguente scelta di quello della *repressione* dei reati « secondo che la legge li ha previsti »⁽⁴¹⁾.

⁽³⁸⁾ E. PESSINA, *Elementi*, III, cit., p. 8.

⁽³⁹⁾ E. PESSINA, *Elementi*, III, cit., p. 22, dove si dice, tra l'altro, che « Di rincontro alle tendenze ostinate dello spirito reazionario che fan considerare le leggi punitrici dei reati di Stato come dettate da quel bisogno di difesa del potere sociale che fa assegnamento sul principio del terrore, i cultori della scienza e i legislatori riconobbero che una riforma era necessaria, che assai problematica era la intrinseca reità di vari fatti tuttora incriminati, e severamente puniti, e che (come disse il Guizot) l'immoralità dei reati politici non è così chiara né così immutabile come quella dei reati comuni, ma è invece attraversata di continuo ed offuscata dalla necessità delle cose umane, e varia secondo i tempi, gli avvenimenti e i diritti e i meriti del potere sociale. Onde non si pone più in dubbio alcuni postulati, e questi sono: 1° che i reati di Stato puramente politici non sono da punire con l'estremo supplizio anche quando si riconosca legittima questa pena per altri reati; 2° che è necessario per essi l'intervento del giurì anche quando si dubiti della bontà e dell'opportunità di siffatta istituzione sotto l'aspetto giudiziale; 3° che non si debba negare l'asilo dei potentati ai profughi per incriminazione politica, onde non si pretende né si concede estradizione per reati politici né per reati comuni connessi co' politici; 4° che pene di genere diverso da quelle che cadono su' reati comuni debbono colpire i reati di Stato, perché di rado avviene che incorrano in siffatti reati uomini di animo perverso; e sovente l'eccesso di certe convinzioni morali e sociali può sospingere l'uomo a commetterli credendo con ciò di adempiere uno dei più importanti doveri della vita ».

⁽⁴⁰⁾ In coerenza con la fiducia espressa nello Stato liberale e nella sua capacità di eliminare le opposizioni radicali rimuovendo le loro cause economiche e sociali, egli propugna un tipo *non poliziesco ma politico*, il senso largo, di « prevenzione »:

« Ed ottimo mezzo di antivedere le scosse violente si è quello per appunto di

Bisogna dare subito a questi accenti il valore che essi hanno. Intanto appare evidente che l'autore sta ponendo con forza l'esigenza di un codice penale nuovo che assuma e traduca in pratica

adempiere fedelmente il proprio mandato, di seguire i consigli della pubblica opinione sulla opportunità di taluni innovamenti sociali, e di mantenersi nell'altezza della propria posizione più con l'autorità morale che con l'uso della forza materiale. Le bieche macchinazioni degli irrequieti, in cui lo *studium novarum rerum* è alimentato da interessi o passioni individuali non soddisfatte, debbono trovare un ostacolo non pure nella vigile azione preventrice di un governo oculato e solerte, ma anche nella coscienza pubblica; ed il seguir questa è il mezzo più efficace di preservazione dalle scosse violente. In questo senso ogni governo intelligente ha non solo il diritto, ma il debito di usare tutti i mezzi che la legge gli attribuisce per prevenire i disordini sociali, e con essi quella rivoluzione permanente che paralizza tutte le forze della nazione e mantiene gli animi in una agitazione perenne, nociva ai legittimi interessi degli individui e della società» (*Elementi*, III, cit., pp. 8-9).

(41) Pessina affida questi principi ad una precisa elencazione messa in particolare evidenza nel corso della sua esposizione. Crediamo sia bene riportarla qui per intero:

« dalle lucubrazioni odierne — egli scrive — di parecchi pubblicisti, che nell'amore della libertà non perdono di vista le supreme esigenze del principio dell'ordine sociale, si raccolgono parecchi moniti intorno ai reati di Stato.

1°. La legge relativa ai reati di Stato deve dall'un canto porgere allo Stato i *mezzi* sufficienti per combattere gli sforzi dei nemici dell'ordine sociale, e deve dall'altro proteggere la libertà determinando, con precisione *che salvi dall'arbitrio del potere*, la nozione giuridica di siffatti reati. (...)

3°. Bisogna limitarsi a punire espressamente come reati di Stato quei fatti che sono pericolosi per la sua esistenza e contengono una aggressione per attuare in modo violento il sovvertimento delle condizioni esistenti; perché l'elemento essenziale dell'incriminazione sta nell'operare indirizzato da animo ostile o contro la vita nazionale o contro i fondamenti della vita interna dello Stato, o contro la vita o la libertà del Capo dello Stato.

4°. La legge non deve incriminare né i mezzi adoperati *per rischiarare e convincere le menti, né l'esercizio della libertà nel pensiero o nella parola o nelle riunioni ed associazioni*, quando non si adoperano mezzi materiali violenti nei quali soli può apparire la violenta aggressione alla personalità giuridica dello Stato.

5°. *La legge deve valutare le diverse gradazioni dei fatti incriminabili come reati di Stato, e tener conto di tutte le circostanze che ne accrescono o diminuiscono la intensità sia dal lato obbiettivo sia dal lato subbiettivo. E non solo bisogna in ciò seguire minutamente tutte le gradazioni del conato e della partecipazione, senza venir meno alle norme razionali del non costruire responsabilità eccezionali di concorso negativo o con atti posteriori al reato, ma bisogna punire come reati sui generis i singoli fatti di preparazione o conato anche remoto, quando per sé stessi siano tali da esporre lo Stato a grave pericolo»* (E. PESSINA, *Elementi*, III, cit., pp. 9-10). Sul seguito assai relativo che ebbero gli avvertimenti di Pessina, almeno per quanto riguarda la libertà di espressione, si può ora vedere la lucida ricostruzione di C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972, p. 26 ss.

quei « principi razionali »; lo stesso modo apertamente didattico dell'esposizione ci fa pensare ad un Pessina preoccupato di offrire al legislatore uno schema operativo pratico e chiaro, direttamente utilizzabile in quel lavoro parlamentare nel quale Pessina stesso era, del resto, pienamente impegnato (42).

Una seconda osservazione riguarda invece la strategia giuridica che la sua impostazione lascia intravedere.

Non sarà inutile, a questo proposito, tenere presente anche quanto il Nostro ebbe a dire, proporre e sostenere nel suo impegno parlamentare: ne uscirà la figura omogenea di un uomo di primo

(42) Enrico Pessina fu uno degli uomini politici più in vista del suo tempo. Ministro guardasigilli già nel 1885 in un ministero Depretis, Pessina presenta fin da quella data alcune modificazioni al progetto Zanardelli-Savelli del maggio e novembre 1883 (cfr. *Modificazioni proposte alla Commissione eletta dalla Camera dei Deputati... dal Ministro Pessina*, Roma, 1885). Ancora prima era stato membro della Commissione ministeriale formata nel 1876 per esaminare il c.d. « Progetto Senatorio » del codice, preparato nel maggio del 1875 a parziale modificazione del progetto Vigliani: fu proprio quella commissione, con Pessina tra i più attivi, a togliere dal codice i reati di stampa (cfr. *Processi verbali ed emendamenti relativi al libro secondo del progetto di codice penale*, Roma, 1878, verbale 24 e introduz., vol. I, pp. 132-33).

Nella stretta finale che doveva portare all'approvazione del codice Zanardelli, risultato di tutto il lunghissimo lavoro legislativo precedente (cfr. per tutti, B. PAOLI, *Esposizione storica e scientifica dei lavori di preparazione del codice penale italiano dal 1866 al 1884*, Firenze, 1884), Pessina ebbe l'incarico di relazionare al Senato sul I libro del progetto definitivo, nel novembre dell'88. Quindi fu membro della Commissione incaricata di proporre le modificazioni da introdurre nel testo del codice penale — uscito dal voto dell'88 — le norme transitorie e quelle per l'attuazione. C'è da dire però che, controllando i nomi dei partecipanti a ciascuna seduta, abbiamo constatato che Pessina non fu mai presente a quelle in cui vennero discussi, per esempio, i titoli I e V del libro secondo.

La sua presenza parlamentare, strettamente collegata alla linea di Zanardelli, fu sempre improntata a spirito liberale ed anticonservatore. Oltre alla battaglia per l'abolizione dei reati d'opinione e di stampa, alla quale abbiamo fatto cenno, fu notevole il suo impegno contro il mantenimento della pena di morte (cfr., tra l'altro, i suoi scritti *Dei progressi del diritto penale in Italia nel secolo XIX*, Firenze, 1868, p. 165 ss. e *Appunti intorno al nuovo schema di codice penale per il Regno d'Italia e lezioni sulla pena di morte*, Napoli, 1875). Anche il Pessina ministro non venne meno alla linea liberale del Pessina parlamentare: basti fare riferimento agli episodi ricordati da G. NEPPI MODONA, *Sciopero*, cit., pp. 25-26 (con documenti a p. 360 ss.), che mostrano un Pessina non disposto a seguire la linea forte di Depretis, Presidente del Consiglio e Ministro degli interni, nell'occasione degli scioperi agrari del mantovano.

piano, interprete abile delle necessità dell'ordine sociale (abile al punto di essere spesso più avanti, o troppo sottile, rispetto alle esigenze contingenti del sistema), deciso a difendere ed imporre quelli che gli sembrano i cardini decisivi di un ordinamento efficiente e garantista allo stesso tempo.

La preoccupazione di trasferire nel codice i principi di un liberalismo illuminato, traspare dalla difesa che egli fa dell'abolizione della pena di morte, del carattere (anche rieducativo) che deve avere la pena, della necessità che la difesa dello Stato non pregiudichi i diritti fondamentali dei cittadini.

Il suo discorso per l'approvazione in Senato del progetto Zanardelli esordisce non a caso con uno studiato richiamo alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo⁽⁴³⁾.

Tutto si tiene nel suo disegno strategico. Rintuzza le accuse di chi considera il codice troppo astratto ed ideologico⁽⁴⁴⁾, risponde a chi lo considera pericolosamente arrendevole e permissivo⁽⁴⁵⁾, si

⁽⁴³⁾ Il *Discorso*, tenuto nella tornata del 16 novembre 1888, è pubblicato in *Lavori parlamentari del nuovo Codice penale italiano. Discussione al Senato (dall'8 al 17 novembre 1888)*, Torino, 1889, pp. 237-260.

⁽⁴⁴⁾ *Discorso 16 novembre 1888*, in *Lavori parlamentari*, cit., p. 239: « Questo codice disse l'onorevole Senatore Vitelleschi, è opera di uomini teoretici, di ideologi, è fatto per tutt'altro popolo che il popolo italiano; esce da un mondo di astrazioni scientifiche; non s'ispira alle esigenze pratiche; non avvisa la realtà vera, delle cose, ma l'ipotesi. Io comprendo che i Codici e le leggi si fanno per i popoli, e vi assento; comprendo che l'esperienza attinta in una molteplice serie di fatti deve essere guida ai fattori delle leggi; ma intendo pure che senza il lume di teoriche generali, nell'immenso pelago della molteplicità dei fatti, l'intelletto si smarrisce senza poter nulla raggruppare e, credendo di avere la luce, permane nelle tenebre. Coloro che fanno le leggi debbono dall'un canto avere nella mente principii razionali, e dall'altro consultare i bisogni, le condizioni, la storia del popolo per cui le leggi sono destinate ».

⁽⁴⁵⁾ *Discorso 16 novembre 1888*, in *Lavori parlamentari*, cit., pp. 240, 241, 248; « Né qui si arresta la filippica, ma viene la più grave delle accuse. La vera nota di incriminazione sta in questo, che il Codice che vi si presenta carezza lo scellerato, e con ciò espone a maggior pericolo la vita degli onesti, e minaccia di sconvolgere la forza nazionale del paese, minaccia di sconvolgere tutta la compagine dell'organismo amministrativo, e farà deridere l'Italia dalle grandi nazioni (p. 241)... Ma noi crediamo aver dimostrato, non per via di astrattezze e di ipotesi, ma con la logica dei fatti, che la minaccia della pena di morte scritta nella legge, anche quando divenga seriissima per il frequente numero delle esecuzioni di condanne capitali, non esercita una vera efficacia intimidatrice per trattenere il braccio dell'assassino ».

batte contro la deportazione, per « l'incremento della vita interiore dei reclusi »⁽⁴⁶⁾, difende il ruolo dei giudici, e lo spazio di intervento che il codice assicura loro⁽⁴⁷⁾.

Si muove, cioè, lungo la trama di una ben decifrabile ipotesi che si riallaccia alle stesse cose che in quegli anni egli sosteneva anche nello specifico dei reati di Stato.

È in coerenza con quell'ipotesi la fermezza con cui difende la libertà di pensiero e la sua espressione, quella di associazione e di riunione⁽⁴⁸⁾, esprimendosi talvolta in modo molto esplicito, quasi pensasse apertamente a certe tendenze dell'esecutivo, a certe prevaricazioni poliziesche o a certi abusi interpretativi del potere giudiziario:

La *cospirazione* non è da confondersi col *partito politico*. I partiti sono la vita stessa delle società civili, perché costituiscono incarnate in moltissimi viventi le varie convinzioni, della cui coesistenza si nutre la libertà medesima, e dal combattimento delle quali emerge come forza risultante quella che genera un movimento di progresso da non distruggere, e di conservazione da non pietrificare la società stessa. Coloro che appartengono ad un partito vogliono il trionfo della loro idea; ma si limitano a volere a tal uopo che la loro idea divenga convincimento generale⁽⁴⁹⁾.

Queste impostazioni cercano di invertire, o almeno di arrestare

E votiamo l'abolizione del patibolo. Ma che cosa surrogiamo per rassicurare gli animi preoccupati dell'avvenire? A questa domanda risponde il Codice, che voi voterete, con un argomento di più per l'abolizione; imperocché, la pena, che noi troviamo ivi surrogata, vi rappresenta davvero l'incruenta eliminazione del grande malfattore dal consorzio sociale. Essa rassicura forse assai più che la pena di morte; imperocché non solo la nota di codesta pena è la perpetuità, ma il Codice ha cercato di accumulare sovr'essa altri elementi di rigore » (p. 248).

E per rabbonire i critici della permissività aveva cercato (così come aveva infoschito l'ergastolo per consolare i « vedovi del massimo supplizio ») di mostrare quanto era stata ampliata la « cerchia delle azioni incriminabili » (p. 240).

⁽⁴⁶⁾ Cfr. E. PESSINA, *Discorso 16 novembre 1888*, in *Lavori parlamentari*, cit., pp. 253-54 e la precedente *Relazione al Senato del 22 ottobre 1888*, in *Atti del Senato del Regno* (Legislatura XVI, sessione 2^a), n. 96-A, pp. 23-27.

⁽⁴⁷⁾ E. PESSINA, *Discorso 16 novembre 1888*, in *Lavori parlamentari*, cit., spc. § XV, pp. 255-56.

⁽⁴⁸⁾ E. PESSINA, *Elementi*, III, cit., p. 10.

⁽⁴⁹⁾ E. PESSINA, *Elementi*, III, cit., p. 31.

la tendenza delle istituzioni a difendersi col mezzo giuridico quasi usandolo come avamposto lontano, e quindi rassicurante, della cittadella del potere.

In pratica, i loro limiti intrinseci, uniti a quelli creati dalla realtà oggettiva del sistema e dalle altre variabili istituzionali di esso — magistratura e polizia (esercito...) ⁽⁵⁰⁾, in primo luogo — costituiscono un ostacolo insormontabile; per cui posizioni come quella di Pessina vengono prodotte quale testimonianza di una ideologia liberale innalzata come un vessillo, oppure quale indizio della contraddizione tra i principi fondamentali dello Stato e la sua azione quotidiana. Oppure, nella più cinica delle ipotesi, posizioni come quella di Pessina vengono strumentalizzate in un premeditato gioco delle parti, nel quale « l'illustre professore » eleva richiami all'ordine legalitario, mentre « l'onorevole ministro » dispone che « il solerte funzionario » badi assai più a prevenire che a reprimere, assicurandogli per vie non sempre evidenti e raramente confessabili, la copertura giudiziaria degli eccessi, degli abusi, delle provocazioni e persino dei delitti.

I limiti di un discorso pur lucido ed autorevole come quello del grande giurista napoletano sono sostanzialmente tre.

⁽⁵⁰⁾ Si è giustamente osservato che: « ... fino alla prima guerra mondiale compresa, è ancora l'esercito la forza principale dell'attacco armato dello Stato borghese contro le masse proletarie. Protagoniste dell'occupazione militare della Sicilia furono le truppe, così come furono le truppe lo strumento precipuo della feroce repressione del brigantaggio; lo sfondamento, le azioni più difficili, gli assalti, erano sempre riservati all'esercito, PS e guardia nazionale subentrando per lo più in un secondo tempo, quello del consolidamento dell'ottenuto successo, del mantenimento dell'ordine raggiunto, dell'arresto dei « caporioni » o della loro eliminazione fisica...

Un ruolo particolare era quello svolto dall'arma dei carabinieri, che in quanto arma dell'esercito e forza di polizia, costituiva il tramite tra l'un settore e l'altro, assumendo ora la veste di forza d'assalto (nella lotta al brigantaggio l'apporto dei carabinieri fu determinante, anche in fatto di crudeltà e di violenze), ora quella di forza di controllo...

Un posto fondamentale, il suo, comunque, nell'organizzazione e nell'esecuzione del complessivo disegno di difesa-attacco delle classi al potere contro le classi sottoposte, che avrebbe portato, nel 1871, Silvio Spaventa a esclamare, con l'orgoglio dell'autoritarismo convinto di se stesso, « lo Stato è il Carabiniere ». Sorge l'iconografia cosiddetta popolare del carabiniere, figlio del popolo, protettore dei deboli, difensore della società, persecutore implacabile dei malvagi » (A. D'ORSI, *Il potere repressivo. La Polizia. Le forze dell'ordine italiano*, Milano, 1972, pp. 12-13).

Il primo sta nella frattura esistente tra le sue proposizioni (adatte ad una società matura, già assestata e priva di acuti conflitti sociali) e la realtà economica e sociale dell'Italia degli anni ottanta e novanta: la stessa permanenza nel codice dell'89 di una ideologia da proprietari terrieri ⁽⁵¹⁾, si scontra con gli interessi dell'Italia che conta — o che comincia a contare — e fa di quel codice un codice vecchio già nel suo primo giorno di vita.

Il secondo, omogeneo al primo, sta nella sottovalutazione (rispetto al fine della conservazione dell'ordine sociale) del dissenso ideologico di gruppi o classi organizzate politicamente: il fatto di non aver colto in certi movimenti di pensiero la carica di autentica alternativa di cui erano portatori, conduce uomini come Pessina a proteggere penalmente la struttura materiale — diremmo quasi « fisica » — del potere, colpendo soltanto le manifestazioni *violente del dissenso*.

L'esperienza mostrerà come, apparso chiaro il pericolo proveniente anche dalla *sola esistenza* di un'ideologia *organizzata* di contestazione radicale, il potere sarà costretto a forzare i limiti garantisti del codice, chiamando a raccolta magistratura e legislazione speciale.

Il terzo investe proprio il ruolo decisivo e nettamente prevaricatorio giocato dalla magistratura nella sua opera di interpretazione involutiva, svolta di concerto con il potere esecutivo o direttamente per suo incarico. Il potere giudiziario operò una vera e propria palingenesi giurisprudenziale, in senso autoritario, di quel codice che molti tra i protagonisti della sua formazione avevano voluto, certo con un po' di enfasi, « come monumento di civiltà giuridica » ⁽⁵²⁾.

Il non aver valutato in concreto questa variabile (o l'averla realisticamente scontata, quale momento del gioco delle parti, in una

⁽⁵¹⁾ È abbastanza agevole, crediamo, applicare al codice Zanardelli — con qualche aggiustamento ed un minimo di avvertenza storica — il tipo di analisi svolta da G. NEPPI MODONA, *Carcere e società civile dall'Unità a Giolitti*, in *Rivista di storia contemporanea*, I (1972), p. 353 ss., a proposito di quello del 1859, provvisto di un « carattere rigorosamente classista » ed ispirato alla « tutela del principio individualistico della proprietà agraria ».

⁽⁵²⁾ E. PESSINA, *Relazione, 22 ottobre 1888*, in *Atti del Senato del Regno*, cit., p. 3.

strategia di alternanza tra *cheks* repressivi e *balances* legalitarie) portò alla vanificazione sostanziale del delicato edificio al quale Pessina aveva portato un contributo decisivo. E se pure bisogna dargli atto della sua estraneità ad ogni calcolo maligno ed astuto (se, cioè, bisogna escludere in modo chiaro e deciso che egli sia stato parte cosciente di un cinico *jeu des dupes*, volto a dipingere di probità giuridica un ordinamento ben altrimenti autoritario e prevaricatore), bisogna pur dire che esiste una logica nei sistemi politici capace di integrare in essi anche i momenti del (parziale) dissenso teorico. Integrazione che può avvenire trasformando il dissenso in copertura, o rovesciandolo — con adeguate operazioni ideologiche — in un fatto di autentica connivenza.

Vogliamo dire, più semplicemente, che gli appelli alla legalità ed alla correttezza contenuti nell'opera di Enrico Pessina, divenuti (attraverso una serie di compromessi) norma codificata, e mandati ad operare nella prassi quotidiana dello scontro tra il potere costituito e i suoi antagonisti, vengono necessariamente risucchiati in una spirale logica che non può non giocare ad esclusivo vantaggio degli equilibri esistenti: una sorta di « logica del Re di Prussia », in forza della quale anche quelli che sembrano avversarlo, nella misura in cui si mantengono al di qua di certi limiti, finiscono per lavorare per lui.

3. *Valore ideale e debolezza politica del « rifiuto » di Francesco Carrara.*

Possiamo riprendere in questo punto un discorso che si sarebbe dovuto fare, a rigore, all'inizio di questo capitolo.

È il discorso sul valore e sul peso del *rifiuto* di Francesco Carrara di « esporre la classe dei delitti politici ».

Noi crediamo che Carrara avesse intuito la presenza di quella « logica del Re di Prussia » di cui parlavamo qui sopra. Aveva capito, e del resto lo dice chiaramente, che entrare nel merito dei delitti politici, discutere i limiti della loro persecuzione, chiedere garanzie o domandare clemenze particolari, lo avrebbe portato lungo un pendio molto sdruciolevole, in fondo al quale avrebbe inevitabilmente trovato il fatale punto di crisi dello Stato liberale e della sua natura di Stato di diritto.

La *façade of justification* che egli presenta per sottrarsi al meccanismo che teme è, tuttavia, quella della non assoggettabilità al « giure penale » ed ai suoi « principi assoluti » di quel reato politico che altro non è per lui, se non il risultato della « prevalenza dei partiti e delle forze » (53).

Le sue motivazioni non sono quindi « politiche » (intendiamoci: non potevano esserlo), ma legate ad una concezione quasi scientifico-religiosa (o razional-illuministica) del diritto, in base alla quale il giurista si occupa solo del « vero », e deve evitare di « sudare per costruire una tela giuridica che sempre sarà rotta o dalla spada o dal cannone » (54). Sono parole celebri, e peseranno molto — senza però arrestarne del tutto l'opera — sulla dottrina successiva. Avevano però anch'esse un loro grave limite.

Il *rifiuto*, è vero, esprime un atteggiamento radicale, capace di scindere le responsabilità dei giuristi da quelle del potere politico repressivo; con esso si smascherano le vere ragioni dell'operato dei governi, si mostra come essi usino le leggi quale strumento per una battaglia di parte; con il rifiuto si toglie al potere la copertura dei dotti e, soprattutto, lo scudo della « scienza », della sua neutralità e della sua capacità di avallare (quasi di « purificare ») le spregiudicate

(53) F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca², 1871, vol. VII, § 3926, p. 627. Come abbiamo già ricordato, la prima stesura di questa parte del *Programma* risale al 1870. Essa si conclude proprio con il § 3940, ultimo della *classe ottava dei delitti sociali*, dedicata, per l'appunto, ai *delitti politici*.

(54) F. CARRARA, *Programma*, VII, cit., § 3927, p. 628. E nel § 3939, a p. 635 ss. (ci sia consentito riportare qui parole pur ormai notissime, se non altro per un omaggio all'impareggiabile stile del grande lucchese) egli riafferma che: « La esposizione dei reati politici non può essere che una *storia*; e come semplice storia era inutile che io vi consacrai un altro volume, quando è materia della quale sono piene le biblioteche. Come dottrina filosofica io mi sono convinto che il giure penale è impotente: che esso non sarà mai l'arbitro delle sorti di un uomo al quale applaude una parte ed impreca l'altra, senza che la così detta ragione punitiva si possa fare arbitra del vero fra quel plauso e quelle imprecazioni. Dirò la ultima parola; io mi sono sventuratamente convinto che politica e giustizia non nascono sorelle; e che nel tema dei così detti reati contro la sicurezza dello Stato, così interna come esterna, non esiste diritto penale filosofico; laonde come nella pratica applicazione la politica impone sempre silenzio al criminalista così, nel campo della teoria gli mostra la inutilità delle sue speculazioni e lo consiglia a tacere ».

operazioni con le quali, facendo un uso poliziesco del diritto, il potere stesso riesce a mantenersi in sella.

Ma il rifiuto, operato dall'alto di un aristocratico liberalismo, detto con sdegnosa decisione dal culmine di una torre d'avorio, lascia le cose come stanno e condanna il suo isolato autore ad un inutile ruolo di eccentricità.

Francesco Carrara, latore, in questo tema, di un'idea astratta del diritto, si muove a contestare un'idea astratta dello Stato.

Il suo rifiuto salva, probabilmente, il mirabile equilibrio della sua costruzione penalistica, ma non può impedire — e lui lo sa — che i codici continuino a contenere il titolo I del libro II, che si votino leggi speciali, che i giudici si facciano strumenti della ragion di stato (anche di quella più contingente e *bursalis*) o che i prefetti, o i questori, concentrino nel loro operato tutta l'arroganza del potere e delle sue illegalità.

Del resto, il Carrara del vol. VII del *Programma* non è il Carrara, tanto per fare un solo esempio, delle commissioni parlamentari ⁽⁵⁵⁾. Egli stesso testimoniava, con la sua opera, della scissione che esiste, a tutto vantaggio della seconda, tra un *savant* aristocratico ed isolato e la *force des choses*.

Al rifiuto espresso nel *Programma* fa seguito un impegno nel concreto che lo porta ad accettare compromessi, ad occuparsi *anche* di reati politici e nel modo più diretto: mettendo mano a costruire un codice.

⁽⁵⁵⁾ Il Carrara fece parte della Commissione Marzucchi (nominato dal Ministro) che esaminò, a partire dal 3 febbraio 1868 il progetto De Falco (del 1866) ed il controprogetto Ambrosoli-Arabia-Tolomei-Paoli (cfr. F. CARRARA, *Sul nuovo progetto (1866) del Codice penale italiano*, Pisa, 1866, poi in *Opuscoli di diritto criminale*, II, Lucca, 1870, opusc. XVII. 2, pp. 265-310, e quindi *Il Progetto del Codice penale e di polizia punitiva pel Regno d'Italia*, Firenze, 1870, vol. I, verbale 50); poi, anche della Commissione ministeriale che si occupò del progetto Vigliani (ed in particolare proprio del libro secondo di esso); cfr. F. CARRARA, *Pensieri sul progetto di Codice penale italiano del 1874*, Lucca³, 1878 (che contiene riferimenti anche al progetto della Commissione Mancini del 1877), e *Osservazioni, e proposte di emendamenti delle Sottocommissioni... sul secondo libro del Progetto di Codice penale*, Roma, 1877. C'è da aggiungere che già nel 1866 aveva presentato, richiestone, un foglio di lavoro » alla Commissione ministeriale che si occupava del progetto del 1865: cfr. F. CARRARA, Sul 1° titolo del nuovo progetto (1865) del Codice penale italiano, Pisa, 1865, ora in *Opuscoli*, cit., opusc. XVII.I, pp. 233-264.

Più di una volta egli scende a dettagliare problemi di diritto penale politico anche nel suo ulteriore lavoro dottrinale; più di una volta interviene su questioni che legano il diritto penale alla politica, e sempre applicando quella distinzione tra momento teorico e momento pratico — tra cattedra e legge positiva — che rappresenta una delle caratteristiche di fondo della sua « filosofia penale »⁽⁵⁶⁾.

Tuttavia, gli interventi di Francesco Carrara non si legano quasi mai in modo passivo o — come quelli di altri — in modo complice, alle esigenze immediate del potere politico.

I suoi appaiono piuttosto come interventi critici, spine nel fianco della prassi di governo, pulci nelle orecchie di una dottrina niente affatto libera dai condizionamenti di quella particolare ragion di stato che è costituita dall'insieme delle « ragioni » delle classi dirigenti da un lato e del sistema sociale dall'altro.

Così è certamente « atipico » il suo intervento sulla *immoralità del carcere preventivo*⁽⁵⁷⁾, ed è sicuramente « antagonista » (oltre che sorprendentemente lucido e « moderno ») il celebre passaggio sulla repressione degli scioperi presente nel *Programma*⁽⁵⁸⁾. Allo

⁽⁵⁶⁾ Si leggano, a questo proposito, le precise annotazioni di A. BARATTA, *Filosofia e diritto penale. Note su alcuni aspetti dello sviluppo del pensiero penalistico in Italia da Beccaria ai nostri giorni*, in *Riv. Internaz. di Filos. del Diritto*, XLIX (1972), p. 34 ss.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. F. CARRARA, *Immoralità del carcere preventivo*, (1872), raccolto in *Opuscoli di diritto criminale*, IV, Lucca, 1874, pp. 297-305.

⁽⁵⁸⁾ Ci limitiamo qui a riportare i termini della utilizzazione fattane da G. NEPPI MODONA, *Sciopero*, cit., p. 8: «... sin dal 1882 [ma in realtà si tratta dei primi anni Sessanta, ndr] [il Carrara] impostava l'argomento della punibilità degli scioperi con una lucidità ed una chiarezza che mantengono la loro attualità in occasione dell'entrata in vigore del codice Zanardelli ed illuminano con rara preveggenza il problema dei rapporti tra potere politico e magistratura riguardo ai delitti contro la libertà del lavoro.

Carrara non si limita a manifestare la sua opposizione ai sistemi che, come il codice penale sardo-italiano, incriminano con apposite norme le coalizioni e gli scioperi, ed a sostenere che per la repressione penale dei fatti delittuosi commessi in occasione degli scioperi sono più che sufficienti le norme comuni sulla violenza privata e sulla tutela della pubblica tranquillità, ma ricollega l'opposta opinione alla tendenza a confondere le attribuzioni della polizia con quelle della giustizia (« dire che lo sciopero deve punirsi per i *pericoli* emergenti da un numero di operai disoccupati non è altro che fare della polizia con la giustizia » [F. CARRARA, *Programma*, ediz. Lucca³, 1873, II, § 1622, p. 513]), criticando severamente la mentalità di quei magistrati che sovrappongono all'attività punitiva quella preventiva e fanno così opera di governo e non di giustizia ».

Sono le stesse pagine nelle quali C. scriverà (poco dopo il 1860!) che « nella

stesso modo, critico e profetico insieme suona l'avvertimento che egli rivolge ai suoi contemporanei a proposito dell'uso che si può fare delle teorie della *difesa sociale*; perché sul termine *sociale* si accumulano equivoci, e c'è chi vi vede « la *consociazione* intera », chi « la personalità ideale che dicesi *Stato* », che però può essere personificata « in un Re, o in un Senato, in sostanza nel Governo che sovrasta la Nazione » (59): ed allora l'intenzione di difendere i cittadini come società, può consegnare terribili armi ai *governanti*, che finiscono per essere l'oggetto della tutela, ponendosi non accanto, ma contro gli altri consociati.

Sono tutte posizioni che, come quella del *rifiuto* vista sopra, costituiranno in buona misura occasione di cattiva coscienza tra i suoi seguaci (portati piuttosto ad ignorarle che a contestarle) e motivo di imbarazzo per i suoi « superatori », sedicenti innovatori o progressisti, ma assai più arretrati, nei fatti, rispetto a lui.

Cattiva coscienza ed imbarazzi non furono però sufficienti a far pesare gli avvertimenti che venivano da Carrara nella fase legislativa concreta conclusasi con il codice dell'89.

Gli aggiustamenti ed i tentativi di mediazione di un Pessina — o dello stesso Zanardelli (60) — erano solo il pallido e lontano riflesso

coalizione dei padroni vi è qualche cosa di più crudele e tirannico che non nella coalizione degli operai ... perché nel primo caso si getta sulla strada un numero di operai che non hanno mezzi di sussistenza ... (mentre) nella coalizione degli operai non vi è altro pericolo sociale che il momentaneo arresto della lavorazione... » (*Programma*, II, cit., § 1617, pp. 505-506).

(59) F. CARRARA, *Difesa sociale - Tutela giuridica - Empirismo e ragione*, in *Lineamenti di pratica legislativa penale esposti mediante svariate esemplificazioni*, Torino², 1882, p. 11.

(60) Bisogna dire che Giuseppe Zanardelli fu largo di richiami nei riguardi di alcune delle principali prese di posizione di Carrara in materia di reati politici. « In questa materia — diceva nella sua Relazione al re sul progetto di codice presentato nel 1887 (§ 76) — assai arduo e delicato è l'ufficio del legislatore in uno Stato civile. Imperocché, da una parte, il massimo rigore gli è imposto a difesa, e tutela di ciò che forma il bene supremo di un popolo, trattandosi di assicurare: non solo la costituzione politica che esso si è data e le istituzioni fondamentali che ne sono la forza e la vita, ma la sua stessa esistenza fra le nazioni. D'altro canto il legislatore non può dimenticare che *i reati politici presentano un'indole relativa e mutabile, variando secondo le umane vicissitudini, per le quali talvolta il patibolo può convenirsi in altare, il delinquente in eroe*; come non può dimenticare quanto sia *lubrico il pendio dei reati di Stato*, sì da avere

di quella grande lezione ed il legislatore italiano finì per produrre un codice certo « avanzato » — in alcune sue parti — rispetto ai tempi, ma radicalmente condizionato in senso regressivo, dal contesto istituzionale, giudiziario e politico in cui andava ad operare.

Dal canto suo la dottrina continuò per poco tempo ancora nella prassi, quasi liturgica, dell'omaggio rituale rivolto al Maestro prima di rifiutarne le idee. Carrara muore nel 1888, e sembra che la sua scomparsa abbia un effetto quasi liberatorio sui giuristi italiani, finalmente sbarazzati da una sorta di super-io scientifico che li costringeva a defatiganti vie traverse nella razionalizzazione tecnica del sistema repressivo.

Nessuna meraviglia quindi, se parecchi anni dopo, ma in un contesto politico drammatico e decisivo, uno dei suoi vecchi allievi (che della scuola classica aveva assunto quel ruolo di reazione e conservazione proprio non tanto della scuola stessa, quanto delle semplificazioni polemiche dei suoi avversari) poté sprezzantemente riattivarne la memoria per accusarlo di non aver voluto « sporcarsi le mani » (61).

Certo, Luigi Lucchini, uno dei più intransigenti ed aggressivi tra i conservatori espressi dalla penalistica italiana di questo periodo, aveva visto con chiarezza — e con il sicuro fiuto dello *chien de garde* di razza — quanto la dottrina di Carrara fosse d'aiuto, nel suo leale liberalismo, a coloro che chiedevano spazio e potere per la loro lotta contro l'assetto politico e sociale voluto dalla borghesia (62).

condotto a rendere incriminabili le azioni più innocenti e anche meritorie, a contendere il diritto di libero esame, di lecita discussione ».

Il valore oggettivamente anti-conservatore di queste prese di posizione, e di altre simili, costò a Zanardelli più di una dura critica: « Il ministro — scriveva già nel 1878 il giornale « L'Opinione », quando Z. era ministro dell'interno — ha un esagerato concetto della libertà e restringe in troppo angusti confini l'azione della legge. Nelle sue teorie che escludono il diritto di prevenire o c'è un equivoco o c'è insigne ignoranza dei diritti e dei doveri di un governo » (cfr. A. COLETTI, *Anarchici e questori*, cit., p. 21). Sull'avversato liberalismo dello Zanardelli ministro dell'interno si può vedere C. VALLAURI, *La politica liberale di Giuseppe Zanardelli dal 1876 al 1878*, Milano, 1967.

(61) L. LUCCHINI, *Delitti politici e delitti comuni*, in *Rivista penale*, LXV, (1922), p. 199.

(62) Tutta la sua nota è tesa a dimostrare che se si tollera l'azione politica e propagandistica del socialismo si finirà in « quella colossale e paradossale turlupinatura che è il bolscevismo russo, tenuto in piedi dall'incosciente e primitiva selvatichezza delle

La stessa cosa avevano visto probabilmente anche coloro che nel 1889 vollero il nuovo codice del Regno e coloro che dopo il '90 ne fiancheggiarono l'uso illiberale, valorizzandone (oltre i suoi stessi limiti) il ruolo di difesa dello *status quo*: certo con minor livore rispetto al vecchio *revenant* approdato al fascismo, ma forse con miglior esito e più efficace determinazione.

4. *La crisi delle mediazioni dottrinali dopo il 1889. La politica del diritto e i diritti della politica.*

Immediatamente a ridosso della pubblicazione, nel 1889, del nuovo codice penale, la pubblicistica sulle questioni che riguardano il diritto penale politico si infittisce sensibilmente.

Molti tra i giuristi più in vista vengono coinvolti nei lavori delle Commissioni parlamentari e partecipano alle discussioni in aula ⁽⁶³⁾,

masse e dall'audacia terroristica dei paranoici dominatori... » (pp. 201-202); e niente menava al bolscevismo — secondo Lucchini — più dell'ingenuo, ma imperdonabile, liberalismo di un Carrara. Rapida giustizia, dunque, dello Stato di diritto, del quadro statuario (pur così limitato e strumentalizzabile a fini illiberali) e delle libertà borghesi. Tempi nuovi e nuove occasioni storiche stavano maturando, e Luigi Lucchini parla — nel 1922 — il linguaggio di chi sta per vincere una partita ingaggiata quasi quarant'anni prima. Non a caso, proprio agli inizi dell'anno, nella stessa *Rivista penale* egli aveva pubblicato un suo scritto dal titolo *Il socialismo militante in Italia è un delitto comune*, documento conseguente ed estremo della sua personale ideologia e della sua adesione al fascismo che «...tutti l'han veduto e dovuto riconoscere, non fu e non è che una rivolta degli elementi più sani e più vivi, incarnati specialmente nella fresca e ardente gioventù e ispirati dall'eroico ed epico gesto dannunziano, che salvò Fiume all'Italia, contro il disfattismo post-bellico organizzato dai socialisti... » (p. 30).

⁽⁶³⁾ Basterà ricordare, accanto ai Pessina, ai Vigliani, o allo stesso Zanardelli, giuristi del peso di Pasquale Stanislao Mancini (scomparso poco prima della promulgazione del codice), Emilio Brusa, Francesco Faranda, Luigi Lucchini o Giampaolo Tolomei, tutti membri della Commissione incaricata delle modifiche definitive al codice, della quale erano segretari — tra altri — Giovanni Battista Impallomeni e Gabriele Pincherle, entrambi penalisti di valore, insieme a magistrati come Vincenzo Cosenza, Gualtiero Sighele e Raffaele Perla, noti anche come studiosi impegnati nella pubblicistica dottrinale. A quella Commissione vennero aggregati anche penalisti come Francesco Saverio Arabia e Pietro Ellero, molto noti allora come oggi.

Tra i senatori della legislatura che varò il codice, abbiamo poi altri giuristi come Tancredi Canonico, Vincenzo Calenda, Giuseppe Giacomo Costa, Lorenzo Eula e Francesco Auriti, entrambi magistrati, Piero Puccioni e Stanislao A. Manfredi. Tra i

altri mettono mano ai pareri inoltrati dalle facoltà giuridiche, altri ancora contribuiscono dall'esterno, con i loro scritti, alla formazione del codice ⁽⁶⁴⁾.

La vicinanza, e poi il giungere, di una scadenza tanto decisiva, non poteva non avere alcuni effetti importanti nell'atteggiamento di fondo della dottrina penalistica.

Le posizioni di tipo pregiudiziale (poniamo quella di un Carrara) perdono interamente il loro mordente, travolte dalla realtà della codificazione e rese più lontane ed accademiche dalla necessità contingente di misurarsi con le soluzioni pratiche, con i limiti posti dalle pressioni politiche, dagli interessi organizzati, dal confronto delle forze in campo.

Chi ha pensato e scritto *für Ewig* cede il passo a chi sa valutare il momento giusto — poniamo — per l'abolizione della pena di morte, o a chi riesce a bilanciare le idee ed i pregiudizi di un Parlamento fatto di avvocati e di proprietari terrieri, con le esigenze dell'Italia industriale o con certe aspettative della piccola borghesia.

Anche posizioni di mediazione più possibiliste ed accorte come quelle di un Pessina, vengono sensibilmente erose e svalutate. Le grandi operazioni di mediazione possono riuscire infatti ad influenzare seriamente il momento della legislazione, ma vengono meno quando si tratta di gestire un codice ormai in vigore: la mediazione espressa dall'atto costruttivo che molto ha di teorico e deve risolversi nella conciliazione delle ideologie, non vale più nel momento applicativo, là dove si deve arbitrare uno scontro tra forze sociali nel quale lo Stato è portato a prendere *una* delle posizioni in campo.

Con questo non si vuol dire che fino all'avvento del codice il

deputati, Gabriele Napodano, Enrico Ferri, Pietro Nocito, Ludovico Fulci, Giorgio Curcio e molti altri minori.

⁽⁶⁴⁾ Questi contributi sono richiamati espressamente anche nella documentazione che viene messa a disposizione del Parlamento nell'ultima fase di revisione del codice. Si veda, a questo proposito, tra gli atti relativi ai lavori preparatori che sono stati pubblicati, il volume recante *Proposte, voti ed osservazioni del Parlamento e dei cultori della scienza*, Roma, 1888 (abbiamo potuto consultare solo la bozza di stampa), nel quale ricorrono, tra tanti, anche i nomi di Buccellati, Carelli, Cavagnari, Fisichella, Garofalo, Impalomeni, Lombroso, Majno, Masè-Dari, Pincherli, Pugliese, A. Tamassia, Tolomei, Tuozzi; o quelli di giuristi d'oltralpe come Benedikt, Hermann, Liszt, Teichmann, Wahlberg, Zucker.

dibattito dottrinale si sia ridotto ai soli punti di riferimento rappresentati da Carrara o da Pessina. A parte la presenza di altri contributi di cui abbiamo già detto, abbiamo negli anni ottanta (e nell'estremo scorcio del decennio precedente) l'affiorare ed il crescere di prodromi dottrinali destinati ad avere un peso negli anni successivi ⁽⁶⁵⁾.

(65) In particolare: I. FANTI, *Dell'attentato politico contro il Sovrano, i poteri, la costituzione e l'integrità dello Stato*, in *Rivista penale*, XI (1879), pp. 126-141, consistente in un *excursus* comparativo tra il progetto Vigliani ed altri codici vigenti (e no) in Europa, piuttosto scolorito nella sostanza, tutto dedicato ad un'opera di ricostruzione quasi filologica dello stato della questione nella legislazione preunitaria e d'oltralpe; E. BRUSA, *Del delitto politico in rapporto con la estradizione*, in *Annuario delle scienze giuridiche, sociali e politiche*, II (1881), pp. 87-141, studio molto accurato, opera di un giurista di notevole valore e di grandi aperture, che va molto al di là del tema specifico dell'extradizione, per soffermarsi anche sui termini della *definizione* del reato politico; sempre di E. BRUSA, l'articolo *Le délit politique et l'extradition*, in *Revue de droit international et de législation comparée*, XIV (1882), p. 403 ss., che non siamo riusciti a rintracciare, ma che probabilmente è una rielaborazione, se non una traduzione, del citato scritto dell'81; R. MONCADA, *Il regicidio e il parricidio nel diritto penale*, Catania, 1882, modesto lavoro che si conclude con affermazioni liberali e con un omaggio a Carrara, chiedendo la riforma della legislazione penale politica e la sostanziale abolizione della normativa posta a protezione della persona dei regnanti. « *Se il sistema è ingiusto nei principi e impotente negli effetti — scrive Moncada — non vi è logica ragione che valga a sostenerlo. Esso, odioso per se stesso, rende odiosa la legge, diminuisce la fiducia del popolo nel governo e desidera urgente una riforma. È tempo ormai di provare che non si calpestano i precetti sacrosanti della Scienza per mostrare con una legge di sangue la maestà del trono e la potenza del regnante, è tempo di bandire dalle nostre leggi il privilegio, che è ingiusto ed inefficace* » (p. 133). Un elenco di oltre sessanta attentati (riusciti e no) contro sovrani, eredi ai troni o presidenti di repubbliche, chiude lo studio del Moncada, ribaltando singolarmente — come già era successo con il titolo — lo stile consueto di questo genere di letteratura: ciò che farebbe pensare ad un contributo iperconformista (il regicidio come parricidio) o ad un accorgimento propagandistico per aggravare la repressione (l'elenco « terribile » degli attentati), diviene argomento di tesi opposte (es.: è inutile reprimere, perché gli attentati restano numerosissimi; tanto vale accentuare l'aspetto permissivo della legislazione penale...); G. MIRAGLIA, *Intorno al carattere differenziale tra i reati politici ed i comuni*, in *Rivista di Giurisprudenza*, dir. da G. A. PUGLIESE, VI, Trait, 1883, fasc. 9-10, pp. 757-760, consistente in una *requisitoria* pronunciata dall'a. (in qualità di Procuratore generale presso una non citata Corte di cassazione), nella quale si nega carattere politico a delitti « rivolti per odio politico contro una classe di persone », per evitare l'applicazione nei confronti di due condannati, di una amnistia concernente, appunto, i reati politici; L. MASUCCI, *Studio intorno alla natura dei reati politici*, in *Diritto e giurisprudenza*, I (1885), pp. 375-409, anche esso dedicato al tema della definizione del reato politico, tanto rilevante ai fini dell'applica-

Emerge l'esigenza di una repressione adeguata della sedizione anarchica, che dà l'avvio ad una dottrina autonoma, sia pure limitata sostanzialmente, in questa fase, al fiancheggiamento della giurisprudenza; si afferma una letteratura di intervento diretto, di appoggio o di critica a seconda dei casi, sul problema squisitamente politico dell'uso delle forze di polizia nella difesa dell'ordine politico sociale⁽⁶⁶⁾; ma soprattutto appare sulla scena la nuova tendenza metodologica inaugurata nel 1874 dall'*Uomo delinquente* di Cesare Lombroso, che rivestirà grande importanza anche sul terreno del diritto penale politico, se non altro per la quantità di interventi

zione di provvedimenti d'amnistia e di estradizione. Masucci è uno degli assertori di una nozione elastica, e quindi potenzialmente illimitata, di reato politico, a qualificare il quale basta, secondo lui, il solo fine politico: onde diventano r.p. tutti i reati « comuni » ai quali possa essere connessa anche una semplice *arrière pensée* di tipo politico. Si veda, parzialmente su questa linea, anche il precedente scritto dello stesso L. MASUCCI, *Diritto e delitto di resistenza*, in *Il Filangieri*, IX (1884), spc. p. 178 ss. Infine ricordiamo il lavoro di un grande pubblicista, che ebbe se non il seguito, almeno l'attenzione di molta dottrina penalistica sul tema dei reati politici: si tratta dello studio giovanile di V. E. ORLANDO, *Della resistenza politica individuale e collettiva*, Roma, Torino, Firenze, 1885, vertente soprattutto sulla classificazione di alcuni tipi di « resistenza » (individuale, collettiva, legale, rivoluzionaria) che fanno da sfondo costituzionale ad altrettanti comportamenti di *dissenso* penalisticamente qualificabili.

⁽⁶⁶⁾ Il discorso, aperto sostanzialmente dal Del Lungo con il suo scritto del 1870 sui *reati di mera creazione politica*, è proseguito da G. BOLIS, *La polizia e le classi pericolose della società. Studi*, Bologna, 1871, e poi da P. TURIELLO, *Governo e governanti in Italia*, Bologna, 1882. Le annotazioni più significative sugli abusi polizieschi si trovano però in alcuni saggi di memorie, il più famoso dei quali è certamente quello del Prefetto e Senatore L. ZINI, *Dei criteri e dei modi di governo del Regno d'Italia. Lettere e note*, Bologna, 1876, spc. p. 53 ss., seguito nel 1880 dall'altro *Dei criteri e dei modi di governo della Sinistra nel Regno d'Italia*, Bologna, 1880. Della letteratura memorialistica fanno parte anche il libro di F. GIORIO, *Ricordi di Questura*, Milano, 1882, del quale avremo modo di ricordare più avanti qualche brano, e quelli di D. CAPPÀ, *Memorie (Trentadue anni di servizio nella polizia italiana)*, Milano, 1892; MARIUS, *La pubblica sicurezza in Italia*, Milano, s.d. (ma dopo il 1894); A. BONDI, *Memorie di un Questore (25 anni nella polizia italiana)*, Milano, 1910; E. SARACINI, *I crepuscoli della polizia. Compendio storico della genesi e delle vicende dell'amministrazione di Pubblica Sicurezza*, Napoli, 1922. Fortemente critico nei confronti della maniera poliziesca è anche P. ELLERO, *La tirannide borghese*, Bologna, 1879, spc. p. 241 ss., così come lo saranno in seguito F. S. MERLINO, *L'Italie telle qu'elle est*, Paris, 1890, e poi *Politica e magistratura dal 1860 ad oggi in Italia*, Torino, 1925, spc. p. 7 ss., 72 ss.; E. DEL CERRO, *Misteri di polizia. Storia italiana degli ultimi tempi ricavata dalle carte di un archivio segreto*, Firenze, 1890.

specifici cui darà luogo e per la particolare via di uscita da certe contraddizioni che apertamente proporrà ⁽⁶⁷⁾. E tuttavia a ridosso della codificazione che si infittiscono gli interventi, anche in materia di reati politici: uno studio di Giorgio Cocuzza è del 1887 ⁽⁶⁸⁾; sempre nell'87 scrive Pio Barsanti ⁽⁶⁹⁾ e lo seguono Alberto Bordarli nell'88 ⁽⁷⁰⁾ e Luigi Carelli nell'89 ⁽⁷¹⁾; negli stessi anni una quantità notevole di altri contributi, generali e specifici, affronta spesso, anche se indirettamente, questo genere di problemi ⁽⁷²⁾.

Bisogna dire subito che l'apparizione del nuovo codice sulla scena giuridica italiana genera un effetto di selezione che, respingendo una volta per tutte certe posizioni e realizzandone certe altre (schematizzando: quelle che possono essere fatte risalire ad Enrico Pessina, contemperate dal peso dei *tierratenedes* e di quella che oggi chiameremmo la *silent majority*), offre spazio ad una serie di spinte dottrinali destinate a dividersi secondo tendenze anch'esse relativamente nuove rispetto al passato.

In seguito a questo fenomeno, che si riallaccia a quanto dicevamo qui sopra sul logoramento delle operazioni di conciliazione ideologica, le posizioni di mediazione perdono terreno: tendono a trasferirsi dai contenuti al metodo (si pensi, per esempio, al tipo di mediazione proposto da giuristi come Bernardino Alimena, ispirato da eclettismo tecnico molto più che da volontà di sintesi politica);

⁽⁶⁷⁾ Cfr., più avanti, il § 7.

⁽⁶⁸⁾ G. COCUZZA, *Della resistenza individuale e collettiva e della rivoluzione*, Palermo, 1887, che riaffronta i temi dell'opera di V. E. Orlando uscita due anni prima.

⁽⁶⁹⁾ P. BARSANTI, *Del reato politico. Studio*, Macerata, 1887, poi ripubblicato con lievi modifiche nel *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*, pubbl. da P. COGLIOLO, vol. II. I, Milano, 1888, pp. 237-375, ed ancora autonomamente a Milano nel 1890.

⁽⁷⁰⁾ A. BORCIANI, *Delitti contro lo Stato*, in *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale* (1888), cit., pp. 3-236. Un anno prima, Alberto Borciani aveva pubblicato un altro studio in tema di diritto penale politico, intitolato *Dei reati di ribellione e violenza pubblica. Studio di dottrina e giurisprudenza penale*, Torino, 1887.

⁽⁷¹⁾ L. CARELLI, *I reati politici*, in *Appunti al nuovo codice penale*, Torino, 1889, pp. 312-386.

⁽⁷²⁾ Ricordiamo, tra gli altri, C. ANDREANI, *Del reato politico*, in *Ateneo maceratese*, I (1888), fasc. 6; G. CRIVELLARI, *Concetti fondamentali di diritto penale*, Torino, 1888; A. NEGRI, *Dei delitti contro la libertà*, in *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*, (1888), cit., pp. 277-664; V. WAUTRIAN CAVAGNARI, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*, (1888), cit., pp. 717-782.

talora si esprimono in coscienziose ma impotenti rassegne delle posizioni in campo, come nel caso di un Barsanti, o come in quello — comprensibile — di coloro che si cimentarono con l'argomento sul terreno più esplicito della semplificazione divulgativa ⁽⁷³⁾.

Accanto all'usura delle posizioni di mediazione, e non estranei ad essa, altri fenomeni di fondo vengono evidenziati dalla stretta finale della codificazione.

Si afferma la pratica di valorizzare i principi nello stesso momento in cui si stabiliscono le prassi destinate a negarli, che è modo apparente e comunque peggiore di intendere la mediazione tra i fondamenti dello Stato liberale e la dichiarata necessità di reprimere il dissenso politico.

Si costruisce un codice parzialmente « permissivo », anche resistendo a pressioni ed opposizioni ⁽⁷⁴⁾, per poi affiancargli una legge di P.S. che assegna poteri enormi alle forze di polizia (con particolare riguardo alle dimostrazioni politiche, alla manifestazione del pensiero e ad altri momenti della vita politica del Paese), e perpetua pratiche famigerate come quella del foglio di via, dell'ammonizione ⁽⁷⁵⁾, della vigilanza speciale o del domicilio coatto: che sono

⁽⁷³⁾ Pensiamo ad alcuni autori di voci d'enciclopedia come R. CRESPOLANI, *Delitto politico*, in *Enc. Giur. Ital.*, IV. I; F. CARFORA, *Delitto politico*, in *Digesto italiano*, IX. I; Id., *Sicurezza dello Stato (delitti contro la-)*, in *Digesto italiano*, XXI. 3; A. CAPOCELLI, *Alto tradimento*, in *Enc. Giur. Ital.*, I. 2; B. PELLEGRINI, *Sicurezza dello Stato (delitti contro la-)*, in *Enc. Giur. Ital.*, XV. 2.2; e poi ad altri autori di voci connesse con il nostro problema come A. ANDREOTTI, *Bande armate*, in *Enc. Giur. Ital.*, II. I; A. BACCAGLINE, *Libertà (delitti contro la-)*, in *Digesto italiano*, XIV; A. DEL GIUDICE, *Violenza e resistenza all'autorità*, in *Digesto italiano*, XXIV; G. DE ROSA, *Sicurezza pubblica*, in *Digesto italiano*, XXI. 3; P. DUCCESCHI, *Rivoluzione*, in *Digesto italiano*, XX. 2; L. GAMBIRASIO, *Sedizione*, in *Enc. Giur. Ital.*, XV. 2; F. GIORDANI, *Vigilanza speciale dell'autorità di P.S.*, in *Digesto italiano*, XXIV; C. JACHINO, *Esplosioni di comune pericolo*, in *Digesto italiano*, X; Id., *Materie esplodenti*, in *Digesto italiano*, XV. I; N. NICOLAI, *Resistenza (diritto di-)*, in *Digesto italiano*, XX. I; B. PELLEGRINI, *Ordine pubblico (delitti contro l'-)*, in *Digesto italiano*, XVI.

⁽⁷⁴⁾ Gli attacchi a Zanardelli per la « mitezza eccessiva » del suo codice non vennero solo dal benpensantismo presente nel Paese e largamente rappresentato in Parlamento. Anche la nuova scuola dei positivisti, presentatasi come innovatrice e che spesso si compiaceva di una certa aria di « eresia » che la circondava, attaccò a fondo su questo punto. Basterà citare le pagine di C. LOMBROSO, *Troppo presto. Appunti al nuovo progetto di codice penale*, Torino, 1888, p. 14 ss., sulle quali torneremo tra breve.

⁽⁷⁵⁾ Sull'odioso strumento dell'*ammonizione* ci proponiamo di tornare in un prossimo studio, ora in preparazione, sugli istituti di polizia preventiva in Italia, anche

tutti strumenti di una *società de caserme*, piuttosto che attributi di uno Stato che si pretende liberale.

Ma questi sono solo alcuni indizi, tra tanti, di una incertezza e di alcuni timori e remore che l'entrata in vigore del codice dissiperà.

Il primo a rendersi conto del cambiamento in corso e della sua irreversibilità nei tempi brevi è, forse, proprio il Lombroso. Tutto il suo *Tropo presto*, dietro l'apparenza di critiche di settore (76)

nel quadro della legislazione speciale del 1894 e delle proposte successive. Per ora ci limitiamo ad alcuni rinvii bibliografici. In ordine cronologico ci si può riferire agli studi di G. BOLIS, *La polizia e le classi pericolose d. soc.*, cit.; L. SAMPOLLO, *Sull'ammonizione, e specialmente sulla capacità degli ammoniti*, Palermo, 1878; A. ALPI, *Sull'ammonizione pretoria e suoi relativi progetti*, Prato, 1879; P. ELLERO, *La tirannide borghese*, Bologna, 1879, p. 242 ss.; G. PATTI, *Ammonizione preventiva*, in *Il Filangieri*, IV (1879), p. 551 ss.; L. LUCCHINI, *Gli istituti di polizia preventiva in Italia*, Torino, 1881; V. LOLLINI, *L'ammonizione e il domicilio coatto*, Bologna, 1882; F. GIORIO, *Ricordi di questura*, Milano, 1882; I. SERRA, *L'avvertimento giudiziario surrogato all'ammonizione*, in *Giurisprudenza italiana*, 1886, col. 149; G. GAGLIER, *Sul riordinamento dell'ammonizione di P.S.*, in *Manuale del Funzionario di P.S.*, XXV (1887), p. 73 ss.; L. GHIRELLI, *Considerazioni sulla legge di Sicurezza Pubblica*, Napoli, 1887, che fa seguito ad uno scritto dal titolo *Legge di P.S. pel Regno d'Italia. Commento e voti*, n.l., n.t.; S. DE LUCA CARNAZZA, *La nuova legge di p.s.*, Catania, 1889; E. FERRI, *Sull'ammonizione*, in *Archivio di Psichiatria*, X (1889), p. 21 ss.; C. GATTESCHI, *Dell'ammonizione di p.s.*, Firenze, 1889, preceduto dallo scritto *Sull'ammonizione giudiziaria*, nel *Monitore dei Pretori*, VII (1881); A. AVIGLIANO, *La nuova legge sull'ammonizione*, Lanciano, 1890; S. MERLINO, *L'Italie telle qu'elle est*, cit., (cap. III: *Police et tribunaux*, pp. 138-204); G. GALASSI, *Sulla condizione giuridica degli ammoniti secondo la legge cessata, di fronte alla legge nuova*, in *Monitore dei Pretori*, XVI (1890); T. BERTOLLI, *Dell'ammonizione secondo la legge di P.S. del 20 giugno 1890*, Torino, 1892; A. CARCANI, *L'ammonizione, qual è, quale è stata e quale dovrebbe essere*, in *Foro penale*, III (1895), p. 7 ss.; G. APPIANI, *Ammonizione ed amnistia*, in *Foro penale*, V (1896), p. 25 ss.; A. SACCONI, *La legge di Pubblica Sicurezza*, Milano, s.d., ma 1910. Infine, oltre alla precisa voce *Ammonizione* dettata da L. LUCCHINI, per il *Digesto Italiano*, III.I, p. 27 ss., gli scritti di settore di E. CIMARELLI, *L'art. 45 del regolamento sulle ammonizioni e sul domicilio coatto*, in *Manuale del funzionario di P.S.*, XXVI (1888), p. 8 ss.; L. DE SANTIS, *L'obbligo degli ammoniti a non frequentare pubblici ritrovi, rispetto alla abolita ed alla nuova legge di p.s.*, in *Monitore dei Pretori*, XVI (1890), p. 170 ss.; L. CARULLI, *L'art. III della legge di P.S.*, in *Cassazione Unica*, VIII (1890), vol. 7, col., 948 ss.; G. BERNARDI, *L'ammonizione e l'art. 133 della nuova legge di P.S.*, in *Monitore dei Pretori*, XV (1889), p. 345 ss.; G. MAINELLI, *L'ammonizione e l'art. 133 della nuova legge di P.S.*, in *Monitore dei Pretori*, XV (1889), p. 289 ss.

(76) Lombroso critica, come abbiamo già detto, la « mitezza eccessiva » del sistema delle pene e l'abolizione incondizionata della pena di morte (per lui, la questione della pena di morte è « uggiosa, bizantina e improntata di falso sentimentalismo »). Considera però

nasconde in realtà una recriminazione di fondo: essere maturato il momento della codificazione quando ancora non si erano sufficientemente affermate le rivendicazioni teoriche della sua scuola.

« Se non ci crediamo abbastanza forti — egli dice — per imporre alle masse e a chi le rappresenta, le nostre opinioni, crediamo però di esserlo abbastanza per chiedere che: una volta una riforma si debba fare, si aspetti a farla; provvedendo intanto per le grandi urgenze con una legge sulle carceri e sulla polizia: *aspettando che le nostre conclusioni siensi potute discutere e giudicare* » (77).

Lombroso teme due cose, puntualmente verificatesi: primo, che il codice cristallizzi un tipo di dottrina a lui ostile, inchiodando nell'ordinamento, con un equilibrio delicatissimo di dosaggi e compromessi, un complesso non facilmente rimovibile di principi e metodologie tradizionali (o classico-liberali); secondo, che dagli equilibri realizzati nel codice rinasca poi, come in realtà avvenne, una *battaglia sull'uso del codice*, il quale appare facilmente strumentalizzabile, proprio grazie ai suoi connotati di ambiguità.

Lombroso sa che questo secondo fenomeno lo costringerà a battersi su di un terreno che non gli è congeniale (schematizzando: quello delle scelte di contenuto, tra una componente conservatrice

una « acerbità inutile » la speciale previsione di reato operata per l'aborto o per l'adulterio, e sbagliata, perché troppo dura, la punizione per l'infanticida (perché « il danno immediato causato dall'infanticidio... consiste nella soppressione di una esistenza che è così minacciata e nello stesso tempo minacciosa: minacciata per la frequenza di nati morti illegittimi e per la mortalità che colpisce più tardi il trovato ed in genere il fanciullo non allevato dalla propria madre; minacciosa per l'infamia che porta a questa » (p. 38).

Lamenta la punizione per chi istiga al suicidio o lo favorisce (« la biologia dimostra che nella lotta per l'esistenza soccombono i più deboli, i meno atti alla vita sociale; ed una appunto delle forme di questa sconfitta è il suicidio, che, al dire di Haeckel, è una valvola di sicurezza per le generazioni future, cui risparmia un triste e fatale retaggio di nevrosi, cioè di dolore » (p. 38): e nello stesso ordine di idee vorrebbe che venisse fatto rientrare anche l'omicidio del consenziente.

Critica a fondo il sistema carcerario postulato dal codice (« la mitezza vi ha preso proporzioni pericolose »), rilevandone — stavolta a ragione — l'impraticabilità. Ma il suo dissenso più radicale si esprime sull'unicità del codice; ne avrebbe voluti tre, uno per ognuna delle tre zone storiche dell'Italia, il nord, il centro e il sud con le isole. Si può ben dire che la « scienza » di Lombroso, cavallo di battaglia dei suoi discorsi ed *argumentum terribile* delle sue polemiche, non avesse molto a che fare con la realtà e con la storia che pure non mancavano nell'attrezzatura retorica sua e della sua scuola.

(77) C. LOMBROSO, *Troppo presto*, cit., p. 70.

con la quale egli spesso concorda, ed una componente riformista, alla quale dichiara di sentirsi più vicino).

In realtà, e cercheremo di mostrarne gli indizi, Cesare Lombroso e la scuola positiva verranno a trovarsi in una posizione dottrinale che — vista sotto il profilo oggettivo e senza fermarsi alle scelte di metodo dichiarate — apparirà come la reale « terza scuola » di questo periodo: almeno per quanto concerne i reati politici.

Ma quali sono gli altri due poli dottrinali ai quali il dibattito sul codice ormai vigente darà spazio?

Superate le grandi questioni teoriche (la posizione negativa di Carrara o la pregiudiziale liberale di Pessina e dello stesso Zanardelli) con il compromesso realizzato *nel* codice, la « scuola classica » o ciò che ne resta e che così definiamo per comodità, realizza *con* il codice anche una operazione *ad excludendum* di certe radicali obiezioni che le venivano dalla agguerrita pattuglia positivista.

La battaglia « scientifica » è sostanzialmente vinta, e con il primo gennaio del 1890 cade anche gran parte dell'interesse alla *querelle* su quel genere di questioni. Si tratta ora di gestire il risultato del lungo lavoro degli anni ottanta.

È allora su questo terreno che si ricostituisce un « fronte » unitario delle forze d'ordine che si erano in qualche misura slegate e disarticolate nel momento dello scontro dottrinale. Gli schieramenti riprendono a formarsi non dividendosi più sulle metodologie (o prevalentemente, o apparentemente, su di esse) ma sulle prospettive di applicazione e di uso dello strumento legislativo, posto che anche le realtà politiche e sociali degli anni della preparazione subiscono in quelli dopo il '90 alcuni precisi e decisivi cambiamenti.

Emerge poi, sull'altro lato, per opera di giuristi spesso formati alla scuola dei Carrara o dei Pessina, ma aperti all'influenza di uomini come Enrico Ferri, una tendenza che definiamo — anche qui per comodità — « socialista » ⁽⁷⁸⁾.

Lo scontro avviene dunque tra « tendenze », ma bisogna subito

(78) Una definizione sicura del « socialismo giuridico » italiano, allo stato degli studi sulla questione, è cosa assai difficile. Più difficile ancora è ritagliare all'interno di quel movimento la sua componente penalistica, e noi non cercheremo di farlo in questa sede. A noi basterà individuare a valorizzare certe *tendenze* all'interno del dibattito giuridico sui reati politici per poter tracciare un quadro dinamico della situazione che dia

mettere innanzi alcune cautele. In primo luogo non siamo in presenza di due schieramenti omogenei, rigidi e perfettamente contrapposti: assistiamo infatti a frequenti cambiamenti di fronte, constatiamo molti casi di eclettismo (anche politico) e verificchiamo più di un episodio di « pendolarismo » tecnico e non solo tecnico. In secondo luogo non si tratta di uno scontro radicale tra chi difende il sistema e chi vuole rovesciarlo: tutta la dialettica si svolge *nel sistema*, entro i confini dei principi codificati, ed ha per unico oggetto — o quasi — l'uso applicativo della norma ormai stabilita.

Solo raramente, e quasi all'unico scopo di acquistare maggior forza nella discussione, qualcuno gioca la carte della « riforma penale », in senso « democratico » (o regressivo, a seconda dei casi), ma sempre badando a non scardinare il sistema in quanto tale.

In sostanza, il tipo di scontro al quale assistiamo realizza di nuovo la scissione di ciò che si era voluto mediare e conciliare nel codice; onde ritornano allo scoperto — da un lato — gli interessi della classe dominante e la sua necessità di usare il diritto penale per la conservazione del proprio potere; dall'altro, le spinte contrapposte provenienti dalle classi soggette, destinate a scontrarsi con la logica del codice ed a rivendicarne una applicazione moderata, non avendo ancora la forza di pretenderne la riforma. Il numero veramente grande di giuristi « socialisti » che si occuparono *expresse* di reati politici sta poi a mostrare, crediamo, come la questione fosse decisiva nella battaglia per la conquista di maggiore libertà (e quindi di più potere) da parte delle classi subalterne; o almeno mostra come fosse ritenuta tale, non foss'altro che per l'esperienza quotidiana della repressione fatta da tanti di essi, nei partiti democratici ed operai.

la misura — al livello della dottrina — di uno scontro che esisteva certamente al livello delle forze sociali.

Su alcuni punti caratterizzanti di questo fenomeno dottrinale si possono tuttavia vedere le rapide (e certo per questo non sempre precise) annotazioni di G. NEPPI MODONA, *Una « scuola » dimenticata: il socialismo giuridico nel diritto penale*, in *Giustizia e Costituzione*, 1971, fasc. 4, pp. 29-33, che chiariscono per grandissime linee il senso dell'opera di penalisti come Michele A. Vaccaro, Pietro Ellero, Alfredo Pozzolini o Carlo Manes, Ma crediamo sia anche opportuno rinviare il lettore al prossimo fascicolo di questi *Quaderni fiorentini*, ora in preparazione ed interamente dedicato al « socialismo giuridico » [n.r.: vol. 3/4 (1974/75)].

5. *Giuristi, legislatori e giudici in un calcolato gioco delle parti.*

Prima di entrare nel merito delle discussioni che fecero seguito al codice dopo l' '89, sarà bene tornare per un momento alla pubblicistica che immediatamente lo precedette.

Abbiamo già avuto modo di accennare alla debolezza di sintesi come quella operata da Barsanti. Ciò non toglie che, come spesso accade, quelle sintesi abbiano avuto qualche successo e che dietro la tecnica della « rassegna » delle opinioni si celassero reali prese di posizione destinate ad avere poi seguito concreto.

C'è nello studio di Pio Barsanti, per esempio, una serie di « premesse » nei confronti di alcune posizioni di conservazione e d'ordine che si esprimeranno dopo il '90.

Il giurista maceratese non manca di esplicitezza. Per lui « il fondamento del reato politico è nell'offesa alla libertà dei consociati, e più in concreto, alla libertà *della maggioranza* » (79). Sotto il profilo del suo oggetto, il reato politico è quello

potenzialmente capace di offendere e di attaccare, o direttamente o indirettamente, quell'organismo politico dello Stato che è accolto e voluto dalla coscienza giuridica *della maggioranza* (80)

e infine, con un passo aggiunto nella seconda edizione del suo studio, chiarisce che

in senso lato il reato politico è qualunque atto esecutivo che si manifesta coi caratteri della violenza e della frode, potenzialmente capace di offendere l'essere, l'integrità del territorio, l'autonomia dello Stato... o il modo di essere, la forma, l'ordinamento, i *pubblici poteri*... sia nei rapporti interni sia nei rapporti esterni; atto esecutivo posto in essere con *intenzione diretta o indiretta, positiva o negativa* di offendere e di attaccare lo Stato o il suo modo di essere (81).

C'è in queste brevi definizioni una precisa ideologia del reato

(79) P. BARSANTI, *Del reato politico*, cit., (ediz. 1887), p. 43.

(80) P. BARSANTI, *Del reato politico*, cit., p. 85.

(81) P. BARSANTI, *Del reato politico*, in *Trattato teorico e pratico di diritto penale* (1888), cit., p. 315.

politico inteso come strumento di difesa non solo della *classe dominante*, delle forme di governo che essa ha scelto e di tutti gli strumenti ausiliari del suo potere, ma anche della *classe politica* in quanto tale, cioè del potere di coloro in particolare che gestiscono la cosa pubblica in un determinato momento.

Il discorso, poco ricco di sfumature, lascia trasparire un'idea di Stato non astratta o feticistica, ma coincidente con la *maggioranza*: nozione abbastanza generica che vale solo per il discorso indiretto che propone: essere cioè il sistema dei reati politici rivolto istituzionalmente contro le minoranze ⁽⁸²⁾.

Dall'altra parte, il realizzarsi dell'infrazione politica in presenza di « un'intenzione diretta o indiretta, positiva o negativa » lascia margini più che sufficienti ai « pubblici poteri » per intervenire a discrezione.

Teniamo allora presenti queste prospettive e volgiamo per un momento lo sguardo ai lavori per il codice.

Nella seduta della Commissione definitiva ⁽⁸³⁾ del 28 febbraio 1889, il commissario Arabia ⁽⁸⁴⁾ chiede che nella rubrica del titolo I, libro II, si scriva « *dei delitti politici*, affinché si sappia — prose-

⁽⁸²⁾ Questa semplificazione non è nuova nella dottrina. Non ricordato da Barsanti, l'aveva già espressa E. BRUSA, *Del delitto politico*, cit., p. 92: « Tacito o espresso il consentimento dei consociati, esso sta alla base non solo dei rapporti di diritto politico, ma anche dei rapporti di diritto individuale o sociale mero. In una parola legge morale e giuridica è fra i consociati *quella, sola delle maggioranze* formate dai consensi taciti od espressi, consensi guadagnati per le vie della persuasione soltanto, od anche con altri mezzi, che nelle circostanze di fatto vi sono intrecciati insieme. In conclusione, posti la società e il Governo per farla ordinata e sicura, sorgono insieme due diritti e con essi la possibilità dei relativi delitti, il comune e il politico... ».

⁽⁸³⁾ Istituita con il R.D. 13 dicembre 1888 « con l'incarico di proporre le modificazioni da introdursi nel testo del codice penale... per emendarne le disposizioni e coordinarle tra loro e con quelle degli altri codici e leggi dello Stato, tenuto conto dei voti espressi in proposito nel Parlamento ».

⁽⁸⁴⁾ Francesco Saverio Arabia era consigliere di Cassazione a Napoli. Giurista di buon talento, si occupò di questioni processuali (in particolare del problema delle giurie) e fu autore di alcuni fortunati scritti di commento, prima al progetto del codice (*Del codice penale italiano*, in *Atti dell'Accademia di scienze morali e politiche*, XXI (1887), p. 71 ss.) e poi al codice stesso (*I principii del diritto penale applicati al codice penale italiano*, Napoli, 1891 e *Sull'applicazione del codice penale italiano* (memoria), Napoli, 1893).

gue — che i delitti in esso compresi debbano ritenersi reati *politici*. Nel Codice — aggiunge — si parla di reati politici ed in nessun luogo poi si dice quali essi siano. Il che sarebbe importante specialmente pel caso dell'extradizione »⁽⁸⁵⁾.

Il primo ad opporsi a questa proposta è il presidente Eula⁽⁸⁶⁾ (il suo timore è che si possa pensare che gli unici reati politici siano quelli contemplati in quel titolo), e gli viene in aiuto Emilio Brusa dicendo chiaramente che « essendo impossibile definire i delitti politici, è miglior partito omettere qualsiasi indicazione e qualsiasi definizione. D'altronde — aggiunge poi — non è neppure necessario dichiarare in questo titolo che esso comprende delitti politici. I delitti contro la sicurezza dello Stato non possono non essere delitti politici. E sarebbe pericoloso, come è stato di già osservato, il dire che qui si tratta di delitti politici, perché si escluderebbero da tal novero quelli che indubbiamente pur sono politici, come a mo' d'esempio, i reati di broglio elettorale, se commessi in elezioni politiche »⁽⁸⁷⁾.

C'è dunque un andamento parallelo che avvicina la teorizzazione dottrinale alla pratica del legislatore, entrambe suggellate poi nella prassi reale dall'intervento dei giudici.

Noi vediamo la dottrina (conservatrice) tendere ad allargare l'area dei reati politici fino ai limiti estremi consentiti (il che vuol dire estendere al massimo la zona di potere politico direttamente protetta), ma la ritroviamo sempre pronta a chiudersi in un discorso fortemente limitativo ogni volta che le esigenze della repressione lo

⁽⁸⁵⁾ F.S. ARABIA, *Intervento 28 febbraio 1889*, in *Verballi della Commissione istituita, con Regio Decreto 13 dicembre 1888*, Roma, 1889, p. 245 (verbale n. XVI, seduta del 28.2.1889).

⁽⁸⁶⁾ Lorenzo Eula, senatore e magistrato, era stato eletto alla presidenza della Commissione in ragione del fatto che il ministro Zanardelli (presidente nominato dal re) aveva dichiarato di non intervenire alle sedute « volendo lasciar libera la commissione stessa nella scelta del suo presidente, nella determinazione dell'ordine dei suoi lavori e nella discussione »; contemporaneamente erano venute meno le due vice-presidenze (il Vigliani era « trattenuto da impedimento » e Pasquale Stanislao Mancini era morto poco tempo prima dell'insediamento).

⁽⁸⁷⁾ E. BRUSA, *Intervento 28 febbraio 1889*, in *Verballi della Commissione*, cit., p. 245.

richiedano. Si va cioè dalle restrizioni di un Miraglia ⁽⁸⁸⁾, fino alle decise estensioni di un Masucci ⁽⁸⁹⁾, o si passa per zone poco definite e sostanzialmente elastiche come quella delineata da Barsanti; tutti questi atteggiamenti hanno in vista l'efficienza della repressione, al punto di essere spesso condizionati — se non esclusivamente determinati — da episodi particolari e fenomeni contingenti.

Ci si aspetterebbe allora dal codice che risolvesse questa incertezza.

Invece noi vediamo i legislatori evitare accuratamente di prendere posizione e caldeggiare apertamente la soluzione equivoca, lasciando all'ulteriore lavoro della dottrina il compito di accentuare l'incertezza, per dare tutto lo spazio possibile al successivo intervento giudiziario. E la sede stessa (la Commissione), diversa da quella degli studi (che inviterebbe al rigore o alla tergiversazione tecnica) e che non è neanche quella del dibattito parlamentare pubblico (che inviterebbe alla cautela o all'accorgimento tattico), scopre le carte di questa operazione, mostrando gli uomini d'ordine quasi nella disarmata intimità delle loro escogitazioni strumentali.

Il tacito mandato ai giudici di dipanare caso per caso questa matassa ci sembra evidente. Nessuno meglio di una magistratura organica al sistema, dipendente in modo sostanziale dal potere politico, o comunque con esso connivente, può essere delegato a valutare ogni situazione, le persone coinvolte, gli interessi messi in pericolo, l'entità delle forze in campo ed ogni altro elemento tra quelli che devono essere considerati quando si tratta di difendere il sistema politico-sociale su cui riposa il potere costituito.

Così come è chiaro, invece, che una norma precisa, garantista e tassativa, sarebbe strumento cieco — e perciò infido — destinato a fare in prospettiva il gioco degli avversari.

Del resto, il rinvio al momento giudiziario di questo genere di decisioni riposava su di una esperienza ormai annosa e rassicurante.

Aveva cominciato la Cassazione di Napoli, con un intervento del

⁽⁸⁸⁾ G. MIRAGLIA, *Intorno al carattere differenziale tra i reati politici ed i comuni*, cit., spc. pp. 759-760.

⁽⁸⁹⁾ L. MASUCCI, *Studio intorno alla natura dei reati politici*, cit., p. 376 ss.

1868 più volte ripreso e richiamato dalla dottrina ⁽⁹⁰⁾ a stabilire i primi punti di orientamento sulla questione;

Attesoché evidentemente erronea è la dottrina, che sia politico l'attentato diretto a portare la devastazione, la strage o il saccheggio contro un comune una classe di persone, sol perché scritto sotto il titolo dei reati contro la sicurezza interna dello Stato; a prescindere che la natura dei reati non sempre si può desumere dalla classificazione nei codici, tutti i reati politici sono contro lo Stato, ma non tutt'i reati contro lo Stato sono politici ⁽⁹¹⁾.

Questa massima conferma l'osservazione espressa poco fa. In realtà in essa si chiarisce solo in apparenza l'essenza dei reati politici: anzi, la complicazione che ne deriva è assoluta, e l'unico risultato oggettivo che ne nasce è il rinvio incondizionato di ogni loro definizione all'interpretazione, caso per caso, effettuata dai giudici; il che, in altri termini, corrisponde all'avocazione giudiziaria della competenza (del *quando*, dell'*an* e del *quantum*) in ordine alla repressione della devianza politica.

Due parole di commento ravvicinato: la Cassazione di Napoli comincia con lo sfilare via dal sistema di riferimento per l'individuazione del reato politico l'unico dato certo (quello che, come tale, preoccuperà in seguito gli Eula o i Brusa): non è detto che un reato sia politico — essa dice — sol perché scritto sotto il titolo dei reati contro la sicurezza interna dello Stato ⁽⁹²⁾. Quindi esprime una massima perfettamente rovesciabile e sostanzialmente banale, tutta incentrata su di una nozione di reati politici che resta accuratamente indefinita. L'affermazione « tutt'i reati politici sono contro lo Stato » può anche essere convincente, ma a parte il fatto che negare il

⁽⁹⁰⁾ Tra gli altri, A. CAPOCELLI, *Alto tradimento*, cit., p. 1905; P. GRIPPO, *Dei reati di guerra civile*, cit., p. 583; G. MIRAGLIA, *Intorno al carattere differenziale tra i reati politici ed i comuni*, cit., p. 758.

⁽⁹¹⁾ Cass. Napoli, 1 luglio 1868, in A. CAPOCELLI, *Alto tradimento*, cit., p. 1905.

⁽⁹²⁾ Non sfugge l'obiettivo *jeu des rôles* messo in atto da giudici e legislatori. « ...Erronea è la dottrina che sia politico l'attentato... sol perché scritto sotto il titolo dei reati contro la sicurezza interna dello Stato... », dice la Cassazione. Fa eco il commissario Emilio Brusa: « ...non è neppure necessario dichiarare in questo titolo che esso comprende delitti politici. I delitti contro la sicurezza dello Stato non possono non essere delitti politici... ».

reciproco significa — in questo caso — rimettere in discussione la premessa, resta che nessuno può dire in base ad essa quali siano i reati politici. Il che, nel sistema penalistico-politico che precede il codice Zanardelli, non era cosa da poco ⁽⁹³⁾.

Da tutto questo discorso emerge, crediamo, un evidente *gioco delle parti*. La dottrina non specifica la nozione del reato politico (o meglio, è *divisa* sulla sua definizione, il che equivale a *nessuna definizione*), quindi il legislatore *non definisce* (Brusa), e procura che non si possa pensare all'esistenza nel codice di una seppur indiretta definizione (il discorso di Eula ripreso da Brusa); però il legislatore infila nel codice la terminologia « reato politico » (es., art. 9 c.p.) e la stessa circola normalmente nell'ordinamento (es., decreti di amnistia); chiude il circolo la Cassazione, che pure non definisce, creando — al contrario — *un sistema aperto a tutte le soluzioni*. Siamo in presenza di un vero e proprio *cache-cache*, nel quale spicca emblematicamente la figura di Emilio Brusa che era, *et pour cause*, insigne giurista, senatore e giudice di cassazione.

La delega ai giudici si qualifica allora in modo preciso: essa non serve ad assegnare alla decisione di un corpo dello Stato una questione irrisolta; essa serve a lasciare provvidenzialmente irrisolta la questione, rinviandola alla sola istanza del potere che per la natura del suo ruolo (per es., il fatto di provvedere *per interpretationem*), per le sue varie articolazioni (non tutti i giudici, e non tutti i livelli di giurisdizione, si esprimono allo stesso modo) ⁽⁹⁴⁾, per la credibilità tecnica che essa conserva anche quando si contraddice, può lasciarla aperta a tempo indeterminato, pronunciandosi su di essa innumerevoli volte, senza definirla mai una volta per tutte.

⁽⁹³⁾ Questa sentenza non restò isolata, ma venne specificata, accentuata — ed anche contraddetta — dalla giurisprudenza successiva. Ed era proprio il sistema generale ricavabile da quegli orientamenti giudiziari a costituire la più sicura base di garanzia per i rinvii del legislatore.

⁽⁹⁴⁾ Alle varie articolazioni orizzontali e verticali si aggiunse — fino alla loro unificazione — la presenza di cinque Corti di Cassazione (Torino, Firenze, Napoli, Palermo, Roma) e quindi la polivocità degli orientamenti giurisprudenziali emessi da quel livello.

6. *I penalisti « socialisti » tra dissenso e connivenza.*

È tempo ora di riallacciare alle ultime osservazioni il discorso sulle tendenze dottrinali che prendono forma dopo l'apparizione del codice Zanardelli.

Un fenomeno si manifesta immediatamente, al solo scorrere l'inventario dei contributi dottrinali: la sostanziale scomparsa di una dottrina d'ordine o regressiva, unita alla preponderante presenza teorica dei giuristi « socialisti », radicali o della scuola positiva.

Si è infatti realizzata una singolare sintesi di effetti e fenomeni, riconducibili essenzialmente a tre momenti che vogliamo ora velocemente delineare con deliberata forzatura schematica.

In primo luogo una sorta di « effetto codice », che ha portato ad una polarizzazione dei contributi dottrinali ed ha allontanato la dottrina « centrista » dalla problematica dei reati politici.

Noi vediamo alcuni giuristi riconducibili a quest'ultimo schieramento (peraltro mediocri, come Francesco G. S. Lombardi⁽⁹⁵⁾, Filippo Manduca⁽⁹⁶⁾, Luigi Masucci⁽⁹⁷⁾ ed altri minori⁽⁹⁸⁾, o appena di migliore fama come Giulio Crivellari⁽⁹⁹⁾), concentrarsi nel commento al codice; allo stesso tempo, constatiamo come l'interesse notevole espresso dai giuristi più moderati per i reati politici prima del 1889 (dovuto alla volontà di condizionare il legislatore e

⁽⁹⁵⁾ F.G.S. LOMBARDI, *I delitti di Stato nella storia, nella legislazione e nel codice italiano*, Ariano, 1900.

⁽⁹⁶⁾ F. MANDUCA, *Il nuovo codice penale italiano e i suoi criteri organici*, Milano, 1894. Il M. si mostra tuttavia sensibile alle idee positiviste.

⁽⁹⁷⁾ L. MASUCCI, *Il codice penale italiano studiato con la guida della storia, del diritto, della dottrina, della legislazione comparata e della giurisprudenza*, Napoli, 1891-96.

⁽⁹⁸⁾ Ricordiamo E. PINCHERLI, *Il codice penale italiano annotato*, Torino, 1890; G. A. PUGLIESE, *Il nuovo codice penale italiano*, Trani, 1890; F. S. ARABIA, *I principi del diritto penale applicati al codice penale italiano*, cit.; P. TUOZZI, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice d'Italia*, Napoli, 1893 (con particolare riguardo al vol. terzo); R. CRESPOLANI, *Delitto politico*, cit., e *Dei delitti contro i poteri dello Stato (articoli 117 a 127)*, in *Supplemento della Rivista penale*, VII (1898), pp. 44-98; P.E. FROLA, *Delle ingiurie e diffamazioni specialmente in tema di stampa secondo il codice penale italiano*, Torino, 1890, p. 185 ss. Nella edizione del 1903, un intero capitolo è dedicato alle *Offese all'ordine politico e sociale*.

⁽⁹⁹⁾ G. CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia interpretato sulla scorta della dottrina, delle fonti, della legislazione comparata e della giurisprudenza*, Torino, 1890-1898, spc. i voll. V e VII.

di determinare la nascita di un codice « moderato »), viene meno dopo quella data ⁽¹⁰⁰⁾, restando affidata al codice stesso ed ai giudici, in quanto delegati ad « amministrarlo », la funzione di difesa e conservazione dello *status quo*.

Di segno contrario, ma legato alla stessa origine, l'effetto che il codice ha sui giuristi non omogenei al sistema: essi intensificano i loro interventi nel tentativo di spostare, con il peso di una massiccia produzione interpretativa, gli equilibri in esso stabiliti. Senza contare il fatto che sono sempre quei giuristi a dover intervenire per rispondere alla gestione regressiva delle norme dell'89, messa in atto dalla magistratura in modo sempre più scoperto man mano che ci si allontana da quella data.

Più di una volta vedremo come l'intervento del penalista « progressista » sarà dedicato non tanto a far slittare su di un terreno più favorevole alle classi subalterne l'area di incidenza della norma del codice, quanto piuttosto a recuperare la norma stessa, spostata su posizioni più arretrate (resa più repressiva, o spogliata della sua formale « neutralità »), dall'operato dei vari livelli del potere giudiziario.

Da ultimo il tentativo positivista, al cui disegno strategico abbiamo già accennato, con la sua aspirazione a mediare tra le posizioni in campo, spostando lo scontro dottrinale su di un piano diverso da quello del dissenso ideologico e politico.

La sostanziale latitanza di una dottrina moderata, se ci permette

⁽¹⁰⁰⁾ Gli interventi *specifici* sulle questioni del reato politico all'interno di questa tendenza politico-dottrinale si fanno veramente rarissimi. Oltre al già citato articolo di F. G.S. LOMBARDI, abbiamo la prolusione pisana di G. VACCHELLI, *Concetto giuridico del diritto politico*, Pisa, 1899, nella quale si adombrano elementi che verranno poi sviluppati e valorizzati dalla scuola tecnico giuridica; un saggio di B. CINI, *Il reato politico e particolarmente l'attentato alla vita del Capo dello Stato in rapporto all'estradizione*, Monteverchi, 1900, che si riduce ad una sciatta rielaborazione di motivi già largamente presenti negli scritti — di dieci o venti anni prima — di Pio Barsanti o di Emilio Brusa. Apparirà più tardi il cospicuo studio di G. NAPODANO, *I delitti contro la sicurezza dello Stato*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, dir. da E. PESSINA, VI, Milano, 1909, pp. 1-234, abbastanza (e significativamente) aperto alle impostazioni, per esempio, di Nocito e Florian, secondo quello che era lo stile intellettuale *in primis* del direttore della pubblicazione Enrico Pessina, ma troppo impegnato a descrivere e commentare — *ad verbum* — gli articoli del codice da 104 a 138, per dare la misura di un reale impegno politico-dottrinale.

di evitare l'esame di dettaglio delle posizioni espresse da qualche esponente minore, non ci esime però da altre due considerazioni. La prima è che più di un sostegno al sistema penalistico in quanto tale — e quindi all'assetto politico-sociale che lo esprime e che ne è giuridicamente tutelato — viene paradossalmente proprio dai radicali o dai socialisti.

In alcuni caso (la persecuzione *ultra legem* del movimento anarchico, per fare un solo esempio) c'è addirittura una coincidenza perfetta tra le due tendenze; in altri, il sostegno è più implicito, connesso, più che alle scelte di campo, all'accettazione sostanziale dei principi fondamentali, delle premesse metodologiche, delle ideologie generali e delle regole del gioco, espressa anche dai giuristi non omogenei all'*establishment*. Del resto, l'attitudine difensiva che caratterizza questi ultimi nella loro opera dottrinale, ha *come presupposto* l'accettazione del sistema e l'assunzione del terreno dell'avversario come terreno di scontro.

Sostegno totale del sistema, ma programmatico e non occasionale, è poi quello espresso dalla nuova scuola positiva, attestata su posizioni apparentemente alternative o presentate (e da molti avvertite) come innovatrici, ma essenzialmente funzionali alla conservazione e garanzia dell'assetto sociale esistente.

La seconda riguarda il ritorno in campo, a partire dagli anni intorno al 1910, della dottrina che abbiamo definito, per intenderci, « moderata ». Corifei di questo ritorno, Arturo Rocco⁽¹⁰¹⁾ e Vincenzo Manzini⁽¹⁰²⁾, presto seguiti da altri autori, nell'ambito di quello che si presentava come l'indirizzo tecnico-giuridico.

Noi non arriveremo, per nostra scelta cronologica, fino a trattare questo indirizzo. Quel che ci basta notare qui è che Rocco e Manzini

⁽¹⁰¹⁾ Con la sua prolusione sassarese del 1910 (*Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, pubblicata nella *Rivista di diritto e procedura penale* (1910), e poi in *Opere giuridiche*, III, Roma, 1933, p. 263 ss.), Arturo Rocco dà la prima veste ufficiale all'indirizzo tecnico-giuridico nella scienza penalistica italiana. Ribadirà poi con maggiore organicità e compiutezza il suo orientamento con *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, che è del 1913.

⁽¹⁰²⁾ Vincenzo Manzini pubblica nel 1911, a Milano, il suo *Trattato di diritto penale italiano*, composto di nove volumi, il quarto dei quali è dedicato ai *Delitti contro la sicurezza dello Stato*. Tuttavia il Manzini dell'indirizzo tecnico-giuridico risalta assai meglio nella seconda edizione del *Trattato*, pubblicata a Torino dal 1920 al 1923.

recupereranno lo spazio di conservazione espresso storicamente dalla scuola classica, accentuandone il ruolo frenante e d'ordine con una doppia operazione: da un lato accusando la scuola classica, nei suoi esponenti storici, di giusnaturalismo, razionalismo, dipendenza metafisica e mancanza di realismo giuridico; togliendo con ciò fondamento alle spinte liberali, riformistiche e spesso antiautoritarie che essa aveva espresso. Dall'altro agganciando la scienza del diritto penale al solo diritto vigente e positivo, cosa che equivale a condurla sulla via della contemplazione dell'esistente, della glossa a ciò che è dato, dell'ossessione tecnicistica, della fuga dalla grande stagione della penalistica *engagée*, e quindi del rifugio nella liturgia delle esercitazioni sui « dogmi », quasi in una scimmiettatura del *mos* dei civilisti.

Si passa cioè dalla grande penalistica civile espressa emblematicamente da Carrara, a quella sorta di civilistica penale tentata studiatamente da Manzini.

Il diritto penale, ancorato saldamente ai 498 articoli del codice e tutto risolto in essi, diviene per ciò stesso uno strumento di assoluta garanzia dell'ordine dato. Così, dietro la cortina fumogena della tecnica ribaltata in scienza, si affermerà l'egemonia dottrinale di Vincenzo Manzini, autentico « man for all Seasons », e con essa tornerà la quiete anche nelle agitate questioni del diritto penale politico ⁽¹⁰³⁾.

Abbiamo detto del gran numero di giuristi « socialisti », o

⁽¹⁰³⁾ La schematicità e la semplificazione che il lettore scorgerà in queste nostre ultime annotazioni, sono da noi avvertite e tuttavia deliberatamente accentuate. Chi scrive sa bene che il giudizio sulla scuola tecnico-giuridica non può essere ridotto all'isolamento del suo nucleo reazionario ed alla forzatura e sottolineatura della quantità di « politicità dell'apolitico » presente in essa. Tuttavia, nella dinamica di scontro tra linee di tendenza che abbiamo scelto come struttura di questo studio, lo spessore politica di ciascuna posizione deve necessariamente avere una posizione privilegiata. Ed è così che, usando il metodo di isolare gli indizi valorizzandoli *ultra modum* per renderli chiaramente eloquenti, avviene di semplificare eccessivamente fenomeni complessi o di schematizzare, forse più del consentito, processi che non si svolsero in realtà con altrettanta chiarezza e razionalità. Il dichiarato ruolo strumentale che diamo a queste « forzature » tese a delineare la dinamica delle varie ipotesi politico-giuridiche che si contendevano il campo, contribuirà — lo speriamo — a renderle accettabili.

comunque aperti alle idee riformiste e « sociali », impegnati sul tema dei reati politici dal novanta in poi.

Accantonando per il momento il problema della influenza che la scuola positiva pure ebbe su quasi tutti i penalisti che metteremo per comodità espositiva nelle file dei « socialisti » (si pensi in particolare a uomini come Enrico Ferri ⁽¹⁰⁴⁾ o Alberto Borciani ⁽¹⁰⁵⁾, militanti socialisti — furono entrambi deputati — schierati con la scuola positiva), possiamo ricordare i contributi dati da Pietro Nocito ⁽¹⁰⁶⁾,

⁽¹⁰⁴⁾ Enrico Ferri non si è mai impegnato direttamente nelle questioni che riguardano il reato politico (se si escludono una recensione al libro di C. LOMBROSO e R. LASCHI, *Il delitto politico e le rivoluzioni*, pubblicata nella *Tribuna giudiziaria* di Napoli nel 1890 ed il breve scritto *Il regicidio*, in *La scuola positiva*, X (1900), pp. 503-507). Tuttavia molte indicazioni si possono trovare nelle sue perorazioni processuali in occasione di processi politici, stampate in diverse riprese. Ricordiamo quella per il processo di Venezia del 1886 contro i contadini del mantovano accusati di « eccitamento alla guerra civile », stampata con il titolo *I contadini mantovani al processo di Venezia*, in *Difese penali e studi di giurisprudenza*, Torino, 1899, pp. 1-62; e poi ancora *I socialisti e l'art. 247 codice penale*, in *Difese penali*, cit., pp. 198-220; *Un attentato al re* (1912), in *Difese penali. Studi di giurisprudenza penale*, I, Torino, 1923², pp. 623-646; *Un accesso di febbre rivoluzionaria. L'uccisione di Scimula e Sonzini* (1922), in *Difese penali*, ult. cit., pp. 647-690.

⁽¹⁰⁵⁾ A. BORCIANI, *Delitti contro lo Stato*, in *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*, pubbl. da P. COGLIOLO, cit., pp. 3-236, e *Dei reati di ribellione*, (1887), cit.

⁽¹⁰⁶⁾ Anch'egli deputato, partecipò attivamente alla preparazione del codice ed intervenne poi con due grossi studi sulle questioni dei reati contro lo Stato: *I reati di Stato con speciale riguarda all'alto tradimento, esaminati nella legislazione, nella giurisprudenza e nella storia*, Torino, 1893, che è la ristampa autonoma della monumentale voce *Alto tradimento*, pubblicata per dispense, a partire dal 1888, nel *Digesto italiano*; e poi *Corso di diritto penale col commento delle relative leggi. Reati contro il diritto politico*, Roma, 1901.

Pietro Nocito non fu mai un socialista, malgrado avesse iniziato la sua attività politico-forense facendo parte del collegio di difesa degli internazionalisti processati a Firenze nel 1875 per i moti insurrezionali dell'anno precedente (cfr. A. ANGIOLINI, *Cinquant'anni di socialismo in Italia. Storia completa e documentata dal martirio di Carlo Pisacane (1856) al Congresso di Imola* (1902), Firenze², 1903, p. 123). Basterà, del resto, riferirsi al discorso inaugurale che egli tenne nell'Università di Roma nel 1894, pubblicato con il titolo *Lo Stato e il proletariato*, Roma, 1894. In esso Nocito nega la natura di classe dello Stato, critica a fondo socialisti rivoluzionari e riformisti, si oppone ad ogni idea di riforma agraria, ad ogni ipotesi di nazionalizzazione o di gestione socializzata. Propugna invece la soluzione mezzadrile per le campagne (p. 35), la riforma del credito agrario, « una buona legge contro l'usura » (p. 39), la riforma del contratto di pegno e di quello di prestito ad interesse (p. 41), l'incentivazione del cooperativismo (p. 44 ss.),

Luigi Majno ⁽¹⁰⁷⁾, Francesco De Luca ⁽¹⁰⁸⁾, Michele Angelo Vaccaro ⁽¹⁰⁹⁾, Carlo Manes ⁽¹¹⁰⁾, Adolfo Zerboglio ⁽¹¹¹⁾, Eugenio

una normativa per gli infortuni sul lavoro (p. 52 ss.) e l'avvio di un sistema di previdenza. Si tratta del programma minimalistico che sarà poi del socialismo bissolotiano e che era piuttosto diffuso nelle teorie sociali dei giuristi (cfr., più avanti, il « programma » di R. Laschi). Esso dimostra, tuttavia, quanto fossero compositi e contraddittori i ranghi del nostro *Kathedersozialismus*.

⁽¹⁰⁷⁾ Deputato di Milano, Luigi Majno era « giurista di valore e socialista della prima ora », secondo l'opinione di E. CIACCHI, espressa nella rielaborazione di A. ANGIOLINI, *Socialismo e socialisti in Italia. Storia completa ed imparziale del movimento socialista dal 1850 fino al Congresso di Bologna del 1919*, Firenze, 1919, p. 1137 (si tratta del vecchio lavoro di Angiolini, al quale Ciacchi ha aggiunto alcuni aggiornamenti ed ha cambiato il titolo).

Il suo più importante contributo giuridico è certamente il *Commento al codice penale italiano*, Verona, 1890-96, ripubblicato molte volte in seguito per la notevole diffusione che sicuramente ebbe. Noi ci siamo serviti della terza edizione, torinese, che è del 1911.

⁽¹⁰⁸⁾ F. DE LUCA, *Teorica del punire e dei reati di Stato, con brevi note sul codice penale italiano*, Catania, 1897, e poi, tre anni dopo, *L'anarchia nella sociologia e nella legge penale*, in *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, I (1900), pp. 397-412.

Egli stesso fa riferimento al suo impegno politico (girai la Sicilia, scrive, « per ragioni di propaganda politica, d'organizzazione proletaria e di giornalismo ») in uno scritto, *L'elemento storico nei reati di libidine*, pubblicato negli *Studi Ciccaglione*, II, Catania, 1910, p. 74. Delle persecuzioni poliziesche e giudiziarie cui fu fatto segno all'epoca del processo De Felice per l'insurrezione dei « fasci », ci parla N. COLAJANNI, *Gli avvenimenti di Sicilia e le loro cause*, Palermo, 1895, p. 365 ss.

⁽¹⁰⁹⁾ Il suo libro più importante, *Genesi e funzione delle leggi penali*, Torino, 1888, ebbe peso notevole nel dibattito penalistico italiano. Critico nei confronti della scuola positiva (quasi unico in questo tra i socialisti giuristi), Michele Angelo Vaccaro dichiara di ispirarsi alla « dottrina del materialismo storico » (*Genesi e funzione*, 3^a ediz., 1908, p. 8) e conduce effettivamente un discorso ideologico più corretto e rigoroso di altri che dichiaravano lo stesso tipo di osservanza.

Come altri dello stesso indirizzo, M.A. Vaccaro sarebbe poi approdato a ben altre posizioni: in un elogio di Crispi, scritto nel 1927, rivendicherà il fatto di avere fin dal 1923, inneggiato alla « geniale ed illuminata guida del Duce » (M.A. VACCARO, *Crispi. Dal martirio all'apoteosi*, Roma, 1927, pp. 130-131).

⁽¹¹⁰⁾ C. MANES, *Capitalismo e criminalità. Saggio critico di sociologia, criminale*, Roma, 1912; il cap. III della seconda parte (pp. 317-353) è interamente dedicato al *Delitto politico*.

⁽¹¹¹⁾ Anch'egli deputato socialista, eletto nel collegio di Alessandria, Adolfo Zerboglio esordì in tema di delitti contro lo Stato con un opuscolo *Il regicidio e le sue cause*, Alessandria, 1900, fortemente intriso di luoghi comuni lombrosiani e sostanzialmente teso ad allontanare dal partito socialista la stretta repressiva che avrebbe verosi-

Florian ⁽¹¹²⁾, da personaggi minori come Brunetto Griziotti ⁽¹¹³⁾ o da giuristi di ispirazione liberal-democratica come Giovan Battista Impallomeni ⁽¹¹⁴⁾ e Alfredo Pozzolini ⁽¹¹⁵⁾.

milmente seguito l'uccisione di re Umberto. Due anni dopo, con lo studio *Dei delitti contro l'ordine pubblico, la fede pubblica e la pubblica incolumità*, vol. IV del *Trattato di diritto penale* dir. da Zerboglio, Florian e altri, Milano, s.d. (ma 1903), il suo contributo alla questione dei reati politici diviene ben più considerevole; anche l'ipoteca lombrosiana si attenua a vantaggio di una più precisa valutazione delle premesse classiste del diritto penale, del resto da lui stesso analizzate — sia pure con una certa disinvolta sinteticità — in un articolo di qualche anno prima: *La lotta di classe nella legislazione penale*, in *La scuola positiva*, VI (1896), pp. 68-79.

⁽¹¹²⁾ Eugenio Florian fu forse il più prestigioso tra i giuristi « progressisti » che operano a cavallo tra otto e novecento. Esordì sul terreno delle ideologie giuridiche con l'articolo *Ingiustizie sociali del codice penale*, pubblicato ne *La scienza del diritto privato* IV (1896), pp. 46-55 e 81-95, la rivista diretta da G. D'Aguianno e A. Tortori, che si presentava già come punto di incontro dei socialisti della cattedra italiani. E non a caso quell'articolo di Florian è fortemente tributario dell'impostazione mengeriana. Influenzato dalla scuola positiva come quasi tutti gli altri esponenti del movimento, Eugenio Florian pubblica nel 1902 in quel *Trattato di diritto penale* che dirigeva insieme a positivisti-socialisti come Zerboglio, Pozzolini, Viazzi, Sighele, il suo *Dei delitti contro la sicurezza dello Stato*, che fu allora, ed ancora oggi è considerato, il più importante studio in materia dopo l'avvento del nuovo codice. Due anni dopo giunge lo studio sui *Delitti contro la libertà*, vol. II, parte II del *Trattato* ora citato, Milano, s.d., ma 1904.

⁽¹¹³⁾ B. GRIZIOTTI, *Teoria del reato politico*, in *Rinascimento*, Foggia, 1896, fasc. 17-18, pp. 1-36.

⁽¹¹⁴⁾ G.B. IMPALLOMENI, *Il codice penale italiano illustrato*, Firenze, 1890-91. Impallomeni era Procuratore del re e fece parte della Commissione definitiva, per la formazione del codice, come segretario. Chiamato ad insegnare Diritto e procedura penale nell'Università di Roma, pronunciò nel 1905 l'importante prolusione *Funzione sociale del diritto punitivo*, stampata a Roma in quello stesso anno e pubblicata per estratti in *Critica sociale*, XV (1905), pp. 237-38, con il titolo *Il diritto penale è diritto di classe?* Nel necrologio che pronunciò su di lui, Alfredo Pozzolini dice che la sua maturazione politica (finì con l'impegnarsi nel partito radicale) iniziò con la difesa di De Felice nel processo per i fatti del '94 (A. POZZOLINI, *In memoria di G.B. Impallomeni*, Pisa, 1907, p. 8); la cosa ha riscontro nella rievocazione di N. COLAJANNI, *Gli avvenimenti di Sicilia*, cit., p. 333, e si concretò negli scritti di IMPALLOMENI, *Cenni sul ricorso in Cassazione dell'on. De Felice Giuffrida e C.*, Palermo, 1894, ed *I metodi della Corte di Cassazione nel ricorso De Felice e C.*, Torino, 1894.

⁽¹¹⁵⁾ Alfredo Pozzolini, membro della direzione del Partito radicale, non fece propri i programmi di riforma dei giuristi socialisti e dichiarò apertamente di dissentire da essi, pur « movendo da un punto di vista sociale ». Il suo progetto di politica del diritto venne definito prima nello scritto *L'idea sociale nella procedura penale. Appunti critici*, in *Archivio giuridico*, LX ed LXI (1898), poi ripubblicato autonomamente

Si tratta di giuristi acuti, lucidi e combattivi, impegnati però su di un terreno difficile, seriamente condizionati da un codice che sono costretti a subire — quando non si vedono forzati a difenderlo —, sprovvisti di un quadro di riferimento ideologico rigoroso e spesso mossi da spinte contraddittorie: la loro è molto spesso una battaglia di retroguardia, nella quale le occasionali dichiarazioni di principio, provviste sovente di una forte carica di rottura, finiscono incapsulate, e si annullano, in *discorsi di connivenza* interamente costruiti secondo le inflessibili *règles du jeu* del diritto borghese⁽¹¹⁶⁾.

Una curiosa e paradossale logica li porta a rovesciare la falsa regola giolittiana che stabiliva come precetto di governo di attuare i programmi della minoranza mercè l'appoggio della maggioranza: per merito loro la maggioranza vede realizzato il suo disegno moderato grazie all'apporto di una minoranza impaniata nel codice e costretta a *rivendicare la moderazione* per far fronte alle insidie reazionarie di un potere che viola i patti.

Certo, le dichiarazioni di principio non mancarono tra i giuristi socialisti meglio attrezzati ideologicamente. Scriveva, per esempio, Michele Angelo Vaccaro che

l'ufficio delle leggi penali non è stato finora quello di difendere la

(Modena, 1898), ed in seguito nella prolusione pisana del 1908, pubblicata col titolo *Verso il nuovo diritto penale*, Pisa, 1909.

⁽¹¹⁶⁾ Queste espressioni non cadono qui a caso. Abbiamo voluto alludere con esse all'ultimo lavoro di A. J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, 1973, nel quale, sia pure con riferimento al momento « civilistico » del diritto borghese rappresentato dal codice di Napoleone, si dimostra l'esistenza e si descrive il funzionamento di un insieme di regole che sono esse stesse *il diritto* della borghesia. Il discorso di Arnaud è estensibile. È così che l'accettazione di certe convenzioni metodologiche condiziona a fondo il giurista — anche d'opposizione — perché quelle convenzioni sono *esse stesse* il diritto che egli si propone di contestare, e la loro accettazione vale spesso l'accettazione di quel diritto. Il limite è pressoché insormontabile; per questo, coloro che si attardano a discutere — poniamo — le grandi classificazioni, dividendo i reati in comuni, politici e sociali (Florian), sono dentro una delle regole (la *distinzione*; strumento ideologico, e quindi mistificante, per coprire — in questo caso — la reale *unità* della repressione; oppure sono dentro una logica *definitoria*, anch'essa regola e condizione del gioco, capace di portare *nel* gioco colui che vorrebbe starne fuori); essi esprimono, con ciò solo, una non sottovalutabile adesione al sistema nella sua interezza, e — d'altronde — non hanno scelta. Anche e soprattutto per questa via *le roi de Prusse* sfrutta per sé il lavoro dei suoi oppositori.

società, vale a dire *tutti i ceti che la compongono, ma segnatamente gl'interessi di coloro in favore dei quali è costituito il potere politico.*

Le leggi penali, per esprimersi con una vecchia formula, ma vera, *tendono a conservare e a difendere l'ordine giuridico costituito... il fondamento del diritto di punire... è riposto nel fatto stesso della conservazione del potere costituito, ossia dell'ordine giuridico, che ne è l'estrinsecazione... ciascun popolo... ha le leggi penali che si merita, cioè quelle che, secondo lo stato delle cognizioni, sono ritenute necessarie, e si ha la forza di applicare, per mantenere e difendere un dato assetto sociale* ⁽¹¹⁷⁾.

Si tratta di una critica cosciente ma spuntata. Vaccaro non era il primo a porre l'accento sulla natura classista del codice penale, né sarebbe stato l'ultimo. Prima di lui si erano espressi con accenti simili gli stessi esponenti della scuola classica, anche se con linguaggio diverso e senza quel tanto di coscienza dei fini che fa della « preoccupazione » per l'ingiustizia degli ordinamenti un momento di autentica critica politica.

Insieme e dopo di lui, altri — e da sedi talora più solenni ⁽¹¹⁸⁾ — denunciavano gli stessi meccanismi e ne chiedevano la rimozione invocando, insieme, giustizia ed efficienza del sistema. Considerando

il carattere di organo di classe che ebbe ed ha lo Stato — scrive Eugenio Florian ⁽¹¹⁹⁾ — è evidente che anche la legislazione penale mira soprattutto alla protezione delle classi economicamente dominanti, la-

⁽¹¹⁷⁾ M.A. VACCARO, *Genesi e funzione*, cit., pp. 85-86.

⁽¹¹⁸⁾ Non è certo per caso che, per dichiarare la loro professione di fede giuridica, per chiedere giustizia a vantaggio delle classi lavoratrici, o magari solo per *épater les bien-pensants*, i socialisti della cattedra scegliessero spesso il *medium* delle prolusioni accademiche. Così fecero, per esempio, Pietro Nocito nel 1894 (*Lo Stato e il proletariato*), « con l'intervento di S. E. il Ministro della Pubblica istruzione »; Alfredo Pozzolini nel 1908 (*Verso il nuovo diritto penale*); Cesare Vivante nel 1902 (*Le influenze sociali nel diritto privato*), anch'egli alla presenza del Ministro e con grande ripercussione negli ambienti politici, stando almeno a quanto ci dice E. CIACCHI, *Socialismo e socialisti*, cit., pp. 718-724; e poi altri come Enrico Cimbali nel 1882 (*Lo studio del diritto civile negli Stati moderni*) e nel 1887 (*Le obbligazioni civili, complemento e forma della vita sociale*); Emanuele Gianturco nel 1891 (*L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*); Pietro Cogliolo nel 1882 (*La teoria dell'evoluzione darwinistica nel diritto privato*), G. Chironi sempre nel 1882 (*Il diritto civile nella sua ultima evoluzione*) e nel 1886 (*Sociologia e diritto civile*), G. B. Impallomeni nel 1905 (*Funzione sociale del diritto punitivo*).

⁽¹¹⁹⁾ E. FLORIAN, *Ingiustizie sociali del codice penale*, cit., p. 48.

sciando debole, deficiente e talora anche mancante del tutto la protezione e la difesa delle classi povere ed economicamente soggette.

E Zerboglio, scendendo più in concreto nel carattere di classe proprio del diritto penale politico, e prendendo le mosse da alcune osservazioni di Anton Menger sull'*ignorantia legis* quale strumento tecnico di un'oppressione di classe, ricorda che

le gravi pene comminate a quanti si propongano e cerchino di abbattere le istituzioni politiche vigenti sono di interesse particolare della classe dominante.

Perché queste istituzioni sanciscono col predominio politico di una classe il predominio economico da cui derivano, le disposizioni penali che tendono a garantirle sono essenzialmente disposizioni penali di classe ⁽¹²⁰⁾,

aggiungendo poi una serie di considerazioni sulla finalizzazione dell'intero ordinamento alla conservazione del potere nelle mani della classe dominante.

Non le sole norme penali, « nella nota tendenza alla severità pei delitti contro gli averi a preferenza che per quelli contro persone » valgono ad avvantaggiare una delle due classi in lotta, ma anche quelle procedurali, e così gli apparati del potere, i loro abusi tollerati, i loro privilegi ⁽¹²¹⁾.

Zerboglio avverte lucidamente due fenomeni ai quali abbiamo già accennato alcune pagine più indietro. Avverte l'uso che il sistema fa della magistratura e degli altri corpi dello Stato per rendere più apertamente « di parte » un codice nato con propositi di compro-

⁽¹²⁰⁾ A. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella legislazione penale*, cit., p. 77.

⁽¹²¹⁾ « La lotta di classe si manifesta nell'intreccio delle complicazioni processuali malamente superabili da chi non possiede; nella nota tendenza alla severità pei delitti contro gli averi e preferenza che per quelli contro persone; nella non rara corruzione delle magistrature a giovamento di imputati danarosi; nella impunità di criminali autentici, ma *asserviti*, nella politica, nelle amministrazioni, nelle banche, alla classe capitalistica; *nelle leggi di eccezione intese a spazzar via in modo più spiccio ed arbitrario gli avversari dell'ordine costituito; nelle polizie specialmente adibite a inquire, rincorrere i cosiddetti sovvertitori, creando talora complotti, attentati, violenze per giustificarne la persecuzione* » (A. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella legislazione penale*, cit., p. 78).

messo; così come si rende conto del ruolo delle *prassi reali* nel distorcere le norme a vantaggio di chi ha il potere:

Spesso — egli scrive — le leggi penali, in sé, sono buone per tutti, ma è negli attriti e nel meccanismo del loro tradursi in pratica che finiscono per riuscire a vantaggio degli uni rispetto agli altri. Spesso inoltre non possono essere che come sono ed è a dispetto della stessa volontà cosciente del legislatore, per causa della piattaforma di divisione economica di classi su cui riposano, che assumono il carattere di disposizioni di privilegio ⁽¹²²⁾.

Non diverse sono le espressioni di un Manes ⁽¹²³⁾ o quelle, pur meno aggressive, di un De Luca ⁽¹²⁴⁾, o di altri esponenti della tendenza, penalisti e no ⁽¹²⁵⁾. Uno di essi, recuperando le teorie di Francesco Carrara e scegliendo per esse un preciso significato, opera addirittura una singolare saldatura tra due momenti opposti della critica agli equilibri di potere moderati che si esprimevano in Italia, dimostrando ciò che anche a noi è parso di poter adombrare, e cioè la presenza di una carica riformista e progressista in quello che abbiamo chiamato l'*iperliberalismo* della tendenza carrariana all'interno della scuola classica ⁽¹²⁶⁾.

Lo Stato — scrive Griziotti — non rappresenta gli interessi comuni di tutta la società, ma quelli di una sola parte di questa, interessi che sono

⁽¹²²⁾ A. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella, legislazione penale*, cit., p. 78.

⁽¹²³⁾ « Se cotesta legislazione di classe è meno brutalmente evidente nei nostri codici, in quanto essi non possono mirare più alla dominazione e alla costrizione individuale dei singoli, come avveniva nel regime a schiavi e a servi, necessaria essendo la libertà individuale alla nuova forma di produzione... essa è invece più ampiamente e astutamente applicata anche in leggi diverse dalla legge penale (dazi protettori, tasse a larga base sul consumo delle merci di uso popolare, imposta proporzionale, ecc).

Nel nostro istesso codice penale... a che tendono quegli articoli 405, ultimo valletto della intangibilità più assoluta della proprietà, 189 sulla « radunata sediziosa », 247 sul meraviglioso eccitamento all'odio fra le classi sociali, col corteggio di altri minori, se non alla difesa del capitalismo economico e politico? » (C. MANES, *Capitalismo e criminalità*, cit., pp. 126-127).

⁽¹²⁴⁾ F. DE LUCA, *Teorica del punire e dei reati di Stato*, cit., p. 31 ss.

⁽¹²⁵⁾ Ci limitiamo a ricordare G. SALVIOLI, *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il diritto nuovo*, Palermo², 1906, p. 76 ss.; A. POZZOLINI, *L'idea sociale*, cit., p. 38 ss.; C. VIVANTE, *Le nuove influenze sociali nel diritto privato*, Roma, 1902, p. 13 ss.; G.B. IMPALLOMENI, *Funzione sociale del diritto punitivo*, cit.

⁽¹²⁶⁾ B. GRIZIOTTI, *Teoria del reato politico*, cit., pp. 2-3.

quasi sempre contrarii a quelli delle parti non rappresentate nello Stato. Lo Stato rappresenta la classe che ha il monopolio del reddito, e quindi del potere politico, e quindi ancora il monopolio della legislazione (p. II)...

Le istituzioni giuridiche possono cambiare, le disposizioni legislative, seguendo l'evolversi ed il mutarsi delle istituzioni, possono atteggiarsi in mille modi diversi, ma sempre il movente ultimo che sta alla base del movimento evolutivo del diritto sarà l'interesse di classe, l'interesse della classe al potere e legiferante.

Solo di fronte a questo interesse, non sociale ma di classe, trova la propria spiegazione, la propria giustificazione, il giure emanato dalle classi dirigenti, perché la *formola giuridica non significa che protezione al mantenimento dello stato sociale esistente*. L'istituzione giuridica... non è altro che un'arma... impugnata dalla classe dominante per potersi conservare al potere. *E quest'arma s'affila naturalmente nel giure punitivo ed in particolare nel reato politico* (p. 19)...

Ed allora noi ci domandiamo: è lecito determinare il carattere delittuoso di un fatto alla stregua del *timore* che concepisce una classe, che è l'assoluta minoranza numerica nello Stato, per la sola ragione che ad essa, o meglio al sistema economico da essa voluto, il fatto è contrario?... Con codesto sistema si viene a confondere il pericolo della pubblica tranquillità col disturbo della quiete, non pubblica, ma di chi sta al potere (p. 35) ⁽¹²⁷⁾.

Non bisogna però dimenticare che questi giuristi avevano alle spalle una tradizione composita, che era partita dagli stessi *leaders* del socialismo politico italiano ⁽¹²⁸⁾, era stata filtrata attraverso personaggi sconcertanti dal punto di vista ideologico come Pietro Ellero ⁽¹²⁹⁾, o decisamente mistificatori e negativi — sotto ogni profilo — come Achille Loria ⁽¹³⁰⁾, incanalandosi infine in un alveo

⁽¹²⁷⁾ B. GRIZIOTTI, *Teoria del reato politico*, cit., pp. 11, 19, 35.

⁽¹²⁸⁾ Basterà ricordare scritti famosi come quelli di F. TURATI, *Il delitto e la questione sociale. Appunti sulla questione penale*, Milano, 1882 e di E. FERRI, *Socialismo e criminalità*, Torino, 1883, o come quello di L. BISSOLATI, *La ipocrisia del nuovo Codice penale*, in *Critica sociale*, I (1891), pp. 10-11.

⁽¹²⁹⁾ Si veda, per es., P. ELLERO, *La tirannide borghese*, Bologna, 1879, spc. pp. 232-241, o le invettive contro la logica di classe incentrata sulla proprietà privata presenti ne *La questione sociale* (1874), Bologna³, 1889, p. 32 ss.

⁽¹³⁰⁾ Ci riferiamo soprattutto ad A. LORIA, *Verso la giustizia sociale*, I., *Nel tramonto di un secolo (1880-1904)*, Roma⁸, 1920 (la prima ediz. è del 1904), contenente tra gli altri il saggio *Movimento operaio e legislazione sociale*, che è del 1901 (pp. 391-413); influenza particolare su alcuni giuristi socialisti (per es. il Griziotti) ebbe poi lo studio *Les bases économiques de la constitution sociale*, Paris, 1893. Anche Florian (*Ingustizie sociali*, cit.,

dalle assicuranti ascendenze europee (basti pensare alla diffusione avuta in Italia dall'opera di Anton Menger⁽¹³¹⁾); si aggiunga che essi stessi, in più di un caso, praticavano l'ideologia socialista anche nell'attività politica pratica. La loro coscienza dei meccanismi classisti che condizionano il diritto penale non poteva non porsi e non esprimersi in qualche modo.

Dove l'impegno delle analisi però veniva meno, era nella prosecuzione tecnica del discorso sui reati politici.

Valgono allora, o possono essere parzialmente recuperate, le sprezzanti parole che Antonio Labriola riservò loro — relegandoli in una nota del suo *In memoria del manifesto dei comunisti* — forse volendo riecheggiare in Italia cose che prima Marx e poi Engels avevano detto nei confronti del *Kathedersozialismus* tedesco⁽¹³²⁾; o acquista ulteriore credito la resistenza che alle pretese di quei « pochi eretici... veri rompicolli » aveva già opposto Claudio Treves, ricordando che le riforme giuridiche possono essere realizzate solo dalle masse operaie, che « il socialismo non può venire che dall'opera degli interessati » e che « il movimento socialisteggiante che ha commosso i cultori del diritto, e che ancora, a quando a quando si fa sentire, è sterile »⁽¹³³⁾.

p. 48) e Manes (*Capitalismo e criminalità*, cit., p. 127) si riferiscono all'analisi fatta da Achille Loria in quello studio, in ordine alla natura di classe dello Stato.

⁽¹³¹⁾ Non sarà inutile ricordare che già nel 1894 viene tradotto in Italia *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, che è del 1892-93 (tr. it. di G. OBEROSLER, col titolo *Il diritto civile e il proletariato. Studio critico sul progetto di un codice civile per l'impero germanico*, Torino, 1894), mentre la *Neue Staatslehre*, che è del 1903, è tradotta nel 1905 (tr. it. di O. LERDA OLBORG, col titolo *Lo Stato socialista*, Torino, 1905).

C'è da aggiungere che altre opere importanti di Menger, come *Das Recht auf den Vollen Arbeitsvertrag in geschichtlicher Darstellung*, circolavano nella traduzione francese (con la prefazione di C. ANDLER), come ci testimonia B. DONATI, *Il socialismo giuridico e la riforma del diritto*, Torino, 1910, p. 15.

⁽¹³²⁾ Cfr. C.U. SCHMINCK, *Stato di diritto e movimento operaio. Per la storia del diritto penale politico in Italia*, in *Studi storici*, XI (1970), pp. 465-66. Per il passo del resto notissimo, presente nello scritto di A. LABRIOLA, *In memoria del manifesto dei comunisti* (1895), rinviamo all'edizione curatane da V. GERRATANA ed A. GUERRA nella raccolta *Saggi sul materialismo storico*, Roma, 1964, p. 26.

⁽¹³³⁾ C. TREVES, *Socialismo e diritto civile*, in *Critica sociale*, IV (1894), pp. 313-14, così citato in P. UNGARI, *In memoria del socialismo giuridico*, II. *Crisi e tramonto del movimento*, in *Politica del diritto*, I (1970), p. 387.

Sta di fatto che quando i Nocito, i Florian, i De Luca, scendono nel concreto dell'analisi dei delitti contro lo Stato in specie, o dei reati politici in genere, il loro discorso non esce dagli schemi usuali, dai riti esegetici o dalle liturgie scientifiche dell'epoca, dall'*excursus* storico o — per i più spericolati — dalla comparazione etnologica, condotta peraltro senza alcuna esigenza di rigore o criticità, secondo i modi suggeriti dallo stile espositivo di Cesare Lombroso.

Può nascere così un certo dibattito anche all'*interno* della tendenza che stiamo esaminando, esattamente alla maniera e nei termini cui si articolava, poniamo, all'interno della «vecchia scuola»; con il risultato di mettere in ombra le motivazioni di fondo ed i dissensi politici ad esse connessi, per valorizzare invece lo scontro sui dogmi, sulle definizioni, sulle interpretazioni concettuali o terminologiche.

Così, se Nocito esordisce nel suo studio sui *Reati contro il diritto politico*, affermando che

chiamo col nome di reati contro il diritto politico i reati che non solo offendono il diritto politico propriamente detto, cioè l'esistenza e la costituzione dello Stato o società politica, ma anche quei reati che senza essere per la loro natura politici *hanno un'importanza politica*, cioè interessano la costituzione politica perché servono a garantirla, e tali sono i reati contro le pubbliche libertà⁽¹³⁴⁾.

Florian, dal canto suo, articola con maggior rigore la distinzione tra *delitti politici* e *delitti contro lo Stato*, valorizzando poi la nozione di *delitto sociale*⁽¹³⁵⁾, cioè una *terza* specie di infrazioni «politiche»

⁽¹³⁴⁾ P. NOCITO, *Reati contro il diritto politico*, cit., p. 3.

⁽¹³⁵⁾ E. FLORIAN, *Delitti contro la sicurezza dello Stato* (citiamo, come già avvertito, dall'edizione del 1915), pp. 27-28 e 134-136: «I delitti contro lo Stato occupano, quindi, il primo posto nella scala dei fatti punibili.

Però cotesta locuzione va intesa, alla stregua del Cod. pen. nostro, in senso proprio e ristretto.

Difatti, sotto un certo punto di vista tutti i reati sono contro lo Stato... ogni reato è lesione o minaccia dell'ordinamento giuridico, di cui è centro ed organo supremo lo Stato. Onde devono intendersi qui i delitti che attaccano beni ed interessi giuridici dello Stato *direttamente*...

Se non che è d'uopo enunciare fin d'ora un'altra locuzione, con cui quest'ultimo

che consente di trattare, per esempio, l'attività degli anarchici, alla stregua della delinquenza comune: il che facilita ovviamente la repressione antianarchica (e non solo quella ⁽¹³⁶⁾), toglie a certi

gruppo di delitti si volle indicare: la locuzione è quella, nota e celebre, di *delitti politici*. Però cotesta locuzione *delitti politici* non ebbe e non ha un significato comune e preciso: alcuni assegnano ai delitti politici una sfera più ampia, altri più ristretta di quella propria dei delitti contro lo Stato suindicati; altri, ancora, dicono che *delitti politici* e *delitti contro lo Stato* sieno la stessa cosa e le due locuzioni coincidano.

Noi ne discuteremo in appresso; per ora ci basti notare che, secondo noi, le due locuzioni non coincidono punto e che la formula *reati politici* significa assai meno che *reati contro lo Stato* » (pp. 27-28).

Quindi, così delinea i « delitti sociali »: « Della espressione *delitti sociali* è avvenuto come della locuzione *delitti politici*: dapprima con quella espressione si designavano i delitti che avessero, quale oggetto proprio, diritti ed interessi non di singoli, bensì diritti ed interessi di collettività. In altre parole, delitti sociali si consideravano quelli, nei quali pubblico fosse il danno immediato...

Successivamente, formata la categoria dei delitti *politici*, in questa vennero il più delle volte confusamente compresi anche i delitti diretti contro gli istituti essenziali di una determinata organizzazione sociale, cioè, i *delitti sociali*.

Da ultimo, infine, i *delitti sociali* acquistavano una concezione ed una disciplina propria e peculiare...

...i maggiori impulsi a formare una teorica sui *delitti sociali* vennero dagli attentati commessi ad opera degli anarchici, fautori ed esecutori della così detta propaganda col fatto » (pp. 134-36).

⁽¹³⁶⁾ Come ricorda lo stesso Florian, fu J.G. Bluntschli nel 1880 a chiedere per primo che fossero distinti i delitti politici da quelli « sociali » ai fini dell'extradizione, perché le ragioni che suggeriscono di negare l'extradizione dell'autore di reati politici, vengono a cadere in presenza del movimento anarchico, che configura una sorta di « pirateria » dei tempi moderni e che va perseguito al di là della « legalità internazionale » (cfr. E. FLORIAN, *Delitti contro la sicurezza dello Stato*, cit., p. 136, che però data erroneamente l'intervento del Bluntschli al 1882).

Da notare che Bluntschli non parla affatto, nella sua mozione, di rei o di reati: parla di *conspirateurs communistes ou nihilistes*, cioè di *oppositori politici*, radicali quanto si voglia, ma oppositori.

Le tesi di Bluntschli ebbero rapido successo e suggerirono alla dottrina di più di un paese l'*escamotage* dei delitti « sociali ». Così, dopo aver avuto l'adesione immediata di giuristi illustri come F. VON HOLTZENDORF, *L'extradizione*, in *Rivista penale*, XV (1881), pp. 301-308 o F. DE MARTENS, *Traité de droit international*, Paris, 1887, esse vennero riprese e si affermarono qualche anno dopo, in concomitanza con il crescere della paura per « lo spettro che si aggira per l'Europa » ed in significativa coincidenza con la crisi dell'internazionalismo anarchico.

Le riprende M.A. ROLIN, *La répression des attentats anarchistes. Etude de législation comparée*, in *Revue de droit international et de législation comparée*, XXVI (1894),

oppositori quell'aura popolare e quella simpatia temute proprio da Florian⁽¹³⁷⁾ ed evita al giurista che vuole estradare l'anarchico (e non solo l'anarchico), o non ammetterlo, o farlo giudicare da un giudice togato invece che da una giuria popolare, l'arduo compito di dimostrare che il suo reato non è politico; basterà dimostrare — cosa infinitamente più facile — che si tratta di *delitto sociale*. La definizione di delitto sociale è infatti nelle opere dei giuristi, è stata commisurata sul delitto anarchico (e sulle associazioni anarchiche considerate ormai associazioni di malfattori) e si attaglierà perfettamente al caso.

In ciò è uno dei limiti, o se si vuole uno degli indizi di connivenza con il sistema, espressi da certi giuristi « progressisti ». Se l'articolo 9 del codice penale vieta l'estradizione dello straniero « per i delitti politici (e) per i reati che a questi sono connessi » basterà trovare la via di una ulteriore suddivisione che smembra uno dei due termini *politico-comune* facendone gemmare un terzo. La tecnica definitoria dei giuristi non conosce ostacoli quando si tratta di operazioni di questo genere.

Ad altri basterà scovare un filo nel discorso che, a metà tra il giudizio politico e la ferma manifestazione di sdegno morale, consente di formulare in termini giuridici un'opzione, tutta ispirata al

pp. 125-152. Anche Rolin parte dagli anarchici ed arriva ai più pericolosi *socialistes et collectivistes*, oggetto reale della preoccupazione repressiva, colpito in blocco con l'*ennemi anarchiste* che costituisce il provvido pretesto di tutta l'operazione (cfr. in particolare, pp. 128-129).

Lungo la stessa linea si muoveranno poi in molti: per restare ai soli giuristi d'oltralpe, ricordiamo A. DEYAL, *Der Anarchismus u.d. Lösung der sozialen Frage im Verhältnis zur Rechtspflege*, Berlin, 1894; L. EMANUEL, *Der Anarchismus und seine Heilung*, Leipzig, 1894; F. GRIVAZ, *L'extradition et les délits politiques*, Paris, 1894; R. JOSSEAUME, *Etudes sur les lois contre les menées anarchistes*, Paris, 1894; A. NAQUET, *Discussion du projet de loi tendant à réprimer les menées anarchistes*, Paris, 1894 (i lavori di Josseaume e Naquet riguardano espressamente la legge speciale votata in Francia nel 1894); M.P. FABREGUETTES, *De la complicité intellectuelle et des délits d'opinion. De la provocation et de l'apologie criminelle. De la propagande anarchiste*, Paris, 1894-95; R. GARRAUD, *L'anarchie et la répression*, Paris, 1895; A. LENZ, *Der Anarchismus u.d. Strafrecht*, in *Zeitschrift f. die gesamte Strafrechtswiss.*, XVI (1896); H. SEUFFERT, *Anarchismus u. Strafrecht*, Berlin, 1899.

⁽¹³⁷⁾ E. FLORIAN, *Delitti contro la sicurezza dello Stato*, cit., pp. 72-73.

principio *law under order*, tale da qualificare certe forme di dissenso come reati comuni *tout court* ⁽¹³⁸⁾.

Altri, tra i « progressisti », forse con maggiore obiettività, cercarono compromessi ⁽¹³⁹⁾. Ed accanto ad un Manes che con un misto di realismo e di testimonianza ideologica riduce alla sua sostanza di scontro di classe la natura del reato politico ⁽¹⁴⁰⁾,

⁽¹³⁸⁾ È questa la linea espressa in Italia da quella che abbiamo individuato come « penalistica moderata ». Ci riferiamo, per esempio, alle opinioni espresse da: F. MANDUCA, *Il delitto anarchico e il diritto penale italiano*, in *Giustizia penale*, V (1899), p. 225 ss.; A. MOSCATELLI, *I delitti politici e gli attentati anarchici in materia di estradizione*, in *Rivista penale*, XLIX (1899), pp. 356-366; P. TUOZZI, *Corso*, III, cit., pp. 28-29; G. NAPODANO, *I delitti contro la sicurezza dello Stato*, cit., p. 82 ss., il quale respinge la classe dei *delitti sociali*, con cui si vorrebbe aggirare la questione mentre in sostanza la si aggrava rischiando di fare « del delitto anarchico un delitto *speciale*, e molto più... un delitto *d'eccezione* ». In realtà, il senso delle affermazioni di N. non porta inevitabilmente all'equazione delitto anarchico — delitto comune.

« Quando si guardi — egli scrive (p. 83) — ai fatti commessi dal partito anarchico di azione, non con l'intento di abbattere l'ordine politico e sociale esistente, per cui ci vorrebbe ben altro, ma nello scopo di mostrare la potenza di un partito che si allarga ed ingrandisce, e pretende riformare la organizzazione sociale, allora ci troviamo di fronte a dei delitti che, come tutti gli altri, prendono nome e figura dall'oggetto, cioè dal bene giuridico contro cui sono diretti.

E però sono delitti di Stato, se aggrediscono l'ordinamento politico; delitti contro la pubblica amministrazione, contro l'ordine pubblico, contro la incolumità pubblica, contro le persone o la proprietà, se aggrediscono la pubblica autorità, organizzano associazioni criminose o seminano lo squallore con gli incendi, le devastazioni e gli omicidii ».

⁽¹³⁹⁾ Vediamo per esempio Francesco De Luca esporre la tesi secondo la quale gli anarchici possono essere divisi in « due ordini...: i *pugnatori o bombardieri* gli associati per la rivoluzione. La delinquenza dei *propagandisti col pugnale e con la bomba* è indiscutibile, perché egli con i loro atti criminosi offendono il sentimento, ormai generale ed *organico*, che condanna gli attentati alla vita altrui... Viceversa, il mezzo prescelto dagli altri anarchici, desiderosi di far con un commovimento generale Stato e proprietà privata, è ben diverso dalla bomba e dal pugnale, maneggiati nel modo poco sopra cennato: il mezzo è la rivoluzione, i cui caratteri specifici non destano l'orrore che si concepisce all'annuncio dell'esplosione di una macchina infernale... Breve: con le aggressioni della *propaganda col fatto* s'assalgono dei cittadini, impreparati a reagire, con la rivoluzione si mira ad abbattere i poteri dello Stato, sempre pronti a respingere gli attacchi degli avversari, di guisa che il *primo fatto è un reato comune, il secondo è un delitto politico* » (F. DE LUCA, *L'anarchia nella sociologia e nella legge penale*, in *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, I (1900), pp. 406, 409).

⁽¹⁴⁰⁾ C. MANES, *Capitalismo e criminalità*, cit., pp. 348, 350: « pur restando sempre

troviamo « socialisti » come Emanuele Gianturco, che nella veste di ministro Guardasigilli presentava, il 2 febbraio 1901, un progetto di legge per la repressione del movimento anarchico ⁽¹⁴¹⁾, nel quale rinverdiva più di uno degli *specialia criminis* che avevano fatto triste, qualche secolo prima, la fama del sistema del *crimen laesae maiestatis*.

Quella proposta di legge dava impunità al complice denunciante, istituiva la deportazione come pena complementare, portava a due (da cinque) il numero di persone sufficienti a costituire un'associazione (anarchica) di malfattori, puniva la provocazione a delinquere anche segreta (mentre il codice chiedeva l'ovvio requisito della pubblicità), vietava i resoconti dei dibattimenti processuali sulla stampa, la pubblicazione di foto di anarchici, la sottoscrizione in favore degli arrestati e dei condannati ⁽¹⁴²⁾, guardandosi bene —

delitto di classe, il delitto politico è dunque oggi essenzialmente il delitto della classe proletaria e lavoratrice e di coloro che le camminano al fianco. È questa la nuova posizione che esso ha assunto nel regime economico-sociale che chiamiamo capitalismo, il quale ha contribuito ad allargargli la base per due vie diverse: rendendolo il delitto tipico della classe più numerosa che ... prepara il suo avvento e deve lottare per ciò; e svelando ... le cause e le ragioni delle profonde antitesi sociali che generano appunto la lotta fra le classi che il capitalismo acutizza... »; « il carattere nuovo del delitto politico è il suo industrializzarsi progressivo, il diventare il delitto tipico della classe lavoratrice ». Cfr. E. FLORIAN, *Delitti contro la sicurezza dello Stato*, cit., p. 164.

⁽¹⁴¹⁾ La proposta ebbe 11 giorni di vita, cadendo alla caduta del governo Saracco che l'aveva presentata. Con essa, lo stesso Gianturco che si era battuto nel 1894 contro certi aggravamenti della legge sui provvedimenti di pubblica sicurezza voluti da Lucchini e da Crispi « per colpire gli anarchici », propone una linea certamente peggiore di quella crispina, non foss'altro che per il diritto speciale che stabiliva, in grave contrasto con le pur lievi garanzie statutarie e con il già pesante sistema del codice.

⁽¹⁴²⁾ Onde impedire — dichiarò — « che si formi e che acquisti forza ed efficacia di azione, quel così detto 'temperamento anarchico' che trae il suo alimento sopra tutto dalla delinquenza dei minorenni, e da quella morbosa vanità che costituisce la triste celebrità di certi assassini: essi si esaltano al pensiero che il loro nome sia strombazzato negli angoli più remoti del mondo, con fotografie, biografie, sottoscrizioni dopo processi ampi e rumorosi. E noi vogliamo reprimere questa vanità che è caratteristica del temperamento anarchico, vietando resoconti dei dibattimenti, pubblicazione di fotografie, e sottoscrizioni (...), e tutto quanto possa alimentare questa insaziabile e sciagurata vanità ». (E. GIANTURCO, *Discorso 2 febbraio 1901*, in *Discorsi parlamentari*, Roma, 1909, p. 93).

Si noti come il « socialista » che doveva ben conoscere il valore di solidarietà e

infine — dal definire il « reato » di anarchia; tanto che a molti tornò alla mente l'uso che Crispi aveva fatto delle leggi del luglio 1894 contro il partito socialista e che lo stesso Gianturco aveva allora previsto ed avversato ⁽¹⁴³⁾.

Siamo dunque davanti ad un ventaglio di posizioni che verifica una volta di più i due presupposti dai quali siamo partiti iniziando il discorso sullo *Strafrechtssozialismus* italiano: la non omogeneità e la difficile circoscrivibilità della « scuola » ed il suo « collaborazionismo » con il sistema repressivo ⁽¹⁴⁴⁾.

Tale « collaborazionismo » trova però, in alcuni giuristi socialisti, un *risvolto positivo*.

Abbiamo già detto della necessità in cui spesso si trovarono quei giuristi di resistere alle degenerazioni del sistema repressivo ed all'uso settario che di esso veniva fatto dalla magistratura: ebbene, esiste un tipo di connivenza con la logica del codice che permette di

di sostegno che avevano le sottoscrizioni di denaro tra i lavoratori a favore dei prigionieri politici (spesso attivate per rendere operante il loro diritto alla difesa col pagamento delle spese processuali) mistifichi la realtà, ricorrendo ad una delle deduzioni « scientifiche » di marca lombrosiana, quale la « vanità del temperamento anarchico ».

⁽¹⁴³⁾ E. GIANTURCO, *Discorso 11 luglio 1894*, in *Discorsi parlamentari*, cit., p. 71 ss.

⁽¹⁴⁴⁾ Tale « collaborazionismo » diviene addirittura iniziativa repressiva attiva quando si tratta di combattere il movimento anarchico. Abbiamo già accennato a questo fenomeno e ne abbiamo visti alcuni aspetti poco sopra. Esso si può spiegare, crediamo, con due valutazioni che si legano alla rottura, avvenuta negli anni ottanta, tra internazionalisti e socialisti. La prima si può esprimere nel motto « pas d'ennemis a gauche », e consiste nella volontà di limitare, anche osando gli strumenti repressivi dell'avversario comune, l'influenza delle dottrine libertarie in mezzo alle masse lavoratrici italiane. La seconda riguarda la « rispettabilità » del partito socialista che non vuole essere coinvolto nell'avventurismo anarchico e nella repressione che esso provoca. A quest'ultima vanno probabilmente imputati i frequenti interventi anche di socialisti giuristi che prendono le distanze dai più compromettenti « fatti » anarchici (pensiamo allo scritto di A. ZERBOLIO, *Il regicidio e le sue cause*, Alessandria, 1900, o a quello di E. FERRI, *Il regicidio*, in *La scuola positiva*, X (1900), pp. 503-507, suscitati dal clamoroso episodio di Monza). Si aggiunge a tutto questo l'avversione ideologica propria della tradizione marxista nei confronti del « gesto politico » e dell'uso della violenza individuale nella lotta per il potere: i socialisti fanno propria in forma ufficiale quella avversione e si comportano di conseguenza. Anche se ciò non comporta necessariamente, crediamo, l'assumere il ruolo di fiancheggiatori della repressione; non foss'altro che per l'esperienza, già fatta più volte, della poca disposizione del potere costituito a fare eccessive distinzioni tra i suoi oppositori, una volta che la repressione abbia avuto via libera.

sfruttarne fino al limite massimo le contraddizioni e le pieghe o, se si vuole, i momenti di più pronunciato liberalismo.

È ciò che fa, per esempio, Luigi Majno, quando allarga il più possibile l'area dei reati politici, avendo in vista non l'ampliamento dell'intervento politico-repressivo dello Stato, ma il massimo sfruttamento di quei « privilegi » procedurali che il liberalismo di Zanardelli aveva preservato per i reati politici.

I delitti contro la sicurezza dello Stato — scrive Majno ⁽¹⁴⁵⁾ — sono indubbiamente delitti *politici*. Ma... altri ve ne sono in altri titoli del codice penale ed in leggi speciali, ai quali si conviene, nei congrui casi, la qualifica di delitti politici. Nel senso che il *concetto di reato politico non si limiti a quanto concerne la forma di governo*, ma si estenda a tutto quanto riguarda le *istituzioni economico-sociali negli svariati loro rapporti...* e nel senso che il *fine politico dia carattere di reato politico anche a fatti aventi materialità di reato comune* ⁽¹⁴⁶⁾.

L'intento « difensivo » di Luigi Majno non si manifesta soltanto in sede di definizione del reato politico.

Cosciente del rischio rappresentato dal momento interpretativo ed applicativo del codice, ed avvertendo che già all'atto del suo approntamento il legislatore aveva rettificato in senso meno liberale le premesse di Zanardelli ⁽¹⁴⁷⁾, lo vediamo invocare i lavori preparatori al fine di preconstituire una base ermeneutica che dia maggiori garanzie, specie per quanto attiene la materia dei reati d'opinione ⁽¹⁴⁸⁾.

⁽¹⁴⁵⁾ L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, I, cit., art. 104 (§ 618), p. 387 e nota 2.

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. lo stesso L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, I, cit., art. 9.

⁽¹⁴⁷⁾ « Noi non crediamo che il legislatore italiano sia sempre attento rigorosamente agli accennati criteri (*allude ai criteri liberali esposti nelle relazioni del Guardasigilli Zanardelli*): esso prevede, infatti, ipotesi che nella indeterminatezza della loro definizione giuridica risentono ancora dell'antico modo d'intendere il reato politico: ipotesi, nelle quali mal si saprebbe vedere configurato un attacco costituente eccesso punibile, secondo gli stessi concetti assunti a base dal legislatore nostro: per es., la associazione di cui nell'art. 251 del codice penale » (L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, I, cit., art. 104 (§ 619), p. 389).

⁽¹⁴⁸⁾ « ...le solenni dichiarazioni contenute nei lavori preparatorii quanto all'indole relativa e mutabile del reato politico e quanto al riserbo che il legislatore ha inteso di

Critica a fondo il frequente ricorso agli « stati d'assedio » e gli abusi che vi sono connessi ⁽¹⁴⁹⁾, l'uso illiberale ed antisocialista degli articoli 247 ⁽¹⁵⁰⁾ e 251 del codice penale, così come l'altrettanto illiberale pratica della legislazione speciale (« leggi in cui la politica

imporsi in questa delicata materia, dovrebbero valere a moderare il senso della legge, dove il testo letterale apparisse prestarsi alla creazione e repressione dei reati d'opinione » (L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, I, cit., art. 104 (§ 619), p. 389). Sul tema dei reati di opinione richiamiamo l'attenzione del lettore sulla precisa analisi fatta da C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., spec. pp. 19-45.

⁽¹⁴⁹⁾ « Pur troppo, alla indeterminazione delle disposizioni concernenti i delitti contro la sicurezza dello Stato e contro l'ordine pubblico, si aggiunge replicatamente il guaio di vedere affidati questi delicati giudizi al criterio di tribunali militari durante quelle complete eclissi dei diritti statutari e delle elementari libertà, che furono gli *stati d'assedio*. Tribunali non solo contrari, per la stessa istituzione loro, agli art. 6 e 71 dello statuto, ma anche inadatti per altre ovvie ragioni, e perché facilmente tratti ad usare in qualsiasi modo degli articoli indicati nei bandi del Commissario straordinario, che è un generale, e a definire la gravità dei fatti in rapporto non tanto alla loro intrinseca entità quanto agli eventuali eccessi della repressione alla quale gli stessi giudici concorsero come militari ». (L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, I, cit., art. 104 (§ 619), p. 389.

Sullo « stato d'assedio » e sulla sua dubbia statutarietà s'erano pronunciati anche E. BRUSA, *Della giustizia penale eccezionale ad occasione della presente dittatura militare*, in *Rivista penale*, XXXIX (1896), p. 413 ss.; C. GATTESCHI, *Intorno alla proclamazione dello stato d'assedio e all'istituzione di tribunali militari*, in *Legge*, I (1894), p. 393 ss.; A. MAJORANA, *Lo stato d'assedio*, Catania, 1894; P. CONTUZZI, *Stato d'assedio*, in *Digesto italiano*, XXII. 2.

⁽¹⁵⁰⁾ Diceva l'art. 247 che « chiunque, pubblicamente, fa l'apologia di un fatto che la legge prevede come delitto o incita alla disobbedienza della legge, ovvero incita all'odio fra le varie classi sociali in modo pericoloso per la pubblica tranquillità, è punito con la detenzione da tre mesi ad un anno e con la multa da lire cinquanta a mille ». « È doloroso a constatarsi — commenta Majno — che troppe volte la giurisprudenza dimenticò i motivi ufficiali della legge, secondo cui l'art. 247 *non è applicabile per una semplice propaganda di idee: e confuse col delittuoso incitamento all'odio la semplice constatazione ed analisi del fatto economico della lotta di classe* — attribuendo a quest'ultima parola l'indebito significato materiale di un violento conflitto, e alla legge una portata che il legislatore dichiarò di non volere. E vi è ancora di peggio, per dimostrare che *l'articolo 247 è praticamente adoperato come arma politica*, e non altrimenti: mentre, infatti, dell'art. 247 si fece largo uso ed abuso nella pratica dei tribunali, *sempre lo si applicò per scritti o discorsi ritenuti incitatori contro la borghesia, mai per scritti o discorsi contro il proletariato: né il confronto delle forme di linguaggio è sempre a favore di chi scrive o parla per la classe dominante* » (L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, II, cit., art. 247 (§ 1234), p. 44).

ha eclissato la serena concezione del diritto; provvedimenti violatori anche delle norme costituzionali » (151).

Anzi, mostrando una notevole capacità di utilizzare a scopi difensivi persino gli strumenti più energicamente offensivi dell'avversario, arriva alla conclusione che quella legislazione speciale (152), posta a perseguimento delle associazioni miranti a « sovvertire per vie di fatto gli ordinamenti sociali » aveva conseguito un effetto: « Le associazioni in essa previste, e per le quali si era sentito dal potere legislativo il bisogno di disposizioni speciali, non si possono (anche per un argomento di diritto positivo) ritenere colpite da alcuna delle vigenti disposizioni del codice penale » (153). Un'impostazione che, mutuata nel modo, e nel tipo di sillogisma utilizzato, dallo stile della magistratura — tendeva a mettere al sicuro i socialisti nei confronti di un uso spregiudicato, da parte della stessa magistratura, dell'articolo 251 del codice penale.

Inutile dire che Luigi Majno non rimase solo nello svolgimento di un simile lavoro difensivo.

Potremmo rifarci a momenti dell'opera di Adolfo Zerbo-
glio (154), o di G. Battista Impallomeni (155), o di altri ancora.

Quel che conta, crediamo, è l'aver delineato tendenze, velleità e limiti di una corrente di giuristi che, mossa da un'ideologia politica vissuta e professata lontano dalle cattedre, tenta di guadagnare una sua posizione nella gestione dottrinale del codice: per fare da punto di riferimento alla quotidiana lotta difensiva delle classi lavoratrici e per indicare insieme, attraverso la critica dell'esistente e con l'abbozzo di un programma riformatore, la via della « legislazione socialista » dell'avvenire.

(151) L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, II, cit., art. 251 (§ 1253), p. 58.

(152) Si tratta essenzialmente della legge 19 luglio 1894, n. 316 (il cui art. 5 venne utilizzato contro le associazioni socialiste), dichiarata in vigore fino al 31 dicembre 1895; della legge 17 luglio 1898, n. 297 che richiamava in vigore la 316 fino al 30 giugno del 1899, e del decreto legge 22 giugno 1899, n. 227, dichiarato decaduto dalla Cassazione con sentenza 20 febbraio 1900. Majno non esamina, in questa Sede, le altre leggi del 19 luglio 1894, la 314 e la 315, rivolte principalmente contro il movimento anarchico.

(153) L. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, II, cit., art. 251 (§ 1253), p. 58.

(154) In particolare nello studio *Dei delitti contro l'ordine pubblico*, cit., p. 37 ss.

(155) Rinviamo alla ricostruzione della sua critica all'art. 247 fatta da C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 33.

7. *La tendenza lombrosiana: dall'elusione della politica all'approdo conservatore.*

Abbiamo già detto del peso che ebbero nel « socialismo giuridico » penale le teorie della « nuova » scuola positiva.

Moltissimi degli esponenti della « sinistra penalistica » italiana professano apertamente o mettono comunque in pratica le metodologie di Ferri e di Lombroso: Borciani, Zerboglio, De Luca, Manes, — e gli stessi Florian e Majno — ne sono tributari.

Ciò non toglie che esista un discrimine di fondo tra la tendenza « socialista » (alla quale possiamo certamente associare anche i nomi di positivisti come Rodolfo Laschi ⁽¹⁵⁶⁾ o Alberto Borciani, a tacere dello stesso Ferri) e la componente di stretta osservanza lombrosiana, che è poi quella meno (o solo occasionalmente) impegnata nello specifico giuridico, tutta tesa com'è alla costruzione della nuova « scienza » antropologico-criminale.

Tale discrimine si pone a nostro avviso, oltre che in forza di alcuni *contenuti* della nuova scuola (o, se si vuole, in ragione di certe sue *rivendicazioni*), anche — e soprattutto — in conseguenza *dell'atteggiamento obiettivo* che, a prescindere dalle dichiarazioni o dalle intenzioni, il lombrosismo veniva ad assumere nel quadro della penalistica italiana.

Abbiamo già accennato, nel § 4, alla presa di posizione espressa da Lombroso all'apparire del nuovo codice, con il suo *Troppo Presto*. In quello scritto sono sintetizzate alcune delle decisive discriminanti nei confronti della tendenza socialista: il malcelato rammarico per la « precoce abolizione » della pena di morte; una sfiducia diffusa (quando non un'avversione che copre con ragioni « scientifiche » un latente atteggiamento razzista) nei confronti delle classi subalterne; una disposizione generale alla « selezione biologica » (il dilemma *forti-deboli*) che riproduce con allucinante chia-

⁽¹⁵⁶⁾ Rodolfo Laschi è coautore, insieme a Lombroso, del famoso studio *Il delitto politico e le rivoluzioni in rapporto al diritto, all'antropologia criminale ed alla scienza di governo*, Torino, 1890. In particolare, si devono interamente a lui il capitolo storico-giuridico dell'opera, e quello sui mezzi di « prevenzione economica » del reato politico.

Già nel 1885 era uscita una sua *Relazione* sul tema del « delitto politico » negli *Actes du premier Congrès international d'anthropologie criminelle*, Roma, 1885, pp. 37-40 e 379-389.

rezza il meccanismo di selezione sociale alimentato da tutti i dilemmi (*ricchi-poveri, colti-analfabeti, dirigenti-diretti*) tipici della società di classe.

Questi contenuti sono però mascherati da una cortina fumogena fatta di argomenti « scientifici »: per lo più statistiche attinte, a caso, e senza possibilità di controllo per nessuno, notizie etnologiche filtrate dalla curiosità per l'esotico, continui riferimenti ad un mondo antico di maniera, teorie che vengono « provate » con interpretazioni suggestive di fenomeni isolati.

In più, e sempre dal punto di vista dei socialisti che se ne fanno influenzare, gioca a vantaggio dei positivisti lombrosiani, l'aria di eresia che li circonda, l'avversione che riescono a suscitare tra i conservatori (Luigi Lucchini usciva inutilmente dai gangheri pensando a loro), il loro dichiarato « filoneismo », la loro « religione del progresso » e — soprattutto — il loro legame organico con certi aspetti deteriori della cultura socialista: da un certo male inteso darwinismo fino alle influenze di Spencer o di Comte.

Tutti elementi che alimentano l'equivoco (che non reggerà tuttavia a lungo) e mettono in ombra le differenze di fondo.

Quello che però qui ci interessa mettere in luce è l'obiettivo scelta strategica contenuta nell'approccio analitico lombrosiano.

Al dilemma tra democrazia ed autoritarismo, allo scontro tra tolleranza liberale e repressione conservatrice e reazionaria, egli risponde con una teoria del reo e del reato politico che è, paradossalmente, più radicalmente conservatrice di quella espressa — tanto per intenderci — dai Lucchini o dai Vigliani.

In sostanza la sua teoria si fonda sul presupposto (« scientificamente » costruito) che *coloro che commettono reati politici non possono essere che pazzi o comunque malati*. Rovesciata, questa affermazione suona — paradossalmente — che per mettersi in radicale dissenso con il potere costituito bisogna essere, per l'appunto, pazzi o malati. Esplicitata, essa dice — sostanzialmente — che *le istituzioni, le manifestazioni, le azioni del potere costituito sono talmente ineccepibili che solo un pazzo o un malato possono avvertirle*.

La ricostruzione può apparire schematica e forzata. Uno sguardo ravvicinato al discorso di Lombroso servirà a mostrare come non si tratti di una ricostruzione paradossale.

Il primo indizio della « anormalità » del dissenso politico è costituito, per Lombroso, dall'apparire sulla scena politica dei comunisti e degli anarchici.

Vediamo — egli scrive — al di sopra del repubblicano e del socialista, che hanno una giusta ragione storica ed economica d'essere, far capolino il comunista e l'anarchico, che sono e si dichiarano la negazione più completa dello Stato, rinnegando persino i doveri di cittadino, e che vogliono distruggere, d'un tratto, quei legami che rendono l'uomo attuale relativamente felice ⁽¹⁵⁷⁾.

Ma questa è solo la premessa, o forse un'anticipazione del risultato finale, di un discorso che — per voler essere scientifico — si svolge per accurate tappe successive.

Questo ci consente di verificare strada facendo il peso coerentemente conservatore della dottrina lombrosiana.

Indizio sicuro è, per esempio, la sua teoria della rivoluzione, che sarebbe « un effetto lento, preparato, necessario... espressione storica della evoluzione », il cui essenziale carattere è un « moto lento e graduato... ragione di successo, perché è tollerato e subito senza scosse...; dato un assetto di popolo, di religione, di sistema scientifico che non sia più corrispondente alle nuove condizioni, ai nuovi risultati politici, ecc., essa li cambia col minimo degli attriti e col massimo del successo » ⁽¹⁵⁸⁾.

Hostem sub tegmine agnosco: questo discorso ha ascendenze precise. Risalendo lungo il filo che lo attraversa, si potrà vedere che, passando per i più conservatori tra gli esponenti della scuola storica tedesca, per Rivarol e per Joseph De Maistre, si arriva all'altro capo di esso e ci si trova Edmund Burke, il capostipite — ed il simbolo — del reazionarismo del secolo XIX.

C'è infatti in tale discorso la negazione di ogni intervento sulla realtà, l'affermazione dell'impossibilità delle riforme, la constatazione di un progresso *naturale* delle cose che è lento ed impercettibile, e che non va forzato con l'impaziente intervento riformatore, perché questo sarebbe un sacrilego e temerario affronto che la

⁽¹⁵⁷⁾ C. LOMBROSO, R. LASCHI, *Il delitto politico*, cit., p. 9.

⁽¹⁵⁸⁾ C. LOMBROSO, R. LASCHI, *Il delitto politico*, cit., pp. 31-32.

politica, superba, farebbe alla natura, giusta e giustiziera. Tutti temi burkiani, diremmo, classici.

Di qui, naturalmente, la condanna lombrosiana della « rivolta », artificiosa forzatura, e del rivoltoso, in quanto elemento « innaturale », fuori dell'ordine delle cose, evidentemente tarato, o alterato nel suo equilibrio ⁽¹⁵⁹⁾.

Specificando il suo ragionamento, Lombroso svela il ruolo decisivo che sulle rivolte hanno il calore eccessivo, le montagne elevatissime, i terreni giurassici, la fame (ma come fattore antagonista: « Quando le forze del popolo sono consunte dalla fame, esso è men disposto ad usare dell'energia che gli rimane in tumulti sanguinosi » (p. 85)), nonché i capelli neri, la macrocefalia, la pazzia endemica ed epidemica ed altre escogitazioni « scientifiche » dello stesso genere.

Si avvede anche, scoprendolo in Machiavelli — che non omette di citare — che « un Governo in cui il benessere pubblico sia negletto e gli onesti perseguitati, è causa di rivolta e di rivoluzioni » (p. 185).

Finalmente, dopo oltre 350 pagine di analisi « scientifiche », arriva ad una sistemazione del concetto di « rivolta » ⁽¹⁶⁰⁾ e passa all'aspetto *giuridico* della questione.

⁽¹⁵⁹⁾ « Studiando il reato politico in senso antropologico, abbiamo notato come l'opposizione violenta ad un organismo politico voluto dalla maggioranza, che è normalmente misonistica, sia *antinaturale*; e tali siano tutti quei moti bruschi e di breve durata, che sono le rivolte, a cui pochi sognatori ed anomali, od una sola classe partecipano... La legge naturale si lega qui alla giuridica; e come offende la prima chi si oppone al misonismo politico della maggioranza, così è reo dinnanzi alla seconda colui, che colla violenza attacca il diritto della maggioranza a voler conservato l'organismo politico da essa costituitosi » (C. LOMBROSO, R. LASCHI, *Il delitto politico*, cit., p. 426). Sulla « patologia » dell'oppositore politico si può vedere ora, M.R. WALDMAN, *The Revolutionary as Criminal in 19th Century France: a Study of the Communards and « Deportés »*, in *Science and Society*, XXXVII (1973), fasc. 1.

⁽¹⁶⁰⁾ « In complesso le ribellioni si osservano in rapporto e dipendenza col clima. Avvengono più frequentemente nei paesi elevatissimi o molto caldi, nei colligiani, in epoche di carestia, quando questa poi non sia eccessiva, nei popoli brachicefali, bruni, e sono in rapporto strettissimo coll'alcoolismo e colle stagioni calde; e sorgono e si spengono subitamente, e sono numerosissime.

E piccole cause (il non intervenire ad una processione) diedero luogo a rivolte, al contrario delle rivoluzioni, che partono da cause multiple e profonde.

Inizia col chiedere pene più gravi per i reati politici rispetto al loro relativo omologo « comune »: nel senso, per esempio, che « ...se sarà pure opportuno collocare i reati di saccheggio e di devastazione fra i reati contro la proprietà, quando non rivestano il carattere di ostilità di una classe sociale contro l'altra, allorché questo si riveli, *occorre evidentemente una speciale e più severa sanzione*, che tuteli lo Stato da questi attentati, di cui è evidente il contraccolpo nel campo politico » (p. 146). Naturalmente, la pena andrà commisurata al tipo di reo politico in questione, e sarà diversa nella quantità, nella qualità e nel modo, a seconda che si sia in presenza di criminali nati, di pazzi o mattoidi, di rei occasionali o per passione o geniali (p. 442 ss.).

Quindi, svolgendo tutto il discorso sul filo della « legge della maggioranza, che è in fondo legge di natura » (p. 428), chiude con una sua definizione del delitto politico così enunciata:

Delitto politico è per noi ogni lesione violenta del *diritto costituito* della maggioranza, al *mantenimento* e al rispetto dell'organizzazione *politica, sociale, economica*, da essa voluta (p. 437).

Una definizione che non poteva dispiacere, per esempio, alla Corte di cassazione, agli altri gradi della magistratura, al Ministro degli interni ed al Capo della polizia, che avrebbero avuto il solo ed agevole compito di assegnare un largo significato all'aggettivo « violenta »; del resto, esso era già ampiamente annullato dalla presenza, *ultra codicem*, del *rispetto* (dell'organizzazione politica, economica e sociale costituita), la lesione del quale può essere considerata « violenta » senza che sia stata provocata da niente di fisico, di materiale o di fraudolento. Ma il nodo del discorso d'ordine di Cesare Lombroso è nella sua *elusività* rispetto al dilemma originario posto a base della questione del reato politico.

La donna vi prende ben maggior parte che nelle rivoluzioni; ed all'inverso che in questa vi partecipano o una o poche classi, e le sette, e i criminali e i pazzi molto più che i geniali, fino ad assumere forma epidemica.

E le ribellioni spesseggiano nei popoli senili, che, esauriti da antiche e ripetute civiltà, non si prestano più all'evoluzione, e nei barbari ». (C. LOMBROSO, R. LASCHI, *II delitto politico*, cit., p. 377).

Allo scontro tra la dichiarata natura liberale dello Stato italiano e la sua pratica repressiva, autoritaria ed intollerante, egli non risponde cercando di recuperare il primo polo della dialettica o accettando il secondo, così come — tra contraddizioni, debolezze ed errori — avevano pur cercato di fare le altre tendenze presenti in campo ⁽¹⁶¹⁾.

Egli si sposta su di un terreno diverso, non cercando termini politici per la sua risposta, ma architettando una soluzione « scientifica » che gli risparmi l'onere di pronunciarsi.

Se la questione si risolve tutta nella follia o nella degenerazione fisica dei protagonisti ⁽¹⁶²⁾ e se l'αἰτία rispetto a ciò che accade va

⁽¹⁶¹⁾ Può essere indicativo quanto egli stesso dichiara nell'introduzione alla prima edizione di un altro suo studio, *Gli anarchici*, Torino, 1894: « Mi aspetto che questo libro, pubblicato, come i *Tre tribuni*, come l'*Antisemitismo* e come il *Delitto politico*, completamente fuori dell'ispirazione dei partiti che dilanano il nostro paese, ne corra la stessa sorte: raccolga, cioè, il mal volere di tutti ».

⁽¹⁶²⁾ Scrive F. FERRAROTTI, *Prefazione* alla ristampa de *Gli anarchici*, Roma, 1972, p. 31, che « ...lungi dal trovare fatti nuovi e nuove vie esplicative della condotta anarchica, Lombroso trova puntualmente la conferma delle sue tipologie del delinquente, chiaramente elaborate e stese a tavolino, con un deduttivismo così sbrigativo che s'allontana di assai poco dal senso comune corrente e che costantemente corre il rischio di cadere in quel vago culturologismo, sia pure a sfondo biologico, in base al quale vasti, importanti movimenti storici a carattere collettivo... sono irresponsabilmente ridotti a pura espressione individuale di insofferenza, di malattia (epilessia specialmente), di altruismo o di neofilia, sempre di fanatismo, vengono cioè psicologizzati e individualizzati in modo da renderli scientificamente inesplicabili e politicamente privi di senso ».

Scendendo in dettaglio, possiamo vedere che *leaders* e militanti di movimenti, fenomeni o episodi di dissenso politico, vengano così classificati e « spiegati »: « Nel partito anarchico — inizia Lombroso (*Il delitto politico*, cit., p. 250) — troviamo... molti tipi di delinquenti. L'austriaco Stellmacher, con mandibole e zigomi voluminosi, mancanza di barba, occhi fieri (!); Dürschner, con oxicefalia e submicrocefalia, faccia asimmetrica, orecchia voluminosissima e ad ansa... Poi Kammerer, con seni frontali sporgenti, zigomi, faccia allungata, madibole (!), poca barba, capigliatura folta (!); Pini, d'anni 37, uno dei capi degli anarchici di Parigi, fratello di una pazza, appare dalla fotografia con poca barba, con fronte sfuggente, enormi seni frontali, mascelle enormi, orecchie lunghissime.

Prendendo una fra le rivolte più antiggiuridiche (!), la Comune di Parigi, troviamo su cinquanta fotografie di comunardi che possediamo, 23 con fisionomie normali, 11 con qualche anomalia, 6 con completo tipo criminale (12%), 5 con tipo pazzesco... ».

Riferendosi ancora ai comunardi, trova « ... Ducasse, dinocolato, con occhi sgranati, bocca fessa, voce che mette i brividi (segni degenerativi codesti come quelli di

ricondotta alla natura, allora il problema cessa di essere politico,

Folaine e Vermorel che balbettano, di Courbet e di Arnauld che vocalizzano)... (p. 256) ».

« Nei capi dell'89 troviamo Mirabeau bellissimo, ma col naso torto, e Marat, Carrier, Jourdan con completo tipo criminale; Fouquier-Tinville, mandibole enormi e capelli foltissimi, Péthion e Lameth fronte sfuggente; S. Just e Taboc d'Egloutine, senza barba; Robespierre, Panton e Merlin de Thionville, naso camuso » (p. 252).

Tornando agli anarchici, fa l'ipotesi che « ...anche il Most, ...ora capo degli anarchici di Nuova-York, avrebbe dei caratteri criminali, confermati dalla mancanza di senso morale, scolpita in questa sua frase: *l'amore della madre e l'affetto della donna che vi ama sono un egoismo colpevole* » (nella quale frase invece, chi volesse usare la sua stessa disinvoltura critica, potrebbe trovare l'indizio di una acuta capacità dell'autore nel percorrere — se non ci sbagliamo — certe intuizioni di alto valore culturale che saranno poi di Sigmund Freud).

Prosegue nella sua casistica e giunge alla « *Epilessia politica*. La connessione della criminalità congenita coll'epilessia ci spiega la frequenza nei rei politici di quei casi che chiamerei di *epilessia politica* » (p. 273). Attacchi di epilessia sono all'origine dell'opera di Maometto e di quella di San Paolo. Tra i *rei politici pazzi* elenca Cola di Rienzo (« gli storici tutti ricordano il suo *fantastico* (e noi diremo megalomane) sorriso » (p. 283)), e poi Lutero, che « ...andava soggetto a sofferenze che egli attribuiva alle arti del demonio, ma che dalla stessa sua descrizione appaiono di origine psicopatica: tale l'ambascia... la vertigine, la cefalea, sussurri alle orecchie (vertigo di Ménière?) e più tardi, a 38 anni, allucinazioni acustiche... », Ignazio di Loyola, Girolamo Savonarola, Masaniello.

Non potevano mancare, tra i rei politici pazzi, altri esponenti della Comune, e così vengono ricordati « Pillotin, faccia pazzesca, mancanza di barba, fronte sfuggente, zigomi voluminosi. Régère, occhi vitrei, tipo semi-pazzesco. Peyronton, tipo pazzesco, fronte sfuggente, zigomi voluminosi, capelli abbondanti. Pothier, tipo mezzo pazzesco, calvo, occhi spaventati ».

Comprendibile anche la particolare attenzione che egli dedica al « pazzo » Davide Lazzaretti, del quale gli sfuggono interamente le componenti di rivolta sociale e l'uso tutto contadino della mediazione religiosa nella lotta politica (cfr., in questa linea, A. MOSCATO, *Riforma religiosa e riforme sociali nel movimento millenarista di Davide Lazzaretti*, in A. MOSCATO, M.N. PIERINI, *Rivolta religiosa nelle campagne*, Roma, 1965, pp. 25-140).

Tra i *mattoidi politici* elenca Sbarbaro, perché antiparlamentare, Caporale, perché usando il sasso per i suoi attentati (ne aveva tirato uno contro un generale) mostra retrogradismo, e cioè « il ritorno all'antica arma silicea ». Sono *mattoidi* anche alcuni anarchici che usano « ...esagerata sobrietà, tantoché Bosisio si nutre di polenta senza sale, Passanante di solo pane, Guiteau di nocciuole, come spesso Lazzaretti di due patate... » (p. 307). Mattoide è Louise Michel (« ...parenti bizzarri... strana passione per le bestie... gatti, cani, uccelli... »), mentre quello di Nobiling (che aveva attentato alla vita dell'imperatore di Germania nel 1878) era un caso di *suicidio indiretto*, manifestazione dello stesso *mattoidismo*.

viene messo in conto al fato, si presenta come ineluttabile e giustifica l'elusione ⁽¹⁶³⁾: o va risolto con pratiche di « igiene sociale ».

Ma il tocco decisivo è nella valutazione dell'incidenza numerica dei « criminali » in alcuni fenomeni storici che Lombroso crede bene di non adombrare con statistiche che disdirebbero.

« In Italia — scrive a p. 250 — fra 521 martiri del nostro risorgimento, ... riscontrammo: 454 normali, 64 anomali di cui 23 con due caratteri degenerativi, 3 con deciso tipo criminale, dunque 0,57%, una proporzione, cioè, del quadruplo minore di quella del tipo criminale fra gli onesti, che si valuta al 2%; si noti anzi, come fra questi 3 con tipo criminale, Pasquale Sottocornola fosse poi onestissimo... ».

« Nei martiri cristiani la fisionomia criminale è una strana eccezione (S. Paolo) smentita dalle biografie ». Eccettuati in questo modo Risorgimento e Cristianesimo, Lombroso aggiunge che « Anche fra 31 nichilisti celebri troviamo ...la stessa scarsenza del tipo criminale (1 con 3 caratteri, 3 con 2, 5 con 1 carattere, sopra 31 esaminati), confermata dalla vita intera che si può riassumere tutta in un intenso, fervente altruismo »: l'iniziale inspiegabilità di questa statistica tanto favorevole per un movimento come quello nichilista, si chiarisce due pagine sopra, là dove è detto che « Nel nichilismo vedemmo già la prevalenza dei nobili e in genere delle classi colte... professionisti... impiegati governativi, ecclesiastici, avvocati e medici, letterati, studenti e pittori... ». Il conto torna.

Rinviamo infine alla lettura di interventi specifici, sempre di Lombroso, su aspetti particolari del delitto politico e del suo manifestarsi. Il saggio *Gli anarchici*, Torino, 1894, ora ristampato (Roma, 1972), contiene lo stesso genere di argomentazioni ora passate in rassegna, con frequenti ripetizioni letterali rispetto alle cose già scritte ne *Il delitto politico*. Lo schema è ancora fondato sulla distinzione, all'interno degli esponenti anarchici (o socialisti, o comunardi), tra criminali, epilettici, isterici, pazzi, mattoidi, suicidi indiretti, rei passionali, altruisti, neofili. Discorsi paralleli anche in *Tre tribuni*, Torino, 1887, dedicato in particolare a Masaniello, Cola di Rienzo, Lazzaretti, Coccapieller, Passanante, Guiteau; già nel 1883 aveva pubblicato a Roma, per i tipi di Sommaruga, il libretto *Due tribuni studiati da un alienista*, dedicato in particolare a Cola di Rienzo ed al Coccapieller, ma contenente anche un capitolo intitolato *Una nuova teoria psichiatro-zoologica delle rivoluzioni* ed un altro recante *Esempi di matti politici*, nel quale si dilungava su Loyola, Lutero, Savonarola, Lazzaretti, Masaniello.

Molte di queste a « tesi » si ritrovano spesso anche in altri lavori di Lombroso (quasi a prova di un ennesimo « tic nervoso intellettuale », da aggiungere a quello di cui parla F. FERRAROTTI, *Prefazione*, cit., p. 27): *Genio e follia*, Torino, 1882; *Pazzi ed anomali*, Città di Castello, 1885; *Palimsesti del carcere*, Torino, 1891: spc. pp. 146 ss., 258 ss., 269 ss.

⁽¹⁶³⁾ La parola greca *αἴτια*, che vuol dire *causa* significava in origine *colpa*. Rappresenta l'indizio di una mentalità per la quale « la legge naturale si presenta ancora quasi come una proposizione giuridica » (H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, tr. it. di M.G. LOSANO, Torino, 1966, p. 104). Tale mentalità sta a fondamento del determinismo (compreso quello lombrosiano) e della convinzione che certe connessioni fenomeniche siano in sostanza ineluttabili.

La realtà è, ovviamente, diversa. Le tesi di Lombroso ne danno un'immagine mistificata, esplicitandosi poi lungo le linee conservatrici di cui abbiamo mostrato gli indizi ed offrendoci il quadro complessivo di un'opera che, mentre offre da un lato una radicale alternativa metodologica agli studi penalistici (consegnando anche più di un elemento valido e vitale al loro patrimonio), tende a garantire, dall'altro, l'assetto politico-sociale esistente.

Conservazione strutturale come conseguenza di una innovazione nella sovrastruttura, nuovo metodo e vecchia realtà: risultati non casuali di un'opera che si inserisce a pieno diritto in quel fenomeno culturale che Antonio Gramsci avrebbe definito come «lorianismo», rimproverandogli disorganicità, assenza di spirito sistematico, trascuratezza nello svolgimento dell'attività scientifica, assenza di centralizzazione culturale; fenomeno nel quale il Loria non era «un caso teratologico individuale», ma un esponente tra altri di «quello strato di intellettuali positivisti che si occuparono della questione operaia e che erano più o meno convinti di approfondire e rivedere e superare la filosofia della prassi»⁽¹⁶⁴⁾.

Cesare Lombroso sconta questi limiti: e li sconta sul duplice terreno dell'arretratezza politica e della scarsa serietà scientifica esercitando tuttavia sui suoi seguaci e su tutti coloro che da lui rimasero influenzati (furono tanti, specie nella prima cultura socialista), una indiscutibile egemonia. Valgono quindi ancora le parole di Gramsci ed il suo giudizio a proposito del peso avuto da un Achille Loria sulla cultura del suo tempo: «che egli sia diventato un pilastro della cultura, un «maestro» — scrive Gramsci con osservazioni che calzano perfettamente anche per il Lombroso — e che abbia trovato «spontaneamente» un grandissimo pubblico, ecco ciò che fa riflettere sulla debolezza, anche in tempi normali, degli argini critici che pur esistevano: è da pensare che in tempi anormali, di passioni scatenate, sia facile a dei Loria, appoggiati da forze interessate, di traboccare da ogni argine e di impaludare per decenni un ambiente di civiltà intellettuale ancora debole e gracile»⁽¹⁶⁵⁾.

⁽¹⁶⁴⁾ A. GRAMSCI, *Gli intellettuali e l'organizzazione della cultura*, Torino⁶, 1955, p. 169.

⁽¹⁶⁵⁾ A. GRAMSCI, *Gli intellettuali*, cit., p. 173.

Tra i lombrosiani più ortodossi non furono pochi quelli che si occupano di delitti e delinquenti politici. Anche tra di essi, però, occorre fare qualche distinzione di orientamento politico, se non anche di credibilità e serietà scientifica.

Così, non metteremo sullo stesso piano il socialista Borciani (positivista sensibile alle categorie lombrosiane ⁽¹⁶⁶⁾, ma ben diversamente cosciente delle ragioni politiche e sociali che legittimano il dissenso *anche violento* ⁽¹⁶⁷⁾) e « l'illustre Garofalo (lombrosiano) che in un libro di 300 pagine combatte il socialismo appellandosi al Loria ed anche ad Asturaro » ⁽¹⁶⁸⁾; né appaieremo Rodolfo Laschi, socialista, al quale si deve uno dei capitoli più seri, se non l'unico, del libro scritto insieme a Lombroso ⁽¹⁶⁹⁾, ed Ettore Sernicoli, Questore

⁽¹⁶⁶⁾ A. BORCIANI, *Delitti contro lo Stato*, cit., p. 29 ss.

⁽¹⁶⁷⁾ « Le rivoluzioni e le rivolte — egli scrive — tentate semplicemente o riuscite, possono essere o no *legittime*. La violenta insurrezione contro il governo costituito, non può prosciversi per ciò solo che è violenza: vi hanno delle rivoluzioni che sono, nonostante la forma, atti a miglior titolo chiamati di giustizia di quello di certe inique sentenze pronunciate con tutte le solennità dei riti giudiziari...

Rovesciare un governo che la grande maggioranza non ritiene più adatto ai bisogni e alla civiltà della nazione, è *difendersi* (violentemente, sia pure, ma è difendersi) contro i pochi che profittando del potere e della forza di cui sono depositari pretendono di imporre la loro volontà » (A. BORCIANI, *Delitti contro lo Stato*, cit., p. 9).

⁽¹⁶⁸⁾ È un passo di una lettera di Antonio Labriola a Friedrich Engels, scritta il 3 marzo 1895 ed ora pubblicata in A. LABRIOLA, *Lettere ad Engels*, Roma, 1949, p. 197, II « libro di 300 pagine » è quello, appunto di R. GAROFALO, *La superstizione socialista*, Torino, 1895. Garofalo affronta espressamente il tema dei reati politici, applicando ad essi la sua teoria sui *delitti naturali* e *delitti convenzionali*, nella *Criminologia*, Torino², 1891, p. 41 ss.

⁽¹⁶⁹⁾ È il cap. III della parte seconda de *Il delitto politico e le rivoluzioni*, cit., pp. 467-496, nel quale si indicano i *Mezzi preventivi del reato politico. Profilassi economica*. In esso Laschi affronta i temi della *questione sociale* ed avanza una serie di proposte di riforma economica e sociale per risolverli: dalla cogestione industriale alla cooperazione agricola; dalla riforma del sistema creditizio a quella dei sistemi scolastico ed ospedaliero. Propone la generalizzazione delle società di mutuo soccorso, fino ad arrivare ad aperte proposte di collettivizzazione e di altre forme di « socialismo di Stato »; chiede l'abolizione del diritto alla successione per i parenti lontani e per gli estranei, nonché tasse fino all'80% per la trasmissione delle eredità. Propugna una radicale riforma del sistema tributario, l'avvento di leggi per la protezione del lavoro, contro gli infortuni e per la previdenza sociale; invoca un sistema capace di dirimere equamente i conflitti di lavoro; chiede provvedimenti contro l'emigrazione, contro la povertà, e per risolvere il problema dell'abbandono dei fanciulli e dei vecchi.

di Roma, inviato a Parigi nel quadro della repressione internazionale del movimento anarchico ed autore di due volumi « pieni di furberia, di malignità e di bugie, ma scritti in una forma ingenua ed attraente »⁽¹⁷⁰⁾. D'altronde, la pesante egemonia di Lombroso sul *milieu* degli antropologi criminali rende poco interessanti le voci di quegli autori che non si distaccano da lui per sottolineare l'aspetto più strettamente *giuridico* della questione, come fecero Luigi Carelli⁽¹⁷¹⁾, Ferdinando Puglia⁽¹⁷²⁾ o Emanuele Carnevale⁽¹⁷³⁾, né valorizzarono il momento politico-sociale di essa, come abbiamo visto fare al Laschi o come fa in certe sue pagine il Borciani⁽¹⁷⁴⁾.

È così che ci paiono realizzare solo parziali aggiustamenti delle tesi di fondo del « maestro », gli studi di Scipio Sighele⁽¹⁷⁵⁾, quello

Si tratta del classico « programma » socialista, con tutti i suoi limiti riformistici, ma oggettivamente (dato il momento) massimalista. In più, esso viene presentato *ad mala vitanda*, caldeggiato per tener quieti gli operai, per far diminuire gli scioperi, togliere argomenti ai mestatori, assicurare una pace operosa e così via. Tuttavia, e questo ci pare l'elemento più importante, esso mostra che Laschi crede alla possibilità di risolvere per la via delle riforme economico-sociali il problema della conflittualità politica. Il che vuol dire che egli ascrive a cause non precisamente *naturali*, e certo non *ineluttabili*, il fenomeno del « delitto politico ».

⁽¹⁷⁰⁾ È ancora Antonio Labriola che così scrive ad Engels il 23 novembre del 1894 (cfr. A. LABRIOLA, *Lettere a Engels*, cit., pp. 173-74). Stavolta allude a E. SERNICOLI, *L'anarchia e gli anarchici. Studio storico e politico*, Milano, 1894.

⁽¹⁷¹⁾ L. CARELLI, *I reati politici*, in *Appunti al nuovo codice penale*, Torino², 1889, pp. 312-386.

⁽¹⁷²⁾ F. PUGLIA, *Manuale di diritto penale secondo il nuovo codice penale italiano*, 2 vol., Napoli, 1890.

⁽¹⁷³⁾ E. CARNEVALE, *La questione della pena di morte nella filosofia scientifica*, 1888, e *Una dottrina sociologica del delitto* (G. Tarde), Trani, 1891.

⁽¹⁷⁴⁾ È forse pensando alle parole di Rodolfo Laschi che, ponendosi la domanda sul *che fare* riguardo ai problemi connessi con la criminalità politica Alberto Borciani così si esprime: « Quale rimedio? Lo addita la nuova scuola, invitando legislatori e criminalisti a spingere lo sguardo oltre i ristretti confini del codice penale ed insistendo perché invece di bearsi, come sino ad ora fecero, nella dolce illusione di poter salvare il mondo col moltiplicare i casi di delinquenza politica, col rimaneggiare il sistema delle pene, collo aguzzare l'ingegno in cerca di nuove formule scientifiche e giuridiche, pensino a tradurre in atto quei miglioramenti nell'ordine sociale e politico che corrispondono ai reali bisogni del civile e che da soli, varranno ad assicurare la tranquillità generale » (A. BORCIANI, *Delitti contro lo Stato*, cit., p. 32).

⁽¹⁷⁵⁾ S. SIGHELE, *La delinquenza settaria. Appunti di sociologia*, Milano, 1897, preceduto da *Il delitto politico*, Bologna, 1891 (estr. dall'*Archivio giuridico*, XLVI

di Gaetano Angiolella ⁽¹⁷⁶⁾ e gli stessi contributi di Gaspare Virgilio ⁽¹⁷⁷⁾, che pure avevano per certi aspetti percorso le dottrine lombrosiane (« incunaboli delle nuove dottrine » li definisce Lombroso stesso), salvo poi ad allinearsi a quelle dottrine a partire dall'episodio Passanante del 1878, che possiamo considerare come il punto d'avvio della letteratura positivista in tema di reati e rei politici ⁽¹⁷⁸⁾.

Occorre dire subito che l'autore che spicca sopra agli altri e la cui opera contiene gli spunti più vivi, è proprio il questore Sernicoli.

A lui ed al suo libro vogliamo dedicare qualche pagina in chiusura di questo scritto, non solo per la buona qualità del suo intervento, e non tanto per il peso giuridico di esso, del resto relativo, quanto per il valore insieme di testimonianza e di indizio che autore ed opera rivestono. Testimonianza del punto di vista della repressione, rappresentata qui da uno specialista intelligente e preparato; indizio di una mentalità destinata poi ad affermarsi nei

(1891)), poi ripubblicato in S. S., *Idee e problemi di un positivista*, Milano², s.d., ma 1907, pp. 199-235, che passa in rassegna le tesi esposte nel *Delitto politico e le rivoluzioni* di C. LOMBROSO e R. LASCHI.

Scipio Sighele fu un discreto sociologo, e malgrado le lodi senza riserve che rivolge al Lombroso, la sua dipendenza da lui non è assoluta. Le sue osservazioni sono assai spesso di miglior lega rispetto a quelle del « maestro », e raramente cadono nel gratuito o si presentano immotivate ed arbitrarie. Lo stesso suo stile scientifico è più sobrio ed attento, e raramente conosce *débordements* di tipo lombrosiano.

⁽¹⁷⁶⁾ G. ANGIOLELLA, *Delitti e delinquenti politici. Appunti*, Milano, 1903.

⁽¹⁷⁷⁾ G. VIRGILIO, *Saggio di ricerche sulla natura morbosa del delitto e sulle sue analogie colle malattie mentali*, Roma, 1873, contemporaneo, quindi, dell'*Uomo delinquente* di Cesare Lombroso. Il *Saggio* di Virgilio venne ripubblicato a cura dello stesso Lombroso col titolo *Sulla natura morbosa del delitto. Saggio di ricerche*, Torino, 1910.

Rispetto a Lombroso, Virgilio accentua l'aspetto medico-psichiatrico dell'indagine (poi valorizzato anche nello studio su Passanante); la sua analisi ne acquista in rigore e credibilità.

⁽¹⁷⁸⁾ Accanto allo studio di G. VIRGILIO, *Passanante e la natura morbosa del delitto*, che è del 1878 e che venne ripubblicato da Lombroso insieme al *Saggio*, nel 1910, abbiamo infatti gli articoli di C. LOMBROSO, *Considerazioni sul processo Passanante*, in *Giornale internazionale di scienze mediche*, IX (1879), fasc. 3 e 4 e *Su Passanante*, postilla pubblicata nel medesimo *Giornale*, 1879, fasc. 9; L. TARANTINI, *Difesa di Giovanni Passanante*, Napoli, 1879, e la stessa *Perizia sullo stato di mente di Giovanni Passanante*, Reggio Emilia, 1879; infine V. ROSSI, *Il fattore economico nei moti rivoluzionari*, in *Archivio di Psichiatria*, IX (1888), fasc. I.

regimi totalitari d'Italia e d'Europa e che altra non è se non la mentalità del « tutore dell'ordine » di professione, che bada al suo fine e non ha esitazioni sui mezzi, perché crede in modo assoluto alla conservazione come valore e non si fa fuorviare da scrupoli di nessun genere.

Il questore Sernicoli rappresenta un momento dell'*éternel policier* e per questo deve avere spazio particolare nella nostra ricostruzione.

Il lavoro di Sernicoli, anche se accortamente seminato di (credibili) falsificazioni, è il frutto di una grande informazione posta a servizio di un uomo che aveva compreso molti dei meccanismi e dei retroscena del movimento anarchico e socialista, che certo non erano allora di facile decifrazione. Lo studio, condotto con stile brillante, si apre con una lunga ricostruzione storica, tesa insieme a saldare in un unico « movimento eversivo » socialisti, anarchici e comunisti, ed a mostrare movimento e protagonisti in luce abietta, perché incutano timore e smuovano la borghesia che sembra invece, a Sernicoli, voler schivare la lotta. Tutto questo, si badi bene, non nel modo grossolano e con l'iconografia d'appendice in voga in quegli anni: Sernicoli non mostra anarchici di maniera, sanguinari e spietati, o comunisti d'oleografia, brutali ed assetati di vendetta. I suoi strumenti sono « la storia » ed un uso sapiente della retorica dei « fatti ».

La seconda parte del lavoro è dedicata agli aspetti politici del problema ed all'individuazione dei mezzi migliori per la repressione del dissenso.

Attento nelle analisi e senza esitazioni nella scelta di campo ⁽¹⁷⁹⁾ si mostra conseguente nel tenere una linea di realismo; indica nella repressione *efficiente* e non controproducente la via per risolvere i problemi connessi con l'acutizzarsi in Europa della lotta di classe.

Il suo positivismo è strumentale: alla fine di un capitolo sul *delinquente politico*, tutto costruito su schemi mutuati da Lombroso,

⁽¹⁷⁹⁾ Basta sentire come conclude una rapida e non sprovveduta analisi del pensiero politico di Marx. « Questi, — scrive — in riassunto, i principii del Marx che l'implacabile freddezza ed il rigoroso metodo scientifico fanno uno dei più pericolosi, se non il più pericoloso forse, fra gli scrittori che consacrarono l'ingegno ai danni della società » (E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., I, pp. 66-67). Il fiuto del poliziotto di rango, unito allo stile brillante dell'alto funzionario *cultivé*.

si dichiara « fra quelli che accettano molte delle sue premesse, ma che ne derivano conseguenze diametralmente opposte »⁽¹⁸⁰⁾: protesta, infatti, contro l'opinione « dell'illustre professore di Torino » che vorrebbe risparmiare agli anarchici « la pena capitale non solo, ma anche le pene più gravi, e soprattutto le ignominiose »⁽¹⁸¹⁾. « È sul serio — risponde Sernicoli — che a mezzo dell'anno 1894, il Lombroso si lascia scappare dalla penna le parole *pene infamanti?* »⁽¹⁸²⁾: egli, dal canto suo propone la restaurazione della pena di morte, sostenendola con ragionamenti strettamente politici⁽¹⁸³⁾ e come mezzo di *igiene sociale*, l'unico capace di interrompere la progenie degli « eversori per istinto di nascita ».

Ciò che invece non è strumentale, ma fondamentale nelle sue analisi e proposte, è la precisa percezione del pericolo rappresentato dalla « marea socialista »; il suo libro è continuamente attraversato da avvertimenti ed appelli alla borghesia, perché smetta di sostenere gli eversori con sottoscrizioni, o leggendo la loro stampa⁽¹⁸⁴⁾, alimentando tendenze sovversive nella letteratura⁽¹⁸⁵⁾ o, peggio ancora, diffondendo « i peggiori principi del socialismo » nelle scuole elementari o dalle cattedre delle università⁽¹⁸⁶⁾: i privilegi che vengono dai cittadini e dai contribuenti a questi « aspostoli di opinioni che non sono le loro (vuole dire « dei contribuenti »), educatori che predicano l'espropriazione delle loro (i.c.s.) proprietà » , andrebbero aboliti con legge.

⁽¹⁸⁰⁾ E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, p. 54.

⁽¹⁸¹⁾ C. LOMBROSO, *Gli anarchici*, riediz. 1972, cit., p. 149.

⁽¹⁸²⁾ Così ha tradotto, da una versione francese, le parole *condamnations ignominieuses* (E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, p. 50).

⁽¹⁸³⁾ E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, p. 53 ss.

⁽¹⁸⁴⁾ E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, p. 185, p. 188.

⁽¹⁸⁵⁾ Se un romanziere, un drammaturgo, debbono presentarci un furfante, non dubitate che lo sceglieranno nella aristocrazia, nella borghesia, nel clero; il prototipo di tutte le virtù sarà invece un modesto operaio. Se un giornale — anche conservatore — deve annunciare — puta caso — che una truffa è stata commessa, se l'autore di essa è un operaio, intollererà l'articolo; *Un truffatore*, e basta; ma se invece il truffatore è un conte, un avvocato, un canonico, non dubitate che il giornale, in omaggio all'uguaglianza delle classi sociali, vi metterà in bel grassetto, il titolo: *Un conte, un avvocato, un canonico truffatore* » (E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, p. 231).

⁽¹⁸⁶⁾ E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, p. 287 ss.

Mi si risponderà, — prosegue — che una legge che colpisse i maestri socialisti e rispettasse i *gros bonnets* dell'insegnamento sarebbe iniqua, e che questi ultimi non si possono toccare perché sono garantiti da un'inamovibilità che permette anche loro di porsi alla testa di tumultuanti e di saccheggiatori, senza che i numerosi emolumenti che percepiscono sieno diminuiti di un soldo.

Lo so. E rispondo che questa dell'inamovibilità dei professori è una delle prime leggi che converrebbe abolire.

Sernicoli, che è un lucido reazionario (sia detto *pour plaiser*, ma la sua traduzione del termine *Restauration* è *Ristorazione*; II, p. 53), applica una sorta di spirito sistematico nel suo arco di proposte, senza lasciare indietro nulla. Coglie i punti nodali dello Stato liberale e li mette sotto il tiro di una critica distruttiva.

Avverte, per esempio, che bisogna preservare i detenuti dal contatto con i rivoluzionari ⁽¹⁸⁷⁾, e che bisogna tenere l'esercito lontano dalle popolazioni; raccomanda « al Ministro della Guerra di usare ogni dirigenza perché non un anarchico, non un socialista rivoluzionario arrivi ad infiltrarsi nelle file dell'esercito e perché quelli che già vi sono ne sieno sollecitamente eliminati » ⁽¹⁸⁸⁾. Invita lo Stato a non indulgere troppo nei confronti degli operai, che non ne hanno bisogno ⁽¹⁸⁹⁾, a porre termine « all'insana diffusione data all'istruzione pubblica » ⁽¹⁹⁰⁾, a non cedere, infine, alle ubbie delle « cosiddette leggi sociali »:

A mio avviso — chiarisce — il vento socialista che passa oggi sull'Europa, e che non ha risparmiato né il Vaticano di Roma, né lo Schloss di Berlino, è una delle cause principali della crisi economica che si aggrava su tutto il mondo e della diffusione dei miasmi che ammorbano l'atmosfera politica e sociale.

⁽¹⁸⁷⁾ E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, pp. 212-13, 245.

⁽¹⁸⁸⁾ E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, p. 245.

⁽¹⁸⁹⁾ Porta a sostegno di questa affermazione, tra l'altro, una sua teoria sul *comfort* del lavoro in miniera, fondata sull'osservazione che — malgrado le dicerie sulle esplosioni di *grisou* ed i miti tendenziosi sull'insalubrità di « quei buchi neri profondi parecchie centinaia di metri » — « il numero dei minatori aumenta continuamente », e che « mentre sono frequentissimi gli agricoltori che abbandonano il loro mestiere per darsi a quello di minatore, non vi ha esempio di un solo fra i minatori che, pentito, abbia lasciato la miniera per ritornare ai campi » (E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, p. 290).

⁽¹⁹⁰⁾ E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, pp. 286-87.

La situazione è tale che lo Stato non può fare la menoma cosa a vantaggio delle classi meno abbienti senza fare in pari tempo un male maggiore del bene che si proponeva di fare ⁽¹⁹¹⁾.

Le questioni, per lui, si risolvono altrimenti. Da buon reazionario classico, Ettore Sernicoli non trova di meglio che riproporre la Santa Alleanza: al posto del nemico giacobino il nemico socialista, al posto della civiltà dell'Europa cattolica, le proprietà dei borghesi e il loro Stato.

Occorre, dichiara, che gli Stati d'Europa si coalizzino, che smettano di accapigliarsi per questioni di prestigio e guardino al vero pericolo che li minaccia. Egli nota dovunque, « nelle questioni interne, la stessa noncuranza del pericolo sociale. Pare che la storia, si ripeta, — osserva — e tutti i Parlamenti d'Europa ricordano oggi quei buoni greci che bizantineggiavano sulla transustanziazione mentre Maometto II era alle porte » ⁽¹⁹²⁾.

Quale parigino onesto — si chiede — non avrebbe preferito che le truppe tedesche fossero entrate a Parigi, nel 1871, piuttosto che subire il dominio di una plebaglia sfrenata ed ebbra di sangue?... ⁽¹⁹³⁾.

E poi, in termini espliciti:

Dico il vero, se un giorno la rivoluzione americana (*allude ai moti del luglio 1894*) accennasse a trionfare, sarebbe opera di saggia politica, da parte dell'Europa, il coalizzarsi per ischiacciarla, per soffocarla nel nascere, perché davvero tutte le nostre questioncelle europee sarebbero ben piccola cosa innanzi al predominio della plebe americana formata dai detriti di tutte le plebaglie europee.

E, davvero, sarebbe tempo che tutte le potenze d'Europa si stringessero contro il comune nemico, non prefiggendosi come scopo la lotta contro l'anarchia — perocché una coalizione europea contro l'anarchismo assomiglierebbe all'opera di chi levasse un esercito per distruggere le volpi che gli mettono a ruba il pollaio — ...ma, contro tutti i nemici dell'ordine sociale, comunque piaccia loro di intitolarsi, e proponendosi, come scopo

⁽¹⁹¹⁾ E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, p. 281.

⁽¹⁹²⁾ E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, p. 291. Bisogna superare, insiste, i dissensi internazionali davanti al nemico comune.

⁽¹⁹³⁾ E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, pp. 292-93.

finale, il trovar modo di contenere nei giusti limiti le cosiddette rivendicazioni operaie.

Quindi scopre ulteriormente le carte, mostrando ancora il realismo e la lungimirante concretezza di cui gli abbiamo dato atto, e chiarendo una volta per tutte che

gli anarchici veramente pericolosi non sono i Ravachol, i Vaillant, gli Henry, i Lega, i Caserio, delinquenti a metà pazzi, che possono fare qualche vittima, ma che scompaiono rapidamente; sono gli anarchici permanenti, cioè gli agitatori delle Società operaie e delle Camere del lavoro...⁽¹⁹⁴⁾.

Così, delineata l'ideologia di fondo che lo ispira, indicati i nemici veri, la strategia da seguire, gli errori della borghesia e i doveri che competono agli Stati, passa ai dettagli giuridici: pene più gravi per i reati politici che per i comuni⁽¹⁹⁵⁾, introduzione del *bando* per i rei politici che hanno scontato la loro pena detentiva⁽¹⁹⁶⁾, punizione per le manifestazioni di pensiero anarchiche,

⁽¹⁹⁴⁾ E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, pp. 293-94.

⁽¹⁹⁵⁾ E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, p. 201 ss. L'argomento adottato da S. mostra, quanto egli sia convinto del fatto che il diritto penale è un'occasione offerta alla polizia per affermare il suo potere, piuttosto che una delle manifestazioni della coscienza e della volontà, se non dei cittadini, almeno dello Stato in astratto. Il reo politico, egli sostiene, va punito più gravemente del reo comune perché ha dalla sua, in compenso, la simpatia dei cittadini. Ciò che crea sdegno ed esecrazione — poniamo un efferato crimine comune — può essere punito più lievemente di ciò che appare ispirato da fede ideale o da sete di giustizia: infatti il primo crimine avrà una sanzione sociale che al secondo mancherà, onde alla pena giuridica deve essere affidato il compito di ristabilire l'equilibrio afflittivo.

È una tesi aberrante, ma, nella logica del questore Sernicoli, essa serve a creare un meccanismo che scoraggi la « delinquenza politica »: infatti, siccome nel reato politico « alla pena inflitta dai tribunali non va congiunta ... la pubblica disistima, occorre che essa (la pena) sia gravissima », per poter bastare da sola a tener lontani i cittadini da quel genere di reati (p. 202).

⁽¹⁹⁶⁾ « Io credo, per esempio, che l'Olanda consentirebbe senza troppe difficoltà, a permetterci di sbarcare i nostri banditi nella parte della Guiana che le spetta, e dico sbarcare, e non deportare, perché nel mio concetto si tratta di un bando e non di un domicilio coatto.

Il governo coglie l'anarchico con due delicatissime dita, lo mette a bordo di un bastimento che fa vela, puta caso, per Surinam; colà giunto, lo pone a terra, consegnan-

perché « i principi dell'anarchismo conducono necessariamente al delitto » e non meritano il privilegio della libertà di espressione.

Aggiunge che occorre stroncare la « perniciosa consuetudine che va infiltrandosi nei tribunali e nei giurati, cioè quella di considerare come un'attenuante per un delitto qualsiasi il fatto di essere stato commesso in occasione di sciopero o di qualsivoglia altro ammutinamento operaio ». Al contrario, dice Sernicoli, « io non esito a proporre un articolo in virtù del quale tutti i delitti di qualsivoglia natura, commessi in occasione ed in connessione di scioperi, manifestazioni od ammutinamenti operai, saranno puniti con le pene portate dal codice penale, aumentate dalla metà ai due terzi » ⁽¹⁹⁷⁾; e che « sieno con assai maggior rigore puniti coloro che, non essendo operai, si mescolano agli scioperi ed ai movimenti operai per il solo motivo di intorbidare le acque e pescarvi poi a loro bell'agio » ⁽¹⁹⁸⁾.

Le sue proposte di riforma non si arrestano qui. Inframezzando il suo scritto con una serie di affermazioni « liberali » (ispirate più a realismo che a vero spirito di tolleranza, e spesso tendenziose, come « libero l'operaio di scioperare, libero l'imprenditore di licenziarlo »), dopo aver denunciato la falsità dell'alternativa « prevenzione o repressione » con l'assunzione della regola « *reprimere è prevenire* », passa alla proposizione di ulteriori rimedi « tecnici »: abolizione delle giurie popolari nelle Corti di assise, per i reati politici (« a chi giova poi tanto rigore di leggi, quando, in pratica, l'energia dei giurati chiamati a giudicare siffatti reati dura giusto tanto tempo, quanto il fumo dell'ultima bomba? » Non è serio « confidare a dodici droghieri o salumai il diritto di impancarsi a giudici in siffatte materie » ⁽¹⁹⁹⁾); abolizione del beneficio della non estradabilità per reati politici; per l'abolizione dell'associazionismo

dogli anche, se povero, un gruzzolo uguale a quello che costerebbe il suo mantenimento per un anno in un carcere del Regno, e poi lo lascia libero di andare dove vuole e di fare ciò che vuole, ricordandogli soltanto che la terra d'Italia gli è vietata per sempre, provvedimento che, tra parentesi, non può neppur chiamarsi pena, quando viene applicato a chi professa l'antipatriottismo » (E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, pp. 211-12).

⁽¹⁹⁷⁾ E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, pp. 217-18.

⁽¹⁹⁸⁾ E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, p. 221.

⁽¹⁹⁹⁾ E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, pp. 229-30, e poi anche p. 243 ss.

sovversivo introdurre la pena anche per i congiunti che favoriscono l'affiliato ad una associazione proibita (pena esclusa dall'art. 249, secondo comma, del c.p.), e toglierla per gli affiliati che denuncino all'autorità l'esistenza dell'associazione (magnifica occasione, quest'ultima, per gli « agenti provocatori », che possono così promuovere un'associazione proibita, e poi incolpare i « provocati », godendo di legittima immunità); porre fine alla « sciagurata pratica delle amnistie, soprattutto per i reati politici »; vietare la pubblicazione nella stampa dei resoconti processuali e dei nomi dei magistrati, in occasione di processi politici ⁽²⁰⁰⁾. Da ultimo, a coronamento di tante innovazioni, i « libretti degli operai »:

Questi libretti dovrebbero rilasciarsi gratuitamente a tutti gli operai... e porterebbero in fronte, oltre alla fotografia dei titolari, un *estratto del loro casellario giudiziario*. Vi sarebbero inoltre numerosi fogli in bianco, su cui *ogni mese il padrone dell'operaio annoterebbe le sue osservazioni, ed egualmente vi apporrebbero le loro le autorità*, ogni qual volta l'intestato avesse a che fare con esse.

Ogni operaio recherebbe quindi seco una specie di *curriculum vitae* che *permetterebbe ai principali di conoscere quelli che fossero veramente degni di essere occupati* ⁽²⁰¹⁾.

Sono tutte indicazioni da meditare.

Il lettore che guardi attraverso ed oltre le pagine di Sernicoli si accorgerà che la quasi totalità dei suoi suggerimenti sarebbe stata accolta nella legislazione speciale e nel codice penale che rimpiazzarono il « sistema Zanardelli » di lì a qualche decennio.

Non si tratta, ovviamente, né della capacità di anticipazione di uno scrittore di rango, né del suo personale grado di influenza scientifica, né, tanto meno, di una casuale combinazione da mettere in conto agli imprevedibili capricci della storia. Si tratta semplicemente della logica permanente che sottostà alle scelte del potere costituito, quando esso si sente minacciato dal « nuovo », che non comprende e che lo spaventa, e reagisce accentuando e difendendo con violenza quanto ha in sé di « vecchio » e di rassicurante.

La crescita operaia degli anni novanta e la *domanda di giustizia*

⁽²⁰⁰⁾ E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, p. 244.

⁽²⁰¹⁾ E. SERNICOLI, *L'anarchia*, cit., II, pp. 294-95.

che saliva dal mondo del lavoro, sono paragonabili allo sviluppo ulteriore degli anni dal 1919 al 1922 ed alla *domanda di potere* che ne derivò: in entrambi i casi, anche se con diverso successo, le classi dominanti risposero con la maniera forte: episodica e sostanzialmente perdente nel primo caso, istituzionalizzata in un regime, e vincente, nel secondo.

Quel che si può dire dell'opera di Sernicoli, così come di quella di giuristi, antropologi-criminali, e — perché no — giudici, prefetti e questori a lui vicini, è che essa contribuì, con altri fattori, a creare un clima generale di insoddisfazione nei confronti del sistema, in mezzo ai ceti borghesi. Venne insinuata in essi una crescente sfiducia nelle istituzioni, nella classe politica, nella legislazione esistente e nell'efficienza della sua applicazione. Un processo di logoramento investì progressivamente lo schema liberale dello Stato, insieme ai principi di tolleranza, di pluralismo politico, di apertura alla battaglia delle idee, che pure erano il suo primo fondamento ideale. Il quadro istituzionale nel suo insieme e le regole del gioco postulate dallo Stato di diritto ne uscirono progressivamente screditati. Un complesso di risultati che i fautori dell'« ordine », sempre attenti alla realtà, coscienti dei suoi meccanismi profondi, esperti degli umori degli strati sociali frustrati dal progresso delle cose e pronti alla reazione irrazionale, non avrebbero mancato di mettere a frutto.

IL DIRITTO PENALE SOCIALE, 1883-1912

'Riscoperta' e ridefinizione.

Un lungo silenzio di storici e giuristi ha costretto per ben oltre mezzo secolo il 'socialismo giuridico' italiano in un limbo assai prossimo alla *Vergessenheit der Geschichte*.

Un silenzio non casuale, ovviamente, e non immotivato. Aggravato — per quanto può riguardare il particolare punto di vista che interessa questo mio contributo — da un'ulteriore e a suo modo 'storica' carenza, rappresentata dall'assenza di una adeguata riflessione storiografica sulle dottrine penalistiche di fine secolo, costrette in una schematizzazione che prendeva atto insieme degli schieramenti allora dichiarati e delle successive sistemazioni di stampo rigidamente (e tendenziosamente) classificatorio.

La recente 'riscoperta' del *socialismo giuridico* rompe dunque quel silenzio ed offre motivo di rimeditazione a proposito del modo tutto sommato rozzo e sbrigativo con il quale si è preteso di definire *für ewig* il dibattito dottrinale svoltosi tra i penalisti dagli anni settanta in poi, riducendolo ad un confronto di tipo agonistico tra due schieramenti agguerriti e compatti che solo al termine di un luogo fronteggiamento offrono spazio all'inevitabile mediazione di una 'terza scuola' di eclettici conciliatori.

Ma quella riscoperta, come spesso accade in tante operazioni di 'recupero' o di mero 'rinvenimento', ha dovuto scontare — almeno alle prime battute — un troppo lungo e generale disinteresse: in primo luogo nei confronti di quella scuola giuridica dimenticata; in secondo luogo verso lo stesso fenomeno giuridico in quanto tale, verso il pensiero dei giuristi e verso tutto ciò che al dibattito tra giuristi strettamente si connette: la costruzione di particolari istituti, il modo di gestione delle istituzioni cardinali, lo stile stesso del

governo e dell'amministrazione in uno Stato. Disinteresse, sia chiaro, che va in primo luogo imputato e rimproverato ai diretti specialisti di questi studi, ma che riguarda — vulnerando seriamente la credibilità dei loro studi — anche gli storici, diciamo, politici, i quali hanno già cominciato ad intravedere l'importanza del momento 'istituzionale' dei problemi che affrontano, ma sono ancora lontani dal comprendere che sotto le questioni istituzionali e dietro ogni operazione 'politica' che coinvolga le strutture operative dello Stato, ci sono idee, dibattiti, visioni generali e strategie *di giuristi*, quando non addirittura il loro *escamotage* tattico o il loro diretto suggerimento spicciolo.

Quella riscoperta, dicevo, ha pagato dunque un suo particolare pedaggio. Segnata all'inizio, sia pure solo per un momento, da una sorta di stupore per la lunga dimenticanza ⁽¹⁾ che ha cancellato il *socialismo giuridico* dal nostro panorama culturale, è passata attraverso preliminari fasi ricostruttive nelle quali, come davanti ai frantumi variamente incrostati di un pezzo archeologico sconosciuto, si è innanzitutto affaticata in un'opera di ricomposizione e ridefnizione tutt'altro che facile ⁽²⁾.

In primo luogo, infatti, si trattava non di cercare e ritrovare i segni della presenza di una tendenza di pensiero giuridico a suo modo organizzata o almeno cosciente della sua identità ed esistenza. In realtà non si può dire — né all'epoca si diceva — che quella del *socialismo giuridico* fosse una *scuola*, nel senso di avere anche suoi precisi confini, una sua organizzazione culturale, degli aderenti, dei capofila.

Ciò ha significato, dunque, non solo riportare in luce qualcosa che era in partenza di difficile individuazione, ma anche dargli

⁽¹⁾ Ma con sfumature di tono che appaiono diverse. Guido Neppi Modona ha scritto di una scuola giuridica *dimenticata*, Paolo Ungari *in memoria* di essa. Inutile dire che volutamente taccio delle allusioni (Ungari a Labriola, Neppi, forse, allo stesso Ungari) che ciascuno può poi cogliere nei titoli scelti dai due autori per i loro scritti.

⁽²⁾ Mi riferisco a P. UNGARI, *In memoria del socialismo giuridico*. I. Le « scuole del diritto privato sociale » e II. *Crisi e tramonto del movimento*, in *Politica del diritto*, I, 1970, 241-268, 387-403; G. NEPPI MODONA, *Una « scuola » dimenticata: il socialismo giuridico nel diritto penale*, in *Giustizia e costituzione*, II, 1971, n. 4, 29-33; ID., *Recensione* a P. Ungari, *In memoria...*, in *Rivista di storia contemporanea*, I, 1972, 115-116 e da ultimo U. GUERINI, *Socialismo giuridico e diritto penale*, in *Politica del diritto*, V, 1974, 431-473.

un'identità ed una serie di contorni nell'atto stesso della 'riscoperta', con tutte le difficoltà ed i rischi che una simile operazione comporta.

All'indeterminatezza della 'scuola' si è aggiunta poi la tendenza di alcuni caratteri che possono essere considerati distintivi di essa, a sovrapporsi e confondersi con altri che sono a loro volta distintivi di tendenze giuridiche o di scenari culturali più generali e di fondo: penso per esempio a quanto di ben nota ambiguità (spesso capace di esplicitarsi in nette tendenze *di destra* e *di sinistra*) è dato riscontrare negli elementi di positivismo, nelle ascendenze darwinistiche, nelle dichiarazioni di fede evoluzionistiche, nelle venature razzistiche (provenienti *à la fois* da Gobineau, Lombroso, Gumpłowicz) che possono rinvenirsi con grande facilità negli scritti dei 'giuristi socialisti' ed in primo luogo nei penalisti.

A tutte queste difficoltà se ne sono aggiunte altre. Come definire e scegliere i criteri ricostruttivi per rimettere insieme una tendenza di questo genere? Quali elementi tenere presenti, quali ignorare, quali considerare imprescindibili, quali esclusivi? E poi: come delimitare l'area di 'appartenenza' dei diversi giuristi ad un movimento che veniva presentandosi tanto articolato da offrire chiaramente più di un elemento di sicura contraddittorietà? E una volta 'assegnato' un giurista alla schiera dei 'giuristi socialisti', lo si doveva considerare tale *à jamais* o era necessario distinguere, periodizzando il suo lavoro scientifico e magari anche la sua biografia, assumendo come indizio anche le date ed il segno del suo impegno civile e politico?

Si tratta di problemi *preliminari*, ma la loro soluzione può essere trovata solo se non li si affronta preliminarmente. Il *socialismo giuridico* italiano, difficilmente definibile e ricostruibile come *scuola*, deve essere studiato alla stregua di una 'presenza' culturale: una tendenza politico-ideologica che *attraversa* scuole diverse e momenti diversi della riflessione giuridica, caratterizzando in modo apprezzabile una esperienza dottrinale di oltre vent'anni e segnando più o meno intensamente e per periodi più o meno lunghi l'impegno scientifico di un numero notevole di giovani giuristi.

Ciò significa, tra l'altro, che sarebbe illusorio pensare di trovare un unico o principale criterio distintivo in base al quale stabilire rigidamente i caratteri 'socialisti' della tendenza o i requisiti per appartenervi.

Una tendenza composita e i limiti culturali del suo riformismo.

Il *socialismo giuridico* italiano, sia detto senza minimamente volerne svalutare la portata e l'importanza, che pure ebbe, ci si presenta come una sorta di *bandwagon* al quale si accodano, facendovisi ricomprendere, componenti assai disarticolate: gli esponenti più diversi del 'rinnovamento' culturale legato ai vari positivismi europei; coloro che individuano nella lotta 'intorno al diritto' uno dei terreni sui quali realizzare la promozione delle classi « non abbienti ed operaie »; i giuristi mossi da una generale esigenza di giustizia sociale, nascente da una loro fondamentale convinzione democratica o quelli che, specie tra i penalisti, vedono nel lavoro scientifico un prolungamento dell'impegno che sono venuti assumendo nella società civile, spesso esplicitandolo in una presenza di lotta politica nelle file del partito socialista.

È così che possono essere collocati all'interno della tendenza darwinisti come Cogliolo o Vadalà Papale, solidaristi come Salvioli, evolucionisti come D'Aguanno, democratici repubblicani come Colajanni, crispini come Cimbali negli anni ottanta o Vaccaro negli anni novanta, zanardelliani come Gianturco, radicali come Impalomeni o Pozzolini, positivisti socialisti come Ferri, Zerboglio, Majno, positivisti 'di destra' come Brugi, o tutti quei civilisti che pongono a base del loro *socialismo giuridico* l'attenuazione del carattere 'individualistico' del diritto privato: da Chironi a Vidari, da Gianturco a Vivante.

Una eterogeneità di orientamenti, dunque, che impedisce di considerare il *socialismo giuridico* italiano come qualcosa di ben individuato e caratterizzato, ma che non deve per questo indurre a sospendere ogni tentativo di descrizione che serva, come passaggio iniziale, per arrivare a darne un adeguato giudizio storico. Già nella registrazione della evanescenza dei suoi contorni è infatti, evidentemente, un dato descrittivo di partenza nel quale è già possibile cogliere il senso politico e culturale della sua presenza all'interno del dibattito fra giuristi sul finire del secolo.

Non proseguirò, però, per questa via. Intanto perché il farlo avrebbe poco a che vedere con la precisa domanda che mi ha mosso a questa ricerca; e poi perché non ritengo che l'obiettivo stesso di una 'definizione' (diciamo così) di quella 'tendenza' valga in definitiva lo sforzo che chiederebbe. Accertarne l'identità poteva essere

opera necessaria e magari utile per i protagonisti di quell'esperienza, ma il fatto che essi stessi si siano limitati ad abbozzare appena un inizio di discorso, intorno ai primi anni novanta, e per di più su impulso d'altri ⁽³⁾, toglie ulteriore interesse, se non legittimità, ad una riedizione in sede storiografica di quel tentativo.

La questione è un'altra. Essa può essere riassunta in quella che a me è parsa la caratteristica fondamentale (altrimenti qualificabile come quella di maggior interesse storico attuale) del nostro *socialismo giuridico*: una ben individuabile *ambiguità* che ne fece per un verso un elemento generatore di aperture positive (e all'occasione di positive rotture), e per l'altro un prodromo di degenerazioni, non solo culturali e non limitate allo specifico del diritto, che avrebbero pesato in modo grave e spesso drammatico sulle vicende successive del paese.

Una ambiguità, però, che il *socialismo giuridico* non generò da sé, e che non può essere considerata un prodotto della sua sola presenza né una caratteristica ad esso esclusivamente attribuibile. Essa esisteva, obiettivamente, nella cultura dell'Italia unita, e non solo in quella giuridica: i nostri giuristi si limitano a registrarla, a dimostrazione della loro capacità di vivere nel reale senza isolarsi negli esoterismi della corporazione, e, insieme, della loro incapacità (che però non era soltanto la loro) di prendere coscienza dei limiti e dei pericoli della temperie culturale che accettavano e di cui si

⁽³⁾ L'iniziativa di cercare nel movimento « che potrebbe senza gravi errori definirsi come la scuola del socialismo giuridico » una serie di caratteristiche qualificanti deve essere infatti attribuita ad A. LORIA, *Socialismo giuridico*, in *La scienza del diritto privato*, I, 1893, 519-527. L'intervento di Loria, che non può essere considerato soltanto un tentativo 'definitorio', ma che rappresenta soprattutto una puntualizzazione critica nei confronti di coloro che « deducevano l'economia dal diritto positivo e questo da una entità imponderabile », si apre tuttavia con l'indicazione di alcune linee di tendenza che caratterizzavano l'opera della 'nuova scuola': « Invero — egli afferma (p. 519) — sono diverse le gradazioni dei vari scrittori che la compongono, sono diversamente accentuate le loro censure e i loro disegni di riforma; ma a tutti però è come l'intento di assoggettare il diritto vigente ad una critica rigorosa, ispirandosi al criterio della politica sociale, alla necessità di elevare le sorti delle classi lavoratrici, al desiderio di migliorare più o meno radicalmente e di rendere meno sperequata ed iniqua la costituzione economica odierna; tutti, dal più ardito al più timido, questi scienziati si propongono di ottenere con gli scritti e coll'opera una modificazione del diritto, la quale faccia ragione alle esigenze legittime dei volghi poveri e li tragga a meno sconsolati destini ».

facevano interpreti e promotori: della loro incapacità, in definitiva, di uscire dalla spirale di degradazione culturale iniziata con la sconfitta delle componenti democratiche nel risorgimento e risoltasi nel regime reazionario di massa instaurato dal fascismo.

È dunque a questa ambiguità che bisogna guardare ed è da essa che occorre prendere le mosse per un discorso ricostruttivo che voglia dare un senso (il che non vuol dire necessariamente una definizione) a quella pur importante esperienza.

Ma una tendenza che, come questa, è essenzialmente il risultato di una specifica riflessione dottrinale o (quando lo è) la conseguenza di una riflessione sulle politiche che vengono messe in atto attraverso il diritto o dietro di esso, non può essere valutata e forse neanche reindividuata, se non si guarda al di là del contributo *tecnico* dei giuristi che vi si riconobbero, per tenere presente il momento più generale, politico e civile, del loro impegno di intellettuali.

Nessuno può infatti negare che la presenza nel dibattito tra giuristi di una voce riformistica, più o meno direttamente riconducibile ad una piattaforma 'socialista', fosse essenzialmente dovuta non tanto ad uno sviluppo interiore di quel dibattito, quanto all'ingresso in esso di protagonisti che vi portavano un'esperienza nuova proveniente dall'esterno ed un insieme di suggestioni culturali maturate al di fuori dell'ambito tradizionale degli studi giuridici.

La 'nuova fase' degli studi giuridici è infatti, in gran parte, il risultato di una serie di 'applicazioni al diritto' di metodologie e schemi culturali reperiti altrove, magari secondo i canoni della disinvolta interdisciplinarietà propria del positivismo, e, in parte altrettanto grande, la conseguenza di un fenomeno chiaramente rilevabile, specie nel settore penalistico: l'identificazione dell'organizzazione repressiva dello Stato come punto centrale per iniziare un'analisi generale della società e delle sue 'ingiustizie', con il conseguente impegno di intere generazioni di dirigenti socialisti — da Filippo Turati a Giacomo Matteotti — intorno alla questione penale ed ai suoi risvolti politici generali.

Il che vuol dire, in definitiva, che il *socialismo giuridico* italiano non può essere studiato alla stregua di un momento fra gli altri della storia del pensiero giuridico, ma va visto come effetto del 'contraccolpo sul diritto' determinato dal tipo di lotta politica che si veniva costruendo in Italia, quale risposta alle grandi questioni nazionali

ereditate dalla direzione moderata del moto risorgimentale e aggravate dalla perdurante gestione conservatrice del paese.

La centralità della questione penale.

Una grave responsabilità hanno quelle scuole giuridiche e quei giuristi che nei primi anni di questo secolo diedero inizio ad una vera e propria opera di amputazione del diritto penale dal contesto delle altre scienze civili, tra le quali per oltre un secolo esso aveva occupato una posizione fondamentale.

Presentata all'inizio come opera di depurazione della scienza giuridica penalistica rispetto ad una serie di incrostazioni culturali caduche e obiettivamente deteriori, quell'operazione ha assunto via via i caratteri sempre più precisi di una *estraniazione del diritto penale*, presupposto di un autentico sradicamento dei penalisti dal terreno, che era stato storicamente il loro, dell'impegno politico e civile.

Essa rappresentava, oggettivamente, la manifestazione di una svolta riduttiva e carica di conseguenze storiche, che costringeva anche la scienza penalistica nella stessa separazione dalla società civile che avevano conosciuto il diritto privato ed il diritto pubblico: il primo da tempo interamente ricomprensibile nella sua dimensione dogmatica, il secondo ormai disancorato dalla scienza della politica e dalla teoria sociale, anche in seguito all'intervento della pubblicistica tedesca da Gerber a Laband a Jellineck.

Una svolta, ho detto. Perché la tradizione italiana ed europea degli studi penalistici aveva sempre portato il segno esattamente contrario.

Il diritto penale si era storicamente presentato come la scienza delle libertà, delle riforme e dei diritti civili, ed attraverso esso si venivano formando i grandi intellettuali del 'secolo sconfitto' che avrebbero però determinato ed accompagnato la vittoria del nuovo. I nomi di Filangieri, Beccaria, Romagnosi, e poi quelli di Carmignani, Rossi, Carrara, sono nomi di penalisti e insieme, forse, i nomi dei soli intellettuali di livello europeo che l'Italia abbia avuto nell'epoca loro. Sono anche nomi di uomini politici impegnati fin nel 'quotidiano' della direzione della cosa pubblica, protagonisti principali, se non soli, di un movimento riformistico di tipo 'civile' che

aveva fatto delle questioni penalistiche *l'occasione*, ma anche *la sede* di rivendicazioni generali di libertà e di rinnovamento.

Essi avevano compreso che solo sul terreno dei diritti civili (arginando concretamente l'attività del potere politico e rivendicando un controllo sulla natura e sull'uso degli strumenti repressivi) si potevano garantire realmente ed in modo certo i diritti di libertà dichiarati nelle carte.

È inutile dire che non mi interessano, ora, gli esiti di quel movimento. Mi interessa invece sottolineare come il diritto penale sia stato uno dei terreni primari sul quale si sono svolti impegno ed opera della nostra più elevata intelligenza 'borghese' (e non solo nella sua componente giuridica 'per professione': pensare a Pagano, a Cattaneo, agli stessi Rosmini o Mamiani), e certo quello sul quale si sono esercitate con maggiore evidenza la *rottura* di certe strutture oppressive dell'*ancien régime* e la *difesa* degli spazi di libertà conquistati con essa.

I giuristi socialisti si pongono a pieno titolo all'interno di questa tradizione. Certo, essi la rinnovano nei suoi contenuti, modificandone in parte gli obiettivi e riempiendola di nuove rivendicazioni. Ma proprio per questo ci appaiono oggi come i suoi veri eredi e continuatori: dal momento che resta in essi la convinzione della *priorità della questione penale* come questione di fondo sulla quale si misurano sia l'urgenza di una riforma sociale di portata molto ampia, sia la volontà politica di iniziarla e portarla a termine. Così come resta la consapevolezza della grande ambiguità di fondo che aveva caratterizzato la penalistica civile di stampo 'liberale': una ambiguità fatta di principi proclamati ma disattesi nella pratica, ed aggravata dalla contraddizione stessa in cui il massimo principio giuridico borghese, quello che vuole la legge *uguale* per tutti, gettava il diritto penale: perché « la unicità del criterio sancito per l'imputabilità dei poveri e dei ricchi, rappresenta in realtà una palese ingiustizia » (4).

Eredi e continuatori di quella tradizione i giuristi 'socialisti' erano non solo oggettivamente, ma anche in termini di schieramento. Furono essi a combattere — sul finire del secolo — le ultime grandi battaglie di tipo 'liberale', affiancati soltanto da pochi tra

(4) E. FLORIAN, *Ingiustizie sociali del codice penale*, in *La scienza del diritto privato*, IV, 1896, 52.

coloro che rivendicavano ad ogni occasione gli insegnamenti di Francesco Carrara o il retaggio dei padri risorgimentali⁽⁵⁾; sempre ad essi si deve il tentativo di democratizzare (quando non di rendere più *liberali*) vasti aspetti della legislazione penalistica; ad essi infine, come ho già scritto altrove, va il merito di avere fronteggiato e contrastato la spirale 'tecnicistica' che avrebbe finito col sostituire alla grande penalistica civile ottocentesca quella sorta di civilistica penale che ha caratterizzato gli ultimi settant'anni di storia giuridica.

Certo, i penalisti 'socialisti' portarono in questa battaglia tutti i loro limiti negativi. Da quelli nascenti dalle loro contraddizioni culturali, a quelli connessi alla debolezza dell'impianto positivistico che caratterizzava l'opera della maggior parte di essi, fino a quelli legati alle loro spesso evidenti carenze sul terreno tecnico, ragione non ultima di un handicap obiettivo nei riguardi dell'avversario e motivo di un'inconfessata ma avvertibile sensazione di 'inferiorità' sul terreno tradizionale dell'esegesi e della costruzione giuridica. Limiti tutti sovrastati, poi, dall'altro più generale e più grave che stava nella debolezza politica della loro posizione, tutta difensiva, costretta a patteggiare di continuo e a rinunciare via via ad una serie di importanti punti di principio per inseguire l'avversario ed il suo sistema politico-giuridico su di un terreno sempre più lontano dal vecchio quadro 'liberale' e sempre meno riconducibile in una nuova cornice democratica.

Nelle pagine che seguiranno cercherò di mettere meglio a fuoco, documentandoli, molti degli elementi qui appena accennati. Vale la pena, però, di indicare fin d'ora un primo dato sfuggito alla partizione manichea degli indirizzi penalistici degli ultimi venticinque anni del secolo, che ha ridotto il dibattito dottrinale ad uno scontro tra scuola classica e scuola positiva.

(5) Tra questi pochi, certamente, Emilio Brusa e Luigi Lucchini. E, a proposito del secondo, occorre dire che le sue posizioni conservatrici (peraltro accentuatesi soprattutto dopo l'inizio del secolo) non gli impedirono di svolgere una costante ed attenta funzione di 'critica liberale', nella sua *Rivista penale* e nelle altre sedi (il Parlamento, la Cassazione), dove si veniva svolgendo la sua attività. Dico questo a (parziale) rettifica anche di quanto può desumersi da alcuni giudizi eccessivamente *tranchants* espressi nel mio *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II, 1973, per es. p. 643 [t. II, pp. 760-761] (dove, però, il riferimento è al Lucchini del 1922 ...).

Innanzitutto, come apparirà evidente nelle pagine che seguiranno, c'è una zona abbastanza larga di 'classici socialisti' e di 'socialisti non positivisti' che incrina sensibilmente l'operazione di netta separazione tra i due indirizzi che si è creduto di poter fare. La variabile di una agguerrita corrente che si schiera in modo omogeneo non tanto sui temi classici dell'*imputabilità* o del *diritto di punire*, quanto su quello più politico della *riforma della legislazione penale*, non è stata presa infatti in alcuna considerazione all'interno di quella *summa divisio*.

In secondo luogo, se specialmente si considera l'esito della svolta maturata già negli anni novanta e poi programmaticamente definita ed a suo modo 'svelata' all'inizio del secondo decennio di questo secolo (6), io credo che sia stato un errore, o comunque il risultato di una valutazione a suo modo anch'essa tecnicistica, l'aver sottovalutato (ma sarebbe meglio dire *ignorato*) la continuità tra le due così dette 'scuole' ed il dato che esse certamente avevano in comune: *la convinzione culturale e storica della centralità della questione penale rispetto alla crescita delle libertà e più in generale al rinnovamento della vita civile italiana*.

Gli incunaboli del socialismo giuridico.

Già quelli che possiamo definire gli incunaboli del *socialismo giuridico* penale (7) recano, per chi sa distinguerli, i segni della continuità con la tradizione penalistica 'liberale' e quelli della paradigmaticità ed esemplarità attribuite alla questione criminale rispetto alla più vasta questione sociale.

Mi riferisco in particolare ai primi scritti organici di Filippo

(6) Mi riferisco soprattutto ad AR. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, I, 1910, 497-521, 561-582, e poi *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, Bocca, 1913, e a V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, spc. 2ª ediz., Torino, UTET, 1920-22.

(7) Tra gli 'incunaboli' del *socialismo giuridico* penale dovrebbero stare certamente molte delle opere giuridiche e sociali di Pietro Ellero. Dirò più avanti le ragioni per cui non credo possibile e corretto, allo stadio in cui siamo degli studi elleriani, una seria utilizzazione dell'opera di Ellero in questo mio lavoro: per ora basti aver 'preso atto' di una voce che nella sua singolarità, con le sue contraddizioni e con tutte quelle asprezze che le impedirono di imporsi alla cultura italiana come forse avrebbe potuto, è certamente *presente* nello scenario culturale del nostro *socialismo giuridico*.

Turati ⁽⁸⁾ ed a quella che è stata un pò riduttivamente definita come la ‘polemica sui fattori criminogeni’ tra lo stesso Turati, Enrico Ferri e Napoleone Colajanni ⁽⁹⁾.

In realtà, in quel primo nucleo di discussione svoltasi tra il 1883 e il 1884, si colgono già alcuni dei caratteri distintivi della ‘tendenza’ (sviluppatasi poi soprattutto negli anni novanta), insieme ad alcuni dati che definirei quasi emblematici.

Il primo è quello che ci mostra già le tre anime del movimento: una marcatamente positivistica, impersonata da un Ferri ancora fortemente segnato dal primo lombrosismo, non ancora socialista, portatore di una cultura genericamente ‘democratica’, nella quale le scarse citazioni di Marx — per fare un esempio — dipendono tutte dalla lettura di alcuni scritturelli di Achille Loria ⁽¹⁰⁾; l'altra, individuabile in Colajanni, tesa a mediare tra diverse componenti del mare magnum positivista (critica del darwinismo sociale ‘di destra’ ed individuazione di uno Spencer ‘socialista’) ed anche a conciliare opzioni democratiche e strategia socialista ⁽¹¹⁾; la terza, facente capo a Turati, già avvertita di quelle che venivano chiamate ‘esagerazioni lombrosiane’ e convinta assertrice della fundamentalità della questione sociale rispetto ad ogni altro problema.

Tre direttrici che, altrettanto emblematicamente, fanno riferimento ai principali esponenti di quelle che sarebbero state le fondamentali articolazioni politiche nelle quali si sarebbe riconosciuto il nostro *socialismo giuridico* penale: Filippo Turati, già legato in quegli anni alla nascente organizzazione socialista ⁽¹²⁾, Napoleone

⁽⁸⁾ F. TURATI, *Il delitto e la questione sociale. Appunti sulla questione penale*, Milano, Unione autori-editori, 1883. Ho utilizzato la 3^a edizione stampata a Bologna, La controcorrente, 1913.

⁽⁹⁾ S. M. GANCI, *La formazione positivistica di Filippo Turati. La polemica Turati-Ferri-Colajanni sui fattori criminogeni (1883-1884)*, in *Rivista storica del socialismo*, I, 1958, 56-68.

⁽¹⁰⁾ Cfr. di E. FERRI, *Socialismo e criminalità. Appunti*, Torino, Bocca, 1883, p. 52 (riferimento ad A. LORIA, *Karl Marx*, in *Nuova Antologia*, LXVIII, 1883, 509-542) e p. 117 (riferimento ad A. LORIA, *Recensione* a A. Puviani, *Del sistema economico borghese in rapporto alla civiltà*, in *Rivista critica delle scienze giuridiche e sociali*, I, 1883, 118-120).

⁽¹¹⁾ N. COLAJANNI, *Socialismo e sociologia criminale. Il socialismo*, Catania, Tropea, 1884.

⁽¹²⁾ La formazione politico-culturale di Filippo Turati ed il periodo iniziale del suo

Colajanni che si proclamava allora *repubblicano-socialista* ⁽¹³⁾, Enrico Ferri che avrebbe percorso tutta la gamma delle diverse correnti socialiste ma che cominciava proprio in quel periodo la sua carriera politica nelle file del partito radicale ⁽¹⁴⁾.

Ma andiamo con ordine.

È nello scritto di Turati che si può effettivamente individuare il primo nucleo di una teoria 'socialista' del diritto penale. Due elementi vengono subito in evidenza: il fatto che Turati parte dall'analisi dei *fattori* del delitto per poi fare in realtà un discorso sulla necessità di una radicale riforma della legislazione; ed il contatto continuo che egli tiene — rivendicandolo esplicitamente nella *lettera-introduzione* a Enrico Bignami ⁽¹⁵⁾ — con la tradizione 'classica' della scienza penale, individuata emblematicamente nell'opera di Romagnosi ⁽¹⁶⁾.

Al di là delle esagerate affermazioni degli antropologi criminali e delle classificazioni positiviste, la ragione determinante del « tributo criminoso » pagato dalle classi subalterne (« mostruosa imposta inversamente progressiva », egli dice ⁽¹⁷⁾) sta

in certi dati ordinamenti ed istituti politici e particolarmente nell'or-

impegno politico sono stati ampiamente ricostruiti da L. CORTESI, *La giovinezza di Filippo Turati*, in *Rivista storica del socialismo*, I, 1958, 3-40, e *Appunti per una biografia di Filippo Turati. Parte prima, 1857-1901*, in *Rivista storica del socialismo*, VII, 1964, 541-570.

⁽¹³⁾ S. M. GANCI, *Profilo di Napoleone Colajanni. Dagli esordi al movimento dei Fasci dei lavoratori*, in *Rivista storica del socialismo*, II, 1959, 37.

⁽¹⁴⁾ R. SALVADORI, *Enrico Ferri politico. Dal radicalismo all'adesione al partito socialista*, in *Rivista storica del socialismo*, III, 1960, 504-505.

⁽¹⁵⁾ Scritta tra l'82 e l'83 e poi pubblicata autonomamente nel 1883 nel periodico socialista *La plebe*, con il titolo *Lo Stato delinquente*.

⁽¹⁶⁾ Con una forzatura polemica nei confronti dell'ostracismo 'borghese' che egli si aspetta per il suo scritto, Turati sostiene espressamente che le cose che scriverà sono già praticamente tutte in Romagnosi. « Apriamo dunque la *Genesi del diritto penale* — si legge a p. 26 de *Il delitto e la questione sociale* — un libro non ancora messo all'indice dalla cultura borghese. Oh grata sorpresa! Ecco divinata dall'intuizione del pensiero gigante quella stessa teoria ch'io mi sforzai di affermare in questo scritto ».

Le pagine che seguono sono fitte di citazioni romagnosiane e di raffronti che vogliono marcare, più che una continuità, una provocatoria identità di quelle teorie con le sue.

⁽¹⁷⁾ F. TURATI, *Il delitto e la questione sociale*, cit., 67.

ganamento economico, insomma nel fatto e nelle conseguenze dirette ed indirette della legislazione (18).

Ma Turati usa il termine 'legislazione' in senso molto largo.

Vi ricomprende l'insieme delle istituzioni giuridico-politiche e lo estende fino a significare attraverso di esso l'intero sistema borghese. La riforma della legislazione non va quindi intesa nei limiti strettamente (ed in senso tecnico) riformistici in cui verrà ripresentata nei giuristi *à la* Menger, ma come indizio della coincidenza della questione penale con l'insieme dei problemi della società: perché *la questione penale* — dice Turati (19) — *è anzitutto e radicalmente una questione di trasformazione sociale*. Essa si connette strettamente con la questione economica e rappresenta un nodo non risolvibile al di fuori di un reale rivolgimento politico che inverta il senso di marcia della società dominata dalla borghesia:

La causa prima dei delitti sta nel disordine degli istituti sociali, nella sperequazione delle proprietà, nell'antagonismo delle classi, nell'ineducazione e nello sfruttamento dei ceti inferiori (p. 23).

Un dato, però, non va perduto di vista. La polemica di Turati si svolge non soltanto — e non tanto — contro la logica e le scelte del potere politico borghese (o contro la schiera dei penalisti 'terroristi' (20) che ne sostenevano il momento più apertamente classista-

(18) F. TURATI, *Il delitto e la questione sociale*, cit., 75.

(19) F. TURATI, *Il delitto e la questione sociale*, cit., 67, 85.

(20) « Sfiduciati dell'emenda, che è smentita dalla crescente recidiva, inscettichiti riguardo ai vantati prodigi dell'istruzione, questi penalisti e magistrati e sociologi, che chiameremo i *terroristi*, e che hanno il triste vanto di cadere d'accordo colla parte più egoista e più vile della borghesia, invocano una sosta nelle riforme penali liberali e pensano, come un birro celebre, che *la mannaia / quando la vuole il tempo / rimette a nuovo un popolo / e il resto è un perditempo*. Intenerendosi più sul fato delle vittime che su quello del colpevole, invasi da una cieca fede nell'intimidazione e da un santissimo zelo di sociale apostolato, plaudono costoro alla mano di ferro degli impiccatori, domandano meno scuole e più sferza, invocano la reclusione perpetua dei recidivi, tuonano contro il diritto di grazia, contro l'istituto della giuria e via dicendo: e interpretando a loro modo una legge darwiniana dell'esistenza, caldeggiavano la selettiva violenza dei colpevoli coi mezzi della barbarie » (F. TURATI, *Il delitto e la questione sociale*, cit., 16-17).

repressivo), quanto piuttosto nei confronti della sottovalutazione che del 'fattore sociale del delitto' e quindi della questione penale come terreno primario di ogni azione riformatrice, sembrava fare la nascente scuola positiva.

Il punto è particolarmente importante, perché è dalla impostazione turatiana che verrà articolandosi una componente 'socialista' nell'ambito del positivismo penale, attraverso uno spostamento di attenzione (che coinvolgerà lo stesso Ferri) dal momento antropologico-fisico dell'analisi a quello storico e sociale.

In quelle prime battute della discussione le posizioni (e le tendenze, premesse di futuri approdi) vanno già delineandosi nel senso che più chiaramente acquisteranno qualche anno dopo. Ad un Turati che dichiara apertamente la necessità di una profonda riforma sociale e l'urgenza di un programma politico che cominci a darle corpo (21), risponde difensivamente un Ferri che inizia già a spostarsi su posizioni che non sono più quelle espresse cinque anni prima nello studio che lo vide esordire sul terreno del positivismo penale (22) e che accentuano alcuni momenti espressi nella famosa prolusione bolognese del 6 dicembre 1880 (23). Ad entrambi risponde poi Napoleone Colajanni che, schierandosi sostanzialmente con le tesi turatiane, propone con la prima parte della sua *Sociologia criminale* « la prima piattaforma teorica del movimento operaio italiano » (24).

Ma se fu l'intervento del futuro leader dei socialisti italiani a determinare una svolta nell'atteggiamento della nuova scuola (25) per

(21) « La questione penale non si risolve che con un radicale rinnovamento degli istituti sociali, il quale solo avrà per effetto di ridurre immediatamente di forse due terzi la somma della delinquenza... » (p. 124). Il *programma* turatiano viene enunciato nelle sue linee principali nell'ultima parte de *Il delitto e la questione sociale*, ed in particolare alle pp. 119 ss., 123 ss.

(22) E. FERRI, *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Firenze, Barbera, 1878.

(23) E. FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*. Prolusione al corso di diritto e procedura penale detta nell'Università di Bologna il 6 dicembre 1880, Bologna, Zanichelli, 1881.

(24) Così M. S. GANCI, *Profilo di Napoleone Colajanni*, cit., 30.

(25) Ferri stesso lo riconoscerà nella quarta edizione dei *Nuovi orizzonti (Sociologia criminale)*, 1900, p. 397), pur legando questo processo evolutivo 'verso sinistra' alla

l'indirizzo che essa prenderà saranno decisivi i primi nuclei teorici elaborati da Ferri nei suoi *Nuovi orizzonti*. E alludiamo, in primo luogo, al programma in nuce che può essere letto in quei « principali organi della funzione sociale dell'ordine » ai quali aveva dato il nome di *sostitutivi penali* ⁽²⁶⁾. Si vedrà infatti, nelle pagine che seguiranno, come già il primo abbozzo del 'programma' ferriano presente nei *Nuovi orizzonti* servirà da base al dispiegarsi di una serie articolata di interventi che caratterizzeranno in modo determinante una larga parte del *socialismo giuridico* penale.

Inutile dire che quel 'programma' si presentava debole ed attaccabile, per l'assenza di una adeguata base politica che gli desse coerenza, per il fatto di essere astratto da un disegno concreto di riforma sociale, e per le stesse carenze metodologiche (dovute in primo luogo all'uso ancora incerto di una dubbia 'sociologia criminale' in formazione) che Enrico Ferri mostrava allora in modo fin troppo evidente ⁽²⁷⁾. E se la formulazione della teoria dei 'sostitutivi'

ne propria esperienza culturale (la scoperta di Marx nei primi anni novanta, l'ulteriore riflessione sui sostitutivi penali, ecc.). È nota, del resto, la continua evoluzione scientifica e culturale di Enrico Ferri, scandita dalle cinque edizioni dei *Nuovi orizzonti* (poi, dalla terza in poi pubblicati col titolo di *Sociologia criminale*), che qui voglio ricordare per comodità del lettore: *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, Zanichelli, 1881. Seconda edizione: *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, Zanichelli, 1884. Terza edizione: *Sociologia criminale*, Torino, Bocca, 1892. Quarta edizione: *Sociologia criminale*, Torino, Bocca, 1900. Quinta edizione: *Sociologia criminale*, 2 voll., Torino, UTET, 1929.

⁽²⁶⁾ E. FERRI, *I nuovi orizzonti*, cit., 88 ss. La teoria dei 'sostitutivi penali' era stata però impostata già nel 1880, con lo scritto *Dei sostitutivi penali*, in *Archivio di psichiatria*, I, 1880, 67 ss. e 214 ss.

⁽²⁷⁾ Basti dire che, tra le altre 'riforme' necessarie per una adeguata lotta preventiva contro il delitto, egli propugnava: « La libertà di emigrazione... vera valvola di sicurezza che libera il paese dagli elementi più torbidi » (*Nuovi orizzonti*, cit., 90); « l'estesa viabilità, le strade ferrate, le ferrovie economiche, i tramways, l'infittirsi delle borgate (?) ... che spengono le associazioni di malfattori e le bande criminose, prevenendo altresì le grassazioni e i furti violenti » (p. 96); « la distribuzione di legna, durante l'inverno, nelle misere borgate... come ostacolo ai furti campestri, assai più efficace dei carabinieri e del carcere » (p. 96). Aggiungeva che « Molti furti sarebbero impediti, se tutte le case in città fossero fabbricate in modo che per entrare negli appartamenti si dovesse passare attraverso il camerino del portinaio... », e che « L'abitudine bolognese delle catene di sicurezza alle porte degli appartamenti è un controstimolo potente alle rapine e ai furti » (p. 96-97). E ancora, per quanto riguarda l'ordine politico: « A frenare i reati politici, i

gli procurò subito una certa considerazione da parte di Turati (che era in grado di valutarne il senso, e che ne apprezzava il valore 'liberista' — come egli stesso scriveva ⁽²⁸⁾ —, al di là di ogni questione di dettaglio), c'è da dire che essa diede l'avvio ad una serie di attacchi (molti dei quali certamente giustificati) provenienti dall'ala più liberale della scuola 'classica' ⁽²⁹⁾. Inizio, questo, di una storica *querelle*, spesso incanagliata dalla diretta personalizzazione

regicidii, le ribellioni, le cospirazioni, la guerra civile, dove nulla giova la repressione punitiva, od anche la empirica prevenzione di polizia tutto può un *governo nazionale* e veramente liberale... Il rispetto delle leggi, meglio che coi carabinieri e le carceri, si diffonde nei cittadini coll'esempio dato anzitutto dai più altolocati e dalle autorità stesse, che prime mettano in pratica il *rispetto ai diritti individuali e sociali*: esempio l'Inghilterra » (p. 97-98).

Con facile ironia, il Lucchini avrebbe osservato che Ferri aveva dimenticato di « aggiungere l'abolizione dei re per impedire i regicidii ». « Del resto — proseguiva Lucchini — è un portar vasi a Samo e nottole ad Atene il venirci a sciorinare la lunga serqua esemplificativa dei mezzi d'indiretta prevenzione, che ognuno si può figurare e moltiplicare a piacimento, nell'ordine economico e nel politico, nell'ordine scientifico e in quello amministrativo, nel religioso, nel famigliare, nell'educativo, ecc.; fra cui però, a titolo di curiosità meritano particolare menzione... la sostituzione della moneta metallica alla cartacea, per diminuire i falsi nummarii, ... l'abolizione della guardia nazionale, per togliere i reati che vi si riferiscono; la modestia delle chiese (meglio ancora la demolizione) per impedire i furti sacrileghi... » (L. LUCCHINI, *Recensione a I nuovi orizzonti...*, in *Bollettino bibliografico della Rivista penale*, I, 1878-84, al n. 389, p. CCLXXIII).

⁽²⁸⁾ « ... il Ferri, più liberista, crede la severità mezzo illusorio e propone dei *sostitutivi penali* nell'ordine morale, scientifico, economico, ecc., di carattere più largamente preventivo » (F. TURATI, *Il delitto e la questione sociale*, cit., 21).

⁽²⁹⁾ Luigi Lucchini, che aveva accolto positivamente — se pure con l'espressione di qualche dissenso — il primo lavoro di Ferri (si veda il *Bollettino bibliografico della Rivista penale*, I, 1878-84, al n. 21), rovesciò il suo giudizio dopo l'uscita dei *Nuovi orizzonti*. « Il giurista à disertato il campo, e si è dato, armi e bagaglio, a quelli invasori delle scienze sociali... » (*Bollettino*, cit., al n. 389). I sostitutivi penali, « serqua esemplificativa dei mezzi d'indiretta prevenzione che ognuno si può figurare e moltiplicare a piacimento », gli appaiono un pericoloso tentativo di « *subordinare tutte le funzioni dello Stato e della società alle penali discipline* ».

Lucchini coglie dunque in modo assai lucido quella *centralità della questione penale* che anche in Ferri si andava delineando; e, occorre aggiungere, il suo dissenso non è tanto sul punto in sé, quanto *sui contenuti* e sulla particolare coloritura di quella centralità, che egli era disposto ad ammettere (e che del resto apparirà chiaramente nelle sue battaglie liberali di fine secolo), ma che riteneva di dover sostenere all'interno di un programma politico diversamente orientato.

dello scontro tra Ferri e Lucchini, che finì per presentare la facciata fuorviante di un dissenso globale e strategico, mentre era in realtà il risultato di due opzioni sui contenuti di una nuova *scienza della legislazione* penale, l'una di taglio 'liberale', l'altra di tipo 'democratico': entrambe costrette a scomparire dietro la cortina di una polemica tra 'scuole', nella quale vennero in primo luogo valorizzate — come sempre accade in casi come questo — le componenti per così dire 'estremistiche' dei due schieramenti. Emergendo così, per comprensibile paradosso, il doppio momento 'reazionario', rappresentato dal versante lombrosiano e anti-socialista della nuova tendenza e da quello illiberale della classica: minoritari rispetto al complesso della dottrina penalistica di fine secolo, ma fatti protagonisti e resi appariscenti dalla logica fuorviante di un esasperato scontro.

Ma torniamo al 'programma in nuce' di Ferri. La teoria dei sostitutivi penali occupa uno spazio relativo nella prima stesura, del 1883, dei *Nuovi orizzonti*, ma viene specificata ed ampliata nelle stesure successive. Ciò mostra insieme il progressivo aumento di attenzione di Ferri nei confronti della dimensione politico-sociale del problema penale e la carenza iniziale — se non la sua impreparazione — su quello stesso terreno. La stessa risposta a Turati, in quel « facile scritto di sola propaganda »⁽³⁰⁾ che fu *Socialismo e criminalità*, mostra limiti enormi, nell'impostazione e negli argomenti, troppo spesso condizionati da un assai deteriore darwinismo sociale⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ E. FERRI, *Socialismo e criminalità*, cit., 7.

⁽³¹⁾ Per esempio, lo vediamo affermare che i contadini sono « realmente, per ragioni sociali ma anche naturali, una stratificazione, che rappresenta una anteriore fase dell'evoluzione psichica umana » (p. 10); che « le donne non hanno, per una od altra cagione, fibra cerebrale abbastanza forte ed elastica, da acconciarsi a questa continua lotta per la verità » (p. 93); o, a proposito di incremento della criminalità, che « Quanto più l'uomo si nutre in abbondanza, tanto più aumentano necessariamente in lui le forze organiche; le quali, come daranno un maggior lavoro normale, daranno anche purtroppo una maggiore attività anormale o criminosa, per la facilità del loro straripamento dalle vie legali: tanto più quanto si pensi che la diffusione sempre maggiore delle macchine, tende vieppiù a risparmiare la quantità di forza muscolare necessaria alla produzione » (p. 85): da cui l'equazione (anti-turatiana) *benessere + progresso tecnologico = maggiore criminalità*. « Ed allora accade appunto, che in Francia la previdenza procreatrice... insieme ad

Il livello dell'analisi sociale è, spesso, volgare, e talora la risposta non coglie il senso di alcune affermazioni turatiane.

Così lo vediamo rispondere a Turati, che si era impegnato soprattutto sulla 'matrice sociale' del delitto e sul nesso tra società capitalistica e criminalità delle classi subalterne, criticando principalmente l'ipotesi (del tutto marginale in quello scritto) secondo cui l'avvento di una società socialista farebbe scomparire la maggior parte dei reati; come pure lo vediamo accennare alla potenzialità criminogena del « fermento delle idee socialistiche nei cervelli ristretti delle masse popolari »⁽³²⁾, e criticare su basi marcatamente conservatrici (ispirate ad un evolucionismo che rifiuta ogni mutamento reale dei rapporti di forza tra le classi) quei socialisti che sembrano « poco compenetrati della *naturalità* dei fenomeni sociali », i quali credono che « un codice di leggi o un sistema architettato possa cambiare l'ambiente sociale e le qualità individuali del popolo, cullandosi nell'illusione che, se si adottasse la loro proposta, il mondo cambierebbe »⁽³³⁾.

Sono spunti che danno tono all'intera replica ferriana e la caratterizzano in modo assai limitativo, attenuandosi però nell'ultima parte di essa, quando il discorso cade sul peso dei rapporti economici e torna sul tema dei sostitutivi penali⁽³⁴⁾. Gli indizi di

un aumento di nutrizione, e specialmente di alimenti nervosi, fa straripare nelle vie criminose la forza eccedente » (p. 86).

⁽³²⁾ « Ed allora — afferma in *Socialismo e criminalità*, cit. 12-13 —, riprendendo l'esame speciale di quella idea *se le teorie socialistiche possano divenire fomite di delinquenza*, possiamo dire che, mentre da una parte esse non lo saranno affatto per gli uomini, che siano solidamente onesti, dall'altra invece, per gli uomini addirittura disonesti e per la zona intermedia, già pencolante verso il delitto esse saranno una semplice deviazione o variazione dei motivi che determinano il senso morale, già mancante od atrofico, ad estrinsecarsi nella attività criminosa.

Vale a dire, che *nella massima parte dei casi il fermento delle idee socialistiche nei cervelli ristretti delle masse popolari* non sarà per sé solo una spinta a commettere delitti, ma sarà *tutto al più un motivo nuovo, moderno*, sostituitosi a qualche altro motivo in disuso. Con questo però, che certo, in casi eccezionali, *il fermento di quelle idee può essere realmente una spinta a commettere reati, che altrimenti non si sarebbero compiuti* ».

⁽³³⁾ E. FERRI, *Socialismo e criminalità*, cit., 154-155.

⁽³⁴⁾ « Ed ecco perché — scrive a p. 144 — *la scuola positiva di diritto criminale*, studiando le cause dei reati per togliere in alcune parti, quando sia possibile, od almeno per rattenere dallo straripamento questo fenomeno patologico della delinquenza, *pro-*

una maggiore apertura e i segni di una possibile evoluzione futura che è dato di cogliere in quel discorso confermano l'impressione già formata nella lettura della prolusione senese dell'83: la 'linea dei sostitutivi penali' rappresenta il nucleo teorico che può essere proficuamente sviluppato ⁽³⁵⁾ e che già in quei primi anni ottanta costituisce un dato discriminante nei confronti della componente conservatrice della 'scuola' ⁽³⁶⁾.

pugna lo studio, finora trascurato, della prevenzione sociale e scientifica dei reati, non però prevenzione di polizia ed empirica: quella, prevenzione remota, utile, civile, che va alle radici del male in ogni ordine dell'attività umana e non solo nel campo del Codice penale e terreni limitrofi; questa, prevenzione miope, inutile, violenta, spesso provocatrice, perché pretende d'impedire il male imminente, senza curarsi di toglierne le cause lontane. E questa prevenzione sociale della criminalità, chiamata col nome di teoria dei sostitutivi penali, si riduce appunto a modificare l'ambiente sociale nelle sue parti contrarie alle leggi naturali, non di sbalzo, ma sempre, continuamente, in ognuna delle troppe leggi che si vanno facendo. Ed essa, come tale, rappresenta la soluzione positiva e scientifica, liberata dall'ingombro di vedute più o meno idealiste del sentimento e della metafisica sociale ».

⁽³⁵⁾ Già Ferri stesso lo verrà facendo a partire dalle puntualizzazioni inserite nella terza edizione dei *Nuovi orizzonti*, pubblicata col nuovo titolo di *Sociologia criminale*, 1892, cit., 311 ss. e soprattutto nella quarta edizione, del 1900, nella quale (p. 397) riassume i termini della polemica di quasi venti anni prima (forzandoli notevolmente per sottolineare la sua 'coerenza') ed afferma tra l'altro che i « ... sostitutivi penali non devono... essere il punto di arrivo di una riforma sociale alla sola superficie, *ma bensì il punto di partenza e di passaggio a quell'ordinamento sociale, radicalmente diverso dal presente*, in nome e in vista del quale soltanto la teorica dei sostitutivi penali ha ragione di essere e può avere la sua pratica efficacia, finché non si arrivi — colla sostituzione della proprietà collettiva dei mezzi di produzione e di lavoro e quindi colla sicurezza delle condizioni di esistenza umana per ogni uomo che, non essendo invalido o bambino, abbia compiuto il suo dovere del lavoro quotidiano, sotto qualunque forma — a disseccare, come diceva Fauchet, le tre grandi sorgenti della criminalità: l'estrema ricchezza, l'estrema miseria e l'ozio » (E. FERRI, *Sociologia criminale*⁴, cit., 397-398).

⁽³⁶⁾ Raffaele Garofalo, per esempio, prese immediatamente le distanze dalla linea di Ferri, esprimendo una serie di dubbi sulla praticabilità dei suoi *sostitutivi* e concludendo che « ... i provvedimenti legislativi contro il delitto non possono riferirsi che ad una buona polizia, una buona amministrazione della giustizia ed a promuovere *indirettamente* la pubblica educazione morale, facendo ostacolo al crescere di talune abitudini viziose che sogliono essere cause ordinarie di reati » (R. GAROFALO, *Criminologia. Studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di prevenzione*, Torino, Bocca, 1885, 200. Sulla teoria dei sostitutivi penali, p. 191 ss.).

È noto poi come Garofalo, sviluppatasi ormai apertamente una linea 'socialista' all'interno della scuola positiva, assumerà praticamente la leadership della componente conservatrice con lo scritto *La superstizione socialista*, Torino, Roux e Frassati, 1895.

Saranno però soprattutto gli ‘allievi’ di Enrico Ferri a dar seguito a quelle sue prime linee programmatiche.

Dopo un quinquennio di gestazione che vede l’esordio di alcuni giuristi come Luigi Majno, Agostino Berenini, Alberto Borciani o Camillo Cavagnari ⁽³⁷⁾, si afferma negli anni novanta una corrente ‘socialista’ all’interno della ‘scuola positiva’ (ma non solo di essa, come vedremo). Quella ‘corrente’ deve all’impostazione ferriana il suo modo di avvicinarsi alla questione penale, ma accentua in maniera autonoma e piuttosto marcata il momento teorico dell’analisi (la ‘dichiarazione’ del diritto penale come diritto di classe) e quello politico della sintesi, attraverso l’utilizzazione sul terreno della *riforma legislativa* di una ormai consolidata sociologia criminale ‘di sinistra’.

Socialismo di avvocati e di professori.

La nascita, nel 1892, di un *Partito dei Lavoratori Italiani* che avrebbe di lì a poco assunto la qualifica di *socialista*, cade in un momento di particolare sviluppo (anche) della intellettualità che si muove intorno alle scienze della società ed agli studi di diritto.

Non è certo il caso di esaminare in questa sede un fenomeno che va molto al di là dello specifico di cui mi sto ora occupando, ma può essere utile indicare qualche segno della sua sicura importanza.

I penalisti ‘democratici’ erano usciti da poco tempo dalla battaglia condotta intorno al codice Zanardelli, ed in quella occasione si erano in qualche modo contattati e collegati.

⁽³⁷⁾ Non mi riferisco per ora a giuristi come Giovan Battista Impallomeni e Pietro Nocito, o a sociologi-giuristi come Napoleone Colajanni o Michele Angelo Vaccaro, che pure operarono in quel ‘quinquennio di gestazione’, ma che non si riconoscevano nella tendenza positivista inaugurata da Lombroso, da Garofalo e da Ferri. In questa fase, infatti, la differenziazione sul terreno degli indirizzi metodologici ha un’importanza non trascurabile, dal momento che — a parte il caso di Colajanni — non opera ancora la ‘solidarietà politica’ che nascerà negli anni novanta, vuoi per l’affinamento ideologico di molti tra questi intellettuali (fondamentale la ‘scoperta di Marx’), vuoi per la spinta oggettiva a ritrovarsi insieme che venne dalle vicende politiche di quel decennio ed in particolare dall’attacco che venne portato a tutta l’area culturale che si riconosceva nella sinistra — socialista, repubblicana o radicale che fosse — ed ai suoi esponenti più in vista. Ma di questo più avanti.

Ferri in parlamento ⁽³⁸⁾, Majno, Cavagnari, Berenini ed altri ⁽³⁹⁾ con interventi nel dibattito dottrinale, avevano cercato di contrastare l'affermazione di un codice di impianto 'classico' e di guadagnare in esso un po' di spazio anche per le teorie della nuova scuola. Battaglia sostanzialmente perduta, come si sa ⁽⁴⁰⁾; e non per caso molti dei nostri autori si unirono alla recriminazione espressa da Cesare Lombroso nel suo *Tropo presto* ⁽⁴¹⁾.

⁽³⁸⁾ E. FERRI, *Sul nuovo codice penale. Discorsi alla Camera dei deputati*, con note di V. Morello, Napoli, Pierrò, 1889. Ma si vedano anche *Il progetto Zanardelli di codice penale*, Discorso alla Camera dei deputati, 26 maggio 1888, in *Studi sulla criminalità*, Torino, UTET, 1926, 378-419; *Intorno al nuovo codice penale*, in *Nuova Antologia*, 1889, e poi in *Difese penali e studi di giurisprudenza*, Torino, Bocca, 1899, 323-350; e *Il nuovo codice penale e la scuola positiva* (1889), in *Difese penali e studi di giurisprudenza*, cit., 351-356.

⁽³⁹⁾ L. MAJNO, *Appunti intorno alle modificazioni che l'onor. Pessina ha introdotto nel progetto di codice penale presentato dall'onor. Savelli*, in *Monitore dei tribunali*, XXVI, 1885, 585-591; *Appunti intorno alle modificazioni introdotte dalla Commissione della Camera dei deputati nel libro primo del Progetto di Codice penale presentato dall'onor. Pessina*, in *Monitore dei tribunali*, XXVI, 1885, 921-925; *Il progetto Zanardelli di Codice penale*, in *Monitore dei tribunali*, XXIX, 1888, 81-90, 841-846, 861-865, 881-888; *Il nuovo codice penale e la scuola positiva*. Prolusione, 14 gennaio 1890, in *Monitore dei tribunali*, XXXI, 1890, 61-72, e poi Milano, Tip. Fratelli Rechiedei, 1890.

C. CAVAGNARI, *Appunti sul libro I del progetto Zanardelli del nuovo Codice penale*, Savona, Ribalta, 1888; *La scuola criminale positiva e il nuovo codice penale*, in *Cuore e critica*, II, 1888, 65, 89, 125, 136; *Sulle circostanze attenuanti, commisurazione delle pene, minorenni, recidiva, complicità*, in AAVV, *Appunti al nuovo codice penale*, Torino², Bocca, 1889, 387-396; *I progressi della nuova scuola criminale antropologica*, in *Cuore e critica*, IV, 1890, 218, 221.

A. BERENINI, *Il duello nel progetto Zanardelli...*, in AAVV, *Appunti al nuovo codice penale*, cit., 71-73; *Degli effetti e della esecuzione delle condanne penali*, in *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale...*, dir. da P. Cogliolo, I, 2, Milano, Vallardi, 1888, 343-404 e *Teoria delle pene*, in *Completo trattato... di diritto penale*, dir. da P. Cogliolo, cit., I, 2, 89-342.

⁽⁴⁰⁾ Chi volesse potrebbe vedere i più ampi cenni che a questo proposito è possibile trovare in M. SBRICOLI, *Dissenso politico e diritto penale*, cit., 650 ss. [t. II, pp. 761 ss.].

⁽⁴¹⁾ Oltre allo scritto già citato di Berenini sul *duello* ed a quello di Cavagnari sulle *circostanze attenuanti*, ecc., troviamo nel volume intitolato *Appunti al nuovo codice penale* (che accoglie lo scritto *Tropo presto* di Cesare Lombroso, apparso già sul finire del 1888) anche contributi di Ferri, Masè-Dari (*Appunti sulla penalità per gli scioperi*), Olivieri (*La prescrizione dell'azione penale*) e Carelli (*I reati politici*). Sul senso dell'intervento di Lombroso rinvio senz'altro a quanto già scritto in *Dissenso politico e diritto penale*, cit., 650 ss.

Ma è il dopo-codice che mobilita in modo nuovo e significativo le energie di quei giuristi ‘democratici’, i quali avvertono sin dai primi momenti della sua applicazione che i nuovi, difficili tempi richiedono alla penalistica di sinistra un impegno particolare, a difesa di quegli stessi spazi di libertà che i legislatori di ispirazione classico-liberale avevano voluto garantire con la codificazione.

Alcuni di essi si impegnano allora nella fatica più gravosa, ma certo più redditizia dal punto di vista della diffusione di un’interpretazione più aperta e quindi di un uso avanzato (o meglio, non arretrato) del codice appena varato: quella di offrire al pubblico degli operatori del diritto un *commento* al codice penale. Comincia così ad essere pubblicato (già nel 1890) il commento di Luigi Majno, certo uno dei più apprezzati e dei più diffusi ⁽⁴²⁾, ed esce, tra il ’90 e il ’91, quello di Giovan Battista Impallomeni: il primo un allievo di Antonio Buccellati ⁽⁴³⁾ che aveva collaborato con Cesare Lombroso già durante i suoi studi universitari a Pavia ⁽⁴⁴⁾ e che dopo aver pienamente aderito alla scuola positiva ⁽⁴⁵⁾ si era avvicinato al movimento socialista ⁽⁴⁶⁾; il secondo fortemente critico verso le tesi

⁽⁴²⁾ Uscito in prima edizione a Verona per l’editore Tedeschi tra il 1890 e il 1894, il *Commento al codice penale italiano* di Luigi Majno conosce altre quattro edizioni (la seconda ancora veronese, le altre per l’UTET di Torino) fino al 1915, ed un numero imprecisato di ristampe. Nei riferimenti che vi farò terò presente la terza edizione, in due volumi, del 1911.

⁽⁴³⁾ *Rivista penale*, V, 1876, 290.

⁽⁴⁴⁾ *Rivista penale*, I, 1874, 332. Luigi Majno aveva preso parte ad un’indagine sui carcerati diretta da Cesare Lombroso, della quale viene dato conto nella stessa *Rivista penale*, I, 1874, 328-332.

⁽⁴⁵⁾ Basti riferirsi al suo primo scritto di una certa mole ed organicità, uscito nel *Monitore dei tribunali*, XXVI, 1885, 1161-1167 e 1185-1194 col titolo *La scuola positiva di diritto penale*, nel quale si riferisce — spesso riassumendole — alle posizioni del Ferri della *Teorica dell'imputabilità* e dei *Nuovi orizzonti*, che egli fa interamente proprie e difende da una serie articolata di critiche provenienti soprattutto da Ruggero Bonghi e Aristide Gabelli.

⁽⁴⁶⁾ Alcuni episodi, indizio di tale avvicinamento, vengono ricordati da Alfredo Angiolini, altro penalista positivista militante nel PSLI, nel suo *Socialismo e socialisti in Italia*, Firenze, Nerbini, 1900. L’Angiolini si riferisce per esempio al processo contro Alfredo Casati, Costantino Lazzari, Giuseppe Croce ed altri, esponenti del *Partito operaio*, che si tenne nel 1887 e vide Majno accanto a Turati nel collegio di difesa (*Socialismo e socialisti*, cit., ma riproduz. anast. Roma, Editori Riuniti, 1966, 164-165). Eugenio Ciacchi, che rielaborò nel 1919 lo scritto di Angiolini, lo definisce « socialista

positivistiche (47) ma assai aperto sul terreno politico, si sarebbe trovato sempre più vicino alle posizioni dei socialisti man mano che gli avvenimenti politici (specie nel 1894 e nel 1898-99) lo avrebbero convinto della progressiva coincidenza del destino della democrazia con quello delle classi lavoratrici (48).

Nel 1891 nascono significativamente insieme la *Critica sociale* di Turati e la *Scuola positiva* di Enrico Ferri, entrambe luoghi di discussione — la prima più apertamente politica, la seconda ‘professionale’ — per una numerosa serie di giuristi ‘socialisti’. Tra il 1891 e il 1893 troviamo significativamente fra i collaboratori della *Critica* i nomi di D’Aguanno, Zerboglio, Ferri, Alimena, Berenini, Florian, Salvioli, Olivieri (49); per la maggior parte penalisti che già all’inizio della loro attività scientifica si collegano alle battaglie culturali del gruppo dirigente socialista. E nel 1893 nasce a Firenze *La scienza del diritto privato*, che è forse l’unica rivista del *socialismo giuridico* italiano e che traccia le linee di una riformistica politica del diritto nel campo privatistico.

Un fervore di attività, dunque, che coincide con la nascita di un’organizzazione politica come quella socialista e che va a confluire rapidamente in essa. È di questi anni la (contrastata) adesione di Ferri al partito (50), e di questi anni è la confluenza nelle file socialiste di molti seguaci del suo insegnamento: Agostino Berenini, Alberto Borciani, Luigi Majno, Adolfo Zerboglio, ed altri ancora, entrano

della prima ora » (A. ANGIOLINI, E. CIACCHI, *Socialismo e socialisti in Italia. Storia completa ed imparziale del movimento socialista dal 1850 fino al congresso di Bologna del 1919*, Firenze, Nerbini, 1919, 1137).

(47) Si veda, per esempio, un suo resoconto pubblicato con il titolo *La «nuova scuola» di diritto penale al congresso antropologico di Parigi*, in *Rivista penale*, XXXI, 1890, 213-230, 309-324.

(48) Sull’impegno politico di Impallomeni, membro della prima Direzione nazionale del Partito Radicale dopo il congresso del 1904, è incentrata la commemorazione che di lui fece nel 1907 Alfredo Pozzolini, suo compagno di partito. Cfr. A. POZZOLINI, *In memoria di Gio. Batt. Impallomeni*, Pisa, Mariotti, 1907, spc. 8-17.

(49) E si potrebbero aggiungere i nomi di G. Bovio, C. Lombroso, L. Bissolati (*L’ipocrisia del nuovo codice penale*, nel vol. I, 1891, 10 ss.), N. Colajanni, o G. Ferrero, per il taglio *giuridico* dei loro interventi e per il peso che ebbero nella cultura giuridica e nel dibattito tra penalisti in quegli anni.

(50) L. CORTESI, *Il socialismo italiano tra riforme e rivoluzione. Dibattiti congressuali del Psi 1892-1921*, Bari, Laterza, 1969, 22.

nel partito socialista, seguiti ben presto dal massimo esponente dell'olimpio positivista, Cesare Lombroso⁽⁵¹⁾. Siamo in presenza di un fenomeno generale, che non investe soltanto il mondo dei giuristi (ma sarebbe meglio dire, fin d'ora, *dei penalisti*: sono rarissimi i non penalisti che si impegnano nell'attività politica concreta del socialismo italiano); l'adesione al movimento politico dei socialisti da parte di molti intellettuali, e non solo di quelli più giovani⁽⁵²⁾ investe infatti letterati, storici, sociologi, scienziati. Ciò che però rende assai significativo il fenomeno dal punto di vista particolare di questo mio studio è la frequenza dell'impegno *nel partito* da parte dei penalisti (mentre per molti esponenti di altri settori culturali e accademici l'adesione non giunse fino alla milizia concreta) ed il numero assai alto di 'socialisti penalisti' che arrivarono a dirigerlo — magari in periferia — o a rappresentarlo in parlamento e nelle altre assemblee elettive. Enrico Ferri fu uno dei più autorevoli dirigenti socialisti per oltre dieci anni (e deputato per oltre trenta), e tra i deputati di

⁽⁵¹⁾ « Il Lombroso, pur non consentendo nel programma massimo dei socialisti e neppure nella lotta di classe, e neppure in molte parti del programma minimo, non fu sfavorevole a questo movimento che portava, in mezzo al cinismo universale, un nuovo ideale il quale svestiva i giovani dell'egoismo gretto e piccino in cui erano avvolti » (G. LOMBROSO, *Cesare Lombroso. Storia della vita e delle opere narrata dalla figlia*, Torino, Bocca, 1915, 314).

⁽⁵²⁾ Vedere quanto scrive per esempio P. SPRIANO, *Storia di Torino operaia e socialista. Da De Amicis a Gramsci*, Torino, Einaudi², 1972, 36, a proposito dell'« andata al socialismo » — negli anni intorno al novanta — di molti scrittori, artisti e scienziati torinesi, certo non più giovani, come Edmondo De Amicis, Arturo Graf, Cesare Lombroso o Giuseppe Giacosa. Su questo punto, di recente, anche M. G. ROSADA, *Le università popolari, 1900-1918*, Roma, Editori riuniti, 1975, 11 ss.

Ricostruzioni storiche e contributi teorici intorno alla questione dell'adesione degli intellettuali al movimento socialista si ebbero numerose, anche se di segno assai diverso, e non solo in Italia. Vale forse la pena di ricordare, per l'Italia, R. MICHELS, *Il proletariato e la borghesia nel movimento socialista italiano. Saggio di scienza sociografico-politica*, Torino, Bocca, 1908; per la Germania, K. KAUTSKY, *Die Intelligenz und die Sozialdemokratie*, in *Neue Zeit*, XIII, 1894-95, ora tradotto e pubblicato in appendice a M. ADLER, *Il socialismo e gli intellettuali*, Bari, De Donato, 1974, 331-361; ID., *Akademiker und Proletarier*, in *Neue Zeit*, XIX, 1900-1901, e M. IMPERTRO, *Akademiker und Proletarier*, in *Neue Zeit*, XX, 1901-1902; per la Francia, P. LOUIS, *Les intellectuels et le socialisme*, in *La vie socialiste*, I, 1905. Di recente, a cura di L. Paggi, è stato tradotto il saggio di M. ADLER, *Der Sozialismus und die Intellektuellen*, Wien, 1910, stampato insieme ad altri scritti in M. A., *Il socialismo e gli intellettuali*, cit., 139-220.

diverse legislature troviamo Angiolini, Berenini, Borciani, De Felice, De Luca, Florian, Majno, Zerboglio, a tacere di altri ⁽⁵³⁾.

Un fatto come questo può far pensare ad un generalizzato atteggiamento opportunistico o presentarsi come la prova dell'esistenza di una parte di borghesia intellettuale che, fiutato il vento, si mette a disposizione del nuovo partito per sfruttarne la presa ed il consenso, al fine di guadagnare più rapidamente posizioni personali di prestigio nella società civile. A me pare invece che la buona fede di questi intellettuali sia del tutto fuori discussione e che un'interpretazione che li volesse in posizione strumentale, nel loro impegno politico e nel loro lavoro scientifico, sarebbe completamente sbagliata.

Cominciamo col dire che questo genere di impegno viene pagato di persona da molti di essi. Alcuni subiscono gli effetti della repressione politica ⁽⁵⁴⁾, altri — molto più numerosi — quelli di una pesante discriminazione accademica; Borciani, Angiolini, Fioretti, per ricordarne solo qualcuno, sono costretti praticamente ad abbandonare l'insegnamento ⁽⁵⁵⁾, e studiosi dignitosi come Zerboglio, Pozzolini, Majno, De Luca, debbono attendere per decenni la vittoria in un concorso a cattedra o muoiono senza averla conseguita ⁽⁵⁶⁾. Un giurista del livello di Eugenio Florian, che aveva iniziato la sua carriera nel 1893, dovette aspettare ventuno anni prima di conseguire, nel 1914, una cattedra messa a bando dall'Uni-

⁽⁵³⁾ Tra i deputati non socialisti, Pietro Nocito, Emanuele Gianturco; tra i repubblicani Napoleone Colajanni e Pio Viazzi. Ma importanti cariche politiche nei loro partiti o nelle assemblee comunali e provinciali ricoprirono anche Giovan Battista Impallomeni, Ugo Conti e Alfredo Pozzolini (radicali), mentre il democratico Crispino Enrico Cimbali morì il giorno avanti di essere eletto deputato per la circoscrizione di Catania, nel 1887.

⁽⁵⁴⁾ Basterà ricordare Francesco De Luca, coinvolto nella repressione politica dei Fasci siciliani, come fondatore del Fascio di Girgenti nel 1892 (cfr. F. DE LUCA, *Prigionie e processi: una pagina di storia siciliana. Ricordi del 1894*, Catania, Giannotta, 1907), o la lunga serie di processi che toccò i dirigenti socialisti, e tra questi molti dei *professori*, nel 1895 (si possono vedere i cenni di E. FERRI ne *La scienza del diritto privato*, IV, 1896, 140-141).

⁽⁵⁵⁾ È Eugenio Florian che lo ricorda, commentando nel 1914 (*La scuola positiva*, XXIV, 1914, 1009) il suicidio di Giulio Fioretti.

⁽⁵⁶⁾ Si veda, per esempio, quanto Enrico Ferri veniva scrivendo ne *La scuola positiva*, III, 1893, 48; V, 1895, 316 e X, 1900, 762.

versità di Sassari ⁽⁵⁷⁾. Certo, l'appartenenza di tanti di essi all'indirizzo positivista pesava considerevolmente sul loro destino accademico, deciso per lunghissimo tempo dai capofila dell'indirizzo opposto, ma le frequenti recriminazioni di Enrico Ferri denunciano assai spesso, come era ovvio, soprattutto le ragioni politiche della discriminazione.

Ma al di là di questo aspetto della questione, ciò che più conta è il rapporto reale che questi strati della borghesia intellettuale instaurano col movimento operaio e col partito che lo rappresenta. E noi vediamo che l'adesione di quei giuristi all'area socialista è dettata innanzitutto da una scelta *culturale* e insieme di *politica culturale*.

Non c'è difficoltà a riconoscere che la quasi totalità dei penalisti socialisti proviene dalle file del positivismo giuridico e si riconosce nel 'triangolo culturale' Darwin-Spencer-Marx, nella versione accreditata dalla 'dimostrazione' ferriana (« dimostrarai come il marxismo (trasformismo economico) fosse in pieno accordo col trasformismo ideologico (Darwin) e col trasformismo universale (Spencer)... » ⁽⁵⁸⁾). Nessuna meraviglia, dunque, che il loro impegno si rivolga alla sola forza politica che aveva fatto propria quell'area culturale, se non altro per la presenza al suo interno di un gruppo dirigente fatto anch'esso di piccoli borghesi intellettuali segnati da una formazione del tutto simile alla loro e certo di non migliore qualità. Filippo Turati, per fare l'esempio più illustre, ha certo dalla sua una maggiore consapevolezza politica, maggiore attenzione alla dinamica reale dei fatti sociali, ma lo spessore della sua cultura è pur sempre quello di chi si è formato molto di più alla scuola di Ardigò che a quella di Marx.

Si aggiunga che questo milieu di intellettuali a loro modo 'nuovi', che hanno rotto con l'accademismo retorico e declamatorio tipico della cultura ufficiale post-risorgimentale, si riconosce nel 'socialismo' anche perché il partito di Turati, di Treves, di Prampolini, è portatore di un programma minimo che non mette in discussione le strutture fondamentali del sistema esistente, limitandosi ad esigere la realizzazione di obiettivi che potremmo considerare

⁽⁵⁷⁾ G. A. BELLONI, *La vigilia di Florian*, in AA.VV., *Eugenio Florian maestro di positivismo penale*, Milano, Bocca, 1940, 30-31.

⁽⁵⁸⁾ E. FERRI, *Sociologia criminale*⁴, 1900, cit., 397.

democratico-progressisti, del tutto compatibili con il riformismo giuridico che muove i nostri penalisti. Anzi, essi vedono un'occasione storica nella possibilità di condurre dalla parte dei lavoratori ed insieme ad essi una grande battaglia democratica, arricchendo nella lotta il loro stesso bagaglio politico e culturale.

Ma a questa affinità di provenienza e di formazione i giuristi uniscono certamente una serie di motivazioni che attengono piuttosto alla politica culturale.

Nessuno strumento meglio di un partito come quello socialista, e nessun uditorio meglio di quello raggiungibile attraverso un'attività politica che si svolge in mezzo ai lavoratori, consentono infatti di conquistare udienza ed egemonia culturale su settori tanto vasti della popolazione che proprio in questo periodo cominciano a raggiungere i primi gradi dell'istruzione e mostrano un interesse autentico ed inaspettato per il sapere.

È su questo terreno, occorre dirlo, che sta forse il massimo merito storico dell'intellettualità piccolo-borghese approdata al socialismo: pur con tutti i limiti del loro 'andare al popolo', pur con l'errore di fondo che sta nel concepire la propria azione in termini di 'apostolato' (come allora si diceva), pur con l'insufficienza e spesso la labilità dei risultati conseguiti, la loro opera di persuasione, di divulgazione, e quindi di rottura dell'unica forma di egemonia culturale allora esistente (quella clericale, specie nelle campagne), contribuì certamente ad avviare un processo di crescita civile, limitato ad alcune zone d'Italia ma indubbiamente positivo.

« Per essi — è stato scritto di recente ⁽⁵⁹⁾ — il proletariato forniva la base di massa necessaria all'affermazione della loro leadership, vista più spesso come una missione civilizzatrice che come una carriera personale, e in cambio offrivano al proletariato un aiuto incomparabile nella lotta per la liberazione da una secolare oppressione, per la conquista di posizioni più avanzate, per la sconfitta di un potente alleato della classe padronale ».

Naturalmente, il contributo alle battaglie socialiste non viene da questi avvocati e professori soltanto dal fatto di offrire alle classi

⁽⁵⁹⁾ L. BASSO, *Prefazione* a G. Haupt, *La seconda internazionale*, Firenze, La Nuova Italia, 1973, XIV.

lavoratrici una serie di *rappresentanti* qualificati e provvisti di un notevole prestigio civile, né solo dal ruolo pedagogico generale che essi svolgevano con la loro *presenza* nelle file del movimento operaio organizzato.

Esistono *tre livelli specifici* nei quali è possibile per essi assolvere a compiti di diretta rilevanza politica: il primo, quello *scientifico*, è anche quello che maggiormente sfugge alla percezione dei militanti e di coloro che seguono il partito; è un compito che viene svolto interamente ‘in casa dell’avversario’, e che per questo subisce regole e condizionamenti che hanno assai poco a che vedere con le prassi, il linguaggio, lo stile della lotta politica. Ed è per questa ragione che, paradossalmente, esso è in grado di attribuire a coloro che riescono a condurlo con un minimo di successo, quell’aura di prestigio che è insieme necessaria al singolo per rendersi credibile nel partito, ed al partito per meglio far breccia nella società. Così come nella estraneità al mondo della politica del milieu accademico-scientifico, e nel suo alto grado di esotericità, vanno ricercate le ragioni della ‘soggezione’ che i dirigenti del partito socialista — intellettuali non (o non più) professionali — obiettivamente mostrano nei confronti di ogni segnale ‘percepibile’ (esplicitato cioè in termini anche parziali di linguaggio politico) che venga dalle aule universitarie: e bastino gli esempi delle prolusioni di Cesare Vivante ⁽⁶⁰⁾ e Giovan Battista Impallomeni ⁽⁶¹⁾, due non socialisti, pubblicate *en raccourci* e con significative presentazioni, nella *Critica sociale* di Turati.

Il secondo di quei tre livelli si pone per così dire a cavallo tra l’attività politica (seppure ‘mediata’) e quella scientifica. Mi riferisco all’importante funzione di *avvocati dei socialisti* che molti dei nostri penalisti svolsero e della quale dirò tra breve.

Il terzo riguarda l’attività concreta di *divulgazione* culturale e politica, condotta per mezzo di opuscoli, articoli di giornale, confe-

⁽⁶⁰⁾ C. VIVANTE, *La penetrazione del socialismo nel diritto privato* [dalla Prolusione romana dell’8 novembre 1902, pubblicata integralmente col titolo *Le nuove influenze sociali nel diritto privato*, Roma, Pallotta, 1902], in *Critica sociale*, XII, 1902, 345-351.

⁽⁶¹⁾ G. B. IMPALLOMENI, *Il diritto penale è diritto di classe?* [dalla Prolusione romana del 1° febbraio 1905, pubblicata integralmente col titolo *Funzione sociale del diritto punitivo*, Roma, Audisio, 1905], in *Critica sociale*, XV, 1905, 237-238.

renze o interventi all'interno di strutture 'alternative' di insegnamento popolare, che credo di dover considerare interamente nel suo spessore politico-propagandistico anche se si fonda, ovviamente, sulla credibilità 'scientifica' dell'intellettuale che la svolge. Vanno riferiti a questo genere di attività non tanto gli interventi politici connessi al dibattito in corso nel partito o nel paese (basti pensare all'enorme produzione, su questo terreno, di uomini come Colajanni o Ferri), ma piuttosto scritti come *Il socialismo e le obiezioni più comuni* di Adolfo Zerboglio ⁽⁶²⁾, come *Socialismo e socialisti in Italia* o *Il collettivismo spiegato* di Alfredo Angiolini ⁽⁶³⁾, come le *Questioni ardenti* di Francesco De Luca ⁽⁶⁴⁾ o le conferenze sul diritto di sciopero tenute da Eugenio Florian alla Camera del lavoro di Padova ⁽⁶⁵⁾.

Sono contributi spesso discutibili, legati magari all'esigenza di dichiarare o mettere a punto la posizione politica dell'autore, e che conseguono solo in via mediata il loro fine divulgativo; ma hanno un indiscutibile valore di indicazione e di documentazione che va tenuto presente ⁽⁶⁶⁾. Così come vanno ricordate, per la funzione che ebbero, le *conferenze* che questi giuristi tenevano con fitta regolarità

⁽⁶²⁾ A. ZERBOGLIO, *Il socialismo e le obiezioni più comuni*, Palermo, Sandron, 1895.

⁽⁶³⁾ A. ANGIOLINI, *Socialismo e socialisti in Italia*, cit. (si veda, sul valore e sulla fortuna di questo famoso libro, l'*Introduzione* di P. Spriano alla ristampa anastatica curata nel 1966 dagli Editori riuniti di Roma), e *Il collettivismo spiegato*, Roma, Mongini, 1904.

⁽⁶⁴⁾ F. DE LUCA, *Questioni ardenti, o: il socialismo rispetto alla patria, alla libertà, alla morale positiva. Appunti*, Girgenti, Tip. Formica, 1895. Di F. De Luca si possono ricordare anche altri scritti di immediato intervento politico o di divulgazione, come *Il signor Di Rudinì e i latifondi*, in *Critica sociale*, V, 1895, 97-99; *Per l'organizzazione dei socialisti siciliani*, in *Rivista popolare di politica...*, III, 1898, 251-253; *La Monarchia italiana ed il partito socialista. Brevi appunti di storia e d'attualità*, Catania, Tip. Sicula, 1901; *Mazzini, Marx e Cavallotti*, Catania, Giannotta, 1901; *Prigionie e processi*, cit.; *Il partito socialista e la questione meridionale*, Milano, Vita internazionale, 1911.

⁽⁶⁵⁾ E. FLORIAN, *Il diritto di sciopero*, in *Conferenze di legislazione sociale* a cura della Camera del lavoro di Padova, Padova, 1904, 57-64.

⁽⁶⁶⁾ Pensare, per esempio, alla « Biblioteca di propaganda » curata dalla *Critica sociale*, nella quale accanto ad opere di Marx, Engels, Malon, Schaffle, Bakunin o Kautsky, compaiono anche scritti di Agostino Berenini, Giuseppe Salvioli, Francesco De Luca, Enrico Ferri e Napoleone Colajanni.

un po' in tutta Italia ⁽⁶⁷⁾ e la loro opera organizzativa, didattica e pubblicistica, legata alle nascenti università popolari ⁽⁶⁸⁾.

Ma l'opera più significativa di questi giuristi militanti è senza dubbio quella che essi svolgono nei tribunali, in difesa di dirigenti del partito o di lavoratori colpiti dalla repressione in conseguenza delle lotte politiche che li avevano visti come protagonisti.

Si tratta, come ben si comprende, di un momento specifico ed a suo modo 'tecnico' della loro attività, che però ha un riflesso enorme sul piano politico e che viene ad occupare una posizione preminente per almeno due ordini di ragioni. In primo luogo per l'importanza che il movimento operaio e contadino italiano assegna nella fase della sua prima crescita (grosso modo negli anni tra l'85 e il 900) alle occasioni processuali, viste non solo come momenti utili per ottenere certi risultati, a coronamento delle lotte, ma anche come tribune di particolare efficacia per propagandare i termini dello scontro in atto, le ragioni dei lavoratori e, spesso, la vittoria conseguita ⁽⁶⁹⁾.

In secondo luogo perché i grandi processi politici vengono giustamente sentiti come una sorta di 'rappresentazione' particolarmente fedele e quindi singolarmente efficace del più grande scontro tra lo Stato borghese (rappresentato nel 'dramma' processuale dalla *giustizia* borghese) ed i lavoratori in marcia: il primo con la ragione della forza ma anche con lo spettacolo della sua ottusità, della sua arroganza e della sua fondamentale fragilità, messa in chiaro risalto dalle frequenti assoluzioni; i secondi, forti della loro ragione e della

⁽⁶⁷⁾ Ne abbiamo, numerosissime, di Ferri, Florian, Zerboglio, De Luca, Impalomeni, Colajanni, Pozzolini, e praticamente di tutti gli altri giuristi 'socialisti'. Il lettore può riferirsi a quelle che vengono ricordate nella *Bibliografia* curata da chi scrive e pubblicata in questo stesso numero dei *Quaderni fiorentini* [n.r.: n. 3/4 (1974-75), pp. 873-1035].

⁽⁶⁸⁾ M. G. ROSADA, *Le università popolari*, cit., ricorda tra gli altri nomi di organizzatori, insegnanti o collaboratori, anche quelli di giuristi come Enrico Ferri, Alfredo Angiolini, Alessandro Groppali, Agostino Berenini, Eugenio Rignano, Luigi Majno, Eugenio Florian, Vittorio Olivieri, Pio Viazzi, Adolfo Zerboglio.

⁽⁶⁹⁾ È indicativo, credo, il fatto che Alfredo Angiolini nel suo *Socialismo e socialisti in Italia*, che si proponeva una divulgazione largamente 'agiografica' se non trionfalistica della storia del movimento socialista, abbia molto insistito su numerosi processi svoltisi contro singoli militanti, scioperanti, dirigenti delle varie organizzazioni o gruppi di essi: A. ANGIOLINI, *Socialismo e socialisti*, cit., 104 ss., 107 ss., 138, 139 ss., 164 ss., 250 ss., 330 ss.

prova che riescono a dare — col fatto stesso dell'ingiusta persecuzione — di avere con sé 'il diritto', impegnati a mostrare attraverso l'iniquità della repressione la giustizia delle lotte.

Talora, poi, i grandi processi si legano al movimento reale e si inseriscono in una mobilitazione di opinioni e di masse che va ben al di là delle organizzazioni socialiste, rappresentando il punto di coagulazione di tendenze diverse: come accadde ad esempio nel luglio-agosto 1898, quando i processi a Turati, Morgari, De Andreis, Lazzari, Valera, Kuliscioff, Don Albertario ed altri, svoltisi davanti al tribunale di guerra insediato a Milano in stato d'assedio, rappresentarono il punto d'arrivo di una battaglia 'giuridica' (combattuta 'dentro' la battaglia politica) che aveva visto impegnati per lungo tempo i giuristi socialisti e 'democratici' (in particolare nei primi mesi del '97, contro il disegno di legge Di Rudinì sul domicilio coatto), ed il punto di partenza per ulteriori battaglie, da quella per l'amnistia ai condannati dell'estate del '98 a quella ostruzionistica contro i 'provvedimenti politici' presentati dal governo Pelloux, che venne sostenuta fuori del Parlamento anche da giuristi che erano certo assai lontani dalle posizioni politiche di socialisti e radicali ⁽⁷⁰⁾.

Il primo dei giuristi 'democratici' che si trova impegnato in un processo politico è probabilmente l'allora giovane avvocato Pietro Nocito (poi senatore e professore 'riformista' di diritto penale) che entra a far parte del collegio di difesa degli internazionalisti processati a Firenze nel maggio del 1875 per i moti dell'anno precedente.

⁽⁷⁰⁾ Penso soprattutto a Luigi Lucchini che sulla sua *Rivista penale* condusse una vera e propria 'campagna' contro quei provvedimenti. Si veda soprattutto lo scritto *Il decreto-legge sui provvedimenti politici*, in *Rivista penale*, L, 1899, 125-143, e poi gli interventi, sempre sulla *Rivista penale*, L, 1899, alle pp. 104-106, 326, 451-453, 544-547. Lucchini, insieme a Tancredi Canonico (allora presidente della prima sezione della Cassazione) ebbe un suo ruolo anche nell'annullamento del R.D. 22 giugno 1899, n. 227 (poi revocato, dopo l'intervento della Cassazione, con il R.D. 5 aprile 1900): cfr. *Intemperanze di giornali*, in *Rivista penale*, LI, 1900, 468-469. Egli avrebbe continuato a combattere una (risalente) battaglia contro alcuni istituti di polizia preventiva (cfr. *Rivista penale*, XLVIII, 1898, 478; XLIX, 1899, 438-450; LI, 1900, 101-102; LIV, 1901, 348-350; LVIII, 1901, 222-228), che considerava incompatibili con la natura 'liberale' dello Stato e che lo avevano visto apertamente ostile fin dai primi anni ottanta. Un cenno, un po' riduttivo tuttavia, al suo ruolo nella questione dei 'provvedimenti politici' è ora in U. LEVRA, *Il colpo di Stato della borghesia. La crisi politica di fine secolo in Italia 1896-1900*, Milano, Feltrinelli, 1975, 382.

Ma l'episodio processuale di maggior rilievo, prima che inizi il 'decennio di sangue' con i suoi clamorosi risvolti giudiziari, è certamente quello che vede Enrico Ferri, « marxista senza saperlo » (71), protagonista nella difesa dei contadini mantovani accusati di eccitamento alla guerra civile in seguito agli scioperi agrari dell'84-85.

Il processo si svolge a Venezia nella primavera del 1886 e può essere considerato esemplarmente all'interno del tipo che ho già delineato. Processo, si direbbe oggi, 'di connivenza' (72), esso ha una notevole ripercussione nel paese, in parlamento, nei rapporti tra magistratura e governo (73). Enrico Ferri svolge la sua arringa di difesa (74) descrivendo le condizioni economiche della provincia di Mantova: critica il sistema dei patti coloniali vigenti e la distribuzione della proprietà fondiaria, denuncia la gravità delle condizioni di vita e di lavoro di quei contadini, mostra 'l'errore' di una risposta poliziesca a rivendicazioni che possono essere evitate soltanto con iniziative di riforma ed ammodernamento:

accumulandosi via via i dolori della miseria — dice (75) — si giunge poi ad un punto in cui la coscienza di chi soffre protesta e reclama il diritto di vivere; alle quali domande è inumano ed è pericoloso rispondere con gli arresti in massa, anziché ispirarsi al grande principio vivificatore della fratellanza umana, e cercare, coi fatti e non solo a parole, gli accordi ragionevoli, nei limiti del possibile.

Perché, infine, questo popolo, a cui si danno tante parole e della cui

(71) « ... nella difesa dei *contadini mantovani*, io stesso, rileggendola ora, mi sono accorto come fin da allora (nel 1886) io fossi marxista senza saperlo. Quella difesa è infatti tutta orientata sul determinismo economico o materialismo storico, per cui si dimostra come i fatti storici (individuali e sociali) siano il prodotto diretto o indiretto delle sottostanti e determinanti condizioni economiche dell'individuo e della collettività » (E. FERRI, *Prefazione a Difese penali e studi di giurisprudenza*, Torino, Bocca, 1899, XIII).

(72) Secondo la nota distinzione avanzata da J. M. VERGÈS, *Strategia del processo politico*, tr. it., Torino, Einaudi, 1969.

(73) Vedere quanto ne scrive G. NEPPI MODONA, *Sciopero, potere politico e magistratura, 1870-1922*, Bari, Laterza, 1969, 37-38.

(74) E. FERRI, *I contadini mantovani al processo di Venezia*, in *Difese penali*, cit., 1-62.

(75) E. FERRI, *I contadini mantovani*, cit., 39-40.

secolare pazienza da tanti si abusa, da una parte si accontenta pure di poco, quando alle ampie promesse almeno qualche parziale miglioramento effettivo conseguua... e d'altra parte quando si vegga troppo a lungo frustrato nelle sue aspettative o, per ragioni di crisi generale si veda ricacciato nelle miserie più profonde, da cui siasi per poco sollevato, allora non può adattarsi alla rassegnazione supina ed oppone la coscienza della propria dignità, con moti che potranno anche essere minacciosi, ma che sono umanamente inevitabili e dei quali, ripeto, il rimedio è ben lontano dalla Corte d'Assise.

Un discorso assai moderato, dunque, reso ancor più debole dal contesto di 'connivenza' in cui cade, intriso di umanitarismo retorico e rinunciatario, ma tale da determinare un'autentica rottura nei confronti delle consolidate liturgie giudiziarie.

Il processo veneziano del 1886, conclusosi con provvedimenti di generale assoluzione, finì per rappresentare un incoraggiante precedente e l'esempio di Ferri venne spesso seguito negli anni successivi. Penalisti come Majno, Berenini, Laschi, Angiolini, Zerboglio ⁽⁷⁶⁾, si trovarono al centro di una serie numerosa di episodi processuali negli anni novanta ⁽⁷⁷⁾, legati ai fatti del '94 e del '98, oltre che alla

⁽⁷⁶⁾ In due passaggi (p. 25 e p. 29) del capitolo dedicato alla *istigazione a delinquere* nel suo Trattato *Dei delitti contro l'ordine pubblico, la fede pubblica e la pubblica incolumità*, Milano, Vallardi, 1903, Adolfo Zerboglio ci informa che, tra il 1890 e il 1902, per i soli reati previsti dall'art. 247 c.p. (apologia di un fatto che la legge prevede come delitto; incitamento all'odio fra le varie classi sociali), si è trovato a difendere un numero imprecisato di accusati in oltre 40 processi.

⁽⁷⁷⁾ Solo per citare qualche episodio posso ricordare l'azione difensiva svolta da Alfredo Angiolini per l'anarchico Batacchi (A. ANGIOLINI, *Socialismo e socialisti*, cit., 138), quella di Alberto Borciani per Camillo Prampolini (A. BORCIANI, *Contro-ricorso in Cassazione per il deputato Prampolini (art. 43 dello Statuto)*, Reggio Emilia, 1895), quelle di Luigi Majno per Prampolini e per altri nel 1895 (L. MAJNO, *Le condanne per l'art. 5 legge 19 luglio 1894. Memoria per la Cassazione*, Milano, 1896), per Turati, De Andreis e gli altri accusati per i fatti di Milano nel 1898 (ID., *Ricorso alla Cassazione di Roma*, in *La scuola positiva*, VIII, 1898, 473-503; *La Cassazione e i tribunali di guerra*, in *Rivista popolare di politica...*, IV, 1898, 121-123; *Ricorso alla Cassazione di Roma per Turati avv. Filippo e De Andreis ing. Luigi, deputati al Parlamento contro la sentenza 1° agosto 1898 del Tribunale di guerra di Milano*, in *La scuola positiva*, VIII, 1898, 524-533; *Questioni legali riguardanti la difesa ai tribunali di guerra*, in *La giustizia penale*, IV, 1898, 743-760; *La purgazione della contumacia nei condannati dai tribunali militari. Ricorso alla Cassazione penale*, in *La scuola positiva*, IX, 1899, 166-177).

linea di ‘contenimento’ del giovane partito socialista portata avanti dall’amministrazione crispina specialmente dopo le leggi speciali del luglio 1894 (78). E questo con grave preoccupazione degli esponenti dell’establishment giuridico moderato, resisi conto ben presto del significato ‘eversivo’ che l’ingresso nelle aule dei tribunali delle « teorie socialistiche » rivestiva obiettivamente (79).

Ma la figura più interessante, sotto questo profilo, è senza dubbio quella di Giovan Battista Impallomeni. Ho già accennato alla progressiva maturazione politica che lo porterà da posizioni che si potrebbero dire ‘zanardelliane’ fino all’impegno nel partito radicale ed al fiancheggiamento delle posizioni socialiste: tale maturazione prese le mosse proprio dalla sua presenza in un processo politico (quello contro De Felice, Barbato, Bosco e gli altri organizzatori dei fasci in Sicilia (80)), nel quale intervenne con un ricorso in Cassazione (81) contro la sentenza di condanna che, si disse, condusse la

(78) E. FERRI, *I socialisti e l'art. 247 codice penale*, in *Difese penali*, cit., 198-220: discorso in difesa di Ezio Marabini, Vittorio Lollini, Guido Podrecca ed altri, pronunciato davanti alla IX sezione del tribunale di Roma il 9 febbraio 1895.

(79) Ecco quanto scrive, per esempio, Filippo Manduca, penalista di buon livello e Consigliere di Cassazione a proposito di questo fenomeno: « Le cattedre di trasformismo politico-sociale si trasportano non solo all’Ateneo, al comizio, alle Camere legislative, all’esercito, ma dinanzi alla maestà della giustizia. Da Bovio, che al Tribunale di Napoli parlò della libertà del pensiero, dell’ideale delle nuove generazioni, della plebe, a Ferri che nel Tribunale di Roma, in occasione della causa dei socialisti (1895), parlò di lotta ed odio di classe, affermando essere i socialisti gli avversari del presente ordinamento della società, per quanto guidati e sorretti da un grande ideale; da De Felice, Barbato, Bosco, ecc., che dinanzi al Tribunale di Palermo hanno svolto le loro teorie socialiste, e da questi ultimi a Turati, Costa, Ferri, Socci, Agnini, Badaloni, che in occasione delle interpellanze ed interrogazioni sulla politica interna del Governo, nella seduta del 9 dicembre 1896, svolgono ampiamente le loro socialistiche teorie; o da questi ultimi propugnatori di socialismo e collettivismo, a Merlino e Sulli, che alla Corte di Assise di Firenze (18 febbraio 1895) e al Tribunale penale di Catania svolgono i loro principii anarchico-socialisti, non è un crescendo continuo? » (F. MANDUCA, *Le moderne scuole anarchico-socialiste ed il nuovo diritto penale italiano*, in *Cassazione unica*, X, 1899, 713).

(80) S. F. ROMANO, *Storia dei fasci sciliani*, Bari, Laterza, 1959, 480 ss.

(81) G. B. IMPALLOMENI, *Cenni sul ricorso in Cassazione dell'onor. Giuseppe De Felice Giuffrida e c. contro la sentenza del Tribunale militare di guerra di Palermo del 30 maggio 1894*, Palermo, Amenta, 1894, e poi *I metodi della Corte di Cassazione nel ricorso De Felice e C.i.*, in *Rivista penale*, XL, 1894, 224-251.

suprema corte ad un rigetto costruito in modo da determinare poi la successiva amnistia per i condannati ⁽⁸²⁾.

Il processo, impostato come 'processo di rottura' dagli imputati (è restata famosa l'autodifesa di Nicola Barbato ⁽⁸³⁾), aveva determinato reazioni preoccupate negli ambienti governativi ⁽⁸⁴⁾ e suscitato un ampio movimento di solidarietà con gli accusati, al quale non era rimasto estraneo l'ordinario di diritto penale dell'università palermitana. «L'Impallomeni era da allora acquisito alla causa democratica», dirà Pozzolini.

Lo troviamo infatti impegnato in altri momenti di tensione sociale o di pericolo per le libertà dei cittadini, sempre sensibile al momento istituzionale dello scontro e particolarmente attento ai numerosi slittamenti progressivi verso il regime di polizia che si realizzavano con i ripetuti interventi di legislazione speciale e con la pratica quotidiana degli arbitrii repressivi avallati e coperti dalle autorità di governo.

Impallomeni insorge in occasione del « caso Frezzi » ⁽⁸⁵⁾, si

⁽⁸²⁾ Garibaldi Bosco, uno dei condannati in quel processo, commemorando Impallomeni nel Consiglio comunale di Palermo, gliene diede atto: « Allorché imperversava la reazione crispina — disse — ed i tribunali di guerra mi condannarono alla reclusione, un uomo sorse a difendere me ed i miei compagni, ponendosi a capo dell'agitazione per l'amnistia » (cfr. A. POZZOLINI, *In memoria di Gio. Batt. Impallomeni*, cit., II).

⁽⁸³⁾ Ci si riferisca all'opuscolo *Il socialismo difeso da N. Barbato al Tribunale di guerra*, Torino, 1896.

⁽⁸⁴⁾ S. F. ROMANO, *Storia dei fasci siciliani*, cit., 481 ss.

⁽⁸⁵⁾ G. B. IMPALLOMENI, *Responsabilità ministeriale e responsabilità comune a proposito del caso Frezzi*, in *La giustizia penale*, III, 1897, 817-822.

« Dopo l'attentato di Acciarito contro il re Umberto — scrive A. POZZOLINI, *In memoria di Gio. Batt. Impallomeni*, cit., 12-14 — furono in Roma compiuti numerosi arresti, nel consueto sospetto di immaginari complotti. Era questa purtroppo dolorosa e vergognosa abitudine dei nostri governi, pei quali sembra necessità la confessione della propria impotenza anche quando la prevenzione è impossibile, perché è pressoché impossibile prevenire le manifestazioni criminose individuali. Fra questi arrestati, così a casaccio, come suol farsi, vi fu un tal Romeo Frezzi. Costui fu dalla polizia trattenuto per tre giorni nel carcere senza che ne fosse data partecipazione all'autorità giudiziaria: e di poi fu trovato morto, si disse per suicidio, mentre una perizia medica collegiale fatta a cura del giudice istruttore accertò trattarsi di omicidio. In conseguenza fu spiccato mandato di comparizione contro il Questore di Roma per arresto arbitrario. Si vide allora l'inaudito spettacolo del Presidente del Consiglio on. Rudini il quale coprì colla

batte contro il progetto Di Rudinì che introduceva il domicilio coatto per coloro che con atti preparatorii avessero manifestato il deliberato proposito di attentare con vie di fatto all'ordinamento della famiglia e della proprietà⁽⁸⁶⁾, ritorna in tribunale per difendere Turati, De Andreis e gli altri dirigenti socialisti processati per i fatti del '98 a Milano⁽⁸⁷⁾.

Un impegno prolungato e coerente, dunque, che prova come la combattività di questi 'avvocati dei socialisti'⁽⁸⁸⁾ si esprimesse

propria responsabilità ministeriale il Questore di Roma impedendo così la prosecuzione dell'istruttoria! È storia di ieri ed ognuno la rammenta.

Era un triste, degradante spettacolo: un arbitrio flagrante che poneva la polizia fuori della legge; e la vita e la libertà dei cittadini alla sua mercé. Giovan Battista Impallomeni insorse con un vigoroso scritto che, mentre è una serrata argomentazione giuridica contro la strana teoria del ministro dell'interno, è una staffilante invettiva contro il regime di polizia che si andava consolidando in Italia».

⁽⁸⁶⁾ G. B. IMPALLOMENI, *Il domicilio coatto. La legge menzogna*, in *Critica sociale*, VII, 1897, 277-280 e *Il domicilio coatto politico*, in *La giustizia penale*, III, 1897, 1025-1033.

«Ciò che con questo progetto si vuole — scrive ne *La giustizia penale*, cit., 1028-1029 — è quello stesso che si volle con la legge eccezionale del 19 luglio '94 con la formula presso che identica «coloro che abbiano manifestato il deliberato proposito di commettere vie di fatto contro gli ordinamenti sociali», cioè reprimere la propaganda socialista: sopprimere il giornale, il libro, l'insegnamento socialista, le associazioni socialiste soprattutto (...). Or una legge poliziesca come questa può farsi — che cosa non si fa in Italia anche senza legge? — ma quel che non può assolutamente farsi è il dare a credere ciò che nella relazione ministeriale è detto, vale a dire che con questa legge si restringa l'istituto del domicilio coatto, e lo si metta in armonia con le leggi fondamentali della civile comunanza, quando si *estende* l'istituto del domicilio coatto dalle persone sospette di malefici comuni com'è attualmente, ai partiti politici, e si fa una legge che sopprime *semplicemente* la libertà di associazione, la libertà di discussione, e mette i cittadini più pacifici, sol perché in odore di eterodossia economica, in balia del potere di polizia, qualunque siano le persone e la qualità delle persone dalle quali questo potere è esercitato».

⁽⁸⁷⁾ G. B. IMPALLOMENI, *Mezzi aggiunti per il ricorso di Turati e De Andreis in Cassazione*, Milano, 1898, e poi *Per l'ammistia*, in *La giustizia penale*, V, 1899, 127-128. Cfr. anche A. COLOMBO, *Turati, Impallomeni e il '98*, in A. C., *Teorie politiche e dialettica democratica. Saggi di storia e politica*, Milano, Cisalpino, 1974, 57-65.

⁽⁸⁸⁾ Un episodio indicativo del loro impegno civile, anche al di fuori dei processi strettamente politici, è dato dalla massiccia presenza di giuristi appartenenti (qualcuno *olim*) al 'socialismo giuridico' nei collegi di difesa per il processo a Tullio e Linda Murri nel 1905. La cosa ha un suo significato, come si sa, perché su quel famoso fatto di cronaca l'Italia si divise in due, ed il movimento socialista si sentì per un motivo o per

anche in concreto, nel settore di specializzazione loro proprio, e non senza qualche risultato. La stessa produzione dottrinale si trovava spesso ad essere occasionata dall'esperienza di battaglie giudiziarie condotte per la preservazione di alcuni elementari diritti di libertà e traeva dalla logica stessa di quelle battaglie il suo carattere difensivo da un lato, ma anche — dall'altro — una acuta consapevolezza della natura del diritto penale e dell'uso apertamente reazionario che se ne veniva facendo.

La legge — ricordava Impallomeni nel suo scritto sul caso Frezzi⁽⁸⁹⁾ — ha posto limiti rigorosi all'adempimento degli ordini arbitrari, affinché ciascuno impari quanto importi porre la legge al di sopra dell'arbitrio. Dica chi vuole che questo è *dottrinarismo liberale*: questo è semplicemente la legge. E sappiano i putridi, vecchi e nuovi arnesi di reazionarismo autoritario, che i più pericolosi nemici delle istituzioni sono quelli che le vorrebbero puntellate di violenza e di arbitrio, poiché, scosso in basso il rispetto della legge manomessa dall'alto, esse precipitano sopra gl'improvvidi e farisaici loro sostenitori.

Il diritto penale è diritto di classe?

Intitolando con questa domanda un suo intervento sulla *Critica sociale* (nel quale riduceva la sua prolusione romana del 1905), Giovan Battista Impallomeni chiude, praticamente, una sequenza di

l'altro chiamato in causa. Tra i difensori dei Murri o di altri imputati con essi troviamo E. FERRI, *In difesa di Tullio Murri* (1905), in *Difese penali*, I, Torino, 1923, 491-561; A. BORCIANI, *Arringa in difesa del dott. Carlo Secchi dinanzi alla Corte d'assise di Torino*, 26 e 27 luglio 1905. *Appunti stenografici*, Torino, UTET, 1905; A. BERENINI, *Perché Linda Murri è innocente. Arringhe pronunciate avanti la Corte d'assise di Torino...*, Torino, UTET, 1906; P. COGLIOLO, *La costituzione di parte civile dei figli Bonmartini nel processo Murri, con speciale riguardo al dott. Secchi*, in *Scritti vari di diritto privato*, II, Torino, UTET, 1917, 185-204; E. GIANTURCO, *Parere per la verità. Sulla costituzione di parte civile dei minori Bonmartini al processo Murri*, Napoli, Pierro, 1906. Tra i 'socialisti' che vi intervennero con loro scritti anche non strettamente giuridici: G. FERRERO, *Le grandi ingiustizie della giustizia. La costituzione di parte civile nel processo Murri*, Milano, s.l. e s.d., ma 1906; F. PAPAFAVA, *Per la cassazione del processo Murri*, in *Rivista popolare di politica...*, XII, 1906, 44-45; A. G. BIANCHI, *Autopsia di un delitto (processo Murri-Bonmartini)*, Milano, 1904; A. ZERBOGLIO, *Il problema della giustizia penale. A proposito del verdetto di Torino*, in *Critica sociale*, XV, 1905, 242-243.

⁽⁸⁹⁾ G. B. IMPALLOMENI, *Responsabilità ministeriale e responsabilità comune a proposito del caso Frezzi*, cit., 822.

contributi dottrinali sulla natura del diritto penale che per una ventina d'anni aveva occupato numerosi penalisti d'estrazione variamente 'progressista'. Non mancherà, ovviamente, chi riprenderà questo tema, ma si tratterà di 'sistemazioni' (seppure di livello accettabile, come quella di Carlo Manes ⁽⁹⁰⁾) e di 'revisioni' che cominciano ad impostare i problemi del *nuovo diritto penale* ⁽⁹¹⁾ secondo una chiara direttrice di riflusso politico.

La questione, lo abbiamo visto, era apparsa chiaramente fin negli 'incunaboli' del *socialismo giuridico* penale, a partire dallo scritto turatiano del 1883. Era stata tuttavia in qualche modo messa in ombra dalla 'falsa' polemica sui fattori criminogeni (Turati, Ferri, Colajanni) e dall'altra, intrecciata con essa, sul peso da dare a darwinismo sociale e spencerismo (Colajanni, Ferri) nella costruzione di una sociologia criminale. Ed è proprio innestandosi su questi temi che un 'darwinista sociale' il quale dichiara di non riconoscersi né nella vecchia tendenza classica né nel nuovo indirizzo positivista, Michele Angelo Vaccaro, avvia esplicitamente un primo discorso sul carattere 'classista' del diritto penale.

Il recente revival del *socialismo giuridico* ha ormai reso famoso il luogo vaccariano sul diritto penale come strumento per la difesa dello *status quo*, ma sarà utile riportarlo ancora ⁽⁹²⁾.

L'ufficio delle leggi penali — dice Vaccaro concludendo una sua rassegna 'storica' sulla « funzione della giustizia punitiva » ⁽⁹³⁾ — non è stato finora quello di difendere la società, vale a dire tutti i ceti che la

⁽⁹⁰⁾ C. MANES, *Capitalismo e criminalità. Saggio critico di sociologia criminale*, Roma, Tip. editr. nazionale, 1912.

⁽⁹¹⁾ Mi riferisco alla prolusione pisana del 1908 di A. POZZOLINI, *Verso il nuovo diritto penale*, in *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, IX, 1908, 343-351, sulla quale avrò modo di tornare brevemente più avanti.

⁽⁹²⁾ Del resto, questo passo della *Genesi e funzione delle leggi penali* di Vaccaro fece colpo anche sui suoi contemporanei. Per ricordarne solo alcuni, posso dire che lo citano e lo discutono, tra gli altri, A. LORIA, *Les bases économiques de la constitution sociale*, Paris, Alcan, 1893, 120; A. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella legislazione penale*, in *La scuola positiva*, VI, 1896, 70; E. FERRI, *Sociologia criminale*^A, 1900, cit., 546; E. FLORIAN, *Dei reati e delle pene in generale*, I, Milano, Vallardi, 1910, 70; C. MANES, *Capitalismo e criminalità*, cit., 124; F. DE LUCA, *Principi di criminologia. I. Parte generale*, Catania, Giannotta, 1916, 78.

⁽⁹³⁾ M. A. VACCARO, *Genesi e funzione delle leggi penali*, Torino, Bocca, 1889, 101.

compongono, ma segnatamente gl'interessi di coloro in favore dei quali è costituito il potere politico. Le leggi penali, per esprimermi con una vecchia formula, ma vera, tendono a conservare e a difendere l'ordine giuridico costituito.

L'affermazione ha una sua importanza, ma va inquadrata in un contesto che certo molto la ridimensiona. Vaccaro pubblica il suo studio nel 1888, nel pieno della polemica nata intorno alla 'nuova scuola' e mentre stavano precisandosi gli schieramenti anche *all'interno* dell'indirizzo positivista, ma la sua scelta si era già orientata in uno studio del 1885, pubblicato nell'86⁽⁹⁴⁾, nel quale aveva fatto interamente proprie le teorie del c.d. darwinismo sociale. La cosa va ben considerata, perché serve a mostrare come affermazioni quale quella riportata qui sopra vadano viste nella prospettiva 'darwiniana' della lotta per l'esistenza tra forti e deboli, piuttosto che in quella materialistico storica (alla quale pure Vaccaro dichiarava di aderire⁽⁹⁵⁾) dello scontro fra le classi.

Accanto a riflessioni sull'uso difensivo del diritto penale messo in atto dai ceti dominanti (che non costituiscono ancora prese di posizione 'ideologiche', né tanto meno prodromi di un programma politico di riforma giuridica) troviamo infatti impostazioni che oscillano tra un quieto minimalismo rinunciatario⁽⁹⁶⁾ ed un più aperto e dichiarato timore di ciò che potrebbe accadere se le classi lavoratrici non arrivassero a persuadersi che gran parte dei mali e delle miserie umane derivano da cause, le quali, o non sono affatto

⁽⁹⁴⁾ M. A. VACCARO, *La lotta per l'esistenza e i suoi effetti nell'umanità*, Roma, Bocca, 1886. Io terrò presente la terza edizione, riveduta ed aumentata, pubblicata sempre dai fratelli Bocca a Torino nel 1902.

⁽⁹⁵⁾ M. A. VACCARO, *Genesi e funzione*, cit., ma terza edizione, 1908, p. 8. « Lascio immutato il testo del mio libro », dice Vaccaro nell'avvertenza a questa terza edizione, che è identica alla prima, scritta nel 1888 e pubblicata a Torino nell'89, anch'essa dall'editore Bocca.

⁽⁹⁶⁾ « Tutto quello che può pretendersi dunque dalle istituzioni democratiche rispetto alle leggi penali, che sono leggi di natura politica, è che tutelino *principalmente* gl'interessi della *gran maggioranza dei consociati*, senza aggravar molto la condizione delle minoranze, il che, a dir vero, costituisce un tal progresso, di cui può restarsi, almeno per ora, discretamente soddisfatti » (M. A. VACCARO, *Genesi e funzione*³, 1908, cit., 84. Corsivi nel testo).

eliminabili, o lo sono molto lentamente » (97). In Italia, dice Vaccaro, « sarà difficile evitare gravi e dolorosi rivolgimenti », perché

i proletari che hanno finora ascoltato la voce dei loro condottieri cominciano ormai ad emanciparsi, e a seguire i consigli dei più audaci, di chi fa sperare più prossima e più lieta la futura redenzione. E poiché le plebi sono sempre impulsive, tutto induce a ritenere che prima o poi si verificheranno qua e là delle sollevazioni, capaci di compromettere gravemente la pace pubblica. Questo pericolo è maggiore in Italia, dove la borghesia è più incolta, più egoista, e più disgregata che altrove, il Governo più debole, più incerto e più imprevedente, e i proletari più miseri, più ignoranti, più sconsigliati e impulsivi che in qualunque altro paese civile.

Auguriamoci, tuttavia, che tale pericolo possa scongiurarsi, e che nulla verrà a intorbidare i lieti miraggi dell'avvenire (98).

Siamo in presenza di affermazioni che ridimensionano, evidentemente, il versante *politico* di alcune intuizioni, che pure non mancano nell'opera di questo sociologo-giurista, sulla *natura* del diritto penale, o « funzione della giustizia punitiva », come egli diceva. Non dimentichiamo che Michele Angelo Vaccaro, direttore generale del Ministero di grazia e giustizia, segretario particolare di Crispi (99), professore a Roma e poi Procuratore generale onorario

(97) M. A. VACCARO, *La lotta per l'esistenza*, cit., 185. Prosegue dicendo che « La cosa più verosimile è invece che le classi sofferenti credano che tutti i mali dell'umanità, e principalmente quelli di cui sono afflitte, derivino soltanto dalla viziosa organizzazione economica e politica, e che, mutando questa, l'Eden fiorirà sulla terra.

A tale credenza le classi lavoratrici saranno indotte, vuoi dal loro interesse, il quale fa sempre travedere, vuoi da quegli spiriti esaltati, che sinceramente ritengono possibile sì fatta utopia, vuoi dagli anarchici e dagli arruffapopoli, che cercano sempre di far nascere dei torbidi ».

(98) M. A. VACCARO, *La lotta per l'esistenza*, cit., 187.

(99) In un libretto apologetico dedicato al « popolo italiano rigenerato », Vaccaro racconta alcuni episodi significativi del periodo (fine 1893 - primi mesi 1896) in cui era stato stretto collaboratore di Crispi a Palazzo Braschi (M. A. VACCARO, *Crispi. Dal martirio all'apoteosi*, Roma, Industrie grafiche editoriali, 1927, 99-121). Ne emerge un'immagine, in parte inaspettata, di un Vaccaro convinto della necessità di risolvere con la dichiarazione dello stato d'assedio la questione siciliana esplosa all'inizio del 1894 (e probabilmente non estraneo alla decisione di valersi di quello strumento, anche nella sua qualità di consigliere giuridico); un Vaccaro che assiste con convinta partecipazione. (se non con attiva collaborazione 'tecnica') alla legislazione speciale dell'estate del 1894 ed allo « scioglimento dei circoli anarchici e delle leghe socialiste del 22 ottobre 1894 » (p.

presso la Corte di cassazione, non fu mai socialista ⁽¹⁰⁰⁾. Il suo resta un riformismo moderato, nel quale non bisogna scambiare la logica fuorviante che sottostà al suo ‘darwinismo spenceriano’ ⁽¹⁰¹⁾, con una sorta di materialismo dialettico magari inconsapevole; così come non ci si deve arrestare a certe sue affermazioni dall’apparenza ‘eversiva’, perché esse si inseriscono in un discorso che riduce il riformismo politico nell’evoluzione del diritto e dello Stato, e che quindi non può accettare in nessun modo alcuna forma di cambiamento radicale nell’assetto della società.

Tutto sommato, se il lettore mi intende, siamo in presenza non tanto di un riformista che teme la rivoluzione, quanto piuttosto di uno ‘scienziato’ che la ritiene ‘impossibile’ e quindi paventa le conseguenze di un avvenimento che, verificandosi, forzerebbe una logica ‘naturale’, spezzando gli stessi presupposti generali di esistenza della società civile ⁽¹⁰²⁾.

In lui troviamo il tipico livello riformistico della cultura evolu-

105): « Si affermò allora — scrive Vaccaro — e si ripete da qualcuno anche oggi, che Crispi non avesse un’idea esatta del socialismo. Crispi non era un dottrinario, ma era uomo di governo, e perciò egli, invece di attenersi alle sottili distinzioni teoriche fra socialismo ed anarchia, guardava *all’azione* che questi due partiti spiegavano allora nel Paese: ed essendosi convinto che la propaganda socialista era in quel tempo non meno pericolosa di quella degli anarchici, volle porre una remora ad entrambe ».

⁽¹⁰⁰⁾ Antonio Labriola in una lettera a Engels del 13 dicembre 1894 si esprime su di lui in termini piuttosto duri. Sta parlando di Nitti, ed accusa Turati di averlo lodato, carezzato ed adulato per *far popolo*, « come del resto ha fatto con tanti altri, perfino con l’illustre Vaccaro, segretario particolare di Crispi ed autore del regolamento per il domicilio coatto! » (A. LABRIOLA, *Lettere ad Engels*, Roma, Rinascita, 1949, 177, ed ora anche in *Scritti filosofici e politici*, a cura di F. Sbarberi, I, Torino, Einaudi, 1973, 429).

⁽¹⁰¹⁾ Nel suo studio più impegnativo ed ambizioso, *Le basi del diritto e dello Stato*, Torino, Bocca, 1903, Vaccaro tentò di formulare « con *dati positivi*, una *teorica generale del diritto* », che integra largamente con apporti di provenienza spenceriana l’impostazione rigorosamente darwinista de *La lotta per l’esistenza*.

⁽¹⁰²⁾ « Ma uno scoppio di questo genere — scrive in un passaggio de *La lotta per l’esistenza*, cit., 186 — non potrebbe che essere disastroso *per tutti*, sia per lo spargimento del sangue, sia per la distruzione di opifici, di monumenti e di ogni altra ricchezza accumulata, sia pel grave pericolo d’un lungo stato di anarchia. Giacché fino a quando la ricchezza sociale non sarà notevolmente aumentata; fino a quando, in grazia di nuove invenzioni e di nuove scoperte, il regime economico presente non si trasformerà; *nessun rivolgimento politico potrà rendere migliore la condizione degli uomini*, i quali non potranno fare altro che dibattersi in tentativi inutili e dannosi ».

zionistica in cui si riconosce. Rimprovera la borghesia per la resistenza che oppone alle classi emergenti (in questo senso completando un tema tipicamente elleriano ⁽¹⁰³⁾): perché quella resistenza, dice Vaccaro, è innaturale, tende a fermare l'evoluzione sociale e quindi prepara tempi peggiori ⁽¹⁰⁴⁾), e l'accusa di non comprendere

⁽¹⁰³⁾ La critica fondamentale, seppure talora ambigua, rivolta da Pietro Ellero alla borghesia per le responsabilità connesse alla sua brevimiranza, ai suoi egoismi, alla rinuncia al suo ruolo di guida politica e morale del paese, viene riecheggiata spesso, e non solo da Vaccaro, ma da numerosi intellettuali che, pur dissentendo nei confronti del modo in cui è gestita la società italiana, non si sentono di arrivare ad un'opposizione più radicale ed alternativa, né di schierarsi apertamente con la nuova organizzazione politica dei socialisti italiani. È così che i temi elleriani circolano nella 'cultura del dissenso', ma più come argomento (avvalorato dalla fama di 'saggio' non sospettabile di animosità che circonda quella «singolare figura di censore catoniano dell'Italia post-unitaria») che come dato reale e concretamente avvertito o rielaborato. Sul peso avuto da Ellero nella cultura italiana di fine secolo si possono ora leggere le pagine di E. RIPEPE, *Le origini della teoria della classe politica*, Milano, Giuffrè, 1971, 207-249, ma credo che andrebbe al più presto colmato il vuoto di riflessione che sui temi elleriani, così strettamente legati alla elaborazione giuridica, permane tutt'oggi: retaggio forse di una tradizione culturale rispetto alla quale Ellero appariva segnato da una sorta di *strangeness* difficilmente penetrabile.

Umberto Guerini, di recente, avvertendo l'esistenza di alcuni spazi di 'paternità culturale' che legano Pietro Ellero al nostro *socialismo giuridico*, ha tentato un primo abbozzo che coglie in parte, e non sempre con sufficiente chiarezza e precisione, il ruolo di 'critico eccentrico all'interno della cultura post-risorgimentale' svolto dal giurista friulano, appiattito forse eccessivamente in un dilemma (penalista classico o penalista positivo?) che non sembra adattarglisi felicemente (U. G., *Socialismo giuridico e diritto penale*, cit., 435-440).

La doppia valenza elleriana (il giurista liberale ed il singolare moralista-sociologo delle *opere sociali*) andrebbe esaminata a fondo prima che della figura di Pietro Ellero si possa fare un 'uso scientifico' utile e corretto anche nella ricostruzione di una *tranche* di pensiero giuridico come quella che sto tentando. È per questa ragione che mi sono sottratto alla tentazione stessa di utilizzare 'spezzoni' elleriani in questo scritto: non ritenendo che questo genere di avvicinamento — in genere sbagliato, ma in questo caso pericoloso — si legittimasse nella fase in cui siamo degli studi elleriani.

⁽¹⁰⁴⁾ M. A. VACCARO, *Le basi del diritto e dello Stato*, cit., 259: «I detentori del reddito capitalistico, per la generale depressione economica, dovuta a un gran numero di cause che non importa qui ricordare, non sapendo o non potendo rinunciare al loro genere di vita spensierato e sfarzoso, cercano di limitare la spesa necessaria per l'amministrazione della giustizia e dello Stato.

A tal uopo, ora si cerca di ridurre il numero degli impiegati, ed ora di ritardare la loro carriera, il che importa una indiretta diminuzione di stipendio. Ma col primo di

la necessità di una *razionalizzazione dello sfruttamento* che impedisca la radicalizzazione di un confronto che può essere ancora padroneggiabile, se verrà abbandonato il costume per cui « i vincitori, per soggiogare i vinti e trarne profitto, adoperano mezzi brutali ed iniqui che, a lungo andare, spingono gli uni e gli altri alla rovina »⁽¹⁰⁵⁾;

Ineducato, vizioso e brutale — scrive ancora Vaccaro⁽¹⁰⁶⁾ — il povero, il degenerato vi molesta, vi offende, vi ruba, vi uccide, e vi costringe a mantenerlo nelle carceri, da dove esce più abbruttito e più pericoloso di prima. Debole e malfermo nella salute, il povero lavora poco, produce meno, e, a lungo andare, il suo stato si aggrava, ed egli finisce all'ospedale, o al manicomio, mentre la moglie e i figliuoli vanno mendicando sulle pubbliche vie, si corrompono, si abbrutiscono. La scarsa e cattiva alimentazione, gli abiti impropri, la trascuratezza e l'immondizia delle case e della persona fanno divampare terribili epidemie, che colpiscono anche i forti, e cagionano perdite, dolori ed afflizioni per tutti.

Questi e molti altri inconvenienti oggi si tollerano perché *l'ignoranza e l'egoismo delle classi dirigenti*, invece di attribuirli *in gran parte a se stesse*, credono o fingono che si tratti di *mali inevitabili dovuti interamente alla natura*. Ma un giorno, quando i rapporti sociali saranno conosciuti meglio dalla generalità degli uomini, essi cercheranno, se non altro, di *opprimere meno e di sfruttare in modo più razionale i propri fratelli*.

Resta ancora nascosto tra le pieghe di contraddizioni come queste il problema teorico principale che muoverà i penalisti 'socialisti' negli anni successivi. Un intellettuale come Vaccaro, che è certo capace di cogliere il ruolo di classe proprio in genere della legislazione (e di quella penale in particolare) in un sistema dominato dalle classi borghesi e strutturato per la difesa dei loro privilegi e del loro

questi mezzi la borghesia assottiglia la falange dei suoi ausiliari, e crea degli spostati; col secondo accresce la miseria e il malcontento nella burocrazia, la quale, quando sarà scesa del tutto al livello dei proletari, non potrà che far causa comune con loro.

L'avvenire adunque si presenta molto fosco e minaccioso. La borghesia però crede di poter scongiurare questi ed altri simili pericoli col dissimularli, ma s'inganna; essa fa come quel tale che dovendo percorrere un sentiero fra dirupi e precipizi, invece di aprire gli occhi ed andar cauto, li chiude per paura, in modo da rendere inevitabile la sua rovina ».

⁽¹⁰⁵⁾ M. A. VACCARO, *Le basi del diritto e dello Stato*, cit., 368.

⁽¹⁰⁶⁾ M. A. VACCARO, *Le basi del diritto e dello Stato*, cit., 369. I corsivi sono nel testo.

potere, non riesce tuttavia ad uscire da un atteggiamento di ‘constatazione’ e non cerca soluzioni innovatrici.

La sua sola preoccupazione sta nel garantire il corretto funzionamento del meccanismo selettivo della società e nell’assicurarsi che la sua evoluzione non venga rallentata dalle resistenze dei vecchi ceti conservatori né accelerata dai colpi di mano delle nuove classi impazienti. Le ‘necessarie’ modificazioni che verranno da quel ‘corretto funzionamento’ all’ordinamento giuridico ⁽¹⁰⁷⁾ esauriscono poi praticamente tutto il suo cauto riformismo.

Si può dire, comunque, che il dibattito interno al positivismo giuridico evoluzionistico si esaurisce sostanzialmente all’inizio degli anni novanta.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. M. A. VACCARO, *Le basi del diritto e dello Stato*, cit., 365 ss.: «Parlando dei gruppi composti, abbiamo veduto come i vincitori non riescono mai ad *adattare in modo stabile e duraturo* i vinti ai loro bisogni e ai loro capricci. Abbiamo inoltre che i vinti, approfittando d’ogni circostanza favorevole, strappano ai vincitori delle *concessioni*, li *costringono* a far delle leggi *meno oppressive ed inique*. Abbiamo veduto infine che, a lungo andare, i vinti riescono, per questa via, a costituirsi come *classe politica*, cioè come classe che *partecipa al governo dello Stato*.

Ora ciascuno di questi cangiamenti che si verificano nei gruppi umani per *l’azione* e la *reazione* delle forze *in contrasto fra loro*, importa un *progresso nelle leggi e nelle istituzioni*, un *migliore adattamento* degli uomini alla *vita sociale*.

L’esame poi del modo come si svolge la *lotta* fra le varie classi sociali ci ha mostrato, in primo luogo, come, per *ragioni di comune utilità*, siasi introdotti dei *temperamenti*, dei *compromessi*, che rendono meno aspre le contese per la conquista del *potere politico*; ed in secondo luogo come *per necessità di cose*, gli utili che derivano *dall’esercizio del medesimo*, invece di ridondare soltanto a favore *d’una piccolo-minoranza privilegiata*, *tendono ad avvantaggiare e a tutelare giuridicamente gli interessi della maggioranza*. A questi diversi fattori dell’evoluzione del diritto deve aggiungersene un altro, che è una conseguenza dello svolgimento progressivo delle cognizioni umane (...). Ogni legge fatta dall’uomo non è che un’ipotesi fondata su certe previsioni, un *mezzo* che tende a raggiungere *dati fini*. Ora, quando gli uomini hanno inesatte cognizioni intorno a se stessi e alla natura dei rapporti sociali, fanno erronee previsioni, e quindi leggi che non raggiungono lo scopo a cui mirano (...).

Sebbene ai dì nostri, anche nelle nazioni più illuminate e civili, siano moltissime le leggi inconsulte e dannose dovute all’insipienza dei parlamenti, tuttavia è certo che in altri tempi, quando maggiore era l’ignoranza dei veri rapporti sociali, maggiore era il numero delle leggi improprie e difettose, le quali avevano altresì una più lunga durata. Col progredire delle cognizioni intorno alla vita sociale diminuiscono i danni derivanti non solo da leggi fondate su calcoli e previsioni erronee, ma anche quelli dovuti all’egoismo umano ».

Colajanni, Ferri, Vaccaro, lo stesso Turati e la numerosa schiera dei giuristi non penalisti che vi parteciparono (Icilio Vanni ⁽¹⁰⁸⁾, Giuseppe Vadalà Papale ⁽¹⁰⁹⁾, Giuseppe D'Auganno ⁽¹¹⁰⁾ ed altri, come Cogliolo o Brugi ⁽¹¹¹⁾), si erano mossi su un terreno che era *di per sé* ambiguo, perché li costringeva a fare i conti con la valenza (politicamente) bifronte del darwinismo sociale e dell'evoluzionismo spenceriano.

Da quell'ambivalenza e su quell'infido terreno poterono nascere equivoci scientifici e clamorosi infortuni politici; come quello che costrinse Colajanni a 'scusarsi' di aver troppo precocemente arruolato Herbert Spencer tra i socialisti ⁽¹¹²⁾, o quello che portò Ferri, « lodato dai conservatori » per il suo *Socialismo e criminalità*, a giustificarsi con un discorso (del 1883, ma risottoscritto nel 1898!) che per l'appunto è la più disarmante prova — e la più candida rivendicazione — di quella ambiguità ⁽¹¹³⁾. Ma maturavano tempi nuovi.

È la maggiore conoscenza che si comincia ad avere dell'opera di Marx ⁽¹¹⁴⁾ a far compiere un certo progresso, dal '90 in poi,

⁽¹⁰⁸⁾ Specie con le *Prime linee di un programma critico di sociologia*, Perugia, Santucci, 1888, nelle quali si enunciava già l'esigenza programmatica che « la sociologia facesse, per dir così, il processo a se stessa... ». Anche nell'opera vanniana, e da molti indizi, appare ormai acquisita la necessità di una revisione critica degli indirizzi positivistici.

⁽¹⁰⁹⁾ *Darwinismo naturale e darwinismo sociale. Schizzi di scienza sociale*, Torino, Loescher, 1882; *Della necessità del metodo positivo nella filosofia del diritto*, Catania, Galatola, 1882; *La sociologia, la filosofia della storia, la filosofia del diritto*, Catania, Stesicoro, 1883.

⁽¹¹⁰⁾ *La missione dello Stato*, Palermo, Vena, 1884; *I sistemi filosofici del diritto nell'epoca moderna*, Palermo, Vena, 1886; *La genesi e l'evoluzione del diritto civile secondo le risultanze delle scienze antropologiche e storico-sociali, con applicazioni pratiche al codice vigente*, Torino, Bocca, 1890.

⁽¹¹¹⁾ P. COGLIOLO, *La teoria dell'evoluzione darwinistica nel diritto privato*, Camerino, Savini, 1882, e *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*, Torino, Bocca, 1885. B. BRUGI, *Il moderno positivismo e la filosofia dei giureconsulti romani*, Urbino, Righi, 1880 e *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, Firenze, Barbera, 1891.

⁽¹¹²⁾ N. COLAJANNI, *Il socialismo*, Palermo², Sandron, 1898.

⁽¹¹³⁾ E. FERRI, *Recensione a N. Colajanni, Il socialismo²*, in *La scuola positiva*, VIII, 1898, 618-619.

⁽¹¹⁴⁾ G. BOSIO, *La diffusione degli scritti di Marx e di Engels in Italia dal 1871 al 1892*, in appendice a K. Marx, F. Engels, *Scritti italiani*, a cura di G. Bosio, Roma,

all'analisi del fenomeno giuridico e dei suoi nessi con la realtà sociale.

Tale conoscenza, però, non è il risultato di un contatto diretto. Il marxismo entra nella cultura dei nostri giuristi come elemento 'aggiuntivo' (pensare alla « *triunità* Darwin-Spencer-Marx » di Enrico Ferri ⁽¹¹⁵⁾) e per l'opera di accreditati mediatori: in primo luogo Achille Loria ⁽¹¹⁶⁾, che in un certo senso 'sequestrerà' il pensiero marxista attribuendosene il monopolio per oltre un decennio, e poi Anton Menger, leader riconosciuto del *socialismo giuridico* europeo,

Samonà e Savelli, 1972, 213-263. Un elenco delle *Traduzioni e compendi italiani di opere del Marx e dell'Engels*, dal 1879 al 1906 sta in R. MICHELS, *Storia del marxismo in Italia. Compendio critico con annessa bibliografia*, Roma, Mongini, 1909, *bibliografia*, p. XL ss.

⁽¹¹⁵⁾ Così, con ironia non nuova nei suoi giudizi su Ferri, si esprime A. LABRIOLA, *Discorrendo di socialismo e filosofia* (2^a ediz., 1902), ora in A. L., *Scritti filosofici e politici*, cit., II, 731. « Molti di quelli che in Italia si danno al socialismo — scrive Labriola poco oltre — e non da semplici agitatori, conferenzieri e candidati, sentono che è impossibile di farsene una persuasione scientifica, se non riallacciandolo per qualche via o tramite alla rimanente concezione genetica delle cose, che sta più o meno in fondo a tutte le altre scienze. Di qui la mania che è in molti, di cacciar dentro al socialismo tutta quella rimanente scienza di cui più o meno essi dispongono. Di qui i molti spropositi e le molte ingenuità, in fondo sempre spiegabili. Ma di qui anche un grave pericolo; che, cioè, molti di cotesti intellettuali dimentichino che il socialismo ha il suo fondamento reale soltanto nella presente condizione della società capitalistica, e in ciò che il proletariato e il rimanente popolo minuto possono *volere e fare*; — che per opera degli intellettuali Marx divenga un mito; — e che, mentre essi discorrono, dall'alto al basso e dal basso all'alto, tutta la scala dell'evoluzione, da ultimo in un non lontano congresso di *compagni* si metta ai voti questo *filosofema*: il primo fondamento del socialismo è nelle vibrazioni dell'etere » (pp. 731-732).

⁽¹¹⁶⁾ Negli anni ottanta, e nei primissimi anni novanta, Achille Loria si presenta come l'unico tramite italiano delle opere di Marx. Non è qui il caso di rievocare le polemiche che dall'83 in poi opposero Loria, Engels, Labriola, lo stesso Turati, sull'attendibilità delle 'versioni' loriane, sul suo 'superamento' di Marx o sulle sue revisioni. Basterà ricordare alcuni suoi titoli che più spesso ricorrono negli scritti dei giuristi 'socialisti', a riprova della loro accettazione del ruolo di 'divulgazione' assunto da Loria nei confronti dell'opera di Marx: *Karl Marx*, in *Nuova antologia*, 1883, cit.; *La théorie de la valeur de Karl Marx*, in *Journal des économistes*, XXVIII, 1884, 137-139; *La teoria economica della costituzione politica*, Torino, Bocca, 1886; *Le basi economiche del diritto*, in *Giornale degli economisti*, 2^a serie, VII, 1893, 346-377; *Les bases économiques de la constitution sociale*, Paris², Alcan, 1893; *L'opera postuma di Carlo Marx*, in *Nuova antologia*, CXXXIX, 1895, 460-496; *Intorno ad alcune critiche dell'Engels*, in *La riforma sociale*, III, 1895, 265-270. Alcuni di questi scritti, insieme ad altri, sono raccolti in *Marx e la sua dottrina*, Palermo, Sandron, 1902.

che viene senz'altro considerato la massima autorità in fatto di « applicazione giuridica », come si usava dire, del marxismo.

Già nel 1886 Achille Loria aveva pubblicato il suo primo studio di teoria politica e istituzionale, nel quale aveva affermato in conclusione che « la legge non è... un primo arbitrario ma... una produzione organica del tessuto stesso economico » e che « alla prima e superficiale concezione de' rapporti fra la legislazione e l'economia sociale » si era ormai sostituito « il concetto più penetrante e profondo, che ravvisa nella costruzione politica una superstruttura della costituzione economica ed il suo necessario prodotto » (117).

La ripercussione tra i giuristi delle tesi esposte in quello scritto fu subito assai notevole (118), ma l'intervento di Loria che avrebbe più degli altri influenzato il nostro *socialismo giuridico* è senz'altro quello pubblicato nel *Giornale degli economisti* del 1893, con il titolo *Le basi economiche del diritto* (119). In esso, dopo aver discusso della « configurazione » conseguita dal diritto in ragione della sua origine *nell'economia* (120), e dopo un *vol d'oiseau* 'storico' teso a ricostruire le « basi economiche delle trasformazioni del diritto » (121), Achille Loria passa in rassegna una serie di « istituzioni giuridiche », per giungere poi ad una riflessione specifica sul 'diritto penale'.

(117) A. LORIA, *La teoria economica della costituzione politica*, Torino, Bocca, 1886, 105. Occorre dire che già ne *La rendita fondiaria e la sua elisione naturale*, Milano, Hoepli, 1880 (ma in realtà 1879), che è l'opera con cui ha esordito Achille Loria, si trova una precisa critica di quelle dottrine che facevano derivare i rapporti economici dal diritto e dall'assetto giuridico della società (cfr., in particolare, il cap. VI).

(118) Penso per esempio alla lunga esposizione delle tesi loriane presente in M. A. VACCARO, *La lotta per l'esistenza*, cit., 176 ss.

(119) A. LORIA, *Le basi economiche del diritto*, in *Giornale degli economisti*, 2^a serie, VII, 1893, 346-377. Si tratta della riproduzione di un capitolo aggiuntivo (al quale farò riferimento nelle citazioni) scritto per la traduzione francese della *Teoria economica della costituzione politica*. Tale traduzione rappresentava la 2a edizione della *Teoria economica* ed uscì col titolo *Les bases économiques de la constitution sociale*, Paris, Alcan, 1893. Il capitolo in questione (pp. 77-122 nell'ediz. francese) è poi entrato regolarmente nelle edizioni successive de *La teoria economica*, pubblicate col nuovo titolo *Le basi economiche della costituzione sociale*, Torino, Bocca, 1902 (3^a ediz. completamente rifatta) e 1913 (4^a ediz. riveduta e rinnovata).

(120) A. LORIA, *Les bases économiques*, cit., 77 ss.

(121) A. LORIA, *Les bases économiques*, cit., 85 ss.

Le droit — aveva detto all'inizio ⁽¹²²⁾ — comme institution coactive, impérative, est un produit nécessaire de l'économie capitaliste; c'est le moyen matériel par lequel on protège ceux qui perçoivent un revenu contre leurs propres emportements et contre les attentats des travailleurs.

Nessuna sorpresa, dunque, se le conclusioni in materia di 'diritto penale' risultano coerenti con questa premessa generale, e magari aggravate dal forte taglio deterministico che percorre tutta l'analisi loriaana ⁽¹²³⁾, tendente spesso a spostarsi sul terreno dei fattori criminogeni e della 'parzialità' classista della legislazione penale (scelta e destinazione delle pene), piuttosto che su quello, dichiarato, del *diritto* penale.

Il delitto, afferma Loria, è il risultato pressoché esclusivo dei rapporti economici ⁽¹²⁴⁾: donde una critica decisa (anche se a tratti 'lombrosiana') al punto di vista strettamente antropologico di Cesare Lombroso ⁽¹²⁵⁾. Ed anche la pena, aggiunge, « est une production

⁽¹²²⁾ A. LORIA, *Les bases économiques*, cit., 81.

⁽¹²³⁾ Taglio 'deterministico' accentuato, occorre dire, nelle edizioni successive dell'opera. Si vedano, per esempio, i passaggi dedicati al rapporto tra incremento del delitto e mutazione dei fatti economici (p. 188 ss.) o quelli relativi alla 'trasformazione' delle pene (p. 197 ss.) nell'edizione torinese del 1913. A titolo di esempio, è opinione del Loria che « la pena della mutilazione viene abrogata *solo* per non gravare la società del mantenimento di un invalido » (p. 197): cosa che farebbe pensare che il carcere sia dunque sorto per sostituire le troppo costose pene corporali, mentre lo stesso Loria aggiunge — di seguito — che « il diffondersi della pena del carcere nei nuovi tempi deve al fatto che lo stato moderno possiede, a' suoi esordii, molte manifatture e trova conveniente, nella generale scarsenza (?) della mano d'opera, di adibirvi i criminali ».

⁽¹²⁴⁾ « Il n'est pas besoin, en effet, de longues démonstrations pour établir qu'une classe très importante de crimes — les crimes contre la propriété — sont un résultat des rapports économiques et de la misère qui afflige la plus grande partie de la population dans les pays les plus riches et les plus civilisés; mais les crimes mêmes qui, en apparence, présentent une moindre corrélation avec les conditions économiques du criminel, comme les crimes contre les personnes, et ceux mêmes qui sont commis par des riches, révèlent, à un examen attentif, l'essence économique qui se cache en eux » (A. LORIA, *Les bases économiques*, cit., 114-115).

⁽¹²⁵⁾ « L'anthropologie criminelle — et, en particulier, son illustre chef Lombroso — ne voit que le crâne asymétrique, ou l'oreille à anse, ou l'épilepsie, et elle attribue la criminalité à ces facteurs; mais l'imperfection de son procédé ressort immédiatement, car elle ne se demande point d'où proviennent et ce crâne aymétrique et les autres particularités anthropologiques, qui, pour elle, sont des phénomènes mystérieux, dérivés

juridique de ces rapports, exclusivement destinée à les consolider et à les protéger » (126).

Ma al di là di queste affermazioni, a loro modo ‘ovvie’ nell’ambiente culturale ‘socialista’ del 1893, valgono le osservazioni sulla dinamica in atto dello scontro sociale e sul ruolo che vi viene assumendo il fenomeno giuridico.

Dans ses formes les plus variées — insiste Loria (127) — le droit est toujours un instrument très puissant, destiné à empêcher les réactions des travailleurs et à assurer la persistance et l’accroissement de la propriété.

Ciò vuol dire che se è possibile fare un uso difensivo del diritto da parte delle classi che detengono il potere, sarà altrettanto possibile farne un uso ‘offensivo’ da parte di coloro che vogliono modificare l’assetto esistente della società: uso offensivo che consiste, però, non nel pretendere di modificare la struttura sociale attraverso una ‘battaglia per il diritto’ (128), ma nell’indebolire lo strumento di

d’une réversion atavique plus mytique que la Trimourti indienne; elle ne voit pas que ces phénomènes anthropologiques sont précisément le dernier détrit et l’indice extérieur d’une longue élaboration accomplie par les rapports économiques sur un matériel humain martyrisé sans pitié » (A. LORIA, *Les bases économiques*, cit., 117-118).

(126) A. LORIA, *Les bases économiques*, cit., 118.

(127) A. LORIA, *Les bases économiques*, cit., 120.

(128) Dello stesso periodo è anche lo scritto *Socialismo giuridico*, in *La scienza del diritto privato*, I, 1893, 519-527, nel quale pure viene criticata la posizione di quei giuristi che « ... ammettono che l’assetto sociale di un popolo, l’insieme dei rapporti di proprietà che lo reggono, siano l’opera del legislatore » (p. 522) e quindi respinta la linea di coloro che pensano di modificare la realtà agendo sul momento giuridico.

« Noi crediamo che la nuova scuola — scrive — non potrà raggiungere un carattere scientifico e preciso, se non quando, invece di dedurre l’economia dal diritto positivo e questo da una entità imponderabile, abbia compreso che il diritto positivo non è che la emanazione necessaria dei rapporti economici, imposti dalle condizioni storiche della popolazione e della terra, e che il diritto naturale, concepito in modo diverso nelle varie epoche, non è che la idealizzazione appurata e levigata del diritto positivo in essa vigente. A norma di questo concetto, infatti, tutte le nozioni divengono d’un tratto precise, sicura ogni illazione, positiva ogni critica. A norma di tale dottrina i rapporti giuridici non possono essere modificati dalle contemplazioni di un filosofo, il quale si affissi nel cielo per leggervi il diritto naturale, ma possono modificarsi soltanto per la mutazione dei rapporti economici, per la loro inesorabile evoluzione. Così, per esempio, la modificazione delle disposizioni di legge sul contratto di lavoro non sarà già l’opera di una riforma

classe che esso è, approfittando della crisi che invariabilmente lo investe « dans les périodes critiques de la société, où le choc des éléments luttant entre eux dans la sous-couche économique engendre, par contre-coup, un conflit des éléments et des tendances, dans les divers champs de la législation » (129).

Il contributo di Achille Loria, nello specifico del rapporto tra diritto e struttura economica, e al di là di quella che fu la sua discussa influenza (intesa globalmente ed in termini generali) sulla cultura italiana a cavallo tra i due secoli, fu certo determinante per una presa di coscienza, tra i giuristi, del carattere di classe della legislazione (e del diritto) penale.

È così che lo stesso Ferri, che pure non aveva mai dato l'impressione di volersi occupare realmente ed a fondo degli aspetti 'teorici' del rapporto tra diritto penale e società capitalistica, torna, dopo oltre dieci anni, ad occuparsi di « tematiche generali ». Il suo *Socialismo e scienza positiva* rappresenta infatti il tentativo di inserirsi nel nuovo livello di discussione sui nessi tra diritto e politica, per non perdere, tra l'altro, quella leadership sui giovani penalisti partiti *olim* dalle sue posizioni, che il mutato quadro culturale (la 'scoperta di Marx' e la nascita dei primi dissensi sul positivismo antistoricista) poteva portare ad allontanarsi da lui.

Quel libretto, malgrado l'opinione di Antonio Labriola (130), ebbe un successo notevole (131), e pur non costituendo un contri-

iniziata da qualche giurista; ma saranno gli stessi rapporti dell'economia capitalista che, afforzando sempre meglio e rendendo più compatta la resistenza della classe lavoratrice, le permetteranno di strappare concessioni crescenti alla classe degli imprenditori, modificando con ciò sostanzialmente il rapporto economico fra capitalista ed operaio; e questa mutazione economica avrà per necessario risultato una mutazione corrispondente del rapporto giuridico, una riforma delle disposizioni del Codice relative al contratto di lavoro » (A. LORIA, *Socialismo giuridico*, cit., 525).

(129) A. LORIA, *Les bases économiques*, cit., 121. « Dès lors — prosegue — rien de surprenant si la crise sociale, qui commence effrayante, détermine, dans le droit, une crise correspondante qui s'est déjà annoncée et qui nous prépare, dans un avenir peu éloigné, les phénomènes les plus intéressants et les plus dignes d'observation. Cette crise juridique ne cessera que le jour où sera constituée une nouvelle forme sociale, adéquate, sur la base de laquelle viendra s'asseoir le droit égalitaire, un droit qui ne sera plus la justification et l'appui du privilège, mais la consécration du travail ».

(130) A. LABRIOLA, *Discorrendo di socialismo e filosofia*, cit., 731.

(131) Ha ragione V. GERRATANA, *Darwin e il marxismo*, in *Il contemporaneo*, II,

buto specifico alla discussione che stava per avviarsi sul 'carattere di classe del diritto penale', aspirava a rappresentarne la base culturale e teorica.

Inutile dire che il pasticcio sincretistico operato 'conciliando' Marx con Darwin e Spencer, ma non solo con essi ⁽¹³²⁾, poteva testimoniare soltanto della superficialità, della carenza di metodo e della trascuratezza nello svolgimento dell'attività scientifica, tipiche in generale di quel mondo culturale e quasi simboleggiate nel taglio puramente oratorio delle esercitazioni extra moenia di Enrico Ferri. Ed è inutile dire che ciò non impedì che il 'maestro' si installasse a pieno titolo alla testa della *sua* 'scuola' anche per ciò che riguardava la componente 'socialista' di essa, se non altro per aver gridato più forte di ogni altro le lodi della

« geniale teoria marxista, positiva e scientifica se altra mai, che non teme obiezioni, suffragata com'è dalle più sicure indagini della geologia (!), come della biologia, della psicologia come della sociologia. Per essa sola — aggiunge Ferri, inserendosi nella linea già tracciata da Loria e registrata da Vaccaro — possono i filosofi del diritto ed i sociologi determinare la vera natura e le funzioni dello *Stato*, il quale non essendo altro che « la *Società* giuridicamente e politicamente organizzata », evidentemente *non è che il braccio secolare di cui dispone la classe detentrica del potere economico — e quindi del potere politico, giudiziario ed amministrativo — per conservare e cedere il meno e il più tardi possibile i propri privilegi* » ⁽¹³³⁾.

1959, 41, ed ora col titolo *Marxismo e darwinismo*, in V. G., *Ricerche di storia del marxismo*, Roma, Editori Riuniti, 1972, 98.

⁽¹³²⁾ « La storia umana — scrive Ferri nella fase conclusiva del suo ragionamento — ebbe due spiegazioni unilaterali, e perciò incomplete per quanto positive e scientifiche — all'infuori di quelle antiscientifiche del libero arbitrio o della provvidenza divina — e sono il *determinismo tellurico* sostenuto da Montesquieu, a Buckle a Metschnikoff ed il *determinismo antropologico* sostenuto da tutti gli etnologi, limitanti ai caratteri organici e psichici di razza la ragione storica degli eventi.

Carlo Marx col *determinismo economico* riassume e completa le due teoriche rendendole veramente psicologiche.

Le condizioni economiche — che sono la risultante delle energie ed attitudini *etiche* operanti in un dato ambiente *tellurico* — sono la base determinante di ogni altra manifestazione morale, giuridica, politica, nell'esistenza umana, individuale e sociale » (E. FERRI, *Socialismo e scienza positiva*, cit., 160).

⁽¹³³⁾ E. FERRI, *Socialismo e scienza positiva*, cit., 160-161.

C'è da aggiungere che l'approdo marxista⁽¹³⁴⁾, diciamo così, del leader del positivismo penale italiano restò largamente un fatto declamatorio. Ferri continuò a difendere la sua tesi del diritto penale come strumento di difesa dell'intera società *prima* che della classe al potere⁽¹³⁵⁾ e conservò a lungo la tendenza a confondere la *querelle*

⁽¹³⁴⁾ È lo stesso Ferri a 'datarlo' in una nota polemica del 1898 (*Una piccola operazione di cateratte*, a M. A. Vaccaro, in *La scuola positiva*, Vili, 1898, 705); « Nella 3^a edizione della *Sociologia criminale* (1892), quando ancora io non avevo la conoscenza della sociologia marxista... ». Ma si veda anche il passaggio presente nella quarta edizione della *Sociologia criminale* (1900), nel quale F. dichiara che « ... datomi, dopo la 3^a edizione (1892) di questo libro, allo studio della teoria marxista, come dottrina sociologica, ... arrivai alla conclusione che il socialismo scientifico è la conclusione logica ed inevitabile della sociologia, altrimenti condannata alla sterilità inconcludente... » (E. FERRI, *Sociologia criminale*⁴, cit., 549).

⁽¹³⁵⁾ È indicativo il fatto che nella terza edizione della *Sociologia criminale*, del 1892, la questione già aperta sul diritto penale come *difesa sociale* e/o *difesa di classe* non viene neanche affrontata. È nel 1897 che Ferri la avverte per la prima volta: « ... a Bruxelles, in un corso di sociologia criminale riassunto nell'opuscolo *La justice pénale* [Bruxelles, 1898, e poi, in parte, in *La scuola positiva*, VIII, 1898, 65-75] ho sostenuto — colle nozioni di sociologia marxista apprese dal '93 in poi, che realmente nella giustizia penale non si può escludere l'elemento della *difesa di classe*, e ora aggiungo anche della *prepotenza di classe*, dopo le esperienze fatte in Italia nel 1894 e soprattutto nel 1898. *Però io non abbandono l'idea della difesa sociale, come fondamento positivo della giustizia penale, di questa propugnando la trasformazione in clinica preservativa* » (E. FERRI, *Una piccola operazione di cateratte*, cit., 705-706).

Un paragrafo (n. 53, pp. 546-559) viene dunque aggiunto a questo proposito nella quarta edizione della *Sociologia criminale* (1900), ma esso serve sostanzialmente e soltanto:

a) per riproporre quella che in Ferri è una ossessiva costante dell'atteggiamento 'scientifico' e dello stile espositivo, e cioè per riaffermare che ciò che gli si rimprovera da parte degli avversari non ha senso, che lui aveva già detto tutto prima di ogni altro e che tutto si spiega col fatto che gli altri non lo leggono o non comprendono ciò che egli effettivamente dice;

b) per riportare la questione sul terreno della *nascita del delitto* e della *classificazione dei comportamenti criminosi*, attraverso la distinzione della criminalità in *atavica* ed *evolutiva*. « Fu allora — egli scrive, e cioè dopo aver aderito al marxismo — che io diedi alla distinzione fra criminalità atavica e criminalità evolutiva il valore genetico-causale di offesa alle condizioni di esistenza individuale e sociale per motivi egoistici e antisociali (criminalità atavica) o per motivi altruistici e sociali (criminalità evolutiva) » (p. 550). Il che riduce l'intero problema e lo sottrae all'ambito più generale di un'analisi sul ruolo del diritto nella società e sull'uso che ne fanno i ceti dominanti, aprendo così la strada ad operazioni delle quali Ferri stesso si accorgeva con imbarazzo respingendole

sui ‘fattori criminogeni’ con la discussione sulla valenza classista della legislazione e della giustizia penale: nel senso di assorbire e ridurre il ruolo della struttura della società e quello del suo assetto politico, nello specifico della *formazione del delinquente* e del *verificarsi del delitto*, piuttosto che vedere quella stessa struttura e quell’assetto alle origini del sistema generale di compressione dei ceti subalterni e di contenimento globale della società realizzato (anche) per mezzo del diritto. In una parola, Enrico Ferri vide sempre nelle « più acute disuguaglianze fra classi dominanti e classi soggette »⁽¹³⁶⁾ una causa tra le altre della criminalità delle seconde, più che l’origine storica (o strutturale) di un sistema giuridico, ed in particolare penalistico, posto a tutela delle prime ed a garanzia della permanenza di quelle disuguaglianze.

Diverso è il tenore della discussione sui ‘difetti sociali’ della legislazione penale, ed in genere sul suo carattere classista, che verrà svolgendosi *intorno* a Ferri.

Infatti, se Pietro Nocito (per citare uno degli autori più attenti, anche se non partecipi⁽¹³⁷⁾), al movimento della nuova ‘penalistica

come poteva: operazioni che, per ripetere parole sue, tentavano di « adoperare, falsandole, le teorie positiviste a sostegno di misure reazionarie: esempio il progetto di legge contro i delinquenti recidivi, ispirato a concetto plausibile nei riguardi della criminalità atavica o comune... ma includente anche la persecuzione più feroce dei condannati politici... » (p. 556, in nota). Del resto, come sarà sempre più chiaro negli anni a venire, e come lui stesso scriveva « ... lo Stato avrebbe potuto — con tattica inversa a quella adoperata di fronte alle conclusioni della scuola classica — accettare l’indirizzo di più efficace difesa contro la criminalità atavica iniziato dalla scuola positiva, per dissimulare e giustificare con esso anche gli eccessi a cui, in questi ultimi anni, le classi dominanti sono arrivate, abusando della giustizia penale, contro le manifestazioni della criminalità evolutiva ed anche contro le manifestazioni non criminose di pensieri politicamente o socialmente eterodossi » (E. FERRI, *Sociologia criminale*⁴, 1900, cit., 556).

⁽¹³⁶⁾ E. FERRI, *Sociologia criminale*⁴, 1900, cit., 548.

⁽¹³⁷⁾ Anche G. NEPPI MODONA, *Una « scuola » dimenticata*, cit., 32, elenca Nocito tra i « penalisti socialisti o aperti alle idee sociali », ma occorre dire che un esame più ravvicinato della sua produzione scientifica sembra consigliare un giudizio più articolato. In effetti Pietro Nocito, soprattutto nella prolusione del 1894 ma anche in altri scritti contemporanei a quella o precedenti, prende un po’ le distanze dalla penalistica ‘agnostica’ per porsi una serie di domande sul rapporto che esiste tra il diritto penale e la ‘questione sociale’. Ciò avviene, come accennavo, nello scritto *Le riforme sociali nella legislazione civile*, in *Rinnovamento economico*, I, 1894, 431-446, ed in parte anche nei suoi scritti in materia carceraria (specie nel primo, del lontano 1868, su *Il diritto penale*

sociale'), nella prolusione del 1894 alla quale premise il significativo titolo *Lo stato e il proletariato*, non andò oltre i limiti di un timidissimo riformismo⁽¹³⁸⁾, Eugenio Florian e Adolfo Zerboglio posero la questione, con due articoli entrambi del 1896⁽¹³⁹⁾ in termini che mettevano a frutto in modo certo più avanzato sia la 'lettura loriana' di Marx che quella 'salvioliana' di Menger⁽¹⁴⁰⁾.

e le colonie agricole, Siena, A. Mucci) ed in materia di delitti politici (*I reati di Stato con speciale riguardo all'alto tradimento...*, Torino, UTE, 1893 e *Corso di diritto penale... Reati contro il diritto politico*, Roma, Forzani, 1901). Tuttavia, il suo impegno appare appena abbozzato e, per così dire, discontinuo. Onde mi pare di poter affermare che, al di là del 'programma minimo' del quale parlo nella nota che segue, a proposito delle linee tracciate nella prolusione del 1894, i principi ispiratori della visione 'politica' di Pietro Nocito sono principi liberali, arricchiti da una apprezzabile sensibilità democratica che li rende a loro modo 'd'opposizione' nel quadro generale della penalistica italiana di fine secolo. Lo stesso Angiolini, in *Socialismo e socialisti*, ricorda il suo contributo alla battaglia contro i provvedimenti del luglio 1894 (p. 263), e queste non erano posizioni da sottovalutare, se non altro perché offrivano uno sfondo di coerenza nell'azione politica pratica alle dichiarazioni di principio fatte nelle aule universitarie.

⁽¹³⁸⁾ P. NOCITO, *Lo Stato e il proletariato*. Discorso... nella R. Università di Roma fatto per la solenne inaugurazione dell'anno accademico..., Roma, Pallotta, 1894.

Ho già ricordato altrove (*Dissenso politico e diritto penale*, cit., 665), che in quel suo discorso Nocito nega la natura di classe dello Stato, critica a fondo socialisti rivoluzionari e riformisti, si oppone ad ogni idea di riforma agraria, ad ogni ipotesi di nazionalizzazione o di gestione socializzata. « Lo Stato — egli afferma (p. 20) — non può dirsi *borghese* sol perché tutela la proprietà individuale del capitale, della terra, delle macchine; ma deve dirsi *umano*, perché nella individualità di questi mezzi di produzione c'è la tutela della libertà e dell'attività dell'individuo, che ha saputo con l'ingegno formare i congegni, ed incarnare ed accumulare il lavoro nella terra fertile e nel capitale fruttifero ». La sua è, ancora una volta, visione solidarista e corporativa (un intero paragrafo sulla 'attualità' dell'apologo di Menenio Agrippa: p. 18-19), sostenuta da una serie di proposte di miglioramento delle condizioni di vita delle classi meno abbienti, delle quali non si sa se sottolineare la timidezza o la finalità 'maligna' di spuntare a vantaggio dello *status quo* la prevedibile carica alternativa espressa dai ceti subalterni. In questa prospettiva sono le proposte di valorizzare ulteriormente la mezzadria nelle campagne (p. 35), di riformare il credito agrario e combattere l'usura (p. 39), di rivedere il contratto di pegno e quello di prestito ad interesse (p. 41), di promuovere il cooperativismo (p. 44 ss.), di affrontare la questione degli infortuni del lavoro (p. 52 ss.) e quella del trattamento previdenziale e pensionistico dei lavoratori operai.

⁽¹³⁹⁾ E. FLORIAN, *Ingiustizie sociali del codice penale*, in *La scienza del diritto privato*, IV, 1896, 47-55, 81-95; A. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella legislazione penale*, in *La scuola positiva*, VI, 1896, 68-79.

⁽¹⁴⁰⁾ Penso soprattutto a G. SALVIOLI, *I difetti sociali del codice civile in relazione*

Nello scritto di Florian, dopo alcune affermazioni di indole generale ⁽¹⁴¹⁾, troviamo un duplice indirizzo di analisi incentrato sull'osservazione che « la unicità del criterio sancito per l'imputabilità dei poveri e dei ricchi, rappresenta in realtà una palese ingiustizia » ⁽¹⁴²⁾ e sul fatto che anche la pena non colpisce con lo stesso grado di afflizione chi occupa differenti posizione economiche o sociali. È una critica al fondamentale principio della legislazione borghese — il 'diritto eguale' — che nell'ordinamento penalistico di una società fortemente squilibrata diviene strumento tra gli altri di discriminazione e ragione a sua volta di ulteriore aggravamento degli squilibri.

Florian la rende operante e la approfondisce andando poi al tema (abbastanza scontato, ma ancora capace di suscitare 'scandalo') della particolare durezza con cui si puniscono i reati contro la proprietà (e quindi della particolare forza con cui la proprietà è protetta), anche rispetto ai reati contro la persona, contro l'onore o contro la morale ⁽¹⁴³⁾: ed il discorso non si limita all'entità delle pene previste — che pure non sembrano commisurate al diverso peso dei beni protetti — ma va sui mezzi di difesa consentiti, sul sistema delle aggravanti, attenuanti e scriminanti, sul « movimento dell'azione penale » (perseguibilità d'ufficio o a querela degli autori di reati), che pure sono tutti strumenti concepiti per funzionare a difesa della proprietà, piuttosto che a protezione della persona ⁽¹⁴⁴⁾.

alle classi non abbienti ed operaie, in *Annuario della R. Università di Palermo*, 1890-91, Palermo, Tip. dello Statuto, 1890, nel quale vengono messi a frutto schemi d'analisi tipicamente mengeriani. Anzi, Ch. U. SCHMINCK, *Stato di diritto e movimento operaio. Per la storia del diritto penale politico in Italia*, in *Studi storici*, XI, 1970, 465, sembra propendere, piuttosto che per la tesi dell'influenza di Menger su Salvioli, per quella di un plagio salvioliano maldestramente celato.

⁽¹⁴¹⁾ « Avuto riguardo al *fondamento prevalentemente se non esclusivamente economico del diritto* e soprattutto al *carattere di organo di classe che ebbe ed ha lo Stato*, è evidente che anche la *legislazione penale mira soprattutto alla protezione delle classi economicamente dominanti*, lasciando debole, deficiente e talora anche mancante del tutto, la protezione e la difesa delle classi povere ed economicamente soggette » (E. FLORIAN, *Ingiustizie sociali*, cit., 48).

⁽¹⁴²⁾ E. FLORIAN, *Ingiustizie sociali*, cit., 52.

⁽¹⁴³⁾ E. FLORIAN, *Ingiustizie sociali*, cit., 87 ss.

⁽¹⁴⁴⁾ « Noi vediamo che mentre gli elementi della *difesa legittima della persona* sono rigorosamente determinati e tali che in qualche caso l'esercizio della difesa ne è

Una critica lucida, dunque, ma incrinata da due elementi almeno: il fatto di muoversi tutta all'interno di quel sistema (un dissenso di 'connivenza', per così dire), chiedendo che si 'attenuino e leniscano' le disuguaglianze e le 'ingiustizie sociali' del codice, ed il fatto di inserirsi in un disegno generale che può essere definito solidaristico-corporativo: secondo Florian il carattere di classe della legislazione penale va eliminato con interventi progressivi di riduzione e compensazione delle « ingiustizie da essa sancite », i quali tendano a realizzare un contemperamento degli interessi contrapposti, garantito dalla mediazione di uno Stato che accetti di comportarsi da arbitro e mediatore, ponendosi sopra le parti in posizione neutrale.

... la completa ed eguale protezione di tutte le classi sociali solo allora sarà possibile, a rigor di logica, quando nessuna classe avrà più alcun predominio economico e politico, ma *lo Stato sarà l'organo vero e sincero degli interessi comuni*; ... la protezione della legge penale si estende sempre più alle classi povere mano che si allarga la partecipazione dei cittadini all'esercizio della sovranità e più intensamente sociali diventano gli scopi che lo Stato si propone di raggiungere.

(...) Un'attenta ed accurata revisione del codice penale, fatta col criterio e coll'animo di *diminuire, per quanto la presente condizione di cose lo permette, le ingiustizie da esso sancite e derivanti dal conflitto di classe, e di aumentare la protezione dei deboli*, è opera conforme perfettamente allo spirito dei tempi nostri (...).

Sospingiamo, dunque, anche il codice penale sulla via della riforma sociale, consapevoli di una verità acquisita definitivamente al senso comune, che *natura non facit saltus*, che l'evoluzione si compie per gradi e che *sarebbe inconsulto ed incivile rinunciare al meglio di attuazione immediata*, per un bene od un ottimo che si delinea lontano lontano, sull'orizzonte di una nuova aurora sociale. Certo, *la radice delle disuguaglianze che si deplorano è nelle viscere del sistema* e perciò le disuguaglianze rimarranno fino a che durerà il sistema; *ma ciò non toglie che si possano l e n i r e e d a t t e n u a r e, seguendo ed affrettando l'evoluzione, coll'opera assidua e vigilante* ⁽¹⁴⁵⁾.

ristretto, quelli invece della *difesa legittima della proprietà* sono molto oscillanti ed indeterminati, in modo da lasciare aperto un largo varco all'arbitrio (...)» (E. FLORIAN, *Ingiustizie sociali*, cit., 88).

⁽¹⁴⁵⁾ E. FLORIAN, *Ingiustizie sociali*, cit., 48-49.

Diverso, ma non opposto, l'intervento di Zerboglio. Giocano a vantaggio di una sua maggiore consapevolezza politica la ormai lunga dimestichezza con la 'dottrina del socialismo', e l'aver avuto già occasione di riflessione e di confronto su questi temi. La pubblicazione, avvenuta l'anno precedente, dell'opuscolo *Il socialismo e le obiezioni più comuni* mostra del resto come la prospettiva offerta dal programma della seconda internazionale fosse stata integralmente accolta da questi intellettuali ed innestata perfettamente nella loro cultura 'evoluzionistica'.

Ciò che manca in Zerboglio è soltanto l'indicazione (più chiara nell'articolo del « compagno Florian »⁽¹⁴⁶⁾), di una strategia corporativistica, mentre troviamo nei suoi scritti di questo periodo una teoria della lotta di classe fortemente inquinata da elementi di 'darwinismo sociale'⁽¹⁴⁷⁾, una concezione della 'rivoluzione' come fatto legato all'irrefrenabile anche se lento evolversi delle cose in senso 'progressista' — il socialismo è inevitabile⁽¹⁴⁸⁾ —, un oriz-

⁽¹⁴⁶⁾ L'appellativo di 'compagno', certo insolito nelle discussioni scientifiche riportate in sedi tecniche e specialistiche, era stato usato da Zerboglio nei confronti di Florian in uno scritto di tre anni prima, *Lo sterminio delle « applicazioni giuridiche »*, comparso ne *La scuola positiva*, III, 1893 (p. 968).

⁽¹⁴⁷⁾ A. ZERBOGLIO, *Il socialismo*, cit., 115 ss.

⁽¹⁴⁸⁾ « È un fenomenale errore quello di identificare la *rivoluzione* con la rivoluzione violenta, dimenticando che l'una è la conseguenza logica dell'evoluzione e l'altra è uno sforzo contro natura dell'evoluzione medesima (...). I socialisti, seguaci del positivismo, non possono volere una rivoluzione violenta che sarebbe un controsenso pari a quello d'un naturalista o d'un medico che volessero far superare ad un essere organizzato delle date fasi di sviluppo e pretendessero, a mò d'esempio, di ottenere la fecondazione attiva o passiva innanzi della opportuna maturità degli organi corrispondenti (...). La rivoluzione violenta potrà probabilmente accadere e forse accadrà — e v'è da rabbrivire a pensarvi —, ma non per la propaganda socialista, sebbene nonostante la propaganda socialista. Essa potrà accadere in risposta alla violenza quotidiana della classe dominante, che semina con i suoi arbitrii, le sue prepotenze, i dolori che rovescia sulle famiglie, una libidine insaziabile di vendette.

(...) I rivoluzionari più realmente tali sono gli accaniti conservatori che si impuntano a voler fermare il moto storico, quando non cercano, più pazzi ancora, di farlo camminare a ritroso. Se la rivoluzione avverrà i socialisti non ne avranno colpa. I socialisti sanno che la rivoluzione violenta è un cumulo orrendo d'orrori, ed essi che pure sono legati al mondo da dolcissimi affetti, non sognano di sanguinose riscosse cieche nel loro cammino, di distruzione e di strage. I socialisti sanno che una rivoluzione violenta si scatena sulle migliori conquiste della civiltà e attesta nel dissolvimento di ogni senso

zonte culturale (ma anche morale, politico e civile) che è interamente mutuato dai 'buoni sentimenti' della classe dominante e che si riconosce perfettamente in essi, purché depurati delle loro componenti più apertamente filistee ⁽¹⁴⁹⁾

Ciò che invece vi è in lui di comune con Florian ⁽¹⁵⁰⁾ è una (non particolarmente vivace, ma certo inaspettata) sottolineatura critica dei limiti del positivismo penale, « sprovvisto di una opportuna coltura storica ed economica », la critica del 'diritto eguale' e, soprattutto, l'andamento 'mengeriano' del suo intervento sul codice.

E prima — scrive Zerboglio ⁽¹⁵¹⁾ — mi fermo ad una massima di indole generale « la legge è uguale per tutti » che innestandosi su di una disuguaglianza di fatto, portata dal meccanismo capitalista, si risolve in un principio ingiusto rispetto alla classe povera le cui condizioni, favorevoli all'attività criminosa, non restano così prese in considerazione.

L'applicazione della regola *la legge è uguale per tutti*, specifica Zerboglio, stravolge « a beneficio della classe più fortunata e a pregiudizio della più immeritadamente infelice » anche il sistema delle pene ⁽¹⁵²⁾, quello delle garanzie processuali, e tutta un'altra serie di principi fondamentali dell'ordinamento che sembrano non

morale, artistico, umano, ai più elevati prodotti della scienza, della letteratura, dell'industria, dell'arte, ed essi, i pionieri d'una società più progredita aborriscono dall'imperverare di una siffatta barbarie » (A. ZERBOGLIO, *Il socialismo*, cit., 142-147).

⁽¹⁴⁹⁾ A ZERBOGLIO, *Il socialismo*, cit., 45 ss. (*Il socialismo e la libertà*), 83 ss. (*Il socialismo e la patria*), 91 ss. (*Il socialismo e la famiglia*), 99 ss. (*Il socialismo e la morale*).

⁽¹⁵⁰⁾ Non sarà, inutile notare che i due articoli uscirono, come ho già ricordato, nello stesso anno, e che nessuno dei due autori fece in tempo a vedere lo scritto dell'altro. Cfr. la N.d.R. pubblicata alla fine dello scritto di Zerboglio ne *La scuola positiva*, VI, 1896, 79.

⁽¹⁵¹⁾ A. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella legislazione penale*, cit., 75.

⁽¹⁵²⁾ « La legge è uguale per tutti, ma forse che è uguale per tutti pagare un'ammenda e perdere un mese, un anno, dieci anni di lavoro? Al benestante, al capitalista un'ammenda, una multa di 10, 200, di 1000 lire reca la stessa rovina che all'artigiano, al proletario? Stare in carcere sei mesi per un uomo che vive di rendita è lo stesso che per un individuo che campa del frutto delle sue braccia? La famiglia del povero, perde quanto quella del ricco se ha il proprio capo, il proprio sostegno in prigione? È di peso alla famiglia del ricco aiutare il congiunto che sconta la sua pena, quanto è di peso alla famiglia del nullatenente? » (A. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella legislazione penale*, cit., 75).

costituire di per sé ragione di privilegio per categorie particolari, ma finiscono per favorire i più abbienti (o « colpire specialmente le basse classi sociali ») dal momento che rappresentano un'ennesima occasione di trattamento uguale per condizioni diseguali.

Tipico di quest'ordine di principi oggettivamente classisti è « l'assioma giuridico... che l'errore di diritto non scusa e nessuno può quindi invocare a proprio discarico l'ignoranza della legge penale »⁽¹⁵³⁾, così come alla iperprotezione dello status quo affidata alle leggi penali può essere ascritta una serie ulteriore di meccanismi quali quelli delle aggravanti, della prevenzione nei confronti delle c.d. classi pericolose, del particolare favore accordato alla proprietà privata, dello squilibrio che esiste tra la severità con cui si punisce la delinquenza dei poveri e l'indulgenza con cui si guarda ai delitti delle classi abbienti e dirigenti⁽¹⁵⁴⁾.

Poiché queste istituzioni sanciscono, col predominio politico d'una classe, il predominio economico da cui derivano, le disposizioni penali che tendono a garantirle sono essenzialmente disposizioni penali di classe⁽¹⁵⁵⁾.

E poi ancora:

La lotta di classe si manifesta nell'intreccio delle complicazioni procedurali malamente superabili da chi non possiede; nella nota tendenza alla severità pei delitti contro gli averi a preferenza che per quelli contro persone; nella non rara corruzione delle magistrature a giovamento di imputati danarosi; nella impunità di criminali autentifici ma *asserviti*, nella politica, nelle amministrazioni, nelle banche, alla classe capitalista, o nelle leggi di eccezione intese a spazzar via in modo più spiccio ed arbitrario gli avversari dell'*ordine costituito*; nelle polizie specialmente adibite a inquisire, rincorrere i cosiddetti sovvertitori, creando talora complotti, attentati, violenze per giustificarne la persecuzione.

Spesso le leggi penali, in sé, sono buone per tutti, ma è negli attriti e

⁽¹⁵³⁾ Tema 'mengeriano' (una lunga citazione di Menger a p. 76) che era stato ripreso anche da E. FLORIAN, *Ingiustizie sociali*, cit., 50-51. Per rendersi conto della ripercussione avuta dall'opera di Menger, in questa fase, sui nostri giuristi, basterà leggere l'articolo di FLORIAN, *Un notevole contributo alla teoria della lotta di classe*, in *Critica sociale*, III, 1893, 203-205, e poi la breve recensione alla traduzione italiana di *Das burgerliche Recht...*, in *La scuola positiva*, IV, 1894, 375-376.

⁽¹⁵⁴⁾ A. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella legislazione penale*, cit., 77-78.

⁽¹⁵⁵⁾ A. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella legislazione penale*, cit., 77.

nel meccanismo del loro tradursi in pratica che finiscono per riuscire a vantaggio degli uni rispetto agli altri.

Spesso inoltre non possono essere che come sono ed è a dispetto della stessa volontà cosciente del legislatore, per causa della piattaforma di divisione economica di classe su cui riposano, che assumono il carattere di disposizioni di privilegio ⁽¹⁵⁶⁾.

Come si vede, un intreccio di questioni problematiche appena accennate, poste quasi a formare una sorta di *manifesto* programmatico, che verranno poi sviluppate (ed anche ripuntualizzate e rivedute) negli scritti successivi sia di Zerboglio che di Florian. I quali non furono, del resto, i soli penalisti 'socialisti' ad impegnarsi su questo terreno.

È lo stesso Ferri a ricordare che molti positivisti si erano posti il problema di quanta parte « nella giustizia penale... spetti agli interessi transitorii della classe dirigente » ⁽¹⁵⁷⁾, e certo si può dire che nell'arco di tempo che va dalla metà degli anni novanta ai primi anni novecento il problema della 'funzione sociale' della legislazione penale, quello del suo rapporto con la lotta di classe e quello — persistente — dei suoi 'difetti sociali', tornano molto spesso nell'opera dei penalisti 'socialisti'.

Posso, per esempio, ricordare alcuni tra gli scrittori minori, come Giuseppe De Felice, autore di un'operetta molto scadente ed intrisa di un deteriore lombrosismo malamente orecchiato ⁽¹⁵⁸⁾; o come Brunetto Griziotti, al quale si deve un breve ma acceso scritto in materia di reati politici particolarmente segnato dall'influenza del Loria delle *Bases économiques* ⁽¹⁵⁹⁾; come Lapo Rinieri De' Roc-

⁽¹⁵⁶⁾ A. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella legislazione penale*, cit., 78.

⁽¹⁵⁷⁾ E. FERRI, *Sociologia criminale*⁴, 1900, cit., 553-554.

⁽¹⁵⁸⁾ G. DE FELICE, *Principii di sociologia criminale. Criminalità e socialismo*, Palermo, Sandron, 1902, spec. III ss.

Tanto per offrire un'idea di come il metodo lombrosiano veniva utilizzato dai meno provveduti tra questi epigoni della seconda generazione, posso citare alcuni passi della 'teoria del criminale nato', così come viene ripresentata da De Felice: « Il criminale nato — scrive il deputato di Catania — suole essere sbarbato, o suole avere scarsi peli sul mento... Altro carattere del criminale nato è l'ordinario pallore del viso, forse dovuto al carcere (?!), forse ai timori, forse ai rimorsi che non riescono più a frenare l'istinto... » (G. DE FELICE, *Principii*, cit., 53).

⁽¹⁵⁹⁾ Su B. GRIZIOTTI, *Teoria del reato politico*, in *Rinascimento*, Foggia, 1896, fasc.

chi ⁽¹⁶⁰⁾, Alfredo Angiolini ⁽¹⁶¹⁾, Camillo Cavagnari ⁽¹⁶²⁾, Francesco Magri ⁽¹⁶³⁾, il primo De Luca ⁽¹⁶⁴⁾ o Antonio Guarnirei Ventimiglia ⁽¹⁶⁵⁾.

17-18, 1-36, ho già espresso alcune valutazioni in *Dissenso politico e diritto penale*, cit., 671-672, riferendo anche i passi salienti di quello scritto proprio per quanto riguarda la natura di classe dello Stato e l'uso di classe del diritto penale da parte « di chi sta al potere » (B. GRIZIOTTI, *Teoria del reato politico*, cit., 35).

⁽¹⁶⁰⁾ Specie per certi suoi interventi in materia di riforma della legislazione, quali *Incongruenze della legislazione*, in *La scuola positiva*, IV, 1894, 695-701; *La legislazione penale nella sua funzione sociale*, in *La scuola positiva*, IV, 1067-1070 con postilla in *La scuola positiva*, V, 1895, 29-32; si devono però tenere presenti altri scritti, quali *Il diritto penale e un'opera recente del Loria*, in *La scuola positiva*, IV, 1894, 124-129; *Neo-idealismo e questione sociale*, in *Critica sociale*, VII, 1897, 364-366; *Il fattore economico nella rivoluzione italiana*, in *Critica sociale*, X, 1900, 168-170 e *L'inefficacia del carcere*, in *Il socialismo*, III, 1904, 342-343.

⁽¹⁶¹⁾ A. ANGIOLINI, *La nuova scuola penale e i diritti individuali*, in *Rivista popolare di politica...*, IV, 1898, 93-95, oltre ovviamente, all'opera principale, *Dei delitti colposi. Studio sociologico-giuridico*, Torino, Bocca, 1900 e agli studi sulla *giuria* e sulla questione delle *aggravanti*.

⁽¹⁶²⁾ Di Cavagnari si segnalano in modo particolare gli interventi di politica giudiziaria: sui *Reati di udienza* e sulla *Polizia delle udienze* (del 1884 e del 1885: cfr. *Bibliografia* del socialismo giuridico già citata e pubblicata in questo numero dei *Quaderni fiorentini*) e poi: *I pretori e le riforme giudiziarie*, Cremona, Tip. interessi cremonesi, 1886; *Politica e giustizia*, in *Cuore e critica*, II, 1888, 235 ss., e poi III, 1889, 4 ss.; *Giudici civili e giudici criminali*, in *L'anomalo*, II, 1890, 289 ss.; *La funzione sociale della giurisprudenza nella criminalità*, in *L'anomalo*, III, 1891, 65 ss.; *La questione operaia a Milano*, in *La scuola positiva*, I, 1891, 132-135. E gli interventi in materia di lavoro, dal 1900 in poi (cfr. ancora, la *Bibliografia* del socialismo giuridico a cura di chi scrive).

⁽¹⁶³⁾ In particolare: *Una nuova teoria generale della criminalità*, Pisa, Mariotti, 1891; *Studio sperimentale intorno ai sistemi repressivi*, Pisa, Galileiana, 1893; *Saggio di un sistema etico-giuridico*, Pisa, Mariotti, 1897, dedicato in parte (pagg. 64-71) proprio al tema 'diritto penale e lotta di classe', ma assai influenzato da un eclettismo positivista che — nella sua versione 'politica' — diviene concezione solidaristico-corporativa, perdendo ogni connotazione socialista, per quanto moderata o minimalista.

⁽¹⁶⁴⁾ Il 'primo' De Luca sente forse in modo preponderante l'influsso delle teorie di Colajanni ed affronta in modo mediato il rapporto tra il diritto penale e la 'questione sociale'. Cfr. per es. *Teoria del punire e dei reati di Stato, con brevi note sul codice penale italiano*, Catania, Giannotta, 1897, 31 ss., o gli scritti *Il carcere preventivo e l'economia sociale*, in *La scuola positiva*, IV, 1894, 293-295, e *Nessi fra la scienza penale e l'economia sociale*, in *Rivista di politica e scienze sociali*, I, 1895-96, 282-283.

⁽¹⁶⁵⁾ Antonio Guarnieri-Ventimiglia produce in realtà dopo il 1900, e quindi rientra solo in parte nella prospettiva particolare che sto ora esaminando. Di lui ricordo in particolare il suo lavoro più conosciuto, *I conflitti sociali*, Torino, Bocca, 1905 ed

Accanto ad essi sta una serie di giuristi di maggior peso, spesso militanti politici di primo piano, che individuano proprio nell'analisi del fenomeno giuridico, condotta alla luce delle nuove 'idee sociali', l'unica via per mantenere la questione penale al centro del loro programma riformistico, ed il modo più convincente per farne una sorta di banco di prova della volontà politica delle classi dirigenti, oltre che un indice importante del livello di egemonia raggiunto dai ceti emergenti.

Penso a Rodolfo Laschi, che cerca uno sbocco politico in senso riformistico (sulla falsariga dei 'sostitutivi' ferriani) ⁽¹⁶⁶⁾ per le ricerche antropologico-criminali che conduce spesso in tandem con Cesare Lombroso; penso a Luigi Majno ⁽¹⁶⁷⁾, impegnato nella difesa degli spazi 'liberali' del codice zanardelliano, convinto com'è che ad una legislazione di tipo borghese non si può chiedere niente di più del rispetto delle (sue) regole, e che usando i margini da esse (regole) consentiti le classi lavoratrici e le loro organizzazioni politiche potranno continuare a battersi per un ordine più giusto. Penso infine ad Alberto Borciani ⁽¹⁶⁸⁾, a Vittorio Olivieri ⁽¹⁶⁹⁾ e soprattutto ad

interventi minori quali *Innovazioni sociali e misoneismi giuridici*, in *Critica sociale*, XV, 1905, 292-294; *Verso il diritto sociale. La difesa dei poveri ed il potere popolare*, in *Rivista popolare di politica...*, XIII, 1907, 600-602; *I difetti sociali del codice di procedura penale*, in *Critica sociale*, XXII, 1912, 188-190 e *La riforma sociale della procedura penale*, in *Rivista popolare di politica...*, XIX, 1913, 243-245.

⁽¹⁶⁶⁾ Si veda, in particolare, il cap. III della parte seconda de *Il delitto politico e le rivoluzioni in rapporto al diritto, all'antropologia criminale ed alla scienza di governo*, Torino, Bocca, 1890, 467-496. L'opera, di cui era autore principale Cesare Lombroso fu il risultato, per la parte scritta da Laschi, anche di studi precedenti e si appaia ad altri lavori, ai quali avrò modo di accennare in seguito, in tema di *Reati contro la libertà di lavoro* e di *Delinquenza bancaria*. Il programma minimo di Laschi, ispirato alla teoria dei sostitutivi ferriani per la prevenzione del reato politico, è riassunto in una nota del mio *Dissenso politico e diritto penale*, cit., 692-693, [t. II, pp. 808-809].

⁽¹⁶⁷⁾ Anche per quanto riguarda Luigi Majno ed il taglio particolare dato al suo *Commento al codice penale*, chi volesse potrebbe riferirsi alle annotazioni presenti in M. SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale*, cit., 679-682, [t. II, pp. 796-798].

⁽¹⁶⁸⁾ In particolare *Dei reati di ribellione e violenza pubblica. Studio di dottrina e giurisprudenza penale*, Torino, UTET, 1887, e *Dei delitti contro lo Stato*, in *Completo trattato teorico-pratico di diritto penale* dir. da P. Cogliolo, cit., II, I, 1888, 3-236.

⁽¹⁶⁹⁾ Di Vittorio Olivieri va ricordata soprattutto l'opera continua e di grande rilevanza svolta nel commento di sentenze, atti legislativi, provvedimenti delle autorità, che servì per molti anni di orientamento agli 'avvocati dei socialisti' ed agli stessi giuristi

Alfredo Pozzolini ⁽¹⁷⁰⁾, che raccoglie il « nuovo indirizzo di critica e di riforma sociale del diritto » ⁽¹⁷¹⁾ per applicarlo allo studio della procedura penale.

Pozzolini non è socialista e si affretta a dichiararlo.

Ora — egli scrive — per quanto io convenga coi socialisti che il diritto è, almeno in parte, una superstruttura dell'organismo economico, un riflesso della costituzione economica, siccome ritengo nello stesso tempo che risente anche delle condizioni intellettuali e morali possibili a modificarsi all'infuori di una radicale riforma su schema socialista, la quale d'altronde non soddisfa alle mie convinzioni, così, vicino alla critica negativa, *movendo da un punto di vista sociale, potrò indicare la ricostruzione, indipendentemente dalla trasformazione degli ordini economici, basata unicamente sulla comprensione del danno e dell'ingiustizia inerenti agli istituti attuali* ⁽¹⁷²⁾.

Una linea programmaticamente riformista, dunque, che dichiara

più sensibili ed attenti. Ricordo tra tanti interventi, *L'art. 3 della legge eccezionale 19 luglio 1894 e la competenza dei giurì*, in *La scuola positiva*, IV, 1894, 840-848 e *La lotta di classe nella giustizia penale* (note a sentenze), in *La scuola positiva*, VI, 1896, 725 ss.

⁽¹⁷⁰⁾ A. POZZOLINI, *L'idea sociale nella procedura penale. Appunti critici*, in *Archivio giuridico*, LX, 1898, 303-319 e LXI, 1898, 30-62, 279-303. Poi, in estratto, Modena, Direz. dell'Arch. giur., 1898.

⁽¹⁷¹⁾ « Il problema della disuguaglianza economica, la coscienza dei mali che affliggono le classi povere, l'ideale di elevazione ed integrazione sociale da parte di quest'ultime, hanno, da tempo, varcato il dominio delle scienze giuridiche, recandovi un criterio nuovo di critica ed insieme di riforma. Se il diritto codificato è il riflesso delle condizioni economiche d'un popolo, evidentemente esso deve riprodurre le disuguaglianze che per avventura sieno in queste; e che tale sia il carattere dei codici moderni fu detto non solo dagli scrittori socialisti e riformatori, ma anche da autori ortodossi. Questo nuovo indirizzo di critica e di riforma sociale del diritto, ha fornito materia di nuove ed interessanti indagini intorno al Codice civile, al Codice di commercio, al Codice di procedura civile ed al Codice penale, ed ora il Pozzolini lo applica al Codice di procedura penale » (E. FLORIAN, *Recensione ad A. Pozzolini, L'idea sociale nella procedura penale*, in *La scuola positiva*, VIII, 1898, 734-735).

⁽¹⁷²⁾ « Duplice quindi è il compito che mi propongo — prosegue Pozzolini (*L'idea sociale*, cit., LX, 307) — Mostrare che per un'applicazione a rovescio del principio — la giustizia è uguale per tutti — le maglie di questa sono troppo forti per deboli economicamente, troppo deboli per gli economicamente forti. Indicare quando sia possibile, quelle riforme che, dentro l'orbita del sistema giuridico vigente, si possano attuare nella procedura penale, allo scopo di smussare anche in questo campo l'antagonismo di classe ».

di volersi sviluppare soltanto all'interno dello specifico giuridico, partendo però anch'essa dalla fondamentale critica del 'diritto eguale' ⁽¹⁷³⁾.

I 'difetti sociali' del codice di procedura penale, tuttavia, non sono ridicibili a quelli, più evidenti, che derivano dal pari trattamento stabilito per soggetti non uguali; essi nascono anche da scelte politiche 'sbagliate' che talora credono di favorire il principio di uguaglianza di fronte alla giustizia, mentre in realtà si muovono in senso contrario. È così che Pozzolini indica una serie 'composita' di inconvenienti presenti nell'ordinamento processuale penale, quali il modo di formare le giurie così dette popolari ⁽¹⁷⁴⁾ o la prevalenza nei

⁽¹⁷³⁾ « Né vale il dire, come il Nani [*Il socialismo nel codice civile*, Torino, 1892] che i codici attuali tutelano ugualmente il diritto di tutti per il solo fatto che sono ispirati al principio dell'eguaglianza giuridica. Ma è appunto per una malintesa applicazione di cotesto principio che le nostre leggi frustrano il diritto del povero. Esse considerano i cittadini tutti eguali, e trattano di conseguenza alla stregua dei medesimi principii individui di forza economica diversa, i cui bisogni quindi ed i cui mezzi materiali e morali son così differenti. Ciò fa che si arrivi in pratica a risultati opposti alla vera eguaglianza. Differenti sono le condizioni sociali: differente dovrebbe essere il trattamento. Così e non altrimenti deve applicarsi, come vedremo anche meglio in seguito il principio dell'eguaglianza giuridica. Se no si arriva mediante l'eguaglianza alla più stridente disuguaglianza, e mentre si caccia il privilegio dalla porta, questo rientra per la finestra » (A. POZZOLINI, *L'idea sociale*, cit., LX, 310-311).

⁽¹⁷⁴⁾ Il meccanismo di selezione dei giurati introdotto con la legge 8 giugno 1874 era basato sulla scelta all'interno di categorie tassativamente stabilite. « La determinazione di tali categorie — scrive Pozzolini — almeno nello spirito della legge, è desunta dalla presunzione che coloro i quali vi appartengono siano dotati di capacità intellettuale sufficiente all'esercizio della funzione di giurato. Fra queste categorie la 21^a stabilisce il censo come condizione che lascia presumere tale capacità intellettuale, e quindi ammette i censiti senz'altro alla funzione di giurati (...) Sta di fatto che i giurati iscritti in base alla categoria 21^a rappresentano una percentuale assai elevata 36,7%... Ora è evidente che data la prevalenza degli abbienti nelle liste dei giurati, l'organizzazione di queste, anche per il fatto che il giudizio dei giurati è prosciolto dall'obbligo della motivazione, costituisce gli imputati poveri in una condizione di inferiorità per rispetto a quelli ricchi, per i quali il giury composto in prevalenza di individui appartenenti alla medesima classe sociale, avrà sempre delle debolezze. E così si spiegano gli scandalosi verdetti assolutorii dei saccheggiatori delle pubbliche casse, e si spiega pure la severità che i giurati hanno verso gli imputati di furto comune. (...) Quindi ad ovviare a questo grave inconveniente riterrei doversi affatto sopprimere la categoria 21^a, abolendo così il criterio del censo, che il prof. Impallomeni giustamente chiama ingiurioso a gente civile » (A. POZZOLINI, *L'idea sociale*, cit., LXI 34-359).

giudici di una cultura 'civilistica' che li porta a sopravvalutare gli aspetti tecnici relativi al reato, alla sua natura, alla sua consumazione, e non a curarsi e preoccuparsi di *chi* lo ha commesso ⁽¹⁷⁵⁾; e poi ancora: la condizionabilità di fatto dei giudici da parte dell'esecutivo, che specie in materia di conflitti sociali li porta spesso a giudicare « secondo gli interessi dei ricchi, che forzano la mano al governo, carne d'altronde della loro carne » (LXI, p. 41); il fatto che il pubblico ministero che è « un organo della magistratura avente funzioni governative, incaricato cioè della repressione dei reati per via d'azione penale », sia notoriamente « unito al governo, e quindi alla classe dominante, con un nesso correggibile certo, ma non eliminabile » ⁽¹⁷⁶⁾; infine, i problemi che riguardano la difesa (la questione del gratuito patrocinio, in primo luogo); il cattivo funzionamento della polizia e quindi gli errori — quando non gli abusi — che « spesso conducono ad ingiuste persecuzioni di innocenti, le quali novantanove volte su cento sono sempre a danno di povera gente » (LXI, p. 59); le carenze e le contraddizioni del rito ⁽¹⁷⁷⁾.

Pozzolini coglie con notevole acutezza una serie di punti nodali che si presentano non solo come causa di 'crisi' o di cattivo funzionamento dell'amministrazione della giustizia, ma anche come reale motivo di ingiustizia. Il suo scritto suggella così un'intera stagione di letteratura giuridica (quella dei 'difetti sociali', della 'funzione sociale', del diritto confrontato con le 'idee sociali' ⁽¹⁷⁸⁾)

⁽¹⁷⁵⁾ « Il giudice attuale, dunque, essenzialmente civilista, quando è chiamato a giudicare in materia penale non guarda affatto al delinquente: non si cura della sua condizione sociale in quanto questa abbia relazione col reato commesso: unica sua preoccupazione è la classificazione del reato fra le tante specie e sottospecie: è il ritrovarne gli estremi e le circostanze aggravanti e diminuenti; la sua operazione è quasi meccanica, tanto è abituato nei suoi studi a contemplare non l'uomo vivente, ma un tipo ideale di uomo astratto sempre eguale. Di qui il grande svantaggio su cui vengono a trovarsi di fronte il giudice togato i poveri, i quali senza paragone hanno molto maggiori e più numerosi impulsi a delinquere che non i ricchi: le condizioni economiche soprattutto » (A. POZZOLINI, *L'idea sociale*, cit., LXI, 37-38).

⁽¹⁷⁶⁾ A. POZZOLINI, *L'idea sociale*, cit., LXI, 47.

⁽¹⁷⁷⁾ A. POZZOLINI, *L'idea sociale*, cit., LXI, 279 ss.

⁽¹⁷⁸⁾ Oltre alla *Idea sociale* di Pozzolini, ai *Difetti sociali* di Salvioli, alle *Ingiustizie sociali* di Florian, abbiamo gli scritti di V. POLACCO, *La funzione sociale dell'odierna legislazione civile*, Camerino, Savini, 1885; U. PIPIA, *I difetti sociali nel codice di commercio*, in *La riforma sociale*, II, 1895, 3, 271 ss.; F. PERRONE, *L'idea sociale nel diritto*

che aveva a suo modo contribuito a fare proprio del diritto penale e della sua riforma uno dei terreni principali di confronto per l'ammodernamento della società italiana.

I primi anni del novecento vedono, su questo tema, qualche risottolineatura ⁽¹⁷⁹⁾ di impostazioni già acquisite (talora compilativamente versate in opere di sistemazione, come nel caso dell'*unum opus* di Carlo Manes) ed anche il segno delle prime *revisioni*.

Ritroviamo così i nomi di Florian, Zerboglio, Impallomeni, Pozzolini, De Luca, variamente orientati in un'opera di ripensamento probabilmente non estranea (anzi, in larga misura, prodromica) rispetto alla svolta che si realizzerà alla fine del primo decennio del secolo nella scienza penalistica italiana.

Già nella prolusione padovana del 1900 ⁽¹⁸⁰⁾, e poi subito dopo nel primo volume del trattato vallardiano diretto oltre che da lui da

commerciale, Napoli, Pierro, 1894; G. D'AGUANO, *La funzione sociale del diritto civile*, in *Rivista di politica e scienze sociali*, I, 1895-96, 55-59, 189-191, 196-199; C. LESSONA, *I doveri sociali del diritto giudiziario civile*, Torino, Bocca, 1897; C. VIVANTE, *I difetti sociali del codice di commercio*, in *Monitore dei tribunali*, XL, 1899, 341-345; G. B. IMPALLOMENI, *Funzione sociale del diritto punitivo*, cit., A. GUARNIERI VENTIMIGLIA, *I difetti sociali del codice di procedura penale*, cit.

⁽¹⁷⁹⁾ Per esempio quelle che vengono dalle riedizioni di vecchi studi. Tipico il caso di A. LORIA, *Le basi economiche della costituzione sociale*, Torino, Bocca, 1913 (3^a ediz.), p. 158: « Quando infatti si riconosca, come noi abbiam fatto, che nel presente momento storico la società non può progredire se non sulla base dell'assetto economico capitalista, il quale a sua volta non può persistere ed evolvere se non grazie al predominio politico della classe proprietaria, è forza ammettere che tutti i provvedimenti intesi direttamente a difendere questa classe, e perciò le stesse sanzioni contro i reati politici, sono presidio dell'intera società contemporanea e preordinato strumento della sua evoluzione.

Per lo meno dunque converrebbe dire che le sanzioni contro i reati politici s'ispirano definitivamente all'interesse sociale, ma immediatamente all'interesse dei proprietari. Mentre le sanzioni contro i reati comuni sono definitivamente ed immediatamente ispirate dall'interesse sociale. Ma la verità è che questa differenza così enunciata non esiste, poiché le stesse sanzioni della seconda specie si ispirano immediatamente all'interesse dei proprietari. E i numerosi esempi che adducemmo nel testo, e che sarebbe agevole moltiplicare, dimostrano che la stessa legislazione penale rivolta contro i reati comuni, e perciò a diretta tutela della società complessivamente presa, si ispira nelle sue manifestazioni concrete esclusivamente al vantaggio della classe regnante cui privilegia in tutti i modi e con ogni sorta di preminenze e favori ».

⁽¹⁸⁰⁾ E. FLORIAN, *La fase odierna del problema penale*. Prelezione letta il 20 gennaio 1900 nella R. Università di Padova, in *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, I, 1900, 4-21.

Pozzolini, Zerboglio e Viazzi (181) Eugenio Florian aveva iniziato un'operazione di 'isolamento' del diritto penale che, pur nel quadro generale di un discorso ancorato alle linee di un 'positivismo di sinistra', era tale da incrinare il principio politico della centralità della questione penale. Egli affermava infatti come necessaria la separazione tra il momento giuridico e quello economico-sociale della prevenzione, mettendo praticamente in moto un meccanismo di 'sterilizzazione' del diritto penale che avrebbe finito per accreditarlo sempre di più come strumento 'neutrale'. Per chi sa leggerlo, questo è evidentemente lo sviluppo delle tesi florianiane di qualche anno prima sullo Stato-mediatore, sul diritto come entità *super partes*, al quale vanno solo tolti i numerosi 'difetti' che gli impediscono di svolgere la sua funzione equilibratrice.

Lo Stato, afferma Florian ne *La fase odierna*, ha una funzione che può dirsi di « prevenzione indiretta o sociale », che consiste

nella copiosa e benefica serie di quei provvedimenti d'ordine politico, amministrativo, educativo, domestico, economico, che migliorando le condizioni sociali, servono a combattere le tendenze ed i germi della delinquenza. *Questo ramo di attività dello Stato appartiene alla funzione di politica sociale*, ed è questo il campo più nobile e più fecondo della lotta contro il delitto. Esso, però, non appartiene al diritto penale (182).

Ciò non toglie, naturalmente, che si debba proseguire in un'opera di riforma della legislazione che metta in grado il diritto penale di « difendere le varie classi sociali con eguale energia » (183),

(181) E. FLORIAN, *Dei reati e delle pene in generale*, Milano, Vallardi, 1901.

(182) E. FLORIAN, *La fase odierna del problema penale*, cit., 8.

(183) « È necessario, anzi, a tal uopo, che più larga ed efficace difesa esso porga alle classi dei poveri, degli umili, dei deboli, a quelli che di protezione hanno maggiore bisogno. *Questa, che potrebbe dirsi la funzione sociale del diritto penale*, concorda colle più vitali esigenze e colle più ardenti aspirazioni dell'epoca nostra, come dimostrano, fra altro, le numerose disposizioni penali inserite nelle diverse leggi, che vennero quasi ovunque promulgate in difesa degli operai nelle industrie (...).

Dal concetto della difesa sociale qual'è modernamente inteso, deriva, pertanto, un importantissimo e nuovo principio direttivo per la critica e per la elaborazione della legislazione penale: *quello di segnalare le lacune ed i difetti, che rendono disuguale la legge penale di fronte alle varie classi sociali*, ed insieme di adattare pienamente la legge stessa ai fini di eguale protezione per le diverse classi, che le sono propri » (E. FLORIAN, *La fase odierna del problema penale*, cit., 10-11).

ma il punto ‘nuovo’ resta l’affermazione secondo cui « *Il diritto penale non ha altro scopo che quello di serbare con speciali sanzioni la disciplina e l’assetto sociale esistenti* »⁽¹⁸⁴⁾: affermazione ribadita nell’introduzione del *Trattato*, che non ha più il senso di una constatazione critica dalla quale partire per un’analisi ulteriore del nesso diritto-società, ma che rappresenta il primo passo di una *Isolierungsbehandlung* simile a quella che aveva preceduto, per esempio (attraverso il suo distacco dalle scienze sociali e dal *politische Tatsache*), la ‘formalizzazione’ del diritto pubblico da parte della scienza giuridica tedesca.

Difatti *il diritto penale non ha altro compito che quello di serbare con speciali sanzioni la disciplina e l’assetto sociale esistenti. Spetta ad altre scienze e ad altri rami dell’azione legislativa la funzione nobilissima di correggere e di togliere, quanto più possibile, i disagi e le disuguaglianze*, che nell’organizzazione odierna si deplorano. Il diritto penale trova la società qual’è e provvede alla conservazione di essa; e qui il suo compito cessa, per quanto sia desiderabile che non perda interamente di vista un ideale di minore ineguaglianza e di maggiore integrazione sociale, cui ispirarsi anche immediatamente⁽¹⁸⁵⁾.

Poi, nella edizione successiva del *Trattato*, che è del 1910, la conferma della tendenza e l’esplicitazione del suo approdo ‘formalistico’; non ancora raggiunto, ma significativamente avvicinato da quello che ormai era considerato il leader indiscusso della seconda generazione dei penalisti positivisti. « La funzione punitiva — dice Florian⁽¹⁸⁶⁾ — dal punto di vista scientifico, quasi *prescinde dalla forma e dall’organizzazione concreta della società; essa è quasi a dire formale* ». Con ciò, aggiunge, il diritto penale esercita la funzione, che gli è propria, di difesa e di preservazione, qualunque sia la forma dell’organizzazione politica e sociale, secondo la legge della maggioranza: e, come ben si comprende, esso si avvia per questa strada ad un ruolo del tutto strumentale, non più *centrale* nell’ambito di una

⁽¹⁸⁴⁾ E. FLORIAN, *La fase odierna del problema penale*, cit., 10.

⁽¹⁸⁵⁾ E. FLORIAN, *Dei reati e delle pene*, cit., 24-25.

⁽¹⁸⁶⁾ E. FLORIAN, *Dei reati e delle pene in generale*, vol. I, Milano², Vallardi, 1910,

problematica politica globale, ma periferico, e relativo al solo settore della conservazione dello *status quo*, intesa principalmente come ossequio al versante *law* per la tutela del valore *order*. Onde cessa il diritto penale di rappresentare *il terreno* sul quale si svolge uno, scontro 'storico' tra un moderatismo incline alle scelte autoritarie ed una visione più aperta e moderna della società che si batte per la sua 'rifondazione'; cessa anche di essere *l'oggetto* di quello scontro, per diventare soltanto *uno degli strumenti* di esso, brandito però esclusivamente, « secondo la funzione che gli è propria » dalla « maggioranza » ed a vantaggio del suo disegno di occupazione prima e di conservazione del potere poi.

Nello stesso ordine di idee, ma forse con minori reticenze, l'Impallomeni della prolusione romana del 1905. Egli ha infatti una remora in meno nel fatto di non avere alle spalle un'esperienza da 'positivista', di non muoversi nell'equivoco evoluzionista, di giungere — proprio in quel giro di anni — a posizioni 'eclettiche'. Accoglie così la nozione di un diritto penale posto a tutela delle condizioni comuni di esistenza (principio della difesa sociale) e quasi rovescia la polemica degli anni novanta (non sua, per la verità) contro il 'diritto eguale'.

Nelle leggi penali e « nell'indole della garanzia che loro è propria », egli ravvisa

un grado di giustizia sociale che avanza quella di ogni altro grado del diritto. Il diritto penale, non ostante le sue disuguaglianze, è pure il solo diritto che in ogni tempo e in ogni luogo ha dato agli uomini la maggiore quantità di doveri e di facoltà uguali per tutti. *Esso non è sovente forza di conservazione, se non a condizione di essere una leva di trasformazione sociale*, promuovendo un migliore adattamento dell'individuo alla società; perché, *nato ad attenuare o a domare*, per il bisogno della pace pubblica, *i conflitti sociali, rappresenta il predominio dei bisogni della collettività sulle esigenze egoistiche degl'individui e delle classi* ⁽¹⁸⁷⁾.

Vi sono, è vero, dice Impallomeni, individui o categorie di individui che dei « benefici tutelari della legge penale » godono in modo limitato o non godono affatto, « in conseguenza di che essi hanno una posizione secondaria e subordinata nella forza tutelare

(187) G. B. IMPALLOMENI, *Funzione sociale del diritto punitivo*, cit., 37.

dello Stato ». « Ciò non ostante, aggiunge, noi non siamo autorizzati a concludere che l'ufficio costante, universale e specifico del diritto penale sia la difesa degl'interessi di alcune classi » (188). Ad esso si assegna dunque un ruolo di difesa generalizzata, fondato non tanto su di un principio di mediazione, quanto piuttosto sulla convinzione che *la difesa procacciata ai beni di uno è virtualmente la difesa della generalità* (p. 36). E si può ben dire, stando così le cose, che un diritto penale che 'difende tutti' è certo anche un diritto che 'non difende nessuno in modo particolare': caratteristiche entrambe, e per l'appunto, di un sistema difensivo *neutrale*, che in forza di questa logica non può essere gestito e sviluppato se non nel suo versante 'tecnico': l'unico che ponga l'interprete al sicuro dal rischio di interventi nel merito dei contenuti, al riparo da ogni tentazione di opzione politica, e quindi allontani il pericolo che venga stravolto, con incaute operazioni, il senso di quella neutralità.

Man mano che nel nuovo quadro del paternalismo giolittiano si fa evanescente il ricordo della stagione degli abusi, dell'uso più apertamente classista del diritto penale e di quello arrogante e provocatorio degli apparati repressivi, anche in giuristi come Impalomeni si attenua la capacità di cogliere la 'parzialità del neutrale' e

(188) G. B. IMPALOMENI, *Funzione sociale del diritto punitivo*, cit., 35.

« Il diritto penale — prosegue (pp. 36-37) — nasce quando si sente il bisogno di porre un limite all'urto delle forze umane, e questa funzione di limite operata con il costringimento personale, ciò che è appunto la proprietà organica specifica del diritto punitivo, è sempre e presso tutti i regimi una sottrazione di forza agl'individui e alle classi, ed un potere conferito agl'interessi della generalità (...).

Se poi, è vero che anche nei regimi democratici, a causa delle permanenti disuguaglianze di fatto, la tutela conferita ai beni di cui alcuni si trovino in possesso contribuisce a mantenere la inferiorità degli altri che ne siano privi, è dall'altro lato pur vero che, essendo in tutti uguale la capacità giuridica, *la difesa procacciata ai beni di uno è virtualmente la difesa della generalità* (...).

Così, mentre il diritto costituzionale e il diritto amministrativo garantiscono e favoriscono dei diritti in coloro che, per la loro condizione sociale, sono in grado di esercitarli, *il diritto punitivo, garantendo le libertà politiche e il diritto di associazione, facilita la formazione di nuove forze politiche che valgono a fare ascendere le classi inferiori alla partecipazione della vita pubblica*; se il diritto civile è la ricognizione dei domini economici acquisiti, *le leggi penali, garantendo la libertà individuale con la libertà del lavoro e di sciopero, hanno per loro naturale effetto di limitare il profitto del capitale in favore dei lavoratori* ».

la pericolosa politicità di tutto ciò che si pretende apolitico. E ci si avvia, secondo l'immagine che in un'altra prolusione userà Alfredo Pozzolini, verso un 'nuovo diritto penale'.

Si è compreso, afferma il penalista pisano, che altra cosa sono l'antropologia, la sociologia, la terapeutica criminale, ed altra cosa è il diritto penale; « mentre le une sono scienze sociali e naturali, l'altra è scienza giuridica d'applicazione... (e) se il diritto penale come fenomeno e prodotto sociale è esso stesso oggetto d'indagine sociologica, *ha però dignità sua propria di scienza autonoma, in quanto regola e disciplina mediante norme coattive i rapporti sociali* »⁽¹⁸⁹⁾

Anche l'indirizzo che si chiamerà tecnico-giuridico ebbe dunque, come è evidente, i suoi incunaboli. Ed a poco varranno le contraddittorie e talvolta sconnesse mediazioni del 'secondo' De Luca⁽¹⁹⁰⁾, l'impegno sempre più debole di Zerboglio sul terreno della riforma della legislazione⁽¹⁹¹⁾, l'approdo alla visione *politica* del diritto penale di un altro radicale come Ugo Conti⁽¹⁹²⁾ o la *summa* tardo-positivista di un Carlo Manes, esponente della terza

⁽¹⁸⁹⁾ A. POZZOLINI, *Verso il nuovo diritto penale*, Prelezione al corso di diritto e procedura penale per l'anno accademico 1908-909, letta nell'Università di Pisa il 10 novembre 1908, in *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, IX, 1908, 346.

⁽¹⁹⁰⁾ F. DE LUCA, *Principii di criminologia*. I. *Parte generale (legge penale, reato, delinquente)* Catania, Giannotta, 1916, spc. 77 ss. e 123 ss.; ma anche *La criminologia e le scienze economico-sociali*, in *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, VII, 1906, 3-16; *Il preteso tramonto del diritto penale e l'essenza o la funzione della pena*, in *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, XI, 1910, 237-245 e *I difetti del nostro procedimento penale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, III, 1912, 271-278, nel quale ultimo scritto significativamente non vengono presi in esame, come si sarebbe fatto dieci anni prima, i 'difetti sociali' dell'ordinamento, ma una serie di inconvenienti pratici (tra i quali la presenza delle giurie *tout court*) che finiscono per relegare questo contributo nel novero, meno nobile, delle tante 'lamentele da avvocati'.

⁽¹⁹¹⁾ Penso soprattutto al trattato *Dei delitti contro l'ordine pubblico, la fede pubblica e la pubblica incolumità*, Milano, Vallardi, 1903, spc. 20 ss. ed alla prolusione romana del 1905, *Realtà e illusioni della giustizia penale*, in *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, VI, 1905, 257-272, nella quale non mancano critiche radicali al modo di funzionare dei meccanismi giudiziari e si ritrovano riferimenti al carattere di classe della giustizia penale (p. 269). Ma, in complesso, si tratta di un contributo deludente.

⁽¹⁹²⁾ Ugo Conti, giurista di impostazione 'classica' come Impallomeni o Nocito, tenne sempre posizioni 'democratico-progressiste' che lo rendono interessante a questo

generazione ‘socialista’ accolto piuttosto malamente dai sopravvissuti della prima ⁽¹⁹³⁾.

E forse, il nuovo clima, il riflusso politico della ‘penalistica sociale’ può essere colto proprio nella stroncatura che Zerboglio, *padre nobile* del socialismo positivista (proprio in quei giorni esponente dei ‘destri’ bissoliani e membro fondatore del nuovo Partito socialista riformista) fa del *Capitalismo e criminalità* di Carlo Manes, ultimo *rejeton* del positivismo ferriano e del socialismo di Filippo Turati. Lo stile d’attacco è tipico, appunto, del notevole: « Venti anni fa queste indagini sociologiche erano opportune... oggi bisogna restringersi in campi più limitati » e soprattutto evitare « frasi altisonanti, ottime per un comizio, ma fuori posto nelle pagine di un lavoro scientifico » ⁽¹⁹⁴⁾; così come occorre tener presente — a

punto della ricerca. Voglio riferirmi soprattutto ad una sua comunicazione al terzo congresso del Partito radicale, pubblicata nella *Rivista di diritto penale e sociologia criminale* (VIII, 1907, 196-211, 287-307) con il titolo *Delle riforme alla legislazione penale*. In essa Conti propugna una riforma del quadro legislativo che escluda il predominio delle « classi più fortunate »: democratizzazione effettiva del codice penale; modificazione dei meccanismi relativi all’estradizione; abolizione della pena di morte per i militari in tempo di pace; cancellazione dall’ordinamento di istituti ‘del sospetto’ come la vigilanza speciale, l’ammonizione, il domicilio coatto; soppressione delle speciali incriminazioni di violenza contro la libertà di lavoro. Un quadro che sottintende un chiaro giudizio sulla ‘parzialità’ dell’ordinamento vigente, ma che non va oltre quello che era ormai un invecchiato, se non velleitario e superato, elenco di *doléances*.

⁽¹⁹³⁾ C. MANES, *Capitalismo e criminalità*, cit. Con questa che è la sua sola opera di diritto penale, Carlo Manes (poi dedicatosi al diritto amministrativo) contribuisce ad un « lavoro di sistemazione giuridica, che, dopo i primi cenni degli iniziatori, sta ora in prima linea nella produzione scientifica della scuola criminale positiva » (E. FERRI, *Prefazione*, VII). Il suo è dunque un contributo da circoscrivere entro limiti dichiarati: senza sopravvalutazioni del suo peso scientifico, perché si tratta in grandissima parte di una compilazione (spesso maldestra) condotta a termine con una mole eccessiva di materiale di seconda mano; e senza accordare soverchia attenzione alle frequenti dichiarazioni ‘marxiste’, che poi in realtà sono soltanto ricitazioni loriane. Una lettura collazionata del *Capitalismo* di Manes, della *Sociologia*⁴ di Ferri e delle *Basi economiche*³ (magari integrate dai *Problemi sociali contemporanei*) di Loria, darebbe la misura di quei limiti. Per quanto riguarda Manes, dunque, mi sembra di dover condividere sostanzialmente le riserve espresse da U. GUERINI, *Socialismo giuridico e diritto penale*, cit., 460-462.

⁽¹⁹⁴⁾ A. ZERBOGLIO, *Recensione a C. Manes, Capitalismo e criminalità*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, III, 1912, 320-321.

proposito di una questione che riguarda « il nervosismo come causa di abuso alcoolico » ⁽¹⁹⁵⁾ — che

L'ordinamento capitalistico produce il nervosismo, ma noi possiamo ben *concepire dei correttivi* a questo ordinamento che, *pur lasciandolo intatto nelle sue qualità essenziali*, diminuiscano i fattori della 'bancarotta nervosa' ⁽¹⁹⁶⁾.

Una chiusa quasi simbolica, che mostra con chiarezza, ed insieme, l'approdo non ancora dichiaratamente 'tecnicista' di un movimento dottrinale che però ha ormai perso respiro civile e mordente politico; e la volontà di chiudere definitivamente un'epoca di dure battaglie nelle quali non ci si riconosce più. Salvo poi iniziarne di nuove, vent'anni dopo, contro la propria stessa immagine *d'antan*, rievocata da un giovane (anche lui mediocre, anche lui 'socialista') che ci si affretta a contrastare proprio coi vecchi 'argomenti d'ordine' usati dall'avversario di vent'anni prima.

La riforma della legislazione.

Il discorso fin qui condotto potrebbe anche far ritenere chiusa la questione. Dopo tutto, il senso reale e la presenza storica della 'penalistica sociale' a cavallo del secolo possono essere legittimamente ridotti al contributo che essa seppe dare sul terreno dell'analisi del diritto penale come *diritto del più forte*.

Ciò non ostante ritengo che vada riservata ancora un po' di attenzione a quella che si potrebbe considerare una tendenza nella tendenza, o forse, meglio, una specificazione programmatica del movimento penalista riformista.

Mi riferisco alla battaglia per la riforma della legislazione penale

⁽¹⁹⁵⁾ C. MANES, *Capitalismo e criminalità*, cit., 103, aveva scritto: « Poiché che cosa è mai cotesto nervosismo, concetto troppo vago e inafferrabile, messo in voga dagli americani, se non quella febbre di pervenire, accresciuta da tutte le difficoltà che si incontrano lungo la via, da un lato, e dall'altro quello stato d'inquietudine e d'incertezza continua che assedia le classi lavoratrici? (...). Che cosa è cotesto nervosismo che lo Zerbooglio mette a causa dell'acoolismo, fenomeno di patologia sociale, se non l'effetto mediato e lontano di cotesti antagonismi, di coteste contraddizioni, di cotesti interessi cozzanti? E perché allora non risalire alla causa prima e vera? ».

⁽¹⁹⁶⁾ A. ZERBOGLIO, *Recensione a C. Manes, Capitalismo e criminalità*, cit., 320.

che quei giuristi condussero *in concreto* non solo nella sede per così dire ‘competente’ (il parlamento), e non solo in quella che si usa definire ‘reale’ (le lotte sociali e politiche, nel paese, per cambiare indirizzo e contenuti di governo), ma anche e soprattutto in sede scientifica, con una serie di contributi articolati (e classificabili secondo un significativo ordine logico-politico) che offrono nel loro complesso, oltre che un modello di ordinamento ‘alternativo’, quasi un progetto di nuova società.

Questo movimento (nel movimento) ha due referenti. Uno principale, applicato qui in modo direi esemplare, che sta proprio nel considerare il diritto penale (ma sarebbe meglio dire, ora, *la legislazione* penale) come terreno naturale e privilegiato sul quale far progredire il livello civile del paese, l’eguaglianza tra i cittadini, le condizioni generali di esistenza in termini — soprattutto — di libertà dei singoli e di spazi di azione per l’organizzazione dei lavoratori e della lotta politica diretta al mutamento delle strutture sociali. Un altro secondario, correlato al primo, ma anche segnato dal suo nascere come *teoria anti-crimine*, che si racchiude in quel nucleo di potenzialità riformatrice che sta nella linea dei ‘sostitutivi penali’.

Tale doppia valenza ha, come è evidente, una sua motivazione storica di fondo. Essa verifica infatti come la *centralità della questione penale* fosse avvertita non soltanto in relazione alla battaglia per far progredire il paese sulla via del progresso civile e del superamento dei suoi problemi storici (primo fra tutti quello dell’enorme distanza tra il livello di vita — non solo economico — dei ceti privilegiati rispetto a quello delle classi subalterne, operai e contadini soprattutto), ma anche come ineludibile terreno di confronto nel merito dell’azione diretta a diminuire le cause oggettive (e le occasioni di ordine sociale e culturale) del permanere e del crescere di un alto grado di criminalità in tutta Italia.

In una famosa ricerca pubblicata nel 1894, Ettore Fornasari di Verce aveva messo a raffronto i livelli della criminalità in Italia, nel periodo 1873-1890, con le condizioni economiche del paese⁽¹⁹⁷⁾; Aveva così fornito una prima base teorica per l’analisi di un feno-

⁽¹⁹⁷⁾ E. FORNASARI DI VERCE, *La criminalità e le vicende economiche d’Italia dal 1873 al 1890*, Torino, Bocca, 1894.

meno già largamente individuato a livello politico (pensare al Turati de *Il delitto e la questione sociale*) e poi riconfermato, per il decennio successivo, dalle stesse indagini ufficiali comandate dal parlamento (198). Fornasari analizza, rispetto al delitto, « l'azione *predisponente* e l'azione *determinante* della miseria », raffrontando la 'curva della delinquenza' all'emigrazione, alle vicende agrarie, al livello dei prezzi dei generi di prima necessità, alle condizioni economiche degli operai, alle vicende del mondo industriale e dei conflitti di lavoro, all'aumento della distanza tra il crescente benessere di pochi privilegiati e le condizioni pressoché pauperistiche della restante popolazione (199): la sua previsione (condizionata indubbiamente, come del resto tutta l'analisi, da un determinismo spesso rozzo e arbitrario, ma tuttavia rappresentativo del *milieu* culturale a cui era destinata la ricerca) è nel senso che « dovremo prepararci... a subire un aumento continuo di criminalità », « dato che resti identico l'attuale ambiente sociale, del progresso economico »; la sua proposta è di operare secondo le indicazioni già offerte da Ferri, sintetizzate nei *sostitutivi penali* da lui indicati in relazione all'*ordine economico* (200); le sue conclusioni, abbastanza esplicite nella loro tentata sibillinità, sono invece nel senso indicato nel *Troppe presto* e ne *L'incremento del delitto* di Cesare Lombroso: il delinquente va estirpato dalla società con pene risolutive, perché non si riproducano i germi patogeni che egli porta indistruttibilmente su di sé (201).

(198) *Inchiesta parlamentare sulle condizioni dei contadini nelle province meridionali e nella Sicilia*. Vol. VII, Monografie speciali: Tomo I e II: F. COLETTI, *Classi sociali e delinquenza in Italia nel periodo 1891-1900. Con particolare considerazione delle classi rurali dell'Italia meridionale, della Sicilia e della Sardegna*, Roma, Bertero, 1910.

(199) E. FORNASARI DI VERCE, *La criminalità e le vicende economiche*, cit., 5 ss., 23-137.

(200) « Come si può contrastare con rimedi economici e opporsi a tal aumento di criminalità, aumento che, sebbene accompagnato da questa evoluzione in meglio [diminuzione dei reati più gravi, aumento dei meno gravi], non cessa di essere pericoloso? E come oggi si cerca di opporcisi? »

Circa i mezzi con i quali si potrebbe e si dovrebbe prevenire l'aumento dei reati è inutile parlare: non potrei che ripetere quanto Enrico Ferri ha scritto sopra i sostitutivi penali d'indole economica a p. 315 e seguenti della sua *Sociologia criminale* [3^a ediz., 1892] ... » (E. FORNASARI DI VERCE, *La criminalità e le vicende economiche*, cit., 150).

(201) « Ma s'avvicina l'ora in cui sarà necessario svegliarci. Come le maggiori cure,

Il libro di Fornasari, con tutti i suoi limiti, registrava una tendenza culturale contribuendo in modo rilevante anche a diffonderla, e lo ritroveremo spesso utilizzato e citato in *auctoritas* anche dai nostri giuristi. Quel libro, però, come ho detto, offriva una base ‘teorica’, magari del materiale probatorio, ma non un preciso indirizzo di valutazione politica.

È su quest’ultimo terreno che si muovono invece, se non mi sbaglio, gli interventi che alcuni giuristi forniscono sul problema (‘fornasariano’, ante e post litteram) delle ragioni sociali e culturali della criminalità delle classi subalterne.

Lo spazio d’indagine viene diviso, diciamo così, per settori chiave. In primo luogo si affrontano i temi dell’*alcoholismo* ⁽²⁰²⁾ e della *prostituzione* ⁽²⁰³⁾, due momenti fondamentali nei quali è

dirò così, repressive delle malattie che affliggono gli organismi umani, impedendo o ritardando le eliminazioni dei deboli, sono state causa potente dello estendersi delle umane infermità, così forse non sono state le cure repressive della delinquenza quelle che, conservando alla società i criminali, e peggiorandoli, hanno favorito l’aumento dei reati? Quando non esisteva giustizia penale la vendetta privata eliminava in modo molto più piccino, sicuro e completo, il delinquente e il delitto.

Come nel caso delle malattie, così in questo dei reati non si può tornare senz’altro all’antico; per l’uno e per l’altro occorre progredire, e al più presto. Facciamo un altro passo e accompagniamo una più oculata repressione con una provvida prevenzione.

Togliendo le cause o diminuendo la loro azione scemeranno gli effetti. E se pure in tal modo i mezzi di lotta contro il delitto si mostreranno in qualche lato insufficienti, un giorno ad essi i nostri nepoti accompagneranno forse una eliminazione che a noi sembrerebbe barbara, e che allora riterranno pietosa » (E. FORNASARI DI VERCE, *La criminalità e le vicende economiche*, cit., 154-155).

⁽²⁰²⁾ Ricordo tra gli altri gli interventi di N. COLAJANNI, *Miseria ed alcoholismo*, in *Giornale degli economisti*, I, 1886, 537-555, e *L’alcoholismo. Sue conseguenze morali e sue cause*, Catania, Tropea, 1887; di E. FERRI, *La giustizia penale. Sua evoluzione. Suoi difetti. Suo avvenire* (1898), tr. it., Mantova, Tip. Univ. popolare, 1905, 36 ss.; e soprattutto di A. ZERBOGLIO, *L’alcoholismo. Studio sociologico-giuridico*, Torino, Bocca, 1892, preceduto da *Nervosismo ed alcoholismo*, in *L’anomalo*, III, 1891, 287-290, *La cura sociale dell’alcoholismo*, in *La scuola positiva*, I, 1891, 531-534 e seguito da *Alcoholismo e criminalità*, Milano, Società umanitaria, 1909 e *Provvedimenti legislativi contro l’alcoholismo*. Relazione al VI congresso nazionale per la lotta contro l’alcoholismo (Milano, 30-31 ott. 1910), Milano, 1911.

⁽²⁰³⁾ Il problema viene affrontato come ‘problema sociale’, e quindi in connessione con la struttura della società e con la sua organizzazione economica, secondo un’indicazione che era già stata data da F. TURATI, *Il delitto e la questione sociale*, cit., 107 ss. Ma esistono anche altri profili (studio dei reati connessi al fatto sociale della prostituzione:

possibile insieme analizzare il livello di disgregazione indotto dalla società industriale nel tessuto sociale subalterno delle aree urbane ed il grado di criminogenità indiretta di quella società, quando essa non sia tenuta sotto controllo e gestita avendo riguardo alle necessità della generalità dei cittadini e del paese. Anche la questione del *vagabondaggio* ⁽²⁰⁴⁾ è vista ovviamente in questa prospettiva e registra forse, nell'opera di Florian e Cavaglieri, uno dei contributi più seri ed utili (specie se paragonato al tenore generale della produzione scientifica del momento) di analisi e riflessione.

Poi l'attenzione si volge ad altri minori 'fattori criminogeni' connessi alla struttura ingiusta della società (per esempio la questione dell'*usura* ⁽²⁰⁵⁾, che aggiunge ulteriori occasioni di sfruttamento proprio nei confronti di coloro che maggiormente vengono colpiti dal meccanismo di selezione ed emarginazione economica), per vertere quindi sulle istituzioni repressive che, come nel caso del *sistema carcerario* ⁽²⁰⁶⁾, si presentano paradossalmente anch'esse

lenocinio, corruzione, ecc.; e studio del fenomeno prostituzione all'interno, in genere, dei reati contro la morale sessuale). Il primo profilo, che è certo il più rilevante nella prospettiva di una riforma della legislazione penale, è messo meglio in evidenza, per esempio, da A. ZERBOGLIO, *Sulla prostituzione*, in *L'anomalo*, III, 1891, 38-46; da E. FLORIAN, *Prostituzione*, in *Enc. giur. ital.*, e poi Milano, SEL, 1901 (preceduto da *La prostituzione e la legge penale*, in *La scuola positiva*, IX, 1899, 193-203); e da C. CAVAGNARI, *Il reato di lenocinio*, Parma, Grazioli, 1894.

⁽²⁰⁴⁾ E. FLORIAN, G. CAVAGLIERI, *I vagabondi. Studio sociologico giuridico*, Torino, Bocca, 1897 (1° vol.) e 1900 (2° vol.).

⁽²⁰⁵⁾ N. COLAJANNI, *Le leggi contro l'usura*, in *Cuore e critica*, II, 1888, 201 ss. e C. CAVAGNARI, *La repressione dell'usura dal punto di vista sociale*, in *II giurista*, I, 1891, 97 ss.

⁽²⁰⁶⁾ La questione carceraria è molto risalente, anche nella storia interna del movimento 'progressista' dei penalisti prima positivisti e poi anche 'socialisti'. Resa urgente dalla situazione estremamente grave in cui si trovava il sistema carcerario ed anche da una serie di 'teorie' della reclusione che venivano d'oltre oceano e che sembravano, a seconda dei casi, velleitarie o pericolose, essa si incentrò intorno a due temi essenziali: quello della inettitudine del carcere nella riabilitazione del condannato — e, peggio, del suo ruolo di ulteriore corruzione della personalità del recluso — e quello (particolarmente sentito da socialisti come Ferri) della così detta « concorrenza del lavoro dei carcerati al lavoro dei liberi ed onesti ». G. NEPPI MODONA, *Carcere e società civile dall'Unità a Giolitti*, in *Rivista di storia contemporanea*, I, 1972, 341-380 (poi rifiuto e ampliato in *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia*, V. I documenti, Torino,

come fattori di incremento della criminalità e di raffinamento e incrudimento insieme del suo modo di manifestarsi.

I problemi connessi con l'organizzazione della giustizia ⁽²⁰⁷⁾ con la presenza di sacche di criminalità qualificata ed endemica — pagata anche essa in termini di oppressione e sfruttamento dalle classi subalterne — ⁽²⁰⁸⁾, con l'uso arbitrario (e pur'esso criminogeno) di polizia, esercito, strumenti eccezionali di repressione, vengono esaminati in questa prospettiva ed arricchiscono la portata riformatrice e la forza innovativa della presenza scientifica dell'intero movimento.

Dove però l'analisi si fa più penetrante ed accorta è sul terreno

Einaudi, 1973, 1904-1998) ha ricostruito in modo efficace e convincente tutta la questione, sottolineando anche i limiti della battaglia dei penalisti 'socialisti'.

Gli interventi di questi ultimi furono numerosissimi. La questione carceraria ha infatti *una sua centralità* rispetto alla questione penale, che non sfuggì a uomini come Ferri, Florian, Laschi, o a studiosi anche non 'socialisti' come Ugo Conti o Pietro Nocito. Da parte mia, per completezza riguardo a queste conclusive indicazioni bibliografiche, ricorderò per l'appunto gli interventi di E. FERRI, *Studi sui carcerati nelle case correzionali e penali*, Torino, Loescher, 1881; *Lavoro e celle dei condannati*, ora in *Studi sulla criminalità*, 1901, cit., 163-195; *Carceri e carcerati*, ora in *Studi sulla criminalità*, 1901, cit., 446-459 (studi entrambi del 1885); *Intorno alla concorrenza del lavoro carcerario al lavoro libero*, in *Giornale degli economisti*, I, 1886, 692-698; *Sulla polizia e l'amministrazione carceraria*, Discorso alla Camera dei deputati del 19 maggio 1887, Roma, Tip. della Camera, 1887. Il risalente ma importante e 'riformistico' studio di P. NOCITO, *Il diritto penale e le colonie agricole. Considerazioni*, Siena, Mucci, 1868, seguito dagli studi sulla *Libertà condizionale dei condannati* (del 1880 e del 1891) e da un famoso intervento su *La Ugge di Lynch ed il conflitto italo-americano*, in *Nuova Antologia*, CXVII, 1891, 337 ss., e 551 ss. Infine i contributi di R. LASCHI, *Nuovi indirizzi penitenziari in Francia ed in Russia*, in *Rivista di discipline carcerarie*, XV, 1895, 311 ss.; E. FLORIAN, *Il carcere preventivo e la scuola positiva*, in *La scuola positiva*, VII, 1897, 342-351; F. DE LUCA, *Il carcere preventivo e l'economia sociale*, Girgenti, Formica, 1894; ed infine di F. TURATI, *I cimiteri dei vivi. Per la riforma carceraria*, Discorso alla Camera dei deputati del 18 marzo 1904, Roma, Tip. della Cam. dei dep., 1904.

⁽²⁰⁷⁾ In particolare la questione della *giuria*, affrontata da Pozzolini, Angiolini, Conti, De Luca, Impallomeni, e quella dell'organizzazione della magistratura (Impallomeni, nel 1899 e nel 1903).

⁽²⁰⁸⁾ Interessanti sono gli scritti sulla *mafia* di N. COLAJANNI, *La mafia. Dai Borboni ai Sabaudi*, in *Rivista popolare di politica...*, V, 1899, 201-206 e *Nel regno della mafia*, Palermo, Sandron, 1900; di M. A. VACCARO, *La mafia*, Roma, Soc. ed. D. Alighieri, 1899 e di F. DE LUCA, *La mafia e la scuola penale positiva*, in *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, VI, 1905, 126-134.

delle *controversie del lavoro*, scelto da molti penalisti ⁽²⁰⁹⁾ per l'avvertita necessità di contrastare proprio sulla 'prima linea' dello scontro sociale la tendenza all'uso di classe dello strumento penalistico. È in questo quadro che Rodolfo Laschi può affermare che

conservare uno speciale reato di sciopero equivale... a perpetuare... una difesa esclusivamente di classe. La quale o tende a proteggere i padroni contro gli operai e crea a favore dei padroni un odioso privilegio: o gli operai contro di essi, e manca al suo dovere di imparzialità nella lotta economica che fra loro si svolge. Ed anche giungesse a riunire in una sola formula la difesa dei diritti degli uni e degli altri, ciò che la storia e la critica giuridica dimostrano quasi impossibile, riuscirebbe sempre alla protezione di una classe, mentre l'evoluzione e il fine della legge penale devono consistere nel provvedere alla tutela degli interessi generali della collettività ⁽²¹⁰⁾.

Una riforma della legislazione penale, dunque, che abolisca il privilegio dei ceti dominanti senza stabilirne uno nuovo per le classi emergenti: richiesta dall'apparenza equa, ispirata ad un plausibile principio di eguaglianza, ma la cui obbiettiva carica di 'eversione' non sfugge all'osservatore attento. Non fosse altro che per la 'pretesa' di voler recuperare sul piano di una parità legislativa, un handicap altrettanto obiettivo sul piano della forza contrattuale reale delle due parti in causa. Ma, insieme, e ancora una volta, la precisa affermazione del ruolo 'neutrale' del diritto 'giusto', in una visione dello Stato e dei rapporti tra le classi che sta in coerenza col movimento 'revisionista' di cui si è parlato nel paragrafo precedente.

⁽²⁰⁹⁾ Se ne occupano, in particolare, N. COLAJANNI, *La legislazione internazionale del lavoro*, in *Cuore e critica*, IV, 1890, 97-101; *Le otto ore e la legislazione internazionale del lavoro*, in *Critica sociale*, II, 1892, 172-173; 190-191, 205-206, 222-223; *Le otto ore*, in *Rivista popolare*, II, 1894, 245-249; *La grande battaglia del lavoro*, in *Rivista politica e letteraria*, II, 1898, 3, 52-95; E. FERRI, *Violenza privata e delitti contro la libertà del lavoro*, in *La scuola positiva*, II, 1892, 193-199; A. POZZOLINI, *Stretto diritto e interesse sociale nella legge sugli infortuni del lavoro*, ora in *Scritti giuridici*, Pisa, Folchetto, 1922, 131-138; C. CAVAGNARI, *Le controversie del lavoro. Note di giurisprudenza*, Milano, SEL, 1900; E. FLORIAN, *Il diritto di sciopero*, cit., ma soprattutto R. LASCHI, *Il « reato » di sciopero*, in *Archivio di psichiatria*, XXIII, 1902, 219-236, 420-437, e *I delitti contro la libertà del lavoro*, Torino, UTE, 1903.

⁽²¹⁰⁾ R. LASCHI, *I delitti contro la libertà del lavoro*, cit., 172.

Nella medesima prospettiva viene poi scelto anche il terreno sul quale si studiano quelli che oggi si direbbero i *white collar crimes* ⁽²¹¹⁾: per mostrare come non solo dalle classi subalterne — che almeno hanno le loro attenuanti — viene un pericolo per la società, ma che anche da parte delle aristocrazie del denaro e dei ceti dirigenti, che pure sono i responsabili e i beneficiari dell'assetto sociale, vengono attacchi pericolosi al benessere collettivo e violazioni gravi di quelle norme penalistiche che peraltro sono state stabilite proprio dalle classi al potere per la difesa armata dei loro privilegi. C'è una arroganza del potere e della ricchezza che va piegata, si afferma, perché essa — oltre che il risultato di un'attività in sé antisociale — è spesso causa di reazioni (comprensibili, ma facili a sconfinare nella illegalità) da parte di coloro che avvertono di esserne ingiustamente le vittime ⁽²¹²⁾. E non manca, come c'era da attendersi, un appello alla « classe del denaro », perché si ravveda, avverta la fragilità delle basi su cui poggia il suo potere, e ricostruisca intorno a sé il consenso di cui ha bisogno, « dando per prima

⁽²¹¹⁾ In particolare, i reati finanziari, quelli bancari in specie, ed altri delitti 'fraudolenti' (truffa, falsi, ecc.) che presumono nell'autore un livello culturale ed una disponibilità economica tali da collocarlo senz'altro al livello delle classi agiate. Il contributo più completo ed interessante su questo terreno credo possa essere considerato lo studio di R. LASCHI, *La delinquenza bancaria nella sociologia criminale, nella storia e nel diritto*, Torino, Bocca, 1899. Abbiamo poi diversi contributi in materia di 'reati bancari' (Colajanni, soprattutto, per la sua polemica sui fatti della Banca romana), di truffa (Pozzolini), di bancarotta, eccetera.

⁽²¹²⁾ « Occorre che cessi il quotidiano spettacolo delle fortune rapidamente e malamente acquistate, che non è soltanto immorale per sé, ma dannoso per gli effetti che produce: perché vi guarda chi ha logorato la sua vita negli studii e lo confronta con amarezza colle lotte sofferte per il trionfo della verità; perché l'industriale, l'agricoltore, sentono di fronte ad esso l'inanità dei loro sforzi per affrancare il proprio paese dalla servitù economica; e così si fiacca ogni iniziativa, ogni geniale ricerca, e l'utilitarismo instaura la sua nuova morale.

Frattanto nelle classi umili, neglette, l'odio cova e divampa, e certi scoppi di violenza non sono in fondo che una rivolta contro questa grande ingiustizia della frode trionfante, con la complicità di quanti stanno in alto: ora piuttosto di predicare poi contro le selvagge aggressioni e deplorarle come un'onta alla civiltà, vediamo se veramente l'esempio delle classi superiori non sia tale da giustificarle in qualche maniera e non sia d'uopo ch'esse curino il male, cominciando dal riformare se stesse » (R. LASCHI, *La delinquenza bancaria*, cit., 176).

l'esempio dell'onestà e respingendo dal proprio seno tutti gli elementi criminali che la disonorano » (213).

Ora invece, accarezzata, adulata, cercata dai governi, che devono scontare presso di essa i propri errori politici ed economici, questa classe del denaro è divenuta onnipotente e non crede che la sua potenza debba mai tramontare ». « Il carattere del'evoluzione sociale, scrive Loria [*Problemi sociali contemporanei*, Milano, Kantorowicz, 1894, 119], è d'essere un fenomeno affatto inconscio agli sfruttatori di ciascuna fase storica: nati e cresciuti all'ombra di diritti secolari essi ne ignorano la base contingente e il carattere fuggitivo: essi credono di esserne investiti in eterno, per il diritto divino, e non concepiscono neppure la possibilità che il moto delle cose valga ad annientare il loro potere » (...).

Ora, qualunque possa essere il risultato della lotta, che già varca i confini politici e stringe sempre più le falangi dei lavoratori a mezzo del cosmopolitismo socialista, non è certo colla resistenza passiva che le classi capitalistiche potranno cimentare l'urto poderoso che si prepara.

Esse dovranno comprendere che su altra base e ben più stabile *devono ricostituire la loro potenza, se vogliono conservarla, dando per prime l'esempio dell'onestà e respingendo dal proprio seno tutti gli elementi criminali che le disonorano* »..

Tuttavia, e senza dubbio, il punto sul quale i penalisti 'socialisti' si battono con maggiore forza e nel quale individuano in misura molto maggiore che altrove la necessità di mettere alla prova *la coincidenza tra la riforma della legislazione penale ed il progresso globale delle libertà e della democrazia nel paese*, è quello che riguarda la repressione del dissenso politico, le misure di polizia preventiva, l'uso illegale degli apparati dello Stato contro le orga-

(213) R. LASCHI, *La delinquenza bancaria*, cit., 175, « ... l'aristocrazia del denaro — aggiunge Laschi (pp. 174-175) — non ha ragione di esistere non perché il denaro non sia utile in sé, ma perché, mentre essa basa già la sua potenza sopra necessità fittizie, non solo non arreca vantaggi corrispondenti all'enorme quantità di capitali che assorbe dalla circolazione, ricavandone un premio sproporzionato, ma è effettivamente dannosa, insidiando, in mille modi, colle truffe finanziarie, la libera espansione della vita economica e indirizzandola a proprio esclusivo interesse.

nizzazioni politiche e sindacali dei lavoratori, la legislazione speciale contro le associazioni politiche non conformiste.

Ho già accennato alla battaglia condotta da giuristi come Impallomeni contro il domicilio coatto per i politici, alle polemiche sul 'caso Frezzi', all'opera degli 'avvocati dei socialisti' nelle vicende del 1894-95 e del 1898. Ora sarebbe troppo lungo insistere dettagliatamente sull'opera e sul contributo specifico di altri giuristi, ma è almeno il caso di accennare brevemente a questo settore del loro impegno.

Le dure condizioni di lotta politica degli anni novanta, come ho già avuto modo di documentare in altra sede ⁽²¹⁴⁾, spingono quasi tutti i giuristi 'socialisti' ad impegnarsi sul terreno dei delitti politici: da Ferri a Borciani, da Florian a Laschi, da De Luca a Nocito, a Impallomeni, Griziotti, Pozzolini, Zerboglio ed altri ancora. Molti di essi si battono apertamente e con grande decisione e fierezza contro i *provvedimenti politici* tra il '97 e il '99 ⁽²¹⁵⁾ altri contro la repressione di cui è fatto oggetto il partito socialista nel 1894-95 ed anche in seguito ⁽²¹⁶⁾, altri ancora combattono gli abusi dei « tribunali

⁽²¹⁴⁾ M. SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale*, cit., 662 ss.

⁽²¹⁵⁾ E. FERRI, *Il domicilio coatto*, in *La scuola positiva*, VII, 1897, 281-286; *Il progetto di legge sui delinquenti recidivi*, in *La scuola positiva*, IX, 1899, 142-165; *Contro l'utopia reazionaria*. Discorso parlamentare, 3 marzo 1899, Roma, Tip. della Camera, 1899; *Il decreto per i provvedimenti politici*, in *La scuola positiva*, IX, 1899, 506-507; *Battaglie parlamentari. Una campagna ostruzionistica*, Milano, Soc. editr. lombarda, 1899.

Di G. B. Impallomeni vedi i contributi citati nella nota 86. Poi A. ZERBOGLIO, *Contro il domicilio coatto*, in *Rivista popolare di politica...*, III, 1897, 168-173 e M. A. VACCARO, *Intorno ai recidivi e al domicilio coatto*, in *Rivista penale*, LI, 1900, 451-464.

⁽²¹⁶⁾ Penso a A. BERENINI, *I socialisti e la reazione borghese*, Discorso parlamentare, Roma, Tip. operaia, 1896, ma anche all'altro suo discorso *La lotta di classe e la legge del domicilio coatto*, Milano, Ufficio de La lotta di classe, 1894. E penso a E. FERRI, *I socialisti e l'art. 247 codice penale*, cit., e poi *La legge eccezionale 19 luglio 1894 e l'art. 2 cod. pen.*, in *La scuola positiva*, VI, 1896, 105-106 e *Grida sediziose*, in *La scuola positiva*, VI, 1896, 728-730; a L. MAJNO, *Le condanne per l'art. 5 legge 19 luglio 1894*, cit.; a G. B. IMPALLOMENI, *Per la riforma degli art. 247 e 251 del codice penale*, in *Critica sociale*, XI, 1901, 138-140; ad A. POZZOLINI, *Eccitamento all'odio fra le classi. Inno dei lavoratori*, in *Archivio giuridico*, LXII, 1899, 367-368 e *La musica sediziosa*, in *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, III, 1905, 263-264; ed infine ad A. ZERBOGLIO, *Dei delitti contro l'ordine pubblico*, cit., 26 ss.

giberna » in occasione della rivolta dei Fasci ⁽²¹⁷⁾ o di altre proclamazioni di stati d'assedio.

E non si tratta soltanto, si badi bene, di interventi difensivi di tipo strettamente politico, mascherati di scientificità magari dalla sede (una rivista penalistica, o addirittura una prolusione accademica) in cui vengono svolti. Si tratta di momenti distinti ma collegati di un'offensiva generale per la conquista di spazi di libertà reale e di autonomia per le organizzazioni politiche di opposizione. Ciò che si rivendica è un nuovo assetto della legislazione penale (o un uso corretto, legittimo, coerente con le regole di uno Stato fondato sul diritto, della normativa stabilita), perché si avverte che è quello il terreno sul quale, al limite, la prima battaglia per l'emancipazione del movimento dei lavoratori può essere vinta. Certo, i limiti, le contraddizioni del movimento che si faceva portatore di queste istanze, fecero della vittoria — che arrivò — una mezza sconfitta. Ma si era dimostrato il nesso esistente tra il rinnovamento del diritto penale — o del modo di gestirlo — e l'avanzata, sia pure limitata, condizionata, insoddisfacente, dei ceti popolari e della loro proposta di alternativa politica.

In realtà credo che sia possibile dire che sul terreno della difesa delle libertà e su quello del miglioramento delle condizioni di esistenza delle classi lavoratrici, i nostri giuristi avvertirono in pieno il significato strategico della loro battaglia.

Nell'atto stesso della rivendicazione di una riforma della legislazione penale che andasse nel senso di far uscire i ceti subalterni dalle condizioni di abbruttimento e disgregazione in cui si trovavano in particolare le loro componenti più deboli; che le liberasse da una serie di congegni obiettivi di oppressione ed emarginazione spesso causa diretta della risposta criminale di molti loro componenti; che rovesciasse « la tradizione delle persecuzioni che le sommosse dei lavoratori hanno sempre trovato nella legislazione penale » ⁽²¹⁸⁾; nell'atto stesso di quella rivendicazione, dicevo, i giuristi 'socialisti' avvertivano di stare portando avanti non tanto un programma di riforma penale, ma una linea di rinnovamento generale del paese che confermava il momento penalistico tra i momenti-perno di quel

⁽²¹⁷⁾ Tra questi, Impallomeni, di cui ho già detto, Colajanni e De Luca.

⁽²¹⁸⁾ R. LASCHI, *I delitti contro la libertà del lavoro*, cit., 171.

rinnovamento e proponeva proprio essi, gli intellettuali che si erano fatti interpreti delle nuove esigenze, come classe dirigente reale.

Mai forse come in questo caso — scriveva Rodolfo Laschi nel 1903 ⁽²¹⁹⁾, sulla soglia di tempi mutati, con parole che posso qui mettere in explicit — *l'arte di governo si trovò di fronte alla necessità di mutar rotta*, né più maturo ne fu il momento per noi, da che un periodo di operosità industriale sembra sostituirsi alle inquietudini politiche, chiamando a raccolta le sane energie della nazione.

Disciplinare queste con una legislazione non ispirata al terrore ma alla necessità dei nuovi rapporti economici, sì che essa segua, se non preceda, l'evoluzione sociale per non venirne rimorchiata e travolta: *tale il compito delle classi che si dissero fin qui dirigenti e sembrano smarrite di fronte alle nuove responsabilità che l'epoca attuale loro impone.*

Pure non è più lecito ad esse ignorare od illudersi: a loro spetta opporre alla formula della lotta di classe una tattica più saggia e più generosa, e che per questo appunto sarà la più forte.

L'arma civile delle leggi è ancora nelle loro mani: sappiano usarne con prudente larghezza, impugnandola contro il privilegio, voglia esso imporsi dall'alto o dal basso: diversamente l'arma cadrà loro inutile dal pugno, o, peggio, verrà strappata a forza. E sarà, allora, per sempre.

⁽²¹⁹⁾ R. LASCHI, *I delitti contro la libertà del lavoro*, prefazione.

IL DIRITTO PENALE LIBERALE.
LA “RIVISTA PENALE” DI LUIGI LUCCHINI (1874-1900)

La cultura penale italiana e le ‘questioni irrisolte’ negli ultimi decenni dell’Ottocento.

Non è vero che la cultura giuridica italiana del XIX secolo abbia recitato un ruolo secondario, che sia stata parte trascurabile del panorama culturale del paese, che abbia avuto scarsa influenza o poco peso nella sua vita civile e politica (1).

(1) È questo un *leitmotiv* ormai traluzio, che passa da uno scritto all’altro e risuona invariabilmente ogni volta che giuristi critici o storici della cultura esperti solo di alcuni aspetti di essa, affrontano la questione del peso o del ruolo degli intellettuali nella società italiana del secolo scorso.

Consola il fatto che lo stesso verdetto di marginalità o inesistenza venga di fatto pronunciato (ed eseguito con il silenzio) non soltanto all’indirizzo dei giuristi ma anche, per esempio, nei confronti degli economisti, o di quel che si fece in quei decenni nel campo della sociologia o di altre allora balbettanti scienze sociali: quel fatto consola perché autorizza il sospetto che il silenzio non sia la conseguenza di una scelta ragionata venuta dopo un adeguato giudizio sulla cultura e sull’opera dei giuristi.

Sono infatti gli ignari che lasciano la lacuna. Coloro che ignorano tutto del diritto, dei giuristi e dei loro scritti — compresi quelli veramente importanti, quelli che fecero rumore, quelli di cui si parla ancora — finiscono per muoversi nel presupposto della loro inesistenza, mentre il loro lettore si figura chissà quali severe e motivate esclusioni, dimenticando che la lacuna è comunque sempre un cattivo modo di fare scienza, a mala pena ammissibile solo quando viene apertamente dichiarata, e con convincenti motivazioni.

Sono ormai moltissimi gli esempi di questo, diciamo, ‘stile’ ed il suo permanere per inerzia promette la loro moltiplicazione. Mi limiterò dunque ad indicare nel saggio di A. ASOR ROSA, *La cultura*, in *Storia d’Italia*, IV, *Dall’Unità ad oggi*, Torino, Einaudi, 1975 il più risalente e citato tra gli esempi autorevoli recenti di un metodo storiografico nel quale un ignaro silenzio finisce per apparire una severa esclusione, e l’assenza di ogni ragionamento che dica e spieghi il perché della lacuna finisce per farla sembrare ovvia, giusta, fuori discussione.

Questo breve saggio non ha, come oggetto principale, lo scopo di dimostrarlo, ma tutta la ricerca che ha comportato, le riflessioni dalle quali si è mosso e quelle attraverso le quali verrà costruito, dicono che l'affermazione che vuole la cultura giuridica marginale, povera e senza pretesa, è falsa.

Certo, l'insufficiente respiro di queste pagine, la relativa estensione del loro angolo visuale e la limitatezza delle fonti, non consentiranno una totale e solare dimostrazione di quell'errore: mi arrischio a sperare, tuttavia, che i suoi qualsiasi risultati sembreranno sufficienti al lettore intelligente — che ha un proverbiale bisogno di poco — per rendersene conto.

Il mio compito principale è quello di ricostruire e pesare la vicenda culturale e politica di un'impresa non piccola che, partita nel 1874, ha molto contato nei trent'anni successivi. Essa ha segnato con la sua forte presenza — per una parte, certo, e non da sola — la vita culturale italiana, la legislazione penalistica del Regno, la formazione di più d'una generazione di giuristi (avvocati, giudici, professori, uomini di governo) ed anche il senso stesso del sentire comune su almeno due terreni particolari, ma non insignificanti: quello della diffusa percezione, considerazione e valutazione del fenomeno criminale e quello della risposta data, o da dare ad esso, da parte dell'autorità e dello Stato.

La *Rivista Penale* (conserverò le maiuscole, osservando una rigorosa disposizione del suo redattore ⁽²⁾) costituisce infatti da sola

È così facendo che le 1365 pagine di un volume dedicato al tema *Intellettuali e potere* nell'importante serie degli *Annali* (vol. 4) della stessa *Storia d'Italia*, pubblicata da Einaudi a cura di C. VIVANTI, possono non contenere una parola — se si esclude un saggio di S. Cassese dedicato a Giolittismo e burocrazia nella « cultura delle riviste » — sul rapporto dei giuristi con il potere, sulla forza del loro ceto, sulla loro influenza nella concezione e costruzione delle forme di Stato, o del suo modo di organizzarsi e funzionare, sul loro peso nella gestione e conduzione del governo, nella legislazione, nelle mentalità e nei modi di vita delle classi medie, nella Chiesa, nella società civile, nelle università e nei tribunali, nelle curie dei Principi, nei parlamenti e Dio sa ancora dove. Tutto questo, badare bene, non con riferimento alla seconda metà dell'800, ma su di un arco di tempo che copre, come è giusto, tutto il presente millennio.

(2) Nel citarla, si indicherà in primo luogo il numero del volume semestrale, che è progressivo e serve a trovare rapidamente il pezzo che si cerca; poi, con numero romano, l'annata di riferimento, quindi l'anno di pubblicazione e poi le pagine alle quali si farà ogni volta rinvio.

uno specchio in cui decenni di storia si sono riflessi in maniera tanto ricca, completa e persuasiva, da poter essere ricostruiti — nel loro versante giuridico, e per ciò che attiene alle politiche penali di questo paese — semplicemente a partire dalle sue pagine. E ciò vale per quell'arco di cinquantanni che va dalla sua fondazione all'avvento del fascismo, in cui il suo fondatore Luigi Lucchini la diresse libero da condizionamenti e censure. Per cui forse si può pensare che non è per caso che essa esista ancora, anche se della antica Rivista di Lucchini conserva poco più che la testata: il suo durare, infatti, non si deve soltanto all'opera di chi continuò a pubblicarla, ma certo anche a quella eccezionale vitalità iniziale che le conferì un abbrivio straordinario, del quale è riuscita a valersi per più di un secolo: rarissimo caso tra le riviste italiane, delle quali è sicuramente una delle massime per età.

Per questo scritto mi sono limitato ai primi trenta anni, all'incirca, della sua esistenza. Da un lato questo corrisponde al limite cronologico di una ricerca che vuole contribuire ad uno studio sulla 'cultura delle riviste nel secolo XIX'; dall'altro, cosa più importante, quei primi trenta anni sono certamente i più ricchi ed i più significativi di tutta la storia della *Rivista Penale*. Vennero passati, a tacere d'altro, ad affrontare problemi politici e battaglie culturali memorabili: dall'avvento del codice Zanardelli, alla polemica con la scuola positiva, dalla battaglia combattuta in difesa delle libertà nella crisi di fine secolo, fino all'impegno per l'*incivilimento* del sistema punitivo, culminato con il fallito tentativo di dare all'Italia un nuovo codice di procedura penale che introducesse in quel sistema un processo all'altezza di un paese moderno.

Non sono pochi né piccoli i problemi aperti in Italia alla metà degli anni settanta del secolo scorso.

Per restare soltanto a quelli che in qualche modo investono la riflessione dei penalisti, basterà pensare alla crescita del fenomeno criminale ⁽³⁾, che se pure non allarma tutti dal punto di vista

Si fa presente una volta per tutte che quando nei passi citati si incontreranno *non brevi tratti in corsivo, il corsivo deve intendersi nostro*. Il caso contrario verrà segnalato, ma si può dire fin d'ora che la cosa, quasi certamente, non si darà, perché non era costume della *Rivista Penale* usare il corsivo se non per semplici parole o per espressioni brevissime.

⁽³⁾ Alcuni sosterranno, e tra questi Lucchini, che quella crescita non era reale, ma

quantitativo, resta preoccupante per la sua qualità; allo stato di grave inadeguatezza dell'apparato repressivo nel suo complesso che ha, come punti di crisi ai suoi due estremi, una polizia impreparata e ben al di sotto dei suoi compiti ed un sistema carcerario interamente da ricostruire; al fatto che nel Regno sono in vigore contemporaneamente tre codici penali ⁽⁴⁾ e che l'unificazione non sembra prossima a venire, ostacolata, tra l'altro, dalla questione della abolizione della pena di morte che ingombra il terreno e intralcia il lavoro di codificazione, fuorviandolo ed abbassandone per molti versi la qualità.

A questi, che sono i problemi del paese, ma non sono certo i soli che l'Italia ha in quegli anni, vanno ad aggiungersi quelli, particolari e forieri di altre difficoltà, che impegnano il mondo della scienza penale e rendono difficile la sua azione. La penalistica italiana è infatti divisa, perché risente ancora della formazione diversa di tanti suoi esponenti, dovuta alle differenti tradizioni culturali maturate soprattutto in area toscana, napoletana e padana; è impreparata

apparente. Si sa, tuttavia, che per quanto riguarda le conseguenze psicologiche di un incremento della criminalità (e cioè: allarme sociale, reazione dell'opinione pubblica, risposta poliziesca e inasprimenti della legislazione penale), non v'è alcuna differenza tra un *incremento reale* ed un *incremento creduto*.

⁽⁴⁾ Enfatizzando un poco, così scrive L. LUCCHINI, *Sull'antico progetto del nuovo Codice penale italiano. Considerazioni generali*, in *Rivista Penale*, 15, VIII, 1881, pp. 457-458: « ... tutti all'occasione esclameranno essere pur l'ora di porre un termine agli indugi, essere tempo di mondarci dal rimprovero, che in ventidue anni, dacché il nostro paese è costituito a unità e indipendenza, non siamo stati ancor capaci di unificare quella parte della legislazione che non a torto si ritiene del più eminente interesse sociale, civile e politico.

Mentre infatti tutte le contrade italiane obbediscono ad un solo e medesimo ordinamento, in materia di diritto civile, giudiziario, amministrativo, tre diversi codici penali si contendono l'impero dell'alta, della media e della bassa Italia. E mentre noi guardiamo con ammirazione fra gli Stati stranieri uno de' maggiori, la Germania, la cui compagine è di carattere essenzialmente federativo, prima ancora di essere stretta dai vincoli imperiali, stabilire come diritto comune una sola legislazione penale, più triste al certo si rappresenta lo spettacolo della pluralità dei Codici nel nostro paese unitario ».

Egli fa evidentemente riferimento al Codice penale sardo piemontese del 1859, divenuto Codice del Regno d'Italia all'indomani dell'Unità; al Codice toscano del 1853, conservato in vigore in Toscana; ed allo stesso Codice del 1859, nella sua versione notevolmente modificata e messa in vigore per le Province Napoletane dal decreto luogotenenziale di Eugenio di Savoia del 17 febbraio 1861.

all'impatto con le nuove scienze coinvolte dallo sviluppo del diritto penale (prima la criminologia, la statistica, le discipline carcerarie, la 'nuova' medicina legale, e poi l'antropologia e la sociologia criminale); è ancora poco sviluppata e poco presente in molte facoltà giuridiche, dove spesso il penalista manca di autorevolezza, tiene l'insegnamento 'misto' del diritto unito alla procedura penale e confonde ancora i suoi corsi con quelli di filosofia del diritto, in omaggio ad una vecchia tradizione che voleva il diritto penale fortemente ancorato a quel genere di sapere: tutto ciò mantiene la scienza penale italiana in una condizione fortemente provinciale, la priva di contatti 'alla pari' con le scuole penalistiche d'oltre confine, e le rende difficili i necessari cambiamenti.

Dominata dalla grande figura di Francesco Carrara, che è però il punto di arrivo, sebbene altissimo, di una tradizione ormai esaurita, essa è alla ricerca di un rinnovamento, anche di uomini. La scuola che verrà poi detta 'classica' è in questa fase fin troppo articolata in correnti metafisiche, eclettiche, fidanti nell'origine divina del diritto penale, tardoutilitaristiche, di liberalismo toscano o di praticismo napoletano, di giusnaturalismo laico, di spiritualismo integralista o di garantismo contrattualista, e tiene insieme in un indirizzo, che Carrara vuole si chiami *scuola italiana* ⁽⁵⁾, uomini molto distanti tra loro.

Tra tante debolezze, differenze e divaricazioni, il nuovo fa fatica a farsi strada, ma è proprio a partire dagli anni settanta che comin-

⁽⁵⁾ Così nella lettera di 'viatico' per la nuova rivista inviata a Lucchini il 17 luglio 1874 (in *Rivista Penale*, 1, I, 1874, p. 8), e soprattutto nell'opuscolo intitolato *Cardini della scuola penale italiana, a chi vuole intendere novellamente dichiarati*, Lucca, 1875, poi riprodotto in *Rivista Penale*, 5, III, 1876, pp. 148-163. In esso Carrara risponde ad un articolo di CH. ROEDER, *Sul fondamento e sullo scopo della pena, in riguardo alla teoria dell'emenda*, in *Rivista Penale*, 2, I, 1875, pp. 273-286), ribadendo, in una sorta di Manifesto, il principio della tutela giuridica: « ... *sovranità del diritto e sua protezione* (...). Esprimasi questa idea con la formula che il delitto sia la negazione del diritto e la pena la sua riaffermazione; si esprima con la formula della protezione che l'ordine sociale dà alla legge giuridica; si esprima con la formula più recisa, tutela giuridica: tutto torna allo stesso. Il concetto non è che uno; è il diritto sovrano del mondo morale; suo strumento ogni altra istituzione » (p. 149). E su questo punto essenziale, quasi una bandiera della 'scuola italiana', egli chiama a raccolta Ellero, Pessina, Tolomei, Buccellati e Canonico (pp. 151-152), gli esponenti più autorevoli della penalistica italiana che erano già, in quel momento, il punto di forza della *Rivista Penale*.

ciano a intravedersi i primi sintomi di qualche cambiamento: la leadership della 'scuola italiana', pur mantenendosi intatto l'ossequio al magistero di Carrara che nessuno osa contestare, si articola un poco, e si guarda ad Enrico Pessina, Pietro Nocito, Antonio Buccellati o Tancredi Canonico, come a uomini capaci di conddividerne la funzione di guida. L'impegno scientifico e parlamentare per la creazione del nuovo codice comincia a produrre qualche effetto di sprovincializzazione, perché costringe a guardare fuori dai confini alle esperienze altrui e provoca contatti e confronti veri: agli scambi, di corrispondenza, che gli esponenti più in vista non avevano mai smesso di coltivare, si aggiungono così vere e proprie esperienze di insegnamento e ricerca in altri paesi, come quella che portò fruttuosamente Emilio Brusa in Olanda proprio in quel torno di anni (6). Anche la presenza sulla scena culturale di nuovi campi di ricerca comincia ad essere vista con qualche interesse dai più attenti tra i penalisti: qualche attenzione viene rivolta allo sviluppo di scienze come la sofistica o come la 'rinnovata' medicina legale avviata da Lombroso fin dal 1865 (7); si avverte l'importanza che potrebbero avere per gli studi penali e criminologici i nuovi elementi evolutivisti e positivi che passano attraverso la sociologia venuta dall'Inghilterra e dalla Francia; si sente insomma che sarebbe bene non essere esclusi del tutto dal fervore culturale che proprio alla metà di quel decennio, tra il 1874 e il 1876, produce significative imprese editoriali (8) ed opere di notevole eco come *Le scuole economiche*

(6) Professore prima a Modena, poi a Torino, Emilio Brusa diviene ordinario di diritto penale nella Università di Amsterdam nella seconda metà degli anni settanta. Risultato principale di questa sua esperienza olandese è il volume dal titolo *L'ultimo progetto di Codice penale olandese*, Bologna, 1878, che contiene un amplissimo saggio di introduzione e commento (pp. 7-194) a quel progetto, scritto nello spirito di contribuire agli studi che si venivano facendo intorno al suo omologo italiano.

(7) Mi riferisco ad uno studio, che Lombroso stesso cita come segno della precocità delle sue ricerche, dal titolo *Medicina legale dell'alienazione mentale studiata col metodo sperimentale*, Padova, 1865 (cfr. C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente, in rapporto all'antropologia, giurisprudenza e alle discipline carcerarie*, Torino², 1878, p. 5).

(8) Basterà fare riferimento al *Giornale napoletano di filosofia e lettere, scienze morali e politiche*, che comincia ad uscire nel 1875, diretto da Francesco Fiorentino. Già P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, Milano, 1977, pp. 201 ss., lo ha segnalato quale indizio di un clima culturale che favoriva attenzioni pluridisciplinari e collegamenti, in particolare, tra i problemi del diritto e quelli della politica, dell'economia, della

della Germania di Cusumano, *La filosofia positiva* di Schiattarella, o *L'uomo delinquente* di Lombroso ⁽⁹⁾.

È in questo contesto di problemi, debolezze, voglia di novità e bisogno di allargare il campo di ricerca per le scienze criminali, che nell'agosto del 1874 — viene pubblicato a Padova, dagli editori Fratelli Salmin, il primo fascicolo della *Rivista Penale*.

Il *Programma* della rivista, scritto dal suo direttore Luigi Luc-

riflessione filosofica e, in generale, tra la scienza giuridica e le nuove metodiche 'positive'. Mi rifaccio anch'io a quell'impresa napoletana, peraltro « di non grossa risonanza e di non lunga vita », nello stesso spirito in cui giustamente Grossi la cita ad esempio: essa, come anche altre consimili di già affermata tradizione, o che sarebbero apparse di lì a poco (si pensi all'*Archivio giuridico* o alla *Nuova Antologia*, che ospitano interventi di giuristi e non giuristi su temi che tendono a scambiarsi ed incrociarsi; oppure all'*Annuario delle scienze giuridiche, sociali e politiche*, diretto da CARLO F. FERRARIS, che sarebbe uscito nel 1880), mostra la presenza di un forte interesse da parte di alcuni dei giovani giuristi più avveduti ad « esplorare dimensioni culturali diverse », a saldare stretti rapporti tra il diritto e le altre scienze politiche e sociali, a mettere utilmente la falce nel campo del vicino.

⁽⁹⁾ La prima edizione dell'*Uomo delinquente in rapporto alla Antropologia, alla Medicina Legale ed alle discipline carcerarie*, viene pubblicata a Milano da Hoepli nel 1876, dopo che alcuni altri scritti di Lombroso in tema di medicina legale, antropologia e antropologia criminale avevano già circolato tra i giuristi (per es. nelle *Memorie del Laboratorio di psichiatria e medicina legale della R. Università di Pavia*, a sua cura, Bologna, 1875, che contengono suoi lavori su *Pazzi e delinquenti* e sulla *Antropologia del tatuaggio in Italia, in ispecie fra i delinquenti*); altri scritti erano stati diffusi proprio per iniziativa della *Rivista Penale* (ancora un saggio su *Pazzi e delinquenti* ed un lavoretto *Sulle associazioni al mal fare*, nel 1875).

Il volumetto famoso di R. SCHIATTARELLA, *La filosofia positiva e gli ultimi economisti inglesi*, Milano, 1876, ebbe anch'esso notevole peso e diffusione tra i giuristi, stimolando un interesse verso i metodi positivi che stavano già largamente prendendo piede in quella fase. Il libro di V. CUSUMANO, *Le scuole economiche della Germania in rapporto alla questione sociale*, Napoli, 1875 è il risultato del rimaneggiamento di un grosso saggio pubblicato nel 1874 nell'*Archivio giuridico* (XI, 1874, pp. 113-137, 240-265, 395-420; XII, pp. 284-317), dal titolo *Sulla condizione attuale degli studi economici in Germania*. « È un saggio di riflessione economica — ha scritto P. GROSSI, 'Un altro modo di possedere', cit., pp. 204-205 — collocato in un contesto di riflessione giuridica — uno dei molti — ma è testimonianza viva della segnalata osmosi interdisciplinare, più che per la circostanza estrinseca della sua collocazione, per il discorso complesso di cui Cusumano si faceva portatore (...). Il saggio era costruito sulla coscienza della absurdità d'una scissione tra il lavoro del giurista e quello dell'economista; coscienza che derivava da una oggettiva unità metodica fondata 'sullo stretto rapporto che vi ha tra l'economia politica e le altre scienze politiche e sociali' ».

chini, riflette punto per punto il complesso di questioni che abbiamo adombrato qui sopra. Desta quasi meraviglia l'estrema precisione con cui ognuno di quei nodi — malgrado l'inevitabile ritualità legata ad ogni 'presentazione' — viene individuato, registrato e poi trasformato in un punto programmatico. Una precisione che è indizio della abilità e della sicurezza di Lucchini nel cogliere i problemi aperti, vedendo subito i lati dai quali è possibile cominciare ad affrontarli e risolverli.

Il primo punto che egli annota nel suo *Programma* riguarda il fatto che la rivista è la prima e l'unica che sia esclusivamente rivolta alle discipline penali; si colma così una lacuna e si assumono importanti responsabilità, tanto più che accanto al dovere di fornire adeguate risposte al « perenne manifestarsi dei voti di riforma su queste materie », si affaccia un nuovo, enorme compito: quello di fiancheggiare i lavori di preparazione del nuovo codice penale, riavviati seriamente dalla presentazione in parlamento del 'progetto Vigliani', e di fare quindi « di un Giornale il centro a cui affluiscono gli scritti i più egregi intorno a questo Progetto », dall'Italia e dall'estero.

Per quanto riguarda la credibilità scientifica della sua iniziativa, Lucchini deve aver lungamente lavorato per procurarsi coperture e collaborazioni: pressoché ignoto avvocato veneziano, legato alla scuola del padovano Tolomei, non basterebbe da solo a far decollare la sua creatura. Ma, avverte, « ... il sottoscritto ha potuto assicurarsi l'appoggio e la collaborazione dei più illustri cultori del giure penale in Italia: Carrara, Vacca, Mancini, Tecchio, Pessina, Paoli, Tolomei, Buccellati, Cesarini, Canonico, Brusa, Casorati, Saluto, Nocito, Ellero, Diena, Giuriati ». Sarebbe poco dire che in quell'elenco c'è quanto di meglio offra la penalistica italiana; ci sono proprio tutti quelli che contano e valgono: la rivista parte dunque col piede giusto.

Poi gli avvertimenti: si darà conto del movimento legislativo italiano e straniero, pubblicando anche, all'occorrenza, sommari degli stessi resoconti parlamentari; « speciale premura si avrà nei riguardi della Giurisprudenza », attraverso la pubblicazione di massime, commenti, e brani di giurisprudenza storica.

Un pensiero di armonia e di unità deve poi regolare ed assimilare le tre

parti in cui la rivista si distingue, trattandole in modo che l'una con l'altra si soccorrano, e vicendevolmente si avvantaggino. Raccogliere insieme l'esame dei principii e l'applicazione che ne può fare la legislazione e la pratica — *fondare un archivio compiuto di diritto penale, in cui si intreccino ad una volta le elocubrazioni scientifiche e i risultati della pratica, e che, mercè un lavoro di coscienziosa critica, possa esercitare un'utile influenza sul cammino della legislazione e della giurisprudenza* — questo è il compito supremo che il sottoscritto s'è prefisso con la pubblicazione della rivista (10).

Accanto al disegno di integrazione scientifica col quale Luigi Lucchini si propone di affrontare lo sviluppo del diritto penale e delle sue applicazioni, ecco la dichiarazione di intenti metodologici: « Tutte le scienze che si collegano col giure punitivo — avverte — riceveranno premurosa accoglienza e troveranno posto in proporzione della loro importanza »: così come la rivista baderà ad ottenere ed incrementare collegamenti internazionali, anch'essi già largamente assicurati (11), per quell'opera di sprovvincializzazione che, specie sul terreno legislativo, si presenta urgente ed essenziale.

Un programma denso, adeguato alle risorse ed alle energie della scienza penale italiana ed all'altezza, così sembrava, dei suoi compiti. Un programma, devo aggiungere, che verrà puntualmente — quasi puntigliosamente — osservato e realizzato, passo dopo passo, nel decennio successivo, fino all'avvio della seconda serie che partirà, come vedremo, con un progetto rinnovato, dopo che molti dei primi propositi s'erano, bene o male, fatti realtà.

Luigi Lucchini e la sua rivista-persona.

Ma chi era questo Luigi Lucchini, avvocato e professore di Diritto e procedura penale nella Scuola superiore di commercio di Ca' Foscari a Venezia?

In quel 1874 in cui dà l'avvio alla sua impresa, non era che un

(10) L. LUCCHINI, *Programma*, in *Rivista Penale*, 1, I, 1874, p. 6.

(11) Anche in questo caso l'elenco è sorprendentemente lungo e di elevato livello: Helie e Lucas, Thonissen e Prins, Molinier, Olivecrona e Guillery, e poi Roeder, Berner, Geyer, Wahlberg, Schutze, Keller, Hornung, che rappresentano quasi tutto il meglio della scienza penalistica in attività tra Francia, Belgio, Austria e Germania, fanno parte della lista, che peraltro si conclude con uno stupefacente 'eccetera'.

giovane di 27 anni ⁽¹²⁾, che cominciava appena a farsi conoscere. Aveva già pubblicato un apprezzato scritto di critica legislativa e

⁽¹²⁾ Luigi Lucchini era nato a Piove di Sacco nel 1847 (mentre suo padre Gerolamo, che poi sarebbe entrato nella carriera di giudice concludendola come Presidente di sezione della Corte veneta, era cancelliere in quella Pretura), e sarebbe morto a Limone sul Garda nel 1929. Nella sua vita ha svolto ai massimi livelli tutte le funzioni che contano per chi, militando nel campo del diritto, voglia lasciarsi un'impronta di qualche rilievo. Professore, dopo l'incarico veneziano a Ca' Foscari, a Padova, poi a Modena, a Siena (dove fondò il 'Circolo Giuridico') ed infine a Bologna; direttore, oltre che della *Rivista Penale*, del *Digesto italiano*; giudice (lo troviamo Procuratore generale a Firenze e poi, in anni decisivi, componente della seconda sezione penale della Corte di Cassazione); deputato al Parlamento per il collegio di Verona dal 1892 al 1907 e poi, dal 1909, senatore del Regno; legislatore (ebbe, come vedremo, grandissima e decisiva parte nel Codice Zanardelli, per il quale scrisse la famosa relazione allegata al progetto definitivo).

La bibliografia di uno scrittore impegnato come lui, che ha operato per oltre cinquant'anni, è ovviamente vastissima, e non è possibile richiamarla tutta. Prevalgono, del resto, gli scritti brevi, gli interventi polemici, i saggi nei quali impostava o puntualizzava questioni importanti, o semplicemente attuali. Ma accanto a questi stanno opere come il suo libro giovanile sul carcere preventivo, del quale parlo qui sotto; come *I Semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale*, Torino, UTE, 1886, che segnò una tappa fondamentale nella polemica tra 'classici' e 'positivi', e rappresentò un punto fermo nel processo di 'rinsavimento' di tanta cultura penalistica italiana, anche di ispirazione rinnovatrice e riformista, di fronte al diffondersi delle 'schicchezze' positiviste, specie nella fase meno controllata di quella diffusione (che corrisponde al periodo di dominio incontrastato di Enrico Ferri), dalla metà degli anni ottanta ai primi novanta; come gli *Elementi di procedura penale*, usciti in prima edizione a Firenze, nella serie dei Manuali Barbera, nel 1895: «... per i tempi nei quali sono usciti — ha ripetuto C. BETTIOL, *Luigi Lucchini e i cento anni della Rivista Penale*, in *Rivista Penale*, CI, 1974, p. 579, citando un giudizio di Ugo Conti — gli *Elementi* possono essere ritenuti l'opera migliore del tempo». Ma voglio ricordare anche gli scritti, che ritengo di grande rilievo, in materia di 'libertà politica e misure di prevenzione': la relazione al II Congresso giuridico italiano/internazionale di Torino (1880) dal titolo *Istituti di polizia preventiva*, in *Atti*, Torino, Botta, 1881, pp. 35-170, seguita da ulteriori saggi quali *Sull'ammonizione e sul domicilio coatto secondo la vigente legislazione italiana*, in *Annali di statistica*, 2° s., vol. 25, 1881, pp. 121 ss.; *La riforma della legge di pubblica sicurezza*, in *Rivista Penale*, 18, IX, 1883, pp. 5-19, 231-254; *Giustizia e polizia*, in *Rivista Penale*, 20, X, 1884, pp. 94-198. Accanto a questi, voglio segnalare quelli che mi paiono i più importanti tra i suoi scritti, pubblicati soprattutto nella *Rivista Penale*, ma anche altrove, relativamente al periodo preso in considerazione per questo saggio: *Sull'antico progetto del nuovo Codice penale italiano*, in *Rivista Penale*, 15, Vili, 1881, pp. 457-474; *Soldati delinquenti. Giudici e carnefici*, Bologna, Zanichelli, 1884; *Reato e delinquente in generale nel Progetto del Codice penale italiano*, in *Rivista Penale*, 21, XI, 1885, pp. 277-296; *Ancora e sempre*

processuale sul carcere preventivo ⁽¹³⁾, ed un libriccino meno fortunato, perché fumosamente impostato, in cui ragionava di massime questioni sulla (significativa) base della ‘evoluzione cosmica’ ⁽¹⁴⁾. Era alle prime armi, e destano quindi allo stesso modo sorpresa, per un verso la sua capacità di allacciare contatti così importanti e per l’altro l’udienza che gli accordano tanti maestri famosi di tutta Europa. Non si può dunque fare a meno di considerare anche questo un segno di tempi attenti e pronti a dare credito ad ogni

contro la tripartizione dei reati nel Progetto di Codice penale, in *Rivista Penale*, 22, XI, 1885, pp. 429-439; *Sulla riforma carceraria*, [Discorsi pronunciati alla Camera dei deputati], Roma, Tip. della Camera, 1892-93; *Il progetto di codice penale svizzero*, in *Rivista Penale*, 45, XXIII, 1897, pp. 5-24; *Somme finalità del giure penale*, in *Studi giuridici per le onoranze a Francesco Carrara*, Lucca, Tip. Ed. A. Marchi, 1899, pp. 403-422; 29 luglio. *Diagnosi dolorosa!* in *Rivista Penale*, 52, XXVI, 1900, pp. 305-312; infine, una grande quantità di voci, che sarebbe veramente troppo lungo citare, pubblicate nel *Digesto Italiano*.

⁽¹³⁾ Uscito nel 1872, *Il carcere preventivo ed il meccanismo istruttorio che vi si riferisce nel processo penale. Studio di legislazioni comparate antiche e moderne, seguito da uno schema-progetto di legge dell'autore*, Venezia, tip. Naratovich, aveva già avuto una seconda edizione, nella quale erano stati aggiunti, tre l’altro, gli *Atti del Congresso giuridico italiano sull'argomento*, nel 1873, sempre a Venezia, per i tipi dei librai editori Levi & C. Di questo libro aveva già dato conto L. CASORATI, *Sunto di studi sulla procedura penale*, in *Monitore dei Tribunali*, XIV, 1873, pp. 666-673 e 721-727, con una lunga recensione-rassegna molto favorevole, all’interno di una monografia destinata ad avere una notevole diffusione (nella edizione separata, Milano, Rechiedei, 1873), tanto da costituire a sua volta uno dei punti di avvio della notorietà di Casorati, che sarà poi, come si è visto, tra i primi corrispondenti della *Rivista Penale*.

Nello stesso anno, il 1873, Lucchini aveva anche lui iniziato a collaborare con il *Monitore dei Tribunali* con una lungo resoconto del libro di M. DIENA, *Della procedura in contumacia nelle cause correzionali. Studio di legislazione e giurisprudenza*, Venezia, Tip. del Rinascimento, 1873 (*Monit. d. Trib.*, XIV, 1873, pp. 991-996) e con una breve *Nota* in tema di truffa (*Monit. d. Trib.*, XIV, 1873, pp. 956-957).

⁽¹⁴⁾ Si tratta dello scritto *Filosofia del diritto e della politica sulle basi dell'evoluzione cosmica*, Verona, Drucker, 1873, in cui Lucchini esprimeva opzioni evoluzioniste e metodologie che chiamava ‘induttive’: opzioni e metodologie che, a sua detta, sarebbero rimaste le sue negli anni successivi. « ... la sintesi ... è che io non ho modificato di una linea le antiche idee e aspirazioni — avrebbe scritto a proposito di quell’opera giovanile in *Per un fatto personale*, in *Rivista Penale*, 36, XVIII, 1892, p. 187 — che mi reputo e professo, ora come allora, evoluzionista e positivista nel senso genuino della parola, e che, appunto per questo e in nome di questo indirizzo scientifico, io combatto con tutte le mie forze il falso positivismo degli antropologi e sociologi ... criminali ».

iniziativa che promettesse di chiamare a raccolta energie, di agitare problemi e di proporre innovazioni, anche se, gli ricorda Francesco Carrara, « nella via di un moderato progresso », badando ad « astenersi dai troppo rapidi slanci, che potrebbero essere perniciosi »⁽¹⁵⁾.

Resterà sconosciuto ancora per poco. La rivista prenderà piede con grande rapidità e gli darà una crescente notorietà, fatta anche di considerazione scientifica, oltre che di apprezzamenti per le sue qualità di organizzatore culturale e di riconoscimenti per la fermezza morale con cui terrà le sue posizioni teoriche e metodologiche. E tutto questo darà frutti conseguenti: la sua carriera accademica, tranquilla e relativamente rapida, il suo ruolo nella formazione del codice penale nuovo, la sua collaborazione con più di un ministro guardasigilli, dovranno molto al peso che la rivista veniva acquistando; e non solo a quello che le derivava dalla qualità della elaborazione tecnica e scientifica che vi si andava svolgendo, ma anche a quello prodotto dalla grande forza di influenza che essa s'era man mano conquistata, affermandosi come voce autorevolissima (e, va aggiunto, per quasi vent'anni, unica⁽¹⁶⁾) nel campo delle discipline penali.

I successi ed il prestigio della *Rivista Penale* si riverberano su di lui, perché Luigi Lucchini si identifica interamente con essa: una rivista persona⁽¹⁷⁾, come tante altre in quell'epoca, nella quale il

⁽¹⁵⁾ F. CARRARA, *Lettera al Direttore*, in *Rivista Penale*, 1, I, 1874, p. 8.

⁽¹⁶⁾ La scuola positiva, rivista rivale diretta da Enrico Ferri, uscirà a partire dal 1891, e solo negli anni successivi comincerà ad affollarsi ancora di più il campo delle riviste penalistiche; nel periodo che affronteremo vedremo nascere *Il foro penale*, nel 1892, *La giustizia penale*, diretta da Giovan Battista Impallomeni e Gennaro Escobedo, nel 1895, la *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, diretta da Adolfo Zerboglio e Alfredo Pozzolini, nel 1900.

⁽¹⁷⁾ L'espressione è di Renato Serra, che l'ha usata scrivendo a Luigi Ambrosini nel marzo del 1910 (R. S., *Epistolario*, Firenze², Le Monnier, 1953, pp. 310-311, ma io cito da L. MANGONI, *Le riviste del Novecento*, in *Letteratura italiana*, I, *Il letterato e le istituzioni*, Torino, Einaudi, 1982, p. 945). « La rivista persona, scriveva Serra, esprime solo e sempre un uomo; o un gruppo, una famiglia di spiriti ben definita ». La definizione si addice dunque perfettamente al rapporto di Luigi Lucchini con la *Rivista Penale*, e si adatta così bene anche ad altre, numerosissime, riviste anche giuridiche, che il passo di quella lettera di Serra sta diventando famoso. L'ha già ricordato e commentato Sabino CASSESE nella sua *Testimonianza* in *La « cultura » delle riviste giuridiche italiane*, Atti del primo incontro di studio, Firenze, 15-16 aprile 1983, a cura di P. GROSSI, Milano,

direttore imposta la linea culturale, sceglie ogni volta gli obiettivi programmatici, cura da solo tutti gli aspetti 'redazionali', assume personalmente confronti e polemiche. Senza, tuttavia, che la rivista perda il suo carattere rappresentativo di un'area vasta ed importante della cultura penalistica in quella fase: anzi, divenendo sempre più, come vedremo, un punto di riferimento assai generalizzato.

È soprattutto dai primi anni ottanta in poi che la figura di Luigi Lucchini si sovrappone con assoluta evidenza all'immagine della rivista. Fino ad allora, come vedremo tra breve, la sua opera di direzione era valsa a dare al periodico un carattere preciso, fatto di accurate e rigorose forme redazionali (sulle quali tornerò), di uno stile misto di apertura e fermezza nella discussione culturale, di polemiche moderate, ma tuttavia chiaramente indirizzate, in campi che andavano dai problemi della unificazione del diritto penale italiano alla abolizione della pena di morte, dalla giuria alla detenzione preventiva, dalla libertà personale alla riforma carceraria.

Dagli anni ottanta le cose cambiano, e tutto si deve alla comparsa della nuova tendenza teorica suscitata da *L'uomo delinquente* di Cesare Lombroso, che conosce nel 1878 una seconda edizione (importante più della prima, quanto alla ripercussione sugli studi penalistici), e dai primi lavori di Enrico Ferri: *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, che è anch'esso, del 1878, ed *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, pubblicato nel 1881.

La reazione di Lucchini fu giusta nei contenuti, nella direzione e nel segno, ma smisurata nel modo.

Si svolse sulla rivista una prima polemica di ampio respiro e di tono elevato ⁽¹⁸⁾, culminata con la pubblicazione de *I semplicisti* nel 1886, e conclusasi con la promulgazione del nuovo codice penale, che era stato insieme, in quei dieci anni, il terreno di scontro e l'oggetto della contesa. Ad essa seguì però — soprattutto dopo il 1890, in coincidenza con l'apparizione de *La scuola positiva* — una lunga fase di improduttivi litigi, fatti di denigrazioni, irrisioni, snaturamenti delle posizioni avversarie e, quindi, di totale incomu-

Giuffrè, 1984, p. 45, e certo altri lo ricorderanno anche in questo numero dei *Quaderni fiorentini*.

⁽¹⁸⁾ Rinvio alle pagine dedicate allo scontro tra la Rivista e la 'Scuola', con i commenti agli scritti di Buccellati, Brusa, Gabelli, Lucchini e Impallomeni.

nicabilità tra le due posizioni in campo. Il dibattito scientifico venne interamente rimpiazzato dalla rissa, e la parte che ebbero in questo il carattere e lo stile di Luigi Lucchini non fu piccola. È la fase in cui nella rivista appare regolarmente, nella Cronaca di ogni fascicolo, una nota vergata personalmente dal direttore, che si intitola *Florilegio* «positivista»: costruita sul sarcasmo, spesso rivelatrice delle 'enormità' che venivano ogni tanto concepite nel campo della 'nuova scuola', talora divertente, quella nota contribuì a costruire intorno a Lucchini un'immagine di scienziato accanito, che rinuncia alla discussione anche serrata, pur di non perdere i vantaggi polemici assicurati da un atteggiamento beffardo. Gli si cucirono addosso un'aura di 'vendicatore del vero' ed un ruolo di primo gladiatore della 'scuola classica' che non gli giovarono, come non giovarono alla discussione e quindi al progresso della scienza penalistica italiana in quel non breve torno di anni (19).

Ma anche la rissa tra 'classici' e 'positivi' (ai termini della quale, così come finirono per riflettersi nella *Rivista Penale*, bisognerà tornare più avanti) si venne placando col passare del tempo.

Acquisito il risultato di un codice omogeneo alla sua idea di unificazione penale, consumata ormai la separazione tra il positivismo riformista e l'antropologia criminale di stampo regressivo, attenuatasi la leadership ferriana sulla 'nuova scuola' verso la metà degli anni novanta (20), Luigi Lucchini poté allentare la sua presa e

(19) «Io ricordo ancora i tempi in cui si aspettava con trepidazione l'uscita del numero della «Rivista penale» per sapere ciò che Lucchini pensava dell'ultima pubblicazione uscita o la sua opinione circa proposte, avvenimenti, progetti di legge che potevano interessare il diritto penale» ha detto G. BETTIOL. *Luigi Lucchini*, cit., p. 577: quell'essere in prima linea, e quindi in mezzo alla scena, per il pubblico che ama vedere gli scienziati che si accapigliano, durò infatti per Lucchini fino alla fine della sua vita: frutto insieme di forti convinzioni scientifiche e morali, di grande carattere (e quindi, come si dice, di brutto carattere), ma anche, bisogna dirlo, della presenza di 'avversari' insieme mediocri e presuntuosi, che troppo spesso facevano passare nei loro scritti incredibili 'spropositi' intonacati con un 'latinorum' positivista che avrebbe dovuto garantirli scientificamente.

(20) Ho delineato l'andamento delle diverse componenti della 'scuola positiva' in quegli anni nel mio *Il diritto penale sociale, 1883-1912*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3/4, 1974-75, 1, pp. 557-642, [t. II, pp. 819-902]. Sulla messa in discussione della leadership di Enrico Ferri, specie da parte di Florian e Zerboglio, chi volesse potrebbe fare riferimento alle pp. 608 ss.

dedicarsi ad altre battaglie, per conseguire altri obiettivi: primi fra tutti quelli della salvaguardia delle regole del gioco penale-costituzionale e della difesa delle libertà messe in pericolo negli anni cruciali che vanno dal 1894 al 1900. Inutile dire che il suo stile non cambierà e che l'immagine di uomo combattivo, intransigente e insopportabile, fino ai limiti dell'intolleranza, verso ogni forma di sciatteria scientifica o, peggio, di prevaricazione politica esercitata attraverso il diritto, gli resterà addosso.

È proprio questa, del resto, la logica della rivista-persona. Essa assume le sembianze del suo factotum, e questi vede stamparsi su di sé i caratteri della sua creatura: specie quando, come nel nostro caso, quella è la più importante e la più nota di tutte le sue creature.

Bisogna aggiungere, però, che a Lucchini non basta dare alla rivista il suo orientamento, la sua impostazione culturale ed il suo programma scientifico: egli vi imprime anche i segni delle sue preferenze personali e del suo stile.

Risponde direttamente di ogni cosa, scrive lui le recensioni, anche le meno importanti, ed in mille piccole schede anonime di 'opere ricevute' ⁽²¹⁾ si riconosce il suo stile. Non si lascia sfuggire occasione per riaffermare un punto di vista o ribadire una presa di posizione, polemizzando con ministri, deputati, direttori di giornale, magistrati, o alti funzionari pubblici. Ogni volta che se ne presenta il caso, non esita a precisare, rettificare, postillare, a beneficio della chiarezza delle sue scelte e del prestigio della rivista.

Impone ai collaboratori regole redazionali molto rigorose, misurate sulle sue personali predilezioni ⁽²²⁾, ed alla rivista un costume

⁽²¹⁾ Dopo i primi quattro anni di vita della rivista, nei quali il Bollettino bibliografico è inserito periodicamente nei fascicoli ordinari, Lucchini inizia a pubblicare a parte un *Bollettino bibliografico della Rivista Penale*, che vede la luce nel 1878. Esso viene annesso ai fascicoli ordinari ma è concepito per essere raccolto a parte. Si crea così un formidabile strumento bibliografico che dà conto, praticamente, di tutto quanto si pubblica in Italia (ma con moltissimo materiale non italiano) in materia di diritto e procedura penale, antropologia criminale, medicina legale, sociologia criminale, statistica, ed altre aree disciplinari affini o vicine a queste. Ne dà conto con piccoli riassunti o con più lunghe recensioni, sempre con grande completezza ed affidabilità di dati, con indici accurati ed utilissimi.

⁽²²⁾ L'uniformità che ne nasce è quasi ossessiva. Tutti gli autori adottano le forme grafiche del direttore (per esempio, invece di *ha*, tutti devono scrivere *à**; *Codice e*

di assoluta puntualità, con una straordinaria continuità nel formato e nella veste tipografica (che, lui vivo, non cambieranno); costante è anche l'uniformità, fascicolo dopo fascicolo, del numero, della distribuzione e della lunghezza degli articoli, che quasi mai superano le venticinque pagine, qualsiasi siano l'interesse dell'argomento o l'importanza dell'autore. Gli scritti di maggiore mole vengono pubblicati a puntate, per rispetto della regola dei due saggi per fascicolo, si direbbe, non badano molto alla comodità dei lettori o alle preferenze degli autori.

Anche la struttura del periodico che, serie dopo serie, viene solo marginalmente integrata e messa a punto, conosce cadenze costanti e puntuali (23).

Dopo i primi anni di vita, alcune rubriche importanti si trasformarlo in « supplementari »: la loro mole, considerata l'estensione della materia alla quale sono dedicate, non sarebbe sopportata dai fascicoli ordinari, ma Lucchini non vuole rinunciare ad esse. Na-

Progetto sono sempre scritti con la maiuscola; le citazioni sono tutte perfettamente conformi ad un unico modello e per anni le diverse rubriche sono stampate ognuna con caratteri adatti, che restano costanti). Inutile dire che la scansione delle diverse parti della rivista resta uguale a se stessa praticamente per sempre: tanto per darsene un'idea, si può notare il fatto che il primo articolo di *ogni* annata, senza eccezioni, almeno fino al 1920 (l'ultima che ho controllato), comincia invariabilmente a pagina 5.

(*) Nel riportare i passi in cui Lucchini scrive senz'acca le forme del verbo avere, io mi sono preso la libertà di rimettercela.

(23) Ogni fascicolo si apre di norma con due saggi, ai quali si aggiunge talora una 'Nota' su temi di attualità; seguono le rubriche: *Giurisprudenza contemporanea*, con pubblicazione, e talora commento, di giudicati italiani delle Corti di merito e della Cassazione; *Rassegna parlamentare italiana*, con notizie, documenti e commenti sulla attività delle due Camere; *Varietà*, con resoconti di Congressi scientifici, brevi interventi dottrinali, informative dall'estero, riflessioni, risposte o puntualizzazioni; *Cronaca*, con notizie dall'Italia e dal resto del mondo su fatti criminali notevoli, su questioni legate alle politiche penali, su imprese scientifiche in corso, o sul progresso di iniziative connesse alla vita ed alla organizzazione delle istituzioni penali; *Effemeridi*, con lo spoglio di articoli scientifici pubblicati in riviste non solo giuridiche, italiane e straniere, raggruppati per argomento in un'area tematica molto vasta che, accanto al diritto ed alla procedura penale, comprende numerose discipline coinvolte nello studio del crimine e della giustizia criminale; infine *Massimario*, con le massime di tutte le sentenze pronunciate dalla Cassazione penale, « nonché — come avverte la direzione — talune dei magistrati inferiori, che ci sono comunicate da nostri speciali o che sono pubblicate in altri periodici giuridici ».

scono così il *Bollettino bibliografico* ⁽²⁴⁾ al quale si è già fatto cenno, che assume una particolare importanza nella politica culturale della rivista ⁽²⁵⁾; la *Collezione legislativa*, nel 1885, con tre sezioni dedicate alla 'Legislazione speciale italiana', alla 'Legislazione speciale straniera ed alle 'Convenzioni internazionali'; ed infine la serie degli *Studi illustrativi del Codice penale italiano*, conosciuta come *Supplemento alla Rivista Penale* per antonomasia, il cui primo numero esce

⁽²⁴⁾ Al *Bollettino Bibliografico* il direttore Lucchini attribuisce grande importanza. « Dapprima — scrive facendone un bilancio in *Rivista Penale*, 21, XI, 1885, p. 16 — comparvero confuse nel testo e distribuite in più rubriche le recensioni e gli annunci delle pubblicazioni interessanti le penali discipline. Nel quinto anno però fu provveduto ad un migliore assetto di questa importantissima rubrica, e con separata impaginatura venne inaugurato il *Bollettino Bibliografico*, col proposito di registrarvi e assumervi in critico esame quanti libri, opuscoli, documenti, articoli di giornali venissero alla luce in Italia o all'estero, ed interessassero direttamente o indirettamente, la dottrina, la legislazione o la giurisprudenza in materia di diritto repressivo. Talune recensioni (fra le *mille* di cui si compone il *Bollettino* della serie testé chiusa) ebbero proporzioni e carattere di vere monografie; tutte furono composte in modo che li studiosi della materia potessero attingervi le notizie necessarie per formarsi un adeguato concetto delle pubblicazioni annunciate ».

⁽²⁵⁾ Alle recensioni, il che vuol dire al dibattito scientifico, la *Rivista Penale* assegna anche il compito di « ... affermare la propria personalità. Non già — scrive L. LUCCHINI, *Ai lettori*, in *Rivista Penale*, 21, XI, 1885, p. 17 — che essa siasi proposta di costituirsi in una scuola chiusa a chi non seguisse un determinato indirizzo scientifico; tutt'altro: la *Rivista* si onorò sempre di essere, come ho già detto, una palestra aperta a qualsiasi discussione, allo sviluppo ed al patrocinio di ogni assunto scientifico, legislativo, o esegetico. Ma appunto per lasciare la massima libertà di opinione ai suoi Collaboratori, essa riserba la propria libertà di apprezzamento nei lavori di redazione, e specialmente nelle recensioni bibliografiche, di quelli e di queste assumendo io tutta e piena la morale e scientifica, come la legale, responsabilità ».

Corollario di questo assunto, evidentemente, è la cautela di pubblicare solo recensioni anonime, che non possano essere attribuite se non alla rivista in generale, e quindi al suo direttore. « Seguendo l'esempio delle Riviste più reputate, annota Lucchini, ... le recensioni bibliografiche non recarono mai la firma di autori. Riserbandò alla Direzione del Periodico il delicato e difficile ufficio della bibliografia, parvemi di assicurarne la maggiore serietà, dignità e indipendenza. Importante è il servizio che la critica bibliografica può rendere alla scienza, ma torna troppo pericoloso e funesto l'abbandonarne l'esercizio alle individuali iniziative, bene spesso ispirate o da sentimenti servili, o da intenti di bassa rappresaglia, o da patti e interessi di artificiose ed equivoche solidarietà ». Parole all'altezza dell'uomo e, bisogna dire, parole alle quali fu dato interamente seguito.

con una introduzione programmatica del direttore nel giugno del 1892 ⁽²⁶⁾.

Ma non bisogna dimenticare gli *Indici* annuali della *Rivista Penale*, una sontuosa miniera di dati magnificamente ordinati, con una straordinaria quantità di parole chiave e di rinvii, tirata a lucido con un lavoro redazionale che, considerati i mezzi di allora, ci appare poco meno che titanico: sicuro strumento orientativo per quei lontani lettori ed impareggiabile punto di partenza, oggi, per qualsiasi ricerca sulle vicende del diritto e della legislazione penale, della criminalità e della giustizia criminale in quei decisivi decenni di storia del nostro paese ⁽²⁷⁾.

⁽²⁶⁾ L. LUCCHINI, *Dopo due anni e mezzo di applicazione*, in *Studi illustrativi del Codice penale italiano*, I, 1892-93, pp. 5-21. Il *Supplemento alla Rivista Penale* nasce dunque con lo scopo di ospitare lavori di commento e di illustrazione che favoriscano in qualche modo la retta applicazione del recente codice Zanardelli. I problemi posti da Lucchini al centro del 'programma' della nuova pubblicazione, riguardano l'efficacia repressiva e preventiva del codice, l'influenza che esso viene esercitando sul movimento scientifico ed infine « l'aspetto della giurisprudenza, ossia del modo con cui si prestò all'interpretazione forense ». Ci sono difficoltà, egli ricorda, che provengono dalla assenza di riforme collaterali che pure sarebbero importanti per l'operatività del nuovo codice (la riforma del processo, quella del sistema giudiziario e quella penitenziaria); altre che vengono dagli avversari del codice, divisi con intelligenza da Lucchini in cinque diverse categorie, molto significative e suggestive: il contributo di chiarimento e di retta interpretazione che verrà dagli studiosi, tuttavia, molto può fare per superarle tutte. « Devo aggiungere spiegazioni — scrive in conclusione (p. 21) — intorno al modo con cui il *Supplemento* sarà compilato? Non lo credo. Il suo programma è quello stesso della *Rivista*: libera palestra a ogni opinione, a ogni discussione scientifica, urbana e onesta. Si propongano e discutano le controversie, i dubbi inevitabili cui possono dar luogo le disposizioni del Codice, se ne pongano in evidenza i difetti, se ne faccia la critica più ampia e libera: tutto contribuirà alla migliore intelligenza della legge e all'incessante progresso della scienza ».

⁽²⁷⁾ Gli indici vengono pubblicati ogni anno in fondo al secondo volume dell'annata, ed iniziano con l'*Indice generale dell'annata*, diviso in parti. La *Parte prima* reca: « Scienza, Critica, Statistica, Rassegne parlamentari, Rassegna dei Discorsi d'apertura, Varietà e Corrispondenze, Cronaca, Efferimidi », Si inizia dunque con un *Indice per autori*, che elenca tutti i contributi scientifici di quell'annata. Segue l'*Indice analitico-alfabetico per materie*, con riferimenti a tutte le rubriche che formano la prima parte della rivista; questo indice contiene normalmente alcune centinaia di voci, tra le quali la voce *Letteratura*, che reca in ordine alfabetico (con relativi rinvii) i cognomi di qualche centinaio di autori di « pubblicazioni concernenti il diritto e la procedura penale, nonché le scienze complementari e ausiliari », annunciati nelle *Effemeridi*. Si passa quindi alla

La storia della Rivista Penale nel susseguirsi dei suoi propositi programmatici.

Attento all'immagine della sua rivista, impegnato a difenderne la linea culturale ed il prestigio, Lucchini si muove lungo direttrici di programma che periodicamente egli stesso rinnova, raccordandole alle nuove emergenze che si vengono via via presentando.

Il suo non è un atteggiamento di generica valutazione delle cose che gli succedono intorno, né la sua attenzione si rivolge soltanto alle dinamiche interne al mondo dei penalisti o ai loro interessi tecnici e teorici. Nei programmi della *Rivista Penale*, ripensati ogni volta che scadenze significative impongono l'inizio di una nuova serie, il rapporto tra sviluppo della scienza penale e realtà politica esterna è sempre tenuto presente ed è sempre molto forte; così come è presente e forte, nei suoi propositi, la coscienza del rapporto tra le energie di cui la rivista può disporre, dentro e fuori del mondo scientifico, e gli obiettivi che le vengono assegnati. Onde è possibile tracciare una storia della rivista, dei suoi progetti e delle sue realizzazioni, dei problemi che affrontò e delle posizioni che assunse, soltanto ripercorrendo le riflessioni ed i propositi con cui il suo direttore inaugurò la prima e poi le successive serie di essa.

a) *Dal Progetto Vigliani al Codice Zanardelli.*

Del primo *Programma* del 1874, l'unico tra l'altro che porti espressamente questo titolo, abbiamo già detto. Esso aveva al centro il problema più urgente di quel momento, che era l'unificazione legislativa nel campo del diritto penale. Intricate a quel problema, e tali da complicarlo, stavano poi le altre questioni che gli facevano da contorno: l'abolizione della pena di morte, le leggi eccezionali di

Parte seconda dedicata alla *Giurisprudenza italiana e straniera*, che viene presentata con un altro Indice analitico-alfabetico, estremamente dettagliato ed articolato; tale *Indice* si riferisce alle « Massime di *tutti i giudicati* pubblicati in *tutti i Giornali giuridici italiani* e non inseriti nella Raccolta ordinaria dell'Annata, né riassunti nel Massimario, nonché di altri giudicati rimasti inediti ». Inutile dire che le voci rubricate in questo Indice della *Giurisprudenza* sono anche più numerose di quelle relative alle materie della *Parte prima*. In fine, un *Indice cronologico* consente la più rapida ricerca delle sentenze, delle massime, delle annotazioni. Il tutto forma un cospicuo fascicolo di 70-80 pagine, a seconda dei casi.

pubblica sicurezza, la riforma penitenziaria, l'adeguamento della normativa processuale, ed altre ancora, di non minore importanza ⁽²⁸⁾.

A dieci anni di distanza dall'enunciazione di quel programma, Lucchini pensa sia giunto il momento di dare l'avvio ad una seconda serie della rivista: lo spingono una considerazione retrospettiva sugli esiti del suo lavoro — alcuni confortanti, altri frustrati dall'inerzia e dalla inconcludenza di governi e parlamento — ed una riflessione sui nuovi compiti che gravano sulla cultura giuridica italiana in quella metà degli anni ottanta.

È duramente critico nei confronti di una classe politica che non si rende conto dell'importanza della unificazione penale e continua a bruciare anni intorno ad un lavoro di codificazione che sembra proprio non voler prendere sul serio:

Mi duole ricordare — scrive nell'indirizzo *Ai Lettori* del gennaio 1885

⁽²⁸⁾ « Dalle fucine ministeriali della Giustizia, dell'Interno e sinanco del Commercio, uscirono e si depositarono sul tappeto parlamentare numerosi disegni di legge, che la Rivista non ha trascurato di seguire ed analizzare, ma che anch'essi, più o meno lungamente elaborati, ebbero sinora la mala sorte toccata al Progetto del Codice penale. Per dire dei maggiori, accenneremo quelli che concernevano i provvedimenti eccezionali di p.s. del 1875 (ministro Cantelli) rimasti privi della sanzione sovrana, la precedenza del matrimonio civile al religioso (Conforti), l'istituzione della Corte Suprema di giustizia (Tajani), la riforma di alcune disposizioni del Codice di procedura penale (Villa), il divorzio (Id.), la legge di pubblica sicurezza (Depretis), i manicomi pubblici, privati e criminali (Id.), la caccia (Berti), gli scioperi (Id.).

Né il Governo soltanto, ma pure gli onorevoli deputati sollecitarono frequenti e numerosi provvedimenti e riforme, vuoi con proposte di legge di loro iniziativa (ad esempio: sull'art. 202 dell'Ordin. giudiz. — Della Rocca; sull'ammonizione di polizia — Vastarini Cresi; sul riscatto delle contravvenzioni — Camici; sulle prove generiche nei giudizi penali — De Crecchio; sulla sanità pubblica — Toaldi; sulla tutela edilizia ed industriale — Minghetti, Luzzatti e Del Giudice), vuoi con mozioni ed interpellanze, ovvero nelle Relazioni o discussioni dei singoli bilanci (fra cui ricorderò i ripetuti voti espressi in argomento di carceri, di manicomi criminali, di ammonizione e domicilio coatto, di polizia in genere, di giustizia correzionale, di spese giudiziarie, di magistratura, di matrimoni religiosi, di emigrazione, di prostituzione, di carcerazione preventiva, di minorenni corrigendi, ecc.).

Laonde possiamo con sicurezza affermare che i risultati dell'opera legislativa furono in questo decennio molto inferiori, tenuto conto soltanto di ciò che interessa le nostre discipline, alle esigenze ed ai bisogni di riforma e di progresso delle istituzioni ». (L. LUCCHINI, *Ai lettori*, in *Rivista Penale*, 21, XI, 1885, p. 8). ec.

— l'occasione donde trasse più immediata origine il pensiero di pubblicare questa *Rivista*. Nella tornata del 24 febbraio 1874 il ministro Vigliani presentava al Senato il Progetto del Codice penale italiano; ed era naturale che, dopo una gestazione di ben dieci anni, fosse divisa da tutti la fiducia di veder tradotto in legge il Progetto, comunque in più punti non corrispondesse alle risultanze progressive del lungo lavoro precorso. E però, sia per quella lusinga, sia nell'intento di contribuire a perfezionarne il dettato, era pur naturale che si ritenesse la prova d'istituire un organo speciale delle discipline penali, più volte innanzi fallita, sebbene talora iniziata con dotti e poderosi sforzi.

Or mi duole appunto ricordare la ragione prossima che determinò il sorgere della nostra Effemeride, perché purtroppo quel Progetto, dato nelle secche ministeriali e parlamentari, è ben lungi ancora dal diventare legge; ed il nuovo Codice penale italiano, nuova tela di Penelope, si offre alla mente di noi studiosi di queste discipline quale una delle tante favole, dei tanti miti di cui s'intesse la nostra legislazione (29).

Ma il ritardo del codice, e gli intralci di diversa natura che esso incontra sul suo cammino — del quale torneremo a parlare più avanti — non si limitano soltanto ad allontanare l'avvento della non più rinviabile unificazione penale, sprecando con ciò l'occasione di dare un serio impulso all'ammodernamento di tutta la società italiana. Essi tengono fermo l'intero corpo della legislazione penale: o meglio, la stessa irresolutezza parlamentare (e scientifica) che nega alla nazione il suo nuovo codice, è la causa del permanere di un

(29) L. LUCCHINI, *Ai Lettori*, 1885, cit., pp. 5-6: « Trascinato dal Senato alla Camera — prosegue con efficacia — e da questa a quello; palleggiato dall'uno all'altro dei ministri che si sono succeduti nel dicastero della Giustizia, sospinto di qua e di là dalla volubile corrente degli opinamenti individuali; quando sopraccarico di zavorra poliziesca, quando soggetto ad empirici strappi e spogliazioni in pro di altri Codici e leggi; ora commesso alle solenni discussioni dei corpi legislativi, ora sottoposto alla revisione di imponenti Commissioni tecniche ed ora rimaneggiato nella intimità del gabinetto ministeriale; invano esso passò sotto il giogo del Senato nel 1875, della Commissione Mancini nel 1876-77, della Camera nel 1877; invano vi spesero attorno le loro cure il ministro Tajani nel 1879, il ministro Villa nel 1881, il ministro Zanardelli nel 1882-83; invano il ministro Savelli, sullo scorcio del 1883 lo ripresentava alla Camera dei Deputati: il Progetto del nuovo Codice penale italiano, elaborato, rimaneggiato, discusso, riveduto, con varia fortuna, per oltre un ventennio, è rimasto sempre ed è tuttora un Progetto » (p. 6).

ordinamento penale generale che resta quello « ... che governava, in tempi di transizione, il piccolo Piemonte »⁽³⁰⁾.

Il sistema carcerario, dice Lucchini, gli ordinamenti processuali, i provvedimenti di polizia, l'organismo della magistratura, « sono quelli stessi che vivevano venticinque anni or sono nel reame di Sardegna ». Non possono quindi che essere questi i temi d'impegno della rivista per gli anni a venire. La sua seconda serie prenderà dunque forma intorno a questo ordine di problemi, per la cui soluzione vengono subito indicate le risposte adeguate ed i nemici da sconfiggere: dalla 'piovra parlamentare' nel campo politico, alla 'bufera di empirismo' in quello scientifico.

Non vi è giurista o uomo di stato — così si conclude l'indirizzo *Ai Lettori* — che non trovi tutta questa congerie di istituzioni bisognose di larghe e radicali riforme; e nel frattempo furono innumerevoli i voti ed i conati per promuoverle e concretarle. Innumerevoli e svariatissime furono e sono anche le circostanze che vi si oppongono e controoperano; e fra tutte principalissime quelle della varietà negli opinamenti, della instabilità e scarsa coscienza nei propositi o di quella *piovra del parlamentarismo che, inaridendo le fonti più vitali dell'ambiente sociale, incaglia lo sviluppo naturale delle patrie istituzioni*. Ma anche qui il progresso evolutivo non si arresta, e la causa delle riforme non si sgomenta. La *Rivista Penale* ha un vasto campo da coltivare e da mietere. Essa proseguirà animosa nella via intrapresa. L'unificazione penale con la sanzione del nuovo codice, lungamente atteso; la riforma carceraria, sulla base del sistema penitenziario irlandese e dell'assiduo lavoro; l'abolizione delle giurisdizioni speciali, in omaggio alla eguaglianza dei cittadini; il rinnovamento, del meccanismo processuale, per una più efficace e pronta azione repressiva ed il maggior rispetto della libertà e dignità individuale; il riordinamento della magistratura, onde rialzarne il credito e il decoro; la riabilitazione delle funzioni della polizia, depurata da tutti que' congegni che ne falsano il carattere, più seriamente ordinandone e coordinandone gli uffici preventivi: ecco tanti argomenti di studio, tanti argomenti di discussione cui la *Rivista Penale* deve rivolgere le sue cure. E se a questi più generali soggetti si vogliono aggiungere i minori, quali, ad esempio, quelli che riflettono la stampa, i manicomi criminali, la recidiva, i giurati, le perizie mediche, la statistica giudiziaria, ecc., sconfinato è il programma dei lavori e delle indagini cui la nostra *Rivista* può e deve consacrarsi⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ L. LUCCHINI, *Ai Lettori*, 1885, cit., p. 18.

⁽³¹⁾ L. LUCCHINI, *Ai Lettori*, 1885, cit., pp. 18-19.

La polemica contro la ‘piovra del parlamentarismo’ non è priva di ragioni dal punto di vista di Lucchini, non è per lui cosa nuova e continuerà a lungo ⁽³²⁾. Essa è coerente con la sua visione che privilegia, nelle questioni della politica penale, il punto di vista e le esigenze della scienza. È coerente, in buona sostanza, con una

(32) Si potrebbe individuare una vena continua di polemica contro il parlamento (che perde il tempo necessario a riformare e fare, che fa male perché ignora il come e non sta alle indicazioni di chi sa), isolandola da altre simili certo presenti nella società italiana all'indomani dell'unità e riducendola a quella che attraversa il mondo del pensiero giuridico, specie penalistico, da Ellero a Carrara, fino al nostro Lucchini.

«Io comprendo ottimo un *parlamento* — scriveva Pietro Ellero uscendo dalla cocente delusione derivatagli dall'accantonamento legislativo della questione della abolizione della pena di morte — in quanto organo autorevole del suffragio comune sindacatore del potere politico, e palladio della pubblica libertà. Ma, quando e' si converte in ciarlamento, quando vuole occuparsi d'ogni cosa, e stemperare i provvedimenti e gli stanziamenti in un diluvio di parole, tiranneggiando con esse i fatti, esaltando la parlantina al grado di una potenza sovrana, e ponendo sul trono un'oligarchia avvocatessa cianciatrice, gridacchiante; io temo che altro non si faccia, che uno strapazzo pernicioso di ugone» (P. ELLERO, *Le doglianze di Ser Giusto* (1865), poi in *Scritti politici*, Bologna, Fava & Garagnani, 1876. Io cito dalla edizione del 1881 di questi ultimi, pp. 33-34). Il punto trova l'adesione di Francesco Carrara (*Ellero. Le doglianze di Ser Giusto* (1866), poi in *Opuscoli di diritto criminale*, 2° vol. Utilizzo la sesta ediz. degli *Opuscoli*, Firenze, Cammelli, 1909, pp. 653-662), anch'egli deluso dal fatto che si pensa «... a tener ritto un Parlamento a far leggi alla meglio che può, per annullarle poi con una circolare...» (p. 659). Sulla stessa linea si troveranno, nello stesso torno di tempo di quello sfogo lucchiniano, A. MAJORANA, *Del parlamentarismo. Mali, cause, rimedi*, Roma, Loescher, 1885, F. PERSICO, *Del regime parlamentare*, Napoli, Tip. dell'Università, 1886, e Simone Corleo, autore di «giudiziose considerazioni» in uno scritto pubblicato nella *Rassegna di scienze sociali e politiche*, III, vol. 1, n. 49, 1885, lungamente citato da L. LUCCHINI, *Parlamentarismo*, in *Rivista Penale*, 22, XI, 1885, pp. 129-130. Poi altri, ogni volta che un'opera di rinnovamento necessaria, o avvertita come tale dai giuristi che vi pongono mano, viene frustrata dalle logiche dilatorie, compromissorie, spartitorie o paralizzanti espresse in parlamento dai rappresentanti politici. È evidentemente questo il caso di Lucchini, che manifesterà la sua insofferenza a più riprese, e sempre in relazione a fasi cruciali di qualche importante vicenda legislativa, o a momenti delicati della vita costituzionale della nazione. «Se noi insorgiamo contro il parlamentarismo, gli è perché ce ne porge occasione la nuova sosta che la babele parlamentare impone al Progetto del nuovo codice penale ...», scriveva nel luglio del 1885. E la proposta che nasce dalla sua delusione, come da quella degli altri giuristi e politologi che affrontano la questione, è quella di Commissioni tecniche, di esperti, di saggi, che discutano e formulino leggi secondo le linee politiche generali che il parlamento avrà indicato nei suoi lavori. Sarà poi il Governo, sotto la sua responsabilità, a farle sanzionare dal capo dello Stato.

concezione dell'ordine penale fondata sulla convinzione che esista una dialettica tra le ragioni della scienza giuridica, quelle della società e della sua crescita intellettuale e morale e quelle, infine, della politica; considerata, quest'ultima, come la sede della rielaborazione e della mediazione tra le diverse sollecitazioni provenienti dalle forze, sociali da un lato, dagli specialisti dall'altro. In questo rapporto dialettico, nella sua visione, il posto primario, il dovere di guidare e illuminare, la funzione di 'perno'; spettano alla scienza penale.

« Il parlamento — annota con chiarezza e vigore ⁽³³⁾ — non è che un pallido riflesso del movimento intellettuale e delle vicende sociali fra cui si vengono elaborando i germi delle innovazioni legislative, che sono i segni apparenti della continua benché lenta evoluzione della civiltà e degli apparati ad essa relativi. Viene in campo la scienza, con le sue molteplici e versatili fonti e manifestazioni ».

Naturalmente, quando Luigi Lucchini dice « viene in campo la scienza », in un contesto di critica al Parlamento per il suo immobilismo riformistico, pensa in primo luogo alla funzione svolta dalla sua rivista, che è proprio uno strumento — e, bisogna dire, l'unico nel campo penale fino ad allora, ed uno dei pochi tra i periodici giuridici italiani di ogni epoca — nel quale la battaglia scientifica si nutre costantemente del coinvolgimento di questioni civili di tipo 'alto' e generale: perché è stata costruita come strumento di intervento tecnico, ma anche di intelligenza e comprensione, di osservazione, giudizio e stimolo sugli orientamenti culturali e sociali del Paese, nel campo specifico delle politiche criminali e penali.

È dunque in occasione di quel suo primo bilancio, nel gennaio del 1885, che la *Rivista Penale* presenta i risultati conseguiti: con il fine di dichiarare il suo stile e nello spirito di testimoniare un metodo di intervento, nei problemi penali, che continuerà a seguire anche nel futuro. Bisogna anzitutto, si dice, offrire agli studiosi l'occasione ed il campo opportuno per lo sviluppo e la discussione delle idee: questo deve avvenire non solo con la pubblicazione di scritti ben congegnati, ma anche attraverso la selezione dei temi da trattare, i

(33) L. LUCCHINI, *Ai Lettori*, 1885, cit., p. 8.

quali devono avere « come suol dirsi, *interesse d'attualità* »: essi vengono in gran parte scelti, suggeriti o proposti dal direttore, il quale, individuando un argomento o coinvolgendo un autore, non dimentica che « uno dei pregi precipui [della Rivista] è quello di essere una palestra aperta a tutte le opinioni e discussioni, sol che abbiano indole e dignità scientifica »⁽³⁴⁾.

Bisogna dire che il catalogo dei contributi scientifici proposti dalla rivista nei suoi primi dieci anni di vita rispecchia esattamente quello delle necessità e delle urgenze della politica penale italiana degli anni a cavallo tra i settanta e gli ottanta: abbiamo saggi che vertono sui principi generali o, come dice Lucchini, sulle 'basi fondamentali del magistero repressivo', dovuti a Carrara, Roeder e Buccellati; ne abbiamo sulla dottrina generale del reato (Schütze sull'imputabilità, Geyer sulle attenuanti, Oliva e ancora Geyer sul tentativo, Carrara sulla recidiva, e poi ancora altri sullo stato di necessità e sulla legittima difesa); temi dall'apparenza tutta tecnica, ma decisivi per l'impostazione 'liberale', equilibrata e garantista della fondamentale legge penale. Nella stessa direzione si muovono gli scritti di Geyer sulla pena, e poi quelli di Sighele, Holtzendorff, Buccellati, Brusa ed altri ancora, in tema di omicidio, bancarotta, ragion fattasi, calunnia, ed anche — come era giusto, considerati i tempi e gli avvenimenti, oltre che la discussione in corso nei giornali e nelle riviste scientifiche — di reati politici, ribellione e resistenza, polizia punitiva. La stessa attenzione è riservata alle questioni del processo (con scritti dei primi grandi processualisti della nostra storia nazionale come Benevolo, Casorati, Cesarmi, Vacca), ai problemi carcerari (Manfredini, Lucas, Rabbeno, ed altri ancora)⁽³⁵⁾,

⁽³⁴⁾ L. LUCCHINI, *Ai Lettori*, 1885, cit., p. 9.

⁽³⁵⁾ Alle questioni carcerarie la rivista dedica una forte e particolare attenzione. Lucchini è convinto che polizia da un lato e carcere dall'altro sono i caposaldi essenziali per una buona riuscita della riforma legislativa che l'Italia sta aspettando: pensa anzi che il 'tono', per così dire, di un ordinamento punitivo sia dato più da quei due elementi che non dalla legislazione fondamentale, e che le leggi complementari (quella di ordinamento del sistema giudiziario, quella di pubblica sicurezza, quella carceraria) siano in grado, se non coerenti con esso, di vanificare del tutto l'opera del sia pur migliore codice penale.

« La *Rivista* ebbe modo d'informare i suoi lettori sugli ordinamenti carcerari della Francia, dell'Austria, della Germania, dell'Inghilterra, del Montenegro, della Spagna, dell'America del Nord, della Cina, del Giappone; si occupò degli stabilimenti penali

ed a quei profili giuridico-politici che, proposti dal diritto penale internazionale, interessano moltissimo il giovane Regno che si affaccia sulla scena dei rapporti tra Stati con problemi enormi di convenzioni, trattati, accordi, i quali coinvolgono, a tacer d'altro, questioni non lievi come il regime dell'extradizione, la collaborazione tra polizie, o — ultima arrivata — la necessità di un 'controllo' internazionale del movimento anarchico.

Giustamente Lucchini si compiace anche della presenza nella Rivista di numerosi lavori che « attestano il prezioso concorso delle scienze fisiche ausiliari alle nostre discipline », come l'antropologia, la psichiatria, la tossicologia, la medicina legale ed il 'sistema delle perizie', che sono di vario genere e coinvolgono settori numerosi di differenti scienze: una apertura, questa, che rispecchia un'esigenza dei tempi e fa prova di una sensibilità scientifica di carattere innovatore, perché è attraverso questi canali disciplinari che possono entrare nella riflessione penalistica alcuni dei germi e degli elementi di un rapporto più vivo tra diritto e società.

Spia privilegiata per la valutazione di questo rapporto, per il suo rinnovamento, per la sua comprensione più piena, sono certamente le Relazioni annuali che i rappresentanti del Pubblico Ministero pronunciano per l'inaugurazione dei lavori giudiziari. La rivista ne pubblica ampie sintesi, come abbiamo già avuto modo di ricordare, perché, scrive Lucchini, « Il difetto ... di un indirizzo omogeneo e coordinatore delle Relazioni annuali ... fece sorgere in me il pensiero di sottoporre ad uno studio speciale quelle medesime Relazioni, cercando di attingere da esse i dati statistici che altrove era impossibile rintracciare, ed al tempo stesso promuoverne una compilazione più soddisfacente e coordinata, nonché maggiore interessamento nel pubblico al loro riguardo » ⁽³⁶⁾.

Ma i terreni sui quali è più visibile la volontà di impostare, tra

italiani; dette conto di associazioni e congressi penitenziari; seguì con ogni diligenza le vicende delle più importanti questioni in materia, quali il lavoro carcerario, il trattamento penale dei minorenni ed il patronato dei liberati dal carcere. Alla statistica penale e carceraria consacrò speciali sollecitudini, non solo per quanto riflette l'Italia, ma anche rispetto agli altri Stati, particolarmente la Francia, il Belgio, la Germania, l'Austria, l'Ungheria e la Spagna » (L. LUCCHINI, *Ai Lettori*, 1885, cit., p. 10).

⁽³⁶⁾ L. LUCCHINI, *Ai Lettori*, 1885, cit., p. 10.

il sistema punitivo ed i problemi della società italiana, un confronto che valorizzi le richieste del mondo intellettuale più sensibile (composto in parte non trascurabile da giuristi di vedute assai larghe) e ne realizzi le aspirazioni civili, sono principalmente altri. In primoluogo quello della questione ancora aperta della pena di morte, e poi quello del modo da tenere nella lotta contro la criminalità: criminalità che molti ritengono minacciosa e montante, reclamando adeguati indurimenti del sistema punitivo, sul doppio fronte dell'incremento quantitativo delle pene e del decremento qualitativo delle garanzie, mentre altri (pochissimi, e tra questi Lucchini) la stimano seria, da non prendersi alla leggera, ma non in espansione. Per risolvere questo dissenso, diviene ovviamente decisiva la questione degli strumenti statistici; il che vuol dire, per gli avversatori del parossismo punitivo fine a se stesso, che lo Stato in generale, ed in particolare la sua amministrazione giudiziaria, devono darsene di adeguati, per poi usarli con continuità e saggezza, affidandoli a chi sa servirsene con correttezza scientifica e, perché no, con sapienza politica.

È sulla scorta delle Rassegne dedicate alle Relazioni annuali dei procuratori che si è reso:

... possibile alla *Rivista* di segnalare la buona ventura di un movimento decrescente della più alta criminalità italiana. In mezzo al frastuono di empiriche declamazioni sull'incremento del delitto in Italia ⁽³⁷⁾, sulla proverbiale marea crescente della nostra delinquenza, parve chimerica ed audace la nostra asserzione, e con artificiosi calcoli di alchimia statistica si cercava crearci attorno una corrente di incredulità e di diffidenza. Ma la verità era con noi, perché noi eravamo coi fatti, studiati serenamente nella loro giusta e naturale espressione. L'assunto proclamato nelle nostre Rassegne rimase pertanto vittorioso, riscuotendo la solenne conferma dell'autorità parlamentare e governativa; mentre poi la fortunata diminuzione

(37) L'allusione va certamente a C. LOMBROSO, *Sull'incremento del delitto in Italia e sui mezzi per arrestarlo*, Torino, Bocca, 1879, che così si rivolge in apertura ai suoi lettori: « A chi mi chiedesse perché io, senz'essere uomo politico o giurista, abbia ardito porre mano ad un'opera di questa natura, risponderò solo: che si guardi d'intorno. Innanzi alla marea del delitto che monta e monta sempre, e minaccia sommergerci e insieme infamarci, senza che alcuno pensi ad opporvi le dighe, a me parve, che un uomo onesto, il quale aveva per molti anni studiato il delitto come psichiatra, se non come statista, non doveva tacere ... ».

perdurando progredisce, e sfata anche l'ipotesi di una transitoria oscillazione ⁽³⁸⁾.

Ben si comprende come questo fosse il nodo principale ed il punto decisivo per ogni scelta relativa alla strategia penale del Paese. Tutto poteva dipendere dal giudizio che si sarebbe dato sulla qualità e sulle tendenze del fenomeno criminale: il tenore più o meno 'liberale' del codice penale che si sarebbe adottato, il maggiore o minore livello di garanzie presenti nella pur necessaria legislazione speciale (dalla legge di P.S. a quella carceraria), e soprattutto lo *stile di condotta* dell'intero corpo dell'amministrazione della giustizia — dagli ultimi dei gendarmi fino ai più alti esponenti delle Corti di Cassazione — nei confronti delle 'classi pericolose', ed in particolare delle persone ritenute 'sospette', che avrebbero potuto veder compresse le loro libertà di movimento, espressione, associazione, e così via. Più avanti incontreremo ancora questo nodo essenziale, centrale — oltre che per le strategie punitive — anche come punto di partenza (o di arrivo) nelle discussioni scientifiche. Per ora ci limitiamo a coglierne il ruolo di pietra angolare che la *Rivista Penale* giustamente gli assegna, collegandolo anche all'impegno messo nel tenere viva, e su toni alti, la campagna per la abolizione della pena di morte.

In tale campagna la rivista non si è risparmiata. Non solo con studi e indagini di 'indole sperimentale', tali da giovare con esempi, con suggestioni, con rapporti emozionanti e talora raccapriccianti, alla causa abolizionista. « Storicamente e statisticamente — ci ricorda Lucchini — nei rapporti del diritto ed in quelli della politica, dal punto di vista della repressione e da quello della civiltà, scrittori italiani (Canonico, De Mauro, Castelli) e stranieri (Lucas, Keller, Thonissen, D'Olivecrona, Holtzendorff, Torres Campos) aggiunsero osservazioni ad osservazioni, fatti a fatti, non per discutere vanamente su principi astratti, su questioni di legittimità o di illegittimità, o smarrirsi in vuoti sentimentalismi, ma per sradicare dagli animi più timidi e restii il pregiudizio che la pena cruenta abbia una efficacia intimidatrice e moralizzatrice, e persuaderli invece che la sua attuale

⁽³⁸⁾ L. LUCCHINI, *Ai Lettori*, 1885, cit., p. 11.

presenza nei Codici delle nazioni civili non è che una causa perturbatrice della dinamica repressiva » (39). Del resto, più sopra, aveva messo in relazione la già allora lunga *abolizione di fatto* (inaugurata nel 1876 da uno dei massimi abolizionisti italiani, Pasquale Stanislao Mancini) con la tendenziale contrazione dei crimini più gravi, che erano proprio quelli interessati dalla pena capitale. La sospensione di ogni esecuzione capitale sembrava infatti andare di pari passo con le « migliorate condizioni della delinquenza italiana »: e non valgono artifici di sorta, aggiungeva, « ...per impugnare l'eloquente significato della duplice ventura. Per certo non può dirsi che l'aver risparmiato alle plebi lo spettacolo delle carneficine legali abbia avuto propriamente un effetto così immediato di moralizzarle o di rattenere i più malinclinati dalle criminose carneficine. Lascio ad altri arrischiarsi in così precipitata induzione. Per mio conto mi limito a constatare questo soltanto, che mi sembra fuori di contestazione, come cioè l'aver lasciato inoperosi gli strumenti patibolari, di sì vantata efficacia intimidatrice, non abbia menomamente influito a paralizzare le cause vere e più dirette che determinarono il movimento decrescente della criminalità, o altrimenti, non abbia influito a rendere più attive e diffuse le cause, individuali o sociali, che traggono al delitto » (40).

In quella fase la questione della pena di morte era ormai praticamente chiusa. Dopo la sospensione delle esecuzioni capitali (41), il Parlamento era ormai orientato a sopprimerla formal-

(39) L. LUCCHINI, *Ai Lettori*, 1885, cit., p. 12.

(40) L. LUCCHINI, *Ai Lettori*, 1885, cit., pp. 11-12.

(41) Voluta dal Guardasigilli Mancini, come si è detto, ed ottenuta con il necessario assenso del re Vittorio Emanuele II, tale sospensione faceva seguito alla decisione di abolire la pena di morte adottata dalla Commissione parlamentare per la riforma del primo libro del Codice penale nel giugno del 1876. Tale decisione fu presa in Commissione con voto quasi, unanime (una sola astensione), e fu poi largamente confermata dalla Camera, quando, nelle sedute tra il 28 novembre ed il 7 dicembre 1876, il progetto del primo libro del Codice venne approvato con 179 voti favorevoli e 48 contrari (si possono vedere, su questa fase dei lavori, B. PAOLI, *Storia scientifica del decennio di preparazione del Codice Penale Italiano*, monogr. II, tit. I, *Delle pene. La pena di morte*, Firenze, Niccolai, 1878, e la buona sintesi di G. CRIVELLARI, *Il Codice Penale per il Regno d'Italia*, I, *Introduzione*, Torino, UTE, 1890, pp. CXXXVIII ss.). Memorabile è restata la discussione, che si svolse in Senato tra il febbraio ed il marzo del 1875, al termine della quale i senatori si pronunciarono (73 contro 36) per il mantenimento della pena, ma che

mente, ed anche nella dottrina, e nell'opinione pubblica, la disputa tra abolizionisti e 'conservatori' si era notevolmente attenuata, restando vivace solo come pretesto d'altre polemiche tra gli oltranzisti dei due indirizzi 'classico' e 'positivo'. Il problema vero, ancora aperto, era quello dell'unificazione penale, che proprio negli anni intorno a quel 1885 stava tornando in alto mare per via di dissensi, incomprensioni, sciatterie e sterili scontri parlamentari. Lucchini, che vedeva in gioco in quelle vicende le sue più radicate convinzioni di scienziato e la stessa credibilità della sua Rivista, le considerava ovviamente, come abbiamo già avuto modo di vedere e come diremo ancor più avanti, in testa ad ogni possibile scala di priorità.

b) *Dal Codice Zanardelli alla crisi di fine secolo. La 'tutela politica del diritto' e gli 'attentati alle libertà'.*

Date quelle premesse, ben si comprenderà, crediamo, come nel 1890, dopo soltanto cinque anni dalla inaugurazione della seconda, la *Rivista Penale* passi alla sua terza serie. Il codice che porterà il nome di Zanardelli (e l'impronta inconfondibile di Luigi Lucchini) è ormai, e finalmente, divenuto legge dello Stato. La rivista, che ha alle spalle quindici anni di esistenza e la pubblicazione di trenta volumi, celebra l'avvenimento con la legittima soddisfazione del protagonista primario e senza risparmiare i toni trionfalistici.

La battaglia è stata vinta su due fronti: quello politico e parlamentare, grazie alla determinazione ed alla abilità di Giuseppe Zanardelli, che ha saputo cogliere il momento maturo e puntare sulle forze scientifiche più vitali del momento; quello delle scuole penalistiche (la nuova scuola positiva, innanzitutto, ma anche le componenti invecchiate, metafisiche o illiberali, della scuola che Carrara chiamava italiana), che escono da quella vicenda, la prima furiosa e scornata, le seconde taciturne, ma pronte a tornare in campo nella fase di attuazione, grazie alla forte influenza che esse

rappresentò il punto di avvio di una svolta decisiva: si vedano, oltre a B. PAOLI, *Storia scientifica*, mon. II, cit., p. 13, lo scritto di A. BUCCELLATI, *La pena*, III, *La pena di morte e il Senato italiano*, in *Rivista Penale*, 4, II, 1876, pp. 5-31 e gli atti di quelle sedute, pubblicati a parte per cura del Senato del regno, Legislatura XII, Discussioni intorno alla pena di morte, Tornate dal 18 al 25 febbraio, 5 e 6 marzo, Roma, Cotta e C. Tip. del Senato, 1875.

avevano su strati importanti della magistratura italiana, specialmente ai livelli più alti. Guerra lunghissima, avversari temibili, terreno ostile, e quindi vittoria ancora più grande.

La tanto attesa ed invocata unificazione della legislazione penale italiana, dice Lucchini, è finalmente compiuta, « e la data del 30 giugno 1889 rimarrà memoranda nella patria legislazione, siccome quella che ha segnato la sanzione del nuovo ed unico Codice penale italiano » (42). La paternità scientifica del codice viene subito rivendicata (43); ma anche quella, per così dire, dell'artefice, viene sia pur sommessamente fatta valere. Il lavoro, infatti, era stato realmente preparato e impostato, problema dietro problema, da Luigi Lucchini e steso poi concretamente, articolo per articolo, da Giovan Battista Impallomeni (44). Il direttore della *Rivista Penale* aveva

(42) L. LUCCHINI, *La terza serie della Rivista Penale*, in *Rivista Penale*, 31, XVI, 1890, p. 5.

(43) « Gli ostacoli che pareano insormontabili sono stati superati, grazie alla tenacia di un Ministro che ha saputo fortemente ed operosamente volere ...

Niuno potea esserne lieto e soddisfatto quanto noi lo fummo, e non per la qualsiasi nostra cooperazione prestata al grande edificio, ma perché soprattutto il nuovo Codice veniva a sciogliere il voto cui si era consacrata per ben tre lustri e con grande amore questa nostra *Rivista*, vincendo essa pure difficoltà non lievi e combattendo animosamente le battaglie della verità e della scienza. Ci si consenta quindi di attribuire anche a noi, senza peccare d'immodestia e di pretensione, una piccola parte del merito spettante ai cooperatori della novella legislazione » (L. LUCCHINI, *La terza serie*, cit., p. 5).

(44) Lucchini era entrato nell'impresa della codificazione al fianco di Giuseppe Zanardelli fin dal 1883 (cfr. il suo *Giustizia e polizia*, cit., p. 94), anno del primo tentativo operato statista bresciano, e fin da allora aveva approntato per il suo ministro « un intero progetto con una importantissima Relazione » (G. CRIVELLARI, *Il Codice Penale*, I, cit., p. CXXXIV). Dopo di allora continuò ad assistere Zanardelli nell'impresa, rivedendo, ritoccando e perfezionando il suo progetto (cfr. L. L., *Per un fatto personale*, in *Rivista Penale*, 36, XVIII, 1892, p. 188 e Id., *Le droit penai et les nouvelles théories*, Paris, Pichon, 1892, pp. 407-408). Poi, quando i lavori delle camere furono conclusi, con decreto del Re venne nominata una Commissione interparlamentare per il coordinamento finale e per le modificazioni necessarie da apportare al codice; tale Commissione, presieduta dal Guardasigilli, venne integrata con membri del Consiglio di Stato e con professori universitari: tra questi, accanto a Lucchini, che non poteva mancare, ne troviamo soltanto tre: Brusa e Faranda, a lui legatissimi e con lui pars magna nella *Rivista Penale*, e nientemeno che il suo maestro Giampaolo Tolomei, della cui presenza oso pensare che fosse dovuta piuttosto all'influenza dell'allievo grato e desideroso di dargli lustro, che non al valore dello studioso, non eccelso, per la verità. In quella Commissione troviamo uomini scientificamente assai vicini al nostro (si vedano le precisazioni, fatte

scritto di suo pugno la famosa, monumentale *Relazione* che avrebbe incontrato uno straordinario successo, col nome di Zanardelli, per la chiarezza espositiva, la forza logica del ragionamento e la lucida impostazione e sistemazione dei problemi scientifici e delle questioni di politica penale. Ben si capiscono, quindi, il compiacimento e la rivendicazione:

Nel nuovo Codice penale noi vediamo non solo il compimento dell'unificazione legislativa nel diritto penale, ma si ancora e più la consacrazione di quei principi e l'incremento di quei progressi scientifici e legislativi che formano il programma e segnano l'indirizzo della nostra *Rivista*. (...). Ed ecco perché nel nuovo Codice penale, che si largamente riflette le nostre aspirazioni scientifiche, nella sostanza e nella forma, dall'abolizione della pena di morte alla bipartizione dei reati, dalla unità delle specie penali alle norme sul concorso delle pene, dal sistema penitenziario progressivo alla soppressione dei gradi penali, dai succedanei della riprensione giudiziale e

con tanto di nomi, nella risposta a J. Vida che porta il titolo *Per un fatto personale*, cit., p. 191), e molto spesso coinvolti nelle imprese della rivista: tra i parlamentari (Vigliani, Canonico, Costa, Calenda, Nocito, Villa), tra i magistrati (Arabia, Sighele, Travaglia); poi, tra i vice segretari addetti alla stesura, Impallomeni (all'epoca magistrato, che avrebbe svolto il lavoro più importante, coadiuvato da un altro assiduo 'lucchiniano' come Gabriele Pincherle. Impallomeni, molto legato a Zanardelli, era entrato tra i collaboratori più stretti nel Gabinetto del Ministro fin dal Luglio del 1887, all'epoca del rilancio del 'progetto Lucchini', ed aveva dato forte mano alla preparazione finale del codice (cfr., per un cenno significativo, A. POZZOLINI, *In memoria di Gio. Batt. Impallomeni*, Pisa, Mariotti, 1907, pp. 6-7).

Quanto al diretto intervento di Lucchini nella elaborazione del codice del 1889, possiamo trovare qualche allusione in più di un suo scritto: *La riforma della legge di pubblica sicurezza*, cit., p. 246; *Giustizia e polizia*, cit., p. 94; *Intorno alla sottrazione di cose sequestrate o pignorate (art. 203 del Cod. Pen.)*, in *Rivista Penale*, 33, XVII, 1891, pp. 5-7. Infine, ed in particolare, L. LUCCHINI, *Ai Lettori*, in *Rivista Penale*, 51, XXVI, 1900, pp. 5-6 (« Tanto fu ampia e tenace l'azione di questa Rivista, che a ciò principalmente si è dovuto se chi la dirige venne chiamato all'onore di aver parte non lieve in quei lavori.

Dopo essersi per alcuni anni ancora lo schema palleggiato fra vari ministri, senza venirne a capo, ebbi io stesso l'ambita ventura, auspice quell'insigne uomo che doveva meritatamente dargli il nome, di potervi trasfondere quei principi e quei criteri, scientifici e legislativi, di sostanza e di forma, che nella *Rivista* e altrove ero venuto propugnando. Così che, per quanto le esigenze politiche e parlamentari rendessero necessario in molti particolari piegarsi a certe concessioni, l'opera legislativa nondimeno, per la fermezza nell'azione e nei criteri direttivi, potè conservare quella unità organica e quell'armonica struttura che sono fra le doti più desiderabili e apprezzabili di un codice »).

della malleveria di buona condotta al severo trattamento dei recidivi, dalle nozioni sulla imputabilità e sulla responsabilità a quelle sulla partecipazione, dalla classificazione dei reati alla loro nozione obiettiva, dalla soppressione della casuistica al modo di commisurare le sanzioni e di valutare le circostanze dei reati, e in molti altri punti, ecco perché noi vi scorgiamo il trionfo di quell'apostolato che è la vita e la ragion d'essere del nostro Periodico.

L'attuazione del nuovo Codice penale era quindi tale avvenimento per la nostra Rivista, che doveva lasciarvi traccia di sé e aprire un nuovo periodo della sua esistenza (45).

Questo lungo elenco di principi accolti nel codice è, in buona sostanza, l'elenco di altrettanti punti di impegno tenuti dalla rivista nei suoi quindici anni di vita, e l'affermazione secondo cui l'unificazione legislativa penale avviene in Italia sulle posizioni scientifiche e programmatiche propugnate da un Periodico non appare infondata o esagerata. È dunque a questo punto che Lucchini può introdurre una considerazione sul costume della sua pubblicazione, sulle qualità che lui crede la distinguano e sullo stile che lui le ha impresso e che vuole conservarle. Una dichiarazione molto significativa, che — possiamo dire — sembra anche corrispondere al vero, e mostra che dopo quindici anni di attività la *Rivista Penale* può fare del bilancio della sua lunga azione la divisa stessa del suo modo d'essere:

Essa non è una raccolta qualsiasi e incolore di scritti e di articoli, nella quale siano incoerentemente affastellate le più divergenti opinioni. Certamente essa si pregia della maggiore tolleranza, seppur questa frase ha scientificamente un senso appropriato, e di gran cuore offre ospitalità a qualsiasi trattazione scientifica avvalorata dalla responsabilità personale dello scritto; e si compiace che gli opposti assunti trovino nelle sue pagine una leale palestra di lotte e di cimenti, poiché non ignora che dall'attrito scaturisce la luce e dalla discussione la verità.

Il nostro Periodico non vive anzi che della critica e della discussione, non ama di meglio che la lotta; ma in questa esso tiene alto il suo vessillo, e al patrocinio delle idee e dei principî che vi stanno impressi informa tutta quella parte, la maggiore, nella quale l'unità di indirizzo e di programma si coordina con l'unità della direzione e della responsabilità (46).

(45) L. LUCCHINI, *La terza serie*, cit., pp. 6-7.

(46) L. LUCCHINI, *La terza serie*, cit., p. 6.

C'è ovviamente anche una parte programmatica, nell'indirizzo ai lettori che inaugura la terza serie nel gennaio del 1890. La rivista lavorerà per chiarire, interpretare, verificare e, all'occorrenza anche difendere, la nuova legislazione, nella fase della sua prima attuazione.

Il codice rappresenta un elemento innovatore fortissimo, specie se lo si paragona al codice toscano del 1853 ed al sardo del 1859, precedentemente in vigore, tanto privi di un'organica unità di concetti e tanto gravati da incoerenza di istituti e disposizioni, quanto esso è invece armonico e coerente « così nella sostanza come nella forma ». Tale vigore innovativo creerà problemi applicativi, specie nei primi tempi, e ad essi la rivista cercherà di dare risposte, nella convinzione che tale opera iniziale varrà anche in prospettiva, a migliorare lo stesso codice ⁽⁴⁷⁾.

Ma ci sono altre questioni importanti che sono ancora aperte. Gli ordinamenti processuali sono ancora antiquati e incoerenti, mentre si vorrebbe una « giustizia penale meno tarda, meno prolissa, meno inetta ... più onesta, più oculata, più popolare. E necessario e urgente che tutto il Codice venga spogliato da molti impacci, da molti inutili congegni, da molti pregiudizi, che lo informi uno spirito più sano e liberale, che sia reso di una struttura più facile, più semplice, più vigorosa, a maggiore tutela degli innocenti, a più sicura e pronta persecuzione dei colpevoli » ⁽⁴⁸⁾. Si impone anche la rapida approvazione di un nuovo sistema penitenziario, perché in assenza di quelle due fondamentali riforme « assai dubbio e infido sarebbe il risultato pratico delle riforme penali ».

⁽⁴⁷⁾ « Ma se il nuovo Codice stampa un'orma notevole nell'evoluzione progressiva della legislazione e traccia nuovi orizzonti per la dottrina, le tradizioni nazionali, lo stato dei costumi, della moralità pubblica e della delinquenza, il coordinamento con le altre leggi e istituzioni, e le antiche correnti scientifiche, alle quali non ha potuto interamente sottrarsi, nello stesso tempo che ne stabiliscono la migliore confacenza pratica e concreta alle presenti condizioni della vita, della coltura e della civiltà nostra, dimostrano come esso sia suscettibile di ulteriori miglioramenti. Laonde, anziché chiudere un ciclo scientifico ed essere l'ultima parola della scienza o l'ultima espressione di una scuola, il nuovo Codice va considerato come altra delle pietre miliari che nel suo cammino trionfale segna la scienza, la quale giammai s'arresta e sempre intende a nuovi progressi e svolgimenti ». (L. LUCCHINI, *La terza serie*, cit., pp. 7-8).

⁽⁴⁸⁾ L. LUCCHINI, *La terza serie*, cit., pp. 8-9.

Giusti propositi, che nei primi anni novanta guidano effettivamente la politica della rivista, anche se, per la loro relativa immaturità, le tolgono un po' di smalto e ne abbassano di qualche grado il tono, dando luogo a trattazioni spesso incolori, povere di orizzonti e troppo ricche di una tecnicità senza respiro.

Propositi, però, assai presto abbandonati: verso la metà di quel decennio si presentano alla penalistica italiana problemi del tutto nuovi (anche se esplosi dopo lunga latenza e incubazione), che costringono la *Rivista Penale* a spostarsi su di un terreno che nella pagina programmatica del 1890 non era stato neanche lontanamente prefigurato. Ci riferiamo al nuovo irrompere dell'ordine pubblico sulla scena della politica penale e criminale del paese, in conseguenza dei fatti (e dei provvedimenti) del 1894 e poi di quelli del 1898-1900, che sottoposero le istituzioni, la legislazione penale ed il già debole e fragile sistema delle garanzie del cittadino ad una terribile pressione, fatta di duro autoritarismo, di arbitri e di severa riduzione dei già precari livelli di legalità.

Così, superato il momento cruciale di quella difficile fase, la *Rivista Penale*, nel gennaio 1900, chiudeva la sua terza serie con un bilancio consuntivo ben lontano dal preventivo di dieci anni prima. Dava inizio alla quarta serie sotto l'egida di propositi che tornavano ad essere in larga misura interni alle regole ed alle logiche della scienza, perché doveva apparire troppo rischioso avventurarsi ancora sul terreno della dialettica tra diritto e politica, o solo su quello del rapporto tra diritto e società, che erano stati coltivati con non piccoli successi nel quarto di secolo trascorso dalla sua prima comparsa.

Nel nuovo indirizzo *Ai Lettori*, Lucchini fa apertamente riferimento, senza il velo delle allusioni che aveva usato subito dopo la sua approvazione, alla *parte avuta personalmente, in riconoscimento della funzione scientifica propria della sua Rivista*, nella elaborazione e nella stesura stessa del codice penale ⁽⁴⁹⁾. Quello era, e resta, il codice della *difesa giuridica*, ispirato al principio della *tutela politica del diritto* ⁽⁵⁰⁾: liberale nella concezione, garantista quanto serve nei

⁽⁴⁹⁾ L. LUCCHINI, *Ai Lettori*, 1990, cit., pp. 3-6. Ma vedi sopra, la parte finale della nota 44.

⁽⁵⁰⁾ Nell'importante articolo pubblicato nella *Rivista Penale* del 1881 con il titolo

meccanismi e nelle previsioni, severo, ma non accanito, nel prevedere pene; denso di opportunità, infine, che sarebbe stato possibile valorizzare per elevare la civiltà penale del paese, solo che si fosse voluto darne una adeguata ed 'evolutiva' applicazione. Ma il contorno legislativo debole (la mancanza di un nuovo processo, innanzitutto), l'arretratezza — e le resistenze — delle strutture (giudiziarie, di polizia e carcerarie), e soprattutto il clima repressivo indotto dalle aspirazioni autoritarie presenti in quella Italia di fine secolo, hanno vanificato ogni possibilità di fare del codice penale uno strumento di riforma civile in senso largo.

Per questi motivi, nel programma della quarta serie sono messi al primo posto l'impegno per l'avvento del codice di procedura penale ⁽⁵¹⁾ e la riaffermazione della inflessibilità della rivista, quanto

Sull'antico progetto del nuovo Codice penale italiano, Lucchini aveva valutato il nesso esistente tra 'magistero punitivo' e società, ponendolo su di un piano relativamente nuovo in rapporto alle convinzioni politico dottrinali allora dominanti: « Più infatti che si inoltra il passo nel progresso della civiltà e nella diffusione dei lumi — aveva scritto — convien che l'umana giustizia s'adagi su un terreno sempre più positivo e razionale. Costantemente proponendosi il concetto massimo ed il fine ultimo della tutela politica del diritto, il magistero penale non deve scompagnare mai l'esigenza repressiva dall'intento correzionale, e circoscrivere quanto è possibile l'ideale retribuzione giuridica del misfatto alla pronuncia della convinzione di reità ed alla conseguente condanna, chiamandosi meglio soddisfatto col più esteso accertamento di reati e di rei, che non con la enormità delle pene inflitte ai pochi sciagurati che riesce ad avvinghiare e colpire », (in *Rivista Penale*, 15, VIII, 1881, p. 473). Come si vede, si tratta di una concezione che, se era entrata largamente nel Codice del 1889, meno era stata praticata nel corso della sua applicazione, e meno ancora era stata tenuta presente nello stile repressivo — politico e giudiziario — degli anni novanta, sui quali il nostro stava riflettendo in quel suo quarto indirizzo Ai Lettori.

⁽⁵¹⁾ « Compiuta l'opera unificatrice e rinnovatrice della legislazione penale (...) era naturale che la *Rivista* si consacrasse con più ardore agli studi processuali, ognor più urgendo la riforma del corrispondente codice, già tanto in ritardo nel cammino evolutivo della civiltà e della scienza. Però non sono pochi, né di tenue pregio i lavori all'uopo comparsi nella *Rivista*, a far capo da quelli degli eminenti Casorati e Cesarini, per venire ai lavori dotti e apprezzati di scrittori valentissimi quali il Benevolo, il Nocito, lo Stoppatò, il Vacca, il Carnevale, il Lanza, il Civoli e altri valorosi.

Qui ancora l'opera legislativa, per quanto da ogni parte ritenuta e dichiarata urgente, non è uscita dalla crisalide di studi e lavori interni e preparatori. Non si è trovato ancora un Ministro che sapesse o volesse assumerne personalmente l'iniziativa e la responsabilità. Ma la *Rivista Penale*, come ha fatto sinora, proseguirà vigorosamente nella campagna scientifica e legislativa, ora più che mai essendo necessario tener alta la

alle questioni fondamentali sulle quali si fondano le libertà dei cittadini, la saldezza e l'autonomia delle istituzioni e, in ultima analisi, la civiltà del Paese. Tale riaffermazione è fermissima, ed assume un tono quasi (e certo volutamente) solenne ⁽⁵²⁾.

Quella testimonianza non aveva soltanto lo scopo di segnare un punto fondamentale del consuntivo della rivista in quegli ultimi anni di battaglie per il diritto. Aveva anche, evidentemente, un permanente valore programmatico, perché in quel mese di gennaio del 1900 non era affatto pacifico che il clima del paese sarebbe cambiato e che giuristi come Lucchini, Impallomeni o Nocito non avrebbero più avuto da scendere in campo per difendere libertà pubbliche e civiltà giuridica: la loro funzione, lungo tutto il 'decennio di sangue', era stata non marginale né minore (malgrado il disconoscimento per oblio cui sarebbero stati fatti segno dagli storici della cultura, tanti anni dopo), ed è del tutto comprensibile che il loro proposito fosse quello di non mancare all'appello, di fronte ad una nuova occorrenza ⁽⁵³⁾.

bandiera di quei principi liberali e umanitari, sulla base dei quali soltanto può elevarsi il monumento di un codice che sia alla altezza dell'odierna civiltà e che miri veramente al trionfo della verità e della giustizia» (L. LUCCHINI, *Ai Lettori*, 1900, cit., p. 6).

⁽⁵²⁾ L. LUCCHINI, *Ai Lettori*, 1900, cit., pp. 6-7, e vedi, più avanti, il passo riportato all'inizio del paragrafo dal titolo *In difesa delle pubbliche libertà*.

⁽⁵³⁾ Di lì a poche settimane, il 29 febbraio 1900, Luigi Lucchini avrebbe avuto parte non piccola, quale componente della prima sezione della Corte di Cassazione di Roma, presieduta da Tancredi Canonico, nell'annullamento del decreto 22 giugno 1899, n. 277. Si trattava del decreto con il quale il ministro Pelloux aveva tentato di imporre una disciplina legislativa che metteva nelle mani della polizia le libertà di riunione, di associazione, di stampa e di sciopero, dopo che il governo non era riuscito — per via dell'opposizione ostruzionistica — a farla approvare dal parlamento. La Cassazione romana considerò quel decreto alla stregua di una proposta di legge che il parlamento, in conseguenza della chiusura della sessione, non aveva potuto né discutere né approvare; gli negò quindi ogni effetto, ed in particolare l'efficacia giuridica che avrebbe preteso di avere successivamente al 20 luglio 1899, data indicata nel decreto stesso come quella di attuazione (cfr. Per tutti G. CANDELORO, *Storia dell'Italia moderna*, VII, *La crisi di fine secolo e l'età giolittiana*, Milano, Feltrinelli, 1974, pp. 77-78).

Di questo episodio si è molto scritto, in questi ultimi quindici anni, anche per ridimensionarne il valore. Prima P. MAROVELLI, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana dal 1848 al 1923*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 107 ss. ha affermato la tesi, suffragabilissima, della acquiescenza dell'alta magistratura italiana, in quella fase, alle esigenze politiche dei (singoli) governi man mano succedutisi; dopo di lui N.

Si trattava di intellettuali che, qualsiasi fosse stato in futuro il loro approdo (e Dio sa quanti di loro sarebbero assai malamente

TRANFAGLIA, *Dallo Stato liberale al regime fascista. Problemi e ricerche*, Milano, Feltrinelli, 1973, p. 167-168 ha giustamente notato che anche l'annullamento di cui si tratta fu l'effetto di un *revirement* della magistratura che « avvenne dopo che all'interno del blocco dirigente si era fatta strada la soluzione liberale sicché, sulla base di quanto dimostrano i lavori di D'Addio, di Neppi Modona e di Marovelli, non è improbabile che anche in quell'occasione la Cassazione si sia limitata a sanzionare quanto altrove si era deciso piuttosto che avanzare una propria linea differente o addirittura contrapposta a quella dell'esecutivo ». Infine, U. LEVRA, *Il colpo di stato della borghesia. La crisi politica di fine secolo in Italia, 1896/1900*, Milano, Feltrinelli, 1975, pp. 382 ss., ha ribadito la convinzione che quella sentenza della Cassazione romana, sembrata (all'epoca, ad osservatori non negligenti, ed anche subito dopo, a commentatori attenti) una sentenza non priva dei segni dell'autonomia, e forse del coraggio, fosse in realtà un atto di sottomissione al vento nuovo che s'era messo a tirare in Italia. Credo anch'io che lo spirito critico debba spingere il nostro giudizio in questa direzione, ma credo anche che, proprio perché si tratta di spirito critico, non sia bene negare del tutto che quei giudici abbiano potuto, in quell'occasione delicatissima, affermare insieme le proprie radicate convinzioni giuridiche, o politico-giuridiche.

Quel che è certo, è che c'era tra di loro chi volle esercitare piuttosto la sua coscienza che il suo fiuto, continuando in quella sede, per coerenza, una battaglia avviata altrove, e in tempi non sospetti. Luigi Lucchini era di questi, e siamo certi — come lo furono i commentatori 'a caldo' della sentenza del 20 febbraio — che la sua parte in quella decisione fu primaria ed essenziale. Di quel decreto, quando uscì, scrisse, pubblicandolo sulla *Rivista Penale*, 50, XXV, 1899, pp. 104-106, che « L'enormità del provvedimento e la futilità, per non dir altro, delle giustificazioni, non merita[va]no di essere discusse » (p. 105). Poi, in un memorabile scritto pubblicato nell'agosto del 1899, (*Il decreto-legge sui provvedimenti politici*, in *Rivista Penale*, 50, XXV, 1899, pp. 125-143), criticava con estrema durezza, grande lucidità e fortissimo senso di realismo, non solo il provvedimento di cui avrebbe poi determinato la cassazione, ma l'intera politica repressiva di quegli ultimi anni. La sua linea era certamente coerente con quella politica (e parlamentare) di Giolitti e Zanardelli, ma era arricchita, rispetto a quella, di fermezza garantista ed impoverita di calcolo politico: la linea di un giurista coerente, che sarebbe ingeneroso, solo perché ascrivibile ad una posizione politica presente nel paese, considerare appiattita su quella posizione e subalterna ad essa. Basterebbe leggere, per convincersene, la breve nota *Decreti-legge e necessità di Stato*, in *Rivista Penale*, 51, XXVI, 1900, pp. 583-584, nella quale Lucchini commentava l'ennesimo decreto (stavolta del 5 aprile 1900) con il quale, due giorni dopo l'aggiornamento della camera dei deputati, si revocava il famoso decreto 22 giugno 1899, già cassato e poi di nuovo ripresentato. Accanto al compiacimento per «... la fine immatura e non immeritata di quel mostriciattolo legislativo », egli esprimeva la più ferma condanna di quella revoca per i gravi profili di incostituzionalità e di vero e proprio disprezzo del parlamento che la caratterizzavano.

approdati), esprimevano in quella fase esigenze fortemente liberali: viziate forse al loro fondo, come avrebbe poi mostrato il termine *ad quem* del loro cammino, ma in quel momento significative, e capaci di dare seriamente mano all'opera di stabilizzazione e garanzia costituzionale di cui il paese aveva bisogno ⁽⁵⁴⁾.

Il valore programmatico di cui dicevamo or ora a proposito di quella testimonianza, ci persuade (anche) del fatto che stava maturando una convinzione in Lucchini ed in molti altri dei penalisti che in diverse sedi e su differenti sponde avevano condotto la sua stessa battaglia: si stavano persuadendo della necessità di tornare a coltivare *innanzitutto il momento giuridico* dei problemi politici legati alla legislazione ed alla sua attuazione o applicazione. Bisognava riportare ai loro termini (anche tecnici) le questioni costituzionali e penali, per restituire interamente ai giuristi (soprattutto a quelli non esclusivamente « tecnici ») la loro essenziale funzione.

Non si può dire che un uomo come Lucchini avesse mai perso o abbandonato quella funzione; è che gli avvenimenti e le emergenze degli ultimi anni novanta lo avevano costretto ad impegnarsi anche su terreni diversi, cosa che fece, tuttavia, conservando lucida la coscienza della sua speciale identità di giurista. Ora si trattava di rimettersi a coltivare primariamente, se non esclusivamente, le questioni del diritto: in primo luogo, di tornare a fare i conti con le pratiche quotidiane dell'amministrazione della giustizia; poi, di ricominciare a tessere la lunga tela della riforma legislativa (partendo ovviamente dal processo); infine di riaprire il confronto con le altre tendenze scientifiche, ed in particolare con la scuola cd. positiva, alla quale più di una responsabilità veniva addossata, anche in ordine alle recenti traversie del sistema giuridico italiano.

⁽⁵⁴⁾ Scrivo questi giudizi sapendo di entrare in contraddizione con cose ben diverse scritte da me, su Luigi Lucchini, una quindicina di anni fa, nel saggio *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II, 1973, a p. 643. Già un anno dopo quel saggio, in una *retractatio* contenuta in *Il diritto penale sociale*, cit., p. 565, chiarivo come il giudizio eccessivamente *tranchant* espresso nel 1973 era da correggere, e riguardava, comunque, il Lucchini del 1922. Devo ribadire ora che in quella pagina si leggono — al di là di giustificazioni che possono essere appoggiate sulle date di riferimento — inesattezze e semplificazioni, tali da dare di Luigi Lucchini un'immagine che non è affatto la sua.

Scienza e giustizia, civiltà e libertà — così si conclude il bilancio del venticinquennale con cui viene aperta la quarta serie della rivista ⁽⁵⁵⁾ — sono del pari oggetto e campo di discussione e di lotta, in cui anche una sosta significa arresto di sviluppo ed è segno di decadenza. Ma né sosta né riposo mai si è concessi la nostra Rivista in questi venticinque anni di vita, al sorgere, al diffondersi e all'imperversare di dottrine e di correnti che insidiavano le basi medesime della scienza giuridica. Essa si è trovata sempre in prima linea nel combattere, non già per spirito di intolleranza o di misoneismo, ma con sereno pensiero scientifico, quello che le parve ed è certamente nient'altro che simulacro di scienza, falso positivismo, ignoranza delle leggi più elementari nelle funzioni umane e sociali, sovvertimento di ogni principio di natura e di ragione; come nel campo filosofico è negazione di ogni principio etico e delle leggi di universale evoluzione e perfettibilità; come nel campo politico e civile non è che reazione e annientamento di ogni iniziativa e prerogativa individuale e ritorno al più sfrenato dispotismo.

I grandi temi di un impegno trentennale.

Nel delineare bilanci e propositi delle quattro serie che la *Rivista Penale* si è data dal 1874 ai primi anni del novecento, abbiamo già dato conto, sia pure superficialmente, di tre punti essenziali sui quali la sua presenza, in quei trent'anni, si è caratterizzata in modo particolare: l'unificazione penale e le riforme del sistema punitivo, la polemica con la scuola positiva, la battaglia di fine secolo per le libertà.

Ognuno di questi grandi temi ne implicava altri, non piccoli, ed altri ancora ne conduceva con sé. L'unificazione penale, oltre alla preparazione del codice, comportava la soluzione della questione della pena di morte, l'affermazione di una particolare visione del penale (difesa giuridica, tutela politica del diritto), l'impostazione di un non conflittuale rapporto tra codice penale e legislazione speciale. Questa legislazione diveniva essenziale per riformare in modo adeguato l'intero sistema di giustizia: dal ruolo della magistratura al processo penale (compresa l'annosa questione dei giurati), dall'ordinamento carcerario ai poteri e funzioni della polizia (la legge di P.S.), per finire alla concezione stessa della giustizia come organizzazione (Cassazione unica, statistiche giudiziarie, casellario). La battaglia giuridica in difesa delle libertà e per la 'costituzionalità'

⁽⁵⁵⁾ L. LUCCHINI, *Ai Lettori*, 1900, cit., p. 7.

dell'azione di governo passava per questioni cruciali come i processi politici, gli abusi collegati agli istituti di polizia preventiva, la difesa delle libertà di associazione, riunione, ed anche di sciopero, le leggi sulla stampa, la deportazione, il carcere preventivo. Infine, il contrasto con la 'nuova' scuola che volle poi chiamarsi positiva, attraversava ciascuno di questi temi grandi e piccoli, fungendo da terreno principale di uno scontro che era ancora più vasto e generale di quello visibile, coinvolgendo in realtà le strategie e le opzioni di fondo della civiltà penale nel suo complesso.

È dunque di questi tre importanti ordini di problemi che vale la pena di occuparsi ora, con qualche riflessione conclusiva.

a) *L'unificazione legislativa ed i principi del diritto penale.*

Come sappiamo, la rivista era stata fondata con il fine primo di assecondare, all'indomani della presentazione del progetto Vigliani, la nascita del nuovo codice penale unico del Regno d'Italia. Abbiamo anche visto, ragionando intorno ai bilanci programmatici e conclusivi stilati da Lucchini serie dopo serie, attraverso quali traversie e dentro quali traiettorie si sia mossa la *Rivista Penale* nella lunga vicenda scientifico-parlamentare conclusasi con la promulgazione del codice Zanardelli.

Dal punto di vista 'ideologico', ovvero sulla questione dei fondamenti dottrinali da dare al codice, il massimo impegno della rivista si esprime in coincidenza con quattro momenti cruciali della attività parlamentare e del dibattito scientifico. Ci riferiamo agli anni 1874 (progetto Vigliani); 1881 (intenso ma inconcludente lavoro parlamentare che « si teme » possa concludersi positivamente, perché male impostato, e travagliato da dissensi e incertezze che non gioverebbero al risultato finale); 1883-85 (ripresa delle attività parlamentari in seguito al primo progetto Zanardelli del 1883, in un quadro di più omogenee posizioni scientifiche, dovuto anche all'opera della *Rivista Penale* che è riuscita ad egemonizzare gli orientamenti dottrinali, organizzandoli intorno ad alcuni caposaldi fondamentali); 1887-88 (stretta conclusiva, nella quale Lucchini e Impallomeni, per decisione di Zanardelli, impostano, elaborano, e poi 'scrivono' materialmente il codice penale del 1889) Ognuna di queste fasi ha la sua puntuale ripercussione sulla rivista, e non

soltanto attraverso gli interventi maggiori e minori, del direttore Lucchini ⁽⁵⁶⁾.

I nodi-dottrinali (ma si potrebbe anche dire ‘i temi di politica penale’) intorno ai quali vertono la ricerca e la discussione avviate sulla *Rivista Penale*, riguardano essenzialmente: la *tripartizione* (cri-

⁽⁵⁶⁾ Si comincia nel 1874 con una vera e propria ‘sub sezione’ dal titolo *Studi intorno al progetto 24 febbraio 1874 di un nuovo Codice penale italiano*, sotto la quale appaiono volume dopo volume, scritti di Baldassarre Paoli, Emilio Brusa, Victor Molinier, Charles Lucas, Francesco Carrara, Luigi Lucchini, August Geyer, per parlare solo dei principalissimi.

Nel 1881 esce l'importante scritto di L. LUCCHINI, *Sull'antico progetto del nuovo Codice penale italiano. Considerazioni generali*, in *Rivista Penale*, 15, Vili, 1881, pp. 457-474, denso di indicazioni, preciso nel cogliere contraddizioni e incongruenze del lavoro legislativo che si stava svolgendo, e lucido abbastanza da imporre il suo autore come protagonista ‘naturale’ delle fasi successive di quello stesso lavoro.

Poi, nel 1884, in seguito alla presentazione da parte del ministro Giannuzzi Savelli di un progetto già fatto elaborare (per la prima volta con l'intervento di Lucchini) dal suo predecessore Zanardelli, intervengono ancora L. LUCCHINI, *Il Progetto del nuovo Codice penale italiano, presentato alla Camera dei deputati nella tornata del 26 novembre 1883. Storia e sintesi*, in *Rivista penale*, 19, X, 1884, pp. 5-19; A. BUCCELLATI, *Fonti e linee generali del nuovo Progetto [di Codice penale italiano]*, in *Rivista Penale*, 19, X, 1884, pp. 271-280; ID., *Osservazioni sulle disposizioni introduttive e preliminari, e sulla parte I del libro I [del Progetto del nuovo Codice penale]*, in *Rivista Penale*, 19, X, 1884, pp. 556-578; G. TOLOMEI, *Sul sistema penale*, in *Rivista penale*, 19, X, pp. 429-434.

Proseguendo l'analisi del primo progetto Zanardelli, e la battaglia in difesa di alcuni principi fondamentali a cui esso deve restare ispirato, escono nel 1885 gli interventi di A. GEYER, *Alcune considerazioni sull'ultimo progetto di codice penale italiano*, in *Rivista penale*, 21, XI, 1885, pp. 20-36, di L. LUCCHINI, *Reato e delinquente in generale nel progetto del Codice penale italiano*, cit., e ID., *Ancora e sempre contro la tripartizione dei reati nel progetto di codice penale*, cit. Seguono scritti su questioni o istituti particolari (Giampaolo Tolomei su *delitti e contravvenzioni*, 1886; Giovan Battista Impallomeni sul *reato continuato*, 1887, e sul *concorso di più persone nel reato*, 1887; Ferdinando Puglia sul *reato di bigamia*, 1887; Bernardino Alimena sulla *ripreensione giudiziale e sulla sospensione della pena*, 1888).

Infine, nel 1888, si entra nel vivo dell'ultima fase, e si discute intorno ad una bozza di codice ormai prossima ad essere approvata, e comunque già strutturata in forma definitiva e preceduta da una lunga ed attenta *Relazione*: sono di allora gli scritti (alcuni redazionali) di L. LUCCHINI, *Il progetto del nuovo Codice penale*, in *Rivista Penale*, 21, XIV, 1888, pp. 10-14; ID., *Critici di fantasia sul Progetto del nuovo Codice penale*, in *Rivista Penale*, 27, XIV, 1888, pp. 430-436; G. IMPALLOMENI, *Il sistema generale delle contravvenzioni nel diritto penale e nel Progetto di Codice Penale*, in *Rivista Penale*, 28, XIV, 1888, pp. 205-229; ed ancora L. LUCCHINI, *Della pretesa eccessiva latitudine delle pene nel Progetto del nuovo Codice penale*, in *Rivista Penale*, 28, XIV, 1888, pp. 105-111.

mini, delitti, contravvenzioni) o bipartizione (delitti e contravvenzioni) dei reati; l'economia generale del codice, specie in ordine alla presenza in esso, o in un provvedimento a parte, della materia delle *contravvenzioni*, che devono formare un sistema a sé; l'esatta *classificazione* dei reati; la lunghezza; o la 'severa brevità' delle *pene detentive*, con conseguenze sulla struttura dell'intero sistema di punizione carceraria, che è quanto dire: la « doppia scala di pene carcerarie parallele, con la stregua distintiva dell'impulso a delinquere e l'analogo concetto della recidività » (57); l'istituto della liberazione condizionale, un sistema di pene alternative (58), il problema della surrogazione penale alla multa od ammenda insoluta, ed altro ancora, in riferimento a quello che Lucchini chiama 'il sistema irlandese'.

Sul primo punto la posizione della *Rivista Penale* è fermissima e fortemente motivata. La questione era di sapere se i reati dovessero distinguersi in due categorie, con riferimento alla loro natura, o in tre, tenuto conto della pena prevista per il colpevole. La tripartizione (crimini, delitti, contravvenzioni) aveva dalla sua il precedente del codice penale francese ed una maggiore rispondenza alla tradizione degli Stati italiani preunitari; dal canto suo, la bipartizione (delitti contravvenzioni, che era stata adottata dal reputatissimo codice toscano, rispondeva certamente di più alla logica giuridica ed alla economia degli strumenti normativi, tanto che era stata introdotta in più di uno dei progetti succedutisi dal 1866 in poi (59). Nel 1885 si

(57) L. LUCCHINI, *Sull'antico progetto*, cit., p. 460.

(58) « Per le trasgressioni spicciole, pe' delinquenti di poco momento dovremmo moltiplicare diverse altre modalità penali prima ancora di toccare la perigliosa sanzione del carcere, sia pure di pochi giorni. E qui ci assistono memorabili tradizioni paesane, che di queste modalità ci ammanniscono numerosi esempi: *la custodia notturna, gli arresti in casa, le prestazioni di lavoro, ed altre sanzioni opportunamente e prudentemente disciplinate*; sino a discendere a quei simboli o surrogati penali che sono la *malleveria* ed il *monito censorio*, su cui l'ultimo Congresso giuridico italiano fu intrattenuto » (L. LUCCHINI, *Sull'antico progetto*, cit., p. 471).

(59) Lo schema della bipartizione era stato « ... risolutamente adottato ... dalla prima Commissione ministeriale del 1866, presieduta dall'illustre e compianto Pisanelli e composta dai più insigni rappresentanti della magistratura, della cattedra e della curia (...). Il progetto presentato nel 1883 alla Camera dal ministro Savelli mantenne la bipartizione, come la mantenne il ministro Pessina (...). Ciò senza che nella stampa scientifica, per quanto sappia, sorgesse una voce a combatterlo, mentre parecchi scrittori

profila l'eventualità che quest'ultima, ormai introdotta nel progetto Zanardelli del 1883, possa essere riemessa in discussione: la reazione di Lucchini, che non è isolata ⁽⁶⁰⁾, è immediata, durissima e, secondo il suo stile, largamente venata di sprezzante sarcasmo ⁽⁶¹⁾. Risultato:

a questo sistema fecero adesione ed encomio (...). E l'onorevole Mancini, nella sua memorabile Relazione, fece una splendidissima difesa della bipartizione, che dichiarò dettata *da una scuola tutta razionale e scientifica, che senza esitazione può dirsi la vera ed antica scuola italiana*, dimostrando che *il suo concetto è scientificamente e razionalmente il solo conforme a verità* » (G. ZANARDELLI, *Relazione ministeriale* premessa al Progetto di Codice penale per il Regno d'Italia e disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione, presentato dal Ministro ... Zanardelli nella seduta del 22 novembre 1887, Roma, [Cam. dei Dep., Atti Parlamentari, Legisl. XVI, 2^a Sess. 1886, Dis. di legge e Relaz., n. 28], Stamperia Reale Ripamonti, 1887, vol. I, pp. 24-25).

⁽⁶⁰⁾ Si veda, per es., L. MAJNO, *Intorno alle modificazioni introdotte dalla Commissione della Camera dei deputati nel libro primo del Progetto di codice penale presentato dall'on. Pessina*, in *Monitore dei Tribunali*, XXVI, 1885, pp. 923 ss., che ironizza sugli arzigogoli linguistici che stanno alla base della tripartizione, e sulla « tenerezza per una tradizione *nostra* e perché *nostra* » (p. 924). La Commissione era preoccupata, per esempio, del fatto che adottandosi la bipartizione dei reati in delitti (puniti con la prigionia) e contravvenzioni (punte con l'arresto, ed altre pene), si poteva « ... produrre negli animi disposti alle delinquenze un fatale per quanto erroneo convincimento nell'apprendere ... che il parricidio e il veneficio si chiamano *delitti* e sono puniti colla *prigionia*, mentre finora queste due parole non hanno significato che ben piccoli reati e ben lievi punizioni ». « Dunque la Relazione — osserva Majno (p. 924) — suppone che i delinquenti facciano studi sul codice penale: ma pur studiando il codice non vadano oltre la nomenclatura, e provino spavento o giubilo pel solo *nome* della pena, senza interessarsi di conoscerne la *sostanza* e la *durata* (...). Se tutto questo non è utopia e accademia pura ... ».

⁽⁶¹⁾ Oltre a respingere il vacuo nominalismo che ispira i sostenitori della tripartizione, e a deridere le paradossali conseguenze di sciocchi timori legati al suono dei nomi delle pene, Lucchini mette in campo alcune serie preoccupazioni di politica punitiva legate all'eventualità che il codice adotti la formula tripartita dei reati, cosa che produrrebbe una diversificazione quasi polverizzata delle pene: « ... la partizione dei reati in crimini e delitti, a sistema francese, va di conserva, naturalmente, con la distinzione delle pene in criminali e correzionali, le quali intrecciandosi con la duplice scala parallela delle penalità detentive, porta con sé la istituzione di quattro, dico *quattro*, pene carcerarie, quali erano prima accolte nelle edizioni del Progetto dal 1874 al 1877, e quali ora sarebbero ristabilite, concordi Ministro e Commissione: la *reclusione* e la *relegazione* (pene parallele criminali), la *prigionia* e la *detenzione* (pene parallele correzionali); senza contare l'*ergastolo*, pena perpetua, e l'*arresto*, pena di polizia. E qui cedo la parola agli amministratori e studiosi del sistema carcerario: dicano essi, con Beltrani-Scalia alla testa, dicano quanto sia seria e pratica e attuabile questa molteplicità di pene, ed informi lo stato attuale dei nostri stabilimenti penali, che fa purtroppo fede della

la bipartizione dei reati cessa di essere messa in discussione e la definitiva soluzione di questo punto finisce per condurre con sé lo scioglimento di un altro nodo: quello della collocazione logica del sistema delle, contravvenzioni ⁽⁶²⁾, rispetto al quale la soluzione più ragionevole sembrava quella — che prevalse — di mantenere nel codice penale sia le norme generali sulle contravvenzioni, sia le disposizioni speciali relative a quelle tra di esse che sembravano avere un carattere di maggiore stabilità ⁽⁶³⁾.

Allo stesso ordine di problemi sembrava appartenere la questione della esatta classificazione dei reati, che, benché a suo modo complicata e condizionata a da una lunga storia di tradizioni preunitarie diversificate, di divisioni dottrinali e di malintesi parlamentari, venne risolta nel codice coerentemente con le indicazioni maturate nei dibattiti svoltisi nella *Rivista Penale*: fondare la classificazione sul concetto della obiettività giuridica del fatto, il che vale

utopia sancita nel vegliante codice, non già con quattro o cinque, ma con tre sole specie di penalità i *lavori forzati*, così chiamati per celia, la *reclusione*, nel fatto assai più dura, ed il *carcere*, che in sostanza non si differenzia da quella » (L. LUCCHINI, *Ancora e sempre contro la tripartizione dei reati*, cit., pp. 434-435).

⁽⁶²⁾ Il punto era: esse vanno disciplinate in termini generali ed anche speciali, contravvenzione per contravvenzione, nel codice penale, o in leggi speciali allegate al codice, o in allegate altro modo? La soluzione prospettata da Lucchini era quella di introdurre, nel codice la sola disciplina generale, per evitare che materie come quelle contravvenzionali, che per loro natura sono soggette a frequenti mutamenti, dovessero essere ridisciplinate, all'occorrenza, con riforme che avrebbero dovuto investire il codice. Alla disciplina particolare si sarebbe dunque provveduto con leggi apposite, allegate al codice.

Altri sostenevano che la sede corretta fosse un libro del codice interamente dedicato ad esse ed alla loro intera disciplina, generale e speciale. La questione era poi complicata dal fatto che molte contravvenzioni speciali erano già disciplinate nella legge di P.S., e dalla propensione di qualcuno ad affidare alla legge di P.S. anche le norme generali che le riguardavano: cfr. G. ZANARDELLI, *Relazione ministeriale*, cit., p. 31 ss.

⁽⁶³⁾ « La questione del collocamento delle contravvenzioni si coordina poi a quella del sistema penale. Prescelta la bipartizione, ne viene di conseguenza che per le contravvenzioni sieno stabilite specie di pene diverse da quelle fissate pei delitti, di guisa che le sanzioni repressive delle une e degli altri si esauriscono sempre, così nei massimi, come nei minimi, senza mai uscire dalle rispettive specie. È questo un sistema penale che giova veramente a distinguere nettamente le contravvenzioni dai delitti, che altrimenti fra di loro si confondono per la promiscuità delle pene, come accedde oggidi, malgrado la tripartizione adottata dal codice sardo, a causa del passaggio delle pene correzionali a quelle di polizia e viceversa » (G. ZANARDELLI, *Relazione ministeriale*, I, cit., pp. 33-34).

a dire sulla specificità del diritto la cui esistenza o il cui esercizio sono oggetto del reato ⁽⁶⁴⁾.

Ma il punto di politica penale che appare oggi di maggior interesse, per l'impostazione datagli da Lucchini e per l'accogliamento (parziale) che ebbe nel codice, è certamente quello della 'durezza' (durata) delle pene che recava con sé l'esigenza di un radicale ripensamento dell'intero sistema punitivo ed in primo luogo, ovviamente, del sistema carcerario in particolare.

La *Rivista Penale* era stata, si può dire, la sola sede scientifica nella quale il rapporto tra il livello di penalità esistente nel codice e lo stato del sistema carcerario aveva ricevuto il massimo dell'attenzione, perché ritenuto decisivo sia per la funzionalità della repressione, sia per la civiltà punitiva. La scala penale esistente nel codice del 1859/1865 era antiquata e iniqua, e l'apparato carcerario sul quale andava ad applicarsi era in condizioni tali da non alleviare certo le sue pessime conseguenze. I calcoli e le somme che occorre fare — scriveva Lucchini nel 1881 — considerando reati, concorsi, recidive, circostanze, non sono diversi da quelli che servivano per calcolare il numero dei tratti di corda nei sistemi di antico regime ⁽⁶⁵⁾. Le carceri, poi, sono infinitamente distanti dalle esigenze dell'umanità e della sicurezza della società: combinate con pene troppo lunghe rendono la detenzione inconcludente e irragionevole:

Con una osservazione un po' più penetrante e con una logica un po' positiva non riesce difficile convincersi che mercè una pena di quindici,

⁽⁶⁴⁾ Si vedano L. LUCCHINI, *Il Progetto del nuovo Codice penale italiano*, cit., p. 10 ss. e G. ZANARDELLI, *Relazione ministeriale premessa al Progetto di Codice penale per il Regno d'Italia e disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione*, presentato dal Ministro ... Zanardelli nella seduta del 22 novembre 1887, Roma, [Cam. dei Dep., Atti Parlamentari, Legisl. XVI, 2^a Sess. 1886, Dis. di legge e Relaz., n. 28], Stamperia Reale Ripamonti, 1887, vol. II, libri secondo e terzo, p. 5 ss.

⁽⁶⁵⁾ L. LUCCHINI, *Sull'antico progetto*, cit., p. 465: «È codesto un piano (...) che merita di esser posto a fascio con quelli che rubricavano aritmeticamente gli elementi di prova, i tratti di corda della tortura, gli inasprimenti dell'estremo supplizio, e che oggi ancora reggimentano la magistratura e mettono in ferri gli oziosi, i vagabondi e le persone sospette: tutti sistemi che si radicano in decrepite tradizioni, e in una cognizione ideale, metafisica, superficiale della natura umana, dei rapporti sociali e della vera essenza ed ufficio del diritto, che su quella e questi esclusivamente si fonda, e per questi e per quella unicamente deve fungere ».

venti o venticinque anni [e tra i 14 e i 15 anni sta la media delle pene carcerarie, cfr. p. 464], in generale, e prodigata a centinaia e migliaia di delinquenti non si compie né un atto di giustizia né si reca un servizio alla società (p. 465).

Se per difendere la società si provvedesse a distruggere col ferro e col fuoco od a seppellire in vita tutti i delinquenti che ora si mandano nei bagni e negli ergastoli, la misura radicale soddisferebbe almeno una sociale esigenza di conservazione; ma questo sistema di terrore e di strage, che pur ebbe i suoi fasti nella storia, si dimostrò coi fatti che non approda ai fini del magistero penale: tant'è vero che lo spregio del diritto (e tale è l'inconsulta aberrazione) si ritorce sempre a danno e rovina della società. Ormai già l'esperienza è venuta spiegando che neppur le pene capitali e perpetue comminate a' più gravi e atroci misfatti valgono a frenarne o menomarne la perpetrazione; e però esse si riducono ad essere nient'altro che uno de' maggiori ostacoli al progresso delle istituzioni repressive ⁽⁶⁶⁾.

Poi, ancora una perorazione a favore di pene più brevi, e di minimi che siano veramente tali, consentendo ai giudici di operare su una gamma più larga di possibilità nello scegliere la durata della pena, caso per caso, colpevole per colpevole. L'ampiezza dell'arco di scelta è in assoluto un bene, che risponde al principio di generalità della norma ed a quello della autonomia della decisione del giudice ⁽⁶⁷⁾.

Del resto, anche restando all'interno di una valutazione della efficacia, della opportunità e della produttività della pena reclusiva in rapporto alla sua lunghezza ed al suo contenuto (afflittività,

⁽⁶⁶⁾ L. LUCCHINI, *Sull'antico progetto*, cit., pp. 465-466.

⁽⁶⁷⁾ Si veda, sempre di L. LUCCHINI, *Della pretesa eccessiva latitudine delle pene nel Progetto del nuovo Codice penale*, in *Rivista Penale*, 28, XIV, 1888, pp. 105-111. Il legislatore, scrive citando Pellegrino Rossi, deve intervenire 'per generalità' mentre il giudice si applica ai casi particolari: «Esagerate l'azione del primo e voi avrete una giustizia in certo modo astratta, severa, inflessibile, eguale per tutti nell'apparenza, iniqua nella realtà. Esagerate l'azione del secondo e voi avrete un'amministrazione della giustizia che si ravvicinerà, è vero, per le sue forme esterne, alla giustizia morale, ma che in realtà sarà spoglia di guarentigie necessarie contro i capricci del favore e dell'odio». Anche quando si tratta della stessa figura di reato, insiste, non si troveranno mai due episodi che per circostanze, effetti e moralità dell'agente possano essere considerati identici; ebbene, «I limiti imposti al giudice, che sono il massimo ed il minimo della pena comminata per ciascun reato, rappresentano i termini di confronto e di paragone nella valutazione della gravità fra un reato e l'altro» (p. 106).

severità, capacità dissuasiva e rieducativa), non v'è dubbio possibile, se non sulla positività delle pene tendenzialmente brevi, certo sulla inutilità e dannosità di quelle troppo lunghe.

Quale effetto ci si può attendere da dieci o quindici anni di galera applicati ad un falsario, ad un ribelle alla pubblica forza, ad un bancarottiere, ad un peculatore, ad un concussionario, ad uno stupratore?

(...) O non sarebbe assai meglio, sotto tutti i rapporti che la pena fosse breve ma severa: breve in modo che il condannato non avesse tempo di abituarsi, come l'uomo a lungo andare s'abituava in qualunque ambiente, a qualunque sistema di vita, e che la liberazione gli si rappresentasse abbastanza vicina, per potervi consacrare tutto il suo pensiero, tutti i suoi propositi; severa in modo da non paragonarsene il regime a verun altro cui l'uomo suol darsi nella vita libera, severa senza riuscir brutale, ma così da dover essere temuta, sentita, ricordata? ⁽⁶⁸⁾.

La *Relazione ministeriale* detta di Zanardelli non fa che ripetere, punto dopo punto, questi principi, dichiarandoli accolti, come in sostanza furono, nel codice penale. In essa si annunciano, dunque, il superamento del difetto di corrispondenza tra le pene definite dalla legge e le pene che effettivamente si scontano negli stabilimenti carcerari; l'avvento del principio dell'unità della pena (con la riduzione in termini minimi del concetto delle due pene parallele ⁽⁶⁹⁾,

⁽⁶⁸⁾ L. LUCCHINI, *Sull'antico progetto*, cit., p. 467.

⁽⁶⁹⁾ L'idea delle due serie parallele di pene, che sarebbe piaciuta molto agli antropologi criminali e ad alcuni tra i positivisti molti anni dopo, era stata introdotta nel progetto De Falco sin dal 1866, e consisteva nel considerare i delinquenti sotto il profilo della loro malvagità, pericolosità, durezza o pervicacia, per punirli in modo differente con due forme di privazione della libertà (reclusione/prigionia, detenzione/custodia, reclusione/detenzione, e così via, a seconda delle fasi terminologiche attraversate dai vari progetti succedutisi). Questa distinzione era strettamente legata alla condizione che i reati fossero tripartiti in crimini (o misfatti) trattati con 'pena criminale', delitti trattati con 'pena correzionale' e contravvenzioni trattate con 'pena di polizia'. Così, ai criminali autori di misfatti si comminava la reclusione, ed ai colpevoli autori di delitti si comminava la prigionia: tutta la differenza stava, sostanzialmente, in un diverso regime carcerario.

Come dicevo qui sopra, l'idea sarebbe stata coltivata dalla nuova scuola ispirata da Lombroso e poi da Ferri, e, per bocca di quest'ultimo, sarebbe stata evocata in Parlamento in occasione delle discussioni del giugno 1888. Ferri lamenta che il regime delle due serie parallele, escogitato in un'epoca nella quale, « ... diciamo la parola, *l'antropologia criminale* non era ancora nata ... », sia stato rifiutato nel nuovo codice: le

accompagnato dalla diminuzione del numero delle pene carcerarie; la volontà, da realizzarsi in prospettiva, di caratterizzare ogni pena carceraria con la segregazione cellulare notturna ed il lavoro diurno; la liberazione condizionata; la severità (realizzata soprattutto attraverso l'isolamento iniziale e la vita in comune nel prosieguo della pena) e l'afflittività (affidata, questa, all'obbligo del silenzio), secondo il modello che Lucchini (... e quindi anche Zanardelli⁽⁷⁰⁾), si chiama 'irlandese'.

Quando, sul finire del 1887 il progetto Zanardelli entra nella fase della discussione finale, Lucchini è ormai certo dell'approdo positivo e prossimo del 'suo' codice e comincia a comportarsi da vincitore: la Rivista assume toni trionfalistici, ed in due o tre note redazionali si celebrano insieme il successo internazionale della

due serie di pene avrebbero consentito infatti di sposare insieme il rigore necessario ed il *non rigore* auspicabile: «... l'una per quelli che ho chiamato delinquenti volgari e pericolosi, quei delinquenti cioè che delinquono più per istinto proprio che per l'occasione o la tentazione dell'ambiente; e una seconda serie di pene che siano una semplice custodia, una custodia onesta, come dicono i buoni Olandesi, per quei delinquenti che bisogna segregare dal consorzio civile, poiché questo esige il rispetto della legge, ma che non sono pericolosi in sé, essendo stati tratti a delinquere più che da un istinto congenito, dalle condizioni occasionali in cui si sono trovati, dalla provocazione del momento, dal giusto e intenso dolore che li hanno trascinati a commettere un delitto e via dicendo» (E. FERRI, *Frammenti di discorsi pronunciati alla camera dei deputati nelle tornate 26, 28 maggio e 8 giugno 1888*, in C. LOMBROSO ed Altri, *Appunti al nuovo Codice penale*, Torino², Bocca, 1889, pp. 99-100).

Peraltro, si sarebbe ricordato a Ferri, anche nel codice Zanardelli restava una traccia di quella idea, nella compresenza di due pene (la reclusione e la detenzione), differenziate tra loro da diverso regime carcerario: severa disciplina penitenziaria ispirata al sistema progressivo e graduale per la prima, semplice segregazione notturna con lavoro a scelta del condannato per la seconda. Entrambe, tuttavia, strutturate parallelamente per durata, e con le stesse determinazioni di minimo o di massimo.

(70) È cosa sorprendente leggere la Relazione che il ministro Zanardelli premette al suo *Progetto del Codice penale per il Regno d'Italia* presentandolo alla Camera dei deputati insieme al disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione nella seduta del 22 novembre 1887, e trovarvi passaggi numerosissimi che sono praticamente tratti di peso dagli articoli che Lucchini era venuto scrivendo nella Rivista Penale; ed è cosa non priva di lepidezza sentire il ministro esprimersi in prima persona affermando o raccontando cose che, in realtà, appartenevano alla scienza ed all'esperienza del professore bolognese. Il lettore che sa come stavano le cose prova un certo divertente disorientamento nel rendersi conto che Lucchini, quasi una singolare sorta di ventriloquo, esprime i suoi noti convincimenti con le sue inconfondibili parole, ma dando voce a Zanardelli.

operazione (con pubblici riconoscimenti di Mayer e di Holtzendorff), la sconfitta degli avversari (non solo dei positivisti o dei lombrosiani, ma anche degli 'spiritualisti', dei 'metafisici', dei rigoristi sciocchi e attaccati al passato) ed il consolidamento delle posizioni dottrinali della scuola, ormai coincidenti con le fortune della Rivista. Ed è con scoperto intento dimostativo che i due primi fascicoli dell'annata 1888 vengono consacrati alla pubblicazione del progetto e della lunghissima relazione ministeriale: quasi per certificare un rapporto di diretta filiazione tra la rivista e quello storico avvenimento.

Lucchini può maramaldeggiare contro i suoi 'critici di fantasia' (71), prendendo di mira soprattutto Cesare Lombroso che all'apparire del progetto definitivo aveva risposto con uno scritto intitolato *Troppo presto* (72).

Lombroso si lamentava soprattutto del fatto che il codice veniva varato mentre la 'nuova scuola' alla quale lui aveva dato i natali stava modificando, con la sua attività, gli orientamenti del paese in materia di politiche penali e criminali. Non le si era dato il tempo, scriveva, di affermare le sue nuove idee nel campo della codificazione penale, il che faceva sì che il codice nascesse pieno di numerosi errori. Il primo errore stava per Lombroso nella stessa 'unicità' del codice, poiché — diceva — a causa delle grandi differenze esistenti tra le

(71) *Critici di fantasia sul Progetto del nuovo Codice penale*, in *Rivista Penale*, 27, XIV, 1888, pp. 430-436.

(72) Questo, all'epoca, famoso scritto, fu dettato in otto giorni, scrive Lombroso nella prefazione, e quindi anch'esso 'troppo presto'. Ma la precipitazione del legislatore (che sul codice penale, avrebbe ironizzato Lucchini, s'era trattenuto solo per venticinque anni) ha comportato la precipitazione del critico, cosciente « ... di non poter compiere un'opera duratura, sì bene, un doloroso, ed ahì, forse, inutile dovere ... ». Conobbe in sei mesi due edizioni: la prima, con prefazione datata 1° gennaio 1888 (C. LOMBROSO, *Troppo presto. Appunti al nuovo Progetto di Codice penale, con Appendici...*, Torino, Bocca, 1888); la seconda, con prefazione datata luglio 1888, in un volume diversamente intitolato e molto più ricco del primo quanto a interventi di altri autori (*Appunti al nuovo Codice penale*, Torino², Bocca, 1888: con scritti di Ferri, Masè-Dari, Garofalo, Porto, Olivieri, Stoppatò, Tamassia, Carelli, Cavagnari, Balestrini, oltre a quelli di Berenini, X ed Y, Rossi, presenti anche nella prima e assai più smilza pubblicazione). Nella prima edizione lo scritto di Lombroso si legge dalla p. 5 alla p. 70; nella seconda, alle pp. III-XXIV, 11-70, *Al Troppo presto* di Lombroso ed al suo significato ho dedicato qualche pagina del mio *Dissenso politico e diritto penale*, cit., pp. 649-652, [t. II, pp. 767-769].

quattro Italie (del nord, del centro, del sud e insulare) ne sarebbero occorsi quattro, e molto diversi; e poi l'abolizione della pena di morte, la liberazione condizionale, l'eccessiva mitezza delle pene, l'impraticabilità delle pene carcerarie.

La replica di Lucchini è, come dicevo, quasi sprezzante. Brevi risposte su qualche argomento tecnico, un po' di sarcasmo e silenzio sulle aberrazioni di fondo del discorso lombrosiano: non riteneva opportuno, evidentemente, aprire un nuovo fronte polemico, per evitare il rischio di disperdere energie in una fase delicata, e tanto più contro avversari del tutto incapaci di impensierirlo davvero. Il suo problema, in quella primavera del 1888, era solo quello di ottenere dal Parlamento l'approvazione del disegno di legge che autorizzava il governo a pubblicare il codice; ed alla Camera, a rappresentare la nuova scuola c'era solo Enrico Ferri, impegnato a difesa delle sue tesi, ma consapevole, da un lato, della inutilità di una battaglia frontale fondata sugli argomenti 'esterni' rivendicati da Lombroso e disposto, dall'altro, a riconoscere qualche non piccolo pregio al lavoro della commissione ministeriale (73).

E quindi all'obiettivo di tenere tranquillo il Parlamento magnificando la qualità tecnica e 'culturale' del (suo) progetto che Lucchini dedica le sue ultime fatiche (74).

(73) Si vedano i Frammenti dei discorsi pronunciati alla Camera dei deputati nelle tornate 26, 28 maggio e 8 giugno 1888 dall'Onor. Enrico Ferri, cit., e le osservazioni di G. CRIVELLARI, *Il Codice penale*, I, cit., p. CCXXIII («Persino il Ferri, il più fervente apostolo della nuova scuola penale, pur enumerandone le mende secondo i criteri della scuola cui appartiene, non fu parco di lodi»).

(74) Penso soprattutto all'articolo *Il Progetto del nuovo Codice penale*, in *Rivista Penale*, XIV, 1888, 27, pp. 10-14, nel quale Lucchini fa insieme il punto sulle questioni fondamentali affrontate nel codice, ed un'apologia di tutto il suo lavoro, affrontando in sequenza alcuni problemi:

a) Si è tenuto presente, dice innanzitutto, «un pensiero che diremo di *realità*», «... nell'ordinare tutta la materia, nel classificare i reati in genere ed in specie, nella scelta e nella disciplina delle pene, nel fissare le norme, i limiti e le circostanze dell'imputabilità, nel definire gli estremi di ogni singolo reato e nel commisurare la sanzione penale a chi la commetta, ed infine nel regolare tutti i vari e molteplici elementi e congegni dell'azione repressiva» (p. 11).

Seguire tale principio di *realità* ha comportato una forte aderenza alle vere dinamiche del delitto in Italia ed alle condizioni generali (anche strumentali, di ordinamento e di strutture) presenti nel paese. Perché — e con questo cerca di prevenire accuse

b) *La scienza e le balordaggini: la Rivista penale contro la 'Scuola'*.

Non mi tratterò troppo a lungo sullo scontro che tenne banco per qualche decennio nelle discussioni penalistiche italiane, e che vide protagonisti i 'nuovi giuristi' che vollero chiamarsi 'positivi', e gli altri, dai primi detti (con una punta di disprezzo oggi inafferrabile) 'classici'. Le decine di migliaia di pagine scritte su quello scontro mi dissuadono dall'entrarci troppo, anche se si tratta, ahimé, quasi sempre di brutte pagine inutili, che riecheggiano uno schema, nutrono uno stereotipo ed hanno poco a che fare con la dinamica reale, col senso e col significato dei termini veri di quella vicenda: sono spesso l'eco di un'altra eco, capace solo di semplificare ancora di più le precedenti semplificazioni. Ma non è questa la sede per 'riscriverle', posto che la cosa sia utile e non concesso che io ne possa essere capace.

Questa è la sede, però, di qualche considerazione sulla natura e sulle componenti di quello che, stando ai termini puramente *agonistici* in cui la questione è stata storicamente posta, possiamo indicare come il sostanziale 'antipositivismo' della *Rivista Penale*.

Ad onor del vero, nelle prime annate della rivista è possibile leggere cose che, considerate alla luce di ciò che sarebbe accaduto in seguito, sembrano quasi incredibili. Vengono pubblicati, tra il 1874 e il 1878, ben cinque articoli di Cesare Lombroso⁽⁷⁵⁾; nel fascicolo del marzo 1879, compare uno scritto di Enrico Ferri, autore già noto per aver pubblicato l'anno prima *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, messo a confronto con una nota di

di astrattezza o teoricismo — per seguire il principio di realtà « conviene aver presenti le condizioni vere, concrete, costanti dei fatti che interessano il magistero punitivo, e non da un punto di vista astratto ed effimero, che ne appresterebbe una cognizione fittizia (...); né da un punto di vista empirico, che ce ne farebbe scorgere soltanto le accidentalità singolari o transitorie » (p. 11).

(75) *Pazzi e delinquenti*, in *Rivista Penale*, 1, I, 1874, pp. 38-45; *Studio su alcuni delinquenti visitati nelle carceri di Pavia il giorno 19 maggio 1874*, in *Rivista Penale*, 1, I, 1874, pp. 328-332 (nel gruppo di studio c'era, tra gli altri, Luigi Majno); *Sulle associazioni al malfare*, in *Rivista Penale*, 3, II, 1875, pp. 166-174 e 420-428; *Dei suicidi veri e simulati nei delinquenti*, in *Rivista Penale*, 8, IV, 1878, pp. 89-94; *Antropologia e medicina legale. La cura del crimine*, in *Rivista Penale*, 9, V, 1878, pp. 566-576, con seguito in *Rivista Penale*, 11, VI, 1879, pp. 555-567.

Enrico Cavaglià, (sconosciuto allora come adesso), su alcuni dei punti nodali della nascente tendenza ‘positiva’⁽⁷⁶⁾; poi, cosa ancora più stupefacente, nel 1881, il professor Lucchini, guida i suoi studenti in visite ai luoghi di pena della Toscana, per condurre, sulla « ... problematica classe dei delinquenti », un « ... diligente studio morale e antropologico, biologico e fisico-sociale, indagandone la struttura e la fisionomia, il costume ed i precedenti, le tendenze e il pensiero ... »⁽⁷⁷⁾; e nel corso della terza di queste escursioni scientifiche organizzate dal Circolo giuridico senese, il professor Lucchini sovrintende persino alle craniometrie, misurando la bellezza di 278 reclusi « in sole nove ore »⁽⁷⁸⁾.

Solo qualche anno dopo, ospitalità e rispetto, curiosità ed aperture scientifiche sarebbero divenute impossibili. Nel 1885, in quell'indirizzo *Ai Lettori* che abbiamo più volte citato, il direttore della *Rivista Penale* avrebbe lanciato il primo serio e preoccupato allarme, invocando la scienza, la civiltà, il progresso e la verità:

... una bufera di empirismo attraversa le sfere della dottrina, e ne disturba le più vitali funzioni, compromettendone il movimento evolutivo. Ma la scienza, come la civiltà, non si arresta nel suo trionfale cammino per

⁽⁷⁶⁾ La direzione della rivista iscrive la discussione tra Ferri e Cavaglià sotto il titolo *Polemica. La necessità del reato* (*Rivista Penale*, 10, V, 1879, pp. 85-92), utilizzando, subito, dunque, una parola che poi avrebbe segnato tutto il rapporto con il nuovo orientamento allora nascente. In quella prima difesa pubblica delle sue idee e di quelle di Lombroso, Ferri mostra già la coscienza della novità delle sue posizioni, ed anche gli altri, del resto, lo pigliano subito sul serio. Ed è sorprendente vedere come in quella breve discussione tra un ‘dottore in leggi’ di recente venuto alla ribalta ed un oscuro avvocato, ci siano già tutti gli elementi fondamentali (e non, diciamo così, *in nuce*, ma ben riconoscibili ed espliciti) della discussione che avrebbe rumorosamente occupato il campo nei trenta anni successivi. Come ci sono già, per quel che riguarda Ferri, mirati riferimenti al metodo positivo che gli consentono di prendere le prime distanze dall’antropologismo lombrosiano.

⁽⁷⁷⁾ *Una visita al penitenziario di Volterra*, in *Rivista Penale*, 7, XIV, 1881, pp. 108-109: « ... per prelibare almeno — aggiunge l’anonimo estensore della cronaca — con la propria ispezione diretta la sussistenza di questo tipo a sé stante dell’uomo criminale, e portare in ogni modo un qualche contributo alla storia ed alla diagnosi della delinquenza ed all’analisi dei mezzi più acconci per ordinare la riforma penale dei malfattori » (p. 109).

⁽⁷⁸⁾ *Case di forza, bagni penali e colonie agricole. Note e impressioni di un’escursione scientifica*, in *Rivista Penale*, 7, XIV, 1881, pp. 441-442.

vicende umane o sociali, e dagli errori degli uomini e dei popoli trae anzi partito, in omaggio alla legge universale della causalità, per concepire ed attuare nuovi e continui progressi. Da quelli stessi elementi, però, che ... forniscono le più strane aberrazioni all'empirismo, una filosofia veramente razionale e seriamente positiva deve poter attingere i fattori ed i migliori sussidii per un efficace e sicuro progresso della scienza. A servizio del quale la nostra Rivista, nell'ambito di quelle discipline allo studio delle quali è rivolta, e che, *troppo imbevute ancora di metafisica e di scolastica, più scoperto offrono il fianco alle empiriche e retoriche fatuità*, senza pregiudizi, senza intolleranze, senza sdegni si consacra e si consacrerà, con un solo intento supremo: quello di concorrere, sia pure in piccola parte, al trionfo della verità ⁽⁷⁹⁾.

Una bufera di empirismo, dunque. Per la prima volta Lucchini sviluppa un intento programmatico che ha per destinatario la nuova tendenza; ma se il tono è già quello dell'apertura delle ostilità, l'attitudine sostanziale è ancora quella della disponibilità critica, e certo non sfugge la precisa puntualizzazione che vuole marcare la distanza che lo separa da certe componenti che appaiono accampate, per così dire, sul suo stesso terreno ⁽⁸⁰⁾. Ciò non toglie, tuttavia che

⁽⁷⁹⁾ L. LUCCHINI, *Ai Lettori*, in *Rivista Penale*, 21, XI, 1885, p. 18.

⁽⁸⁰⁾ Mancano, per quel che riguarda la scuola ed. classica, studi che abbiano dato conto delle notevoli articolazioni che la caratterizzarono, specie nella fase successiva alla incontrastata egemonia di Francesco Carrara, che va grosso modo dalla metà degli anni settanta alla fine del secolo. Studi, vogliamo dire, del genere di quelli che invece abbiamo avuto di recente sulla 'scuola positiva', grazie soprattutto all'interesse che storici e penalisti hanno mostrato per il 'socialismo giuridico', tendenza fortemente intrecciata con le diverse articolazioni della corrente positivistica.

È da lamentare una simile lacuna, perché la cd. scuola classica soffre di una fortissima stereotipizzazione, che ne proietta un'immagine del tutto inadeguata. Tale immagine è la conseguenza di una tradizione filtrata innanzitutto proprio attraverso i positivisti e rafforzata dalla semplificazione a cui alcuni 'classici' hanno sottoposto il senso dell'opera di Francesco Carrara. Il risultato è che tutta la penalistica italiana post-unitaria, non positivista e non socialista, viene schiacciata sulle posizioni ideologiche della linea (peraltro tortuosa, e certo non continua, e neanche coerente) che va da Carmignani a Carrara, attraverso Rossi, quando non attraverso Mamiani o Rosmini.

Le 'premesse storiche' dei manuali di diritto penale hanno fatto troppo a lungo, e malamente, testo in tale senso (intelligenti sono alcune recenti pagine dedicate alla 'storia dei manuali' da G. NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo*, in AA.VV., *Il positivismo e la cultura italiana*, Milano, Angeli, 1985, pp. 49 ss. Il saggio di Neppi Modona rappresenta anche, a tutt'oggi, una delle sintesi più corrette ed aggiornate dello stato

la rivista venga senz'altro schierata alla testa del 'fronte' formatosi per combattere antropologismo ed empirismi, per quanto disomogeneo e composito esso potesse essere.

Già prima di allora erano stati pubblicati alcuni scritti di contestazione dei fondamenti stessi della nuova tendenza. Si era trattato, però, di interventi che non avevano coinvolto la linea della

degli studi sul valore storico della scuola positiva e sulla incidenza che essa ha avuto sulla cultura penalistica italiana).

Ogni nuovo manuale, ormai da molto più di cinquantanni, stacca di peso da quelli che l'hanno preceduto uno schema descrittivo che, con lievi aggiustamenti, ci presenta la 'scuola classica' (e cioè ottanta anni di diritto penale tra i più vivaci e felici della nostra storia, trascorsi tra formidabili discussioni, ed in continua evoluzione), come una cosa compatta, fatta esclusivamente di caratteri metafisici, di trascendenza del diritto, di emanazioni divine, di irrilevanza della realtà, di reato-ente-giuridico-astratto, delle più diverse rigidità dogmatiche, di liberi arbitri, responsabilità morali e pene retributive. Tutto questo senza residui, senza sfumature, senza la minima percezione di evoluzioni, correnti, orientamenti.

Le cose non stavano così. Inutile dire che non è possibile, in questa sede, dire e documentare in che senso e per quali motivi le cose non stavano così, e tanto meno tentare una più circostanziata ed articolata ricostruzione di quella realtà. Basterà accennare al fatto che importanti differenze di impostazione, tendenza scientifica ed orientamento politico caratterizzarono i grandi della fase che precede Carrara (che non si esauriscono nei nomi di Romagnosi, Carmignani e Rossi, ma comprendono la scuola toscana, con uomini come Mori, Buonfanti, Puccioni o Forti, quella napoletana dei Liberatore, Roberti, Raffaelli, Canofari, Armellini o Nicolini, oltre a giuristi di altre aree, come De Simoni o Nani, Albertini o Giuliani, ed altri ancora). Così come importanti differenze di orientamento esistono, negli anni in cui è attivo Francesco Carrara ed in quelli immediatamente successivi, tra giuristi come Buccellati, Arabia, Gabba, Brusa, Tolomei, o come Nocito, Pessina, Lucchini, Impallomeni; come Canonico, Casorati, Manduca, o come Mecacci, Napodano, Tuozzi, Barsanti o Crivellari: si potrebbero costruire, con questi nomi di penalisti maggiori, minori ed anche minuscoli quattro o cinque tendenze 'ideologiche' ben distinte e sufficientemente caratterizzate, tutte in diverso grado variamente operanti, perché fondate su diversificazioni che, per il loro sensibile contenuto 'politico', hanno contribuito non poco alla trasformazione delle mentalità nel campo delle politiche penali postunitarie, orientandole o condizionandole in maniere che sarebbero state impensabili e impossibili per una 'scuola classica' operante all'unisono e fatta solo di metafisiche e di trascendenze divine.

« ... la vecchia Scuola (parla uno di loro) parole che nulla significano, perché la vecchia Scuola ha i miti e ha i severi, ha i mistici e i politici, gli idealisti e i pratici, ha tutti fino a ieri e fino a oggi, che confondendosi insieme, si cominciarono a chiamare così ... » (A. GABELLI, Sulla « Scuola positiva » del diritto penale in Italia, in *Rivista Penale*, 23, XII, 1886, p. 524).

rivista e che, anzi, avevano finito piuttosto per mettere in evidenza le non poche differenze di sensibilità, formazione scientifica ed orientamento culturale (e politico), presenti nella 'scuola penale italiana'. Questa intitolazione, come abbiamo già detto, era stata proposta da Francesco Carrara, padre nobile della penalistica postunitaria ed invocato 'patrono' della *Rivista Penale*: causa in parte (ma del tutto incolpevole), della semplificazione che trasformò la 'scuola penale italiana' (nome carrariano) in compatta ed allineata 'scuola classica' (nome positivista); e questo, a causa della propensione di tutti a rifugiarsi sotto la sua ala ed a riconoscerlo come primo, se non unico, maestro, salvo poi a pensare, scrivere, agire, ben diversamente da come avrebbe fatto lui ⁽⁸¹⁾.

Ma torniamo alla *Rivista Penale* ed alla nascente polemica con Lombroso, Ferri e la loro 'nuova scuola'. Gli autori più impegnati in

Il vizio di fondo che ha prodotto il fittizio luogo comune con cui dobbiamo ancora fare i conti sta nel modo, per così dire 'filosofico', con cui, per acquiescenza di routine, è stata — e viene ancora — affrontata la storia del pensiero giuridico penale. Presi per buoni, *à jamais*, i risultati dell'approccio idealistico (o, più raramente, di quello positivistico), essi vengono continuamente rimessi in tavola: e può capitare che l'uso di forme linguistiche aggiornate, nasconda agli stessi autori della rifrittura il sapore dell'operazione. Sarebbe tempo di abbandonare le routines e di liberare questo argomento (e non solo questo) dai luoghi comuni nati dalla forza d'inerzia delle classificazioni idealistiche o da quella delle riduzioni positiviste: ma questo è prima di tutto compito da storici, e questa esortazione non è dunque che un *mea culpa*.

⁽⁸¹⁾ Sulle idee di Carrara in ordine alla 'scuola penale italiana' rinviamo ancora al suo scritto *Cardini della scuola penale italiana, a chi vuole intendere novellamente dichiarati*, Lucca, Giusti, 1875, poi riprodotto in *Rivista Penale*, 5, III, 1876, pp. 148-163. Del fenomeno che lo vuole riverito come maestro e poi contraddetto come autore (o perché eccessivamente 'liberale', o perché troppo 'toscano', o perché troppo poco spendibile per politiche 'alla poliziotta' come avrebbe detto lui), ho scritto qualche parola nel mio *Dissenso politico e diritto penale*, cit., pp. 638 ss., 642, [t. II, pp. 755 ss., p. 759]. Non v'è dubbio che la chiave più importante per avviare correttamente l'operazione di aggiornamento di cui lamentavo l'assenza nella nota precedente, sta proprio nella figura e nell'opera di Francesco Carrara, autore del quale sarebbe decisivo, a cento anni dalla morte, ricostruire le linee di pensiero, con gli strumenti di oggi e con moderni obiettivi storiografici. È con soddisfazione, quindi, e con qualche aspettativa, che penso al prossimo convegno carrariano indetto per commemorare il centenario della scomparsa del maestro, dalla Facoltà pisana e da Tullio Padovani, che siede oggi su quella cattedra: potrebbe essere il punto di avvio per un rilancio della nostra attenzione e per un approfondimento degli studi, non solo sulla figura del grande lucchese, ma anche su quei decenni decisivi per la storia della nostra cultura.

questa direzione appaiono, oltre a Lucchini — che accanto alla sua insofferenza per le ‘balordaggini positiviste’, mantiene costante una posizione di ‘apertura’ culturale e metodologica sulla quale sarà bene tornare —, Antonio Buccellati e Carlo Francesco Gabba, che possiamo collocare nei ranghi di una opposizione di ispirazione spiritualista, segnata da forti venature conservatrici; Emilio Brusa ed Aristide Gabelli, critici nei confronti delle componenti culturalmente arbitrarie e politicamente autoritarie che segnano negativamente il programma della nuova scuola. Infine, Giovan Battista Impallomeni, che, « ... nemico di ogni dottrina assoluta »⁽⁸²⁾, non poteva certo condividere le certezze positiviste, ma non avrebbe saputo opporre a quelle certezze le sue: nel suo campo, e su posizioni liberali destinate ad evolvere in posizioni democratiche e radicali, corrispondeva a quel che Luigi Majno rappresentava nel campo positivista e su posizioni socialiste: un uomo interessato alle idee dell’avversario, equilibrato nei giudizi e nelle discussioni, capace di mettere a frutto nel proprio ordine di idee quel che trovava di vitale nell’ordine delle idee altrui.

Aveva iniziato Buccellati, con un articolo apparso nel giugno del 1881, nel quale il professore pavese si interrogava sulla reale sussistenza di « questa nuova scienza, a cui pretendesi applicare il nome di antropologia criminale »⁽⁸³⁾. La domanda in sé non era mal pensata, ma la risposta sarebbe stata assai deludente: una risposta imperniata sulla asserita (ma incongrua, rispetto al tema) impossibilità della fisica di sostituire la metafisica; impostata sulla derisione del darwinismo in quanto ‘fautore di zoolatria’; fondata sulla invocazione della autorità di Rosmini contro le opinioni di Lombroso e su altri simili, impossibili argomenti.

Lucchini avrebbe considerato queste posizioni *fautrici*, né più

⁽⁸²⁾ L’espressione si trova in E. LASSERRE, *Les délinquants passionnels et le criminaliste Impallomeni*, Paris, Alcan, 1908, p. 11. Gran parte di questo vecchio lavoro critico-biografico su Impallomeni è dedicato ad una (spesso indiretta) puntualizzazione del rapporto tra le sue teorie penalistiche e quelle messe in campo dalla scuola positiva; e giustamente vi si dice, tra l’altro, che « Dans les querelles d’école, au moment où plus lare était la lutte, plus violentes les attaques et plus erronées les réactions, il garda toujours vis-à-vis de l’école positiviste une attitude impartiale et sereine » (p. 52).

⁽⁸³⁾ A. BUCELLATI, *Gli studi sperimentali e la scienza del diritto penale*, in *Rivista Penale*, 14, VII, 1881, pp. 128-135.

né meno, della penetrazione positivistica nel campo del diritto penale e, tacciandole di *nebbia romantica*, le avrebbe assimilate tout court a quelle del campo avverso⁽⁸⁴⁾. Attribuiva infatti grandi responsabilità a quelle correnti di pensiero che, ispirandosi a filoni dello spiritualismo filosofico, avevano introdotto nella scienza penale un metodo di pensiero particolarmente permeabile alle ‘metafisiche a rovescio’ di cui erano portatori alcuni positivisti.

Buccellati non avrebbe comunque mutato segno alla polemica, coerentemente con le sue convinzioni⁽⁸⁵⁾, e Lucchini avrebbe sempre più marcato le distanze da quel tipo di posizione ‘antisperimentalista’⁽⁸⁶⁾.

Diverso, almeno in parte, il discorso che riguarda Emilio Brusa, di orientamento francamente liberale e convinto assertore delle

⁽⁸⁴⁾ « Non è vero ... che gli ultimi postulati delle scienze affini, per avventura in lunga e lenta elaborazione, possano mai scuotere quelle salde basi del magistero repressivo che da oltre un secolo si sono venute magistralmente costruendo e che solo han mestieri d'essere meglio squadrate e proporzionate da una più severa ragion giuridica. Ma l'influenza di una filosofia seriamente positiva ... mira alla sostanziale trasformazione di taluni istituti; e ne sarà bene spiegata la logica necessità sociale e giuridica, depurata che sia l'atmosfera scientifica dalle nebbie del romanticismo ... » (L. LUCCHINI, *Sull'antico progetto*, cit., p. 474). L'immagine delle ‘nebbie del romanticismo’, nello stile di Lucchini, colpisce imparzialmente i sognatori spiritualisti alla Buccellati e gli immaginatori ‘scientifici’ alla Lombroso: entrambi si figurano una realtà irrazionale, metafisica o fisica, ugualmente nemica di un atteggiamento « seriamente positivo ».

⁽⁸⁵⁾ Prima nello studio intitolato *Il nichilismo e la ragione del diritto penale*, Milano, Ist. Lomb. di Scienze e Lettere, Tip. Bernardoni, 1882, poi nelle *Istituzioni di diritto e procedura penale secondo la ragione e il diritto romano*, Milano, Hoepli 1884, seguite da *I recenti avversari della scienza del Diritto penale*, Milano, Ist. Lomb. di Scienze e Lettere, 1885, ed infine in *Il positivismo e le scienze giuridiche*, lettera ai Direttori della *Rivista di discipline carcerarie*, Roma, Tip. delle Mantellate, 1886.

⁽⁸⁶⁾ Recensendo le *Istituzioni di diritto e procedura penale* di Buccellati, insieme al *Saggio di una dottrina generale del reato* di Emilio Brusa (Torino, Tip. Ed. Candeletti, 1884) Lucchini, per dissociarsi dal modo in cui i due autori si ponevano a « difendere la scienza dall'epirismo », riafferma che « ... non valeva la pena di prendere tanto sul serio certi scrittori, che sogliono attribuire falsi assunti agli avversari; non valeva la pena dare tanta importanza a dottrine che, sia in loro stesse, sia pel modo artificioso di insinuarle, si possono bene esaminare e combattere per incidenza ed a svago intellettuale, ma non elevare alla dignità di una vera e propria discussione scientifica. *Ciò diciamo ad onta, ed i nostri amici se'l sanno; che fra essi e noi intercedano non lievi divergenze nel metodo e intorno a gravi questioni* » (Nota redazionale in *Bollettino bibliografico della Rivista Penale*, s. 2, vol. I, Torino, UTE, 1885, p. 67).

teorie della scuola giuridica, ma non condizionato da metafisiche che potessero metterlo sullo stesso piano dei « metafisici a rovescio »⁽⁸⁷⁾, di osservanza positivista. Il suo più importante intervento sulla rivista, per quel che riguarda la nuova scuola, resta il lungo resoconto del primo Congresso internazionale di antropologia criminale, tenutosi a Roma nel 1885⁽⁸⁸⁾: un resoconto attraversato da una costante vena di ostile ironia, e teso a mostrare lo scarso peso e la poca credibilità della componente italiana (di Lombroso e di Ferri, in particolare) all'interno dello schieramento degli antropologi criminali europei.

Ma il lavoro più importante di Brusa, a questo riguardo, è il libro pubblicato a Torino dalla UTET nel 1887, dal titolo *Sul nuovo positivismo nella giustizia penale. Riflessioni di un criticista che preferirebbe il vecchio*. Un libro che prende di mira principalmente la Criminologia di Raffaele Garofalo e che ha come obiettivo principale quello di difendere il principio del libero arbitrio dalle pretese del determinismo. La *Rivista Penale*, ormai punto di riferimento di una offensiva antipositivista molto larga, ne avrebbe dato un resoconto assai favorevole⁽⁸⁹⁾.

Un anno prima, in risposta ad un intelligente scritto di Luigi Majno, apprezzabile per serietà, equilibrio e chiarezza di sintesi⁽⁹⁰⁾, Aristide Gabelli aveva pubblicato sulla rivista un ampio lavoro⁽⁹¹⁾ nel quale venivano compendiate le posizioni essenziali che la rivista

(87) L'espressione è in L. LUCCHINI, *I semplicisti*, cit., p. 50, che la cita da Gabba.

(88) E. BRUSA, *Il terzo Congresso internazionale penitenziario e quello antropologico-criminale*, in *Rivista Penale*, 23, XII, 1886, pp. 226-243, 346-361; 24, XII, 1886, pp. 183-192.

(89) Il libro di Brusa viene recensito e lodato, sotto il titolo collettivo *Contro la « nuova scuola »*, insieme a numerosi altri lavori. Tra questi: G. DE NOTTER, *Stranezze vecchie e stranezze nuove*, Firenze, Tip. arte della stampa, 1886; G. TOLOMEI, *I vecchi ed i nuovi orizzonti del diritto penale. Lezioni due*, Verona e Padova, Drucker & Tedeschi, 1887; F. INNAMORATI, *I nuovi orizzonti del diritto penale e l'antica scuola italiana*, Perugia, Tip. Santucci, 1887; P. TUOZZI, *Appunti sull'antropologia criminale*, Napoli, Tip. Valli, 1885 (Nota redazionale in *Bollettino bibliografico della Rivista Penale*, 2, vol. I, cit., pp. 421-431).

(90) L. MAJNO, *La scuola positiva di diritto penale*, in *Monitore dei Tribunali*, XXVI, 1885, n. 49, pp. 1161-1167; n. 50, pp. 1185-1194.

(91) A. GABELLI, *Sulla « Scuola positiva » del diritto penale in Italia*, cit., pp. 505-527.

stessa era venuta assumendo sulla questione del nuovo positivismo. Si tratta di una sorta di piccolo ‘manifesto’, al quale lo stesso Lucchini avrebbe fatto spesso riferimento in seguito, per la completezza, l’efficacia e la misura con cui venivano ricostruiti e contestati i caposaldi delle teorie di Ferri e Lombroso ⁽⁹²⁾.

Gabelli non si attarda a contestare agli esponenti della nuova corrente il fatto di attribuire ai penalisti ‘tradizionali’ convinzioni o affermazioni che non sono le loro ⁽⁹³⁾: affronta subito e direttamente

⁽⁹²⁾ Aristide Gabelli aveva già pubblicato nella *Nuova Antologia* del 15 agosto 1885 uno scritto del tutto simile dal titolo *La nuova scuola di diritto penale in Italia*, che era molto piaciuto, salvo per qualche aspetto, al direttore Lucchini.

« Eccone finalmente uno che ha preso la scopa per il manico! — scrive recensendolo all’indomani della pubblicazione (Nota redazionale in *Bollettino bibliografico della Rivista Penale*, s. 2, vol. I, cit., p. 113) — Con quel fine umorismo, con quell’argomentare incisivo, penetrante, incalzante, con quel fare spigliato e perspicuo, che infondono tanto interesse e tante attrattive agli scritti di Aristide Gabelli, il simpatico scrittore, filosofo, letterato e giurista esimio ad una volta, ha messo alla gogna da par suo le stravaganze, per non dir altro, della sedicente « nuova scuola », come « s’è battezzata da sé medesima », di diritto penale.

Gabelli dimostra, *tout bonnement*, il ridicolo scientifico racchiuso nei tre assunti che sono i caposaldi della « nuova scuola »: la diagnosi antropologica del delinquente; l’abolizione della imputabilità morale; il concetto e le funzioni della pena retrocessi nella sfera della meccanica e dell’animalità ».

È quindi su richiesta del direttore che Gabelli pubblica nella *Rivista Penale*, con qualche messa a punto resa necessaria anche dal fatto che intanto era uscito l’articolo di Luigi Majno sul *Monitore*, uno scritto che ricalca largamente quello che s’era già potuto leggere in una rivista diffusissima, prestigiosa, e non giuridica, come la *Nuova Antologia*. E per ragioni simmetricamente opposte, all’articolo della *Nuova Antologia* dedica una lunga e circostanziata risposta E. FERRI, *Polemica in difesa della scuola criminale positiva*, nel volume dallo stesso titolo contenente anche scritti di C. Lombroso, R. Garofalo e G. Fioretti, Bologna, Zanichelli, 1886, pp. 51-179, poi ristampato in E. F., *Studi sulla criminalità ed altri saggi*, Torino, Bocca, 1901, pp. 254-319.

⁽⁹³⁾ Era questo un punto fermo e ricorrente nelle risposte di Luigi Lucchini, il quale, pensando cose ben diverse da (alcune di) quelle che venivano attribuite alla ‘vecchia’ scuola (considerata dai positivisti come un *unicum* compatto), si risentiva rigorosamente contro il vecchio metodo di attribuire all’avversario, per meglio batterlo, posizioni insostenibili, che però non erano affatto le sue.

Scrivendo a proposito dell’articolo di Luigi Majno citato qui sopra, prima loda l’intelligenza dell’autore (più tardi, nella prefazione de *I semplicisti*, cit., p. XXVII, avrebbe scritto che Majno era « uno fra i giovani più intelligenti che si sono lasciati abbagliare dai miraggi antropologici, non dissimulandosi tuttavia i vizi della “scuola” »); poi lamenta che Majno, Fioretti e Puglia si siano lasciati « ... troppo presto conquistare

la questione del rapporto tra antropologia criminale e diritto penale, il problema della responsabilità degli autori e della loro imputabilità, e poi quelli della pena, della pericolosità del delinquente, della classificazione dei criminali ⁽⁹⁴⁾. Infine, cosa che non va sottoval-

dalle parvenze di un metodo siffatto ..., e troppo presto credertero di aver afferrato il segreto di un nuovo verbo, quasi lo reputassero verità rivelata. Se così non fosse, e se ad occhi bendati non fossero state accolte le assurdità ed incoerenze che passano sotto il nome di « nuova scuola », non si saprebbe spiegare come giovani intelligenti al pari dei sullodati avessero potuto ripetere e scrivere che la « vecchia scuola » non si prefigge che lo strano ed accademico intento di diminuire le pene ..., che la criminalità va sempre aumentando, che *l'individuo* debba essere imputabile per responsabilità sociale, che nei reati colposi non si ricerchi l'elemento morale ..., che le provvidenze per rendere più sicure ed igieniche le carceri non sieno che frutto di tenerezza pei delinquenti ... » (Nota redazionale in *Bollettino bibliografico della Rivista Penale*, s. 2, vol. I, cit., pp. 239-240).

Anche Lucchini, probabilmente, pur sapendo bene come stavano le cose, teneva a dimenticare ogni tanto — al pari dei suoi detrattori positivisti e di qualche futuro: di frettolose 'premesse storiche' — la mancanza di coerenza, di coesione e di uniformità tra i diversi esponenti della cd. scuola classica: rispondendo in realtà per sé, lo faceva come se stesse rispondendo per tutti, il che non era. Ed alcuni degli strali polemici dei positivisti, se erano fuori bersaglio quanto a lui, colpivano nel segno se si trattava di altri.

⁽⁹⁴⁾ Gabelli respinge con forza, e con un po' di efficace ironia, « l'intromissione dell'antropologia, o di una parte di essa, nel diritto penale ». Non perché non creda alla utilità del fatto « che una scienza venga adoperata in sussidio di un'altra, perché tutte le cognizioni umane si legano fra di loro e non ce n'è una che stia da sola », ma perché non gli sembra per nessun verso ragionevole orientare la scienza penale su quanto l'antropologia può apportarle in fatto di misure di crani, vicinanza degli occhi o sporgenza di orecchie. Allo stesso modo non gli sembra superabile la contraddizione fondamentale che esiste tra l'assolutezza storica e naturalistica delle teorie antropologiche e la storicità del diritto penale: la contraddizione, cioè, tra una classificazione di tipo naturale del crimine (valida per sempre, secondo la sua logica) e ciò che un'epoca considera crimine a differenza di un'altra, precedente o successiva. Lombroso, insiste Gabelli, avrebbe trovato 'difformi' i crani delle streghe e degli eretici, se fosse vissuto nell'epoca in cui si mandavano al rogo, e tanto basta a diffidare metodologicamente delle sue attuali classificazioni, basate anch'esse su di un catalogo dei crimini quale quello odierno, che è storicamente condizionato, e può essere preso in esame soltanto con spirito politico, e non con metodo naturalistico (A. GABELLI, *Sulla « Scuola positiva » del diritto penale in Italia*, cit., pp. 505-511).

Sul punto della *responsabilità* e della *imputabilità*, Gabelli non contesta radicalmente il disconoscimento della volontà 'libera' presente in Ferri. Ogni volontà, egli dice, subisce certamente condizionamenti sociali e culturali; ma se possono esistere dubbi sulla libertà di una *volontà* criminale, restano sempre la possibilità ed il dovere di punire le scelte dell'*intelligenza*. In una parola, il nodo sta nella *coscienza* che si forma e si governa negli uomini, ed alla quale deve guardare il diritto penale, checché indaghino nel

tata, Gabelli affronta, con spirito aperto e moderno, i problemi che derivano alla scienza penale italiana dall'avvento stesso e dalla presenza della 'scuola'. Riflette, in primo luogo, su alcune conseguenze *politiche* non trascurabili che potrebbero nascere dalla concreta applicazione dei principi che essa teorizza ⁽⁹⁵⁾; ragiona poi

frattempo i filosofi sul loro terreno. Se poi è vero che Ferri, « ... pure negando la libertà, non distrugge per questo la responsabilità, bensì alla responsabilità individuale, di cui, soppressa la libertà non si può parlare, sostituisce la responsabilità sociale », Gabelli replica che ciò significa soltanto che *l'individuo è responsabile verso la società* (p. 515), e prosegue ammettendo che « ... senza dubbio la pena è una difesa sociale ... » (p. 516), ma ripugna « ... il ridurre i fini molteplici della pena ad una semplice difesa diretta contro il malfattore, come fa la nuova Scuola » (p. 517).

La pena. « Poiché la pena viene inflitta dopo che l'offesa fu fatta, e molte volte quando è divenuta irreparabile, ed anche se fu perdonata e persino dimenticata, e quando pure l'autore suo ne sia pentitissimo e addoloratissimo al punto da poter essere sicuri che non vi cadrà mai più, è chiaro quanto la luce del sole che la pena, oltre al fine della difesa diretta contro il delinquente, ne ha anche uno indiretto, quello cioè di rendere effettiva la minaccia della legge, senza di che questa perderebbe la sua efficacia e crescerebbe all'infinito il numero dei malfattori » (pp. 517-518). « Io non nego — prosegue Gabelli — che anche la difesa diretta contro il delinquente possa entrare nei fini della pena ...[e]... si ha un bel dire, in omaggio alle teorie, che il fine di tutelare la società con la pena non si raggiunge. La verità è che non si raggiunge intero ... » (p. 518).

La pericolosità. La nuova scuola, ricorda Gabelli, « ... ammette pene più o meno gravi, ma intende di commisurarle alla pericolosità del delinquente. Ma che è questa *pericolosità*, se non quell'intenzione criminosa o quella malvagità che si cerca di riconoscere e di determinare anche adesso? E da che si può dedurla, se non dall'indole del fatto e dalle circostanze che l'accompagnarono? La nuova Scuola ha un bel dire di appoggiarsi alle *condizioni psichiche anormali*. Sono parole. In qual modo pretendono di scoprire queste condizioni psichiche ...? Forse con l'aiuto dell'antropologia? Ma allora perché aspettare che un uomo commetta un delitto per tutelare contro di lui la società? » (pp. 519-520).

Quanto poi alla *classificazione dei delinquenti*, dice, « ... non credo di dovermi[ci] fermare ... perché essa non ha alcun fondamento, né può essere in pratica di alcun uso. A provarlo basterebbero le incertezze, le esitanze e le contraddizioni in cui la nuova Scuola è caduta a questo proposito. Le categorie furono due, furono quattro e furono cinque, e potrebbero diventare tre, come sei e come otto, perché criteri determinanti e precisi che servano a distinguerle non ve ne sono ... » (A. GABELLI, *Sulla « Scuola positiva » del diritto penale in Italia*, cit., p. 521).

⁽⁹⁵⁾ Se si escludono difetti, anche importanti, che ogni ordinamento non può non avere, occorre ammettere — ricorda Gabelli ai critici della nuova scuola — che la realtà del sistema penale italiano « ... risponde allo stato presente della coscienza pubblica, da cui le leggi, riguardando la vita pratica, devono sorgere, sotto pena altrimenti di non

sulla efficacia pratica di quelle teorie, ed in particolare sulla necessità di salvaguardare quanto di buono esse hanno prodotto con lo scrollone inferto alla vecchia armatura del sistema punitivo: perché gli errori, le sciocchezze, le esagerazioni, e le tante improponibili tesi degli esponenti più sprovveduti ⁽⁹⁶⁾, potrebbero portare con sé, nella loro inevitabile rovina, anche i fermenti positivi che pure non mancano all'interno di quella tendenza ⁽⁹⁷⁾. Un atteggiamento

essere comprese e di riuscire vane. Per l'edificio che la nuova Scuola vuol erigere è troppo grande l'impalcatura. Lasciamo stare che *le sue dottrine suppongono un ordinamento sociale così differente da quello d'oggi, implicano una tale ingerenza dello Stato sulla vita privata, da rendere troppo cari i benefici, dato che si conseguissero, della sua tutela*. Ogni processo cessa di essere un'indagine intorno a un delitto o al suo autore per diventare un'inquisizione sulla sua vita e su quella della sua famiglia ... » (A. GABELLI, *Sulla « Scuola positiva » del diritto penale in Italia*, cit., p. 526).

⁽⁹⁶⁾ È cosa tipica, nelle file della scuola positiva, la presenza di un doppio livello di esponenti e seguaci, separati e molto distanti per qualità, cultura, equilibrio e sensibilità. I leaders della tendenza, nonostante i limiti derivanti da orecchiamenti, eclettismi o eccessiva cedevolezza a sbrigativi deduzionismi fondati su presupposti incontrollati — o malgrado certe loro 'fasi' iniziali o 'periodi' poi superati (ed anche rinnegati) — ricevono anche dai loro avversari attestati di intelligenza, spirito innovatore, capacità di cogliere lo spirito dei tempi. I gregari, gli epigoni, gli improvvisati 'professori' della provincia folgorati dalla suggestiva (e pessima) retorica dei divulgatori, formano invece un esercito di disinvolti improvvisatori di teorie, che è generoso chiamare insensate: una folla di semplificatori, genia di inventori di sistemi infallibili per prevenire delitti o individuare criminali, vera e propria zavorra della 'scuola', pericolosissima per la sua credibilità e la sua immagine. Spunti, in questo senso, è possibile trovare anche in meditate riflessioni che vengono dall'interno della tendenza, come quelle espresse nel volume di A. FRASSATI, *La nuova Scuola di diritto penale in Italia ed all'estero*, Torino, UTE, 1891, pp. 479.

⁽⁹⁷⁾ Gabelli vede molte componenti apprezzabili, fertili, o quantomeno utili, nella elaborazione teorica della scuola positiva, e si preoccupa della loro salvaguardia. Per esempio, dice, « Negare l'ingegno ai capi della nuova Scuola ed anche ad alcuni più giovani ed anche più temperati seguaci suoi, sarebbe negare la luce del sole. Senza parlare dei vantaggi indiretti, che la scienza può raccogliere dalle loro indagini e dalla loro operosità, credo anzi che *in alcune critiche alla legislazione vigente e in alcune proposte per emendarle, abbiano pienamente ragione*, per quanto non si possano chiamare nuove. Convegno nella critica delle circostanze che dimezzano la responsabilità, nell'istituzione dei manicomi penali, nella necessità di punire più severamente ovvero di non punire, almeno nel modo in uso, i minorenni, e sopra tutto in quella di ordinare gli stabilimenti carcerari in guisa, che servano veramente al loro fine, in luogo di essere una scuola di pervertimento sempre maggiore ... » (p. 525).

« Con l'introduzione nel diritto penale di una scienza, che per ora non può dargli aiuto, e con la negazione di una libertà, che, esista o non esista, e sia grande, o sia piccola

aperto e costruttivo, dunque. Attento agli interessi generali della scienza giuridica italiana, questo giurista non professionale mostra di avere compreso molte cose che condizioneranno il futuro del diritto penale, così come in quella fase coinvolgevano alcune questioni chiave della cultura del paese, intesa in senso generale.

Quando, nel fascicolo del giugno 1886 della *Rivista Penale*, apparve il lungo saggio di Aristide Gabelli sulla scuola positiva, era appena uscito di tipografia, con la data del maggio 1886, il più famoso libro di Luigi Lucchini: *I Semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale. Saggio critico*, pubblicato a Torino dalla Unione Tipografico-Editrice. Un libro denso, lucido, ironico, scritto con grande vivacità, e quindi di piacevolissima lettura, che compendia gli argomenti dell'indirizzo 'classico' e confuta punto dopo punto le accuse, ma soprattutto le escogitazioni, spesso troppo singolari, dei positivisti.

Tutti i punti teorici messi in discussione dalla nuova scuola vengono affrontati, uno per uno e sistematicamente; la nozione di difesa sociale ed i connessi rapporti tra il diritto penale e lo Stato,

per la filosofia teoretica, è, secondo il concetto comune oggi, la condizione essenziale della reponsabilità e quindi della pena, la nuova Scuola rende sospette le sue conclusioni e perde quella parte di influenza, cui potrebbe legittimamente aspirare. Perciò, o essa dovrà rinunciare ad ogni speranza di contribuire alla riforma di quelle stesse leggi, che a ragione biasima, ossia ad ogni fine pratico, rassegnandosi a vedere le sue dottrine rilegate nel campo già troppo popolato delle sterili idealità, o, se mira al fare, dovrà risecarne queste due parti, alle quali di gran lunga i più si ribellano. Certamente il sacrificio le parrà doloroso, poiché appunto da queste due parti le viene il colore più vistoso di novità. Ma il troppo nuovo, nel mondo qual è e quale fu sempre, è proprio quello che più difficilmente trova applicazione ...

Né ciò vorrà dire che si sarà fatto un gran strepito per nulla. Innanzi tutto, anche quando si sarà persuasa che alle teorie penali c'è poco da aggiungere, mentre pur tanto rimane a farne nella pratica, *serberà il merito di aver dato una certa scossa salutare a una scienza che fra noi alcun poco sonnecchiava*. Ma inoltre, avviata a un intento più determinato e più utile, *diverrà principalmente uno studio della recidiva*, studio del quale ha le condizioni e i caratteri e di cui non è necessario di provare l'opportunità in un paese, dove i recidivi giungono a più della metà dei malfattori. In altri termini, quanto più mirerà a un fine preciso, tanto meno difficile le sarà di raggiungerlo; e questo io desidero per la soddisfazione sua e il bene di tutti ». Del resto, aveva scritto poco sopra, se non lo faranno i capi, finiranno per farlo i seguaci, « ... taluni dei quali già si mostrano più disposti alle transazioni » (A. GABELLI, *Sulla « Scuola positiva » del diritto penale in Italia*, cit., pp. 526-527).

passando per il nodo teorico del legame disciplinare tra diritto penale e sociologia; il problema della responsabilità sociale, quello della imputabilità morale e quindi del 'libero arbitrio'; la relazione tra delitto e delinquente, tra reato e autore; l'uso della statistica, la valutazione della recidiva e, quindi, tutto il complesso di questioni legate alla classificazione dei delinquenti, al tipo criminale, alla figura del delinquente pazzo; infine, i temi della politica penale sui quali c'è tra Lucchini ed i positivisti un radicale dissenso: la prevenzione, la pena (compresa la pena 'eliminatrice'), legata alla concezione 'globale' della repressione, ed il processo. Con speditezza, senza il minimo appesantimento retorico e con piacevole efficacia espositiva, Lucchini si muove su tutti questi terreni, e su altri ancora, coinvolgendo in ciascuno di essi una miriade di argomenti particolari, che qui è impossibile richiamare per esteso.

Suo scopo è anche quello di affermare la propria non ostilità al *metodo positivo*, che in più occasioni ha dichiarato essere da sempre presente nel suo bagaglio di ricercatore e studioso ⁽⁹⁸⁾. Affermazione, questa, con la quale egli intende evidentemente rendere più credibile per gli stessi positivisti la sua opposizione (mostrandone l'origine non pregiudiziale), ed inserirsi in una corrente critica abbastanza diffusa in quegli anni, che tendeva a mantenere distinti e distanti il metodo positivo dal 'positivismo' ⁽⁹⁹⁾, o — secondo una

⁽⁹⁸⁾ Nella risposta (già ricordata) ad una recensione che J. Vida aveva fatto di *Le Droit penal et les nouvelles théories*, Paris, Pichon, 1892 (traduzione francese arricchita de *I semplicisti*) scriverà che fin dai tempi del lavoro giovanile *Filosofia del diritto e della politica sulle basi dell'evoluzione cosmica*, che è del 1873, aveva accolto e professato « principi evolucionisti e sistema induttivo ». « ... *mi reputo e professo, ora come allora, evolucionista e positivista nel senso genuino della parola e, (...), appunto per questo e in nome di questo indirizzo scientifico, io combatto con tutte le mie forze il falso positivismo degli antropologi e sociologi ... criminali. M'ingannerò a partito, ma ho la compiacenza di trovarmi anche in ottima compagnia di altri valorosi ed autorevoli positivisti (nel vero senso della parola), quali — lasciando in disparte i propri e veri giuristi — Mantegazza, Poletti, Colajanni, Vaccaro, Gabelli, in Italia, Topinard, Manouvrier, Lacassagne, Tarde, Brouardel, Corre, Motet, in Francia, Heger nel Belgio, Drill, Bajenoff, in Russia, che, dal più al meno, sono meco d'accordo nell'opinare (...) essere la « scuola di antropologia criminale » una falsa applicazione di metodo positivo ed evolucionista, ed essere quindi tutt'altro che strano il vederla combattuta appunto da coloro che di questo metodo si professano estimatori e seguaci » (L. LUCCHINI, *Per un fatto personale*, cit., pp. 186-187).*

⁽⁹⁹⁾ F. BARBANO, *Sociologia e positivismo in Italia: 1850-1910. Un capitolo di*

convincente distinzione proposta da Riccardo Faucci — ad affermare l'utilità di un positivismo 'debole', che permetteva di arricchire il metodo della ricerca, senza coinvolgere necessariamente la visione del fenomeno giuridico ⁽¹⁰⁰⁾.

Rifiuta anche, in modo ripetuto e significativo, di lasciarsi arruolare nelle file della 'scuola classica' ⁽¹⁰¹⁾, della quale respinge

sociologia storica, in AA.VV., *Il positivismo e la cultura italiana*, cit., p. 220, parla di « ... un positivismo inteso solo come orientamento scientifico (cui fa capo una sociologia scientifica) e non anche come bisogno culturale di fatti e di positività; il che fu appunto un modo di fare esperienza del positivismo assai diffuso negli anni in parola; *tanto che la distinzione fra 'positivo' e 'positivistico' era molto usata, ma anche chiamata in causa*, per esempio da positivisti, che però non volevano darsi legati al Comte, oppure, da altri positivisti che, *non potendo negare bisogni di cultura positiva, non accettavano tuttavia il positivismo come tale* » (corsivi miei).

⁽¹⁰⁰⁾ Riccardo Faucci, in un breve saggio di sintesi ricca ed acuta (*Note su positivismo e pensiero economico*, in AA.VV., *Il positivismo e la cultura italiana*, cit., pp. 307-309), propone di qualificare come 'debole' quella componente del positivismo di fine secolo che si limita a porsi domande sul ruolo che possono avere l'induzione o la deduzione, e ad interrogarsi sul rapporto di dipendenza, o di autonomia/complementarità, che può esistere tra il momento 'scientifico' e quello 'politico' di una scienza della società: dell'economia, dunque, come del diritto. Essa non giunge a volere, come fa la componente 'forte', « ... la ricerca di un principio unitario fra scienze naturali e scienze sociali; la costruzione di una scienza sociale unificata; l'individuazione di una 'legge di movimento' della società ». Non è fatta, cioè, di elementi che « ... coinvolgono la visione del mondo positivistica: l'idea di progresso attraverso l'evoluzione, il parallelismo fra scienze biologiche e scienze sociali, il darwinismo sociale, la sociologia come 'scienza delle scienze' ». Non v'è dubbio che l'atteggiamento di Lucchini di fronte al 'metodo positivo' appare coerente con una simile versione 'debole', che non pregiudicava la sua adesione alla sua concezione, ideologicamente 'forte', della scienza giuridica penale. Posso allora, per meglio chiarire, parafrasare Faucci — che nel suo scritto si riferisce al pensiero economico, e non a quello giuridico —, e chiedermi con lui: « Perché l'abbiamo chiamata versione 'debole'? Proprio perché essa pone quesiti che prescindono largamente dalla 'visione' del processo giuridico [F. scrive *economico*]. *Si poteva essere meccanicisti o finalisti, materialisti o mistici, marxisti o socialisti cristiani, senza che queste convinzioni (largamente diffuse fra i giuristi [gli economisti] italiani a cavallo dei due secoli) influenzassero in modo decisivo la scelta del metodo di indagine* » (p. 308).

⁽¹⁰¹⁾ « ... io non vado incontro alla 'nuova scuola' come un seguace, più o meno ortodosso, di quella che, per diletto, fu chiamata la 'scuola classica' del giure penale. Pieno di riverenza per gli insigni rappresentanti delle dottrine tradizionali e prevalenti, non mi presto tuttavia ad un culto dommatico o ad una soggezione incondizionata, come si esige dai credenti in chiesa o dai soldati in caserma. (...) Laonde, se per 'scuola classica'

persino il nome, affibbiato *per dilleggio*, dice, dai suoi stessi detrattori (102). E non vuole essere considerato eclettico.

Per me di scuole non ce ne può essere che una sola in diritto penale: la scuola, ossia la « scienza giuridica ». La quale non è né vecchia né giovane, né bigotta né atea, né tenera pei delinquenti né in collera con essi; la quale soltanto si propone lo studio dei reati per impedirne quanto più sia possibile la perpetrazione, apprestando uno dei mezzi all'uopo valevoli cioè la minaccia, la commisurazione e l'applicazione ai delinquenti delle sanzioni penali; la quale ha cominciato naturalmente bambina, ora sembra che siasi fatta più grandicella, e forse non ha raggiunto ancora la maturità...

Ho quindi fiducia di non essere posto nel limbo degli eclettici, che stanno tra il vecchio ed il nuovo, tra il passato e l'avvenire, che non sono né carne né pesce, che rappresentano la transizione da una ad altra dottrina. Fui bensì gabellato per tale, non solo perché vennero ad arte travisate le

s'intenda una 'scuola giuridica', che è quanto dire l'unica scuola ammissibile in materia che essenzialmente appartiene al diritto, certamente io ambisco e mi onoro di appartenervi. Se volesse invece cotal predicato affibbiarsi a quell'assieme, o meglio a quella parte delle dottrine dominanti che ancora non sono svincolate dai sillogismi della vecchia metafisica (badisi bene, della vecchia metafisica), ovvero ad un complesso di postulati professati dall'uno o dall'altro anche dei più autorevoli criminalisti, allora, dico, non regge più la solidarietà, ed io mi permetterei, senza atteggiarmi per nulla a rinnovatore o riformatore della scienza, di pensare con la mia testa e di reclamare la mia parte di libera opinione e di libero esame.

Io non posso quindi ammettere l'esistenza di due scuole, che nella soggetta materia sarebbero fra loro in antagonismo: quella che si vuol chiamare la 'vecchia scuola' o 'scuola classica', e quella che si gabella per 'nuova scuola' o 'scuola positiva'; la prima che sarebbe da riporre, ben guardata e tappata, in un museo, la seconda che rappresenterebbe la nuova corrente ossigenata delle idee, il progresso della scienza e della civiltà; l'una, vecchia decrepita, imbellè, che perde il suo tempo a snocciolar forinole e dipanar broccardi, bigotta, bisbetica, invasa da un isterico tenerume pei delinquenti, che si prendono gioco di lei e fanno a chi più le fa; l'altra, invece, nel vigore dell'età, aitante e balda di vigoria, amazzone della civiltà, che, montata sul nobile e focoso destriero del positivismo, con la lancia in resta e la stella della selezione sociale in fronte, carica la delinquenza, per debellarla e sterminarla; l'una la scuola del passato, l'altra la scuola dell'avvenire » (*I semplicisti*, cit., pp. XXIV-XXVI).

Ancora: « E così mi permetto di declinare l'onore di essere considerato quale un rappresentante, eterodosso o meno, di un'ipotetica 'scuola classica'... » (*Per un fatto personale*, cit., p. 187); oppure: « ... noi che non siamo niente affatto 'classici' e meno ancora 'positivisti' (dello stampo di moda) ... » (*Florilegio 'positivista'*, in *Rivista Penale*, 33, XVII, 1891, p. 605).

(102) L. LUCCHINI, *I semplicisti*, cit., p. XXIV, e poi *Polemica ... «positiva»*, in *Rivista Penale*, 25, XIII, 1887, p. 589.

mie idee. Non sono e non posso essere un eclettico, perché non mi sono mai occupato a conciliare le dottrine dominanti con quelle che vi si vorrebbero sostituire. Se da quelle talora mi allontanano, ciò non avviene mai perché mi accosti a codeste, che respingo tutte, senza riserve, ritenendole tutte erronee ⁽¹⁰³⁾.

Ma il fine di un libro come *I semplicisti* non era, ovviamente, quello di mettere a punto le posizioni scientifiche dell'autore, anche se questa era un'operazione preliminare importante e necessaria. Il suo bersaglio erano la scuola positiva, le sue pretese innovazioni ed i suoi principali rappresentanti, a cominciate da Ferri, per finire a Garofalo e Lombroso: gli stessi che già da tempo la *Rivista Penale* aveva preso ad attaccare e criticare duramente, non risparmiando i toni ruvidi e le parole grosse ⁽¹⁰⁴⁾. Tutto il volume, lo ricordavo sopra, non è che una lunga, dura, affilata contestazione, teoria per teoria, passo per passo, del 'nuovo' sistema scientifico; per di più, pronta a concedere quel che va concesso, da un lato, e intrisa, dall'altro, di un efficacissimo sarcasmo. Quanto bastava, ovviamente, a rendere aperta e clamorosa una rissa che covava da tempo ed aveva già dato qualche segno di sé ⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰³⁾ L. LUCCHINI, *I semplicisti*, cit., pp. XXVI-XXVII.

⁽¹⁰⁴⁾ Nel 1887, scrivendo *Uno spiritista del diritto penale*, per l'*Archivio di psichiatria e scienze penali* Vili, 1887, fasc. 1 e 2), Ferri aveva già ragione di lamentare il fatto di essere mensilmente gratificati sulla *Rivista Penale*, lui e i suoi compagni di cordata, di « ... morbosi pessimisti ed empirici », di « neolchmisti dalle atavistiche lucubrazioni » (*Riv. pen.*, 1884, p. 502) rinfacciandoci « le solite mistificazioni dei soliti empirici » (*ibid.*, maggio, 1883) e « la novissima rettorica dell'empirismo scientifico » e le « odierne fatuità empiriche » (*ibid.*, 1885, p. 47) ... » (ristampa in E. F., *Studi sulla criminalità ed altri saggi*, cit., p. 336). Dando conto di questo scritto sulla *Rivista Penale*, Lucchini avrebbe poi parlato di « ... apostoli della 'nuova scuola' ... alquanto insolenti » e di « ... pagine ... piene zeppe di impertinenze d'ogni peggiore specie » (L. L., *Polemica ... « positiva »*, cit., p. 588).

⁽¹⁰⁵⁾ Già Gabelli s'era trovato ad usare le espressioni classiche di coloro che non vogliono essere trascinati in discussioni nelle quali le grida e le ingiurie verrebbero utilizzate in luogo dei buoni argomenti dagli interlocutori che non ne hanno.

« A me fanno impressione grande le ragioni — aveva scritto —, nessunissima le insolenze, sapendo io pure quello che sanno tutti, che cioè quasi sempre si dà di piglio a queste, quando mancano le altre. In materia di scienza io non conosco papi. Appunto perciò dissentendo dall'altrui opinione, credo di avere tutto il diritto, se non anche il dovere, di sostenere la mia. Ma in pari tempo, trovandomi discorde da altri in cose di

Dopo la risposta di Ferri ⁽¹⁰⁶⁾, anch'essa priva del minimo necessario di fair play, la guerra fatta di insolenze, da alcuni temuta o deprecata, finisce per occupare saldamente il campo. Lucchini si vanterà più di una volta di non aver dato tregua agli innovatori ⁽¹⁰⁷⁾ e, all'apparire del primo numero de *La scuola positiva*, inaugurerà per i suoi lettori una 'rubricetta' della sezione *Cronaca*, intitolandola *Florilegio « positivista »* e facendone quasi una gogna dei suoi avversari ⁽¹⁰⁸⁾. Intessuto di irrisioni, sarcasmi, canzonature e colpi bassi, il *Florilegio* diviene ben presto la pagina più letta e più 'popolare' della rivista. Contribuirà così, più di ogni altra cosa, a cucire addosso a Luigi Lucchini quell'immagine di iroso ed accanito 'martello dei positivisti', alla quale ho già fatto cenno a proposito della sua personale prevaricazione sul tono e sullo stile della sua creatura. E contribuirà a rendere ancor più grottesca quella polemica (che da parte positivista, nella rivista di Ferri, non era certo condotta in punta di penna: semmai solo un po' più rozza, ed un po'

scienza, penso si possa convenire pienamente sul galateo. Né so ideare spettacolo più compassionevole di quello di dotti e di letterati, che si lacerano a vicenda scambiandosi insulti in luogo di ragioni ... » (A. GABELLI, *Sulla « Scuola positiva » del diritto penale in Italia*, cit., p. 527).

⁽¹⁰⁶⁾ Mi riferisco al già ricordato scritto di E. FERRI, *Uno spiritista del diritto penale*, cit., e poi in E. F., *Studi sulla criminalità ed altri saggi*, cit., pp. 334-388.

⁽¹⁰⁷⁾ Ancora nel 1920, quando ormai il momento rovente della rissa era lontanissimo nel tempo, Lucchini rievocava con visibile compiacimento quei combattimenti, ricordandoci che « ... la Rivista non dava tregua agli innovatori, mettendo in guardia il solito gregge degli indotti, dei profani e degli ingenui contro le insidie di dottrine che aveano la pretesa e l'apparenza di sradicare degli errori madornali e dei vietati pregiudizi e di offrire alla società e alla giustizia il vero specifico contro la delinquenza che sinora, a sentir loro, avea preso a gabbo e l'una e l'altra nella sua sempre crescente marea. Oggi sono i *briosi rilievi* di Paolo Mantegazza, il maestro degli antropologi italiani, che *celiava sui metodi sperimentali di Lombroso ...*, domani *si metton alla gogna le escandescenze del Ferri per le toccate a fondo dei Semplicisti* e si fa *un po' di buon sangue* intorno ai profondi studi dell'Ottolenghi sul naso nei criminali, nei pazzi, negli epilettici e nei cretini ... » (L. LUCCHINI, *Sesta serie*, in *Rivista Penale*, 91, XLVI, 1920, p. 7).

⁽¹⁰⁸⁾ Il *Florilegio* si inaugura nel giugno del 1891 (*Rivista Penale*, 33, XVII, 1891, pp. 603-605), cominciando fin dalla prima frase a non badare troppo a sottigliezze o sfumature: « Di tratto in tratto — scrive Lucchini — abbiamo regalato ai nostri lettori qualche saggio delle sciocchezze, delle impertinenze e delle bugie che i sedicenti 'positivisti' dicono e ripetono a esaltazione della loro 'scuola', la quale appunto si nutre di tali ingredienti, e a vituperio della scienza ... ».

meno divertente), che cessò di essere una polemica scientifica per divenire soltanto una stucchevole produzione di chiasso spettacolare.

Viene da chiedersi: che cosa avrebbe potuto aggiungere a tutti questi clamori e a tutti quegli argomenti — quelli di Lucchini, quelli di Gabelli — un uomo come Giovan Battista Impallomeni che non era certo distante da Gabelli per equilibrio, civiltà del ragionamento e ‘laicismo’ culturale, o da Lucchini per dottrina, rigore tecnico e impostazione dogmatica? Siamo ormai nel 1889, e l’allora applicato al Ministero di Grazia e Giustizia, terminata la lunga fatica di ‘redattore’ del Codice penale, va a Parigi per assistere al *Congresso di antropologia criminale* e pubblicare poi, sulla *Rivista Penale*, un lungo resoconto di quei lavori ⁽¹⁰⁹⁾.

L’indicazione che Impallomeni trae dalle discussioni congressuali è quella della crisi di credibilità che, anche sul piano internazionale, colpisce la scuola antropologica italiana, a poco più di dieci anni dal suo esordio. Emerge anche, in quel Congresso, una sorprendente involuzione di Garofalo, che abbandona la sua « ... antropologia ... molto accomodante » per sostenere tesi francamente sconcertanti ⁽¹¹⁰⁾. Si assiste infine, ed il nostro non manca di sottolinearla, ad una manovra di Ferri (in ciò seguito, e sorpassato, da uomini come Puglia, Alimena, Pugliese), tendente a prendere le distanze da alcune delle più ‘imbarazzanti’ categorie e classificazioni lombrosiane. Per marcare le differenze, Ferri si pone in posizione di mediazione tra lo stesso « Lombroso, sostenuto dal Garofalo, e tutti gli altri membri del Congresso » ⁽¹¹¹⁾.

Ci sono, in questa ricostruzione, tutti i segni della direzione di marcia che la scuola positiva avrebbe tenuto nel decennio successivo: lo spegnersi della influenza di Cesare Lombroso sui giuristi

⁽¹⁰⁹⁾ G.B. IMPALLOMENI, *La « Nuova Scuola » di diritto penale al Congresso antropologico di Parigi*, in *Rivista Penale*, 31, XVI, 1890, pp. 213-230, 309-324.

⁽¹¹⁰⁾ « Con una recisione, di cui finora non ha dato prova, pur dando la preferenza alle anomalie psicologiche, affermò che vi sono dei caratteri fisognomici che permettono di distinguere *immediatamente* i ladri dagli omicidi; questi hanno la mascella sviluppatissima, e gli assassini specialmente hanno l’occhio fisso, e lo sguardo spesso obliquo. I ladri presentano al contrario la fronte sfuggente, l’occhio piccolo e vivissimo » (G. B. IMPALLOMENI, *La « Nuova Scuola » di diritto penale*, cit., p. 221).

⁽¹¹¹⁾ G. B. IMPALLOMENI, *La « Nuova Scuola » di diritto penale*, cit., p. 221.

della tendenza, con la conseguente, progressiva, involuzione del suo pensiero, riprodotto e messo in opera da « allievi » ed epigoni sempre più scadenti; la definitiva eclissi di Garofalo, che dal 1895, con la pubblicazione de *La superstizione socialista* ⁽¹¹²⁾, aggiunge alle ragioni del dissenso, ulteriori motivi di scissione dai più giovani, ed emergenti, esponenti della scuola, quali Florian o Zerboglio, provocando anche una profonda frattura nei suoi rapporti con Enrico Ferri ⁽¹¹³⁾; il distacco di Ferri da Lombroso, che reca però lo stesso segno del (prossimo) distacco di molti positivisti da Ferri, il quale resterà ancora legato, in quel decennio (salvi i cambiamenti non lievi dei decenni successivi), a troppi vincoli deterministici e presupposti antropologici non più (interamente) condivisi dalla nuova generazione dei penalisti positivi.

c) *In difesa delle pubbliche libertà.*

« Le leggi penali sono indissolubilmente legate alle vicende delle pubbliche libertà ».

Questa affermazione di Lucchini, scritta nel gennaio del 1900, quando non erano ancora del tutto chiusi la 'crisi di fine secolo' e il 'decennio di sangue', è di per sé ovvia, ma aveva ancora, in quei giorni, un suono coraggioso, ed un valore programmatico forte.

Le leggi penali sono indissolubilmente legate alle vicende delle pubbliche libertà; e come queste, massime negli ultimi anni, furono bersaglio dei più gravi attentati, così alla loro difesa, sul terreno della discussione scientifica, si trovò senza posa la *Rivista Penale*, ferma nel combattere gli stati d'assedio e le giurisdizioni eccezionali, i domicili coatti e le reazionarie limitazioni dei diritti di riunione, di associazione e di stampa, gli attacchi mossi alla giuria e le proposte avverse al contraddittorio e alla pubblicità giudiziale, le denigrazioni delle istituzioni parlamentari e le usurpazioni del potere legislativo da parte dell'esecutivo.

⁽¹¹²⁾ R. GAROFALO, *La superstizione socialista*, Torino, Roux e Frassati, 1895.

⁽¹¹³⁾ Ferri risponde in modo (ancora) rispettoso ma duro al libro di Garofalo, che ritiene 'provocato' anche dal suo *Socialismo e scienza positiva* (Darwin, Spencer, Marx), Roma, Casa ed. italiana, 1894, con il breve saggio *Discordie positiviste sul socialismo*. (Ferri contro Garofalo), Palermo, Sandron, 1895. Senza entrare dentro questo capitolo polemico (che apparteneva più alla storia della scuola positiva che a quella del 'socialismo giuridico'), mi sono già occupato di queste vicende nel mio saggio *Il diritto penale sociale*, cit., p. 595 ss. [t. II, p. 838 ss.].

Né le funzioni di magistrato da me assunte nel frattempo mi fecero smarrire la linea retta del compito scientifico, che a tutti sovrasta e che tutti illumina nel magistero della libera discussione e nel fine supremo della verità, che è comune alla scienza come alla giustizia, alla legge come alla civiltà ⁽¹¹⁴⁾.

Quella difesa sul terreno della discussione scientifica era cominciata, protagonista Impallomeni, nel 1894. L'occasione venne data dalla vicenda dei 'fasci' in Sicilia e dalla repressione che ne seguì, alla quale l'allora professore dell'Università di Palermo rispose, prima come avvocato di De Felice, Barbato e Bosco, poi come giurista che stava politicamente maturando ed evolvendo da idee 'zanardelliane' a posizioni apertamente radicali e 'filo socialiste' ⁽¹¹⁵⁾. Il saggio che Impallomeni pubblica sulla *Rivista Penale* ⁽¹¹⁶⁾ è duro e severo, e rappresenta un attacco frontale alla Corte di cassazione (presidente Canonico), tanto che il direttore Lucchini ritiene di dover ricordare ai lettori che la rivista accorda agli autori che vi scrivono la più ampia libertà di espressione, e quindi la responsabilità, anche quanto alla *forma*, di ciò che affermano ⁽¹¹⁷⁾.

Ho detto che è lo scritto di Impallomeni sulla sentenza per De Felice e compagni ad inaugurare la battaglia della *Rivista Penale* nel

⁽¹¹⁴⁾ L. LUCCHINI, *Ai Lettori*, 1900, cit., pp. 6-7.

⁽¹¹⁵⁾ Su questa fase del pensiero e dell'impegno di Giovan Battista Impallomeni, chi volesse potrebbe fare riferimento al mio *Il diritto penale sociale*, cit., pp. 591-595 [t. II, pp. 852-855].

⁽¹¹⁶⁾ G. B. IMPALLOMENI, *I metodi della Corte di cassazione nel ricorso De Felice e CI.*, in *Rivista Penale*, 40, XX, 1894, pp. 224-251. Poco prima aveva pubblicato l'opuscolo dal titolo *Cenni sul ricorso in Cassazione dell'onor. Giuseppe De Felice Giuffrida e c. contro la sentenza del tribunale militare di guerra di Palermo del 30 maggio '94*, Palermo, Amenta, 1894.

⁽¹¹⁷⁾ « S'intende bene — annota Lucchini, firmando N.d.D. — che anche nella forma è lasciata piena libertà e responsabilità agli autori degli scritti, che non sono opera interna di redazione, tanto più quando si tratta di autori del valore e della competenza di G. B. Impallomeni » (*Rivista Penale*, 40, XX, 1894, p. 224). C'è da aggiungere, però, che nonostante questa che sembra una presa di distanze (formale), abbiamo poco più avanti, da parte di Lucchini, una adesione nel merito agli argomenti di Impallomeni quando, commentando quello stesso giudicato della Cassazione dell'1 luglio 1894, rinvia il lettore che ne voglia sapere di più, proprio a quello stesso articolo.

1894. In realtà, prima di quello, sia nella Cronaca ⁽¹¹⁸⁾, sia in un importante scritto di Emilio Brusa, la questione degli stati d'assedio e della giustizia militare era già stata seriamente affrontata.

Con equilibrio e moderazione, ma anche con notevole fermezza, Brusa nega legittimità costituzionale allo « stato d'assedio fittizio » istaurato in Sicilia ed in Lunigiana ⁽¹¹⁹⁾. Egli considera del tutto arbitraria la prevalenza di una (opinabile) necessità politica sul principio statutario che vorrebbe la vigenza del codice penale militare limitata all'ipotesi dell'invasione nemica, e non ammessa nel caso dell'insurrezione. Ed entrando poi in una serie di questioni ulteriori (legalità o costituzionalità della giustizia marziale, problema della retroattività della giurisdizione militare, valore della legislazione eccezionale, limiti dei poteri commissariali, funzione della Corte di cassazione ed altre ancora), marca ancora di più la sua critica: afferma la necessità di mantenere la coordinazione tra politica e principi costituzionali (necessità, in quella fase, poco presente alla dottrina), giungendo perciò a negare in radice la legittimità di quanto era avvenuto, e stava avvenendo, in quelle regioni ⁽¹²⁰⁾.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. *Tribunali militari di guerra e stato d'assedio*, in *Rivista Penale*, 39, XX, 1894, p. 288; *Stato d'assedio e tribunali militari*, in *Rivista Penale*, 39, XX, 1894, p. 383; *Le condizioni della Sicilia*, in *Rivista Penale*, 39, XX, 1894, pp. 488-489; *Giustizia penale militare*, in *Rivista Penale*, 39, XX, 1894, pp. 581-593. Nella rubrica *Giurisprudenza contemporanea* abbiamo lunghe note molto esplicite del direttore Lucchini, quali: *Stato di guerra o d'assedio*, in *Rivista Penale*, 39, XX, 1894, pp. 469-471; 40, XX, 1894, pp. 252-253,

⁽¹¹⁹⁾ E. BRUSA, *Della giustizia penale eccezionale ad occasione della presente dittatura* in *Rivista Penale*, 39, XX, 1894, pp. 413-464.

⁽¹²⁰⁾ Il fatto che questo scritto di Brusa non sia apertamente uno scritto di 'opposizione' politica, ma parta da esigenze 'liberali' per così dire implicite, riposanti sulla necessità di osservare legalità e regole statutarie nella amministrazione d'ella giustizia penale anche eccezionale, è probabilmente all'origine del fatto che esso è stato ignorato da L. VIOLANTE, *La repressione del dissenso politico nell'Italia liberale: stati d'assedio e giustizia militare*, in *Rivista di storia contemporanea*, V, 1976, pp. 481-524. Brusa non avrebbe neanche approvato il pur non soverchio peso che Violante assegna invece a F. CONTUZZI, *Stato d'assedio*, in *Digesto italiano*, vol. 22, II, Torino, UTE, 1895: considerava infatti quello scritto poco fermo e poco chiaro (E. B., *Della giustizia penale eccezionale*, cit., p. 426), oltre che sostanzialmente di seconda mano: « Non voglio dimenticare il lavoro molto pregevole di Théodore Reinach, *De l'état de siège. Elude historique et juridique*, Paris, '85, dal quale il Contuzzi ha preso quasi tutto il suo articolo per la parte storica e straniera, come s'è pur giovato egli, però senza approfondirne

Ma il 1894 non è soltanto l'anno dei fasci e degli stati d'assedio: è anche l'anno dei primi provvedimenti eccezionali rivolti prima contro gli anarchici e applicati poi contro i socialisti. Su questi provvedimenti la rivista, sostanzialmente, tace. Essa si limita a dare conto delle leggi promulgate nel luglio, con qualche critica alla tattica parlamentare usata dal governo e qualche censura alla sua scarsa sensibilità liberale. Dà conto di alcuni eccessi di zelo praticati nella prima fase applicativa di quei provvedimenti ⁽¹²¹⁾, ma mostra anche di non avvertire da un lato il loro contenuto illiberale, e, dall'altro, quanto c'era in essi di prodromo o d'avvertimento, in ordine alle tendenze che andavano prendendo piede nella politica italiana di fronte alla crescita del movimento operaio organizzato.

Giovan Battista Impallomeni, che invece non interrompe la sua battaglia, pubblica i suoi scritti nella nuova rivista che ha fondato e dirige, *La Giustizia Penale* ⁽¹²²⁾, allontanandosi di qualche tratto dal

abbastanza i concetti, del citato articolo di Arangio-Ruiz nella *Encicl. giur.* del Vallardi » (p. 444). Grande considerazione rivolge invece agli scritti di G. ARANGIO-RUIZ, *Assedio politico*, in *Enciclopedia giuridica*, I, IV, Torino, Vallardi, 1889 e di A. MAJORANA, *Lo Stato d'assedio*, Catania, Giannotta, 1894, in questo essendo coerente con i giudizi e la scelta di campo della *Rivista Penale* (cfr. Nota redazionale in *Bollettino bibliografico della Rivista Penale*, serie 3, vol. II, Torino, UTE, 1895-99, p. 23).

⁽¹²¹⁾ Riesce difficile dire se in questo ordine vada fatta rientrare anche la pubblicazione del decreto prefettizio del 22 ottobre 1894, col quale il Prefetto di Milano dispone lo scioglimento delle associazioni socialiste nella sua provincia (cfr. *Lo scioglimento delle associazioni socialiste*, in *Rivista Penale*, 41, XXI, 1895, pp. 78-79). Il decreto è riprodotto 'a titolo di cronaca', ma il suo contenuto e la qualità delle sue motivazioni, lasciano pensare ad uno di quei casi, frequenti nello stile della rivista, nei quali un documento viene confidato alla sensibilità del lettore come cosa che si commenta da sé.

⁽¹²²⁾ Uscita il 1° febbraio 1895, *La Giustizia Penale. Rivista critica settimanale di dottrina, giurisprudenza, legislazione*, si pubblicava a Roma ed era diretta, dopo una brevissima direzione di Vittorio Serra, da Giovan Battista Impallomeni e dell'avvocato Gennaro Escobedo, che proveniva dalla redazione della *Cassazione Unica*. Usciva settimanalmente, e questo le consentiva una rapidità di intervento sulla attualità politica e giuridica che neanche la rivista di Lucchini, malgrado la sua proverbiale puntualità e tempestività, poteva permettersi. Occorre aggiungere che il novero dei « elaboratori era praticamente lo stesso al quale attingeva la *Rivista Penale*: questo avrebbe creato qualche imbarazzo e qualche difficoltà a tutte e due le pubblicazioni, che solo parzialmente vi ovviarono diversificando un pò il loro carattere: con la conseguenza che la nuova nata si trovò a coltivare principalmente il terreno della pratica del diritto penale, integrato da una più incisiva presenza dottrinale nel campo della attualità politico-parlamentare, che non avrebbe peraltro fatto mancare materia, almeno in quegli pari dal 1895 al 1900.

sodalizio con Lucchini. Quest'ultimo, da parte sua, saluta il nuovo periodico a denti un poco stretti, facendo notare che non è poi molto lo spazio lasciato libero dalla sua rivista e che altri possa colmare, additando proprio la *Rivista Penale* come esempio da seguire, e mescolando il suo stringato benvenuto ad una baruffa bagatellare che aveva in corso con *La Cassazione Unica* ⁽¹²³⁾.

Ho detto che Impallomeni non sospese la sua battaglia liberale ⁽¹²⁴⁾, come invece sembrò fare Lucchini di fronte ai provvedimenti eccezionali del 1894 ed alla bufera antisocialista dell'1895. che aveva evidenti caratteri di incostituzionalità c'era una differenza di orientamento e di sensibilità politica tra i due, che impediva al secondo di vedere in quella fase i pericoli (ma anche i danni in atto) della strada imboccata dall'esecutivo e dalla maggioranza del parlamento. La dichiarata ostilità al movimento socialista gli impediva di preoccuparsi delle ferite che intanto venivano inferte ai principi liberali.

Dico queste cose argomentando *ex silentio*. Devo quindi aggiungere che in quella fase, nel campo dei giuristi non socialisti, il silenzio era generale e — se si escludono Impallomeni, ormai — guadagnato

⁽¹²³⁾ *Nel giornalismo giuridico penale*, in *Rivista Penale*, 41, XXI, 1895, p. 269.

⁽¹²⁴⁾ Tra i suoi scritti di questo periodo, quelli più caratterizzati dal punto di vista della battaglia delle idee sembrano: *Della giuria*, Discorso inaugurale nell'Università di Palermo, 4 novembre 1894, Palermo, Tip. dello Statuto, 1895, nel quale affronta una serie di questioni che hanno a che fare con i processi politici, ed in particolare con i rapporti tra le giurie e gli imputati anarchici. A quella prolusione Lucchini dedicherà alcune « Note di studio » nella *Rivista Penale*, alle quali Impallomeni risponderà con *Risposta alle « Note di studio » sui giurati del prof. Lucchini*, in *La Giustizia Penale*, I, 1895, pp. 289-304. Poi ancora: *A proposito di apologia di delitto*, in *La Giustizia Penale*, I, 1895, pp. 235-237; *A proposito di giurati*, in *La Giustizia Penale*, II, 1896, pp. 1-4. Nel 1897 inizia la dura e lunga polemica contro il domicilio coatto per i politici, con articoli che vengono pubblicati sia sulla *Giustizia Penale* che, significativamente, sulla *Critica sociale: Il domicilio coatto. La legge menzogna*, in *Critica sociale*, VII, 1897, pp. 277-280; *Il domicilio coatto politico*, in *La Giustizia Penale*, III, 1897, pp. 1025-1033, poi pubblicato in opuscolo a parte (Prato, Tip. Giachetti, 1897). Abbiamo poi *Responsabilità ministeriale e responsabilità comune a proposito del caso Frezzi*, in *La Giustizia Penale*, III, 1897, pp. 817-822; *Contro le violenze dei « gentiluomini »*, in *Critica sociale*, VIII-IX, 1898-99, p. 100; *Mezzi aggiunti pel ricorso di Turati e De Andreis in Cassazione* (agosto 1898), Milano, Memoria legale, 1898; *Per l'ammnistia*, in *La Giustizia Penale*, V, 1899, pp. 127-128.

alla causa democratica, e qualche raro altro molto meno autorevole di lui — non era certo facile trovare chi scrivesse apertamente su fatti e decisioni che stavano mettendo in corso quello che Eugenio Torelli Viollier avrebbe definito un « colpo di stato fatto a beneficio della borghesia contro il popolo ».

Il silenzio viene rotto, nella *Rivista Penale*, in occasione del ‘caso Frezzi’, troppo grave dal punto di vista delle violazioni di procedure, libertà personale e principi di garanzia per non suscitare in Lucchini gli stessi moti di risentimento che lo avevano portato a scrivere, agli inizi degli anni ottanta, contro gli abusi e gli arbitrii consentiti dalla legislazione di polizia preventiva ⁽¹²⁵⁾. Il punto in questione era proprio quello delle garanzie: addirittura, ed ancora, era quello dell’habeas corpus; ed era quello della responsabilità dell’esecutivo per violazioni commesse dalla polizia, negate, dissimulate e poi coperte con la complicità dalla autorità politica. « La legge — scriveva in quei giorni Impallomeni ⁽¹²⁶⁾ — ha posto limiti rigorosi all’adempimento degli ordini arbitrari, affinché ciascuno impari quanto importi porre le leggi al di sopra dell’arbitrio. Dica chi vuole che questo è *dottrinarismo liberale*: questo è semplicemente la legge. E sappiano i putridi, vecchi e nuovi arnesi del reazionarismo autoritario, che i più pericolosi nemici delle istituzioni sono quelli che le vorrebbero puntellate di violenza e di arbitrio, poiché, scosso in basso il rispetto della legge manomessa dall’alto, esse precipitano sopra gli improvvidi e farisaici loro sostenitori ».

Da questo momento in poi gli avvenimenti precipiteranno e la *Rivista Penale*, guidata dal suo direttore scenderà risolutamente in campo a fare la sua parte. Non ripercorrerò passo passo quei due anni di sangue nel paese, di durissime battaglie in parlamento e di fierissime polemiche nel mondo della scienza giuridica penale. Ho già fatto cenno al senso ed al segno della funzione svolta da Lucchini e dai suoi, e mi limiterò a dare soltanto i riferimenti bibliografici di essa ⁽¹²⁷⁾.

⁽¹²⁵⁾ Cfr. le note pubblicate in *Rivista Penale*, 46, XXIII, 1897, p. 214 e p. 422.

⁽¹²⁶⁾ G. B. IMPALLOMENI, *Responsabilità ministeriale e responsabilità comune a proposito del caso Prezzi*, cit., pp. 821-822.

⁽¹²⁷⁾ Ricordiamo *I provvedimenti politici alla Camera dei deputati*, in *Rivista Penale*, 49, XXV, 1899, p. 326; *Provvedimenti politici*, in *Rivista Penale*, 49, XXV, 1899, pp.

Posso concludere con parole dello stesso Lucchini, dette in un anno per lui terribile, il 1925, quando, quasi ottantenne, gli toccò subire da quel regime fascista che, per 'l'orrore del sovversivismo',

451-453; ancora *Provvedimenti politici*, in *Rivista Penale*, 49, XXV, 1899, pp. 545-547, e poi anche in *Rivista Penale*, 50, XXV, 1899, pp. 104-109. Lucchini pubblica poi un lungo saggio dal titolo *Il decreto-legge sui provvedimenti politici*, in *Rivista Penale*, 50, XXV, 1899, pp. 125-143, nel quale fa la storia delle prevaricazioni dell'esecutivo, della sua improntitudine e della sua sorprendente incapacità di capire gli umori del paese e quelli del parlamento; dimostra l'evidente incostituzionalità dei decreti via via presenti per mettere in vigore « provvedimenti politici » ed attacca duramente quei giuristi e parlamentari della destra più sciocca e reazionaria che non si sono resi conto di stare minando le basi stesse dello Stato costituzionale italiano: ma era forse lui che non si era accorto che le persone che egli attacca volevano veramente minare e distruggere quelle, per cambiare le regole di un gioco che temevano di perdere. Dopo un altro lungo articolo dal titolo *Giustizia e politica in Italia e all'estero*, in *Rivista Penale*, 50, XXV, 1899, pp. 399-408, che fa da occasione per nuove allusioni alle vicende di quelle, nel settembre del 1900 esce, per commemorare il re Umberto I, lo scritto dal titolo *29 luglio. Diagnosi dolorosa!*, in *Rivista Penale*, 51, XXVI, 1900, pp. 305-312. È, per Lucchini l'occasione di una riflessione sugli ultimi sette anni della vita politica e costituzionale del paese. Per spiegare il regicidio parte dei fasci in Sicilia e dalla rivolta in Lunigiana, passando poi per il '94, il '98 e il '99. Tutto dipende, dice, dalla assurda reazione che lo Stato ha messo in campo, a causa di « ... un generale e completo disorientamento morale, civile e politico, e, per altra parte, da un lievito di vivo malcontento e di profondo malessere che dominano l'intero paese » (p. 306). La sua proposta, per uscire da tutto ciò, è nelle riforme economiche, nell'attenzione alla domanda di giustizia sociale che viene dal basso, nel rafforzamento della amministrazione dello Stato e nel tenere saldi i principi liberali e costituzionali di esso. Guai, dice, se si desse ora ascolto ai « fanatici reazionari e agli alti e bassi speculatori delle umane sciagure », che chiedono repressione e persecuzione a oltranza per fare vendetta. « Ciechi e insani, quando non siano malvagi! »: « O non è lo stesso fatto della propaganda anarchica, socialista, repubblicana, sovversiva, così vasta e profonda in Italia, non è questo medesimo fenomeno, che non ha riscontro in altri paesi del mondo, come quello, purtroppo, della criminalità comune informata dalla violenza e dalla ribellione, il frutto di un improvvido sistema di governo, la conseguenza diretta, naturale, inevitabile di tutto questo disorientamento, veramente anarchico, che impronta la nostra vita sociale, civile, politica? » (p. 309). « E infatti — conclude (p. 312) — ben si deve alle *aberrazioni dittatoriali* degli ultimi tempi il crescente successo e trionfo dei socialisti, dei repubblicani e dei radicali. Nulla invero poteva tornar loro più giovevole e accattivar loro il favore delle masse che *lo spettacolo desolante dello Statuto e della legge disconosciuti e calpestati per combatterli*, passando di errore in errore, da quello fondamentale della formazione e trasformazione extraparlamentare dei Gabinetti alla *sanzione o proposta di provvedimenti eccezionali e liberticidi, da quella enormità incostituzionale che fu il famigerato decreto-legge alle riforme arbitrarie del regolamento della Camera ... ».*

aveva invocato ed applaudito, la violenza della prima perquisizione nella redazione della Rivista, il sopruso del primo sequestro e l'onta di un processo per oltraggio al capo del governo. Si tratta quindi di una ricostruzione che, nella avvertita impotenza del momento, gli serve almeno a testimoniare le sue battaglie del passato, e ad affermare valori e principi che erano già diventati a loro volta sovversivi nell'Italia fascista. Si coglie in questa ricostruzione anche un sottolineato accenno alla 'criminalità di Stato' o delle 'sfere più alte' di esso, che pure non può non avere un suo preciso sapore. E non sfugge l'autocitazione della presentazione del 1900, nella quale si affermava l'inscindibile legame che tiene insieme le leggi penali e le pubbliche libertà:

Attribuendo alla dizione « politica criminale »... — scrive dunque Lucchini ⁽¹²⁸⁾ — il suo significato ovvio e naturale, siamo andati segnalando e notomizzando le vicende più acute e appariscenti di quella delinquenza sociale, che si estrinseca nelle sfere più alte e meno responsabili dello Stato. (...). Io stesso personalmente ne porsi un saggio speciale in un certo lavoro del 1892 sulla giustizia militare, che ai puritani della letteratura scientifica parve allora un pò azzardato (...).

Le prime avvisaglie si ebbero illustrando i provvedimenti e le decisioni concernenti gli stati d'assedio e i tribunali di guerra, istituiti da una cieca reazione governativa in alcune provincie del Regno. Si proseguì attraverso gli scandali della « banca romana », le leggi eccezionali di p.s. e le inchieste sulla magistratura e sulla sottrazione di certi documenti politici, e poi attraverso le megalomanie crispine, i disordini del 1898 e i provvedimenti politici del Gabinetto Pelloux, che noi prendemmo particolarmente ad analizzare; e fece capo alla *diagnosi dolorosa* del regicidio, che fu alla sua volta l'epilogo di una situazione anormalmente cronica, diagnosi e analisi che ebbero pure una ripercussione negli annali giudiziari e parlamentari. Tutte questo a dimostrare la verità di quanto rilevammo inaugurando la quarta serie della Rivista, che cioè « le leggi penali sono indissolubilmente legate alle vicende delle pubbliche libertà » e come « le funzioni di magistrato da me assunte nel frattempo non mi avessero fatta smarrire la linea retta del compito scientifico ».

(128) L. LUCCHINI, *Inaugurando il 2° Cinquantennio della Rivista*, in *Rivista Penale*, 101, LI, 1925, pp. 11-12.

CODIFICAZIONE CIVILE E PENALE

Evocata spesso con enfasi e celebrata come una delle monumentali realizzazioni del regime, la codificazione del fascismo corrispose in sostanza a un solido e durevole rifacimento dei codici dell'Italia liberale, volto ad adeguare la legislazione del Regno alla sua nuova costituzione formale e materiale, e — specie per quanto riguarda il penale — ad imprimervi più di un segno dell'ideologia fascista.

Nel dicembre del 1923 il parlamento concedeva al governo Mussolini la facoltà di rinnovare la codificazione del diritto privato. La riforma della legislazione civilistica, tuttavia, benché avviata per prima, si sarebbe compiuta per ultima (promulgata tra il 1940 ed il 1942 ed in vigore dal 21 aprile 1942), per le ragioni che si vedranno più avanti. La riforma del sistema penale, invece, avrebbe conosciuto tempi assai più brevi (promulgata nel 1930 ed in vigore dal 1 luglio 1931).

La codificazione civile. — Già agli inizi del novecento il codice civile e quello di procedura civile, risultato della prima codificazione del Regno attuata da Giuseppe Pisanelli, mostravano numerosi segni di invecchiamento ed inadeguatezza. L'affermazione della grande impresa e la rilevanza crescente dei problemi del lavoro connessi alla presenza del proletariato industriale, avevano indotto qualche contraddizione tra la concezione individualista, strettamente proprietaria (e sostanzialmente agraria) del codice civile di impianto napoleonico e le nuove esigenze della vita collettiva. Dall'altro lato, il processo civile, concepito nel culto della più assoluta autonomia delle parti e costruito sul principio della scrittura, si trovava in crescente conflitto con la diffusa aspirazione ad una giustizia che

fosse insieme più celere e meglio garantita dal potere pubblico. Un primo assestamento del sistema fu assicurato dal codice di commercio del 1882, e molti ulteriori interventi legislativi cercarono di ammodernare il processo civile tra otto e novecento. Ma furono la nuova realtà economica e le trasformazioni sociali indotte dalla guerra a imporre la necessità di una nuova codificazione complessiva del diritto privato.

Con leggi approvate nel 1923 e nel 1925, dopo il lavoro di una commissione di studio creata nel 1919, il governo venne delegato alla formazione dei nuovi codici civile, di procedura civile, di commercio e marittimo. Una commissione presieduta da Vittorio Scialoja e, dopo la sua morte (novembre 1933) da Mariano D'Amelio, fu incaricata di approntare i progetti e, a questo fine, si articolò in sottocommissioni presiedute da Scialoja per il civile, da D'Amelio per il commerciale, da Lodovico Mortara per la procedura civile e da Silvio Perla per il diritto marittimo. I risultati non si fecero attendere: il progetto del codice di commercio (poi assorbito nel codice civile) fu presentato al governo nel 1925, quello per la procedura civile nel 1926, quello per la navigazione nel 1931; più tempo prese il codice civile, che fu approntato libro per libro: *Persone e famiglia* nel 1930, *Successioni e donazioni* nel 1936 insieme ad *Obbligazioni e contratti*, ed infine, nel 1937, *Cose e diritti reali*. Ma questa produzione tecnica ebbe esito assai relativo: visioni diverse, che coinvolgevano il diritto e la politica, dividevano sensibilmente orientamenti dottrinali ed opzioni strategiche, e condussero prima Scialoja e poi D'Amelio, ad una sorta di "ostruzionismo della presidenza" che ritardò di molto la pubblicazione del codice. Così come una nutrita serie di interventi e revisioni (progetti di Giuseppe Chiovenda 1919, Lodovico Mortara 1923, Francesco Carnelutti 1926, Enrico Redenti 1934, Arrigo Solmi 1937 e 1939, Piero Calamandrei, Carnelutti, Redenti e Leopoldo Conforti 1939-1940) spingerà fino al 1940 la promulgazione del codice di procedura civile.

Quanto alla codificazione civile, il conflitto vide da un lato Scialoja e D'Amelio, dall'altro — ma su posizioni diverse — Emilio Betti, Alfredo Rocco, Filippo Vassalli, Sergio Panunzio. I primi, secondo la lucida percezione di Dino Grandi, «... hanno stabilito che la riforma dei codici deve limitarsi ad un semplice compito di revisione tecnica e formale degli istituti del vecchio codice liberale e

francesizzante del 1865, sostenendo il principio storicamente assurdo, per non dire antifascista, che la politica non deve avere niente a che fare con il diritto » (*Appunto per il Duce*, 10 gennaio 1940, in ACS, *Segreteria particolare del Duce, Carteggio ordinario*, b. 276, fasc. 500012/2). Scialoja rimaneva legato all'idea di un codice di proprietari, ispirato ad un sostanziale volontarismo individualistico; le novità dell'economia, l'intervento dello Stato, il portato dell'ordinamento corporativo, avrebbero dovuto fare oggetto di leggi speciali, come sempre era accaduto per ogni disciplina che avesse derogato il dettato del codice. Betti, proponendo la Germania come modello, riteneva impensabile tenere fuori dal codice i capisaldi del programma politico del fascismo (il 'capitalismo organizzato', l'idea corporativa) o, per fare un esempio concreto, la nuova disciplina dei contratti di lavoro. L'idea di Panunzio, ancor più radicale, era quella di togliere al codice civile (fondamentale forma giuridica dell'individualismo liberale) il ruolo di asse portante della vita economica e sociale della nazione, riducendolo a norma tecnica dei meri rapporti tra privati e ponendolo in posizione seconda rispetto alla produzione legislativa di diretta ispirazione politica: una legislazione che avrebbe dovuto procedere per principi normativi, attinti all'ideologia del fascismo e tali da costituire insieme una direttiva politica ed un tramite per le norme corporative. Un'idea politicamente forte che, tenacemente avversata da D'Amelio, condurrà tuttavia ad un compromesso sostanziale: la Carta del lavoro, fatta di indirizzi e principi, assumerà valore giuridico e sarà posta in premessa al nuovo codice.

I propositi di Scialoja e D'Amelio (centralità del codice civile come norma tecnica dell'autonomia dei privati, separata dalla legislazione "politica" delegata a farsi carico del nuovo) erano destinati a cedere. Con l'avvento del guardasigilli Dino Grandi, tra il 1939 ed il 1941 prende le redini della codificazione Filippo Vassalli, che si assume il compito di tenere insieme la tradizione civilistica e i principi corporativi, la Carta del lavoro voluta da Alfredo Rocco e le esigenze della nuova economia, fatta di intervento statale, di sovvenzioni ed incentivi, di nascenti azionariati pubblici e di concentrazioni monopolistiche, ma anche di nuova organizzazione industriale, sindacati e cooperative. Occorreva rispondere con un nuova visione delle cose alla inadeguatezza della civilistica tradizionale, e

Vassalli sceglie la via dell'« intimo collegamento del diritto civile con la costituzione dello Stato e con la politica del medesimo » (F. Vassalli, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, ora in Id., *Studi giuridici*, Giuffrè, Milano 1960, III.2, p. 633). È la via della unificazione del diritto privato. Tutti i rapporti economici saranno regolati dal codice, costruito con una tecnica che lo raccorda alle leggi speciali economiche: così sarà per i rapporti di lavoro e per la disciplina dell'economia organizzata, con l'abbandono definitivo del codice di commercio e con il richiamo espresso all'ordinamento corporativo. Nel codice, accanto alla disciplina tradizionale dei diritti reali, delle obbligazioni, dei contratti, dei diritti di garanzia o delle successioni, si farà luogo a princìpi più propriamente politici, applicati al diritto di famiglia, all'impresa, al raccordo tra pubblico e privato o alla nozione stessa dei diritti soggettivi, per l'esercizio dei quali si andrà prefigurando la possibile imposizione di limiti sociali, dentro una penetrante concezione di 'economia regolata'. L'ancoraggio alla costituzione politica dello Stato, e l'uso elevatissimo di una tecnica giuridica di grande rango, permisero di rompere l'*impasse* e di far nascere il codice. Codice in primo luogo 'giuridico' — avrebbe sostenuto Vassalli — nel quale la sapienza dogmatica aveva finito per egemonizzare le intenzioni del 'committente' politico.

Codice 'dottrinario' anche quello di procedura civile, portato a compimento con l'opera determinante di Piero Calamandrei e Leopoldo Conforti, e dietro l'impulso decisivo del ministro Grandi. Un codice che porta i segni della scienza processualistica italiana (e della grande lezione di Giuseppe Chiovenda, in particolare), nella struttura, nella ripartizione 'trattatistica' della materia, nella definizione degli istituti. In esso soltanto la prevenuta avversione del ceto forense cercò, a fascismo caduto, di trovare caratteri fascisti che ne consentissero l'abrogazione. « Rivolta di empirici camuffati da antifascisti », scrisse Carnelutti, ostili ad innovazioni che non il fascismo, ma una risalente dottrina che partiva da Chiovenda, aveva messo a punto da tempo. La direzione assunta era quella di porre i presupposti di un processo orale, corredato da una apprezzabile estensione dei poteri del giudice, con la corrispettiva riduzione dell'autonomia delle parti. L'obiettivo venne approssimato dalla introduzione della figura del giudice istruttore, tesa a realizzare un compromesso tra oralità e collegialità, nell'intenzione di rendere possibile insieme

tutela pubblica e sveltimento procedurale; sveltimento che venne affidato anche alla fitta introduzione di estinzioni, nullità, preclusioni e termini, peraltro privi, alla prova dei fatti, di eccessiva rigidità. Nel codice entra anche la disciplina del processo del lavoro, così come il regime era venuto configurandola a partire dal 1926: ma si tratta del solo tratto realmente fascista di un testo che rispecchiava sostanzialmente l'assenza di una ideologia giuridica del fascismo sul terreno della giustizia civile.

La codificazione penale. — Diverso, e politicamente significativo, l'andamento della riforma penale. In pochi anni, il guardasigilli Alfredo Rocco portò a termine una radicale trasformazione dell'intero ordinamento punitivo italiano, razionalizzandolo e coordinandolo secondo un disegno che era prima di tutto politico, ma che certo non trascurava gli aspetti tecnici dell'operazione. Dal gennaio del 1925 (pochi giorni dopo la soluzione di forza della crisi Matteotti) fino all'ottobre del 1930, venne svolto un rilevante lavoro, ed alla data del 1° luglio 1931 entrarono in vigore, tutti insieme ed opportunamente coordinati, il codice penale, quello di procedura penale, le disposizioni di coordinamento, le norme transitorie e di attuazione, un nuovo testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, il nuovo regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena, le nuove regole per il casellario giudiziale ed un ulteriore corredo di leggi in materia contravvenzionale e penale finanziaria. Un edificio coerente, provvisto di una sua solidità, destinato, come si sa, a durare molto a lungo. A coronamento di questa opera, di lì a qualche anno, il regime produrrà una legislazione penale razzista, rivolta a tutelare la 'purezza della stirpe' dal rischio di contaminazioni con le popolazioni di colore delle colonie (delitto di madamato, decreto legge n. 880 del 1937), le leggi razziali antiebraiche del 1938, ed una riforma dell'ordinamento giudiziario, entrata in vigore nel 1941, che sarebbe rimasta in vigore per decenni.

La lunga relazione con la quale Alfredo Rocco accompagna il disegno di legge che delega il governo alla riforma dei codici penale e di procedura penale (30 gennaio 1925), ed i discorsi pronunciati alla Camera (27 maggio 1925) ed al Senato (19 dicembre 1925), mostrano apertamente l'intenzione di fare della ricodificazione penale l'occasione di una strategica affermazione della concezione

fascista della società e dello Stato: l'operazione, nella sua interezza, implica un quadro costituzionale fortemente autoritario e manifesta un aperto proposito egemonico. Gli stessi termini della delega, sotto un dimesso aspetto tecnico, celano un marcato intento politico. Con essa il governo riceveva l'incarico di modificare « il sistema delle pene, gli effetti e l'esecuzione delle condanne penali, le cause che escludono o diminuiscono l'imputabilità, la recidiva, l'estinzione dell'azione e delle condanne penali e le disposizioni concernenti i singoli reati e le pene ad essi relative, per adeguarle alle nuove esigenze della vita economica e sociale, nonché a emendare gli articoli del codice che danno luogo a questioni tradizionali o comunque siano stati riconosciuti formalmente imperfetti ». Un simile ventaglio di questioni nodali consentiva, evidentemente, ben più che un aggiornamento tecnico del sistema normativo esistente.

Il cammino della riforma fu lesto e sbrigativo. Lo condusse a termine un Comitato presieduto da Arturo Rocco, penalista di prima grandezza, fratello del ministro, assistito da Eduardo Massari, professore a Napoli, suo primo allievo. Quel comitato, responsabile del progetto preliminare, fu composto di soli magistrati, e venne nominalmente affiancato da una commissione ministeriale, presieduta da Giovanni Appiani: a farne parte, accanto a qualche magistrato di peso come Silvio Longhi e Francesco Pujia, vennero chiamati anche Enrico Ferri e Vincenzo Manzini. Enrico Ferri, nominato in evidente spirito onorifico, morì poco dopo, nell'aprile del 1929, così che i soli professori impegnati nella riforma del codice penale furono Rocco, Manzini e Massari. Anche una commissione parlamentare fu chiamata a dare un parere, meramente consultivo e non vincolante: presieduta da Mariano D'Amelio, aveva tra i suoi componenti qualche professore come Alessandro Stoppato, Carlo Calisse, Arrigo Solmi ed il vecchio Raffaele Garofalo, insieme ad avvocati quali Adriano Diena, Alfredo De Marsico, Roberto Farinacci e Filippo Ungaro.

Quanto al codice di procedura penale, i termini della delega erano vaghi e praticamente privi di limiti: « modificare le disposizioni del codice di procedura penale, tenendo conto degli inconvenienti messi in luce dalla sua pratica applicazione [...] emendare gli articoli che hanno dato luogo a controversie, o che comunque siano riconosciuti formalmente imperfetti ». I lavori vennero diretti per-

sonalmente dal ministro Alfredo Rocco, ed affidati sostanzialmente a Vincenzo Manzini. In tre mesi Manzini realizzò la prima stesura, il ministro la esaminò “minutamente” e gliela rimandò per la revisione. Il progetto, corretto e poi pubblicato, ricevette i pareri di rito delle facoltà giuridiche, degli ordini forensi e delle corti d’appello, insieme a quello, consultivo, della commissione parlamentare presieduta da D’Amelio e divenne, con qualche ritocco apportato ancora da Manzini e da Alfredo Rocco, il testo definitivo del codice.

L’analisi ravvicinata del codice penale, raffrontato a quello prodotto nel 1889 dalla “penalistica civile” di orientamento liberale, mostra una visibilissima inversione di segno. Prima di tutto in ragione dei contenuti politici che adottò, traducendo in norme penali alcuni capisaldi dell’ideologia politica del fascismo; e poi per la sistematica espunzione degli elementi più schiettamente liberali, ai quali si erano ispirati i giuristi che avevano lavorato per il ministro Zanardelli. Lo Stato persona e la sacralità della Nazione, la natura totalitaria del partito fascista identificato con lo Stato, l’intolleranza per le opposizioni, l’idea fascista della famiglia, la religione dello Stato, l’economia corporativa, l’ossessione per la purezza della stirpe, persino il costume maschilista del fascismo, vennero protetti alla stregua di beni primari della società e della nazione in diversi, e talora appositi, titoli introdotti nel codice. La pena di morte, rientrata nell’ordinamento con le « leggi fascistissime » del 1926, venne saldamente reinstallata nel codice, a marcare una svolta repressiva che si voleva nettissima. La rottura rispetto alla vecchia legislazione penale che si preoccupava di beni e diritti, e che tra questi poneva in primo piano i diritti di libertà, è limpidamente rivendicata: il fascismo, che « non è agnostico ed imbecille come lo Stato liberale », impone con la forza, primo attributo dello Stato, « la sua morale, la sua religione, la sua missione politica nel mondo, la sua funzione di giustizia sociale, infine il suo compito economico. E perciò lo Stato fascista deve difendere e diffondere la moralità nel popolo; deve occuparsi dei problemi religiosi e perciò professare e tutelare la religione vera, cioè la religione cattolica; deve adempiere nel mondo alla missione di civiltà affidata ai popoli di alta cultura e di grandi tradizioni, il che significa adoperarsi in tutti i modi per l’espansione politica, economica, intellettuale fuori dei confini » (Al. Rocco, *La*

trasformazione dello Stato. Dallo Stato Liberale allo Stato Fascista - Introduzione, La Voce, Roma 1927, p. 17).

In apparenza, la parte generale del codice di procedura penale portò in modo attenuato i segni dell'ideologia politica del fascismo. Subito dopo la caduta del regime, quando emerse l'ipotesi di una immediata abolizione dei codici Rocco, si disse che i penalisti meno compromessi con il regime avevano svolto opera di moderazione, salvaguardando il principio di stretta legalità, il divieto di analogia, l'irretroattività, il principio del bene giuridico, ed il rapporto giuridico-penale fondato su un diritto soggettivo di punire, al quale si contrapponeva, pur nella cornice totalitaria, il diritto di libertà del cittadino. In realtà, quel che nella parte generale venne lasciato dell'impianto tradizionale, apparteneva già allora ad una eredità consolidata e incontrovertibile, storicamente irrinunciabile. Il merito della conservazione di quei principi era da darsi, per così dire, alla storia, e alla secolare cultura giuridica italiana, molto più che ai penalisti che misero mano alla codificazione del 1930. La loro perizia, semmai, servì a coprire con una facciata ingannevole un edificio profondamente rimaneggiato. Con notevole maestria, venne svolto un attento, intenso ed accurato lavoro tecnico, inteso ad attenuare garanzie, aggirare tassatività, indebolire tipizzazioni e introdurre indeterminanze.

Il fatto che tutto il codice (a tacere della traduzione in penale dell'ideologia fascista realizzata in interi titoli della parte speciale) subisse una torsione nel senso di una marcata accentuazione del carattere autoritario, repressivo, intimidatorio, dipese dalla consapevole applicazione di un'accorta sapienza dogmatica.

Fu per questa via che il regime impose i suoi accenti. Esso dispiegò i postulati della sua ideologia nei contenuti punitivi, nei modi processuali e nelle strategie repressive; inflisse così al sistema penale una severa mutazione, caricandolo di contenuti autoritari e distorcendo i suoi compiti di tutela, che vennero stornati dai diritti e dalla società per essere dislocati a difesa dello stato: uno stato che in termini politici, ed in forza di rilevanti slittamenti costituzionali, era indistinguibile dal regime.

Nel complesso della codificazione penale e processuale si avvertirono un aggravamento del livello sanzionatorio complessivo ed un aumento della pressione autoritaria, insieme alla dissipazione del

senso di difesa e di garanzia che i cittadini potevano attendersi da un sistema penale. Circolava, nell'ordinamento penale che uscì dalla codificazione, uno spirito di dominio che si esprimeva sulle persone, sulle formazioni sociali, sugli organismi politici, sulle istituzioni. Vi si riconoscevano l'inclinazione fascista alla vessazione dell'avversario, l'urgenza di annientare l'oppositore, il riflesso dell'oltraggio al *disturber*, o all'inferiore per razza o per condotta. Un ordinamento pensato primariamente *contra reum*, denso, ampio, articolato, ossessionato dal « nemico dello Stato », timoroso di non essere abbastanza occhiuto, abbastanza severo.

Norme rigorose e del tutto nuove tutelavano la figura e la persona del capo del governo, punivano severamente il vilipendio della nazione, incriminavano il *consciuis* di un delitto contro lo stato, introducendo il *crimen silentii* nel sistema dei reati politici. Si punivano i reati commessi all'estero dal non suddito, quando si trattasse della difesa dello stato, e fece il suo ritorno nel sistema penale italiano l'extradizione per i reati politici. Nella parte speciale del codice nuovi titoli vennero consacrati alla protezione della religione dello stato, alla difesa dell'economia pubblica, alla protezione della integrità e della sanità della stirpe, che imponeva — abbandonando l'agnosticismo tipico dei regimi liberali — di punire le contaminazioni sessuali e di apprestare i mezzi di lotta propri della legge penale contro l'alcoolismo e l'abuso degli stupefacenti, non escludendo né diminuendo l'imputabilità di coloro che commettono delitti in stato di ebbrezza o di eccitazione. Da ultimo, la protezione (penale) della famiglia, « cellula primordiale della potenza della potenza dello Stato », elemento di conservazione per eccellenza, e « prima base della sicurezza interna dello Stato, capace, per la sua vitalità e forza espansiva, di accrescerne la potenza militare e politica ».

Nel complesso del sistema normativo che emerge dalla grande riforma del 1930-31 (in ciò tenendo fede ad uno dei caratteri originari del sistema penale italiano), il fascismo non operò la riunione in chiave autoritaria dei livelli di legalità, come ci si sarebbe aspettato da un regime totalitario. Permaneva il duplice livello ereditato dallo stato prefascista, assicurato da una legge di pubblica sicurezza che affiancava il codice e si arricchiva di vere e proprie fattispecie di reato, mettendo nelle mani della polizia la valutazione

di comportamenti quali « manifestare propositi » o « dimostrare intenzioni », in ordine alla possibile commissione di reati. L'autorità di Pubblica sicurezza avrebbe giudicato desumendo non solo più dalla classe sociale a cui apparteva il soggetto, o dai suoi trascorsi penali, ma anche dal suo noto o presunto orientamento politico. A questi due livelli se ne aggiunge anzi un terzo, che riguardava lo specifico del dissenso politico, del fuoruscitismo, dell'antifascismo organizzato: affidato all'Ovra, ma frequentato anche dalla Milizia, che potevano contare su modi ancor meno che giurisdizionali o amministrativi. Ricevette la sua conferma anche la pratica della legislazione eccezionale « provvisoria », adottata (fin dal 1926) per la creazione del Tribunale speciale per la difesa dello Stato, istituito con legge straordinaria e a termine (poi tre volte prorogata), che svolse un'attività continua e sistematica nella repressione del dissenso politico organizzato e nella persecuzione di chiunque avesse manifestato avversione per la dittatura, incarcerando migliaia di oppositori e condannandone a morte diverse decine.

Del codice di procedura penale colpisce, innanzitutto, l'anomalo *iter* di formazione ed approvazione, praticamente sequestrato in un rapporto a due tra Alfredo Rocco e Vincenzo Manzini. La relazione del ministro, che accompagna il codice fu spicciativa e sfuggente, così come generici e vaghi erano stati i termini della delega che il governo si era fatto dare dalle Camere. Al contrario, il codice aveva attribuiti marcati e fortemente orientati, e sostanzialmente un processo inquisitorio segnato da un carattere spiccatamente autoritario. Malgrado si richiamasse allo schema misto tipico della tradizione italiana, il processo penale del fascismo fu costruito in modo tale da rendere decisive le risultanze dell'inquisizione istruttoria, destinate ad essere riversate nel dibattimento, con l'effetto di orientarlo in modo pressoché irreversibile. Le prove erano raccolte nel corso dell'istruttoria: la preliminare, affidata alla polizia, la sommaria, svolta dal pubblico ministero e la formale, che spettava al giudice istruttore. In nessuna delle tre è ammessa la presenza del difensore dell'accusato. Le risultanze istruttorie gli saranno rese note all'atto, o alla vigilia, del rinvio a giudizio.

Il codice poco si curò della libertà personale degli imputati: per i reati di qualche rilievo la carcerazione preventiva era la regola e, non essendo previsti termini, accadde che l'imputato trascorresse in

carcere tutto il tempo della durata del processo, appello compreso, indipendentemente dal suo esito finale. In più, eventuali violazioni delle regole processuali, per quanto gravi, non inducevano nullità assolute — regime minimo di garanzia, si direbbe — perché tutte le nullità erano dichiarate sanabili, comprese quelle derivate da violazioni gravissime del diritto dell'imputato alla sua difesa. Inutile aggiungere che il pubblico ministero dipendeva gerarchicamente dal ministro della Giustizia e che sulle sue decisioni di archiviazione non era dato controllo giurisdizionale: come dire che l'azione penale era discrezionalmente nelle mani del pubblico ministero, il quale è a sua volta, per così dire, nelle mani del ministro.

Alle regole qui richiamate (tacendo di altre) per dare la misura del carattere oppressivo del codice di procedura penale, si sarebbero sommate prassi di polizia e stili giudiziari che avrebbero accentuato, nel concreto e nel quotidiano, le conseguenze della loro applicazione. Insomma, il fascismo si era dato un processo penale a sua propria immagine, testimonianza e metro delle condizioni in cui costringeva la società italiana.

F. Vassalli, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, Giuffrè, Milano 1947; C. Schwarzenberg, *Diritto e giustizia nell'Italia fascista*, Mursia, Milano 1977; C. Salvi, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, in A. Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla repubblica*, Laterza, Roma-Bari 1990; R. Teti, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Giuffrè, Milano 1990; F. Cipriani, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, Giuffrè, Milano 1991; G. Neppi Modona e M. Pelissero, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia. Annali XII. La criminalità*, a cura di L. Violante, Einaudi, Torino 1997, pp. 784-85; M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, *ibid.*, XVI. *Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante, Einaudi, Torino 1998, pp. 485-551 [t. II, pp. 591-670]; P. Cappellini, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. I, 1999; S. Patti, *Codificazione ed evoluzione del diritto privato. I. Fascismo, codice civile ed evoluzione del diritto privato*, Laterza, Roma-Bari 1999; M. Sbriccoli, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 2 (1999) [t. II, pp. 1001-1034].

ROCCO ALFREDO

Giurista e uomo politico, teorico e guida del nazionalismo italiano, poi ispiratore egemone della politica del diritto fascista, Alfredo Rocco (1875-1935) fu Guardasigilli del Regno negli anni dal 1925 al '32: fase cruciale che vide la costruzione « per decreti » dello stato totalitario tra il '25 ed il '26, la nascita dell'ordinamento corporativo, la conciliazione con la Chiesa cattolica e la poderosa codificazione penale del '30.

Precoce il suo successo accademico, prestigioso il suo curriculum. Rocco non aveva ancora 23 anni quando pubblicò *Le società commerciali in rapporto al giudizio civile* (Torino 1898), lavoro che gli valse, nel 1899, la libera docenza in Diritto commerciale nell'Università di Parma. In quello stesso anno iniziò il suo insegnamento ad Urbino, poi, dal 1902 al 1905, fu straordinario di Diritto commerciale nell'Università di Macerata. I suoi studi restarono sul confine che collega il diritto commerciale alla procedura civile (*Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino 1902), per poi affrontare apertamente decisive questioni processuali. Nel 1906 passò al diritto processuale civile, pubblicò *La sentenza civile* (Torino 1906) e vinse un concorso a Parma, dove restò come ordinario fino al trasferimento a Palermo nel 1908. Tornò poi al diritto commerciale e vinse la cattedra di Padova nel 1910; rimase a lungo legato a Padova ed alla sua Università, che lasciò per andare a Roma, nel '25, come ordinario di Legislazione economica e del lavoro, prima, di Diritto commerciale poi. Alla lunga fase padovana appartengono gli studi sul fallimento compendiate nel volume *Il fallimento: teoria generale e origine storica* (Milano-Torino-Roma 1917), così come agli ultimi anni dell'insegnamento romano vanno riferite opere di coronamento quali i *Principi di diritto commerciale: parte generale* (To-

rino 1928) e la raccolta in due volumi degli *Studi di diritto commerciale ed altri scritti giuridici* (Roma 1933). A Roma, dal 1932 fino alla morte, concluse la sua vicenda accademica come Rettore dell'Università.

Il lavoro universitario di Rocco si intesseva con un'attività culturale e giornalistica che si sarebbe tradotta ben presto in impegno politico. Dopo le giovanili simpatie repubblicane, appena socialisteggianti, si avvicinò ai radicali. Nel giugno del 1907 fu relatore ad un congresso radicale sulla burocrazia, come delegato dell'Associazione radicale di Perugia, ed espresse pensieri che non avrebbero mancato di futuro: attento al ruolo crescente delle burocrazie, auspicò che gli impiegati pubblici fossero valorizzati e molto meglio pagati affinché accrescessero il loro prestigio e la loro fedeltà al servizio, ma che fosse loro negato il diritto di sciopero, poiché era inammissibile che le associazioni di impiegati si mettessero contro lo stato. Già in quegli anni di esordio politico Rocco maturò dunque convinzioni ed orientamenti che si sarebbero rivelati capaci di attecchire nel dibattito politico italiano e che lo avrebbero condotto prima alla milizia nazionalista, poi all'adesione al fascismo.

Il filo che univa tali convinzioni, negli anni tra il 1910 ed il '15, era costituito da uno statalismo dinamico, declinato in chiave nazionalistica, che nello stato tendeva a saldare insieme poteri, funzioni e scopi. Ne derivavano la convinzione della primarietà e centralità degli interessi nazionali — quelli economici in primo luogo — e la subordinazione di ogni questione al metro di quegli interessi; di lì, l'inclinazione protezionista, la necessità di creare una vasta economia pubblica, uno spiccato favore per le concentrazioni industriali (secondo il modello tedesco): e, di conseguenza, la « pubblicizzazione » del conflitto sociale e l'idea di condurlo in seno allo stato con la trasformazione dei sindacati in organi pubblici, risolvendolo con metodo corporativo. Dunque, ostilità per l'economia individualistica, liberale e socialista, omaggio alle idee protezioniste di Friedrich List, avversione per tutto ciò che potesse essere ricondotto alle condiscendenze del liberalismo agnostico, all'utilitarismo, al materialismo, all'internazionalismo.

Nel novembre del 1910 Rocco partecipò, a Firenze, al I congresso dell'Associazione nazionalistica italiana e si segnalò ben presto come il principale ispiratore delle idee economiche e giuri-

diche del nazionalismo. Animò il dibattito culturale e politico intorno alle idee nazionaliste, con scritti pubblicati da riviste come « La Tribuna », « Il dovere nazionale », « La lotta nazionale » e « L'idea nazionale », di cui fu prima amministratore e poi direttore. Nel 1913 entrò a far parte del movimento nazionalista e, al congresso di Milano del '14, tenne tre relazioni, nelle quali si colgono elementi che anticipavano la Carta del lavoro del 1927 e molti punti del futuro programma politico del fascismo: rigetto dell'individualismo economico e del libero scambio, passaggio dal regime della libera concorrenza a quello della solidarietà nazionale dei produttori, disciplina e riconoscimento giuridico delle organizzazioni padronali e operaie.

Il progetto corporativo fu presentato come forma evoluta di autentico sindacalismo che, una volta separato dal tronco socialista e spogliato del carattere rivoluzionario ed antistatale che Rocco gli attribuiva, si sarebbe potuto « utilmente adoprare a vantaggio della nazione [...]. Occorre che il nazionalismo si ponga risolutamente su questa via, e crei il movimento corporativista come la forma più pura e più perfetta del sindacalismo nazionale » (*La politica e l'azione sociale*, in « Il nazionalismo economico », Roma 1914). Sprezzante sarebbe stato al riguardo il giudizio di Piero Gobetti: « Rocco vuole il sindacalismo senza lotta, come dire Hegel senza dialettica, il collettivismo marxista senza la dittatura del proletariato e il rovesciamento della praxis, il diritto pubblico senza la politica » (*La rivoluzione liberale. Saggio sulla lotta politica in Italia*, Torino 1947). Coronavano il progetto rocchiano una robusta insistenza sulla scelta protezionista, sull'urgenza di uno sviluppo dell'industria pesante — orientata principalmente agli armamenti —, sulla necessità di acquisire all'Italia spazi vitali, con una politica di espansione che la ponesse tra le nazioni imperiali europee, nel contesto di una solidarietà con la Germania, fatta soprattutto di ostilità alla Francia democratica e repubblicana. Con il ruolo di protagonista tenuto al congresso di Milano e con lo scritto programmatico *Che cosa è il nazionalismo e che cosa vogliono i nazionalisti* (1914), Rocco assunse la guida ideologica del nazionalismo italiano, dando corpo politico ed operativo alle originarie mitologie maurrasiane di Enrico Corradini, collegando il movimento ai disegni economici della grande industria e schierandolo nella prima fila della battaglia interventista.

Nel corso del primo conflitto mondiale, come ufficiale della I armata, egli conseguì una croce al merito di guerra. Tornato alla cattedra padovana ed alla politica romana, nel dicembre del 1918, fondò insieme a Francesco Coppola la rivista « Politica », e riavviò la battaglia nazionalista, facendo subito suo il mito dannunziano della « vittoria mutilata », e riproponendo l'urgente necessità di rifondare integralmente lo stato, rinnovando la nazione. La riproposizione del modello corporativo compiva e chiariva il disegno: se lo stato liberale temeva l'assalto dei sindacati che minacciavano le basi della sua sovranità, non sarebbe stato così per lo stato nazionale, che avrebbe saputo favorirli e sottometterli con un riconoscimento di diritto pubblico che sarebbe stato insieme la loro esaltazione ed il loro vincolo: nel quadro dell'impresa nazionale troveranno posto « i fasci padronali e operai, destinati a costituire un unico sindacato, che riunisca in sé il compito della produzione e della distribuzione. L'organizzazione così creata assumerà necessariamente una funzione nazionale e un carattere pubblico: sarà cioè trasformata automaticamente in organi dello Stato [...]. Quel giorno il regime dell'economia liberale e lo Stato liberale avranno cessato di essere: e noi non li compiangeremo » (*Il momento economico e sociale* [1919], in *Scritti e discorsi politici*, Milano 1938).

Eletto deputato nella circoscrizione di Roma nel 1921, Rocco avvertì la necessità di dare alle idee elaborate nel movimento nazionalista il supporto di un'organizzazione in grande crescita come quella fascista; dalle pagine dell'« Idea nazionale », fin dall'estate del '21, affermò l'identità fra nazionalismo e fascismo, propugnando la fusione dei due movimenti. Nel governo che Mussolini formò il 31 ottobre 1922, dopo la marcia su Roma, egli fu prima sottosegretario al Tesoro e subito dopo alle Pensioni di guerra: riformò la legge sulle pensioni di guerra e mise mano al disegno di legge sui pieni poteri. Il 27 maggio 1924 fu eletto presidente della Camera dei deputati, carica che lasciò il 5 gennaio 1925, all'indomani della drammatica chiusura della crisi Matteotti, per assumere quella di ministro di Grazia e Giustizia. E nel ruolo di Guardasigilli Rocco si fece protagonista — si può dire autore — della radicale trasfigurazione in senso autoritario delle istituzioni del Regno e della costruzione di un robusto assetto giuridico a sostegno e difesa della dittatura. Con lucidità e sapienza individuò i varchi di ingresso presenti nelle

maglie larghe del sistema statutario e costruì, con una serie coordinata di calcolati interventi legislativi, un corposo reticolo normativo che cancellava libertà e garanzie, edificando uno ad uno gli istituti politici, economici e giuridici del regime fascista.

Nel corso di due anni, dagli inizi del 1925 fino alla fine del '26, entrarono nell'ordinamento le leggi dette poi « fascistissime », che delineavano l'intelaiatura dello Stato totalitario, articolandosi in « leggi di difesa » (quelle sulle società segrete, sui fuorusciti, sulla burocrazia e sulla difesa dello stato) e « leggi di riforma costituzionale », quella sul potere legislativo dell'esecutivo e quella sulle attribuzioni e prerogative del Capo del governo. Con la legge del 25 novembre 1926, che dettava « Provvedimenti per la difesa dello Stato », la pena di morte rientrò nel sistema giuridico italiano, dopo l'abolizione decretata di fatto nel 1876, poi resa di diritto dal Codice penale del 1889. Corollario della reintroduzione della pena di morte fu l'istituzione — a tempo determinato, poi indefinitamente prorogato — del Tribunale speciale per la difesa dello Stato, efficiente dispositivo schierato a guardia del regime: ma anche indizio del fatto che il fascismo, per cancellare i suoi oppositori, non era certo di poter contare sulla magistratura ordinaria, sulle Corti d'assise e sul normale funzionamento del sistema processuale.

Anche la legge di Pubblica sicurezza venne riorganizzata in un nuovo testo unico (6 novembre 1926, n. 1848) che irrobustiva ed ampliava il potere di intervento preventivo e repressivo della polizia, di fatto integrato da organizzazioni di partito — l'Ovra, la Milizia volontaria per la difesa nazionale — che introdussero nella società italiana una fitta rete informativa, di sorveglianza e di controllo politico. Completarono il quadro le due « leggi costituzionali politiche » del 1928, che disciplinavano l'una la rappresentanza politica e l'altra l'ordinamento e le attribuzioni del Gran Consiglio del fascismo: si realizzò così una connessione stretta, ma intricata ed equivoca, tra Partito nazionale fascista, stato e governo, che condusse a compimento il processo di sovvertimento della legalità costituzionale del Regno d'Italia.

Alfredo Rocco fu l'artefice di prima linea di questa complessa trasformazione, nella quale mise la sua abilità di giurista, un acuto senso dei tempi da conferire all'azione, ma soprattutto un'attitudine tutta personale nell'affrontare in modo innovativo e spregiudicato i

profili giuridici del rivolgimento politico che si veniva attuando. La conduzione politica dell'operazione complessiva, invece, gli appartenne solo in piccola parte. Le continue e complesse discussioni che si svolsero nel Gran Consiglio testimoniano della lunga negoziazione tra le diverse tendenze del fascismo, specialmente per quanto riguardava la questione sindacale e l'assetto corporativo dello stato. E le opzioni di Mussolini, che intervenne più volte nel merito di ciascun provvedimento, ebbero non piccolo peso. Due furono le mutazioni di fondo che risentirono comunque dell'impronta di Rocco: lo stravolgimento dell'assetto statutario operato con l'illegalistica forzatura della legislazione ordinaria, e la costruzione — difettosa e di dubbia efficacia, ma fortemente voluta — di un ordinamento corporativo che corrispondeva ai progetti di lui giovane ed alla più matura elaborazione degli anni precedenti la guerra.

Sulla prima questione Rocco non ebbe esitazioni: infastidito dall'idea di doversi giustificare, rivendicò con orgoglio disinvolture e prevaricazioni; le forme costituzionali — sostenne — erano state osservate, « ma, insomma, la rivoluzione ci fu. Ci fu un mutamento di regime, quindi non solo di metodo di governo, ma di mentalità, di spirito politico, di concezione dello Stato »: violazioni, abusi, illegalismi, che servivano a costruire un sistema nel quale il fascismo avesse le mani libere, in quanto erano state legate, o tagliate, quelle degli oppositori e dei dissenzienti. Si trattava di « costruire una nuova legalità per rientrare nella legalità [...]. Quando avremo informato al nuovo spirito che anima il governo ed il regime fascista tutto l'ordinamento giuridico, potremo star rigidamente nella legalità » (*La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista*, Roma 1927). Una franchezza che legittimò il duro giudizio di Carlo Rosselli sull'operato di Rocco: « che sotto colore di teologia innovatrice nasconde una brutale necessità di difesa conservatrice » (C. Rosselli, *Quaderni di Giustizia e Libertà*, 10 febbraio 1934).

La soluzione della seconda questione passò per le « leggi costituzionali sociali » del 1926: quella sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi di lavoro, che realizzava un'antica idea di Rocco, e quella sull'ordinamento delle corporazioni, concretatasi in estese norme attuative delegate, mediante un « regolamento legislativo ». In tali provvedimenti erano riflessi il riconoscimento dell'egemonia statale sulla vita produttiva, la sanzione dell'intervento pubblico

nell'economia, una concezione organicistica di società e di stato che rendeva plausibile il metodo totalitario, una proposta per affrontare con le armi dell'autoritarismo la fase capitalistica e la questione del lavoro. Si trattava di idee che Rocco aveva coltivato da sempre e che il fascismo rivendicava come il suo contributo originale: un vero modello sociale e politico da proporre, su scala europea, in quella fase storica. Su questo terreno Rocco non fu soltanto il Guardasigilli che propiziò le riforme: ne fu il propugnatore principale, se non l'ideatore.

La sua costruzione lasciò tracce culturali rilevanti quanto al rapporto tra lo stato e la vita economica, e abbandonò sul terreno detriti ed impacci che ingombrarono gli stili amministrativi, le maniere degli apparati e la mentalità dei corpi separati nei primi decenni di vita dell'Italia democratica. Quel che soprattutto rimase a lungo, facendosi orizzonte ordinario della vita giuridica italiana, fu la poderosa codificazione penale che Rocco avviò nel 1925 e portò a compimento nel '30: politicamente orientata, congeniale allo spirito del fascismo, ma insieme plausibile e capace di reggere il paragone con le legislazioni europee: tecnicamente assai robusta, durevole ed incisiva. Tale codificazione fu prodotta in modo coerente rispetto alle relative disposizioni di attuazione, alle nuove norme sul casellario giudiziale, a un nuovo regolamento carcerario, a un rinnovato testo unico delle leggi di Pubblica sicurezza (contenente anche la previsione di rilevanti reati contravvenzionali) e a una ingente legge sui reati finanziari. Il « codice Rocco »: espressione ancora oggi significativo poiché il codice penale del 1930, pur mille volte ritoccato, è ancora in vigore in Italia e mantiene la menzione del nome di chi lo realizzò.

Sorprendente la biografia di Alfredo Rocco. Giurista nato come commercialista, transitato per la procedura civile — dando contributi teorici notevoli a entrambe quelle discipline —, che finì tuttavia per lasciare segni decisivi, concreti e operanti, intrisi di scienza giuridica e di idee politiche, in campi assai lontani dai suoi: il diritto corporativo, che sarebbe difficile ascrivere all'economia pubblica, al diritto del lavoro o al diritto pubblico, ma che li compendia tutti; il diritto costituzionale, il diritto penale, la procedura penale. Dovette occuparsi, peraltro, anche di diritto ecclesiastico: la Conciliazione tra lo stato e la Chiesa del 1929 lo vide all'opera come guardasigilli

del Regno, e seppure pensata ed elaborata altrove, venne da lui puntualmente ed attentamente seguita. Nel 1932 Rocco lasciò il governo: forse per aver compiuto la sua missione, forse per una mutazione di fase nel regime fascista, o per la quantità di conflitti piccoli e grandi intrattenuti con numerosi esponenti del regime, non escluso lo stesso Mussolini. Assunse il rettorato dell'Università di Roma e, nel 1934, divenne senatore, conseguendo i nobili gradi di un'onorevole giubilazione.

P. Ungari, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Morcelliana, Brescia 1963; N. Tranfaglia, *Sulle istituzioni del regime fascista (1925-1934)*, in Id., *Dallo Stato liberale al regime fascista. Problemi e ricerche*, Feltrinelli, Milano 1973; F. Gaeta, *Il nazionalismo italiano*, Laterza, Roma Bari, 1981; D. Cofrancesco, *Per un'analisi critica della destra rivoluzionaria: dal nazionalismo al fascismo*, Ecig, Genova 1984; L. Ornaghi, *Stato e corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo*, Giuffrè, Milano 1984; F. Perfetti, *Il movimento nazionalista in Italia, 1903-1914*, Bonacci, Roma 1984; L. Michelini (a cura di), *Liberalismo, nazionalismo, fascismo. Stato e mercato, corporativismo e liberismo, nel pensiero economico del nazionalismo italiano, 1900-1923*, M&B Publishing, Milano 1999.

LE MANI NELLA PASTA E GLI OCCHI AL CIELO.
LA PENALISTICA ITALIANA NEGLI ANNI DEL FASCISMO

Assegno a questo breve scritto il senso di un contributo ad una discussione che è in corso, ed un intento assai limitato: quello di riflettere sul ruolo svolto e sull'atteggiamento tenuto dalla penalistica italiana di fronte all'imponente produzione legislativa del regime fascista. Della politica penale del fascismo, delle leggi del 1926 e di quelle del 1938, della vasta codificazione del 1930, delle pratiche del regime, non resta ormai molto da dire o da sapere ⁽¹⁾.

Resta invece sufficiente spazio di riflessione sulle relazioni che inevitabilmente si instaurano tra il diritto e la politica, tra i giuristi e l'autorità, ogni volta che la cosiddetta autonomia del giuridico viene chiamata a confronto con le pretese strategiche di un potere autoritario, palese o velato, reale o latente che sia.

⁽¹⁾ Vasta la letteratura, incostante la qualità. Meritano segnalazione due voci classiche sui codici del fascismo (quella di G. VASSALLI, *Codice penale*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 261-279, e quella di G. DELITALA, *Codice di procedura penale*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 284-287); il numero monografico de *La Questione Criminale*, VII, 1981, fasc. 1, intitolato *Il codice Rocco cinquant'anni dopo*; le brevi ma lucide pagine di L. FERRAJOLI, *Scienze giuridiche*, in *La cultura italiana del Novecento*, a cura di C. Stajano, Roma-Bari, Laterza, 1996, pp. 559-97, poi ripubblicato col titolo *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999; l'eccellente saggio di G. NEPPI MODONA e M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia. Annali*, 12: *La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1997, pp. 757-847. Chi volesse, potrebbe fare riferimento anche a M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita, in Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 217 ss. [t. II, pp. 573 ss.]; Id., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia. Annali*, 14: *Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1998, pp. 485-551 [t. II, pp. 591-670].

È bene mantenere aperta questa questione. La fine ormai remota del fascismo storico non ha impedito che alcune delle componenti caratteristiche di quella esperienza continuassero a circolare, arrivando fino ad oggi, nella società italiana. Esse sono state a lungo ravvisabili anche in alcune pratiche penali dell'Italia repubblicana ⁽²⁾, ed ora, per nuove vie connesse a sviluppi inattesi della vita economica e dell'evoluzione culturale del paese, alcune di quelle componenti sembrano potersi riproporre, sia pure sotto inedite (ma decifrabili) fogge.

Come sappiamo, e come è stato efficacemente ricordato di recente, il fascismo italiano si è storicamente imposto con i caratteri di un totalitarismo dai contorni imprecisi, immerso nella contraddizione e tenuto insieme, quanto alle sue opzioni culturali, da sincretismi e allusioni, in un quadro di « sgangheratezza ordinata », dentro una « confusione strutturata » ⁽³⁾. La stessa codificazione penale del 1930 può essere considerata in quest'ottica, come cercherò di mostrare più avanti. Ebbene, alcuni degli elementi eterogenei che sostanziarono quel totalitarismo asfissiante e sconnesso, sembrano riprospettarsi a tratti in forme rivedute, talora striscianti, di paura e rifiuto della differenza, di neo-irrazionalismo, di malsopportazione dei deboli e di xenofobia, di populismo e di ricorrenti folate di antiparlamentarismo ⁽⁴⁾, mescolate ad una 'critica della politica' e ad una insofferenza per la memoria dei grandi avvenimenti che hanno condotto alla democrazia e alla repubblica, che suonano talora come fastidio per il principio democratico ⁽⁵⁾.

⁽²⁾ È il senso di un'attenta osservazione di P. NUVOLONE, *La parte generale del codice Rocco dopo cinquant'anni*, in *La Questione Criminale*, VII, 1981, p. 39.

⁽³⁾ Uso espressioni che traggio da un saggio all'apparenza lieve, ma penetrante ed attento, di U. ECO, *Eternal Fascism*, in *The New York Review of Books* (22 giugno 1995), ora in tr. it. *Il fascismo eterno*, in *Cinque scritti morali*, Milano, 1997, pp. 25-48. « Il fascismo — scrive Eco a p. 36 — era filosoficamente scardinato, ma dal punto di vista emotivo era fermamente incernierato ad alcuni archetipi »: molti di quegli archetipi non sembra abbiano smesso di circolare nella società italiana, ripresentandosi ogni volta in veste diversa, e variamente aggiornati.

⁽⁴⁾ « Ogni qual volta un politico getta dubbi sulla legittimità del parlamento perché non rappresenta più la 'voce del popolo', possiamo sentire l'odore di Ur-fascismo » (U. ECO, *Il fascismo eterno*, cit., p. 45).

⁽⁵⁾ Sono spiriti risalenti, che sembrano talora riaffiorare. Attraversano la società e

Si intrecciano con queste ed altre simili riflessioni, da un lato, la convinzione che non sia opportuno considerare chiusa *à jamais*, ed appartenente unicamente alla storia lontana, la questione del ruolo che ai giuristi spetta di fronte al sistema penale (snodo sensibile, ed a suo modo *res fragilis*, come avrebbero detto gli antichi criminalisti), in situazioni che mostrano di essere in rischiosa evoluzione culturale; dall'altro, l'obiettivo limitato che assegno a queste pagine, nelle quali ripercorrerò rapidamente i caratteri salienti della politica penale del fascismo, per poi soffermarmi sul rapporto che con quella politica intavolarono penalisti e 'scuole' penali, dentro il più generale contesto dei conti che la scienza giuridica italiana si trovò a fare col regime fascista.

Il penale è politica. I profili dominanti dell'autoritarismo repressivo.

Già nella lunga fase postbellica che precede la sua presa di potere, il fascismo italiano pone le premesse della sua futura concezione del problema penale, ancorandola di fatto al nodo dello scontro politico, ed assumendola in termini marcatamente strumentali.

Negli anni cruciali che vanno dal 1919 al 1922, e poi nella protratta conflittualità che culminerà con le elezioni del 1924 e con la crisi Matteotti, l'uso sistematico della violenza nel conflitto politico traccia, quasi naturalmente, le coordinate del primo programma penale del regime. Accanto all'impiego della violenza illegale, fa la sua apparizione anche l'uso politico — difensivo per un verso, offensivo per l'altro — del dispositivo penale, concretizzatosi nell'amnistia del dicembre 1922: quasi il coronamento, in un provvedimento legale, della 'dottrina del combattimento' che aveva guidato il movimento fascista negli anni dello scontro ⁽⁶⁾.

si ripercuotono sulla vita del diritto, producendo giustizialismi che convivono con insistenti pretese di impunità, invocazioni di *zero-tolerance*, come ora si dice, scortate da tenaci insofferenze per le regole, dal culto delle flessibilità e dall'avversione per quelle forme di controllo che servono a tutelare il bene delle comunità, quando sia messo a rischio dagli illegalismi dei singoli.

(6) Quella amnistia (R.D. 22 dicembre 1922, n. 1641) riservava ogni beneficio ai soli reati commessi in occasione di movimenti politici per un *fine nazionale*, cosa che attribuiva al provvedimento un carattere volutamente discriminatorio (F. COLAO, *La*

Si può dire dunque che è proprio nel quinquennio dello squadrismo e della sopraffazione che il fascismo conosce lo stato nascente della sua ideologia penalistica, ed è in quella fase 'costituente' che prendono il sopravvento i profili dominanti del suo autoritarismo repressivo. Esso riposa su alcune radicali convinzioni che possono essere individuate in quattro presupposti fondamentali:

a) il penale deve essere separato dalla tradizione moderna che lo voleva modellato sulle esigenze della convivenza civile, e lo aveva intessuto con la storia dei diritti individuali, delle garanzie processuali e dell'incivilimento punitivo. La via disegnata dal realismo critico dei penalisti liberali, approdata al codice di Zanardelli ed alla sua filosofia, faticosamente (e non senza contraddizioni) imperniata sul principio di libertà, andava interrotta. Semmai, si trattava di valorizzare gli elementi che l'avevano contrastata: a cominciare da quel doppio livello della legalità che s'era presentato come carattere originario e fondante dell'esperienza penalistica del Regno ⁽⁷⁾, e nel quale avevano trovato spazi e legittimazione le prassi oppressive e sovente illegali delle amministrazioni, le politiche discriminatorie dell'ordine pubblico, le pulsioni di un ceto proprietario che s'era costruito un'ideologia liberale più che altro conservatrice, autoritaria e statalista, e che reclamava ordine e prevenzione, senza troppo preoccuparsi di regole e garanzie. Si trattava poi di valorizzare il senso comune che si era incrostatato intorno ad alcuni dei nuclei ideologici forti delle teorie positivistiche: la pericolosità come criterio della risposta penale, l'idea del criminale come nemico interno,

ricostruzione dogmatica del reato politico attraverso le amnistie, 1919-1932, in *Studi Senesi*, 1982, pp. 63 ss., poi in A. SANTOSUOSSO, F. COLAO, *Politici e amnistia. Tecniche di rinuncia alla pena per i reati politici dall'Unità ad oggi*, Verona, Bertani, 1986, pp. 71 ss.). Esso si pone quindi in un'ottica di prosecuzione dello scontro con le organizzazioni politiche e sindacali della sinistra. L'individuazione dell'elemento soggettivo del reato quale criterio per la concessione del beneficio fa di quella amnistia un provvedimento atipico rispetto alla tradizione, inaugurando una forma strategica di lotta contro gli avversari politici imperniata sull'impiego di mezzi giuridici e dispositivi penali. Sul ruolo della clemenza nel ventennio fascista, da ultimo V. MAIELLO, *La politica delle amnistie*, in *Storia d'Italia. Annali*, 12: *La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1997, pp. 938 ss.

(7) M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, cit., pp. 485 ss. [t. II, pp. 591 ss.].

l'idea della 'presenza dello stato' inteso come apparato preventivo e repressivo incessantemente all'opera contro ogni forma di devianza. Sembrava giunto il momento di dare forma a quel modello di ordinamento penale che, quarant'anni prima, un liberale come Aristide Gabelli aveva intravisto come esito temibile, ove le teorie positivistiche avessero finito, sia pure in parte, per affermarsi: perché, diceva, alcune di quelle teorie « suppongono un ordinamento sociale così differente da quello d'oggi, implicano una tale ingerenza dello stato sulla vita privata, da rendere troppo costosi i benefici, dato che si conseguissero, della sua tutela » (8).

b) Il penale va strumentalizzato. Codici, leggi, apparati, devono essere nient'altro che un'arma nelle mani dello stato (che sarà poi il partito-stato), perché esso possa servirsene contro i nemici della società — che sarebbero in realtà, ed in primo luogo, i *suoi* nemici — per difendere non la società in quanto tale, o i singoli cittadini, ma *se stesso*, essendo questa la sola via di una efficace tutela di quella e di questi. Nei presupposti di quest'idea programmatica, che sarà esplicitata a più riprese nei momenti salienti della legislazione penale del regime, sta l'evoluzione in senso autoritario della componente più marcatamente statalista del positivismo penale (9), coniugata alla vicenda involutiva del tecnicismo giuridico, che perde progressivamente le ragioni che avevano ispirato Arturo Rocco nel 1910 (10), per assumere il senso di quelle già da allora prefigurate da Vincenzo Manzini (11).

(8) A. GABELLI, *Sulla « Scuola positiva » del diritto penale in Italia*, in *Rivista Penale*, 23, XII, 1886, p. 526. Su questo punto: M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., pp. 204 ss. [t. II, pp. 559]. Gabelli mostra di aver ben compreso che gli esiti autoritari paventabili non sarebbero la conseguenza delle teorie positivistiche, ma *la condizione* della loro affermazione. È il ragionamento che cerco di fare più avanti, a proposito del preteso rapporto tra certi aspetti della codificazione fascista ed alcune teorie della scuola positiva.

(9) Penso al progetto di codice penale di Enrico Ferri ed al suo scritto *Fascismo e scuola positiva nella difesa sociale contro la criminalità*, in *La scuola positiva*, XXXVI, 1926, e poi in *Id.*, *Studi sulla criminalità*², Torino, Utet, 1926, pp. 696-736.

(10) AR. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1910, I, pp. 497-521, 560-82. Su quelle ragioni, M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., pp. 217 ss. [t. II, pp. 573 ss.] e *Id.*, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, cit., pp. 522 ss. [t. II, pp. 635 ss.].

(11) Riprendo qui una annotazione già fatta altrove (*Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, cit., p. 524) [t. II, pp. 637], segnalando che appena

c) Dentro questo orizzonte ideologico, il criminale è assimilato al nemico, e il nemico associato al criminale. Una simile visione delle cose oltrepassa le teorie penali e si collega direttamente all'ideologia del fascismo ed alla sua concezione della convivenza e dello stato. Seppure non estranea, ancora una volta, ad alcune delle componenti 'declamatorie' del positivismo criminologico, questa semplificazione applica alla funzione del penale un'idea di dominio nella quale non c'è spazio per il disaccordo, per le differenze, per la difformità. Il disaccordo equivale al tradimento, la differenza incute spavento e induce aggressione, la difformità è intollerabile e suscita impulsi di occultamento o di soppressione. I primi e gli ultimi elementi rilevanti di legislazione penale prodotti dal fascismo, quelli contro gli avversari politici del 1926 e quelli antiebraici del 1938 si iscrivono in questo quadro, e suggellano con l'uso dello strumento penale l'idea che esistono 'intrusi' (traditori, *internal foes*, innocenti apparenti) che vanno trattati come nemici. Se però si passa dalla ragione politica alla produzione della norma ed alla costruzione del sistema, la semplificazione torna ad articolarsi, mostrando almeno tre livelli di risposta, riferibili a discriminanti politiche, culturali e di classe: se l'avversario politico, nemico per eccellenza, va annientato, l'ordinario criminale deve essere

dieci mesi dopo la famosa prolusione sassarese di Arturo Rocco, sempre nel 1910, il 22 novembre, Vincenzo Manzini teneva la sua prolusione torinese intitolata *La politica criminale e il problema della lotta contro la delinquenza e la malavita*, in *Rivista Penale*, 73, XXXVII, 1911, pp. 5-14, nella quale, dopo aver rivolto qualche critica a Rocco, rimproverandogli « una delimitazione eccessivamente artificiosa e astratta dell'ambito riservato alla nostra disciplina » (p. 5) — il che comportava dissenso su uno dei punti decisivi del nascente indirizzo tecnicista — propugnava « norme permissive » dell'uso delle armi da parte dei cittadini « per rintuzzare la temerarietà e la protervia dei malviventi » (p. 8); lamentava l'eccessiva mitezza del sistema penale e deprecava il fatto che per compiacere « alla classe colta della nazione » l'Italia si fosse « presa il lusso [...] della abolizione della pena di morte » (p. 10); si dispiaceva che gli agenti della forza portassero le armi senza adoperarle e opinava che il governo dovesse « promuovere e favorire la costituzione di quelle benemerite associazioni private, che hanno per iscopo di concorrere con la polizia nella lotta contro la delinquenza » (p. 11). Credo che si possa dire che in questa prolusione c'è molta più anticipazione e 'promessa' di fascismo di quanta se ne possa vedere, specie se non si guarda bene, nella 'politicità dell'apolitico' che si rimprovera — peraltro giustamente — all'Arturo Rocco del 1910, che non va postdatato — vale giusto la pena di ricordarlo — sull'Arturo Rocco che vedremo all'opera tra il 1925 ed il 1940.

semplicemente (seppur assai severamente) punito, mentre quello pericoloso, tanto più se 'anormale', va messo 'nella condizione di non nuocere', cosa che implica un efficace sistema combinato di stringente prevenzione e doverosa eliminazione.

d) Ciò che dà senso a questi tre indirizzi politici ed ideologici, così come ai loro numerosi corollari, è la funzione assegnata allo stato, assunto come dispositivo inderogabile per la realizzazione pratica del programma politico del partito, o — come allora si diceva — del pensiero del duce. È la questione centrale, quella che fonda e sostanzia le qualità in atto e le virtualità potenziali del sistema penale fascista: *l'idea che allo stato, senza limitazione legale alcuna, sia conferita ogni discrezionale decisione sugli ambiti di libertà dei cittadini e sulla 'compatibilità' dei loro comportamenti*. E quanto al che cosa sia in effetti lo stato, vale il chiarimento del giurista che, considerati i mutamenti costituzionali indotti con la legislazione del 1925 e 1926, finisce per identificarlo con il governo e più precisamente col suo capo ⁽¹²⁾; e vale altrettanto la precisazione dell'ideologo che scrive « I giuristi e i filosofi dicono: 'lo' Stato. Noi rivoluzionari fascisti diciamo 'questo' stato del Partito fascista, Duce Mussolini » ⁽¹³⁾.

Continuità. Metodi e dottrine assecondano la veemente torsione dello stato.

Una volta di più il penale, affidabile spia della qualità costituzionale degli ordinamenti giuridici, verrà conformato alla natura dello stato che lo esprime. Il fascismo, cosciente della continuità culturale con il passato nella quale aveva realizzato la sua presa di potere e consapevole del fatto di non disporre di risorse culturali sue, incapace com'era, nei tempi concessi, di instaurare una autentica egemonia culturale, rinuncia ad una qualsiasi rifondazione della scienza giuridica penale, appagandosi della indefinita possibilità di

⁽¹²⁾ S. PANUNZIO, *Leggi costituzionali del regime*, in *Atti del I Congresso giuridico italiano, Ottobre del Decennale*, I, *Le relazioni*, Roma, SNFAP, 1932, p. 66.

⁽¹³⁾ P. ORANO, *Stato e Partito*, in *Il fascismo*, vol. II, *Rivoluzione delle camicie nere. Lo Stato totalitario*, Roma, Pinciana, 1929, p. 97. Conservo, nella citazione, l'attento gioco di maiuscole e minuscole, perché a queste cose quelli come Orano davano grande importanza.

indirizzare i contenuti *della legislazione* verso gli obiettivi che gli erano congeniali, stabilendo le finalità ed assicurandosi dei modi per conseguirle.

Non ritiene neanche necessario, e direi a ragione, di operare sul versante del diritto praticato, certo com'è della affidabilità dell'amministrazione, dei giudici, degli avvocati, quanto alla puntuale realizzazione dei contenuti della nuova legislazione. Il contorno istituzionale e regolamentare di cui ha corredato la grande riforma del 1930 gli dà assolute garanzie anche sul piano del coerente funzionamento dell'intera *intendenza* repressiva. Né ha alcuna ragione di diffidare del ceto dei giuristi. Tutta la scienza giuridica italiana manteneva nel nuovo regime una perfetta costanza di orientamenti e metodi scientifici, che l'avvento del fascismo non ebbe alcun interesse a modificare e che, comunque, non sarebbe stato capace di affrontare seriamente. Nell'insegnamento universitario, le stesse scuole, gli stessi maestri, gli stessi metodi d'una volta, rivolti alla formazione e selezione dei nuovi giuristi, e nessuna necessità di aggiornamento o adeguazione. Nella produzione scientifica le stesse *routines* di sempre: solo un crescente isolamento internazionale, un impoverirsi della discussione, una verticale caduta dello spirito critico, difficilmente avvertibile, però, in quel quadro di discorsi meramente tecnici ed eseguitici. Quasi tutti i penalisti, con poche eccezioni ⁽¹⁴⁾, distolgono lo sguardo da alcune norme e leggi in particolare, per concentrarlo sulle *dottrine generali*, sui grandi oggetti dogmatici e, comunque, dando la preferenza alle questioni di parte generale. La caduta dello spirito critico, si sa, seppure dovuta, all'inizio, ad un comprensibile spirito di autotutela a fronte di un potere autoritario che non tollera dissensi, finisce di regola per divenire ordinario orizzonte, stile e costume, comportando un ine-

⁽¹⁴⁾ Per esempio, Paolo Rossi, che testimoniò per iscritto contro la pena di morte (*La pena di morte e la sua critica*, Genova, Lattes, 1932) e subì il sequestro del libro *Scetticismo e dogmatica nel diritto penale*, Messina-Milano, Principato, 1937, nel quale criticava, tra l'altro, l'uso che i regimi autoritari facevano del mezzo penale, conducendo ad una vera negazione della funzione fondamentale del diritto (cfr. G. NEPPI MODONA e M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., p. 832). Nel risguardo del *Guicciardini criminalista* che Rossi pubblicò a Milano dai Fratelli Bocca nel 1943, *Scetticismo e dogmatica nel diritto penale*, il libro che era stato sequestrato, è pudicamente indicato come *esaurito*.

vitabile abbassamento dei toni e dei profili. Non a molti tutto ciò sembrò pesare, né si rese necessaria una qualche reale riconversione, a parte l'onere di accondiscendere a rituali adulatori e stili retorici che presumo fastidiosi. Il mondo nel quale quei giuristi si riconoscevano rimase simile a quello di sempre, ed essi continuarono ad esercitare la loro decisiva influenza senza darsi la pena di conseguire una legittimazione culturale che avevano già. Diverso, si capisce, è il punto quanto alla legittimazione politica, che implicava, ovviamente, adesione e collaborazione ⁽¹⁵⁾.

Gli sforzi del regime, come si sa, si dirigeranno principalmente verso una trasformazione del sistema normativo, per cambiarne radicalmente i contenuti. Quel che importava era ristrutturare le istituzioni penali perché rispondessero meglio agli scopi; e sembrava urgente riformare la legislazione penale, conformarla agli interessi politici del regime, renderla rispondente alla logica del totalitarismo autoritario e raccorderla alla visione delle cose propria delle diverse sottoculture nutrite dal fascismo. Non per nulla, l'opera giuridica del fascismo sul terreno penale fu cosa di tutto riguardo, e si risolse interamente nel rifacimento della legislazione.

Non si può dire che sia stata prodotta una dottrina penale tipica del fascismo, né che una linea reinterpretativa dei fondamenti o dei metodi di costruzione del diritto e della procedura penale sia stata in alcun modo proposta da un qualche nuovo pensiero giuridico fascista. I proclami, i programmi, gli annunci, o le dichiarazioni di intenzione ⁽¹⁶⁾ non sono dottrina giuridica. Né produce una rico-

⁽¹⁵⁾ « Nel nuovo mondo espresso dai fianchi delle rivoluzioni totalitarie era fatale che non solo si accorciassero le distanze tra politica e diritto, ma si riconoscesse senz'altro la loro inseparabilità. Apparentemente [...] cotesto è un passo indietro. Giacché la scienza giuridica moderna — scrive G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Rivista italiana di diritto penale*, XI, 1939, pp. 145, 146 — si è costituita attraverso un processo di segregazione degli elementi politici dagli elementi giuridici, considerati [i politici] come un sedimento estraneo, vera *materia peccans* nel corpo del diritto puro. [...] La parola d'ordine in tale costruzione fu il diritto ai giuristi (cioè ai tecnici della dogmatica) la politica ai politici. [...] I tempi vogliono altro ritmo. L'ora che scocca sul mondo è rivoluzionaria, e la rivoluzione non fa buon viso ai giuristi che sono, per abito mentale, conservatori e misonoisti. [...] Se il giurista oggi vuol contare qualcosa, si ricordi di una parola d'ordine: più politica e meno dogmatica ».

⁽¹⁶⁾ Quando Alfredo Rocco illustra nella sua *Relazione al Re*, pubblicata il 26

noscibile dottrina giuridica quel carattere di fondo della ideologia fascista che consiste nel conformarsi in opposizione a qualcosa d'altro, nel porsi contro, facendo derivare le proprie, per contrasto, dalle posizioni altrui (17). Peculiare manifestazione, se mi faccio capire, della natura assolutamente sincretistica della cultura del fascismo (18).

Se i contenuti della riforma legislativa penale vengono dettati dalla politica, il compito di dare concretezza normativa alle idee ed ai programmi spetta, ovviamente, ai giuristi, e ad essi viene assegnato. Non senza motivo, la codificazione penale e processuale viene messa nelle mani dei pochi giuristi di rango operanti in quegli anni, uomini di orientamento *olim* liberale (quel liberalismo *sui generis* di cui ha bene detto di recente Luigi Ferrajoli (19)), e scientificamente attestati su posizioni tecniciste. Come si sa, il comitato che preparò materialmente il codice penale venne affidato ad Arturo Rocco che

ottobre 1930, i « Rapporti tra il sistema del nuovo Codice e la filosofia sociale, politica e giuridica del fascismo », si limita ad enunciare i nessi che legano quel codice all'idea di stato che gli sottostà. « Lo Stato — scrive Rocco — ci appare come la Nazione medesima, in esso organizzata, cioè come un'unità non solo sociale, ma altresì etnica, legata da vincoli di razza, di lingua, di costume, di tradizioni storiche, di moralità, di religione, e vivente, quindi, non di puri bisogni materiali o economici, ma anche, e soprattutto, di bisogni psicologici o spirituali, siano essi intellettuali o morali o religiosi. Tale nuova concezione sociale, politica, etica dello Stato, che è propria del nuovo Regime politico, naturalmente non poteva non esercitare una manifesta influenza sui principi filosofici ai quali s'ispira la riforma della legislazione penale » (AL. ROCCO, *Relazione al Re*, in *Codice penale illustrato con i lavori preparatori*, a cura di R. Mangini, F. P. Gabrieli, U. Cosentino, Roma, Tip. della Camera dei Deputati, 1930, pp. XXXVIII-XXXIX).

(17) Tipica e ricorrente, per esempio, la contrapposizione all'esperienza dello stato liberale, considerato imbelles, poco 'stato' perché troppo liberale, privo di prestigio perché incapace di incutere rispetto e inadeguato a fronte dei 'destini' della nazione italiana.

(18) Anche in questa prospettiva mi sembra fondata la riflessione di Norberto Bobbio che esclude l'esistenza di una 'cultura fascista' capace di lasciare segni durevoli e di qualche importanza: N. BOBBIO, *La cultura e il fascismo*, in *Fascismo e società italiana*, a cura di G. Quazza, Torino, Einaudi, 1973, p. 229, ed ora anche ID., *Dal fascismo alla democrazia*, Milano, Baldini & Castoldi, 1997, pp. 61 ss.

(19) « Ma il liberalismo della cultura giuridica prefascista è, per intrinseca struttura teorica, un liberalismo conservatore e autoritario, statalistico e patriottico, che non avrà difficoltà ad incontrarsi con il fascismo senza neppure diventare fascista ma semplicemente rimanendo fedele a se medesimo » (L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, cit., p. 36).

lo dicesse « con l'assistenza del prof. Eduardo Massari », mentre gli stessi Rocco e Massari, insieme a Vincenzo Manzini, costituirono il nucleo forte della Commissione ministeriale che lo mise definitivamente a punto. La presenza di Enrico Ferri, quarto professore, appare soltanto come un omaggio ⁽²⁰⁾ al vecchio maestro dalle tante vite, che stava dando inizio all'ennesima scrivendo un paio di elogi di Mussolini (« una tiroide eccezionale ») ⁽²¹⁾, ed un estremo 'programma' della scuola, col quale tentava di agganciare il suo vagono positivista alla locomotiva del fascismo ⁽²²⁾. Quanto al codice di procedura penale, si può dire che esso sia stato varato senza alcuna discussione, senza vaglio parlamentare (per quanto rilevante esso comunque potesse essere), dietro le indicazioni di Alfredo Rocco e con l'opera pratica pressoché esclusiva di Vincenzo Manzini, che — quanto alla stesura, al coordinamento ed ai finali aggiustamenti — recitò tutte le parti in commedia.

Occorre poi aggiungere che, non solo nella sua fase preparatoria, ma anche in quella attuativa, la nuova codificazione venne integralmente accolta, senza riserve e senza esitazioni, dalla scienza penalistica italiana, che ne fece immediatamente il punto di riferimento fondamentale per l'elaborazione *scientifica* del diritto e della procedura penale. Anzi, alcuni dei suoi contenuti, e penso in particolare alla esorbitante dimensione *preventiva* assegnata all'in-

⁽²⁰⁾ La Commissione ministeriale, di cui anche Ferri faceva parte, lavorò tra il novembre del 1927 ed il luglio del 1928. È difficile dire quale sia stato il ruolo, e se ci fu, del vecchio professore, che sarebbe morto di lì a poco, il 12 aprile del 1929. Il carattere di 'omaggio' di quella presenza è svelato dall'elogio di Ferri svolto da Arturo Rocco, suo successore a Roma sulla cattedra di diritto e procedura penale, nella prolusione del 20 dicembre 1930 (AR. ROCCO, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, in *Rivista di diritto penitenziario*, n. 6, 1930, pp. 5-9).

⁽²¹⁾ E. FERRI, *Il Fascismo in Italia e l'opera di Benito Mussolini*, pubblicato nella *Revue Belge* del 1° ottobre 1926 e poi tradotto per la *Revista argentina de ciencias políticas* (gennaio 1927), quindi per la collana 'Mussolinia' dell'editore Paladino di Mantova; e poi ID., *Mussolini Uomo di Stato*, Mantova, 'Mussolinia', ed. Paladino, 1927, nel quale Ferri si attarda anche sulla 'sagoma antropologica di Mussolini', facendoci sapere, tra l'altro, che « ... anche senza farne una radiografia, tutto fa supporre che Mussolini abbia una tiroide eccezionale » (p. 12).

⁽²²⁾ E. FERRI, *Fascismo e scuola positiva nella difesa sociale contro la criminalità*, in *La scuola positiva*, XXXVI, 1926, e poi in ID., *Studi sulla criminalità*², Torino, Utet, 1926, pp. 696-736.

tero sistema, ed al complesso dispositivo delle misure di sicurezza, finirono per dare il tono ad una parte non secondaria della dottrina che seguì (23). Del resto, quei contenuti, ed il progetto che l'intera svolta implicava, non impedirono che essa fosse voluta, preparata ed attuata dagli eredi della tradizione penale italiana.

Che la vicenda giuridica del fascismo — e non solo quella, del resto — vada letta in termini di continuità con l'assetto politico, culturale ed istituzionale che ne precedette l'avvento, è cosa da tempo fuori discussione. Sappiamo che quella continuità si fondò anche sul lavoro teorico di giuristi 'della tradizione', come si è detto (24), che — soprattutto nel campo decisivo del diritto pubblico (25) — operarono in un sordo conflitto con i 'giuristi del regime', per mantenere in un rapporto di compatibilità la caduta della funzione parlamentare, la centralità dell'esecutivo, l'autonomia dell'amministrazione e il ruolo del partito fascista: nel provvido tentativo di salvaguardare — sia pure in un quadro irrimediabilmente distorto — la figura storica dello stato amministrativo, col suo corredo di 'pubbliche' garanzie, affermatasi in Italia con l'età giolittiana.

Questo lavoro, svolto intorno alle fondamenta dello stato, produsse una sorta di benefico *fall out* anche nel campo del sistema penale, consentendo la tenuta di una rete di principi che non aveva, ovviamente, soltanto una funzione tecnica. Perché nel penale quelli che sembrano aspetti 'tecnici' sono molto spesso valori, e le regole metodologiche non sono semplici componenti necessarie al solo funzionamento della macchina. Prendendomi per un attimo la licenza di recitare un'ovvietà, ricorderò che il principio di legalità, o quello di irretroattività, o il divieto di analogia, della cui tenuta quella dottrina rivendicò il merito (26), sono regole di grande

(23) La prolusione di AR. ROCCO, *Le misure di sicurezza*, cit., ne rappresentò il manifesto programmatico.

(24) P. COSTA, *La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare*, in *Stato e cultura giuridica*, cit., p. 126.

(25) M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazione dello Stato*, in *Stato e cultura giuridica*, cit., pp. 44 ss.

(26) Sulla legittimità di quella rivendicazione, e sulla sua fondatezza, tornerò in chiusura di questo scritto. Per ora mi limito a sottolineare che una parte non piccola di quel merito, se ci fu, andrebbe comunque restituita al lavoro dei costituzionalisti 'della tradizione'.

rilevanza che dominano — insieme ad altre — l'impalcatura tecnica del sistema, ma hanno una imprescindibilità che va evidentemente ben al di là di ogni possibile funzione pratica, coinvolgendo in pieno i livelli di civiltà dell'ordinamento.

Ebbene, il lavoro di pubblicisti come Romano o Ranalletti, venne svolto anche a beneficio della tenuta dell'impalcatura penale, in tacita supplenza, si potrebbe dire, nei confronti di una penalistica di qualità complessiva non elevatissima, ed intenta a guardare altrove. Quel lavoro fu poco avvertito e per niente riconosciuto, eppure è ad esso che va il merito di aver garantito, se posso semplificare, la *tenuta della legge* rispetto alle *pretese dello stato*. È su questa linea che si attestò quel tanto di stato di diritto che si mantenne in vita, e che — al di là dei contenuti, che ebbero tutt'altro tenore e sui quali tornerò — permise alla legislazione penale del fascismo di mantenere un *aspetto* compatibile con la tradizione giuridica italiana. Per chi sa capirla, l'operazione è omologa a quella che nel penale aveva avviato l'Arturo Rocco del 1910⁽²⁷⁾, che s'era a sua volta ispirato all'Orlando del 1889: centralità della legge, con quel che l'opzione comportava nel metodo giuridico e, soprattutto, nell'adesione a principi tratti da una tradizione che veniva dall'esperienza liberale del XIX secolo. Sta proprio in quell'operazione la ragione per cui non prese piede l'idea di fare a meno del principio di legalità, o quella di procedere ad incriminazioni su base meramente politica, creando norme *ad hoc*, per analogia, da altre già esistenti; oppure quella di considerare la (di volta in volta presunta) volontà del Duce alla stregua di una fonte di incriminazione in bianco⁽²⁸⁾.

Occorre aggiungere che se la relativa presentabilità della facciata del sistema penale si giovò della tenuta del diritto pubblico,

(27) Sul Rocco del 1910 tornerò brevemente più avanti, ma voglio rinviare subito a quanto ho puntualizzato a più riprese in M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., pp. 217 ss. [t. II, pp. 573 ss.] e ID., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, cit., pp. 522 ss. [t. II, pp. 635 ss.].

(28) Faccio riferimento all'ormai famosissimo scritto di G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, cit., tante volte, e da tanti, additato come testimonianza della natura del penale nello stato fascista, mentre è solo un ipotetico esempio di quello che probabilmente sarebbe stata l'ispirazione del diritto penale fascista se non si fossero lasciati lavorare i Romano o i Ranalletti, o, nel campo penale, se non ci fosse stato l'Arturo Rocco del 1910.

malgrado i rari penalisti che riuscirono a capirlo ⁽²⁹⁾, il fatto che i contenuti normativi di quel sistema si siano allontanati dalla civiltà giuridica senza precipitare nella più disastrosa barbarie, deve molto all'abbandono — già avvenuto per fortuna *prima* del fascismo — dei più insidiosi cascami del positivismo penale ⁽³⁰⁾. Si dirà, e molti lo sostennero allora ⁽³¹⁾, come alcuni lo pretendono adesso ⁽³²⁾, che i codici del fascismo, e specialmente quello penale, accolsero più d'uno dei principi nutriti dalle teorie della scuola positiva, ma io credo che questo giudizio vada, per così dire, collocato meglio. Nei codici di Mussolini entrarono una grande quantità di principi, norme e meccanismi, conformi ad un programma di prevenzione illiberale, di negazione delle garanzie, di disprezzo per la persona dell'accusato e dei suoi diritti; vi entrarono il sospetto e l'arbitrio, la vessazione, l'intimidazione e l'autoritarismo, e tutto in ragione della

⁽²⁹⁾ Ancora oggi, se non sbaglio, nel ricostruire il suo passato, la dottrina penale — che pure applica largamente il criterio quando opera sul presente — fa fatica a prendere coscienza di quanto abbiano contato, nella storia del penale, il rapporto con la figura dello stato, la riflessione dei pubblicisti, le fasi progressive di trasformazione degli assetti istituzionali e della costituzione materiale.

⁽³⁰⁾ Anche su questo punto la ricostruzione sarebbe lunga, e non sembra questo il luogo per farla. Qualche considerazione di fondo si può trovare in M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., pp. 221 ss. [t. II, pp. 578 ss.] ed in Id., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, cit., pp. 518 ss. [t. II, pp. 630 ss.]

⁽³¹⁾ E. FERRI, *Il progetto Rocco di codice penale*, in *La scuola positiva*, XXXVII, 1927, p. 489; E. FLORIAN, *Il metodo positivo nella scienza del diritto penale*, Prolusione al corso di diritto e procedura penale, letta nell'Università di Torino il 19 novembre 1925, Modena, Università, 1925, p. 13: « [dal ministro Rocco e dall'on. De Marsico]... venne enunciato chiaro il proposito di assumere con singolare ampiezza l'istituto delle misure di sicurezza, rispettivamente per le diverse categorie dei delinquenti minori, pazzi, anormali, alcoolisti, ripugnanti al lavoro ed abituali... ». Ma l'idea degli imprestiti positivisti del codice venne accreditata soprattutto da U. SPIRITO, *La riforma del diritto penale*, Roma, De Alberti, 1926, *passim*, e poi Id., *Il nuovo diritto penale*, Venezia, La Nuova Italia, 1929, spc. pp. 71 ss., essendo congeniale alla sua concezione della storia del penale, fatta soltanto di 'scuole' che si succedono, di correnti che mediano, di eclettismi che risolvono e di pensiero che diventa realtà. Da Spirito è poi trasmigrata in tanta parte delle 'premesse storiche' che per lungo tempo hanno punteggiato la letteratura penalistica italiana.

⁽³²⁾ Per tutti, perché da ultimo, C. F. GROSSO, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra Ottocento e Novecento*, in *Storia d'Italia. Annali*, 12: *La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1997, pp. 25-26.

natura antiliberale, antidemocratica e totalitaria del disegno che li ispirava. Il quale si fondava principalmente, non dimentichiamolo, sull'uso del potere punitivo al fine di esprimere ed esercitare un dominio totale sulla vita politica, sulla società e sugli individui. Il fatto che alcuni di quei meccanismi fossero stati prefigurati dal positivismo penale non dice che il fascismo aderì a quelle teorie, o che intese adottarle, o ravvivarle. Dice solo che quelle teorie appartengono al *continuum* di una certa concezione del ruolo del penale nella società, e che la scuola positiva le aveva incontrate, prese a fondamento ed elaborate, perché la sua ispirazione di fondo — checché pensasse di se stessa — era intrisa di statalismo illiberale ed autoritario. Sono concezioni che preesistevano da tempo (anche se non si erano ancora incrociate con l'antropometria criminale, che certo non le migliorò), e che non hanno abbandonato del tutto il campo dopo il tramonto del positivismo penale. Il fascismo non ha fatto che servirsi, già che c'erano, di alcune epifanie penologiche di quel *continuum*, formulate dalla scuola positiva che era, diciamo, di turno, in quella fase. La sua vocazione sincretistica se ne sentì largamente gratificata.

È l'*autoritarismo*, al dunque, la chiave di fondo che ci mette in grado di decifrare la reale qualità di processi culturali e processi politici che sembrano scambiarsi l'ispirazione. Ed è l'autoritarismo, come potenziale tratto permanente dell'esperienza politica (e penale) italiana che, visibile o latente, ha dettato — e potrebbe tornare a dettare — scelte di politica penale lesive delle libertà o non compatibili col principio democratico. Non avrebbe molto senso dire ogni volta che si è trattato, o si tratta, dell'eredità del positivismo.

Discontinuità. Le leggi per annientare l'opposizione.

Come ho già sottolineato, è nella riforma della legislazione che il fascismo riuscì a dare una straordinaria accelerazione, tale da realizzare, in notevole misura, una particolare forma di discontinuità con il passato. In essa il regime impresso i suoi caratteri, dispiegando i postulati della sua ideologia in strategie repressive, contenuti punitivi e innovazioni di sistema che modificarono profondamente i termini stessi dell'ordine giuridico penale del paese. Una notevole torsione venne inflitta al sistema penale, esasperandone il carattere

repressivo ed esaltandone la funzione intimidatoria ⁽³³⁾: esso venne provvisto oltre ogni limite di contenuti autoritari, mentre i suoi connaturati compiti difensivi, una volta rivolti ai diritti dei cittadini ed alla tranquillità della società, vennero stornati e messi primariamente al servizio dello stato.

In questa prospettiva è difficile parlare di continuità. Un sistema penale privato del principio ispiratore della libertà e messo al servizio della repressione politica, dell'intimidazione sociale e di un'ideologia totalitaria, non ha che una tenue rapportabilità con quello che l'Italia aveva conosciuto fino ad allora, per quanti potessero essere i suoi limiti e per quanto serie le sue contraddizioni. Il contenuto e la finalizzazione della legislazione penale fascista realizzano, a mio parere, una autentica rottura, aprendo una fase del tutto peculiare nella storia del sistema penale di questo paese. Le continuità che è ancora possibile rilevare riguardano i metodi di produzione scientifica, alcuni tratti permanenti del sistema penale italiano, gli stili applicativi, non il tenore ed il fine della legislazione.

« Il Fascismo — scrive Alfredo Rocco subito dopo le leggi eccezionali del 1925-1926 e mentre si preparava la codificazione del 1930 — appartiene al novero di quelle rivoluzioni, le quali [...] realizzano la loro ideologia. Le realizzano nel campo spirituale, svegliando nella massa il sentimento del dovere, l'abitudine della disciplina, l'idea della subordinazione dell'individuo alla Nazione. La realizzano nel campo giuridico, creando sulle rovine dello stato liberale e democratico, lo stato fascista » ⁽³⁴⁾.

Una volta oltrepassata la crisi Matteotti, Mussolini ed il suo Guardasigilli danno definitiva attuazione al programma di neutralizzazione delle opposizioni politiche, da tempo avviato coi fatti, coronandolo con lo strumento della legge penale. La prosecuzione della politica dello squadristo, si direbbe, con altri mezzi.

Tra il 1925 ed il 1926, le leggi che saranno poi dette 'fascistissime' delinano l'intelaiatura dello stato totalitario, articolandosi in

⁽³³⁾ Su questo punto sono particolarmente documentati ed efficaci i ragionamenti presenti in G. NEPPI MODONA e M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., pp. 780 ss., 784 ss., 855 ss.

⁽³⁴⁾ AL. ROCCO, *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato Liberale allo Stato Fascista - Introduzione* [1927], Roma, La Voce, 1927, p. 7.

‘leggi di difesa’ (e sono quelle sulle società segrete, sui fuorusciti, sulla burocrazia e sulla difesa dello stato), e ‘leggi di riforma costituzionale’ (quella sul potere legislativo dell’esecutivo e quella sulle attribuzioni e prerogative del Capo del governo). Intanto, il 30 gennaio del 1925, Alfredo Rocco aveva avviato alla Camera la riforma dell’intero sistema penale che si concluderà, di lì a cinque anni, con l’organica codificazione del 1930.

Il senso di quei provvedimenti, rivolti all’annientamento di ogni forma di opposizione, è illuminato bene da uno scritto di Silvio Longhi, penalista fascista militante ⁽³⁵⁾ che sarà Procuratore generale presso la Corte di cassazione, durante la presidenza di Mariano D’Amelio: « Quando nel 1924 più difficile e contrastato si fece per il Regime il processo di coordinazione e consolidamento, il Segretario generale del Partito Fascista on. Farinacci ebbe ad affermare la esigenza di una triplice istituzione coercitiva, dalle menti superficiali giudicata allora strana, violenta, orribilmente partigiana: il bando, il confino, la pena di morte » ⁽³⁶⁾. È il ‘trittico Farinacciano’ ⁽³⁷⁾, “affermazione di un sistema di difesa [...] generato dal congiungimento della forza con lo Stato”, e più semplicemente rivolto a mettere l’ordinamento penale al servizio di una forza politica che usa il suo potere per annientare tutte le altre.

La lettura della legge n. 2008 del 1926, che dettava Provvedimenti per la difesa dello Stato, desta ancor oggi una fortissima impressione. Si tratta di un documento che evoca un’atmosfera di guerra e rimanda lo studioso che ne conosce la storia, al clima dei secoli in cui la giustizia politica rispondeva al sacrilegio della *maiestas violata* con le soluzioni espeditive, sommarie e riduttive di uno *ius odiosum e terribile*. Riappaiono la *mera cogitatio* ed il *crimen obtretractionis*, riappare la morte civile, irrogata con la perdita della cittadinanza e la confisca di tutti i beni, ed il processo è costruito, secondo un antico criterio, *ad modum belli*, con un tribunale costituito per ordine del Ministero della guerra, che, presieduto da un generale, adotterà le regole giustiziali del tempo di guerra. Le sue sentenze non saranno soggette a ricorso, né ad altro

⁽³⁵⁾ P. COSTA, *La giuspubblicistica dell’Italia unita*, cit., p. 125 ss.

⁽³⁶⁾ S. LONGHI, *Fascismo e diritto penale* (1927), in *Anticipazioni della riforma penale*, Milano, Treves, 1931, p. 149.

⁽³⁷⁾ S. LONGHI, *Fascismo e diritto penale*, cit., p. 139.

mezzo di impugnativa. Quanto alle pene previste per gli oppositori, lo stravolgimento rispetto al diritto comune, dettato dal modello sanzionatorio di annientamento del nemico, è assolutamente stupefacente. Vengono puniti con la morte i delitti previsti dagli articoli 104, 107, 108, 120 e 252 del codice penale (che è, ancora per poco, quello civilissimo di Zanardelli): ebbene, varrà la pena di ricordare che la rivelazione di segreti ad uno stato estero (art. 107) era punita dal codice con una pena da tre a cinque anni, che passava da cinque a quindici se lo stato estero si fosse trovato in guerra con quello italiano. La morte (art. 108) toccherà anche a chi avrà ottenuto la rivelazione dei segreti o se ne sarà comunque procurato la cognizione, là dove, prima, la sua pena era identica a quella del rivelante; allo stesso modo, la morte, in luogo di sei a quindici anni di prigionia, e la morte, in luogo di tre a quindici anni, toccheranno rispettivamente a chi farà sorgere in armi i cittadini contro i poteri pubblici ed al suscitatore di guerra civile, devastazione, saccheggio o strage. I crimini sono certamente importanti e gravi, ma lo sbalorditivo salto di penalità dà la misura della drammatica frattura che il fascismo portava nel sistema penale (che complessivamente già tenero non era) allo scopo di terrorizzare gli avversari, schiacciarli, e mantenere così il suo potere.

La pena di morte rientrò dunque nell'ordinamento punitivo italiano il 26 novembre del 1926, in forza di quella terribile legge, dopo che ne era stata allontanata esattamente mezzo secolo prima, con l'abolizione di fatto decretata da Pasquale Stanislao Mancini nel 1876, che precedette di molto quella di diritto sancita dal codice penale del 1889. La presenza della morte — aveva scritto Longhi pochi mesi prima — è effetto della guerra che la nazione combatte contro i suoi nemici di ogni sorta: essa verrà data con la fucilazione e comandata alla Milizia volontaria di sicurezza nazionale, con il che si renderà meno orribile il supplizio, portandosi « maggior rispetto alla persona del giustiziato, il cui cadavere non viene ad essere né troncato né deformato. Cade il condannato quasi come in una battaglia: la battaglia della vita, comunque vissuta e combattuta »⁽³⁸⁾. Questa era la cultura penale che aveva preso il potere in Italia. Con questa cultura i giuristi eredi della tradizione di Carrara

⁽³⁸⁾ S. LONGHI, *Di taluni corollari della pena di morte* (1925), in *Anticipazioni della riforma penale*, cit., 1931, pp. 122.

e Beccaria avrebbero dovuto misurarsi. Non risulta però che quella legge, pur così innovativa nella sua rilevanza non solo penale ma soprattutto, si direbbe, costituzionale, sia stata fatta oggetto di espresso e scientifico commento da parte di qualche giurista di cattedra.

Corollario della reintroduzione della pena di morte è, per una parte della dottrina, l'istituzione (a tempo determinato, poi indefinitamente prorogato) del Tribunale speciale per la difesa dello stato, che alcuni avrebbero voluto come permanente ⁽³⁹⁾ e come l'unico tribunale competente per la irrogazione della pena di morte, riservata ai gravi delitti politici e sociali. Evidente riprova della persistenza, anche nella fase fascista (che, si penserebbe, non ne avrebbe dovuto sentire il bisogno), di uno dei caratteri originari e permanenti del sistema penale italiano, gestito con leggi speciali e mezzi d'eccezione ⁽⁴⁰⁾, il Tribunale speciale è insieme dimostrazione dell'imponenza dell'apparato di repressione messo in piedi dal regime, e indizio delle sue insicurezze ⁽⁴¹⁾. Perché esso fu, per un verso, un efficiente dispositivo schierato a guardia del regime (basterà ricordare che arrivò a pronunciare 42 condanne a morte, e che ben 31 di esse furono eseguite ⁽⁴²⁾), per l'altro la dimostrazione che il fascismo, per cancellare i suoi oppositori, non riteneva di poter contare sulla magistratura ordinaria, sulle corti d'assise e sul normale funzionamento del sistema processuale ⁽⁴³⁾.

⁽³⁹⁾ Cfr. A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, Einaudi, 1965, pp. 102 ss.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, cit., *passim*.

⁽⁴¹⁾ Così G. NEPPI MODONA e M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., pp. 769 ss.

⁽⁴²⁾ Cfr. C. LONGHITANO, *Il Tribunale di Mussolini. Storia del Tribunale Speciale, 1926-1943*, Milano, Anppia, 1995, pp. 118 ss. Sulla pena di morte nel ventennio fascista disponiamo ora della vasta ricerca di G. TESSITORE, *Fascismo e pena di morte. Consenso e informazione*, Milano, Angeli, 2000.

⁽⁴³⁾ Una analoga riflessione sembra implicita nell'osservazione di M. BERLINGUER, *La crisi della giustizia nel regime fascista*, Roma, Migliaresi, 1944, p. 11, citata in A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., p. 104: «Meno lesivo di ogni apparenza di diritto probatorio, anche se più ligio e settario, fu, in fondo, il Tribunale speciale per la difesa dello Stato nel quale la giustizia sostanziale fu violata costantemente con sfrontata impudicizia, ma si poterono, talvolta, ascoltare coraggiose voci

Anche la legge di pubblica sicurezza viene riorganizzata in un nuovo testo unico [T.U. del 6 novembre 1926, n. 1848] che irrobustisce ed allarga i poteri di intervento preventivo della polizia (del tutto nuovi quelli in materia di espatrio clandestino ⁽⁴⁴⁾); del tutto rinnovato — nella pratica — l'istituto del confino di polizia, che diviene mezzo intensamente praticato), valorizzando la loro effettività. Essa si arricchisce di vere e proprie fattispecie di reato e mette nelle sole mani della polizia la valutazione di comportamenti quali « manifestare propositi » o « dimostrare intenzioni », che conferiscono all'autorità un amplissimo spazio di intervento discrezionale in una materia tradizionalmente considerata di diritto stretto. Si rafforza e si approfondisce il duplice livello di legalità che si era installato nell'ordinamento penale italiano all'indomani dell'unità, indizio non solo di una permanenza ormai comprovata, ma anche di una esitazione del regime su questo terreno. Il fascismo, infatti, non opera la riunione in chiave autoritaria dei livelli di legalità, che ci si sarebbe potuti attendere da uno stato totalitario, sicuro dei suoi ordinamenti e dei suoi apparati.

A quei due livelli se ne aggiunge anzi un terzo, conseguente alla istituzione del 'Servizio speciale di investigazione politica, avente per scopo la difesa dell'ordine nazionale dello Stato', creato con il compito di vigilare sul dissenso politico, contrastare le attività dei

di difensori, serene parole di testimoni, e spesso eroici e sdegnosi accenti di imputati ».

(44) L'espatrio non autorizzato lede, nelle intenzioni della legge, il superiore interesse della Nazione, in quanto chi abbandona il territorio nazionale si sottrae alla sovranità dello stato, mostrando in ciò di disconoscerla o confutarla. Siamo anche qui dentro l'ottica della ruscata sudditanza che sottostava alla *ratio criminis* della lesa maestà. « Non si può negare — scrive il magistrato F. RUOCCO, *Il nuovo diritto di polizia. Manuale teorico pratico*, Roma, Le Mantellate, 1927, p. 123 — che le sanzioni gravissime comminate nella prima parte dell'articolo 160 siano ispirate da apprezzabili ragioni politiche, in quanto mirano ad impedire che italiani rinnegati, impotenti a sfogare in patria il loro odio di parte, si rechino all'estero per farsi artefici di ignobile propaganda, o per organizzarvi turpi complotti contro il nostro Paese. Ma ci sia lecito rilevare — aggiunge con apprezzabile franchezza — che collocare reati siffatti in una legge di polizia significa sovvertire il sistema penale. [...] La disposizione in esame non si propone infatti di prevenire l'espatrio, ma di punirlo quando è già avvenuto o si sia tentato. [...] con questo criterio lo stesso codice penale sarebbe una legge di polizia ».

fuorusciti, reprimere l'antifascismo. Compiti affidati all'OVRA ⁽⁴⁵⁾, ma svolti in minor misura anche dalla Milizia, che, come si sa, potevano valersi di modi ancor meno che giurisdizionali o amministrativi.

La monumentale riforma penale del 1930.

Nel giro di pochi anni, dal 1925 al 1930, Alfredo Rocco conduce in porto un'opera riformatrice di notevole rilievo, realizzando un « complesso normativo imponente, a prescindere dai giudizi che possono darsi sul suo contenuto, quale forse soltanto un regime dittatoriale poteva realizzare in tanto breve tempo e con tale simultaneità » ⁽⁴⁶⁾. Presentati ed approvati nel 1930, entrano in vigore il 1° luglio 1931, perfettamente coordinati tra loro, il nuovo codice penale, il nuovo codice di procedura penale, le loro disposizioni di attuazione, le nuove norme sul casellario giudiziale, il nuovo regolamento carcerario, un rinnovato testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, corredato dalla previsione di rilevanti reati contravvenzionali, ed infine una importante legge sui reati finanziari. A coronamento di quest'opera, di lì a qualche anno, il regime produrrà alcune leggi penali razziste, destinate a tutelare la 'purezza della stirpe' dal rischio di contaminazioni con le popolazioni di colore delle colonie ⁽⁴⁷⁾, le leggi razziali rivolte contro gli ebrei del 1938 ⁽⁴⁸⁾, ed una riforma dell'ordinamento giudiziario, entrata in vigore nel 1941 e destinata a durare molto a lungo.

Lo spazio e la natura di queste riflessioni non consentono di entrare minutamente nel merito di questo ragguardevole *corpus* normativo, tanto più che, a parte l'eccellente sintesi più volte citata

⁽⁴⁵⁾ Resta quello di E. ROSSI, *La pupilla del Duce. L'OVRA*, Parma, Guanda, 1956, il saggio sull'OVRA di più vivo interesse.

⁽⁴⁶⁾ G. VASSALLI, *Codice penale*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 272.

⁽⁴⁷⁾ G. NEPPI MODONA e M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., pp. 797-802.

⁽⁴⁸⁾ Si vedano, in particolare, AA.VV., 1938. *Le leggi contro gli ebrei*, num. monogr. di *La Rassegna Mensile di Israel*, 1988, fasc. 1-2, e M. SARFATTI, *Il volume « 1938. Le leggi contro gli ebrei » e alcune considerazioni sulla normativa persecutoria*, in AA.VV., *La legislazione antiebraica in Italia e in Europa*, Roma, Camera dei Deputati, 1989, pp. 47-74.

di Guido Neppi Modona e Marco Pelissero, esistono ormai numerosi studi ai quali si può fare riferimento, in particolare per quanto riguarda il codice penale e quello di procedura penale ⁽⁴⁹⁾.

Ricorderò solo che il codice penale invertì di segno gli orientamenti presenti in quello prodotto dalla scuola liberale realistica nel 1889, sia per i contenuti politici che adottò, traducendo in norme penali alcuni capisaldi dell'ideologia politica del fascismo, sia per la sistematica espunzione degli elementi più schiettamente liberali ai quali si era ispirato il ministro Zanardelli. Il totalitarismo, lo stato persona e la sacralità della Nazione, l'intolleranza per le opposizioni, il maschilismo, l'idea fascista della famiglia, la religione dello stato, l'economia corporativa, l'ossessione per la purezza della stirpe, trovarono la loro copertura penale in diversi titoli introdotti nel codice, in omaggio al principio secondo cui il fascismo, « che non è agnostico ed imbecille come era lo stato liberale », impone con la forza, primo attributo dello stato, la sua morale, la sua religione, la sua missione politica nel mondo, la sua funzione di giustizia sociale ed infine il suo compito economico ⁽⁵⁰⁾.

L'inversione più ovvia, ma che tuttavia più colpisce, è quella che il fascismo realizza nel suo codice quanto al dissenso politico, rispetto al codice Zanardelli del 1889 ⁽⁵¹⁾. Quello tutelava la sicurezza dello stato, questo ne difende la personalità; quello aveva un atteggiamento di noncuranza verso l'oppositore e di favore per il reo politico, questo esercita nei confronti degli avversari, assimilati senza residui al criminale traditore, la più ferrea e penetrante repressione.

« Il feticismo per il dogma della libertà individuale ⁽⁵²⁾ frainteso nelle sue esagerazioni demagogiche, sembrava dover legittimare ogni attività del cittadino, anche se in aperto contrasto con siffatti interessi dello Stato ». Tutto questo non è più ammissibile. Il codice protegge, con la necessaria severità, il prestigio e la sicurezza della

⁽⁴⁹⁾ Rinvio alla nota 1.

⁽⁵⁰⁾ AL. ROCCO, *La trasformazione dello Stato*, cit., p. 17.

⁽⁵¹⁾ H. DONNEDIEU DE VABRES, *La politique criminelle des États autoritaires*, Paris, Sirey, 1938, p. 27.

⁽⁵²⁾ U. ALOISI, *Le riforme fasciste nel campo del diritto e della procedura penale*, in AA.VV., *Atti del I° Congresso giuridico italiano. Ottobre del Decennale*, I, *Le relazioni*, Roma, *Snfap*, 1932, p. 260.

Patria, i segreti politici e militari, l'onore dell'Italia all'estero. La formula mussoliniana « tutto nello Stato, niente fuori dello Stato, nulla contro lo Stato, riassume mirabilmente la giustificazione del nuovo indirizzo [...]. L'agnosticismo di altri tempi non è più possibile in un regime totalitario, quale è quello fascista » (53).

Ma accanto a questo e ad altri rovesciamenti, e con intenti strumentali, il codice realizza una sincretistica combinazione di istituti di parte generale e di meccanismi cautelari (che riempiranno di soddisfazione soprattutto i rarefatti epigoni del positivismo, felici di cogliere un'ultima occasione per battagliaire con i fantasmi e proclamarsi vincitori), rivolti in concreto a far prevalere le componenti difensive su quelle retributive. Il penale, che nella pur articolata tradizione italiana era stato ben altro, viene infiltrato di concezioni culturali, etiche ed economiche, misurate sul programma politico del partito al potere; viene investito — insieme ad altri dispositivi politici ed istituzionali — di un'anomala funzione pedagogica di massa, mirante a 'fascistizzare' gli italiani, anche col mezzo di una permanente intimidazione; viene costretto in una visione di mera difesa sociale, assorbito dentro una abnorme ossessione statalistica, schiacciato tra repressione e vessazione, identificato col meccanismo delle sue sanzioni.

Va meglio contestualizzata anche l'idea secondo la quale, a fronte di una parte speciale appesantita da interi titoli di marcata impronta fascista, sta una parte generale di impianto più tradizionale, rimasta fedele alla consuetudine giuridica italiana e di stampo sostanzialmente liberale (54).

Sul carattere apertamente fascista di numerosi titoli e capi del libro secondo del codice non serve dilungarsi (55). Può essere utile semmai notare che la legislazione eccezionale del 1926 vi viene quasi interamente riversata, con piccoli aggiustamenti dei livelli di pena e con un marcato 'orientamento sul nemico' che percorre tutto il titolo

(53) U. ALOISI, *Le riforme fasciste nel campo del diritto e della procedura penale*, cit., pp. 261, 262.

(54) P. NUVOLONE, *La parte generale del codice Rocco*, cit., pp. 39 ss.

(55) Posso rinviare a M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., pp. 229 ss. [t. II, pp. 587 ss.], ma soprattutto a G. NEPPI MODONA e M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., pp. 789-795.

dei delitti contro la personalità dello Stato, punteggiandolo di previsioni normative che prefigurano lo 'stato di guerra' come orizzonte normale della vita nazionale.

Quanto alla parte generale, valgono le osservazioni che più volte sono state fatte in ordine alla sapiente 'torsione' cui l'ordinamento penale è stato sottoposto attraverso aggiustamenti, eccezioni, slittamenti, erosioni e svuotamenti⁽⁵⁶⁾, che hanno finito col mutare la natura stessa di istituti classici, dislocandoli dal terreno del garantismo indulgenziale a quello del perseguimento repressivo.

Marco Pelissero ha recentemente colto e sviluppato con attenta analisi, istituto per istituto⁽⁵⁷⁾, quell'accorta opera di *maquillage*, fatta di inasprimenti e snervamenti, di lavoro leggero sulla facciata e di pesante intervento nel retrobottega, che approdò ad una parte generale dall'aspetto rassicurante per chi la percorra senza fermarsi a ragionare⁽⁵⁸⁾. Pietro Nuvolone, da parte sua, ci aveva già dato l'elenco essenziale di quegli istituti, il cui rimaneggiamento dava da solo la misura della discontinuità tra il codice del fascismo e quello che la tendenza liberale realista aveva prodotto nel 1889: «... in questa prospettiva, vanno segnalati alcuni istituti estremamente indicativi: la codificazione della pena di morte per reati comuni e per reati politici; la disciplina dell'ubriachezza, sottratta alle norme generali in tema di imputabilità; il notevole posto fatto alla responsabilità oggettiva; la regolamentazione delle circostanze e i relativi automatismi; le norme sul concorso di persone, tendenti a parificare

⁽⁵⁶⁾ Molto acute le osservazioni svolte da T. PADOVANI, *La sopravvivenza del codice Rocco nella « Età della decodificazione »*, in *La questione criminale*, VII, 1981, p. 91. « Salvando la facciata del sistema — scrive Padovani — il fascismo proseguì e potenziò quella tecnica di 'svuotamento parallelo' delle istituzioni penali che costituisce una caratteristica saliente del periodo 'liberale'. Lo 'svuotamento parallelo' si traduce, in sostanza, nel togliere con una mano quello che vien dato con l'altra, nella creazione di una sorta di doppio binario normativo per cui i principi e le garanzie affermate in massima vengono sovvertiti e derogati per settori particolari, dove è necessario operare senza impacci e senza remore ».

⁽⁵⁷⁾ G. NEPPI MODONA e M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., pp. 784-789.

⁽⁵⁸⁾ È l'aspetto rassicurante che ebbe il potere di tranquillizzare Henry Donnedieu de Vabres, che del codice penale scrisse che dava nel complesso un'impressione di « esprit de mesure et préoccupation scientifique » (H. DONNEDIEU DE VABRES, *La politique criminelle des États autoritaires*, cit., p. 20).

la posizione di tutti i compartecipi del reato; l'adozione del cumulo materiale come regola generale in tema di concorso di reati; la recidiva obbligatoria; i limiti abbastanza ristretti della sospensione condizionale della pena » (59).

Non diverse riflessioni è possibile fare se si mettono a confronto il codice di procedura penale del 1913 e quello prodotto senza discussioni né confronti nel 1930 (60). La subordinazione del pubblico ministero al potere politico che dispone di efficaci strumenti di governo dell'azione penale; il dominio della fase istruttoria (dalla quale peraltro il difensore è rigorosamente escluso); l'abbandono delle garanzie di libertà personale dell'imputato; l'ordinarietà dominante della carcerazione preventiva intessuta di catture obbligatorie e di divieti di libertà provvisoria; il dislivello incolmabile tra l'egemonia dell'accusa e la soggezione della difesa dentro un quadro rigorosamente inquisitorio, fanno del processo penale del fascismo il coronamento e la garanzia, insieme, del disegno di politica penale espresso dal regime.

Coerenza, dunque, e sapienza tecnica, messe al servizio di un disegno ideologico che precipita e si deposita, per così dire, in una imponente impresa di riforma complessiva, alla quale il fascismo affidava ben più che la semplice disciplina della giustizia punitiva.

Metodo giuridico e responsabilità culturali. I penalisti italiani alla prova del fascismo.

Una domanda: gli esiti complessivi del rifacimento fascista dell'ordine penale, segnati da tre tappe decisive (le leggi fascistiche, i codici e il loro contorno, le leggi razziali), vanno considerati come il frutto del dispotismo temperato dalla ragione giuridica, o come il prodotto della sapienza giuridica al servizio di un disegno oppressivo? Oppure, come si sarebbe sostenuto nel 1945 (61), si trattò soltanto di una ordinaria e commendevole continuità, detur-

(59) P. NUVOLONE, *La parte generale del codice Rocco*, cit., p. 45.

(60) Cfr. M. CHIAVARIO, *Codice di procedura penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, II, Torino, Utet, 1988, p. 261.

(61) Cfr., per tutti, P. PIASENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica sicurezza*, in *Politica del diritto*, 1979, X, pp. 261-317.

pata da deplorevoli escrescenze della politica, facili da rimuovere all'occorrenza?

Diverse sono state le risposte abbozzate, dai protagonisti di allora, dai penalisti delle generazioni più recenti, da coloro che si sono posti a riflettere su quella vicenda storica della cultura penalistica italiana.

La teoria del freno. — I protagonisti di allora, lo sappiamo, si difesero nell'immediato dopoguerra, e poi anche in seguito, con la tesi della provvidenzialità della presenza di una dottrina giuridica di formazione prefascista che seppe fare da freno, evitando che il fascismo desse libero corso a tutte le sue propensioni autoritarie ⁽⁶²⁾. Corollario di questa tesi era l'asserita ininfluenza, nell'impianto del codice, delle parti più apertamente ispirate all'ideologia ed al programma politico del fascismo: ininfluenza dimostrata dalla loro facile reseccabilità, posto, tra l'altro, che esse riguardavano quasi esclusivamente la parte speciale del codice penale. Frangia di questo tessuto, la tesi dello scampato pericolo a fronte dell'ipotesi di 'nazificazione' della nostra scienza penale: senza il fine di non ricevere che i penalisti italiani opposero alle teorie che si venivano affermando in Germania, si sarebbe rischiato ben altro che il diritto penale del fascismo.

Non si può negare, in assoluto, che i penalisti di formazione prefascista abbiano agito da freno, con la loro opera complessiva, rispetto ad esiti meno desiderabili rispetto a quelli pur conseguiti dal fascismo, e con la loro partecipazione. Sta di fatto che quell'opera di moderazione, se ci fu, venne svolta da giuristi che presero parte concretamente, in modo diretto e consapevole, alla produzione legislativa dello stato fascista. Si deve anche ad essi se il codice penale, come ho già ricordato, venne sottoposto ad una marcata torsione in senso autoritario, repressivo ed intimidatorio: torsioni che investirono i contenuti, le finalizzazioni, gli scopi politici di quella legislazione, e non la sua *qualità tecnica*, che rimase apprezzabile. Ma è proprio la qualità tecnica, della quale non si discute, che fu — se mi spiego — il vettore perverso di quei fini politici. Si

⁽⁶²⁾ Per tutti ricordo la convinta perorazione di G. LEONE, *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*, in *Archivio penale*, 1945, I, pp. 23-42.

devono a sapienza dogmatica l'incrinamento delle tassatività, lo scoloramento delle tipizzazioni, il proliferare delle indeterminatezze nel codice penale, ed il severo abbassamento dei livelli di garanzia nel codice di procedura. Così come altrettanta maestria è stata necessaria perché questo lavoro di svuotamento e trasmutazione della sostanza venisse compiuto lasciando che la facciata legislativa del regime conservasse una sua tecnica rispettabilità.

Ma, si disse a discolpa, vennero salvaguardati il principio di stretta legalità, il divieto di analogia, l'irretroattività, il principio del bene giuridico, ed il rapporto giuridico-penale fondato su un diritto soggettivo di punire, al quale si contrappone il diritto di libertà del cittadino ⁽⁶³⁾: e questa è 'politica', non tecnica. Vero (con riserve sulla reale estensione di quella salvaguardia), ma si trattava di livelli di tenuta che appartenevano già allora alla sfera dello storicamente irrinunciabile. Si tratta dello zoccolo naturale ereditato dalla penalistica complessiva del XIX secolo, già reso stabile dalla correzione 'legicentrica' di tipo orlandiano impressa dall'Arturo Rocco liberale del 1910. Non risulta che siano state fatte battaglie, e nemmeno discussioni, per il mantenimento di quelle soglie, né risulta l'esistenza di chi le mettesse in discussione o volesse travolgerle. Il merito della conservazione di quei principi va dato, per così dire, alla storia, alla cultura giuridica italiana, e non necessariamente ai suoi esponenti *pro tempore* in quella fase politica.

Al di là del fatto che abbiano mantenuto l'estrema frontiera di ciò che era storicamente inesonabile, i giuristi che diedero mano al versante penale della trasformazione dello stato realizzata dal fascismo, portano ben altre responsabilità. Essi hanno lasciato disperdere il senso di difesa e di garanzia che i cittadini si attendono di norma da un sistema penale. Disarmati dal metodo nel quale ormai generalmente si riconoscevano, immersi senza residui in una cultura dell'autoritarismo che aveva cancellato in essi l'attenzione che il giurista deve sempre avere per i diritti, lasciarono circolare nella società — come originato dall'apparato penale — uno spirito di dominio che si esercitava sulle persone e sulle formazioni sociali, nelle relazioni politiche e nella vita quotidiana. Uno spirito non

⁽⁶³⁾ G. LEONE, *Contro la riforma del codice penale*, in *Archivio penale*, 1945, I, pp. 277-278.

separabile dalla pratica dell'arbitrio e del sopruso, che prendeva correntemente forma nei rapporti tra le autorità e i cittadini. Ciò che un sistema penale libero dovrebbe combattere e scongiurare, quel sistema penale lo incoraggiava ed attuava. Tutto ciò, lo sappiamo, sarebbe rimasto a lungo nelle fibre stesse della società italiana, sopravvivendo per decenni alla caduta del fascismo e lasciando tracce irrisolte anche dopo che la nuova penalistica civile, a partire dalla fine degli anni sessanta, ebbe dato un risolutivo scossone all'autoritarismo repressivo.

Entrarono nell'orizzonte della normalità l'inclinazione fascista alla vessazione dell'avversario, l'impulso di cancellare il *disturber*, il dispregio dell'*inferiore* per condizione sociale, per razza, o per condotta. E sulla scia del consenso di massa che il fascismo conseguì nel pieno degli anni trenta, si cercò, non senza qualche successo, di trasformare in senso comune lo spirito di chi 'civilizza' nelle colonie, 'ripulisce' in patria, 'bonifica' nelle carceri. Perché il paradigma della superiorità/inferiorità, il principio di ineguaglianza, il pregiudizio della gerarchia sociale, l'intolleranza per la diversità, ed i molteplici corollari della dottrina della forza, una volta assorbiti nelle leggi e fatti concretamente operare come 'criterio di giustizia', vennero poi restituiti alla società sotto forma di ideologia e visione delle cose. Di tutto questo i giuristi, ogni volta che dimenticarono la funzione umanizzante e liberatrice che al penale era stata assegnata dalla penalistica civile del secolo diciannovesimo, portarono non piccola responsabilità.

Resta l'obiezione sulla facile emendabilità del codice rispetto ai suoi contenuti francamente fascisti, incompatibili con le libertà ristabilite e con l'assetto democratico che il paese si avviava ad assumere dopo il 25 aprile del 1945, e resta la rivendicazione del 'nazismo scongiurato'. L'emendamento è forse un rimedio, ma l'emendabilità, seppure consente la riduzione del danno, non può essere indicata come un pregio. Giuristi di formazione prefascista come i fratelli Rocco, Massari o Manzini, hanno costruito quei complessi normativi, ed altri giuristi hanno supportato, commentato, magari professato nelle aule universitarie il distillato giuridico, la portata generale, le conseguenze costituzionali di quei complessi.

In tutta evidenza, la teoria del freno non si accorda con quella dell'emendabilità.

L'idea, infine, che il solido ancoraggio della scienza giuridica italiana (non solo di quella penale) ad una tradizione formalistica, abbia aiutato i penalisti a stare lontani da un cattivo uso dell'approccio teleologico, molto rischioso nel contesto di un regime totalitario, è perfettamente condivisibile. L'uso costruttivo delle teorie teleologiche, teso a moderare gli effetti passivizzanti del tecnicismo, va a merito dei pochi che tentarono di incamminarsi per quella via ⁽⁶⁴⁾. E bisogna aggiungere che, comunque, le aberranti teorie che circolarono, ed in parte si imposero, in Germania, non ebbero corso da noi. Ma anche la rivendicazione di questo merito, posto che di un merito si sia trattato, non sembra completamente *sans accroc*: le si potrebbe replicare ricordando il silenzio dei giuristi davanti alle leggi razziali, o con l'ovvia considerazione che lo scongiuramento del peggio non rende buono il resto di ciò che si fa, se il resto di ciò che si fa non è buono.

La teoria del metodo. — Da parte di qualche giurista che a pieno titolo appartiene a quella che mi è occorso di designare come una 'nuova penalistica civile', messasi all'opera in questi ultimi trent'anni ⁽⁶⁵⁾, si è individuato nel metodo tecnico-giuridico e nella sua funzione sterilizzatrice, la chiave interpretativa del ruolo svolto dalla cultura giuridica durante il fascismo ed il movente principale dei suoi comportamenti. Penso ad alcune riflessioni storiografiche di Franco Bricola, a diversi scritti di Guido Neppi Modona, al recente saggio, che ho qui tante volte citato, nella parte redatta da Marco Pelissero, alla vulgata che tra molti penalisti, pur assai attenti, circola su Arturo Rocco e sulla svolta metodologica che impresse al diritto penale. Ho l'impressione che la battaglia vittoriosa che essi impegnarono, dalla fine degli anni sessanta, contro le conseguenze nefaste che il metodo tecnico giuridico (ancora praticato dall'*establishment* penalistico italiano e quindi da molti dei loro maestri), stava producendo sul penale italiano, abbia ipostatizzato in essi un'idea di quel

⁽⁶⁴⁾ Cfr. G. NEPPI MODONA e M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., pp. 832-833.

⁽⁶⁵⁾ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, cit., pp. 542 ss. [t. II, pp. 658 ss.].

metodo che meriterebbe di essere ripensata, perché mostra qualche difetto di storicizzazione.

Quel metodo, come tutti i metodi, non ha operato in costanza assoluta di effetti. Ha prodotto esiti diversi a seconda delle situazioni, delle fasi storiche, degli oggetti a cui si applicò, dei livelli di sviluppo e progressione della scienza penale, dei contesti politici con i quali interagì. In più, come tutti i metodi, seppe interfacciarsi con fasi diverse degli orientamenti politici, ma non poté certo determinarne la nascita, l'esistenza o la fine. Poté molto, invece, sul modo e sull'efficacia con cui i giuristi assolsero i loro compiti. E nelle tre distinte fasi in cui è riconoscibile una sua diversa presenza, sembra si possa dire che abbia svolto una funzione risanatrice nella fase prefascista, una funzione di freno (in ipotesi) positivo durante il fascismo, una funzione di freno certamente negativo dopo la sua caduta.

Io resto convinto, come ho già avuto modo di dire altrove ⁽⁶⁶⁾ che la svolta tecnicistica avviata da Rocco nel 1910, ebbe l'effetto di favorire un 'risanamento' del diritto penale, raccordandolo alla fase (da qui la *centralità della legge penale*) che lo stato italiano attraversava in quel torno di tempo, come è naturale (e bene) che avvenga, se il diritto penale vuole adempiere interamente a tutta la sua funzione ⁽⁶⁷⁾. Gli ridiede autonomia, liberandolo dagli impresentabili orpelli pseudoculturali che lo appesantivano e sfiguravano, rappresentati prima di tutto dalle nefaste semplificazioni positiviste, tutte orientate verso un penale illiberale ed autoritario, preventivo ed eliminativo, tanto più pericoloso in quanto sicuro di una vocazione progressista e di essere il protagonista dell'avvenire. E penso anche che sia stata un'operazione inconsapevolmente provvidenziale, una sorta di astuzia della storia, perché senza quel risanamento, il fascismo avrebbe avuto sotto mano un diritto penale

⁽⁶⁶⁾ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, cit., p. 531 [t. II, p. 645].

⁽⁶⁷⁾ In questa prospettiva, non diversa è stata la battaglia condotta dai penalisti liberali del secolo XIX per rendere 'liberale' il diritto penale e raccordarlo con la natura del nuovo stato unitario, né diversa è stata quella ingaggiata dalla 'nuova penalistica civile' a partire dagli anni settanta — o poco prima — per rendere il penale conforme ai principi della costituzione democratica della Repubblica.

guastato da sincretismi e ricomposizioni tra 'scuole' ormai obsolete, sfigurato da cattivi sociologismi e peggiori antropologismi, tecnicamente sfiancato e gestito da mediocri giuristi. L'avrebbe trovato congeniale e ne avrebbe fatto un uso disastroso.

Poi però, assolta la sua funzione di risanamento, il tecnicismo produsse i suoi inevitabili effetti: un impoverimento dello spessore culturale del diritto penale, la caduta dei suoi collegamenti con la politica e con la storia, il suo rinchiudimento in se stesso, la fine della funzione di 'scienza civile' che il penale aveva storicamente avuto e nella quale era culturalmente cresciuto, fino a diventare 'centrale' nella costruzione della nuova Italia dopo l'unità.

Tutt'altra funzione quella del tecnicismo giuridico degli anni cinquanta e sessanta, che insiste a disconoscere la dimensione politica del diritto penale, che fa da freno all'attuazione costituzionale perché la considera alla stregua di una rivendicazione politica 'di parte', che si oppone al confronto del diritto con le rinnovate scienze storiche e sociali, che propone una visione sterile, isolata e raggrinzita della scienza penale.

Che dire invece della fase fascista? Si sa che il metodo tecnico-giuridico restò dominante, se non altro perché sembrava particolarmente adatto alla 'manutenzione' tecnica di un sistema penale a forte caratterizzazione ideologica come quello del fascismo. Quel metodo consentiva infatti ai penalisti, come da più parti si è ripetutamente notato, di svolgere al meglio la loro funzione di 'cura giuridica', anche dentro un quadro politico così radicalmente caratterizzato. In più, ed è forse questo l'aspetto più rilevante, ciò che il metodo era progressivamente diventato (in questo oltrepassando i limiti posti dallo stesso Arturo Rocco nella sua famosa prolusione del 1910), imponeva al giurista di stare rigorosamente dentro il recinto della sistematica e della congruità, della logica e della dogmatica, vietandogli il giudizio politico, la valutazione nel merito, la considerazione delle strategie punitive o la critica delle politiche penali e criminali che la legge perseguiva. Gli stessi divieti che apparentemente gli poneva il regime. Apparentemente, perché il fascismo non aveva nulla contro l'analisi politica della sua strategia legislativa, a patto che coincidesse con l'analisi ufficiale del regime.

Il dominio del metodo tecnico giuridico, infatti, non precluse al suo primo propugnatore ed ai massimi esponenti della tendenza di

occuparsi, eccome, di politica criminale e di strategie penali. I più eminenti tra i penalisti italiani avviarono col fascismo una collaborazione che non fu soltanto 'tecnica'.

Di Arturo Rocco, Eduardo Massari e Vincenzo Manzini, pontefici del metodo, si sa, ed ho già detto. Silvio Longhi, Alfredo De Marsico, Giuseppe Maggiore, Ugo Aloisi, Arturo Santoro, Alessandro Stoppato, a tacere di tanti altri, forse non spiccano tutti per vigore di dottrina, ma appartengono tutti al novero di quelli che possono essere definiti come penalisti militanti. Tutti, chi più chi meno, tecnicisti, ma tutt'altro che apolitici e neutrali. Il loro coinvolgimento non ha a che fare col metodo che praticavano, ma con le idee politiche di cui erano portatori. C'erano poi i penalisti, si direbbe, principalmente (o esclusivamente) militanti, vere e proprie mandrie di Augia: gli apologeti, i declamatori delle eccelse missioni, i laudatori dei grandi lavacri e dei sommi artefici, che pure non erano pochi. Provvidenziale presenza, tuttavia, che serve a farci immaginare quale grado di degenerazione avrebbe potuto raggiungere una scienza penale che non fosse stata moderata da un adeguato spessore dogmatico.

Adeguato spessore dogmatico avevano certamente i molti giovani capaci che avrebbero guidato la penalistica italiana della seconda metà del secolo, articolati in varianti del tecnicismo giuridico diversamente corrette e certo non ascrivibili alla categoria dei penalisti fascisti militanti. Ad essi si deve uno straordinario affinamento delle categorie penalistiche e dei mezzi dogmatici per dominarle e perfezionarle, che essi trasmisero ai loro allievi e che divenne prezioso patrimonio della scienza penale. Tanto più prezioso nel momento in cui una nuova penalistica civile, tecnicamente formata e fatta di giuristi veri, avrebbe ricondotto il penale sul terreno del confronto con la storia e con la politica, senza correre i rischi culturali che sono spesso connessi a quel genere di operazioni.

Quel metodo poteva offrire all'occorrenza difesa e riparo, prestarsi ad aggiramenti del merito politico delle questioni, o fornire occasioni di nicodemismo. Consentiva, di regola, la costruzione di una sorta di *enclave* tematica e mentale nella quale il giurista si relegava, ponendosi in una condizione che gli permetteva di aggirare i nodi politici delle questioni semplicemente lasciandoli fuori dal suo ragionamento, perché fuori dovevano stare, secondo quanto dettava

il metodo. Ma consentiva anche di pensare che questo e non altro fosse il compito del giurista: la questione delle sue responsabilità restava inaffrontata e irrisolta. E quando si ripresentò, nel momento del ritorno della libertà e della democrazia, divenne un'altra, e ben poca, cosa: una discussione su cosa bisognasse fare del codice penale. Fu una discussione che si risolse in pochi mesi, perché nessuno — dopo tanti anni di fascismo — aveva autonomia culturale, idee adeguate e vigore sufficiente per proporre, con una capacità progettuale che fosse credibile, quel che veramente c'era da fare: un codice nuovo, che riportasse il sistema penale ai giusti livelli di moderazione punitiva e di garanzia democratica, rispettoso delle persone, della società, delle esigenze della libertà e, insieme, di quelle dell'ordine e della giustizia. In questo senso il tecnicismo — col suo retaggio di conformismi, chiusure e sordità — operò e come. Ma pesò sulla cultura penalistica dell'Italia repubblicana, infliggendole un pesante ritardo, più di quanto avesse pesato ai tempi della dittatura. La teoria del freno sarebbe stata forse più convincente, se applicata ai vent'anni che seguirono la Costituzione del 1948, piuttosto che ai vent'anni che vennero dopo la marcia su Roma.

Sotto il fascismo, per giuristi giovani o giovanissimi come Antolisei o Bettiol, Leone o Bellavista, Frosali, Nuvolone, Pannain o Petrocelli — e taccio di molti — il metodo giuridico praticato finì dunque per costituire una forma di difesa, una eventualità di fuga o un rifugio possibile. Per alcuni poté essere un alibi, una scusa per volgere gli occhi al cielo e non vedere che cosa il fascismo stava facendo dell'ordine penale italiano. Ma non è certo a quel metodo che si possono imputare le scelte di politica penale del regime, la qualità ed i risultati della sua legislazione. Semmai, se una qualche funzione di arricchimento la dottrina giuridica può avere mai svolto, questa sarà stata di certo favorita da quel metodo di gestione e di elaborazione del giuridico.

Le responsabilità della trasmutazione del sistema penale furono politiche e culturali, non metodologiche. Responsabilità primarie dei penalisti egemoni, che avevano direttamente partecipato alle scelte e dato loro organica forma giuridica, mettendo la loro sapienza al servizio di un disegno che evidentemente condividevano. Responsabilità piene dei penalisti militanti che condividevano, lodavano, propalavano. Responsabilità derivate per tutti gli altri che, varia-

mente appiattati dietro un metodo che glielo consentiva, pur nella presenza di qualche discussione ‘cifrata’, che manteneva accesa una piccolissima fiammella di penale civile ⁽⁶⁸⁾, si posero comunque a gestire scientificamente quella legislazione ed i suoi ricaschi sulla scienza, facendo consistere la loro presa di distanze nel solo fatto di non tesserne le lodi.

⁽⁶⁸⁾ Per esempio, la discussione sul significato del bene giuridico ricordata da C. F. GROSSO, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra Ottocento e Novecento*, cit., p. 27.

**QUESTIONI DI METODO
E PROBLEMI DI RICERCA**

RECENSIONE A G. TARELLO
 “LE IDEOLOGIE DELLA CODIFICAZIONE
 NEL SECOLO XVIII”

Giovanni TARELLO, *Le ideologie della Codificazione nel secolo XVIII*,
 Corso di Filosofia del diritto, I, Genova, Cooperativa Libreria Uni-
 versitaria, 1971.

Nella storia del pensiero giuridico, il secolo XVIII ci si presenta come una singolare *croisée des chemins*.

Punto di approdo di concezioni giuridiche che avevano le loro radici nelle lontane scuole dell'Europa medievale e nella secolare prassi dei tribunali, esso rappresenta anche il momento di avvio di esperienze che sono ancora oggi lontane dall'aver esaurito la loro carica vitale; periodo decisivo nella formazione dell'ideologia giuridica della borghesia montante, esso esprime anche la fase nella quale l'*ancien régime* tenta, razionalizzandosi come può e cercando di semplificare i meccanismi del suo sistema giuridico, di trasferire quanto più gli riesce di se stesso e della sua anima nelle nuove strutture che pullulano dalla prolifica decrepitezza del mondo feudale.

È certo che la convivenza di nuovo e di antico, insieme alla felice ambiguità che quel secolo mostra a chi lo guardi libero da schemi scolastici e *routines* interpretative, rendono il Settecento giuridico particolarmente adatto ad una reinterpretazione dei moventi originari — e quindi dei meccanismi veri — che condizionarono e caratterizzarono un bagaglio culturale che ancora oggi è più vivo di quanto generalmente si creda.

Reinterpretazione, ma con alcune cautele. Non si tratta infatti, come ben sa chi si è familiarizzato con questo genere di riproposizioni critiche, di andare a riscoprire (quasi in un'operazione di filologia appena nobilitata dal peso storico del problema) l'originale

ed « autentica » consistenza di certi sopravvissuti meccanismi giuridici; né si tratta di fare dell'antiquariato disinteressato — sia pure non passivo, smalzato e intelligente — o di dare storico lustro al prosaico diritto di tutti i giorni, riproponendone, restaurate, le più colte ascendenze.

Si tratta invece, molto semplicemente, di cogliere un'occasione per ricordare ai giuristi di oggi (dal momento che, incredibilmente ce n'è ancora quotidianamente bisogno) che l'apparente tecnicità della scienza giuridica copre una realtà di scelte partigiane e di meccanismi finalizzati al disegno di potere politico di una classe sociale che proprio nel XVIII secolo, a fatica, e a prezzo di più di un compromesso con la cultura del vecchio *establishment*, gettò le basi concrete dell'organizzazione giuridica del *suo* Stato e del *suo* potere nella vita civile. Si tratta, mediatamente, di richiamare i giuristi alla coscienza della politicità del loro operato, e tutto ciò senza l'ingenua intenzione di provocare l'uditorio, o (come Tarello, disincantato, rimprovera a molti) di *épater* qualche vestale del diritto puro, tecnico e neutrale, che non si è ancora accorta della realtà o che, conoscendola benissimo, finge, interessata, di scandalizzarsene.

Il terreno offerto dal Settecento giuridico europeo si presta assai bene ad una operazione di questo genere. Bene ne ha tratto quindi occasione di discorso indiretto (ma non tanto indiretto, o non sempre) Giovanni Tarello, un giurista che non è nuovo a questo genere di chiavi interpretative (anzi, proprio a lui si deve in larga misura se non l'avvio, almeno l'ulteriore affermarsi di una vera e propria « letteratura delle ideologie » ⁽¹⁾, e che è, per sua candida ed

⁽¹⁾ Pensiamo ad altri studi nei quali T. si è fissato lo scopo di portare allo scoperto alcuni presupposti o meccanismi ideologici che valessero a collocare in una più critica prospettiva storica, o quanto meno a meglio valutare, alcuni significativi momenti della vita del diritto: *Il realismo giuridico americano*, del 1962, *Profili giuridici della questione della povertà nel francescanesimo prima di Ockam*, del 1964 e *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, del 1967.

Possiamo poi ricordare che lo studio del quale qui parliamo ha già avuto una sua prima versione con il titolo: *Le ideologie della Codificazione. Dal particolarismo giuridico alla Codificazione napoleonica*, Genova, 1969.

Nei *Materiali per una storia della cultura giuridica*, da lui raccolti (Bologna, 1971), T. ha rifiuto la parte del capitolo VI riguardante Montesquieu, col titolo *Per una interpretazione sistematica de « L'Esprit des Lois »* (pp. 11-53). Allo stesso modo, alcune

autoironica ammissione, e per fortuna, « abbastanza dissociato da amare tanto la teoria generale quanto la storiografia » (2). Ne è risultato un contributo ricco di salutarissimi spunti innovativi per gli storici (critico verso certi torpori storiografici, convincente in alcuni ribaltamenti di giudizio o nella demolizione di alcuni vecchi luoghi comuni, dati per sicuri e pigramente ripetuti), ma ricco anche di numerose occasioni di riflessione per il giurista contemporaneo, messo di fronte ad un esempio di metodologia critica perfettamente utilizzabile anche ai fini di una cosciente rimediazione del quadro ideologico del nostro diritto odierno.

T. inizia la sua analisi decifrando preliminarmente lo strumentario terminologico e concettuale di cui si servirà lungo tutto l'arco della ricerca (3), e preoccupandosi di predefinire alcuni tra i dati più rilevanti del fenomeno della codificazione. Vengono così dipanate le nozioni di *particolarismo giuridico* (con la pertinente sottolineatura del ruolo avuto dai giuristi positivisti dell'ottocento nel creare e diffondere questa espressione), quella di *costituzionalizzazione dei rapporti politici* (« a livello culturale essa consiste nel fatto che i giuristi vengono a rappresentare e a descrivere il rapporto politico come un rapporto giuridico »), e quella stessa di codice e codificazione.

delle pagine introduttive sono riprese in *Il diritto privato nella società moderna*, a cura di S. Rodotà, Bologna, 1971, pp. 31-48, col titolo *Le idee della codificazione*. Infine, negli *Scritti in onore di Mario Casanova*, Milano, 1971, viene riproposta l'analisi del contributo di Voltaire alle ideologie giuridiche del suo tempo, nell'articolo *Voltaire e la cultura giuridica*.

(2) Così si è espresso nel corso di un dibattito pubblicato nel n. 2 (1971) della rivista *Politica del diritto*, a p. 236.

(3) Bisogna tenere presente che il libro di cui stiamo parlando è il risultato di un corso tenuto agli studenti di Filosofia del diritto dell'Università di Genova.

Si deve dire subito che l'origine scolastica di queste pagine — in casi simili fortemente caratterizzante — ha influenzato soltanto lo schema esterno del lavoro: nel senso che T. ha avvertito la necessità di dare chiavi interpretative, cenni biografici e bibliografici, elementi di glossario, ma non si è lasciato attirare dalla tentazione più grande, che è quella — in questi casi — di riutilizzare il materiale definitorio e gli schemi di *routine* presenti nelle nostre numerose « abitudini linguistiche ». Anzi, proprio nei momenti « istituzionali » del suo corso, le preoccupazioni di ridefinire accuratamente correnti di pensiero e fenomeni politico-giuridici, gli ha offerto più di una occasione di individuare quelle componenti ideologiche che sono l'oggetto della sua critica storica.

La codificazione, come esigenza ideologica prima e come operazione politica poi, si voleva fondata, in ultima analisi, sul valore perfettamente borghese della *economicità*: economicità come semplificazione dei sistemi giuridici fondati sul groviglio di fonti e di *status* soggettivi tipico dell'*ancien régime*, ma anche come sostituzione (e non giustapposizione) del nuovo diritto al vecchio, e infine come unificazione del soggetto di diritto e riduzione al minimo dei predicati possibili.

La descrizione rapida ma efficace che T. fa della situazione politico-giuridica europea degli inizi del Settecento ⁽⁴⁾ fa spiccare molto bene il ruolo *costruttivo* dell'ideologia giuridica della borghesia all'opposizione, portatrice, anche nella fase della sua esclusione dal potere politico, di una esigenza di *ordine* che può sembrare paradossale.

Il fatto è che la borghesia aveva bisogno di *ordine* per mettere e tenere al sicuro il suo potere economico, condizione decisiva della sua ascesa politica, e solo i meno realisti tra i sostenitori dello *status quo* poterono scambiare (errore peraltro frequente, anche oggi, negli *entourages* del potere costituito) una proposta di razionalizzazione per un irresponsabile tentativo di eversione.

Con ciò, tuttavia, non si deve mitizzare la consapevolezza borghese. Non è un caso, e T. non tralascia di sottolinearlo, che solo nella seconda metà del secolo, e da parte di intellettuali non del tutto organici alle esigenze di riforma proprie della borghesia, si sia impostato un consapevole discorso sulla codificazione. E non è a caso che, in una prima fase della dinamica che approderà alle codificazioni, sia stato in realtà l'assolutismo europeo a farsi parte attiva di un processo anch'esso di razionalizzazione, per la via opposta, ma paradossalmente coadiuvante, dell'accentramento amministrativo e giudiziario.

Singolare il ruolo avuto dall'assolutismo lungo tutto l'arco del secolo. La necessità di superare, accentrandoli, i sistemi giuridici complessi, pieni di antinomie e complicazioni, incoerenti ed incerti, presenti in Europa, conduce i sovrani a concepire politiche del

⁽⁴⁾ La situazione di molecolare frantumazione dei soggetti e di proporzionale moltiplicazione dei predicati è resa molto convincentemente, con la significativa indicazione delle sue conseguenze politiche, per quello che riguarda la Francia (p. 33 e ss.).

diritto non del tutto organiche agli interessi stessi del potere assoluto. In effetti, le formule « astrattamente unificatrici » proprie della dottrina assolutistica, lasciano intatta la capacità centrifuga e la potenzialità disgregatrice del particolarismo giuridico. Su di un altro fronte, l'unificazione della giurisdizione, tappa obbligata del controllo dell'ordinamento, comporta (e realizza) un più efficace dominio dei giudici da parte del monarca, ma può determinare un rafforzamento della funzione giudiziaria e la sua costituzione in « corpo separato », con la ripresa di altre pericolose tendenze centrifughe. Allo stesso modo l'accentramento giudiziario sottrae potere ai giuristi, perché disarmava la loro (esclusiva) capacità di orientarsi negli intricati riti del formalismo, ma determina anche una nuova responsabilizzazione del potere politico, e quindi del sovrano, che si troverà sempre più costretto a rispondere del sistema e dei suoi difetti, perché si sarà privato — deresponsabilizzandolo — del giurista e della sua funzione difensiva. Non bisogna dimenticare, infatti, che finché la gestione delle cose giuridiche è stata delegata ad un ceto di *clerics* specialisti e, in questa misura, « imparziali », il sovrano si è sempre trovato al riparo da critiche politiche, potendo riversare sul ceto dei tecnici la responsabilità delle disfunzioni, delle contraddizioni e degli errori. Operazione ideologica tanto riuscita che non solo la varia moralistica di ogni tempo accuserà (quasi soltanto) gli avvocati dell'insopportabile, cronica crisi del sistema giuridico, ma gli stessi giuristi (o anche uomini come Muratori, Genovesi o Beccaria) non troveranno di meglio che rovesciare sui « torcileggi » o sui « privati ed oscuri interpreti » le responsabilità del marasma in cui versava la « giurisprudenza » dei loro tempi: il quale marasma aveva invece nel sistema politico generale e negli equilibri di potere economico le sue cause principali, mentre gli avvocati non facevano altro che muoversi secondo l'unica logica da esso consentita e ad esso funzionale.

Certo di questo genere, cioè politica, era stata la fondamentale intuizione del grande movimento di pensiero che elaborò i principali materiali ideologici confluiti poi nelle codificazioni, e che si articolò nei diversi filoni del giusnaturalismo europeo, da Pufendorf a Thomasius, da Leibniz a Wolf, e nel razionalismo giuridico di quella tendenza francese che espresse Domat e Pothier.

Merito di T. è di avere proposto uno schema di questa impo-

nente esperienza speculativa perfettamente funzionale all'oggetto, da un lato, ed ai fini, dall'altro, della sua ricerca ⁽⁵⁾

Le costruzioni teoriche di quei pensatori vengono vagliate a confronto con la realtà sulla quale miravano ad incidere. Vengono perciò rivedute come ideologie, come realtà riflessa, e riacquistano il ruolo e lo spessore politici che spesso sono loro negati da una storiografia giuridica ancora condizionata da risalenti schemi idealistici.

Anche l'ambiguità di fondo di quelle tendenze dottrinali è messa coerentemente in rilievo. C'è una propensione, in esse, variamente alternata nel favorire « o la razionale espressione delle norme o la semplificazione delle fonti o entrambe le cose », ed occorre bene avvertire che a questa dialettica dottrinale ha corrisposto, nel pratico svolgersi dei fatti politici, un succedersi di momenti della « codificazione » ben diversi nella loro qualità e tutt'altro che collegati in un *continuum* crescente.

La codificazione, cioè, non si svolse secondo linee di sviluppo progressivo ed unitario (da una fase embrionale, per es., ad una di sviluppo e compimento), ma si articolò in esperienze assai diverse per ispirazione e finalità, che solo il *nome* di *codex* poté apparentare, e spesso neanche quello.

Di queste esperienze T. parla distesamente. Dopo i primi tentativi, svoltisi nella prima metà del secolo e suggeriti in sostanza dalle non nuove esigenze di certezza del diritto, di ordine sistematico e di facile reperimento delle leggi, il fenomeno entra in una fase più

⁽⁵⁾ Non tutte le cose che T. scrive a proposito del giusnaturalismo europeo hanno, ovviamente, il carattere della « novità », sia pure sotto solo il profilo della valutazione ideologica. Già Norberto Bobbio, per fare un solo esempio, ha più volte impostato la ricostruzione di quel pensiero (anche) in chiave di individuazione del suo valore ideologico. La novità dell'opera di T. è nella finalizzazione rigorosa della sua analisi, che resta istituzionale, al fenomeno della codificazione inteso come generale fatto politico, e quindi la saldatura (nel rispetto e nella sottolineatura del necessario tempo storico intercorrente) tra il programma puramente « ideologico » enunciato dalla scuola di pensiero e la sua pratica realizzazione operata dalle forze politiche. In questa linea, ma con decisa opzione per il momento dottrinale, si colloca anche un altro studio, apparso praticamente insieme a quello di T. e ad esso parallelo sotto molti aspetti: ci riferiamo all'informatissimo e acuto contributo di A. J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, Paris, 1969.

complessa e caratterizzata, cominciando a perseguire lo scopo reale della codificazione moderna (la sola che possa dirsi senza riserve « borghese »), che è quello della unificazione del soggetto giuridico.

Ciò che toglie valore innovativo alla « prima codificazione » è il suo restare ancorata alle imperfezioni più evidenti, ma superficiali, del sistema (i *difetti* di Muratori), che riflettono solo un momento secondario (quasi sovrastrutturale) della vita del diritto e che si limitano ad andare incontro, tutto sommato, alle esigenze della pratica forense: le quali — ricorda giustamente T. — non sono neanche qualificabili come esigenze ideologiche di certezza del diritto.

È così che si sviluppano le raccolte di alcuni privati giuristi o i tentativi — nell'area germanica — di Leopoldo I (sec. XVII) e Giuseppe I, insieme a « Codici » come l'*austriacus* o l'*augustus*. Ricompilazioni con intenti razionalizzatori si hanno in Francia e in Savoia, ma tutte restano all'interno « di quella ideologia... designata come esigenza di una 'qualunque codificazione', o di una codificazione non funzionale ad una riforma o rinnovamento politico generale, ma limitata ad una visione di mero rinnovamento giuridico » (6).

(6) Si tratta cioè — prosegue T. che vogliamo citare per disteso in modo da dimensionare con le sue parole il fenomeno della « prima codificazione » — di un tentativo che si svolge tutto ad un livello per così dire sovrastrutturale, ed il cui fallimento si riduce al fallimento non tanto di una politica, quanto di una dottrina giuridica. Questi tentativi di codificazione non esprimono affatto — come molta storiografia pretende — un contrasto tra la cultura giuridica ed una cultura non giuridica ma legata ad una politica di rinnovamento sociale resa possibile da una acuta consapevolezza di problemi economici e magari « sociali »; si tratta di un contrasto, se mai, tra due partiti di giuristi, di cui uno era innovatore sul piano tecnico e formato di alti funzionari, e l'altro conservatore sul piano tecnico e formato di pratici e di bassi funzionari legati a interessi più piccoli, ma generalizzati alla base del ceto giuridico... » (pp. 157-158).

« In conclusione — scrive ancora T. alcune pagine più oltre — volendo individuare i tempi di fondo e comuni dei tentativi e progetti di « codificazione » di questo periodo, non troveremo probabilmente altro che l'esigenza di facile reperibilità del testo della *lex*; l'opinione che la *lex* abbia da essere chiara; ... e la diffidenza sia verso la *interpretatio* ed i giudici, sia verso i dottori e le scuole. Idee, tutte, destinate a confluire nel c.d. illuminismo giuridico... Idee, tutte, comunque, solidali con le tendenze dell'assolutismo all'accentramento della produzione e applicazione del diritto » (p. 171).

Qui è il nodo: non bisogna dimenticare il nesso che esiste tra un'operazione a livello tecnico ed il quadro politico generale entro cui essa si svolge: se questo nesso non è rilevabile, vuol dire che ci si trova in presenza di semplici ritocchi interni, cioè di fenomeni di riformismo occasionale e superficiale (7) che non hanno interesse e dignità strutturali.

Il fenomeno assume spessore diverso nella seconda metà del secolo. Innanzitutto la codificazione si fa organica ai processi di riforma politica, divenendo strumento e momento particolare di essi. Lascia il terreno tecnico-giuridico, cessa di essere un'occasione di riorganizzazione razionale e diviene espressione di una politica più generale, preparandosi con ciò ad essere scelta come importante terreno di scontro tra programmi ideologici diversi.

A ciò si aggiunga il particolare ruolo avuto, in questo periodo, dalla cultura illuministica europea. Se essa appare di opposizione in Francia, non lo fu certamente nell'area germanica, dove fu occasione di iniziative di riforma che partivano dai sovrani, e dove perse parte del suo mordente in cambio della realizzazione di parte dei suoi programmi.

T. ripercorre con precise annotazioni il cammino che va dalla *Regierung aus dem Kabinett* di Federico Guglielmo I, fino al *Project* di Federico II, delineando in modo assai istruttivo il rapporto di incontro e scontro che si instaurò tra quest'ultimo ed il cancelliere Coccej, non disposto — è il caso di dirlo — a lavorare fino in fondo per il re di Prussia. Il suo operato naufragò proprio sullo scoglio decisivo: quella unificazione soggettiva che avrebbe fatto del *Project*, se riuscita, una codificazione moderna. L'operazione riuscirà, sia pure non ancora in modo perfetto, con la pubblicazione, nel 1794, dell'*Allgemeines Landrecht*, punto terminale di un lavoro di qualche decennio e primo esempio di codificazione dai molti caratteri moderni.

* * *

(7) Quelli che T. imputa (a p. 164) alla « codificazione [come] tecnica giuridica al servizio di altre tecniche giuridiche... [che] serve alla certezza del diritto già vigente, alla sua conservazione, e in genere all'ordine pacifico dello stato ».

L'accurato insistere di T. sulla distinzione che occorre fare tra la codificazione moderna e le varie ricompilazioni, dettate da diverse opportunità, che la precedettero, è perfettamente coerente con le intenzioni di fondo di questo suo contributo ⁽⁸⁾.

Egli ha voluto (senza perdere l'occasione di farlo anche a proposito di singoli pensatori dei quali delinea le connotazioni ideologiche che lo interessano, come nel caso di Leibniz, di Domat, di Montesquieu o di Voltaire) riprecisare in una dimensione oggi meglio comprensibile, tutta una serie di giudizi storici che, per la irresistibile inerzia delle cose tralattate, sono diventati delle etichette.

Rifare un'indagine in chiave di *ideologie* consente invece di ridimensionare in modo più credibile tanti fenomeni giuridici che la storia del diritto ci ha proposto, finora, con impresso il carattere di volta in volta idealista, positivista, italo-centrico o di semplice *routine* linguistica, pescato occasionalmente nel bagaglio della riflessione ottocentesca.

La preoccupazione dell'autore di discernere sempre ciò che è nuovo e ciò che non lo è nel pensiero degli « ideologi », l'attenzione quasi puntigliosa nello smascherare errori ereditati e pregiudizi di vecchia data, l'accurato evitare di « retrodatare eventi futuri », il moderato uso della maieutica interpretativa (« non è opportuno abbandonarsi al desiderio di estrarre troppe ideologie dalle singole formulazioni »), la ricorrente individuazione del lato politico delle cose tecniche, il *leit motiv* delle ridefinizioni, testimoniano di questa linea metodologica.

Ne è venuto un contributo realistico e, forse, fin troppo smaliziato. T. non si fa fuorviare dalla liturgia esteriore dell'epoca che studia, né dal gioco delle parti che pure anche allora si praticava, riuscendo, anche per questa via, a ridimensionare il peso delle stratificazioni storiografiche successive.

È così che questo libro (che pure ha i difetti delle sue qualità:

⁽⁸⁾ Occorre ricordare che il merito di aver precisato con molto rigore, anche terminologico, la differenza *strutturale* tra codificazioni e *consolidazioni* (come egli le chiama, più efficacemente, dicendole « un precipitato storico della legislazione ») è del VIORA, che ha fissato i termini della questione nel suo ormai classico *Consolidazioni e codificazioni. Considerazioni sulle caratteristiche strutturali delle fonti di cognizione del diritto nei tempi andati. Contributo alla storia della Codificazione*, Bologna, s.d..

quando dà segni di pedanteria rovesciata nella sua salutare smalziatezza; quando non sa nascondere il gusto di espugnare miti storiografici che magari preferisce immaginare più radicati di quanto non siano; o là dove mostra una premeditata, e quasi settaria, volontà di stanare a tutti i costi l'ideologia nascosta nel rassicurante meccanismo tecnico) è così che questo libro — dicevamo — contribuisce in definitiva a colmare un vuoto di rinnovamento critico della storiografia giuridica, nello stesso momento in cui indica uno dei possibili punti di incontro tra il diritto di oggi e la sua storia. In questo senso parlavamo, all'inizio, di « discorso indiretto »: perché l'analisi che T. fa delle ideologie della codificazione settecentesca offre un modello perfettamente riutilizzabile (salvi i debiti aggiustamenti) nella realtà contemporanea. Con quella analisi egli non ci ha ricordato soltanto le ragioni politiche che hanno caratterizzato l'avvento della nuova stagione giuridica ancor oggi non del tutto tramontata; non ci ha soltanto proposto una opportuna rimeditazione sull'ipoteca borghese che ha gravato e grava su tanti meccanismi dogmatici miticamente ritenuti astratti e ormai depurati del marchio originario; ma ci ha anche suggerito ed esemplificato l'uso di una tecnica demistificatoria per la messa a nudo dei risvolti ideologici, che è bene mettere all'opera nella realtà di oggi, se si vuole che lo sforzo di certi storici si trasformi in autentica esperienza per quei giuristi che hanno orecchie per intenderlo.

RECENSIONE A "MATERIALI PER LA STORIA
DELLA CULTURA GIURIDICA, II/72"

« Sempre più frequentemente — scriveva qualche anno fa Giovanni Tarello ⁽¹⁾ — proviene a chi professa la filosofia del diritto, da parte di gruppi di giuristi sempre più numerosi, l'invito ad occuparsi del metodo della *scienza giuridica* e delle *valutazioni* o dei *valori* dei giuristi ». L'invito, notava T., viene spesso rivolto strumentalmente, e spesso riceve accoglienza ambigua, o risposte elusive, da parte di chi scambia il metodo dei giuristi con le loro professioni di metodo o i loro « valori » con i valori che essi dichiarano. Dei *trompe-l'oeil*, cioè, in cambio di domande strumentali o mal poste.

Superare gli equivoci, ed i pericoli, di questa situazione, significava — e significa — uscire dall'obbligato gioco delle parti al quale una radicata concezione della scienza giuridica ha costretto giuristi « positivi », filosofi e storici del diritto: significava, cioè — e significa — abbattere gli artificiosi steccati che separano una « disciplina » dall'altra, oltrepassando la fase delle reciproche consultazioni tra specialisti di settori diversi, per dare inizio a quella del lavoro in comune tra di essi, su terreni comuni di indagine.

Passa per questa via, è innegabile, anche la rottura dell'antico isolamento culturale della scienza giuridica, e — felice conseguenza — prende da essa avvio la rottura di un isolamento ulteriore: quello della storia del diritto all'interno della scienza giuridica.

Più di una iniziativa si è posta su questo terreno negli ultimi anni. La stessa riscoperta del lavoro interdisciplinare, e la rivalutazione del momento « organizzativo » della cultura, hanno favorito lo

(1) G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Milano, 1967, p. II.

spirare di un vento nuovo intorno alla scienza giuridica e dentro di essa. Lo avvertono i giuristi « positivi » più attenti (il che vuol dire anche i più aperti alla ricerca di nuove vie di comprensione del loro stesso lavoro quotidiano, perché più insoddisfatti di esso e meno disposti al grande *jeu des dupes* nel quale li hanno condotti per lungo tempo le resistenti teorie sulla « astoricità delle tecniche »); e lo avvertono i filosofi — e gli storici — che sentono insieme l'emarginazione delle loro « discipline » (ricorrente risultato, del resto, quello di trovarsi *ai margini*, per coloro che a lungo cercano di essere *al di sopra*), e l'esigenza di dare un contributo non elusivo né irrimediabilmente tardivo a quell'opera che bene è stata detta *di riaggancio* fra il giurista (e le sue tecniche) e la società (e il suo divenire).

Non esitiamo a dire che Giovanni Tarello, al quale si deve — con i *Materiali* — una (*and not least*) delle iniziative su questo terreno, testimonia con la sua biografia scientifica questo salutare rimescolamento dei ruoli. Filosofo, si è fatto giurista « positivo » per capire e vivere l'esperienza culturale oggetto naturale del suo lavoro, approdando infine alla storia, terreno privilegiato della riflessione sul diritto e via obbligata per la sua comprensione.

Ha dunque ragione Norberto Bobbio ⁽²⁾ quando dice che con i *Materiali* egli si è proposto di trasformare un suo risalente progetto individuale in una impresa di gruppo. Le trame, infatti, si ripetono, e coloro che intuirono a suo tempo il valore del progetto, nitide vedono oggi le direttrici dell'impresa e ne apprezzano i pregi.

Certo, mettere insieme contributi diversi, talora disparati, se corrisponde alla logica per così dire « alluvionale » che si cela dietro lo stesso nome dei *Materiali*, è anche operazione che si offre completamente al rischio di rinverdire la spenta tradizione degli *Archivi*, che furono testimonianza di un modo di intendere l'organizzazione della cultura tutto legato ad una concezione « campionaria » dell'interdisciplinarietà. Così come l'avventurarsi tra i primi per sentieri appena battuti o ancora da segnare, porta con sé e sconta interamente le inevitabili incertezze di linea, il valore diseguale dei

(2) N. BOBBIO, *Recensione* a questo numero dei *Materiali*, in *Rivista di filosofia*, LXIII (1972), p. 257.

contributi, o la malsicura coerenza di alcuni di essi con lo spirito stesso dell'iniziativa che li ha accolti.

Ma i *Materiali* crescono, hanno puntuale e significativa presenza, testimoniano un fervore di opere che ormai hanno perfino smesso di *registrare*, perché hanno cominciato a *suscitarle*. L'iniziativa *produce* cultura, prende sempre più sicura forma e maturando si affina.

Aggiungiamo a tutto questo che Giovanni Tarello non è di quelli che, fiutato il vento, hanno cominciato a strofinarsi alla storia. È semmai tra quelli che il vento lo hanno suscitato e vengono alimentandolo, onde è possibile isolare nella sua iniziativa alcuni caratteri che seriamente possono contribuire ad una prima ridefinizione del ruolo culturale dello storico del pensiero giuridico.

Pensiamo, per esempio, al valore di « sprovvincializzazione » che hanno da un lato, l'assunzione della *cultura giuridica* come centro dell'attenzione critica e dall'altro l'abbandono della prospettiva italo-centrica, che non è solo problema di scelta dei temi di lavoro, ma ha con sé non secondari risvolti metodologici. Pensiamo al respiro che quasi tutti i contributi ricevono dalla messa in opera di mezzi culturali mutuati da sistemi del sapere diversi da quelli storici e giuridici strettamente (o angustamente) intesi. Pensiamo a quanto di nuovo suscita in chi fa storia, nel suo metodo, nella sua capacità critica (e quindi comprensiva), una diversa considerazione dello stesso fenomeno giuridico, non più pensato come « oggettivo » in contrapposizione alla « soggettività delle ideologie », ma visto per quello che è: uno dei momenti culturali nei quali si esprime la generale dialettica tra le varie forze e concezioni presenti nelle diverse società.

Pensiamo, infine, che assai provvidamente iniziative come quella coordinata da T. riescono a coinvolgere i giuristi « positivi » in una preliminare (ma anche post-liminare, o verificatoria) opera di apprezzamento storico dell'oggetto del loro lavoro; molti di essi vedono così che la storia è (anche o soprattutto?) affar loro, e che il conseguimento di una coscienza della « storicità del sapere giuridico » non è delegabile ad altri o ad altri rinviabile, perché quella storicità è momento *interno* della loro ricerca, ed è ineluttabilmente *presente* nel loro ragionamento, per quanto « tecnico » esso appaia, e per quanto « sulle tecniche » sembri dispiegarsi.

Ne viene un ulteriore e per gli storici assai apprezzabile chiarimento. Infatti, questo genere di aperture e la rottura della *splendid isolation* della storia giuridica (che poi altro non è se non il nome che gli isolati trionfalisticamente danno al cordone sanitario posto a perpetuare il loro internamento) realizzano due risultati giusti ed a loro modo giustizieri: restituire alla filologia il suo prezioso ruolo ancillare e rifare dell'eruditismo — o della disinteressata archeologia dei dati — un ideale luogo di estraniamento, di rifugio, di dotto rasserenamento. E lo stesso insistere sulla storia delle esperienze giuridiche moderna e contemporanea, ha paradossalmente — pur se la cosa è del tutto chiara agli addetti a questi lavori — un valore innovativo e rompe con una delle più radicate abitudini del *milieu*, quasi proponendosi come ardita sperimentazione metodologica.

Contenuti nuovi, quindi, ma non solo questo. Anche lo schierarsi a tutti i costi dalla parte delle innovazioni può essere solo l'effetto di una *routine* classificatoria o di un luogo comune del giudizio critico, se esso non è confortato da contenuti vitali, fertili e quindi positivi.

Nessun problema, sotto questo profilo, viene da questa iniziativa. Noi pensiamo che il materiale offerto da T. e dai suoi collaboratori, pur con qualche momento di flessione dovuto alla forza d'inerzia di certi modi storiografici (in qualche intervento prevale un descrittivismo coscienzioso che non regge il passo con il vigore critico di certi altri), sia — per usare il linguaggio dell'edilizia proposto da Bobbio — di ottima tenuta. Con esso sarà ben possibile rinnovare gli « edifici pericolanti ed inservibili » che disseminano il nostro paesaggio storiografico, anche se sarà forse necessario un ulteriore sforzo di razionalizzazione nei suoi confronti. Nel senso che sarà forse necessario coordinare tono e valore del materiale che si verrà aggiungendo in futuro, inquadrarlo in un disegno coerente di rinnovamento storiografico ed usarlo di conseguenza. Né dubitiamo che questo avverrà, perché — se non ci sbagliamo — ci sono segni che mostrano il fatto che questo sta già avvenendo. Evidentemente, e giustamente, come il saggio Qoheleth dell'Ecclesiaste, anche T. sa che vi è un tempo per raccogliere pietre e un tempo per scagliarle.

Scendiamo ora in dettaglio ⁽³⁾. Riccardo Guastini, autore del saggio *Il lessico giuridico del Marx liberale (gennaio 1842 - primavera 1843)*, è di quelli che, per restare nell'immagine dell'Ecclesiaste, raccoglie le sue pietre in un modo che corrisponde in tutto allo scagliarle. Se non ci sbagliamo, il suo scritto finirà per porsi al centro delle questioni che riguardano la ricostruzione del Marx « giuridico », e bisognerà d'ora in poi — come si dice — farci i conti.

G. si muove lungo una linea ben caratterizzata, già espressa o abbozzata in altre occasioni ⁽⁴⁾, e che non è solo di ricostruzione dell'immagine del « rein Marx », ma è anche larga di suggerimenti politici, di allusioni pratiche, di opzioni strategiche. Qualche caduta di stile (per esempio là dove sembra compiacersi di poter additare quasi inedite mende nella prassi politica dei partiti comunisti europei e, severo, stigmatizza), ma nell'insieme una riproposizione lucida e rigorosa, che convince.

Questo scritto ci risarcisce, intanto, della trascuratezza con cui

⁽³⁾ Ci limiteremo a qualche osservazione su alcuni dei saggi contenuti nel volume. Degli altri diamo qui soltanto notizia, secondo l'ordine in cui appaiono stampati. F. DE MARINI AVONZO scrive in tema di *Pagani e cristiani nella cultura giuridica del V secolo*; V. PIERGIOVANNI, sulla *Les maestà nella canonistica fino ad Uguccone*, e poi G. REBUFFA, *Jean Bodin e il « Princeps legibus solutus »*; M. G. LOSANO, *Undici lettere inedite dal carteggio fra Jbering e Gerber*; C. ROEHRSEN, *Pierre-Joseph Proudhon ed il formarsi dell'anarchismo come teoria sociale*; S. CASTIGNONE, *Vilhelm Lundstedt. Nuove ricerche sul realismo giuridico scandinavo*; ed infine F. LOMBARDI, *La « logica dell'esperienza » di J. Willard Hurst. Storiografia giuridica e giurisprudenza*.

⁽⁴⁾ Di R. G. ricordiamo gli scritti che abbiamo avuto modo di leggere e che rappresentano forse — ma è possibile sbagliare — la sua completa scheda bibliografica: del 1970 sono *Les classes et les nations à l'ère de l'impérialisme*, in *L'homme et la société*, n. 18 (1970), pp. 91-98, poi rifiuto con aggiunte in *Problemi del socialismo*, XIII (1971), pp. 496-508, e *Garantismo e programmazione democratica. A proposito di Della Volpe e del della volpismo* (coautore R. Levrero) in *Classe*, n. 3 (1970), pp. 309-335; del 1971: *Lenin e lo Stato: una critica e un'apologia*, in *Politica del diritto*, II (1971), pp. 139-156; *Teoria e fenomenologia dello Stato capitalistico*, ibidem, pp. 781-807; *La « teoria generale del diritto » in URSS. Dalla coscienza giuridica rivoluzionaria alla legalità socialista*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* racc. da G. Tarello, I (1971), pp. 329-508; del 1972, una recensione ad U. CERRONI, *Metodologia e scienza sociale*, in *Rivista di Filosofia*, LXIII (1972), pp. 150-153; del 1973: *Fondamenti teorici del cosiddetto « uso alternativo del diritto » nel marxismo*, in *L'uso alternativo del diritto*, II. *Ortodossia giuridica e pratica politica*, a cura di P. Barcellona, Bari, 1973, pp. 3-14 ed il prosieguo dell'analisi sul Marx « giovane » (*Il lessico giuridico di Marx 1843-1844*), sempre nei *Materiali*, III.I (1973), pp. 349-515.

si è affrontato fino ad ora, le poche volte che lo si è fatto, il problema del Marx giuridico (diverso da quello — più difficile da legittimare — del Marx « giurista »). Attacca certi usi tattici che di quel Marx si sono tentati, critica il costume di riferirsi genericamente al « Marx giovane » (individuandolo negli scritti fino al 1845, che variamente sono articolati e distinti), ci mostra un assai credibile Marx « coerentemente borghese e giuspoliticamente liberale », assegnandogli insieme — quasi in un esorcismo che valga a propiziargli comprensione e scuse — la rassicurante qualifica di « giovanissimo ».

Il discorso di G. muove dalla struttura epistemologica del discorso di Marx (e lì si inserisce il prezioso rendiconto rappresentato dal suo lessico-indice del Marx giovane-liberale); delinea lo sbocco liberal-giusnaturalistico di quel discorso sul piano giuridico e ridimensiona più di uno tra i momenti storiografici che sembravano ormai definitivamente accreditati. Usa, in quest'opera di « rivisitazione » storiografica, un vasto strumentario analitico ed argomentativo: mostra come certe tecniche retoriche usurpino il posto che spetta alla realtà; scova le strumentalizzazioni politiche occulte che tentano di contrabbandare senili cedimenti cercando nel giovane Marx nobilitanti ascendenze; destratifica acquisizioni storiografiche ormai incallite, rimettendo a nudo — quasi restaurate — realtà interpretative che ci restituisce in tutta la loro evidenza.

Tutto questo, passando in rassegna il lessico giuridico del Marx dei primissimi passi, impegnato a fare i suoi conti con la sua formazione di base — che è giuridica —, con le contraddizioni dello Stato renano, con il difficile svolgersi della presa di potere della borghesia tedesca. G. sviscera « con intelligente (non pedantesca) meticolosità » (Bobbio) gli scritti in tema di libertà di stampa e censura, quelli sui furti di legna, quelli sulla scuola storica o sui profili « burocratici » offerti dai problemi dei vignaiuoli del Reno, ritagliando in essi con cattivante precisione e con riflessioni convincenti, un Marx liberale, « prescrittivo » e non sistematico nel suo approccio con il diritto: quel Marx che avrà di lì a poco la sua prima « mutazione » con la *Kritik des Hegelschen Staatsrechts* (terminata nel 1843, nell'estate), e che finirà « marxista » solo dopo una serie di acquisizioni metodiche ed in seguito ad importanti rovesciamenti di attitudine (pensare al Marx *descrittivo* della maturità, a fronte del Marx di queste pagine, che ha toni piuttosto imputabili al *Sollen*).

Stefano Rodotà ripubblica in questo numero dei *Materiali* un articolo (*Scienza giuridica ufficiale e definizioni della proprietà*) che era già apparso poco più di un anno prima nella rivista, da lui diretta, *Politica del diritto* (dicembre 1970, n. 3, pp. 463-478). Questa circostanza avvalorata, sia pure casualmente, l'impressione che questo scritto, come quello di Tarello di cui parleremo tra breve, ci ha immediatamente suscitato: che è quella di trovarci davanti ad una sorta di provvida « letteratura di richiamo », destinata a ricordare — o a tener vivo — l'elementare accorgimento di non lasciarsi fuorviare dalle etichette (molto spesso utilizzate per storiche « truffe »), e di non presumere — comunque — che i fenomeni di superficie rispecchino in tutto, e per principio, i meccanismi e le realtà del fondo.

Rodotà sceglie il tema esemplare della legislazione speciale ottocentesca (con riguardo particolare all'espropriazione per pubblica utilità), mostrando ciò che si venne formando dietro la cortina del diritto pubblico — davanti alla quale si erano (ovviamente) arrestati i civilisti — e dimostrando come l'espropriazione per pubblica utilità, che parrebbe il contrario, altro non fu se non un'ulteriore ostia offerta al principio della inviolabilità del diritto di proprietà.

Il discorso è assai semplice e scorre con sicura chiarezza. Bastava guardare oltre certe artificiose intercapedini, avverte R., per rendersi conto che dietro la nozione di « proprietà » si celavano due tipi di proprietari: quelli gravitanti all'indietro, legati a posizioni che oggi diremmo « di rendita », e quelli proiettati in avanti, caratterizzati come *produttori* nella stessa misura in cui i precedenti possono essere definiti come meri *proprietari*. Tutto stava nell'espropriare i primi a vantaggio dei secondi, mostrando però — come sempre — che l'utilità era « pubblica ». Ecco quindi un attacco alla proprietà che viene dal mondo dei proprietari, razionalizzazione che può anche essere scambiata per eversione, ma che altro non è se non un episodio del più generale processo attraverso il quale i ceti dinamici, produttivi, « capitalistici », hanno assunto l'egemonia nelle società del secolo passato.

Egemonia contrastata, a quanto pare. Il libello anticomunista sulla proprietà di L. Adolphe Thiers viene significativamente diffuso in duecentomila copie (R. non si pronuncia sulla notizia, ma così

pare che sia stato veramente), dopo che l'*establishment* francese post-quarantottesco ha chiamato a raccolta ed a gara tutta la scienza del Paese: segno del timore che certi processi interni di spostamento di potere potessero essere scambiati per rotture « rivoluzionarie » e del terrore che — se non controbilanciati a dovere — potessero diventarli veramente; ed anche segno, ci si consenta, dell'antica tendenza borghese a valersi della « scienza » ma a fidarsi di più della sua mercificazione: il borghese è certamente tranquillo se sa di avere buoni filosofi dalla sua (specie se si pensa al complesso di inferiorità che gli deriva dal sapere generalmente ottimi quelli dell'avversario), ma non lo è completamente finché non ha anche *semé du fric* per « vincere » la battaglia delle idee.

Letteratura « di richiamo », dicevamo. E questo non solo per gli avvertimenti di cui R. dissemina il suo intervento, esprimendoli apertamente o attraverso l'esempio che viene dal suo modo di valutare ricostruzioni e ricostruire valutazioni. È letteratura « di richiamo » anche perché invita a lavorare con le mani nel presente mentre con gli occhi si guarda al passato. Il grumo delle rendite e dei parassitismi, non solo economici, e quanto contro di esso si viene preparando anche all'interno del sistema di cui siamo oggi protagonisti, è luogo ricorrente negli interventi del R. « storico del presente »: e ben sappiamo che vedere come certe dinamiche si svolsero nel passato è anche capire come altre simili si svolgono ora, e vale a spiegarlo. Il giurista veste i panni dello storico per mostrare — in una sorta di uso traslato della storia, ricondotta quasi in forma di apologo ad un ruolo pedagogico — quali panni dovrebbe a sua volta vestire il politico, cioè l'operatore, di qualsiasi provenienza professionale, che ha a che fare e a che vedere con la realtà e con la sua trasformazione.

Con *Sistemazione e ideologia nelle « loix civiles » di Jean Domat*, Giovanni Tarello inizia, in senso verticale, un lavoro di revisione storiografica già largamente avviato, nel senso orizzontale, nell'area cronologica che va, appunto, da Jean Domat alle soglie della rivoluzione francese.

Le tecniche di questa revisione sono familiari a chi ha già avuto modo di meditarle ed apprezzarle ad altro proposito: T. fruga negli angoli, e non si lascia sviare dalle apparenze di facciata.

Di Jean Domat, *homo unius operis*, vede il modo mistificante di

descrivere il diritto vigente, l'uso equivoco della terminologia di base (*mens ratio-esprit*), il valore portante dello schema utilizzato, il quale finisce per *entrare* nei contenuti che dovrebbe limitarsi ad organizzare. Di lui ricostruisce aperture culturali (la linguistica di Port-Royal) e polemiche latenti; ne intuisce nuclei di precorrimiento rispetto alla codificazione e momenti genetici nei riguardi della ideologia borghese. Il lavoro di scavo gli consente di recuperare frammenti eloquenti, lo porta a frantumare — con scelta deliberata — più di una equivoca aggregazione di vecchi reperti e gli consente infine una sicura e limpida ricomposizione del materiale portato in luce.

Un lavoro, ci consenta T. un'immagine forse anche a lui cara, che ci fa ripensare alla « vecchia talpa » di cui qualcuno parlava augurandole, come noi facciamo a lui ed ai suoi *Materiali*, di avere energie ed opportunità per scavare ancora, ed a fondo.

STRUTTURALISMO E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO.
LA REGOLA DEL GIOCO NEL GIOCO DELLE REGOLE

Per i codici, e per quello di Napoleone in particolare, è valsa fino ad oggi l'immagine del *monumento*.

Si tratta di un'immagine che lascia largo spazio ai momenti dell'enfasi (« monumento di civiltà giuridica », si dice, o « monumento legislativo », « giuridico », « civile »), impegnativa e carica di suggestioni. Con essa apertamente è stato esaltato il lungo lavoro di escogitazione e di sintesi dei corpi legislativi, è stato scandito ogni avvenimento di codice, quasi a segnare i confini di lunghe ore, è stata valorizzata trionfalisticamente l'orma che in tutti i codici deliberatamente hanno lasciato le forze storiche che li vollero.

Sui codici come *monumenti* (discorso figurato inteso a suggerirne un altro più nascosto) si è costruita una letteratura di fiancheggiamento e difesa degli ordinamenti giuridici, che ha apertamente recitato il discorso dell'intangibilità e del *tout se tient*. Il trionfalismo elogiativo ha assunto il ruolo della copertura politica, e l'ammirazione per l'opera monumentale dei grandi architetti del diritto si è fatta argomento di intangibilità: onde l'obiettivo atto di consacrazione contenuto nell'allegoria del *monumento* ha prodotto, per chi ha saputo servirsene, il prezioso frutto della sacertà del Codice.

Oggi, soltanto l'obsolescenza delle immagini enfatiche e la sempre più diffusa avversione per il *kitsch* delle declamazioni oratorie (rifugiate nell'ultima spiaggia del linguaggio delle sentenze, o almeno di alcune tra quelle dei giudici italiani) consigliano ai giuristi l'impiego di immagini più contenute, o di schemi argomentativi dall'apparenza più ragionata e più dotta. Si seguono allora altre vie. L'uso tutto sommato banale della teoria della separazione dei poteri (il legislatore può, il giudice no) sostituisce l'argomento ormai

irrimediabilmente fuori moda della « monumentalità » che non deve essere scalfita, così come il riferimento al « prezioso equilibrio sistematico » della legislazione, o il terrorismo del « vuoto legislativo », servono ad opporre resistenza agli interventi, poniamo, della Corte Costituzionale, o a certe riforme — per esempio — del sistema penalistico.

Ma qualcosa si muove. L'immagine del *monumento*, che non è solo immagine, né solo allegoria, ma anche metafora e schema, per quanto ha in sé di volumi, di complessità, equilibri e strutture, viene ora rivoltata — dissacrata in un ribaltamento provocatorio, disarmata ed accuratamente depurata di ogni possibile scoria retorica — con una paradossale ma convincente « trasformazione e trasfigurazione » che la rovescia in un'immagine di *gioco*. Immagine che — anch'essa — non è solo un'allegoria (il segno di un'altra cosa) ma anche una metafora ed uno schema.

Applicata al Codice Napoleone, essa (impregiudicata per ora la distinzione tra *game* e *play*, e l'altra tra *jeu* e *jouet*) ha prodotto, per opera di André-Jean Arnaud, un *Essai d'analyse structurale du Code Civil français*, specificato appunto come studio della *Règle du jeu dans la paix bourgeoise* (Paris, L.G.D.J., 1973).

Da monumento a gioco: un rovesciamento singolare che a molti apparirà allarmante. Nel *monumento* predomina infatti un elemento di staticità che il *gioco* rovescia in dinamica; l'immagine del *monumento* nobilita nella stessa misura in cui quella del *gioco* dissacra; e la « gravità strutturale » del primo (che Foucault ci assicura tipica e piena) si scontra con la mobilità del secondo, che oppone all'impianto stabile, da contemplare, del *monumento*, la sua complessità dinamica, da vivere, in un contesto di strategie e di « mosse » che hanno un ampio arco di opzionalità.

In più, guardare al *Code Civil* come al regolamento di un gioco, consegue il singolare e provvido scopo, che fu del bambino della favola, di mostrarci il re nudo: i ruoli dal Codice previsti e organizzati si mostrano in una luce nuova, più chiara e trasparente, e tutto il meccanismo ideologico che ha condotto ad ipostatizzarli viene apertamente svelato. Anche gli angoli meno frequentati di esso vengono rischiarati, e gli istituti all'apparenza più innocui (o, come si dice, meno apprezzabili politicamente) ci mostrano un volto nuovo. Onde, se è possibile esternare un primo moto di stupore,

questo riguarda lo straordinario equilibrio che il Codice mostra al vaglio di questo particolare genere di lente, insieme all'eccesso di « funzionalità » che ogni sua minima parte sembra avere rispetto al « gioco dei borghesi ». Ma Arnaud è equilibrato nelle analisi, abile nella scelta delle prospettive, riservato nei giudizi, ed il suo schema finisce per catturare anche il lettore deciso a mantenere le distanze.

Anzi, il rovesciamento del *monumento* in *gioco* (che, beninteso, in A. non è esplicito, e forse neanche cosciente) rivalorizza la vecchia immagine, mostrandone più chiare le credenziali ed arricchendone il corredo di indizi.

Gli schemi di A. visualizzano la nozione del Codice come momento di massima sistematicità del diritto posto. Il « tout se tient » diviene fisicamente percepibile, perché ogni raffigurazione ha equilibrio, armonia d'insieme e simmetrico intreccio di funzionalità reciproche tra i vari elementi. Con le semplificazioni grafiche degli schemi che illustrano il suo libro (forche caudine per chi vuole arrivare in fondo, colonne d'Ercole di chi da essi si lascerà scoraggiare), A. ci mostra come dalla dissacrazione obiettiva realizzata attraverso l'uso del modello ludico, rinasca — quasi più credibile di prima — l'immagine autoritaria e intimidatoria del *monumento*: architettura gigantesca, prestigiosa, compiuta e malignamente geniale, capace di stendere su tutto il sistema un'ombra di sinistro dominio.

Ha dunque ragione Mounin (autore di una *Postface* che va meditata) quando osserva che A. riesce a renderci di nuovo interessante, ringiovanendolo, il vecchio documento. Ed il fatto di ridisegnare il Codice monumentale mentre ci descrive la regola di un gioco (o il Code-jouet), è tutto all'interno di quel paradosso.

Ma andiamo per gradi.

A coloro che considereranno questo libro alla stregua di un complicato sberleffo va detto subito che la messa in opera dello schema del gioco nell'analisi strutturale (e non solo in quella) ha nobili e sicure ascendenze. Dopo le prime teorie dei giochi enunciate da Emile Borel nel 1921, si è sviluppato un movimento di ricerca che ha interessato in primo luogo i matematici (Mc Kinsey, autore di una *Introduction to the Theory of Games*, e poi Drescher, *Games of Strategy* o ancora la *Theory of Games* di Vajda), ma poi anche i

filosofi, i linguisti, gli antropologi ⁽¹⁾. Il gioco è stato assunto come modello di ricostruzione nella scienza politica (di recente, Kostas Filinis) ⁽²⁾, e dopo il primo passo mosso da Johann Huizinga, il suo ruolo nell'analisi delle scienze una volta dette « umane » si può considerare definitivamente accreditato.

Del resto, A. non ha bisogno di scuse non richieste. Il suo disegno storiografico, partito con uno studio di avvicinamento al *Code Civil* condotto ripercorrendo le sue origini dottrinali ⁽³⁾, prosegue ora sul Codice stesso (con l'impiego di un metodo ricostruttivo rispetto al quale egli ha carte in regola e precedenti ineccepibili) ⁽⁴⁾ e si legittima interamente da sé.

Semmai, a questo *franc-tireur* della storiografia giuridica deve essere dato atto di saper sperimentare convenientemente strumenti di ricerca e profili interdisciplinari che rappresentano una delle poche vie ancora transitabili per la rigenerazione di questo genere di studi. E deve essergli dato atto di essere sceso — lui, Daniele marxista — nella fossa dei leoni delle analisi strutturali, così infide ed ingrate per chi professa il primato della storia e della dialettica, recando con sé il conseguente bagaglio di diffidenze per quella sorta di « idéologie nouvelle, dernier barrage que la bourgeoisie puisse encore dresser contre Marx » di cui parlava Sartre qualche anno fa ⁽⁵⁾.

Ma A. ha alle sue spalle lunghe riflessioni, ed è venuto elaborando una serie di precisi strumenti (frutto anche di corrette con-

(1) Ce lo ricorda U. ECO, nel *Saggio introduttivo* alla nuova edizione italiana di J. HUIZINGA, *Homo ludens*, Torino, 1973, richiamando i « passi wittgensteiniani sulla matematica come gioco, i paralleli saussuriani con gli scacchi, Lévi-Strauss e Lacan » (p. XVIII).

(2) K. FILINIS, *Games of Strategy and the Art of Political Direction*, tr. it. di P. Calabi Ivaldi, *Teoria dei giochi e strategia politica*, Roma, 1971. Ricordiamo anche, senza peraltro aver potuto consultarlo, uno scritto di Scott A. Boorman sul rapporto tra le linee della politica di Mao Tse Tung ed un gioco di tipo combinatorio molto diffuso in Cina, tradotto in italiano con il titolo *Gli scacchi di Mao*, Firenze, 1973.

(3) A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code Civil français*, Paris, 1969.

(4) Ci riferiamo ai suoi studi del 1968 e del 1970, citati più avanti, ed al più recente *Le médium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique*, in « Archives de Philosophie du Droit », 1972, pp. 165-181.

(5) J.-P. SARTRE, *Jean-Paul Sartre répond*, in « L'Arc », 1966, p. 88.

vinzioni lucidamente maturate) ⁽⁶⁾ che gli consentono di porre in azione quel metodo senza mettere in crisi nessuna delle sue premesse ideologiche: egli sviluppa le potenzialità ermeneutiche ed euristiche dell'analisi strutturale ma non scende a compromessi sui principi; sfrutta il metodo ma non gli permette di intaccare la strategia del discorso che ha in programma o di deviarlo dal suo disegno di intervento storiografico. Il distacco dallo strumento, conseguito attraverso la disincantata riflessione su di esso, gli fornisce la stessa sconcertante corazza che Plinio diagnosticava per le salamandre, ed egli passa senza bruciarsi attraverso il fuoco delle metodologie di indagine strutturale.

È così che il suo discorso morde nel vivo delle ideologie giuridiche, smontando il *code-jouet* mentre descrive il *code-règle* con il dichiarato fine di mostrare il gioco di scambio che si svolge al livello della società civile.

Un simile procedimento non si ferma né all'archeologia di tipo foucaultiano, né alla « geologia » polemicamente — e riduttivamente — evocata da Sartre. Il libro di A. non descrive in forma di semplice inventario, ma spiega e motiva. Se ci intendete, addita i responsabili. E se si astiene dai giudizi di valore è (anche) perché il suo contributo è, tutto intero, iscritto in un preciso giudizio di valore: infatti, a tacere del resto, nello stesso « scoprire la regola » c'è quel tanto di *smascheramento* dei giochi altrui che equivale ad un'accusa. È ben per questo che i meccanismi si tengono accuratamente nascosti: svelarli significa mostrare le lacrime e il sangue o — peggio ancora — dissolvere quel tanto di mistificazione che una « regola » consente finché la generale ignoranza del suo ruolo partigiano la fa credere neutrale e necessaria.

Aggiungiamo poi quello che anche Georges Mounin, nella *Postface* a questo libro, dice sulla scelta degli indici (indizi) che A. è venuto facendo. Si sa — dice Mounin — che ogni scoperta e descrizione della struttura di un fenomeno è condizionata dal tipo di indici che si usano per costruire quella struttura e che la loro scelta

⁽⁶⁾ Leggere, per apprezzare il tipo di mediazione tra strutturalismo e diritto che un marxista può offrire, il suo scritto *Structuralisme et droit. Notes de lecture et directions de recherche*, in « Archives de Philosophie du Droit », 1968, pp. 283-301, da completare con *Nouvelles du structuralisme, ibidem*, 1970, pp. 466-471.

rappresenta già una forma di interpretazione del fenomeno. La stessa qualità di tali indici è influenzata dalla loro selezione, donde l'importanza fondamentale di quest'ultima. È — aggiunge Mounin — quello che la linguistica chiama il « principio di pertinenza », ed il pericolo che ogni semiologo corre è quello di scegliere e selezionare gli indici in funzione delle sue ipotesi ricostruttive. Qualcosa come il rischio che corre lo storico quando individua le sue fonti.

Ebbene, A. sa che gli indici per la ricostruzione (e per lo smontaggio) della struttura del Codice non si trovano solo al suo interno (« c'est ce que la vieille et bonne philologie — ricorda Mounin — appelait la critique interne »), ma anche e soprattutto nel sistema generale che ha espresso il Codice: nella storia, nella psicologia, nella sociologia, nella storia giuridica ed in quella filosofica dell'epoca del Codice.

L'uso accorto e largo di questo background è uno dei punti di forza nella ricerca di A. ed è il mezzo attraverso cui egli recupera il momento del *giudizio* che la metodologia strutturalista tenderebbe a sottrargli. È grazie ad esso che questa « esperienza metodologica » (p. 2) rappresenta anche un credibile modello di storiografia, o — se si vuole — una via credibile per arrivare al come ed al perché di un fenomeno storico.

Vediamone lo svolgimento. A. parte da un discorso che appare di avvio a chi non conosce il suo precedente lavoro sulle origini dottrinali del Codice di Napoleone, ma che è in realtà un discorso di collegamento. Si tratta di innestare il retroterra culturale del legislatore dell'anno XII nel nuovo taglio d'analisi prospettato.

Vengono così introdotti i profili linguistici e strutturali di cui ci si servirà in seguito, insinuando anche le prime illuminanti ridefinizioni di termini-chiave (quasi dei *valori*) del linguaggio politico-giuridico della borghesia al potere.

Una nuova luce sulla nozione di *pace*, una risottolineatura dell'egemonia della sfera privata e quindi dello specifico momento del diritto che ad essa è legato, una salutare rilettura dell'ideologia dell'*ordine*: « la trouvaille du droit bourgeois », dice A., sta nell'accreditare il diritto come soluzione pacifica del problema della difesa degli uomini contro l'ingiustizia, l'errore, il disordine e la violenza. Nascono insieme al *Code Napoléon*, a quanto pare, la moderna immagine della legge come « scudo » ed il principio della *law under*

order, banalizzazioni di un rapporto ben più radicale e preminente che è quello che fa del Codice « le modèle le plus spécifique des rapports entre l'humanisme juridique et l'ordre bourgeois » e quasi un « catechismo delle relazioni civili borghesi » (p. 11).

Il Codice si presenta come modello giuridico per eccellenza: una volta tanto non spetta al ricercatore costruire il modello, perché il legislatore stesso si è incaricato di fornirne uno compiuto e già evidente. Esso è modello egemone. Si pensi a come lo stesso Codice penale ne viene condizionato, posto com'è a proteggere, con esplicite minacce di violenza, i beni dei cittadini (ivi compresi quei « beni giuridici » che sono la vita, l'incolumità, l'onore e così via) ed il corretto svolgersi di certi particolari rapporti tra di essi.

Infine esso si presenta come *corpus* storicamente chiuso, sistema autonomo che rompe con il passato chiudendo l'epoca in cui il diritto era in mano ad una « caste des robins bourgeois, jansenistes et gallicans » (p. 16), ed inaugurando un'era in cui tutto si risolve in un gioco di relazioni e di scambio che ha come terreno di competizione il mercato. E se è vero che il *Code Civil* è nato — tutto sommato — come espressione della borghesia rurale, è anche vero che la sua natura di « regola del gioco » lo rende proiettato in avanti e quindi capace di garantire il funzionamento anche di società che presentino carattere di omologia rispetto a quella per la quale è stato direttamente pensato.

Dalla regola del gioco al gioco delle regole. A. inizia, dopo aver tracciato, le linee descrittive dei fondamenti del diritto borghese, dei suoi livelli di ispirazione e dei suoi livelli di realizzazione, una suggestiva analisi dei ruoli in campo che è certo tra le più vivaci del suo lavoro.

La funzione di certi fenomeni di fondo è rapidamente chiarita (7), l'idea forza del Codice di Napoleone come « Code de la

(7) Pensiamo, per esempio, all'affioramento di una concreta ideologia di positivismo giuridico, rilevabile nel breve periodo che va dal *Projet de l'an VIII* all'avvento del Codice. « Ecartée pour la forme — scrive A. — cette équivoque, que parler de *loi positive* ne relève pas nécessairement du positivisme juridique, il faut bien admettre que le Code Napoléon, dans sa rédaction définitive, s'écarte beaucoup du jusnaturalisme qui inspirait le *Projet de l'an VIII*. La séparation rigoureuse des domaines du Droit et de la morale, du Droit naturel et du Droit positif, seul pris en considération dans le texte de

liberté » ovviamente ridimensionata ⁽⁸⁾, ed il ruolo di legislatore e giudici, in questo contesto, accuratamente ripuntualizzato.

Vengono così in evidenza i nodi irrisolti del Codice e le sue contraddizioni più clamorose. Riflesso inevitabile di quelle esistenti nella società borghese, che il legislatore ha cercato di disinnescare trasformandole da « anello debole » in strumento di attacco e di dominio.

La principale di esse è quella tra individuo e società. « A quel niveau que l'on se place, les règles du Code Napoléon ont été édictées en fonction de l'opposition individu/société » (p. 43). Il problema sta tutto nel consentire la massima « espansione » all'individuo con il minimo danno per gli altri (individui), e non si darebbe prova di grande originalità a sottolineare questi aspetti della questione — dice A. — se essi non permettessero di spiegare certi profili paradossali offerti dal Codice, quali l'opposizione tra regole e definizioni o quella tra l'affermazione della libertà individuale da una parte e le necessità dell'ordine sociale dall'altra.

La nozione di *ordine pubblico* e di *buon costume* rappresentano un tentativo di mediare queste contraddizioni sul terreno del « diritto pubblico » (« Au niveau de l'illicite, les bonnes moeurs sont au Droit naturel ce que l'ordre public est aux lois positives » (p. 50), così come — al livello della sfera privata — la mediazione verrà ritentata con la nozione di *buona fede* o con il modello del *buon padre di famiglia*: limiti alla libertà individuale messi a protezione della libertà individuale.

La regola del gioco, dice A., può essere riassunta in sei punti. Si tratta di un gioco che riguarda un tipo di scambio (limitativo) che pretende di rispondere a tutti i problemi e per sempre e che, partendo dalla particolare risposta data dal *Code Napoléon*, arriva

l'an XII, annonce un certain positivisme juridique. Quant à nombre d'effets tels que la fixation de la règle, la nécessité de sa promulgation, la soumission du juge à la loi, l'interdiction de l'interpréter, si ce n'est dans des cas précis, et pour vider tel procès déterminé, contrairement à l'esprit du *Projet de l'an VIII*, ils mènent droit à l'étouffement de la doctrine et à la naissance d'une véritable jurisprudence, qui sont de l'essence même du positivisme juridique » (p. 44).

(8) Anche con verifiche successive: quando si parlerà della « libertà » che il Codice ammette per le donne, per i minori, per gli « esclusi », per quelli che non hanno di che giocare, e così via.

ad un tipo di «*explication séméiologique du jusnaturalisme*» la quale ripropone a sua volta lo stesso Codice come «*Code de l'ordre*». Può sembrare, tutto questo, un modo di iperdefinire che consegue, inevitabilmente, un paradossale fine di oscurità. In realtà, il discorso riacquista poi chiarezza e pregnanza di giudizio al momento della sua chiusura. Il Codice — conclude A. — «*est un monument de la PEUR. Mais il est le Code d'une peur très particulière, celle du petit-bourgeois qui a vu ses aspirations individualistes comblées, et veut se prémunir contre le risque qu'il court de perdre les avantages acquis*» (p. 55).

Il grande disegno legislativo, il monumento di civiltà posto ad archiviare la storia e ad aprire le porte dell'età nuova, finisce per essere catturato e compromesso nella logica meschina — ma storicamente vincente — di un mondo balzacchiano, tutta sintetizzabile (a titolo di paradigma) nella misera ma irriducibile e sacramentale volontà di non pagare le tasse.

Il momento, però, in cui la metafora del gioco si arricchisce del massimo di suggestione ed il metodo strutturale d'indagine dà i suoi frutti migliori, è quello della descrizione della «*partita*» (*Le fonctionnement du droit bourgeois*).

Carrellata ⁽⁹⁾ sui giocatori e su coloro che non hanno carte in regola per giocare (*le vagabond, l'étranger, l'absent*, personaggi indicati come riflesso di tre carenze strutturali: *de symétrie, de transitivité, de réflexivité*); inventario dei requisiti minimi ed emersione dell'immagine del giocatore ottimale: maschio, maggiorenne,

⁽⁹⁾ Il termine, cinematografico, contiene una sua allusione. A. usa infatti, tra le altre *auctoritates*, quella insolita della cinematografia. Godard, Pasolini, Renoir (che ha ispirato il sottotitolo *La règle du jeu*) si incontrano nelle note accanto a Carbonnier (p. 62) o a Lévi-Strauss (p. 76), e dopo la lunga bibliografia che chiude il volume si può leggere un'accurata *filmographie*. Occorre dire subito che l'uso argomentativo del riferimento cinematografico ha — nell'economia della ricerca — un suo ruolo pienamente legittimo. «*Ce qui me semble caractériser la manière d'Arnaud — scrive in prefazione Michel Villey — c'est de féconder la science du droit d'essences butinées ailleurs, sur d'autres champs de l'activité scientifique, parfois très éloignés du nôtre, et que la caste des juristes, jusqu'à présent, veut ignorer. Les juristes lisent les juristes. Or ... Arnaud n'a pas d'esprit de chapelle, il aime a ruer hors des brancards, ce qui n'est pas commun: l'interdisciplinarité triomphe dans les discours ministériels mais à contempler notre présente université, jamais nous n'en fûmes plus loin.*» (p. 1).

proprietario, cittadino dello Stato, incardinato nel gruppo presente, meglio se sposato (il suo potere si ingrandisce, la sua sfera di influenza si allarga); otto pagine sul ruolo che quel « Codice dalla libertà » assegna alla donna (aggravato, ricorda A., dal personale « moralismo » di Napoleone, che per un momento ci riappare nei suoi panni di capofamiglia corso, probabilmente frustrato dal nuovo statuto conseguito — dopo la rivoluzione — anche da sua moglie e dalle sue sorelle): perfino alcune che sembrano zone di libertà lasciate alla donna, si presentano, a ben guardarle, come una sorta di esche avvelenate ⁽¹⁰⁾.

Il gioco conosce, ovviamente, una *posta*, e i giocatori vi si dispongono impegnando una certa parte del loro *patrimonio* (la « dote », nel linguaggio del tavolo verde), attraverso una serie successiva di *puntate*. Il Codice disciplina qualità e tipo di beni (le

⁽¹⁰⁾ « Exceptionnellement, la femme recouvre sa liberté. Mais, à la lecture des textes, on se rend vite compte qu'il s'agit là d'illusion de liberté. Ainsi en est-il de cet article qui estime inutile l'autorisation du mari lorsque la femme "est poursuivie" en matière criminelle ou de police (art. 216). C'est que, dans ces limites, la femme quitte l'autorité maritale pour tomber, comme on dit, "entre les mains de la justice". La seconde hypothèse concerne la liberté de tester (art. 226). Or il s'agit là de disposition qui ne prendront effet qu'après la dissolution du lien matrimonial. Il eût fallu imaginer une fiction bien puissante pour prolonger la puissance maritale au-delà des rives du Styx. La femme peut encore, sans l'autorisation du mari, révoquer une donation qu'elle lui aurait faite antérieurement (art. 1096). C'est là tout simplement une manifestation de la défiance du législateur à l'égard de la gratuité... Elle peut, enfin, séparée de corps ou de biens, disposer de ses biens meubles (art. 1449). Mais il faut voir ici, également, aussi étrange que cela puisse paraître, plutôt qu'une faculté, une restriction supplémentaire à la liberté de la femme, dans la mesure où cette disposition en annonce une plus importante: "elle ne peut aliéner ses immeubles", dont on sait qu'à l'époque, ils constituaient la valeur économique fondamentale.

Une telle réglementation devait modeler le caractère des femmes de la façon qu'on sait: femme écartée de la vie publique (et qui ne connaît donc rien, par principe, à "la politique"), aspirant à la vie bourgeoise qui incarne la tranquillité, faisant au besoin "les poings dans sa poche", profitant au mieux des avantages à elle accordés par le législateur mâle pour contrebalancer l'incapacité dont il la frappe (art. 2121 *et al.*); exacerbation de la coquetterie, derrière le masque de laquelle se retranchent les filles dont le mariage constituera une assurance sur la vie: prison, peut-être, mais où elles seront "casées"; défiance à l'égard du mari; jeunes couples précocement vieilliss par le statut de gens mariés. Un sursaut de responsabilité ne peut mener qu'à la révolte; la soumission à l'acceptation du statut de femme-object. » (pp. 75-76).

fiches?), potenzialità dei giocatori (chi può disporre di quanto), limite delle puntate e plafond della posta.

Poi ancora un'analisi del momento dinamico del gioco (La partie en action), con annotazioni sull'*alea*, sul valore squisitamente ludico del pegno, sulle penalità per chi bara (*repetitio indebiti*, rescissioni, regressi e risarcimenti), sui sistemi di garanzia; riemergono i motivi (ricorrenti) della *réflexivité* (convenzioni matrimoniali), dell'*antisymétrie* (occupazione, accessione, invenzione di tesoro, comodato, mandato non accettato, prescrizione), della *transitivité* (successioni, sequestro, ipoteche).

Segue una serie di garanzie per il buon funzionamento del gioco. Prima fra tutte quella impersonata dal giudice: esso ha il delicato ruolo di sbloccare il gioco inceppato, di arbitrare nelle controversie, di pronunciarsi sul regolamento, di comminare penalità e squalifiche. Il giudice, dice A., è uno « *spécialiste des troubles de la communication* », ed il suo ruolo è — spesso — quello che nei giochi di carte è il ruolo del jolly: opera supplenze (nei confronti del marito minore, oppure gestendo tutele, comminando interdizioni, nominando curatori nel caso di giocatori sregolati che il fallimento ha allontanato dal gioco), e provvede che il gioco continui, prendendo su di sé oneri (potestà maritale sulla moglie di un portatore di pena infamante, tutele e curatele) che nessuno dei giocatori potrebbe assumere senza averne un danno, o un vantaggio, che squilibrerebbero il gioco.

Ma le garanzie per la perpetuazione e l'equilibrio del gioco non si fermano al ruolo del giudice. Il sistema prevede un meccanismo di riproduzione dei giocatori (matrimonio-figli-successioni, oppure matrimonio-adozione-successioni), fino a mettere in atto meccanismi di riserva (parenti, soci, amici) per i casi di emergenza: poniamo, per soccorrere un matrimonio che non funziona (o che non c'è), per sovvenire in caso di incidenti non prevedibili o prematuri, ma tali da sguarnire in qualche modo il tavolo da gioco, per non lasciare in balia di se stessi i giocatori ingenui o eccessivamente maldestri.

Ci sono meccanismi per la perpetuazione delle « doti » (alimenti, gestioni d'affari, ancora successioni) e garanzie funzionali che servono a dare sicurezza a chi rischia.

Infine, un bilancio ed un invito. « Rileggere il Codice », propone A., in una prospettiva che porti al rifiuto del suo linguaggio, per

uscire dalle strutture mentali in cui il giurista è oggi costretto, qualsiasi sia il livello di coscienza raggiunto dalla sua avversione al sistema e per quanto a suo malgrado. Ma rifiutare il linguaggio del Codice, egli aggiunge, « c'est refuser tout ce sur quoi il repose: le Droit, conçu comme la règle du jeu d'un style de civilisation, celle de la *paix bourgeoise* ».

Certo, adottando questo punto di vista, è possibile smascherare il falso umanesimo del Codice e svelarne — denunciandolo — l'alibi idealista. Ma l'invito è radicale, ed apparirà maligno a qualcuno, a qualcun altro ingenuo. Raccogliendo significherebbe fare ben altro che battersi contro il « linguaggio » di un Codice ormai smascherato: onde a qualcun altro ancora l'invito potrebbe apparire come una provocazione.

Ma è proprio in questo alternarsi di malignità, di ingenuità e di provocazione che sta il nerbo robusto del libro di A., capace di offrire per questo — insieme ad un « *terrain d'exercice et de réflexion sémiologique qui n'a sans doute pas d'égal depuis les travaux de Lévi-Strauss sur les mythes* » (Mounin) — una serie di sollecitazioni e di spunti che rappresentano altrettanta aria fresca e nuova gettata, magari a forza, nell'organismo dei nostri studi, esangue e decrepito come quasi tutte le cose raffinate.

RECENSIONE A “MATERIALI
PER UNA STORIA DELLA CULTURA GIURIDICA V/1975”

AA.VV., *Idee e atteggiamenti sulla repressione penale*. Volume V dei *Materiali per una storia della cultura giuridica*, raccolti da Giovanni Tarello, Bologna, Il Mulino, 1975

I segni di un possibile rinnovamento della storiografia giuridica italiana, che era facile cogliere interpretando il senso di alcune iniziative avviate nei primi di questi anni settanta, si sono ormai mutati nella prova concreta che qualcosa sta effettivamente cambiando.

La « cultura delle riviste » si va allargando e mette ora il suo lievito anche nel campo della ricerca storica: un vasto programma di ricerche prende forma, con tagli nuovi nel modo di affrontare i problemi ricostruttivi, con un respiro culturale finora sconosciuto nello stretto recinto in cui gli storici del diritto hanno per troppo tempo coltivato l'orto di casa, con la messa in campo di una quantità promettente di energie nuove già seriamente orientate. Nel breve giro di qualche settimana i due principali gruppi di ricerca che operano su questo terreno ci hanno così dato il terzo ed il quarto volume dei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* ed il quinto dei *Materiali per una storia della cultura giuridica*, curato da Giovanni Tarello ed interamente dedicato al presentarsi in Europa di una « questione penale » tra il XVIII e il XIX secolo.

Già altre volte ho avuto modo di indicare alcuni dei tratti caratteristici che rendono particolarmente vitale questa *opus fervens* del gruppo genovese; vale la pena, però, di sottolineare, valorizzandole, quelle che si potrebbero considerare le promesse meglio mantenute dall'impresa dei *Materiali*. In primo luogo essi conti-

nuano ad essere il risultato di un lavoro di organizzazione culturale che parte dalle università, come è giusto che avvenga, e come sempre più raramente ora accade: cosa che allarma troppo poco coloro che hanno a cuore i destini inseparabili della ricerca scientifica e dell'insegnamento superiore; un lavoro di organizzazione che ha sì un suo coordinatore, ma che rimane (anzi diventa sempre di più) un lavoro di gruppo, capace di suscitare ogni volta l'impegno di nuovi giovani e occasione esso stesso di formazione culturale, di educazione a metodi nuovi, di valorizzazione dell'aspetto « corale » della ricerca. Importante, ed ormai definitivamente acquisita, la scelta di una prospettiva non tradizionale (la storia della « cultura giuridica ») come punto di orientamento: essa rappresenta il segno di un marcato cambiamento di attitudini e di interessi, tale da poter essere giustamente apprezzato forse solo da chi conosce « dal di dentro » la forza delle visuali di routine, il sospetto verso programmi che sembrano privi di un apprezzabile ancoraggio positivistico (il testo, il reperto, il frammento), la diffidenza nei confronti delle aperture interdisciplinari, non solo riguardo ai terreni di indagine, ma anche rispetto agli strumenti materialmente utilizzati; le pigrizie, insomma, e le resistenze, che un mondo culturale ricco di tradizioni dignitose e di rassicuranti regole (frutto non solo della sua annosità, ma anche di un'esperienza in gran parte positiva e perciò affidante) può mettere in campo. Infine il rinnovato proposito (ancora non materializzatosi a sufficienza, però, e Tarello non esita ad ammetterlo e rammaricarsene) di coltivare un rapporto più vivo con i giuristi « positivi »: il che deve rappresentare il primo passo, necessario e non eludibile, verso un'apertura ulteriore nei confronti dell'intero panorama delle scienze sociali, il cui notevole fermento ha da tempo battuto ogni pretesa iuricentrica, ma il cui bisogno di confrontarsi e collegarsi con la cultura giuridica è probabilmente grande quanto quello che questa cultura ha di confrontarsi e collegarsi con lui. Onde è matura ormai una scelta che tenda ad istaurare un rapporto di reciproco sostegno — un vero e proprio *feed-back* — tra la storia del fenomeno giuridico ed il movimento di riforma giuridica ed istituzionale di cui si avverte l'urgenza e che pur si tenta di avviare nel Paese.

Segni di rinnovamento, dunque, ma per arrivare a che cosa? Se guardiamo a quest'ultimo prodotto della fatica culturale ed organiz-

zativa di Giovanni Tarello e dei suoi collaboratori, a me pare si possa dire che esso risponde assai bene almeno a due dei compiti essenziali che i *Materiali* si sono obiettivamente dati nell'arco di crescita che hanno percorso in cinque anni di vita: quello di caratterizzare e puntualizzare in modo rigoroso il discorso culturale, individuando una tematica omogenea e svolgendola in un arco di tempo coerente e non dispersivo; quello di mettere a fuoco in un modo che può aspirare ad essere definitivo lo scenario ideologico (cioè il complesso di motivazioni reali e di quelle dichiarate) davanti al quale non resta ora che collocare i risultati di ricerche ulteriori — che anche ad altri compete fare — su ciò che materialmente venne mutando, in quell'epoca cruciale a cavallo tra Sette e Ottocento, sul terreno della codificazione del nuovo diritto penale della borghesia, su quello della legislazione corrente, delle dinamiche istituzionali, dei corpi (già allora) separati, degli istituti per l'emarginazione e così via: la delineazione, cioè, di quel meccanismo che alle sistemazioni di un ceto di intellettuali impegnato sui nodi del rapporto tra politica e diritto (di importanza talora non inferiore alle stesse dinamiche sociali) fa seguire il coagulo materiale di un sistema politico-istituzionale espressione del dominio conseguito dalla nuova classe al potere.

Il primo di questi due compiti ha evidentemente carattere « funzionale » e va valutato — ha ragione Tarello — sulla lunga lena dell'intera impresa dei *Materiali*; valutarlo sui singoli volumi vuoi dire solo reclamare la parte che ogni studioso pretende attribuire al suo *commodum*: cosa importante, ma non decisiva.

Sul secondo punto è bene fermarsi a riflettere. Io sono convinto che la lunga era di depoliticizzazione dell'esperienza penalistica inaugurata, per intenderci, dalla svolta tecnicistica dei primi anni di questo secolo, abbia determinato una sorta di narcosi culturale dalla quale occorre riemergere, e che solo illusoriamente può essere cancellata ripetendo cose sull'uso politico del diritto penale o sulla non neutralità della repressione. Per fare un solo esempio, non mi pare senza significato il fatto che mentre la catalessi culturale dei penalisti era al suo colmo, nel 1948, uno studioso come Giuseppe Bettiol diceva con grande chiarezza, ma senza svegliare nessuno, che il diritto penale è esso stesso politica e che non si capisce se non se ne colgono le coordinate con il momento politico.

Che « il penale è politico » e che la repressione non è fatto neutrale è cosa evidente, che sta sotto gli occhi di tutti, e che se pure è bene non dimenticare, tuttavia non esaurisce i compiti dello storico giurista, il quale ha davanti almeno altri due fondamentali compiti, oltre a quello di indicare ogni volta (perché questo è un dovere scientifico — e civile — che resta fermo) ciò che di « politico » produce ogni sistema penalistico in funzione.

Il primo di tali due compiti riguarda lo studio sistematico (ed articolato — bene fa Tarello — anche su diverse tradizioni culturali) della *riflessione* condotta sul nesso diritto-politica (ma anche sul rapporto tra interessi economici dei ceti dominanti o emergenti, loro strategie politiche e strumento penalistico) da gruppi di intellettuali che di quei ceti (più spesso quelli emergenti, o da poco emersi) erano in definitiva espressione e portavoce. Studio sistematico ed articolato che tanto più si impone rispetto ad epoche storiche nelle quali i processi di formazione delle scelte sul terreno penalistico erano processi lunghi ed a loro modo complicati, legati all'affermarsi di un diverso tipo di Stato, o collegati a particolari modi di vedere e volere l'organizzazione sociale: processi assai complessamente mediati, dunque, nei quali la funzione dell'intellettuale è decisiva ed egemone.

Il secondo compito consiste invece in un ennesimo, provvidenziale rovesciamento. Il diritto penale non deve più essere visto come uno *strumento*, un'arma brandita per esercitare dominio e assicurare consenso; il fatto che sia *anche* questo non giustifica la pigrizia (specie quando è pigrizia di storici) di considerarlo soltanto e sempre sotto questo profilo. Il diritto penale ha una sua centralità nella storia e nella lotta civile perché esso è in realtà, nelle società moderne, uno dei nodi principali dello scontro politico e sociale, la sede di esso, il terreno stesso sul quale vengono reclamati e contesi diritti, prerogative, spazi. Non è tanto strumento, ripeto, quanto luogo dello scontro. Conquiste o arretramenti sul terreno del diritto penale segnano in modo decisivo il livello stesso di civiltà di un paese o di un'epoca, il grado di presenza delle forze politiche e sociali nella vita politica, la vastità o la ristrettezza dell'area concessa al movimento riformatore. Ecco perché non la sottrazione del diritto penale a questa sua centralità, ma la sottrazione della sua centralità alla coscienza degli intellettuali (giuristi e no) ha provocato guasti molto

seri, ritardi politici e ottundimenti culturali che tutta l'Europa sconta, sia che i suoi problemi stiano in un codice come quello di Alfredo Rocco, vecchio di anni ma ancora vivo ed ormai annidato nelle fibre stesse del nostro sistema, sia che vengano dalle legislazioni eccezionali, dalle ossessioni per l'ordine pubblico, o da versioni aggiornate di non lontane persecuzioni (o di una lontanissima *Hexenverfolgung*?) come quella che leggiamo nell'allarmante testo del *Berufsverbot*.

Giovanni Tarello svolge ormai da anni e con assoluta lucidità un suo compito di reinterpretazione e riscavo (in particolare sul Settecento europeo, che è anche uno dei terreni più malamente calpestati e variamente inquinati dalla *pollution* di una vecchia storiografia) che in questo numero dei *Materiali* si allarga alla questione penale. Il suo contributo e così quello di quasi tutti i suoi collaboratori, mira a riproporre in modo oggi leggibile e cioè attento alla *odierna* questione penale, le grandi costruzioni ideologiche che servirono di orientamento nel lungo e incerto Esodo che il diritto penale dell'assolutismo compì per approdare, diverso ma ancora riconoscibile, sui lidi del cauto liberalismo ottocentesco. Le brevi pagine che delineano i termini del problema penale nel secolo XVIII, e poi i saggi sulle origini dell'illuminismo inglese e sulla versione montesquieviana di quello francese hanno al centro questo problema: legare alle scelte che vengono fatte in ordine alla natura, al tipo, alle attribuzioni dello Stato, le opzioni in materia di diritto penale. Razionalismo e utilitarismo, potere dei monarchi e contropoteri dei ceti si compongono in strategie diverse (per epoche, per aree politiche), che danno origine a sistemi penalistici modellati su precise strategie d'ordine assai più generale. Ed è in uno scenario così articolato che Tarello riesce a collocare da un lato una sottile e convincente rilettura di Montesquieu che mostra la presenza (ed il peso) di momenti involutivi proprio in quei luoghi della sua opera che più sono serviti ad accreditarlo come liberale moderato (e perciò aperto quanto basta sulle questioni penali); dall'altro la messa a nudo delle ragioni « poco luminose » che motivarono i primi passi della penalistica (e criptopenalistica) inglese da Butler ad Hutcheson a Fielding, nella quale « la problematica sociale e di prevenzione generale preannuncia e poi riflette i nessi tra repressione penale e repressione

politicosociale, piuttosto che i nessi tra repressione penale e formazione dello Stato accentrato ».

A me pare che Tarello costruisca in questo modo una buona base di discussione e, quel che più conta, dia una descrizione assai convincente di tutto quel lavoro ideologico. La costruzione del nuovo Stato ed i numerosi processi di « unificazione verso il centro » (giurisdizionale, amministrativa, costituzionale, politica) sono infatti elementi probanti anche per cogliere nel suo nucleo centrale il problema penale, rispetto al quale — e non per caso — la questione principale riguarda *chi* (e perché, ma soprattutto *chi*) *ha il diritto di punire*. Dall'altro lato il prevalere dell'attenzione alla società ed alle forze sociali (esperienza inglese allora, ma poi nodo problematico che si generalizzò nel resto d'Europa) spiega bene, per esempio, l'approdo benthamiano, anch'esso poco luminoso ma in compenso assai lucido; e con esso spiega come (anche) da una diversa centralità della questione penale possano poi scaturire livelli diversi nello sviluppo delle libertà civili, della vita democratica e della dialettica politica all'interno di determinate aree « ideologico-giuridiche ».

Il discorso poi si arricchisce in una serie ulteriore di contributi, articolati negli orientamenti ma omogenei per epoca studiata. Mario Da Passano prende spunto da alcune annotazioni di Condorcet alla *Riforma della legislazione criminale toscana* del 1786, ed in genere da tutta l'opera di quel filosofo francese (di cui pubblica alcuni importanti testi inediti) per tracciare un'accurata e documentata ricostruzione di una *tranche* del pensiero « democratico-liberale » espresso dal tardo Settecento francese in materia di legislazione penale. Paolo Comanducci esamina le dottrine penalistiche dell'abate Mably e Mario A. Cattaneo quelle di Karl Ferdinand Hommel, viste sotto il profilo particolare del rapporto con l'opera di Cesare Beccaria. È certamente vero che il saggio di Cattaneo ha accentuazioni diverse da quelle coglibili nell'impostazione di Tarello: l'illuminismo penale visto come risposta alla « barbarie che informava la legislazione e la prassi giudiziaria vigente » non trova riscontro nell'approccio di Tarello e, per fare solo un esempio, la « secolarizzazione del diritto penale » è vista da Cattaneo in una prospettiva anch'essa assai diversa. Ma dal raffronto di diverse sottolineature, spesso anche dal completarsi reciproco di linee ricostruttive che partono da punti di riferimento diversi, emerge un quadro d'insieme sostanzialmente

ricomponibile, anche se non omogeneo, e di questo indiretto confronto — non sembri troppo salomonica la constatazione — finisce per arricchirsi questo volume dei *Materiali*.

Restano da segnalare il saggio di Rodolfo Savelli sulla *Rota genovese* alla fine del Cinquecento, condotto con metodo serio e costruito in modo da offrire anche un utile modello di ricerca per l'enorme lavoro che resta ancora da fare sulla giurisprudenza rotale e sul ruolo svolto da quei tribunali; lo studio di Mirella Pasini su *La filosofia della statistica di Melchiorre Gioia* e quello di Paolo Piasenza sulla *Irresponsabilità politica della magistratura nello Stato liberale*, in Piemonte, dal 1848 al 1851: un contributo, quest'ultimo, ricco di buoni spunti che riescono spesso ad ovviare alle difficoltà che inevitabilmente si incontrano quando la storia di un problema giuridico viene condotta quasi esclusivamente su fonti legislative o sui resoconti dei dibattiti parlamentari. La stessa articolazione delle posizioni politiche che Piasenza coglie e che talvolta non sembra corrispondere a ciò che ci si aspetterebbe dagli schieramenti che le esprimono, risulterebbe forse assai meglio negli scritti dei giuristi, nei lavori di dottrina, magari opera di quegli stessi protagonisti dei dibattiti parlamentari i cui interventi — per la logica degli scontri in aula, o per la secchezza dei resoconti — portano spesso fuori via, conducendo talora chi è costretto ad interpretarli fuori contesto, a leggerli con sensibilità fin troppo acuta di uomo d'oggi, con il rischio magari di rimproverare alla « sinistra » del parlamento sabauda insensibilità e debolezze che molti riterrebbero ingeneroso rimproverare alla sinistra di oggi. Ma a Piasenza questo genere di difficoltà ha creato ostacoli relativi: il suo lavoro, che chiude il fascicolo, rappresenta nel complesso un contributo assai utile, che andrebbe portato avanti ed allargato, perché davanti agli scenari che questa nuova tappa dei *Materiali* ha così riccamente illustrato, comincino ad apparire le figure concrete che la storia dei fatti e delle istituzioni repressive ha già troppo tardato a costruire.

LA STORIA, IL DIRITTO, LA PRIGIONE.
 APPUNTI PER UNA DISCUSSIONE
 SULL'OPERA DI MICHEL FOUCAULT

Dibattiti.

Da quando si è fatta evidente la crucialità del « carcerario » rispetto al complesso degli apparati di stato (ma anche in relazione alla convergenza su di esso di diversi sistemi del sapere applicati per la sua comprensione), si è venuta realizzando una sorta di contro-rivoluzione copernicana, consistita nel mettere al centro delle indagini non più il carcere in sé, ma tutto ciò di cui il carcere è il centro.

Di questo rovesciamento metodologico, occorre dargliene atto, Michel Foucault è stato se non il primo, certo il più lucido protagonista. Già la sua *Histoire de la folie à l'âge classique* ha fornito per lungo tempo un modello praticamente isolato di scavo archeologico (nel senso letterale del termine, che è quello foucaultiano, di studio delle origini, a ricerca del « principio ») condotto sull'area vasta della reclusione; per lungo tempo essa è stata utilizzata assai più alla stregua di « Grundrisse » della storia del carcere che non come contributo specifico ed interno a quella della psichiatria. Il seguito dei suoi lavori ha confermato questa tendenza: *Naissance de la clinique*, *Les mots et les choses*, *Archéologie du savoir* — per tacere di altri numerosi contributi « minori » — confermano una linea metodologica che suggerisce lo studio del *prima* e *dell'intorno*, ed arricchiscono di fatto la riflessione (non sempre indiretta, anche se di regola mediata da un'onnipresenza quasi ossessiva del « potere ») sulle idee centrali dell'emarginare e del rinchiudere: onde è possibile dire che con *Moi, Pierre Rivière* e poi con *Surveiller et punir*, si specifica la fase finale di un discorso

ordinato, partito da lontano e che non ha forse ancora del tutto concluso il suo sviluppo (1).

Un discorso ordinato, col quale però non è agevole mettersi a confronto, senza limitarsi a svolgere, come ha già scritto Vittorio Cotesta [1976, 444], una semplice funzione di amplificazione. Come leggere, ci si chiede, *Sorvegliare e punire?* E come parlarne? La tentazione iniziale, che era quella di non limitarsi a guardare la tavola che Foucault ha tanto suggestivamente imbandito, ma di andare ad ispezionare la sua cucina, a controllare gli ingredienti e rivedere le sue ricette, diventa a questo punto, e non solo per gli storici, quasi un imperativo di serietà metodologica.

L'impressione che si ha in questo momento è che il discorso su questo libro, per ciò che concerne lo specifico carcerario, sia già enormemente cresciuto: la sua utilizzazione nel contesto degli studi attuali sul problema della reclusione ha già esaurito la sua prima fase (la scoperta di un caso singolare di « lunga durata » e quindi la presa d'atto di quella che sembra un'irritante immodificabilità del carcere, che a qualcuno può apparire adesso come trasfigurato: da istituzione storica in autonomo meccanismo fatale); si tratta dunque di passare ad una fase ulteriore, a preparare la quale può non essere inutile una riflessione che, preso atto dello spazio già coperto da una serie ormai numerosa di interventi acquisiti (2), tenti di mettere in uso alcuni tra gli strumenti di verifica tipici della indagine storica sul « giuridico ».

Il carcere viene dichiarato indipendente.

Si pone preliminarmente, però, il problema della legittimazione di una lettura in chiave storico-giuridica. Una delle preoccupazioni più scoperte di Foucault è infatti quella di sottrarre al confronto con

(1) Questa è l'impressione che si ha uscendo dalla prima lettura della sua *Histoire de la sexualité*. I. *La volonté de savoir*, Paris, 1976.

(2) Interventi numerosi e forse classificabili in elogiativi dell'autore: ROUSTANG, 1976; DELEUZE, 1975; elogiativi del libro, o di mero resoconto: FACCIOLI, 1975-76; ROUSTANG, 1976; di riproduzione amplificatoria: DELEUZE, 1975; EWALD, 1975; di utilizzazione critica (nel senso di messa a frutto nel corpo di un discorso che dalle linee di *S. e p.* può anche divergere nelle premesse e negli esiti); ZYSBERG, 1976; D'ALESSANDRO, 1976; di riconsiderazione nell'ambito dell'intero *opus* foucaultiano: COTESTA, 1976; D'ALESSANDRO, 1976.

il diritto (avendo l'aria di sottrarla al suo dominio) l'intera area problematica coinvolta dalla ricerca; egli nega connessioni, mette fortemente in ombra la funzione dei giuristi, evita accuratamente di affrontare il momento « dogmatico » (che è quello « tecnicamente » costruttivo) della loro produzione. La tesi di fondo, fatta emergere qua e là con notevole acume, sempre con chiarezza, e spesso con straordinaria efficacia, è che il diritto penale e l'insieme degli apparati tecnico-politici dell'apparato punitivo che su di esso si innesta, rappresentino una strada maestra che porta a dare del carcere una « spiegazione » troppo ufficiale, magari condizionata da un'accorta ed antica manovra di potere tesa a sviare l'attenzione dagli alberi per concentrarla su di una incomprensibile e fuorviante foresta; meglio della strada maestra, suggerisce Foucault, possono portarci a destinazione le viuzze secondarie, le stradine nascoste che percorrono i dintorni del « problema carcere », le scorciatoie poco frequentate che rappresentano la vera innervatura storica di una istituzione che viene da « altrove ».

Per usare parte della forza suggestiva di un'espressione foucaultiana possiamo dire che lungo le pagine di *S. e p.* si delinea e prende progressivamente forma una tensione separatista, una sorta di movimento per l'autonomia, rispetto al quale la « dichiarazione d'indipendenza carceraria » [Foucault, 1976, 270] è solo un momento, e neanche quello culminante: perché l'*indipendenza* di cui egli parla ⁽³⁾ a quel punto del suo discorso è un reale processo interno

⁽³⁾ « E si arriva così a un principio, formulato chiaramente da Charles Lucas, che assai pochi giuristi oserebbero ora ammettere senza reticenza, benché segni la direttrice essenziale del funzionamento penale moderno; chiamiamolo la dichiarazione di indipendenza carceraria: vi si rivendica un diritto di essere un potere che non solamente ha una sua autonomia amministrativa, ma quasi una parte della sovranità punitiva. Questa affermazione dei diritti della prigionia pone un principio: che il giudizio penale è un'unità arbitraria; che è necessario scomporla; che i redattori dei codici hanno avuto ragione già nel distinguere il livello legislativo (che classifica gli atti e attribuisce loro delle pene), e il livello di giudizio (che emana le sentenze); che oggi il compito è l'analizzare a sua volta quest'ultimo livello; che bisogna distinguere ciò che è propriamente giudiziario (valutare meno gli atti che non gli agenti, misurare le « intenzionalità che danno agli atti umane tante moralità differenti », e dunque rettificare, quando è possibile, le valutazioni del legislatore); e dare autonomia al « giudizio penitenziario », che è forse il momento più importante. In rapporto a quest'ultimo, la valutazione del tribunale non è che un modo di « pre-giudicare », poiché la moralità dell'agente non può essere valutata « che alla

all'apparato punitivo, volto lucidamente al di là della intuizione di Lucas, mentre la secessione del punire dal penale (la vera e propria amputazione di un'ala dell'edificio — o di una navata laterale della cattedrale ⁽⁴⁾) rappresenta un premeditato *prius* metodologico, tanto puntigliosamente applicato, sottolineato, ribadito, da far pensare che F. lo abbia piuttosto *scelto* come ipotesi di lavoro che non *trovato* come risultato della ricerca.

Nasce da qui, evidentemente, il problema di legittimazione di cui dicevamo poco sopra, ed è su questo terreno che esso va risolto. Ne isoliamo tre aspetti: il rapporto tra carcere e complessi normativi, il ruolo avuto dal diritto criminale, la funzione svolta dai giuristi, intesi anche come ceti e non solo come singoli intellettuali, autori di opere particolari che oggi è possibile leggere separatamente.

Sul primo punto F. esprime opinioni decise: « La prigione non è figlia delle leggi, né dei codici, né dell'apparato giudiziario » (p. 339); essa « viene da altrove — viene dai meccanismi propri ad un potere disciplinare » (p. 280). Non si può non vedere qui una delle più ricche indicazioni e delle più fertili *inventiones* di tutto il libro; ma al di là delle affermazioni rese in queste poche parole qui arbitrariamente espunte, bisogna dire che è giusto negare questo genere di rapporto tra « leggi » e carcere — cosa che F. fa del resto lungo tutto l'arco del suo lavoro — anche se non si vede chi possa in concreto pensare ad una nascita della prigione che proceda da fatti di legislazione. Per usare l'immagine da « struttura familiare » che è servita a F., si potrebbe forse dire che la prigione non può essere « figlia » dei codici perché è tutt'al più una loro sorellastra, posto che chi ha generato leggi, codici, apparati giudiziari, non è probabilmente estraneo a chi ha partorito la prigione; oppure che i codici hanno finito per affiliarsi a una prigione nata altrove e da qualcos'altro e che questa affiliazione — la cui repentinità sorprende F. (p. 125) — abbia finito per essere scambiata per una paternità legittima e naturale. Non sta però in questo il problema. Esso sta nel fatto che da un'osservazione, che sul piano storico-giuridico appare

prova. Il giudice ha dunque bisogno a sua volta di un controllo necessario e rettificante delle sue valutazioni; e questo controllo è quello che deve essere fornito dalla prigione penitenziaria » (Lucas) [FOUCAULT, 1976, 270-71].

(4) L'espressione è in FOUCAULT [1976, 328].

ovvia (fatta salva l'esistenza del pregiudizio corrente, ma volgare, che le leggi creino istituzioni), F. trae una più generale conseguenza metodologica convincendosi che se il carcere — sotto il profilo della sua nascita — ha poco a che fare con le leggi, ciò vuol dire che — sotto il medesimo profilo — esso ha poco a che fare col diritto e coi giuristi.

Non entro ora nel merito di questa convinzione, la quale tra l'altro, a parte il vizio metodologico dell'appiattimento del diritto sulla legislazione, non è nel suo contenuto essenziale completamente infondata. Ciò che interessa ora è proseguire nell'esplorazione del rapporto che in *S. e p.* F. instaura in generale con il « giuridico », per verificare il grado di legittimazione della chiave di lettura che intendiamo usare.

Traendo spunto da *Punishment and social strutture* di Rusche e Kirchheimer, F. afferma che occorre « disfarsi dell'illusione che l'apparato penale è prima di tutto, se non esclusivamente, un modo per reprimere i delitti » (p. 27), e che bisogna « analizzare piuttosto i sistemi punitivi concreti, studiarli come fenomeni sociali di cui non possono rendere conto la sola armatura giuridica della società, né le sue scelte etiche fondamentali » (p. 27). Ciò premesso, rilevata cioè la necessità di una cautela metodologica giusta, che consiste nel concedere spazio a profili diversi da quello strettamente giuridico nella ricostruzione di un apparato penale o di un sistema punitivo, F. non si limita a ridimensionare il peso della « armatura giuridica della società »; egli espunge di fatto il momento giuridico da tutta la sua analisi, creando il paradosso di una storia del punire senza diritto punitivo, che finisce con l'apparire come la storia di una porzione del sociale senza società: o almeno senza quel momento essenziale (magari proprio perché mistificante) del rapporto tra società e istituzioni che sta (ma soprattutto *stava*) nel ricorrente e non eludibile richiamo alla mediazione giuridica.

Il diritto criminale viene messo da parte (onde non tanto il carcere appare nella « navata laterale » di esso, quanto esso stesso nelle cripte abbandonate del sistema punitivo) ed il confronto coi giuristi è accuratamente schivato; si rafforza allora l'impressione che il punto di approdo del discorso foucaultiano che sancisce l'irrelevanza del giuridico costituisca in realtà l'ipotesi di partenza; lo stesso uso attento dei soli versanti in senso stretto politici, o sociologici, o

moralistici, dell'opera dei giuristi (individuati peraltro tra quelli maggiormente politisants) coi quali non gli è possibile evitare il contatto, è indizio della presenza di un pre-giudizio, che a ben vedere non sta nella negazione di *ogni* possibile rapporto tra il carcere e il giuridico, quanto nella convinzione che è irrilevante l'analisi del terreno che è specifico del secondo, nel presupposto della sua estraneità alla *nascita* del primo.

Osservazioni analoghe possono svolgersi anche per quanto riguarda la funzione dei giuristi. F. non prende affatto in esame questo aspetto del problema. Dal suo osservatorio non può neanche accorgersi che esso esiste, e del resto in tutto l'arco della sua produzione — che pure ha investito temi che si sarebbero prestati in altissimo grado a questo strumento di decifrazione — manca ogni riferimento al ruolo di volta in volta giocato dagli intellettuali. Tutto ciò che accade è imputato al Potere, e la nozione di Potere resta rigidamente aggregata, priva di una definizione stipulativa e connotata solo negativamente — secondo la ricostruzione di Deleuze [1975, 1208 ss.] — come una entità che non si possiede, che non risiede nello Stato, che non è subordinata alla struttura, che non agisce per repressione e/o ideologia, che non opera osservando le leggi: non possono darsi, in questo quadro che richiama l'immagine inquietante di una *chose* ineluttabile e imm modificabile, disaggregazioni che consentano di rilevare le componenti del potere, l'area sociale che lo usa, gli strumenti di cui si serve; e se talora F. si inoltra in qualche specificazione il quadro permane estremamente complicato, perché un potere siffatto si compone di tutto, viene esercitato da tutti (nell'agone del supplizio, per esempio, esercitano poteri distinti ed equilibrati il principe, il condannato, il pubblico, il giudice e il suo boia) e si serve di un'infinità di mezzi che finiscono per coincidere con tutto ciò (tutte le cose, tutti coloro) a cui esso è asservito. Non rimane spazio, evidentemente, per collocare mediazioni o per isolare uno strumento così singolare — tra l'altro parzialmente indipendente dal Potere, perché provvisto di un parziale potere proprio — come quello rappresentato da un ceto di intellettuali specialisti, i quali hanno per secoli gestito una delega del sistema che assegnava praticamente ad essi la formazione e l'aggiornamento permanente dell'ordine giuridico. Si tratta dunque di un'assenza di spazio di

ordine metodologico — non una lacuna ma un segno di coerenza — e come tale non ha senso rilevarla.

Resta tuttavia il fatto che alla nascita ed all'affermarsi della prigionia i giuristi hanno dato un contributo determinante, accertabile nei testi, rilevabile nelle battaglie civili che a torto o a ragione portano ancora i loro nomi; un contributo svolto spesso in contrasto con le posizioni del potere ufficiale e costruito muovendosi assai per tempo ⁽⁵⁾ contro un sistema che individuava nel corpo dell'imputato, e poi in quello del condannato, l'oggetto e la sede dell'inchiesta e della giustizia. L'aver tagliato via dalla sua ricerca questo elemento proprio dell'area del diritto ha rappresentato per F. il completamento di un'operazione *ad excludendum* coerentemente realizzata.

Tutto ciò però, voglio sottolinearlo, toglie assai poco ad un'opera che ha ben altro per farsi rispettare ed ammirare. Né vorrei che le osservazioni fin qui svolte facessero pensare ad una sorta di sciovinismo della propria specializzazione; si tratta, come ho detto all'inizio, della messa in opera di un vaglio particolare, legato ad una precisa logica scientifica. Ciò che conta è dunque il complesso dei risultati che, al di là dei reagenti utilizzati per valutarlo, è possibile rilevare.

Il rifiuto della storia.

Pare evidente che quest'opera di F., come tutto il complesso della sua produzione « storica », non si lascia misurare con i criteri classici di una storiografia positiva. Trova dunque conferma il giudizio espresso da Jean-Paul Sartre nella famosa intervista a *L'Arc* di una decina di anni fa. Ciò che F. ci presenta, diceva Sartre [1966, 87], non è tanto un'archeologia ma una geologia: la serie degli strati successivi che formano il nostro « suolo ». Ogni strato definisce le condizioni di possibilità di un certo tipo di pensiero che si è imposto durante un dato periodo. Ma F., proseguiva Sartre, non ci dice la cosa che sarebbe più interessante: e cioè come ciascun pensiero viene costruito a partire da quelle condizioni, né come gli uomini

⁽⁵⁾ ZYSBERG [1976, 169] ricorda giustamente i nomi di giuristi francesi del Cinquecento come Pierre Ayrault e Jean Imbert, ma si potrebbero aggiungere quelli di Giulio Chiari, Filippo Decio, Andrea Alciato, Tiberio Deciani e dello stesso Prospero Farinaccio, per restare soltanto ad alcuni e solo al Cinquecento.

passano da un pensiero all'altro: « Il lui faudrait pour cela faire intervenir la praxis, donc l'histoire, et c'est précisément ce qu'il refuse. Certes, sa perspective reste historique. Il distingue des époques, un avant et un après. Mais il remplace le cinéma par la lanterne magique, le mouvement par une succession d'immobilités ».

Con omologia di segno, recentemente, un grado ulteriore di questo genere di critica è stato svolto da chi ha visto sotto forma di neopirronismo il « refus de l'histoire » che sta dietro ai sondaggi geologici di Foucault. « Ciò che interessa soprattutto a F. — ha scritto Carlo Ginzburg [1976, XVI] — sono il gesto e i criteri dell'esclusione: gli esclusi, un po' meno... e l'ambizioso progetto foucaultiano di una *archéologie du silence* si è trasformato nel silenzio puro e semplice — eventualmente accompagnato da una muta contemplazione estetizzante » (6). Rifiuto della storia e, come sua manifestazione concreta, il rifiuto della ricostruzione delle dinamiche reali, della descrizione dei passaggi, delle interpretazioni e delle ipotesi; F. si sottrae al discorso sulle specificità storiche ed epocali, salta i rapporti di produzione, sfugge ad ogni confronto con « le cause » ed « i protagonisti », e non per una resistenza, che sarebbe comprensibile, nei confronti di visioni positivistiche. Su questo terreno il suo è un vero *silenzio*, perché un rifiuto metodologico presupporrebbe una sostituzione dei punti di vista rifiutati con altri accolti, che nella sua opera non c'è.

Irrazionalismo estetizzante, come dice Ginzburg? Certo, non è difficile anche in *S. e p.* cogliere compiacimenti nei confronti di

(6) « Questa involuzione — prosegue Ginzburg — è testimoniata da un recente volumetto che raccoglie, insieme con documenti di vario tipo sul caso di un giovane contadino che al principio dell'Ottocento uccise la madre, la sorella e un fratello, un gruppo di saggi redatti da Foucault e da alcuni suoi collaboratori. L'analisi verte prevalentemente sull'intersecarsi di due linguaggi dell'esclusione, che tendono a negarsi a vicenda: quello giudiziario e quello psichiatrico. La figura dell'assassino, Pierre Rivière, finisce col passare in secondo piano — proprio nel momento in cui si pubblica una memoria ch'egli scrisse su richiesta dei giudici per spiegare com'era arrivato a commettere il triplice assassinio. La possibilità di interpretare questo testo viene esplicitamente esclusa, perché ciò equivarrebbe a forzarlo, riducendolo a una "ragione" estranea. Non rimangono che lo "stupore" e il "silenzio" — uniche reazioni legittime » [GINZBURG, 1976, XVI-XVII].

« estraneità assolute che in realtà [sono] frutto del rifiuto dell'analisi e dell'interpretazione », così come è possibile intravedervi tracce di un populismo di segno rovesciato, o populismo « nero », che fa delle vittime dell'esclusione sociale « i depositari dell'unico *discorso* radicalmente alternativo alle menzogne della società costituita » [Ginzburg, 1976, XVII]: ma non interessa ora verificare queste ipotesi o valutare il peso reale di indizi incerti. Importa invece raccogliere la prova del fatto che il mancato uso di certi strumenti interpretativi, l'elusione del modo e dei rapporti di produzione storicamente determinati, l'elisione del giuridico, rientrano in una logica del silenzio storico che fa anche di questo libro una cosa che viene « da altrove ».

Certo, anche F., se pure dimentica la fabbrica (il che non è poca cosa per un libro che ha per oggetto nascita della prigione e avvento della disciplina (7)), « ogni tanto si ricorda che esiste la lotta di classe » [Cotesta, 1976, 462], e non mancano ammissioni, allusioni, o addirittura sviste, dalle quali si può capire che gli è estremamente difficile lavorare ai propri scavi tenendone lontana la storia: come quando fa riferimento alle « ragioni generali e in qualche modo esterne » [Foucault, 1976, 60] che spiegano la natura delle penalità, o come quando si affida alla malfida nozione di « funzionalità » storica che ha in questo suo libro il valore che l'espressione « non a caso » ha avuto in altri momenti dell'opera sua. In sostanza, però, F. si muove per vie proprie, ed hanno ragione coloro che non riconoscono in questo libro un libro di storia (8).

Di cosa si tratta allora? Facendo l'ipotesi che una risposta sia utile, io starei al suggerimento di Sartre: si tratta di geologia storica, o culturale, colta nella fase in cui si disegnano le mappe (un nuovo cartografo, dice Deleuze) che andranno a comporre un atlante dei nostri sottosuoli del quale anche gli storici potranno servirsi. Di-

(7) Su questo punto si può rinviare ora agli studi di MELOSSI, 1977 e PAVARINI, 1977, pubblicati congiuntamente nel volume *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, 1977.

(8) Della stessa natura è, se non mi sbaglio, l'osservazione di chi, come Dario Melossi, pur avanzando riserve sulla adeguatezza del termine, qualifica F. come *idealista* [MELOSSI, 1976, 299]. In realtà è *l'assenza di storia*, cioè di praxis, cioè di materialità di rapporti e di dialettica reale che viene rilevata quando si pensa a F. come ad un « idealista ».

ciamo allora che F. ha inventato una nuova scienza ausiliaria e che sarebbe vano valutare i suoi risultati con occhi da storico, come si farebbe se ci si trovasse davanti ad una versione, sia pure estremamente particolare, della scienza storica.

Questa ipotesi-immagine è di comodo, perché a sua volta serve a qualcosa. Serve per esempio a dare conto della sconcertante metodologia foucaultiana e della sua concezione del tempo e dello spazio della storia; ci consente di parlare del suo outillage in una dimensione che forse può legittimarlo; ci permette di valutare la natura retorica delle sue dimostrazioni e delle sue scoperte in una prospettiva positiva. Può dare occasione, cioè, di vagliare gli ingredienti ed i procedimenti con cui F. prepara i suoi piatti sontuosi, partendo da criteri che non appartengono al mestiere dello storico ma che — riferendosi alla particolare scienza ausiliaria da lui stesso regolamentata — devono essere giudicati non per sé ma per i risultati che forniscono.

Outillage.

Diamo dunque uno sguardo alle cucine, ispezioniamo il laboratorio. Un'ispezione rapida e tale da esigere una serie di scuse non richieste: perché si tratta di un inventario approssimato e sommario, compilato smontando per quanto è possibile un prodotto finito, e articolato con una schematicità che può nuocergli. Il tentativo di omettere nell'esposizione cose già dette da altri potrebbe inoltre introdurvi anche una certa aliquota di oscurità.

a) *La metafora e il suo doppio.* — L'uso che F. fa della metafora è enormemente esteso. La sua qualità di scrittore si appoggia a questo mezzo dell'espressione fino al punto da far nascere proprio da esso gran parte degli entusiasmi e delle perplessità che i suoi scritti riescono a destare: egli non chiarisce, ma illumina, deludendo chi vuole prove e farsi sue ragioni, ma avvicinando coloro ai quali i suoi getti di luce improvvisa permettono di vedere cose che non avevano mai visto; fa crescere il suo pensiero fino a rischiare il vuoto di pensiero, secondo l'aforisma di Nietzsche, innestandovi metafore lievitanti che lo gonfiano e montano fino a renderlo evanescente, quasi svolgendo rispetto a sé la funzione di eco e di amplificazione che altri poi svolgeranno rispetto a lui. Ma la meta-

fora, si dice, è negli stessi testi, è nelle fonti e nel pensiero su cui si riflette⁽⁹⁾: sta qui, mi pare, il nodo centrale del metodo di scavo foucaultiano. Egli trova metafore e le esplicita con altre metafore: e questa « tecnica », che condannerebbe lo storico a sbagliare, gli permette ritrovamenti straordinari, ritorni alla luce di meccanismi da sempre sepolti, invenzioni (nel senso etimologico, ma non solo in quello) sorprendenti. Rinvenimenti ed invenzioni che sono però, insieme, affascinanti ed infidi: affascinanti perché carichi di suggestione, e per lo stesso motivo infidi. Tutto questo libro di F. è denso di spunti, di idee, di intuizioni che hanno, per chi lo legge da storico, un aspetto accattivante ed uno riposto, appena percettibile, sospetto di vacuità: nasce da lì l'esigenza di approfondire quella miriade di passaggi intelligenti e fertili, e con un approfondimento che non sia soltanto « allargamento » o scavo; si sente anche il bisogno di vedere e verificare, per controllare, per sapere se la lucidità di un'affermazione nasce dalla suggestione che riesce a produrre o anche dalla realtà dei processi storici ai quali si fa cenno e dai quali prende spunto.

b) *Ambiguità e coppie*. — L'ambiguità non è quasi mai in F. il ciglio di un precipizio che finisce nella contraddizione. Essa svolge la sua funzione retorica che, simile in parte a quella assegnata alla metafora, consiste nell'evitare scontri logici, confronti non desiderati con aree del sapere nelle quali si è poco acclimatati ed altre simili rese dei conti. L'ambiguità, quando non vuole essere la crisalide di una contraddizione, si trasforma in coppia. Nel libro di F. ce ne sono numerosissime e la loro funzione è quella di produrre pensiero attraverso una serie di sdoppiamenti successivi, ma è anche quella di connotare la realtà introducendovi un sistema di classificazione ad andamento binario che in qualche modo riesca a « minare » la dialettica. Possiamo ricordare, tra tante altre, le coppie *sollievo-punizione* (nell'internamento di ancien régime), *glorificazione-biasimo* (rispetto al crimine), *soggezione-ribellione* (nei supplizi), *gratificazione-sanzione* (disciplina); o alcune di quelle che si riferiscono alla coppia *primadopo* (ovvero *supplizio-carcere*), come *marchio-disciplina*, *lebbrapeste*, *anonimato-individualizzazione*, *esclusione-disciplina*, *mob-quadrillage*, e perfino

⁽⁹⁾ Si veda, a questo proposito, il modello ricostruttivo proposto da COSTA [1974, 293 ss.].

la più classica delle coppie, l'archetipo di tutta la retorica ancipitale di gran voga nell'argomentazione medievale, che è la coppia *corpo-anima*; e così, ancora, le coppie che si innestano nel binomio giudizio/prigione, quali *reclusivo-penitenziario* o *delinquente-autore del delitto*. La loro funzione, ripeto, consiste nell'ordinare il pensiero permettendogli di riprodursi o, qualche volta, nel congelare in una opposizione che viene offerta come prodotto finito quella che in realtà sarebbe una contraddizione da sviluppare e risolvere. Di queste ultime è la « contraddizione » che indico rapidamente qui sotto che, pur avendo apparenza binaria, è piuttosto il risultato di un'altra prerogativa dell'ambiguità: quella di trasformarsi non in coppia ma in rovesciamento.

c) *Il rovesciamento*. — È stato probabilmente Karl Marx ad utilizzare per primo in modo massiccio questa figura del ragionamento persuasivo, in coerenza con un sistema di pensiero che era già di per sé fondato sul rovesciamento. In F. la stessa figura appare utilizzata invece in misura maggiore nella sua mera valenza retorica; essa non perde del tutto, però, l'essenziale funzione dislocativa dell'attenzione critica che le è propria. È in coerenza con quest'ultimo modo di « far scattare » il rovesciamento che quella che ci aspetteremmo come cura del malato ci si presenta come reclusione in *Histoire de la folie*, e che il sesso che presumevamo represso ci viene mostrato esaltato ne *La volonté de savoir*. In *S. e p.*, invece, il rovesciamento fondamentale ci appare come in un colpo di scena; gli vengono riservate le ultime pagine, ed è forse perché non è stato adeguatamente preparato che il lettore continua a vedervi una traccia di contraddizione. Mi riferisco alla « rivelazione » del successo della prigione (lo scacco rovesciato in riuscita perfetta) rilevabile dal fatto che essa riproduce con sicura efficacia la delinquenza di cui il Potere ha bisogno per servirsene contro la delinquenza o a vantaggio di certi livelli di essa. Ciò che fa di questo rovesciamento un colpo di scena sono le prime trecento pagine del libro, lungo le quali, anche con qualche forzatura ed un po' di enfasi, F. mostra all'opera un Potere accorto, abile, lucidissimo, che parte da lontano (la disciplina, l'economia del corpo, il panoptismo, e così via) per arrivare a realizzare un meccanismo carcerario oliatissimo, tanto perfetto da rasentare qualche volta l'utopia chimerica di una « reformation » assoluta del condannato. Ma nel momento in cui ci si

aspetterebbe *l'analisi delle ragioni* di un fallimento che è sotto gli occhi di tutti da un secolo e mezzo, si trova il colpo di scena: duecento anni di raffinate, escogitazioni teoriche, di programmi minuziosamente preparati, hanno portato ad un fallimento che era proprio ciò che il Potere voleva. Un progetto che trova (o addirittura cerca?) il successo lasciandosi fallire, e quindi un capovolgimento rovesciato. Dice F. che si tratta della utilizzazione strategica da parte del Potere di quello che si presentava come un inconveniente [Foucault, 1975, 28]: i logici medievali avrebbero risposto che questo argomento prova troppo; noi possiamo rilevare, senza respingerlo, che esso rischia di demolire una delle coppie strutturalmente portanti del libro di F., e cioè quella che individua nella storia del punire due periodi: l'era dei supplizi (o del corpo, o del Principe) e quella della sorveglianza (o dell'anima, o della disciplina, o dello Stato); e rischia di demolirla perché cancella via tutto il secondo corno di essa, riducendolo, nella migliore delle ipotesi, ad una trentina di anni di vita. « L'échec a été immédiat, et enregistré presque en même temps que le projet lui même » [Foucault, 1975, 28/ 1976, 291]: si passa dunque dal supplizio alla macchina che produce delinquenza senza che resti molto spazio storico reale per la fase della disciplina, per la normalizzazione e per le « istituzioni complete ed austere » che ci appaiono subito in tutta la loro carenza ed « allegra » caoticità.

d) *Schiacciamenti e concentrazioni*. — Tenere ferme le profondità prospettiche della storia e salvaguardare gli spessori temporali è compito degli storici. Per i geologi ogni strato che viene portato in luce non può non essere a diretto contatto con il precedente ed il successivo; non può esservi intervallo tra una stratificazione e l'altra e le cose non possono che accadere « di colpo », « a un tratto », « in pochissimo tempo » o per via di « irruzioni » ⁽¹⁰⁾. È per questo — facciamo lavorare la metafora — che F. può non badare agli schiacciamenti epocali in cui incorre, non avvertire i limiti di alcuni andirivieni tra XVII e XIX secolo, o di certi accostamenti di testi separati tra loro da 150 anni di riflessioni

⁽¹⁰⁾ Espressioni frequenti nell'opera di F. rilevate anche da COTESTA [1976, 463].

ed escogitazioni culturali. Allo stesso modo vanno considerati certi procedimenti di concentrazione che possono sembrare arbitrari o fuorvianti. Il limite del francocentrismo, per esempio (rilevato anche da Melossi [1977, 73], non è un limite per chi « scava » in quella regione: non ha senso, infatti, rimproverare il cartografo di franco-centrismo solo perché lo si è trovato intento a far rilievi in Francia. Per gli storici questo aspetto apre però un problema di utilizzabilità di quelle mappe: è chiaro che se F. si fosse spostato dalla Bibliothèque Nationale al British Museum in cerca di completezza, molte date di nascita — seppure stipulative o di comodo — sarebbero mutate nel suo libro; e se avesse rivolto attenzione al « progetto giuridico » del liberalismo classico inglese ⁽¹¹⁾, o alla sottile elaborazione di microcosmi disciplinari svolta fin dal secolo XIII dalla cultura organizzatasi intorno alla Chiesa cattolica, avrebbe certamente trovato altrove le radici culturali reali di tanti fenomeni che, di volta in volta, gli sono apparsi *in Francia* all'origine della prigione.

Lo scavo in un punto, tuttavia, si legittima come tale e può essere anche enormemente significativo (così come è enormemente significativo questo scavo di F.) purché altri abbia l'accortezza, davanti ad alcuni dei reperti esumati, di tener presente la zona precisa da cui provengono.

Nuova luce negli angoli bui.

Tutte le osservazioni svolte finora vogliono avere un unico significato: Michel Foucault ha scritto un libro che non si può misurare coi metri che abbiamo.

Esso non può essere letto, poniamo, come si leggerebbero *Punishment and social structure* di Rusche e Kirchheimer o *Le temps des prisons* di Deyon. Ha una sua logica particolare, legata al tipo di ricerca che F. ha svolto, ai limiti segnati per essa (e quindi alle esclusioni che F. ha deciso di fare), al metodo con cui le fonti sono state selezionate, lette e combinate nella stesura, al complesso di

⁽¹¹⁾ Mi riferisco, evidentemente, ai risultati dello studio di Pietro Costa, nel quale numerosi temi (poi) foucaultiani in ordine alla sorveglianza ed alla punizione sono in qualche modo anticipati, ma anche integrati da un ordine di riflessioni che li storicizza in un modo che non si ritrova — per le ragioni dette, e quindi giustamente — nel libro di Foucault.

accorgimenti espositivi e di strumenti per la « produzione di pensiero storico » che F. ha usato e qualche volta « fabbricato ».

Se si prende atto di questa logica e ci si fa una (critica) ragione di carenze, assenze e lacune, esse, lungi dal rappresentare limiti o contraddizioni, diventano prova di coerenza metodologica.

Ciò detto, occorre dire che questo libro, al di là della sua tipicità, contiene almeno due momenti di grande importanza storiografica, che forniscono un contributo di valore assoluto, sia sul piano del metodo d'indagine che su quello dei risultati conseguiti. Si tratta del dissodamento accurato di due terreni vergini come quello della *disciplina* e quello dei c.d. *illegalismi*.

Non mi dilungherò nel ricostruire il discorso foucaultiano sull'avvento della disciplina, che non è del resto sunteggiabile. Dico solo che esso si compone di una serie di passaggi, *ciascuno dei quali* rappresenta per gli storici del « normativo » una proposta di lavoro. Le nozioni di cellularismo, gerarchia, classificazione, controllo, padronanza, apprendimento e composizione vengono smontate e rimontate nella prospettiva della descrizione di una particolare area della « costrizione » che non esito a considerare cruciale per i nostri studi futuri. Già da ora è possibile vedere alcune direttrici lungo le quali muoversi per realizzare l'operazione « approfondimento + controllo » della quale dicevo sopra:

a) la messa in opera di una nozione arricchita di *ordine* che si integri con la nozione foucaultiana di disciplina. Ordine (ordo, ordre) è termine polivoco che sta per status quo, comando, gerarchia, disciplina (es. « ordine » religioso), ceto sociale, e può stare anche per la somma di tutti questi suoi significati. Non è dunque estraneo alla « normalizzazione » foucaultiana (altro momento nodale di *S. e p.*: non angolo buio illuminato ma luce per andare a vedere negli angoli bui) e può costituire un tema straordinario di studio e riflessione sui modi e sui fini dell'esercizio del potere.

b) La decifrazione dell'esercizio *ambiguo* della disciplina da parte della borghesia nella fase in cui sale al potere: esercizio portato (innanzitutto?) su se stessa, oltre che sulla classe dominata. L'auto-disciplina del borghese delle origini (un esempio per tutti, Benjamin Franklin) acquisisce all'intera classe ascendente un'aureola di probità, operosità, parsimonia, ordine, razionalità, che contribuirà ad

assegnarle un carattere di classe rinnovatrice anche sul terreno morale e politico.

c) Lo studio delle componenti « cattoliche » delle istituzioni disciplinari (« la discipline est une vieille cathégorie de la théologie »: Zysberg [1976, 170]), o di quelle « protestanti » dell'auto-disciplina di una classe che si presenta al potere (anche) per sostituire il vecchio ceto « indisciplinato » e quindi corrotto; che è poi lo studio di una delle componenti fondamentali della formazione di un'egemonia, ridicibile a modello per una analisi del presentarsi storicamente di una classe egemonica.

d) L'analisi del rapporto disciplina/diritto, legata al fatto che se la disciplina rappresenta una fenomenologia del normativo (le infra-penalità, per es.), la legge esprime il normativo in modo assoluto: l'avvento della disciplina prepara anche il trionfo del diritto.

Potrà poi essere inserito a questo punto l'uso fertilissimo della nozione di illegalismo. F. ha ragione quando dice che « bisogna concepire un sistema penale come un meccanismo per gestire gli illegalismi in modo differenziato, e non per sopprimerli tutti » [1976, 97], e coglie bene il senso della riforma penale avviata nel XVIII secolo, quando afferma che « la lotta per la delimitazione del potere di punire si articola direttamente sull'esigenza di sottomettere l'illegalismo popolare ad un controllo più stretto e costante. Si capisce — egli aggiunge — come la critica dei supplizi abbia avuto una tale importanza nella riforma penale: era infatti la figura dove venivano a congiungersi, in modo visibile, il potere illimitato del sovrano e l'illegalismo sempre vigile del popolo » [Foucault, 1976, 96-97].

Questa impostazione è corretta, arricchisce l'analisi storica svolta fino ad oggi con l'introduzione di un elemento nuovo (l'illegalismo) ed apre una nuova pista alle indagini future.

D'ora in avanti gli storici del diritto penale dovranno passare di qui e tener conto degli spazi metodologici offerti dalla messa in opera della nozione di illegalismo. Bisognerà rivedere e risottoporre a verifiche il nesso tra crimine e « peccato »; ridimensionare la tendenza a vedere il problema penale come fatto che si aggrega soprattutto intorno al « diritto di punire » ed alle sue manifestazioni e articolazioni, per inserirvi la tematica della « opportunità di lasciar

correre»; riverificare un aspetto almeno della teoria del diritto penale come diritto di classe, là dove la prova si raccoglie (anche) nelle depenalizzazioni a favore dei dominanti, per cominciare a studiare l'estensione ed il perché delle depenalizzazioni a favore dei sottoposti: un'area che, tra l'altro, si sta enormemente allargando proprio in questi ultimi anni, non foss'altro che per la semplice ragione (dovuta a calcolo del Potere? o ad una sua distrazione? o a una distrazione che poi si fa calcolo?) che si allarga l'area dei reati commessi «in basso» rispetto ai quali non vengono più, di fatto, svolte indagini per la ricerca dei colpevoli.

Inoltre, *l'uso* della nozione di illegalismo (tanto per intenderci, secondo il modello offerto da F. che è preponderantemente quello del piccolo illegalismo tollerato per coprire quello grande) consentirà di rimettere in luce zone trascurate della ricerca storica sulla «disobbedienza» come resistenza al potere politico. Tecnicamente parlando non è affatto vero che «in ogni reato c'è un crimine di lesa maestà», ma è vero che l'infrazione, e la disobbedienza che essa contiene, rappresentano in qualche modo una rottura del rapporto di soggezione; ebbene, l'illegalismo è sottratto a questa logica (lungi dall'esserci rottura tra Potere e soggetti, c'è connivenza, se non complicità), e questo impone una riconsiderazione delle dinamiche del potere che sono state fino ad oggi forse eccessivamente semplificate.

Questo libro andrà riletto ancora, e di nuovo rimeditato. La prima impressione che se ne ha è quasi quella di un grande e minuzioso programma di lavoro sottoposto agli storici (e forse proprio agli storici del diritto) perché lo svolgano convenientemente. Liberi, naturalmente, di riscrivere, rifare, controllare e specificare, essi sembrano tuttavia invitati a mettersi su questi nuovi sentieri per esplorare a modo loro (magari con maggiore rigore filologico, con l'uso di fonti più articolate e «complete», evitando qualche sciatteria tecnica o qualche abbaglio su testi che sono ripetitivi e tratatizi — il supplizio di Damiens, per esempio — e che si sarebbe dovuto tarare), per esplorare a modo loro, dicevo, i dintorni delle strade maestre che hanno battuto fino ad oggi. Ciò che c'è di grande in questo libro, e che certo si conserverà e peserà a lungo, non sono tanto i risultati acquisiti, non tanto il metodo adottato per raggiungerli, e nemmeno l'intelligenza, la vivacità,

l'originalità che ogni pagina pure contiene: il merito di *S. e p.* è soprattutto, se non mi sbaglio, quello di aver mostrato quanto grande era la parte di mondo « storico » che ci era sfuggita fino ad oggi e quanto grande è probabilmente quella che si può scoprire ancora.

Bibliografia

- COSTA P. (1974), *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico. I. Da Hobbes a Bentham*, Milano.
- COTESTA V. (1976), *Michel Foucault: dalla archeologia del sapere alla genealogia del potere*, in « La questione criminale », 443-468.
- D'ALESSANDRO L. (1976), *Potere e pena nella problematica di Michel Foucault*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », fasc. 4.
- DELEUZE G. (1975), *Ecrivain non: un nouveau cartographe*, in « Critique », 1207-1227.
- EWALD F. (1975), *Anatomie et corps politique*, in « Critique », 1228-1265.
- FACCIOLI F. (1975-76), *Recensione*, in « La critica sociologica », n. 36, 245-248.
- FOUCAULT M. (1975), *Entretien sur la prison: le livre et sa méthode*, in « Magazin Littéraire », n. 101, 27-33.
- FOUCAULT M. (1976), *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, 1975; tr. it. di A. Tarchetti, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino.
- GINZBURG C. (1976), *Il formaggio e i vermi. Il cosmo di un mugnaio del '500*, Torino.
- MELOSSI D. (1976), *Istituzioni di controllo sociale e organizzazione capitalistica del lavoro: alcune ipotesi di ricerca*, in « La questione criminale », 293-317.
- MELOSSI D. (1977), *Carcere e lavoro in Europa e in Italia nel periodo della formazione del modo di produzione capitalistica*, in D. Melossi e M. Pavarini, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna.
- PAVARINI M. (1977), *L'invenzione penitenziaria: l'esperienza degli Stati Uniti di America nella prima metà del XIX secolo*, in D. Melossi e M. Pavarini, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna.
- ROUSTANG F. (1976), *La visibilité est une piège*, in « Les temps modernes », n. 356, 1567-1579.
- SARTRE J.-P. (1966), *Jean-Paul Sartre répond*, in « L'Arc », 87-96.
- ZYSBERG A. (1976), *Recensione a S. et p.*, in « Annales E.S.C. », 168-173.

RECENSIONE A R. AJELLO "ARCANA JURIS.
DIRITTO E POLITICA NEL SETTECENTO ITALIANO"

Raffaele AJELLO, *Arcana Juris, Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, Jovene editore, 1976, pp. 446.

Il Settecento giuridico si presta come nessuna altra epoca, credo, al *discorso indiretto*. Lo notavo qualche anno fa recensendo *Le ideologie della codificazione* di Giovanni Tarello; ho avuto modo di riverificare l'ipotesi nelle osservazioni che in questo stesso fascicolo dei *Quaderni fiorentini* svolgo a proposito de *La codificazione penale in Italia* di Adriano Cavanna, e ne resto ancora più convinto uscendo ora dalla lettura di questa raccolta di scritti che Raffaele Ajello ha pubblicato sotto l'enigmatico (ma, via via che si legge, chiarissimo) titolo di *Arcana Juris*.

In che senso discorso indiretto? Diciamo nel senso che traspare dalle stesse parole di Ajello quando nella lucida e articolata « Introduzione » del suo libro (un'Introduzione che si presenta come un manifesto di intenti metodologici) afferma che l'obiettivo principale del suo lavoro è in definitiva l'interpretazione esatta del significato di sopravvivenze attuali che in qualche modo ripropongono ancora oggi dinamiche espresse con una loro specificità storica in quell'epoca cruciale. Si badi bene, però: il discorso non si conclude, ovviamente, nell'osservazione ridotta e banale secondo cui è bene studiare il passato per capire il presente; esso propone in realtà un tipo di riflessione su quel passato che è trasparentemente, sia pure tra le pieghe di una necessaria mediazione, discorso attuale. Ed in questo senso discorso indiretto.

Il nucleo centrale di esso è, come altri ha già notato ⁽¹⁾ e come lo stesso A. del resto apertamente dichiara, la non risolta questione del *formalismo giuridico*, inteso qui in modo articolato e particolarmente fertile; quasi una *ratio* per comprendere, ricostruire e ‘comunicare’, che A. usa in due fondamentali direzioni: quella della storia dell’ascesa, crisi e trasformazione di un ceto (il ceto dei giuristi, con le distinzioni che vedremo, e con particolare riguardo alla sua settecentesca vicenda meridionale) e quella della riflessione sulla storiografia giuridica di oggi, mediata a sua volta da una attenta ed intelligente ‘presupposizione’ dello stesso ruolo odierno della scienza giuridica nel nostro paese.

Ma andiamo per ordine. Il primo punto da rendere chiaro è quello del significato, per molti versi particolare, che A. assegna al concetto di *formalismo*, senza tralasciare il fatto che egli fa poi un *uso* di questo concetto che è spesso, se mi si intende, ‘metaforico’, o comunque ‘arricchito’ rispetto alla stessa definizione che egli ne dà.

Ci aiutano, in questa direzione, le pagine iniziali del libro, che pongono insieme alle indicazioni di marcia che poi sarà possibile verificare articolatamente in alcuni dei saggi successivi, anche una serie di indirette definizioni stipulative che servono ad orientare il lettore. « Del formalismo giuridico tecnicistico ed idealistico — scrive dunque A. — si scorgono precise ed importanti funzioni nell’organizzazione della società d’altri tempi, in particolare nei

⁽¹⁾ Mi riferisco, per esempio, alla attenta recensione che di questo stesso libro ha steso Cesare Vasoli (in *Bollettino del Centro di Studi Vichiani*, VII, 1977, pp. 211-218) e ad alcuni passaggi presenti nel saggio di Adriano CAVANNA, *Il ruolo del giurista nell’età del diritto comune (un’occasione di riflessione sull’identità del giurista di oggi)*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, XLIV, 1978, pp. 108-109.

Vasoli ha colto bene, a mio giudizio, il senso della ricostruzione che A. fa della dialettica *formalismo tardoumanistico / rinnovamento illuministico* (salvo l’attribuzione ad A. di un « evidente giudizio positivo » sul primo fenomeno, che forse mette in ombra alcune ‘sfumature’ del discorso dell’autore), dando del nucleo fondamentale di questo libro una sottile descrizione; Cavanna ha invece valorizzato, data l’occasione del suo riferimento ad *Arcana Juris*, il contributo che A. ha dato in questi saggi alla storia della funzione dei giuristi nell’esperienza italiana. Entrambi gli autori, e questo mi premeva sottolineare, hanno però preso avvio dalla fertile intuizione del ruolo avuto dalle metodologie proprie della scienza giuridica nello stesso atteggiarsi ed *essere* (rispetto alla società ed al potere) dei giurisperiti e poi, in seguito, nel modo in cui la storia del diritto ha affrontato e ricostruito quelle realtà.

secoli che videro il formarsi dello Stato moderno ed il nascere di garanzie giuridiche, sia pure ancora prevalentemente paternalistiche e patriarcali, ma tendenzialmente sottratte all'arbitrio ecclesiastico, feudale e delle corti. La *scientia juris* era spesso costretta ad isolarsi dalla realtà storica e doveva in parte prescindere perché la sua immagine non perdesse, venendone coinvolta, la sua credibilità come portatrice di valori *super partes*, e perché l'incidenza pratica dei giuristi traesse da quell'immagine una più valida spinta. La scienza giuridica, in definitiva, proprio nella misura in cui doveva astrarsi dalla realtà per apparire prestigiosa ed inoppugnabile, veniva incontro ad essa ad altro livello: soddisfaceva un'esigenza eminentemente pratica, in quanto sopperiva ad antiche carenze dell'organizzazione giuridica e politica positiva con i suoi valori ideali e culturali e con le strutture tecniche e corporative che quei valori contribuivano ad unificare ed esaltavano ».

La lunga citazione si impone, se mi si passa il paradosso, per brevità. Perché in questo passo sono sinteticamente compendiate uso e significati di un *Anhaltspunkt* che attraversa l'intero arco di questo libro e che è in definitiva la chiave principale per la sua comprensione.

L'isolamento della *scientia juris* tra Sei e Settecento svolge una funzione complessa (peraltro già individuata, seppure in termini diversi, ed anche da chi scrive, nell'età classica del diritto comune), rivolta a garantire la riproduzione del sapere giuridico ed il controllo dei giuristi su di una porzione importante della scienza della società, ma anche a perpetuare, giustificandolo e rendendolo quasi naturale, l'isolamento dei giuristi: il quale a sua volta sembrava assicurare maggiore credibilità (cioè maggior potere), non foss'altro che per l'effetto che esso produceva di una assenza di intrusioni o verifiche nello specifico della loro attività professionale. Il 'formalismo', nella ampia accezione opportunamente assunta da A., è all'origine di questo importante fenomeno: è in questo senso che esso « costituì uno strumento decisivo di organizzazione sociale e, nello stesso tempo, di ascesa dei ministri togati e del ceto civile nell'età moderna ».

Naturalmente, l'indirizzo formalistico non ridusse la sua influenza alle conseguenze 'sociali' del suo dispiegarsi o all'impronta che pure lasciò sul modo di atteggiarsi e di essere del ceto dei

giuristi. Esso segnò in primo luogo, e per un tempo lunghissimo, l'idea stessa che del diritto ebbero i suoi cultori e la loro riflessione sull'esperienza giuridica. Dal tardo umanesimo fino alla fase postkantiana, superando e riassorbendo resistenze e 'rivolte', la *scientia juris* mantenne e riaffermò « le forme tradizionali e culte del diritto », « la tendenza alla perfezione logico-formale ed erudita, all'armonia, e quindi all'autarchia, al disimpegno dalle cose del mondo ». Con atteggiamento che appare diverso, ma nella sostanza non muta, il giurista del secolo XIX ripercorse la stessa via, fino a consegnare — attraverso altre fasi alterne, altri superamenti ed altri ritorni — quello stesso patrimonio all'esperienza giuridica del secolo ventesimo.

Tornano in mente le lucide parole di Norberto Bobbio il quale ricordava ⁽²⁾ che innanzitutto l'espressione *formalismo giuridico* designa cose diverse, « alcune buone, altre cattive » ⁽³⁾, e che d'altronde numerose incarnazioni di ciò che per intenderci chiamiamo 'formalismo' sono apparse per poi rientrare in ombra, riemerse e poi di nuovo svanite, in un'alternanza che ha qualcosa di ineluttabile e che non si è ancora arrestata: « La storia non è nuova: formalismo e antiformalismo sono le posizioni estreme, e sempre

⁽²⁾ Già nello scritto *Formalismo giuridico e formalismo etico*, in *Rivista di filosofia*, XLV, 1954, p. 255 ss. (poi in *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1955, pp. 145-147) distingueva tra « teoria formale del diritto e concezione legalistica della giustizia », sottolineando come l'interesse di tale distinzione derivi « principalmente dalla constatazione che entrambe sono frequentemente confuse, e facile sembra il passaggio dalla prima alla seconda. Lo scopo che mi propongo chiarendo tale distinzione — proseguiva B. — è di evitare che al formalismo giuridico, che ritengo legittimo sul piano scientifico, si estendano le critiche mosse al formalismo etico, e che la condanna di quest'ultimo involga la condanna del primo ».

⁽³⁾ « Il mio sospetto, non da oggi, è che questa espressione significhi cose diverse, molto diverse, alcune buone, altre cattive, altre, soprattutto, inevitabili, con questa conseguenza: che una polemica generale e generica contro il formalismo finisce per essere una fonte di confusione, che produce equivoci, incomprensioni, discussioni inutili, esclusioni ingiustificate » (N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1965, p. 80). Nel capitolo di questo libro dedicato appunto al *Formalismo giuridico*, B. esamina quattro significati dell'espressione *f.g.* (« senza pretendere che siano i soli »), individuandoli nella « Concezione formale della giustizia », nel « Diritto come forma e teoria formale del diritto », nella « Scienza del diritto come scienza formale » e nella « Interpretazione formale del diritto ».

ricorrenti, tra cui oscilla il pendolo della giurisprudenza, come, in estetica, classicismo e romanticismo » (4).

Mostrando una sicura percezione di questa realtà e ben conoscendo la peculiare caratterizzazione che il fenomeno assunse nelle dinamiche scientifiche e sociali della esperienza giuridica del Settecento napoletano, A. chiarisce bene le sue accezioni. Nel saggio *Formalismo e storia del diritto moderno* dichiara che intende parlare « del formalismo scientifico, e non del legalismo, del normativismo o del concettualismo », affrontando poi la questione — finora francamente sfuggita ai più — di una storiografia giuridica che ha finito per « acquisire passivamente dal [suo] oggetto il proprio carattere »; di una storiografia, cioè, che accettando rigide visioni provenienti dal passato (prima fra tutte quella che condannava la critica illuministica dell'esperienza di diritto comune, accusandola di 'politicità', ed arrivando fino alla negazione dell'esistenza di una scienza *giuridica* illuminista al di là della scienza *politica* prodotta da quell'esperienza culturale), ha finito per coltivare, perpetuandole, lontane incomprensioni altrui. Operazione questa, peraltro, non incoerente (e qui sta il grosso del ragionamento e della ricostruzione che A. fa in questo suo saggio), dal momento che una visione formalistica della cultura giuridica del passato è al servizio non tanto (o non solo) della storiografia giuridica, ma soprattutto della *scientia juris* che tale storiografia serve e sorregge.

Notevole respiro hanno questi stessi principi in altri due importanti saggi della raccolta. Innanzitutto nello studio intitolato *Legislazione e crisi del diritto comune nel Regno di Napoli*, a proposito del tentativo di riordinare e certificare il complesso delle fonti normative del Regno, operato, a partire dal 1740, da Carlo di Borbone. Poi nell'altro, già reso pubblico con il significativo titolo « La crisi della legalità formale. Nuove esigenze di garanzia nell'esperienza giuridica italiana del Settecento » durante il terzo Congresso della Società italiana di storia del diritto, ed ora ristampato col titolo *La rivolta contro il formalismo giuridico*: trasparente riecheggiamento del *The Revolt against Formalism* di Morton G. White, che promette già da sé un'analisi volta a scovare gli effetti di rinnovamento politico, di

(4) N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 79.

mutazione negli equilibri del potere e nella dislocazione dei ceti, che l'azione degli illuministi ebbe, diretta com'era « a demolire le tradizionali posizioni di privilegio e di potere » muovendosi non « solo all'interno dell'*élite* ma contro di essa ».

Il primo di questi due saggi parte da una non banale valutazione del clima politico di quegli anni quaranta e sviluppa pienamente le potenzialità chiarificatrici presenti nella questione del rapporto tra giuristi e potere assolutistico. Il dualismo teoria/prassi, che viene poi sviscerato come contraddizione paralizzante (rifugio nella teoresi per evadere da una prassi ingovernabile) in *Formalismo e storia del diritto moderno*, è visto come incentivo/ostacolo in ordine ad una sperimentazione di vie d'uscita (quasi una poco convinta ricerca del *Che fare?*) che dà vita a tentativi giusnaturalistici, 'moralistici', consensualistici o di mera semplificazione e razionalizzazione, intrecciati tra loro e destinati ad essere sconfitti e finire senza esito. Un fallimento che rilancia un altro nodo storico, che A. pone *in limine* e poi coltiva nella sua problematicità, e che così si esprime: « L'opera di riordinamento e di certificazione della legislazione, che ferveva nel Settecento in tutt'Europa ed in molte regioni d'Italia, si svolgeva dunque nel Regno, in un ambiente di cultura giuridica particolarmente matura e cosciente, con ritmo estremamente stanco »; un'altra contraddizione, dunque, che però « fornisce già alcune indicazioni di metodo » e molto spiega.

Ma questo saggio non ci offre soltanto una buona applicazione del criterio di interpretazione storica costituito dal rapporto giuristi-potere; né solo una coerente analisi del clima culturale e politico napoletano che si esprime a quel suo particolare modo nella incerta tendenza verso una 'codificazione'. Al di là di questi elementi, vi troviamo una notevole capacità di scavare, portando alla luce vicende che sono insieme complesse e quasi del tutto sommerse; una capacità che va felicemente a congiungersi con il solido livello di riflessione ed escogitazione storica che tutto il libro di A. fa trasparire, e che si rende particolarmente evidente nei saggi in cui maggiore è il momento (abest iniuria) erudito, quali quelli su Carlantonio Broggia o quello su *Vico e Riccardi nella crisi politica del 1726*; la complessità dei riferimenti, la ricchezza delle fonti utilizzate (il loro dominio e la *souplesse* nel valorizzarle spesso fortemente), l'evidente esperienza di archivi e biblioteche che questi scritti (ed i loro

apparati) mostrano, fanno probabilmente di Raffaele Ajello uno dei massimi conoscitori, al giorno d'oggi, della cultura napoletana del Settecento, intesa come momento costitutivo del potere in quella società.

Di notevole interesse anche il secondo di quei due saggi, quello che attraverso l'analisi di una 'rivolta' antiformalistica riprende e perfeziona motivi che costituiscono, come ho già detto, l'innervatura essenziale di tutta la raccolta. Ajello indica innanzitutto i limiti, i difetti, della storiografia sull'Illuminismo giuridico (che però, occorre dire, si è venuta arricchendo e perfezionando, in questi ultimi anni), coinvolgendo nella sua critica le 'responsabilità' della cultura positivistica italiana e l'eredità passiva proveniente dal formalismo tardo-romantico, collegato, a sua volta, al suo omologo precedente tardo-umanistico ⁽⁵⁾. Prosegue sottolineando le contraddizioni che, tuttavia, la 'rivolta' illuministica dovette scontare, collegata com'era ad interessi eterogenei, e condizionata dalla sua fondamentale mancanza di unità culturale, da un lato, e di un disegno univoco sul piano del cambiamento sociale, che pure si proponeva, dall'altro.

Le pagine migliori di questo saggio sono però, se non sbaglio, quelle in cui si mettono in rilievo i momenti più dirompenti e storicamente più vivi della 'rivolta antiformalistica': la lotta contro l'alta borghesia burocratico-ministeriale, abilissima nello strumentalizzare per i propri fini le stesse strutture feudali e la logica del potere aristocratico ed ecclesiastico; la battaglia contro l'arbitrio, intesa come *prius* logico, oltre che storico, rispetto a quella contro il privilegio; la denuncia dell'arroganza ministeriale, e la polemica

⁽⁵⁾ « Non è certamente un caso — scrive A. (p. 287) — che nel campo del pensiero giuridico il formalismo romantico, da Savigny ad oggi, si sia collegato col formalismo tardoumanistico, e nel campo della filosofia lo storicismo idealistico italiano si sia ispirato al pensiero di Vico, che ha contribuito a far nascere il *topos* dell'identificazione illuminismo-antistoricismo. Si tratta di deformazioni più o meno colte, che ebbero origine nella prima metà del secolo XIX da concrete esigenze politico-culturali, e che ora si riproducono non solo per effetto di preconcetti politici, ma anche a causa di obiettive carenze di ricerche e di studi. Quando Croce criticava gli storici del diritto ed indicava con la sua elegante e dura ironia il carattere astratto dei loro studi, probabilmente non intuiva di essere lui stesso vittima delle sue vittime, ossia di avere acquistato dai suoi avversari — per effetto diretto o inverso — l'incapacità di collocare il fenomeno giuridico in generale, e quello illuministico in particolare, nella giusta prospettiva ».

contro un'intera porzione del ceto, considerata avversario naturale nell'ineluttabile conflitto contro il «dispotismo dei corpi intermedi»; lo sforzo di demistificazione nei confronti di una giustizia meramente formale che tuttavia non riusciva neanche a mantenere costante ed affidabile il suo standard di formalità.

È su questo terreno che il discorso indiretto di A. raggiunge la sua efficacia massima e, se l'impressione non è sbagliata, è in queste pagine che si sente più viva la sua 'partecipazione' nei confronti dei fenomeni descritti. Del resto, sarebbe difficile non avvertire la straordinaria attualità di questa antica problematica; il discorso tende a farsi diretto e immediato, perché *de nobis fabula narratur*.

L'autore di *Arcana Juris* conferma così, con il rendiconto omogeneo che ci offre della sua ricerca in questi ultimi anni, di essere, degli storici del diritto, tra quelli che meglio riescono a tenere il collegamento con gli storici politici e che più coerentemente riescono a discutere con gli storici della cultura e della vita intellettuale. Certo, l'oggetto stesso della sua ricerca, e l'aver valorizzato il *criterio* del 'ruolo del giurista' (e quindi del peso di un'opera 'ideologica' proveniente da un *milieu* intellettuale), gli facilita questo compito e, insieme, glielo chiede come condizione essenziale di coerenza scientifica; ma c'è da dire che il suo lavoro non si è limitato ad alcuni, sia pure essenziali, adempimenti.

Molti tra gli storici del diritto che pure restano sensibili ai collegamenti che A. instaura, ai passaggi non casuali e non distratti attraverso i terreni 'altrui', alle aperture che servono a liberarsi dei condizionamenti di tanta storiografia *d'antan*, devono dargli atto della sua partecipazione (e non dell'ultima ora) all'affermarsi di una sorta di *new deal* della storiografia giuridica nell'ultimo decennio. Ed alcuni tra essi lo sentono assai prossimo, nello sforzo (del resto ormai, si può dire, approdato) di «superare l'interpretazione paleomarxistica che vede il diritto come invenzione della classe dominante» (p. 302); che è poi lo sforzo per il necessario recupero dell'interesse stesso per il diritto, posto che — ed ha ragione Cerroni ⁽⁶⁾, che A. cita — considerare il diritto alla stregua di un

⁽⁶⁾ U. CERRONI, *Il problema della teorizzazione dell'interpretazione di classe del diritto borghese*, in AA.VV., *L'uso alternativo del diritto*, a cura di P. Barcellona, Bari, Laterza, 1973, I, p. 3.

mero strumento nelle mani della classe dominante per stabilire e formalizzare determinati rapporti di produzione, significherebbe abbandonare ogni attenzione verso il fenomeno giuridico ed ogni curiosità per la sua storia.

Resta evidente, però, che le opere di 'rinnovamento' non si arrestano mai, e che i mutamenti più incisivi e duraturi sono quelli che provengono da lunghe lene e che si dichiarano disponibili ad altri e necessari mutamenti futuri. Si potrebbero invocare gli stessi risultati scientifici di questo lavoro di A. per provare l'affermazione. Ciò vuol dire, se A. mi intende, che dalla sua opera stessa ci si attendono passi avanti e, magari, su nuovi terreni. Io credo, per esempio, che i suoi criteri di indagine darebbero risultati utilissimi anche fuori dallo specifico settecentesco e su terreni diversi da quello 'meridionale' o napoletano; credo che il suo modo di riflettere sulla realtà storica, sulle forme di ricomposizione sociale e sulle diverse manifestazioni del *Kampf um's Recht*, si farebbero notevolmente apprezzare anche nel campo disertato o, peggio, *malfrequenté*, della storia del diritto penale o in quello, aperto e fertilissimo, della storia della organizzazione istituzionale e giuridica della società. Ma il desiderio (anche personalmente 'interessato') del recensore non venga scambiato per un'intrusione; esso non è neanche un consiglio, ma solo un'offerta di collaborazione.

RECENSIONE AD A. CAVANNA, "LA CODIFICAZIONE
PENALE IN ITALIA. LE ORIGINI LOMBARDE"

Adriano CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano, A. Giuffrè editore, 1975, pp. 317.

Diversi sono i piani di lettura possibili di questo libro, perché diversi sono, se non sbaglio, i piani di ricerca sui quali è venuto formandosi ed è poi cresciuto, seguendo un itinerario che l'ha portato da ipotesi iniziali relativamente circoscritte ⁽¹⁾, a esiti finali più larghi e più complessi.

Nato da un ritrovamento di archivio e da un accurato lavoro di ricostruzione e riflessione, questo contributo di Adriano Cavanna non si limita infatti a ritratteggiare, sia pure nell'ottica relativamente inedita della proto codificazione lombarda, il fenomeno dei primi lavori legislativi programmati ed organici, presenti sull'intera scena europea negli ultimi decenni del diciottesimo secolo. L'occasione, che è poi la necessità per lo storico dei fenomeni giuridici di fondare ricostruzioni cogliendo nessi e ridisegnando scenari, gli è infatti utile per contributi 'ulteriori' che possono essere grosso modo individuati in quattro direttrici.

Innanzitutto una analisi non rituale dell'ambiente intellettuale lombardo più legato alle questioni di governo (un ambiente che non viene limitato quindi a quello dei giuristi professionali o 'stretta-

(1) Un primo riferimento al Progetto lombardo di codice penale del 1791-92 venne fatto da C. in una sua relazione al III Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto tenutosi a Firenze nella primavera del 1973. Quella relazione, intitolata *Il progetto lombardo di codice penale del 1791-92*, è ora pubblicata negli atti del Congresso: *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze, Olschki, 1977, II, pp. 943-973.

mente intesi'), tagliata anche su alcune premesse metodologiche che la rendono in qualche modo (anche) autonomamente valutabile.

Secondo: una 'storia esterna' e 'interna' della progettazione codicistica lombarda del 1791-92 che non va soltanto « alle sorgenti della codificazione penale in Italia », quanto piuttosto « alle origini della codificazione italiana *tout court* », perché coglie una differenza sostanziale, ad altri sfuggita ⁽²⁾, tra storia della codificazione come fenomeno necessariamente complesso (e attraversato in modo decisivo dal *novum* della cultura giuridica e politica) e la storia della legislazione intesa, in senso rigoroso, come produzione positiva della legge; che è poi la differenza tra un fenomeno culturale generale che 'produce anche diritto' quando entra in una congiuntura decisiva con le coordinate della politica (o più precisamente con l'esigenza/volontà del cambiamento) ed un fenomeno meglio leggibile in termini giuridico-dogmatici, legato alla dimensione del politico più da una logica di *governo* che non da una necessità di *trasformazione*.

Terzo: la delineazione — quasi a stabilimento di un modello ricostruttivo applicabile anche a fasi diverse da quella studiata — di un insieme di dinamiche che tipicamente si istaurano nel momento in cui una svolta riformistica ritenuta necessaria e pensata in termini volontaristici (magari da un comitato di saggi sorretti dall'assenso di un potere 'disponibile'), viene portata ad attuazione in una situazione politica data. Sono tra le pagine migliori di questo lavoro quelle in cui C. dà conto delle resistenze che nascono in Lombardia nei confronti del codice penale giuseppino (il problema della distin-

⁽²⁾ Mi riferisco, per esempio, a Marc Raeff che recensendo questo stesso libro di C. (in *Rivista storica italiana*, LXXXVIII, 1976, fasc. 4, pp. 881-887, tr. it. di A. Torre), distingue il periodo in cui « la storia di questi progetti e codici è stata trattata da un punto di vista puramente giuridico-dogmatico » da quello in cui, invece, « sono state le componenti intellettuali e ideologiche del processo di codificazione ... ad attirare l'attenzione degli storici e dei giuristi », i quali avevano dedicato fino ad allora « scarsa attenzione sia alla gestazione intellettuale (concettuale) della codificazione, sia alle specifiche situazioni storiche e ai climi mentali in cui si vennero progettando i codici ». Raeff dà atto a C. di porsi nell'alveo della più recente e più attenta linea storiografica, ma non avverte che la novità sta non tanto nel 'modo' di studiare la codificazione, quanto piuttosto nel considerarla una fase a sé della c.d. storia della legislazione (che è stata appunto affrontata tradizionalmente dal punto di vista 'esterno' che lui lamenta), e nell'affrontarla quindi non tanto 'in modo nuovo', ma come 'altra cosa'.

zione dei delitti in criminali e politici, ma soprattutto la questione delle pene, della loro 'durezza' e rigidità e quindi della intollerabile ripercussione di quel sistema sull'assetto e sulla natura stessa di una società di ceti), e poi dei numerosi terreni di incontro e compromesso che consentono l'inizio dei lavori sul nuovo progetto di Leopoldo II e ne accompagnano tutta la accurata ma infruttuosa preparazione. Da compromessi, prudenze, attenuazioni e revisioni, vengono segnate non solo la composizione stessa della Commissione incaricata di stendere il progetto e la metodologia dei suoi lavori, ma il contenuto stesso del codice progettato, il taglio scelto per questioni decisive come quella del rapporto tra il giudice e la legge, e la soluzione tutto sommato non sorprendente data al problema della pena di morte: questione che ormai consideriamo storicamente di peso relativo, ma che all'epoca era forse il discrimine più indicativo della 'civiltà' di un codice e che certo rivestiva un valore politico (si potrebbe quasi dire 'simbolico') ben più grande di quanto il suo peso pratico non lasciasse pensare. Ebbene, la pena di morte che era stata soppressa nella *Riforma* toscana di Leopoldo, rientra in un nuovo progetto leopoldino per decisione di una commissione di giuristi che opera nell'eco dei principi dell'ottantanove e che ha nel suo seno Cesare Beccaria « come il Genio stesso della giustizia penale ». Giustamente C. accenna alla possibilità che tutto questo appaia alla stregua di un « singolare episodio dal sapore scandalistico », e giustamente ci ricorda come tutto questo possa spiegarsi invece con la crisi degli ideali del riformismo radicale settecentesco (o, *tout court*, come egli preferisce dire, dell'illuminismo europeo), la quale è crisi di *novità* (e quindi perdita di incisività), ma è soprattutto perdita di vigore etico, caduta di lucidità politica, declino della 'certezza morale' che aveva fatto di esso, nei decenni precedenti, una forza poderosa sul terreno ideale. Ci sono già, nei lavori della Giunta, influenze (come quella di Luigi Cremani) che segneranno in modo notevole gli anni della restaurazione, ed accanto al superamento di sistemi ormai desueti (come quello del *crimen maiestatis*, peraltro rimpiazzato con meccanismi certo non meno occhiuti e severi), è dato di trovare forti innovazioni nel campo delle pene o — sul piano degli istituti speciali — per ciò che riguarda i furti: ma il punto decisivo, rispetto a tutto ciò, sta poi nel fatto che quelle modificazioni non ebbero esito; e si può ben dire che la società

lombarda di quegli anni novanta è qualificata assai meglio e di più da quel *non avvenimento* che non dal progetto uscito inutilmente dai lavori di quella Commissione.

Ma la direttrice di ricerca che mi pare più interessante e più fertile in tutto il lavoro di C. è — quarta di questo mio schema — quella che tende alla completazione del ‘fondamento’ stesso di una più attenta (e, perché no, rinnovata) storiografia del ‘penale’. Tutto il suo lavoro ripropone all’attenzione dei giuristi e degli storici (voglio sottolineare, e insistere: non solo degli storici del diritto) la questione fondamentale del *peso del problema penale* nella storia del rinnovamento politico, civile e culturale delle società moderne.

Al di là del contributo materiale dato alla storia della codificazione penalistica (un progetto di codice non secondario che viene ritrovato, descritto, discusso, illustrato) è necessario dare atto ad Adriano Cavanna di avere sollevato obiettivamente un problema di fondo: quello della connessione strettissima tra crescita civile, sviluppo culturale, cambiamento politico, da un lato, e riforme penalistiche dall’altro, cogliendolo nell’ambito di una società esemplare per livello e quantità di tensioni, contraddizioni e spinte antagoniste, come quella lombarda degli ultimi vent’anni del secolo diciottesimo. Mi piace insistere su questo punto. Io credo che non si comprenderà adeguatamente il ruolo peculiare, ed il senso stesso, della ricerca storica penalistica, finché non si accoglierà interamente il principio dell’esperienza penale come esperienza politico-civile per eccellenza: il che vuol dire, in primo luogo, *riconoscere* la centralità della questione penale in alcune decisive fasi di transizione o di cambio sociale; la non ‘occasionalità’ degli scontri sulle diverse possibili politiche criminali; la crucialità storica del problema del punire (per l’intreccio strettissimo che esso ha con la vita sociale, con le strategie politiche generali, con i sistemi delle libertà e con altro ancora); la irriducibilità del diritto penale e degli stessi apparati repressivi a meri strumenti di dominio o fattori d’emarginazione.

Mi pare si possa dire che la coscienza di tutto questo è presente, talora in modo più scoperto, talaltra implicitamente o con qualche contraddizione, nel corpo complessivo del lavoro di Cavanna. Anzi, per più di un verso si può trarre una lezione, in questo senso, dallo stesso impianto del suo libro: l’attenzione alla dottrina giuridica (e non solo a quella coinvolta dalle persone presenti nei lavori della

Commissione) è un elemento decisivo in questa prospettiva, perché è normalmente nel contributo del giurista che si rilevano con maggiore chiarezza, e con più frutto, i nessi tra diritto e società, tra la fase della trasformazione sociale o politica ed il suo riversarsi nel momento positivo della norma giuridica; così come da quel contributo è possibile — e talora necessario — partire per scovare e documentare il procedimento di senso contrario, che è poi quello in cui è il giurista stesso, quale intellettuale legato ad un frammento importante della realtà in trasformazione, ad influire in maniera non secondaria sulla direzione e sul contenuto, sul *quantum* e sul come di quel cambiamento. Ed è inutile aggiungere come proprio lo scorcio del secolo diciottesimo indagato da Cavanna sia tra le epoche che possiamo considerare esemplari in relazione alla presenza ed al dispiegarsi di un fenomeno come questo.

L'adesione al modulo sopra delineato non si ferma del resto a questo solo aspetto, di recente ridiscusso dall'autore in modo accorto, sensato, e tale da indurre anche chi scrive a qualche ripensamento⁽³⁾; essa si completa con l'attenzione che C. dedica ai rapporti tra 'nuovo diritto' e tradizione di diritto comune, particolarmente rilevanti nell'esperienza giuridica lombarda; e si realizza nella rilevazione di una serie di 'coppie' problematiche che sono alla base

(3) In un suo recente intervento (*Il ruolo del giurista nell'età del diritto comune. Un'occasione di riflessione sull'identità del giurista di oggi*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, XLIV, 1978, pp. 95-138) Adriano Cavanna affronta le « per ora brevi vicende storiografiche di un tema ancora 'caldo' ... », confrontandosi con la questione — non riducibile all'esperienza di diritto comune, ma in qualche modo permanente ed altrove ritrovabile — del rapporto tra giuristi e società, mediato da ulteriori sub-rapporti tra giuristi e potere politico, giuristi e scienza del diritto, giuristi e cultura civile. Questo contributo, che sollecita riflessioni e ripensamenti, e merita certamente di trovare seguito, è coerente con l'impostazione che al problema della presenza dei giuristi nella società lombarda degli anni '80 e '90 ed a quello del loro ruolo in essa, C. dà nella parte centrale del suo libro. E interessanti sono soprattutto le pagine in cui C. delinea « l'atteggiamento del mondo dei giuristi rispetto alla politica assolutistica del diritto », introducendo distinzioni tra le diverse *funzioni* svolte dai giuristi (professori, funzionali, giudici, *pragmatici*, membri dei Parlamenti o dei Senati), e diversificando il contenuto ed il modo dei loro rapporti nei confronti del 'potere': sono i criteri che si ritrovano, come ho detto, nella dettagliata analisi che C. fa dell'accoglimento in Lombardia delle proposte giuseppine, nella descrizione dei lavori della Commissione del 1791, nel giudizio che viene dato dell'apporto di ciascun membro di essa al lavoro collettivo.

della sua ricostruzione e che costituiscono quasi un *continuum* lungo tutto l'arco del lavoro, in un certo senso sottolineandone la permanente 'apertura' e la reale disponibilità alle diverse soluzioni storiche che via via le fonti, ed una loro prudente interpretazione, possono suggerire. Mi riferisco in particolare alla 'dialettica' tra un *corpus* legislativo di matrice austriaca e le diverse 'rielaborazioni nazionali', alla attenzione continua nei confronti di diverse 'conciliazioni' che investono di volta in volta lo scontro tra tradizione e rinnovamento, la sovrapposizione tra illuminismo e patrimonio storico di diritto comune, l'incontro (non sempre pacifico) tra dottrina e politica.

In particolare mi sembra felice lo sviluppo dell'idea di un incontro, difficile ma non infruttuoso, fra tradizione di diritto comune e 'nuove idee' di matrice 'illuministica'. L'autore trae da questo problema alcune osservazioni che mi sembrano corrette e che forse andrebbero approfondite e sviluppate, perché nello specifico della storia dell'esperienza penalistica italiana hanno probabilmente un significato che va al di là di quello che gli esiti della dialettica tra 'antico' e 'moderno' ebbero rispetto al diritto civile ed alla codificazione civilistica. Giusta, ed anche in qualche modo innovativa, è per esempio l'idea che nasce dalla lettura del libro di C. della necessità di ridimensionare e rifondare l'errata convinzione che nell'Italia del secolo passato si siano subite *tout court* le idee di Napoleone in materia di legislazione penale. Qualcuno potrebbe forse addirittura tentare di formulare l'ipotesi contraria. Nella tradizione culturale italiana rispetto al diritto penale, e nella storia della nostra legislazione, c'erano già fatti e idee che sarebbe riduttivo e storicamente inammissibile rileggere come meri elementi prodromici: come precedenti che sarebbero serviti a preparare il terreno perché venissero accolte, a tempo loro, le soluzioni tecniche francesi e la tradizione giuridica francese.

In realtà, l'incontro tra una tradizione ed una esigenza di rinnovamento e razionalizzazione, determina di per sé, e con la sola forza del suo essere storicamente maturo, le condizioni di un cambiamento: le analisi di C. mostrano come il bilanciamento tra innovazione e conservazione, il compromesso tra riformismo e moderazione, conducono ad un *quid novi* che verrà forse 'ratificato' dall'avvento dei francesi (i quali peraltro, e paradossalmente, arrestano la parabola delle riforme leopoldine con il clima di rinnova-

mento che la loro rivoluzione diffonde in Europa), ma che non può dirsi appartenere semplicemente alla elaborazione giuridica della Francia. Si tratta di elementi che si innestano nello specifico di un'esperienza storicamente autonoma, seppure legata (ma non è questa la condizione di ogni autonomia?) a quanto accade o si pensa 'fuori', che crescerà e che porrà le basi di una tradizione culturale di grandissimo rilievo: la grande scuola lombarda del diritto criminale dei primi decenni del secolo diciannovesimo non nasce evidentemente senza radici, e non si limiterà ad influire nell'area lombarda, collegandosi all'altra tradizione — la toscana — che era pure stata toccata in modo forse ancora più diretto dall'esperienza decisiva del riformismo leopoldino. E basterebbe guardare alla valorizzazione di un giurista come Paolo Risi, valorizzazione che nasce 'dalle cose', da *questo genere* di cose, e che C. sottolinea molto opportunamente restituendoci un penalista di notevole livello finora sottovalutato, per comprendere come gli intrecci complessi, le realtà articolate e sfumate, i fenomeni 'complicati' e lo sguardo attento rivolto anche a quelle che sembravano *quantités négligeables*, spiegano talvolta di più — e comunque meglio — di tanti schemi grossolani coi quali in mancanza di meglio siamo ancora troppo spesso costretti a lavorare.

* * *

Da questo libro, che si propone tra l'altro di colmare parte del 'vuoto di storia' a cui soggiace l'esperienza del diritto penale in Italia ⁽⁴⁾ (ma non solo in Italia, aggiungerei), si può trarre dunque un modello di ricerca nel suo complesso valido — e comunque utilmente proponibile — per la ricostruzione storica dei fenomeni di legislazione e di quelli codicistici in particolare.

⁽⁴⁾ « Col passar del tempo — scrive giustamente C. — si è resa più che mai viva l'urgenza di ricerche nuove e coordinate sui problemi storici del diritto penale italiano, sia per ciò che attiene all'età medievale e al diritto comune sia per quanto concerne l'epoca moderna e la codificazione. Il disagio conseguente all'inesistenza di un recente e ben costruito quadro storico del diritto penale italiano — specialmente per ciò che riguarda la fine del secolo XVIII e la prima metà del XIX — è oggi percepito soprattutto dai cultori del diritto positivo, che si sentono privi di un concreto retroterra storico cui riferirsi e nel quale ritrovare le profonde implicazioni di molti problemi dottrinali, legislativi e di politica criminale contemporanei » (pp. 15-16).

Molto spesso ci si è lamentati, in questi ultimi anni, di un 'ritardo' negli studi di storia del diritto penale, ed è significativo il fatto che tale 'ritardo' sia stato rilevato proprio mentre questo genere di studi, sia pure faticosamente, cominciava a riavviarsi. Oggi le energie impegnate sul terreno storico-penalistico sono già più numerose, ma appaiono, se posso dire senza essere frainteso, singolarmente eterogenee. Una parte almeno di esse andrebbe meglio indirizzata: occorre che si diffonda la coscienza della necessità di affrontare problemi penalistici partendo da *un insieme* di fonti, tenendo nel dovuto conto il peso della riflessione dei giuristi e soprattutto non amputando dalla discussione sul 'penale' tutto quanto attiene al suo momento *giuridico*, per annegare le ricostruzioni solo in quel tanto di *politico* che una questione penalistica contiene certamente, sempre, e qualche volta in altissimo grado ⁽⁵⁾.

Io credo che lo sforzo fatto da Cavanna in questa sua attenta e calibrata ricostruzione — pur con i limiti che un lavoro come il suo può avere per la natura stessa dell'oggetto che indaga — possa servire anche in questa direzione. Gli storici non giuristi, ed anche alcuni dei giuristi che non sono storici, possono utilmente confrontarsi con queste pagine: traendone, quanto meno, la lezione di uno sforzo di equilibrio e di probità — peraltro non disgiunti da una loro propria tensione che chiamerei 'civile' —, la quale ha il valore che ciascuno, a misura della sua propria esperienza culturale e di ricerca, riuscirà a dargli.

⁽⁵⁾ Abbiamo avuto, negli anni più recenti, una messe di contributi che ci sono venuti da storici non giuristi attenti — come si dice oggi — 'alle questioni istituzionali'; essi si sono spesso lasciati attrarre e poi trainare da alcuni temi che sembravano *à jour*, e che sono stati poi trattati in modo 'esterno', nel segno della c.d. 'storia militante', e quindi, per la forza stessa di queste ragioni, sostanzialmente di striscio. Penso per esempio al tema del *carcere*, attraversato e riattraversato da battaglioni di ricercatori che ne hanno fatto le Fiandre della storia istituzionale italiana; o a quello della '*repressione*', con riguardo particolare agli ultimi decenni del secolo scorso. Abbiamo avuto indagini che per la parzialità o per l'inadeguatezza delle fonti utilizzate, sono a loro volta difficilmente utilizzabili, perché affrontano, per esempio, questioni ad alto contenuto 'dottrinale' (o nelle quali è decisivo l'orientamento dei giuristi), basandosi unicamente su atti parlamentari che recano resoconti (per di più sintetici). Non sono neanche mancati studi su singoli istituti penali (penso tra gli altri ad un recente *bouquin* sul furto campestre), scritti in una sorta di *patois* — miscuglio di politicismo e panphletismo in ritardo —, nei quali gli autori non si sono neanche accorti di avere a che fare con questioni di diritto penale.

STORIA DEL DIRITTO E STORIA DELLA SOCIETÀ.
 QUESTIONI DI METODO E PROBLEMI DI RICERCA (*)

Devo dire subito, a dispetto di quanto sembra promettere il titolo un po' scolastico che ho dato a queste mie riflessioni, che non mi sono congeniali, e neanche tanto familiari, i discorsi di metodo. Devo anzi ricordare a me stesso di non averci mai creduto molto, e aggiungere che attraversiamo tempi che dovrebbero indurci a crederci pochissimo: avventurarsi in un nuovo tentativo di additare metodi, significa probabilmente correre il rischio di arrivare in ritardo in un luogo dal quale ormai tutti sono andati via da un pezzo.

Affronterò dunque alcune delle questioni di metodo poste da altri, ma non sarò io a dire cosa bisognerebbe fare. Tutto il mio discorso servirà soltanto a perorare una mia convinzione, che forse non ha neanche bisogno di essere particolarmente sostenuta, se solo si considera la sua sostanziale ovvietà. È la convinzione che sarebbe bene realizzare una maggiore connessione tra la storia giuridica e la storia della società, celebrando tra di esse una sorta di matrimonio di interesse, per reciproca comodità. Si istituirebbe con ciò una vicendevole strumentalità tra quei due livelli, in un rapporto di sfruttamento reciproco perfettamente equilibrato, nel quale ognuno di essi dipenderebbe in parte dal servizio dell'altro: eccellente situazione — oltre al resto, se non sbaglio — per una solidarietà durevole, che mi pare possibile e che giudico necessaria.

Paolo Grossi ha giustamente lamentato l'assenza del diritto dall'elenco delle scienze sociali accreditate e riconosciute dalla

(*) Conservo deliberatamente lo stile discorsivo di questo contributo, nel quale mantengo anche i riferimenti agli interventi degli altri relatori, per sottolineare le sue intenzioni, prima di tutto interlocutorie.

‘nouvelle histoire’, sottolineando l’incomprensibile paradosso che vede quella corrente storiografica mettere a frutto praticamente tutte le scienze dell’uomo, tranne una sola — il diritto — che non è certo l’ultima o la meno importante di esse. Condividendo interamente il suo rammarico, insisterò altrettanto sulla lamentela opposta, dal momento che tanta parte della storiografia giuridica non ha dimenticato una sola delle scienze sociali, ma ha creduto di poter fare a meno di tutte. Tra gli storici giuridici si può constatare spesso una certa freddezza nei confronti dell’idea di fare i conti con la storia sociale (o, preferisco, con la storia della società), e qualche rigidità verso il compito di fare (anche) storia della società mentre si fa storia giuridica, se è vero che il diritto è — come è — scienza sociale e fenomeno storicamente appartenente al sociale. Freddezza e rigidità sono attributi cadaverici, e non mi piace il punto di incontro che mi trovo a realizzare con la metafora descrittiva che ho sentito usare anche da Jacques Le Goff. Anche lui ha parlato di un « cadavere, qui bouge encore », riferendosi alla storiografia giuridica (francese), ma, come lui, io non ho pessimismi: dico solo che ci sono problemi da risolvere, e che non si tratta di problemi piccoli.

Il primo ed il più grosso di quei problemi è quello della generalizzata incomprensione reciproca, o della reciproca tendenza alla sordità, tra storici sociali e storici giuristi: è un problema che riguarda entrambe le categorie, anche se produce guasti più grandi per la seconda. Il secondo problema, o (meglio) ordine di problemi, è quello che si presenta in particolare agli storici del giuridico, in conseguenza di una loro progressiva marginalizzazione, effetto a sua volta, in parte, del loro ‘imperialismo’ isolazionista. Il terzo ordine di problemi è invece tipico degli storici della società e sta negli inconvenienti che nascono dalla loro incapacità di utilizzare la dimensione giuridica o dalla loro pretesa di ignorarla. È intorno a questi elementi che si muoverà la prima parte del mio discorso. La seconda tenterà di fare luce su qualche possibile via di uscita.

1. *Gli storici e la complessità non navigabile.*

Il diritto, inteso come scienza, ma anche in quanto ‘presenza’ culturale o ideologica, mette gli storici in seria difficoltà. Esso ha un

complesso linguaggio proprio, conseguenza di una logica sua, speciale, astratta e rigorosa, per la quale le approssimazioni sono errori; ha una quantità indefinita di aspetti diversi, di istituti, di meccanismi, di principi generali e particolari, di regole per così dire idiomatiche, note solo a chi le pratica assiduamente. Nessuna meraviglia dunque che gli storici ne siano ignoranti, come ci ha detto Le Goff, o che sentendosi respinti da una simile complessità per essi non navigabile, tendano a saltare la dimensione giuridica delle cose, a trascurarla, magari a negarla, oppure — conclusione peggiore — a dire che in fondo essa non ha molta importanza.

Certo, il diritto mette in difficoltà, e non solo per quello che è, come scienza o come strumento, ma anche per ciò che produce, o per le funzioni che svolge. È manifestazione di razionalità di alto rango, capace di analizzare, classificare, ordinare, attraverso processi di selezione e gerarchizzazione che ne fanno insieme il mezzo ed il linguaggio del dominio: in questa sua dimensione è certo meno accessibile della statistica o della demografia storica, ed aggiunge a tutto ciò la difficile attingibilità che viene ad una scienza dal fatto di avere molta importante storia: ed il diritto ha infinitamente più risalenza, tradizione e storia di quanta possano averne l'antropologia o l'economia, la sociologia o le osservazioni sul clima.

È probabilmente questa presenza qualificata, ed a suo modo ingombrante, che ha procurato al diritto l'accusa meritata, ma irrilevante, di 'imperialismo', pretesto polemico per elusioni dovute in realtà a tutt'altro. Elusioni, o aggiramenti, ha scritto di recente Robert Roth ⁽¹⁾, che si sono valse di diverse strategie: in primo luogo l'apporto epistemologico della ricerca sul diritto e lo sviluppo, da parte dei giuristi stessi, di quello che essi hanno chiamato lo « sguardo esterno » sul diritto, hanno giovato notevolmente agli storici non giuristi ed alla loro familiarizzazione con alcune categorie: basti pensare alle c.d. dimensioni istituzionali, alle politiche del diritto, alla percezione del normativo, al *social control* e così via. In secondo luogo alcuni storici più attenti di altri sono riusciti a metter

⁽¹⁾ R. ROTH, *Evaluation de l'apport des résultats de la recherche historique à la politique criminelle et à la prévision de son évolution, compte tenu des changements du contexte social et économique*. Rapport au VI^e Colloque de Criminologie du Conseil de l'Europe, (P.C. CC. 83.12), Paper, Strasbourg, 1983, p. 7.

in opera categorie, o implicazioni, giuridiche, senza pagare lo scotto di un attraversamento tecnico dello spessore denso del diritto, ma anche senza continuare ad ignorare l'esistenza ormai innegabile della dimensione giuridica: l'operazione è stata possibile ponendo ad oggetto dell'indagine non il diritto, ma la sua immagine proiettata: il diritto come ideologia (2). Queste, ed altre minori vie di accesso, hanno consentito di mantenere in vita una possibilità di contatto tra gli storici e gli aspetti giuridici dei diversi oggetti del loro studio, ma ciò che esse hanno prodotto non può essere considerato soddisfacente.

Se è vero che il diritto ha un atteggiamento 'imperialista' e che tende a essere dappertutto o ad impossessarsi di tutto, bisognerà pur ammettere che di una cosa che è ovunque non si può fare a meno di occuparsi; poi, per occuparsene correttamente, occorrerà capire il suo linguaggio, rendersi conto delle sue regole, non sottovalutare il suo peso. Bisognerà ricordare che il momento giuridico ha un collegamento forte con la coscienza della società, oltre che con il suo funzionamento; che esso, come complesso di regole, procedimenti, sistemi di giustizia, produzione di intellettuali specialisti, invade interamente ogni sfera del sociale, ogni possibile ambito indagabile, e non può essere amputato dalla ricerca storica sulle società, pena la sua sostanziale invalidazione. Il punto è, cioè, sapere se la 'dimensione giuridica' della società esiste o no: se esiste, bisogna occuparsene.

Naturalmente, non si tratta soltanto di 'tenere conto' della esperienza giuridica: di tutto, si tiene conto. L'importante è indagare adeguatamente sulle conseguenze dell'esistenza del momento giuridico in ogni questione. Da questa esistenza deriva infatti l'influenza della dimensione giuridica. E non è questione di fare riferimento a quanto viene prodotto dagli storici del diritto: spesso non esistono studi storico-giuridici su determinati oggetti e quelli che esistono possono talvolta dimostrarsi sterili, non tanto in sé — anche se questo può succedere — ma in quanto inutilizzabili, perché non adeguatamente misurati sulle società e sulla storia.

Il punto è allora 'valersi del diritto', e cioè mettere in opera le

(2) R. ROTH, *Evaluation*, cit., che fa riferimento a E. P. THOMPSON, *Whigs and Hunters: the origins of the Black Act*, London, 1975, p. 260 ss.

categorie, la terminologia, l'ordine mentale del ragionamento, l'abito interpretativo del giurista, e poi le fonti (bella nozione da positivismo ottocentesco che non va buttata ancora): e tra le fonti, l'opera dei giuristi (il diritto, per la fase medievale e degli antichi regimi è tutto lì, o quasi tutto lì), quel po' di legislazione, quel tanto di 'diritto incartato' che sta negli archivi, ed infine l'immenso continente delle *pratiche sociali*, affare di giuristi o di intellettuali dalla cultura essenzialmente giuridica, esplorabile percorrendo l'onnipresenza delle relazioni di potere — che non è l'onnipotenza del potere, a cui non credo —. Le quali pratiche, per loro natura intrise di ordine ed innervate di norme, sono talmente importanti per lo studio di qualsiasi società da rendere plausibile il parere di chi vuole che esse *siano, tout court*, nel loro complesso, la società che le esprime ⁽³⁾.

2. *La storia giuridica e la sociologia storica.*

È ormai generale il riconoscimento che il diritto, come sistemazione dei rapporti sociali a un dato livello, è incomprendibile senza un'analisi degli orientamenti sessuali, delle credenze etico-religiose, della produzione economica e delle forze militari che caratterizzano una data società ad un dato momento e si esprimono in aggruppamenti di individui e in conflitti. L'osservazione che precede è di Arnaldo Momigliano, ha più di venti anni, appartiene ormai al dominio dell'ovvio, ma giova — o forse è anche un po' necessario — ripeterla, perché su di essa si rifletta, tra gli storici del diritto. Non si capisce perché Momigliano, che la pronunciò durante un Congresso di storici giuristi ⁽⁴⁾, traesse da essa la conseguenza necessaria della morte della storia giuridica: indicare correttamente un quadro di riferimento per la comprensione di un fenomeno non comporta necessariamente la soppressione della scienza che lo studia. Ma a me basta per ora stare a quell'ordine di idee, osservando semmai che

⁽³⁾ P. VEYNE, *Foucault e la storia*, in *Aut Aut*, n.s., 181, 1981, p. 81.

⁽⁴⁾ A. MOMIGLIANO, *Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*. Atti del primo Congresso internazionale della Società italiana di Storia del diritto, Firenze, 1966, p. 23.

l'elenco di Momigliano è fin troppo breve, perché ben altro bisogna pure analizzare per comprendere il diritto.

Analizzare, peraltro, non vuol dire limitarsi a tenere conto. Il mio discorso, per necessità, deve tornare su questo punto anche per quanto riguarda gli storici del diritto. Tener conto di questo o quell'elemento è cosa che gli storici del diritto fanno già, anche se non sempre e non tutti, mentre in realtà servono ricerca ed indagine, direttamente applicate ad ogni questione che si riveli essenziale per la comprensione dei diversi aspetti di un'esperienza giuridica. E varrà la pena ricordare, con Stefano Rodotà⁽⁵⁾, che non vale in questo ordine di cose fare un po' di 'cannibalismo rituale', che consiste, come sanno gli antropologi, nel pretendere di diventare demografi, economisti, geografi, sociologi o giuristi, limitandosi ad ingerire nei propri lavori qualche pezzo dei loro studi.

Tutto ciò comporta un atteggiamento rinnovato nei confronti della sociologia, o di quella che con qualche fatica possiamo indicare — ma il discorso su di essa è apertissimo — come 'sociologia storica'. Io da parte mia sono abbastanza d'accordo con quanti sostengono che gran parte di ciò che possiamo chiamare sociologia nel mondo antico — ma anche in quello medioevale — altro non è, alla fine, che costume o diritto; così come credo che anche per gli antichi regimi il rapporto tra storia e diritto sia omologo a quello tra storia e sociologia, e questo rende quasi naturale l'occupazione di un settore della storia della società da parte della storia delle pratiche giuridiche o delle pratiche *tout court*.

È un'impostazione, questa, che conosce una paradossale fortuna: pacificamente ammessa come strategia di ricerca è poi assai scarsamente praticata in concreto; ha l'aria di essere un'esigenza entrata di recente nell'orizzonte dei giuristi storici, mentre può essere fatta risalire almeno a Hauriou, nella sua versione distesa e consapevole e, prima di lui, alle premesse presenti nell'opera di Durkheim. Prima che ce lo ricordassero gli storici sociali, infatti, Maurice Hauriou, un giurista, aveva già affermato che « per comprendere bene l'importanza e il ruolo di un istituto giuridico è

(5) S. RODOTÀ, *Relazione*, in « *La cultura* » delle riviste giuridiche italiane. Atti del primo incontro di studio, Firenze, 15-16 aprile 1983, (*Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 13), Milano, 1984, p. 91.

indispensabile vedere in che modo funziona, cioè il suo posto nel commercio giuridico, quando e in quali condizioni gli uomini se ne servono, il modo in cui lo usano, le modalità che vi introducono, le conseguenze che esso produce » (6). « In un processo — può dire a ragione Henry Capitant (7) — l'esame dei fatti è altrettanto proficuo dello studio della soluzione adottata dal giudice ».

Ma non è il caso di insistere troppo sulla necessità di aprire porte che appaiono già da tempo sfondate; proporre cose ovvie come primarie necessità può avere senso solo in spirito di rimprovero, rivolto a chi continuasse ad ignorarle: e non è questo che oggi occorre fare. Ciò che si impone sempre più, oggi, è semmai una considerazione del quadro generale della ricerca storica, dal quale emerge assai chiaramente, almeno per chi sa leggerlo con sufficiente perspicacia, una 'domanda' di approccio giuridico — o di riflessione sul giuridico — che, non soddisfatta, sta già dando vita a qualche non trascurabile novità, forse benvenuta per alcuni, certo allarmante per altri.

L'estrema maturità di un raccordo nuovo tra la storia del diritto e quella della società, infatti, non deriva più soltanto dalla logica stessa della ricerca sul diritto o dalla necessità di studiare 'diritto e società', cioè da una nuova coscienza del diritto come scienza sociale; ciò che deve convincerci a confrontare con le altre scienze sociali la nostra tradizione di rigore giuridico, il nostro peculiare metodo culturale ed il nostro modo di guardare le cose, è una realistica riflessione strategica sull'autonomia della storia giuridica e sul suo peso nel contesto generale della ricerca storica.

Occorre riconoscere elementi di verità in una osservazione recente di Giovanni Tabacco, il quale richiamava la nostra attenzione sul fatto che sembra essere in atto una autentica sostituzione degli storici del diritto, « non già sotto forma di attività di supplenza di fronte a singole carenze degli odierni studi giuridici », ma come

(6) M. HAURIUO, *Police juridique et fond du droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 11, 1926, p. 279.

(7) H. CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris³, 1950, p. VIII. Traggio questi riferimenti ed un aspetto dell'ordine del ragionamento, da J. P. CHARNAY, *Su un metodo della sociologia giuridica: l'utilizzazione della giurisprudenza*, in *Problemi di metodo storico*, a cura di F. Braudel, Bari, 1973, p. 392.

attività di autentica surroga, dettata dalla necessità di arrivare a soddisfacenti risultati di ricerca, per i quali non è più sufficiente « quel geloso sacerdozio del diritto, che a taluni sembra fermo nelle definizioni acquisite da una determinata tradizione culturale » (8).

Il fenomeno esiste, ed ha già preso largo piede. In più, non si tratta, oggi, di ingressi occasionali, legati ad una vicenda particolare della ricerca, o ad una fase di formazione di questo o quello studioso. Non abbiamo a che fare con gli studi sui *colliberti* di Marc Bloch, con le ricerche di Ferdinand Lot o con quelle di Boutrouche sulle forme allodiali nel possesso e nella trasmissione dei diritti: provvide incursioni di uomini che avevano di fronte una solida presenza della storia giuridica, ben rapportata a quei loro tempi, e non si sognavano di sostituirla in nulla. Oggi vediamo gli storici sociali, e con loro altre figure di storici non facilmente etichettabili, impegnati in studi numerosissimi e sistematici sulla famiglia, gli archivi notarili, i contratti, le doti, le donazioni, i testamenti; studi sulla proprietà e sui regimi giuridici dell'agricoltura, sui ceti e sulle istituzioni di governo, sulle università (terreno tradizionale di ricerca degli storici giuristi) e sulla prosopografia di giuristi e giudici, sui crimini e sui tribunali, sul carcere e sulle altre istituzioni reclusive, sulla polizia, la burocrazia o l'esercito. Quello che una volta, nella rigida separazione degli ambiti disciplinari, poteva sembrare pascolo abusivo, si sta trasformando oggi, caduti ormai gli anacronistici steccati, in una allegra occupazione delle terre.

Qualche volta la componente giuridica fa da occasione, o da 'exemplum', per un obiettivo diverso: si possono studiare i testamenti per ricostruire l'atteggiamento di una società davanti alla morte, o le doti per indagare sulle strategie matrimoniali, sui patrimoni familiari, sulle dinamiche sociali dei ceti possidenti; si può partire da un processo per ricostruire un paese, raccontare una rivolta o ragionare sulle idee di un mugnaio.

Qualche volta l'oggetto della ricerca è squisitamente giuridico, ma lo storico sociale lo affronta 'dalla parte del senso', andando

(8) *Storia delle istituzioni come storia del potere istituzionalizzato*, pubblicato nel 1976 con il titolo *Lo studio delle istituzioni medievali in Italia* (1975), ora in *Forme di potere e struttura sociale in Italia nel Medioevo*, a cura di G. Rossetti, Bologna, 1977, p. 38.

direttamente a ciò che l'istituto contiene, per occuparsi non della regola ma di ciò che è regolato. È certamente in questo senso che Georges Duby, affrontando il tema del matrimonio medievale, può affermare prima che « lo storico del matrimonio nell'occidente medievale si trova davanti ad un vasto *terreno incolto* che si è iniziato a dissodare solo in qualche punto », annunciare poi che non essendo un giurista, né un teologo, affronterà la questione « dal punto di vista della storia sociale, e più precisamente osservando *le pratiche* di matrimonio » e concludere infine che il suo scopo è quello di « aprire una breccia nella incrostazione di norme che ha sin qui assorbito l'attenzione di quasi tutti gli studiosi del campo, per arrivare più vicino possibile alla *realtà della vita* » ⁽⁹⁾. A me piace aggiungere che questo metodo, che non ignora la componente giuridica (né quella teologica, né quella rituale), e che affronta le questioni dal punto di vista delle pratiche, mi sembra dare risultati infinitamente più ricchi di qualsiasi per quanto seria e rigorosa indagine giuridica, noncurante, o magari, ignara, delle componenti non giuridiche della questione ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ G. DUBY, *Matrimonio medievale. Due modelli nella Francia del XII secolo*, Milano, 1981, p. 25.

⁽¹⁰⁾ A Georges Duby ha replicato, con una appassionata e lucida puntualizzazione, Antonio Marongiu, nel lungo saggio *Matrimonio medievale e matrimonio postmedievale. Spunti-critici*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 57, 1984, pp. 5-119. Ogni passo dello scritto di Marongiu, se si esclude qualche forzatura ideologica, sembra allo storico del diritto prova evidente del fatto che egli ha ragione e Duby torto. Eppure, valendoci del suo punto di vista, fatto di fonti giuridiche e visione cristiano-canonica del matrimonio e della famiglia, riusciamo a renderci conto delle sviste, delle omissioni o degli 'errori' di Georges Duby, quando ci sono, ma non a conoscere la famiglia medievale che è certamente — come ogni famiglia in ogni tempo — cosa molto diversa dalle sue regole, matrimoniali e non. Mi pare allora che, ad arbitrare dissensi come questi, valgano le parole di Marc Bloch (che non devono essere prese alla lettera, ma comprese), tratte da *Apologia della storia o mestiere di storico*, Torino, 1969, pp. 130-131: « Il diritto — scriveva Bloch più di quaranta anni fa — nel senso stretto della parola è l'involucro formale di realtà in sé troppo varie per fornire con profitto l'oggetto di un unico studio; ed esso non ne esaurisce nessuna. Per penetrare per esempio veramente a fondo la vita della famiglia — si tratti della piccola famiglia matrimoniale di oggi, dalle continue sistole e diastole, oppure del grande lignaggio medievale, questa collettività cementata da un così tenace intreccio di sentimenti e di interessi — sarà mai sufficiente enumerare, gli uni dopo gli altri, gli articoli di un qualsiasi diritto familiare? Pare che talvolta lo si sia

3. *De-disciplinarizzarsi.*

Può sembrare un'indicazione paradossale, ma mi pare che nel contesto culturale odierno una delle soluzioni per salvaguardare la funzione produttiva di un settore disciplinare sia quella di attenuarne la specializzazione, decolorando attentamente quei suoi caratteri distintivi che hanno il potere di farne un settore compatto, omogeneo e, in questa misura, chiuso.

Ha ragione François Furet quando loda l'abilità che alcuni storici della sua generazione (Besançon, Le Roy Ladurie, Ozouf, Riché) hanno avuto nello sfruttare al massimo il genio proprio dell'esperienza di ricerca che venivano facendo, che consisteva in una idea semplice e forte: l'apertura della disciplina, il suo vagabondaggio in tutti i campi. Quell'idea — aggiunge Furet ⁽¹¹⁾ — è d'importanza capitale, perché « ha dato alle nostre esistenze, sul piano intellettuale, come su quello semplicemente professionale, una possibilità ed una libertà eccezionali ».

Siamo nello stesso ordine di idee espresso in un'intervista da Michel Foucault, che si riferiva alla necessità di un tentativo costante di de-disciplinarizzarsi: lui, per acquistare la possibilità di mettersi da punti di vista sempre diversi davanti ad oggetti con molte facce; noi, io aggiungo, per attenuare la connaturata ed intima tendenza isolazionista della nostra disciplina e dare così a noi stessi l'occasione di scendere su terreni prossimi al nostro, di mettere a frutto gli utensili del vicino e, in cambio, di prestargli i nostri.

Piccoli passi verso una moderata ed attenta dedisciplinarizzazione sono la condizione per farsi meglio capire dagli altri storici, la premessa per meglio aprirsi alla comprensione di ciò che fanno gli altri e, cosa che pure ha il suo peso, sono la circostanza necessaria per creare all'interno dei nostri temi di lavoro ed oggetti di studio lo spazio necessario per l'ingresso di nuovi problemi storiografici, nuovi temi fecondanti, nuovi oggetti di ricerca.

Non si tratterebbe allora di celebrare la fine della storia del

creduto: con quali fallaci risultati, risulta abbastanza chiaro dall'impotenza in cui noi siamo ancora oggi di ripercorrere l'evoluzione intima della famiglia francese ».

⁽¹¹⁾ F. FURET, *I metodi delle scienze sociali nella ricerca storica e la « storia totale »*, in *La teoria della storiografia oggi*, a cura di P. Rossi, Milano, 1983, p. 119.

diritto come branca autonoma della ricerca storica, secondo l'espressione pronunciata con spirito inumatorio da Momigliano nel 1963; si tratterebbe, al contrario, di festeggiare la fine della storia del diritto come branca isolata della ricerca storica e/o della riflessione giuridica.

La metafora ossidionale può sembrare esagerata, ma forse riesce ad esprimere un pezzo importante di realtà. Nessuno, in verità, sta assediando gli storici del diritto: non ce ne sarebbe ragione. Ciò nonostante, alcuni di essi restano serrati nella cittadella e tengono le finestre chiuse. Gli altri storici non leggono i loro scritti, ma essi non sembrano preoccuparsene; gli studenti scelgono altri corsi, la loro funzione è seriamente vulnerata, ma a tutto questo si risponde al massimo con una sconsolata deplorazione dei tempi che stiamo vivendo. E dire che basterebbe deliberare l'uscita dalla fortezza Bastiani, posto che nessuno si sogna di impedirla, e decidere di riprendere il dialogo, dopo essersi riconciliati con le nuove lingue, che sono tante e permettono scelte congeniali assolutamente a tutti. Le cose da dire non mancano, e l'interesse per esse, là fuori, è enorme.

Voglio ripetere, perché si tratta di una mia assoluta e profonda convinzione, che l'autonomia della disciplina è fuori discussione, anzi, deve essere accuratamente coltivata come la prima condizione della credibilità dei nostri studi. Ma se è vero che occorre essere autonomi *in* molte cose, è altrettanto vero che sarebbe sbagliato rendersi autonomi — in realtà separarsi — *da* molte altre. Steccati ideologici o culturali, rifiuti di confronto, elusione di determinati terreni di indagine, negazione pregiudiziale di esperienze altrui, scetticismi aprioristici, sono qualche volta mascherati da autonomia ma rappresentano soltanto isolamento e sclerosi.

Guai perdersi, dissolversi o annegare nel mare della storia, fosse pure la storia sociale, ma guai anche avere un irrazionale terrore di bagnarsi un po': occorre tuffarsi e nuotare.

4. *Contesti, comparazioni, raccordi e standards.*

L'esigenza di una connessione più stretta, o di un più stabile dialogo, tra storia giuridica e storia della società, non può essere

soltanto proclamata, o auspicata, e per di più nel modo generico, sostanzialmente retorico ed in definitiva ovvio che ho usato finora. Essa ha bisogno, per così dire, di basi di appoggio e poi di gambe per fare strada. Proverò dunque ad indicare gli elementi che più di altri mi sembrano fondare quell'esigenza ed a segnare qualche punto programmatico per il suo soddisfacimento.

Occorre innanzitutto mantenere sempre viva la coscienza della complessità di ogni questione. Tale coscienza offre già di per sé un primo terreno in comune tra la storia sociale e la sua dimensione giuridica, perché la complessità si addice, come chiave ricostruttiva, al diritto ed alla società. Entrambi questi momenti si valgono degli stessi contesti, e mettono a frutto i contributi delle stesse scienze sociali, dall'economia alla sociologia, dall'antropologia sociale all'etnologia.

Il giurista, in particolare, è investito del compito di raccordare le sue analisi e le sue ipotesi ai contesti dai quali il diritto prende l'avvio e verso i quali si indirizza nella sua funzione di razionalizzazione ed organizzazione. Direi, se posso usare un'altra metafora, che egli dovrà alzare più spesso la testa dal microscopio: con l'occhio incollato al microscopio il giurista vede cose che gli altri non vedono e di cui molti ignorano persino l'esistenza; ogni tanto però egli dovrebbe sollevare lo sguardo e rivolgerlo al paesaggio circostante, per capire dove sta l'oggetto della sua osservazione e per dargli un senso, rimettendolo mentalmente al suo posto nel panorama di cui esso fa parte.

Nella medesima prospettiva si colloca l'esigenza di mettere in opera con maggiore assiduità il metodo comparativo nella storia giuridica: si tratta, per esempio, di applicarlo tra diritto e sociologia su base storica. L'operazione è certo tecnicamente difficile e culturalmente delicata, ma da essa può venire molto: basti pensare a tentativi di estremo interesse come quello condotto da Norbert Elias in anni lontani e da altri ripresi recentemente, in ordine alla 'formazione delle norme sociali', ed al terreno di comparazione che queste indagini, ed altre simili ad esse, offrono con i processi di formazione delle norme giuridiche. E poi tutto il terreno delle 'normatività', nella sua estrema complessità ed articolazione, rappresenta un'enorme area comune di comparazione ed indagine.

Certo, un simile tipo di lavoro 'coordinato' comporta la stipu-

lazione di alcune *interfaces* e di standards comuni. Tra storici giuristi e storici della società occorrerebbe, anche solo per consentire lo scambio dei risultati, raccordare i linguaggi, le problematiche, la terminologia. Si pone un problema di coordinamento dei modelli di ricerca, di omologazione delle categorie, di sincronizzazione delle periodizzazioni, di unificazione del metodo di formazione delle ipotesi di lavoro. Si tratta quasi, se mi si perdona il côté velleitario di una simile proposizione, di unificare gli standards delle nostre ricerche, fino a realizzare una sorta di modulistica che consenta di usare scambievolmente in un campo e nell'altro, i risultati, globali o parziali, delle ricerche di ciascuno. L'idea è del tutto astratta, in gran parte inutile, per il resto impraticabile, ma a me preme indicare attraverso essa l'esigenza che l'ha fatta nascere.

Michel Foucault, per esempio, ha indicato le contraddizioni che possono venire dall'impostare una ricerca storica in termini di 'periodo', piuttosto che in termini di 'problema', o viceversa. Chi volesse effettivamente trattare un 'periodo' — ha scritto ⁽¹²⁾ — o perlomeno una istituzione durante un determinato periodo, dovrebbe attenersi fra l'altro a queste due regole: trattamento esaustivo di tutto il materiale ed equa suddivisione cronologica di quanto deve essere esaminato. Chi, per contro, vuole trattare un 'problema' apparso in un dato momento, deve seguire altre regole: scelta del materiale in funzione dei dati del problema; focalizzazione dell'analisi sugli elementi in grado di risolverlo; sistematizzazione delle relazioni che permettono questa soluzione.

Ebbene, se è vero, come hanno scritto Philippe Robert e René Lévy, e come io credo, che « le sociologue (ma anche il giurista) pense problème, l'historien, époque » ⁽¹³⁾, e che il primo cerca di costruire tipologie — come fa anche il giurista — mentre lo storico persegue periodizzazioni, ecco un'altra forbice da tenere presente e da chiudere, se possibile, attraverso il reciproco scambio delle prospettive essenziali dell'un modo e dell'altro di impostare la ricerca.

Scambio in qualche modo facilitato dal fatto « qu'il n'existe

⁽¹²⁾ M. FOUCAULT, *La polvere e la nuvola*, in *Aut Aut*, n.s., 181, 1981, p. 48.

⁽¹³⁾ R. LEVY, Ph. ROBERT, *Le sociologue et l'histoire pénale*, in *Annales ESC*, 39, 1984, n. 2, p. 405.

probablement pas de différences épistémologiques entre histoire et sociologie, et que toutes deux appartiennent en principe au même 'continent' ... » (14).

Bisogna dire, d'altronde, che almeno tre territori *comuni* esistono già per quel che riguarda la storia giuridica e la sociologia storica, se non precisamente la storia sociale. Essi sono già stati in parte esplorati: dai giuristi, che hanno potuto mettere a frutto categorie sociologiche 'raccordate' al loro particolare punto di vista, e dagli storici della società, o da quelli delle istituzioni sociali e politiche, i quali nel rapporto tra storia del diritto e storia delle istituzioni individuano un rapporto « non fra disciplina specifica e studio generico delle vicende collettive, bensì fra due discipline specifiche, che hanno in comune l'analisi degli strumenti giuridici del potere, ma non si esauriscono in essa » (15).

Alludo alle tematiche connesse al *ceto dei giuristi*, alla nozione di *potere* ed al principio regolatore (o modello generale) rappresentato dal concetto di *ordine*. Sul tema dei giuristi, fonte ed oggetto di studio allo stesso tempo, secondo la lucida e precoce indicazione di Marc Bloch (16), gli storici del diritto hanno lavorato e discusso molto in questi ultimi quindici anni, facendone uno dei terreni principali del loro confronto sugli orientamenti, sui rapporti e sulle strategie della loro disciplina. Il tema del potere, più incerto, più

(14) R. LEVY, Ph. ROBERT, *Le sociologue*, cit., p. 405.

(15) G. TABACCO, *Storia delle istituzioni*, cit., p. 38.

(16) La pagina di Bloch a cui alludo, ieri ignota, oggi famosa, verrà probabilmente da molti ricordata o citata in questo Convegno. Voglio tuttavia, pro memoria, riscriverla qui per intero, perché contiene in nuce, ma anche in evidenza, non pochi spunti di quelli che ho cercato di sviluppare in questo mio discorso: « Pure, nel concetto del fatto giuridico come distinto dagli altri, c'è qualcosa d'esatto. Almeno in molte società, l'applicazione e, in larga misura, la stessa elaborazione delle regole di diritto sono state l'opera di un gruppo di uomini relativamente specializzato e, in questa sua funzione (che i suoi membri potevano, è ovvio, combinare con altre funzioni sociali), sufficientemente autonomo, per possedere tradizioni proprie e, spesso, per praticare persino un metodo peculiare di ragionamento. La storia del diritto, insomma, potrebbe non avere esistenza separata se non come storia dei giuristi: e non sarebbe davvero un cattivo modo di esistere, per un ramo di una scienza degli uomini. Intesa in questo senso, getta su fenomeni assai diversi, ma soggetti ad un'azione umana comune, dei barlumi che, nel loro ambito necessariamente limitato, sono molto rivelatori » (M. BLOCH, *Apologia*, cit., p. 131).

ambiguo, meno afferrabile, è tuttavia tale da offrire chiavi ricostruttive che — usate con sagace parsimonia — sono le uniche in grado di aprire certe porte determinate, attraverso le quali giuristi e storici della società sono pur costretti a passare. La nozione di ordine, infine, criterio centrale per la ricostruzione delle pratiche sociali, dal punto di vista della sua resa storiografica è ancora in fasce: esiste e se ne può parlare solo perché è stata avvistata e quindi riconosciuta, ma siamo ancora lontani dall'averla messa all'opera come merita.

Territori, dicevo. Territori nei quali gli storici si sono variamente addentrati e con differente successo, ma sui quali si continua a lavorare, a disboscare, dissodare, redigere mappe, mettere picchetti e stabilire avamposti. Si tratta, per restare nella metafora della 'frontiera', di esploratori e coloni che vengono da mondi diversi, con lingue diverse e diverse 'religioni': eccellente premessa per un 'melting pot' dai risultati ricchi, nuovi, duraturi.

5. *Il diritto rispecchia, ed in esso si stampano impronte.*

Ovviamente, il problema del raccordo tra le diverse scienze storico-sociali non riguarda soltanto gli storici giuristi. Gli altri storici hanno anch'essi una tradizione di incompiutezza e sottovalutazione del fenomeno giuridico, con la quale è tempo che regolino positivamente i conti.

Una delle vie da seguire potrebbe essere quella di prendere atto, insieme ai giuristi, del potere di rispecchiamento della realtà tipico del fenomeno giuridico; un'altra via sta nel rendersi conto della possibilità di alto grado che il diritto ha di 'certificare' i fatti sociali; un'altra ancora nella sicura utilizzabilità del momento giuridico per garantire rigore al lavoro storico, vuoi assumendolo come elemento rivelatore nel contesto della ricerca, vuoi considerandolo strumento al quale riferirsi per verifiche *ex post* della attendibilità dei risultati. Ma occorre spendere qualche altra parola per meglio chiarire il senso e lo sbocco di queste possibili 'vie'.

Faccio ancora ricorso all'intelligente e problematico scritto pubblicato or ora sulle *Annales* da Robert e Lévy: la loro riflessione ha per specifico oggetto il diritto penale, che certo si presta meglio di ogni altra branca del diritto — e cercherò di mostrarlo in chiusura — ad

un'operazione di compenetrazione, sul piano storico, con le altre scienze storiche sociali. Tuttavia, chi volesse potrebbe leggere le loro affermazioni sostituendo all'espressione 'diritto penale' quella di 'diritto' tout court. Una messa in contesto soddisfacente dell'oggetto penale, dicono Robert e Lévy⁽¹⁷⁾, necessita di una precisa individuazione delle sue relazioni con gli altri elementi della formazione sociale. Non si tratta di pensare a queste relazioni come a collegamenti tra elementi che sono estranei gli uni agli altri, ma di rendersi conto piuttosto che *il penale [il diritto] rispecchia*, anche se in un suo modo specifico, i conflitti che in un momento dato strutturano una formazione sociale. E non solo i conflitti tra dominanti e dominati, ma anche quelli che si sviluppano all'interno di ciascuno di tali livelli.

In poche parole si vuol dire che il diritto (e forse il diritto penale in modo più vivo ed evidente), rimanda segni che non possono essere ignorati da chi studia il contesto, ed è fatto di condizionamenti provenienti dal contesto che non possono essere ignorati da chi studia il diritto.

Basterà pensare allo studio dei processi e delle sentenze, intesi come oggetto della storia del diritto, ma anche come campo di esplorazione, o più semplicemente come fonte, della storia delle società. Nei processi e nelle sentenze non ci sono soltanto le cose che ognuno può vedere e sapere alla prima lettura; anzi, non sarà male ricordare ai non giuristi che la prima lettura degli atti di un processo è certamente più ingannevole di quelle che, auspicabilmente, la seguiranno. Le sentenze, per usare le parole di Jean-Paul Charnay⁽¹⁸⁾, rivelano i principali punti di attrito che spingono gli interessati a ricorrere o meno alla giustizia. A partire da queste liti (volume, senso, intensità, contenuto), dalle costanti locali (tipo di conflitti, transazioni specifiche di un'area particolare) e dai dati socio-etnografici, si può tentare di *dedurre* i movimenti sociali più ampi, le correnti, le tensioni e le discussioni profonde, le pulsioni di cui sono segno o più esattamente manifestazioni individuali in un quadro dato.

Ma il diritto, o — meglio — la dimensione giuridica delle cose, non ha solo il potere di *rimandare*, rifrangendoli, segnali che,

(17) R. LEVY, Ph. ROBERT, *Le sociologue*, cit., p. 404.

(18) J. P. CHARNAY, *Su un metodo*, cit., p. 400.

opportunamente decodificati, diventano importanti messaggi. Essa è anche capace di *ricevere* segnali e messaggi, registrandoli in sé in modo particolare e tutto suo, restituendoli poi a chi conosce la maniera di affrontarla e interrogarla.

Sarebbe interessante e molto fruttuoso praticare sulle fonti giuridiche l'euristica abduttiva designata da Thomas Huxley come « metodo di Zadig » (19). Una legge, una sentenza, un'opinione di giurista, recano tanti di quei 'graffi' e 'segnì', tante di quelle pieghe e di quelle rughe, che all'occhio veramente esperto non sarà certo impossibile dedurne 'fatti sociali avvenuti'. Si arriverà così ad un livello più profondo di scavo nella realtà di quanto non sarebbe possibile passando soltanto per le 'altre' fonti, con il metodo consueto.

Quel che voglio dire e sottolineare è che si possono scoprire nelle fonti giuridiche fenomeni sociali altrimenti asintomatici. La legislazione e la giurisprudenza, la dottrina giuridica o gli atti di privata disposizione, con la loro insistenza su certi temi, con allusioni, con eccezioni o aggravamenti, con silenzi o con *obiter dicta*, svelano pezzi di realtà ammutolita, o ci danno gli elementi necessari per fare solide ipotesi, da provare magari per altre vie.

Ai frammenti scomposti di realtà quiescenti che è possibile vedere sotto e attraverso una fonte giuridica a suo modo reticente, si può applicare un metodo ricostruttivo fatto di altri e diversi 'giochi di pazienza', come quelli che Agnes Heller, usando efficacemente il paradigma introdotto da Jules Verne ne *I figli del capitano Grant*, ha chiamato « teoria della Patagonia » o « teoria dell'Australia » (20). Sono metodi che, nell'esempio-ipotesi di Verne, non danno il risultato sperato (che poi peraltro arriva, inatteso, per il solo fatto che non si era interrotta la ricerca), ma servono a viaggiare: voglio dire che producono comunque conoscenza per altre vie inattingibile, illuminando altre zone, diverse da quella che si vuole rischiarare, ma

(19) Il rilancio recente dell'espressione si deve a Carlo Ginzburg che ne ha rifatto la storia e ne ha spiegato il senso nel saggio *Spie. Radici di un paradigma indiziario, in Crisi della ragione. Nuovi modelli nel rapporto tra: sapere e attività umane*, a cura di A. GARGANI, Torino, 1979, p. 82 ss.

(20) A. HELLER, *Teoria della storia*, Roma, 1982, p. 94 ss.

pur sempre con ciò acquisendo alla scienza storica nuovi elementi da usare quando sarà il loro turno.

Sono (non forte) esempio della produttività di questi metodi, peraltro fermi al loro stato nascente o, peggio, appena formulati e mai ancora posti in sperimentazione, la deducibilità della presenza dell'infanticidio nella famiglia regolare di antico regime dall'aggravante prevista per le nubili; l'allarme sociale nascente da determinati crimini suggerito dalle rare enfatizzazioni dei giuristi; oppure la frequenza dei comportamenti illegalistici — la cui traccia archivistica è quasi nulla — desumibile, con molto altro, dalla ossessionata e fittissima reiterazione dei bandi. Ma si tratta soltanto di esempi che andrebbero ben altrimenti illustrati e messi in discussione, non di principi storiografici dati per assoluti. Le impronte lasciate nelle fonti giuridiche esigono per la loro lettura una tale sofisticazione degli apparati culturali di decodificazione che non può esistere esempio convincente della loro sicura produttività: se esistesse vorrebbe dire che saremmo in presenza di tracce ben pesanti ed eloquenti, costanti e non intermittenti, leggibili da chiunque sappia leggere. Il che non è.

Quel che forse si può dire, enfatizzando un po' attraverso una ennesima metafora (stavolta medica), è che lo storico sociale con adeguata sensibilità giuridica, se ha sufficiente acutezza (una volta si sarebbe detto 'occhio clinico') e fonti che rimandano segni, potrebbe essere in grado di diagnosticare anche lontano dal paziente, e cioè dal pezzo di realtà oggetto della sua attenzione. Potrebbe arrivare alle conclusioni giuste come fanno quegli specialisti che senza auscultare o palpare, senza guardare in faccia l'ammalato, centrano la diagnosi con un'occhiata alle sue analisi. Proprio questo essendo spesso il valore di un testo giuridico: quello di rappresentare rispetto alla società di riferimento il risultato di una 'analisi', o un'analisi esso stesso.

Resta un ultimo punto. Il diritto, dicevo, può essere il mezzo ed il vaglio del rigore procedimentale, ed anche 'filologico', in senso lato, di una ricerca storica. Esso può fungere da strumento per svelare, snidare e dichiarare quel tanto dei rapporti di potere che è presente in ogni fonte, anche non giuridica: solo un occhio esercitato nell'analisi dei processi normativi è in grado di farlo, e l'arnese per questa operazione è la cultura giuridica.

Esso può poi fungere, d'altra parte, da possibile 'prova del nove' (qualche volta fallace, come si insegnava ai miei tempi) di alcune ricostruzioni storiografiche. Ogni oggetto di indagine, infatti, qualsiasi esso sia, ha una sua disciplina giuridica, con il cui assetto istituzionale potrà essere raffrontato dopo la sua ricostruzione; non è detto che debba incastrarsi perfettamente in essa, ma chi sa misurare potrà dire se quel risultato può comunque considerarsi collaudato, o se proprio non riesce a convincere.

6. *La storia criminale, modello possibile e terreno privilegiato.*

Esiste un terreno privilegiato sul quale alcune delle indicazioni che sono venute richiamando qui sopra hanno cominciato a prendere forma, ed è quello della storia criminale, intesa come la storia degli apparati complessi della giustizia penale, rispetto ai quali il fenomeno criminale è considerato come uno degli elementi che determinano il profilo della repressione (21).

Dopo una fase in cui il campo è stato (lungamente) tenuto dagli studi di criminologia storica — proiezione storiografica di teorie criminologiche di stampo positivistic — la nuova storia criminale ha cominciato ad affermarsi come branca molto vivace della storia sociale e, allo stesso tempo, come parte molto significativa della storia penale. Non è questo il momento per tracciarne le linee metodologiche essenziali, né è questa la sede adatta per farlo (22). Quello che voglio è mostrare come i suoi caratteri principali ne facciano il terreno naturale dell'incontro e della collaborazione tra storia giuridica e storia della società, proprio nel senso che ho cercato di delineare fino ad ora in queste mie riflessioni.

Guardiamo per esempio agli 'ingredienti' che ne costituiscono

(21) R. ROTH, *Histoire pénale, histoire sociale: même débat?*, in *Déviance et société*, 5, 1981, n. 2, p. 195.

(22) Sul valore, sul significato, sui metodi della storia criminale è in corso da qualche anno una discussione che ha coinvolto già un numero molto alto di scrittori, specialmente nelle aree francese ed anglo-americana. Sarebbe ormai tempo di tirare le prime grandi linee di quella discussione, per verificare, se non altro, lo spazio di legittimità, se non quello di autonomia, di questo settore della ricerca storica. Per un simile auspicio, credo, questa sede e questa relazione sono appropriate ed adatte.

l'ossatura. Innanzitutto il diritto penale, la legislazione e la dottrina, come corpo di fonti centrale, a sua volta bifronte, perché tale da condizionare fortemente i comportamenti criminali e da esserne condizionato. In secondo luogo, il grande apparato della giustizia criminale, il quale coinvolge i giuristi e la loro funzione, in quanto interpreti dell'intero *corpus* normativo, 'fonte' del diritto nell'età del diritto comune, o in quanto giudici e avvocati. Ma il sistema di giustizia coinvolge anche le istituzioni ad esso collegate, da quelle repressive (la polizia, innanzitutto) a quelle punitive (con particolare riguardo al rapporto pena-società, o a tutta la problematica che ruota intorno al carcere o agli altri trattamenti reclusivi); coinvolge le grandi discussioni di ordine ideologico sul diritto di punire o sulla morte come pena, che tanto hanno influenzato mentalità ed orientamenti che poi sono andati ben oltre la dimensione penale; coinvolge le pratiche sociali della punizione e del controllo, dai processi di normalizzazione a quelli di disciplinamento, dalle strategie dell'ordine a quelle che riguardano gli spostamenti di risorse, il governo dell'opinione pubblica, il rapporto tra pena e mercato del lavoro.

Ma la storia criminale non è fatta soltanto di diritto e di apparati di giustizia. Essa si innesta pienamente nello studio della società ed implica l'uso dei complessi scientifici che la misurano (etnoantropologia sociale e storica), che la quantificano (demografia), che la descrivono (sociologia). In grande parte è proprio su questo innesto che poggia la 'nuova' storia criminale: in passato — come notava efficacemente Georg Rusche in un famoso scritto del 1933 — molti errori nello studio della questione criminale nascevano dal fatto che i ricercatori non erano usi a trattare gli strumenti fondamentali delle scienze sociali. I più vi giungevano infatti da altre discipline, ed erano giuristi e medici. Quando essi, dice Rusche, fanno uso di categorie sociologiche, sono quelle desunte dal senso comune o, nel migliore dei casi, quando sono scientificamente fondate, sono esclusivamente di natura socio-psicologica ⁽²³⁾.

Oggi lo sforzo degli studiosi va proprio nella direzione opposta e comporta non solo un uso corretto delle giuste categorie sociologiche, ma anche un crescente impiego della sociologia storica: gran

⁽²³⁾ G. RUSCHE, *Il mercato del lavoro e l'esecuzione della pena. Riflessioni per una sociologia della giustizia penale*, in *La questione criminale*, 2, 1976, n. 3, p. 521.

parte della storia criminale, per esempio, si vale direttamente delle ricerche, oggi molto ricche e sofisticate, sulle fasce marginali, sul mondo contadino, sui comportamenti di ceto e così via.

A tutto questo si aggiunga il necessario interesse che lo studio del crimine e del suo trattamento in epoca storica deve nutrire per tutto quanto attiene la sfera delle mentalità. Sentimenti come la paura, l'aggressività, l'allarme, non sono soltanto ingredienti eventuali da tenere presenti, ma rappresentano punti fermi di ogni indagine seria su determinati aspetti del fenomeno criminale. Anche la violenza, o il rapporto psicologico con i valori protetti, dalla vita ai beni, dalla morale all'ordine costituito, sono oggetti specifici delle valutazioni ordinarie di uno storico del crimine. Così come aspetti quali la formazione degli stereotipi, gli etichettamenti, i processi di criminalizzazione, rappresentano elementi che nascono dalle mentalità, hanno a che fare con i comportamenti psicologici di massa, ma sono qualcosa di 'materiale', di concreto, nelle dinamiche che riguardano la criminalità e la sua repressione.

Non soltanto per quanto riguarda i suoi 'ingredienti', tuttavia, la storia criminale costituisce una sorta di punto di fusione tra fonti, oggetti e metodologie appartenenti in parti equilibrate alla storia giuridica ed a quella sociale. A ben vedere, le due prospettive si intersecano in più punti, e le ragioni di fondo dei fenomeni centrali che principalmente le interessano si sostengono a vicenda.

C'è per esempio una forte interdipendenza, produttrice di ben individuabili realtà, tra la politica penale degli stati (o dei singoli apparati) e la condizione di vita dei poveri, la quale cambia notevolmente di qualità in presenza di un sistema repressivo 'morbido' ed indulgente, o magari soltanto inefficiente, o di un altro sistema efficiente, determinato o severo. Chi studia i ceti che non posseggono nulla studia una parte importante della storia dei reati contro la proprietà, e non può ignorare il rapporto che i suoi miserabili avevano con i proprietari e con la polizia, se vuole capire come vivevano effettivamente.

D'altra parte, la storia del diritto penale, per non dire quella della giustizia criminale, non ha più alcun plausibile fondamento senza una contemporanea analisi del fenomeno criminale: le due questioni sono tanto strettamente connesse che sarebbe impensabile continuare a tenerle divise, ritenendo di poter ignorare ciò che sta

dietro e sotto il diritto, o magari pensando che dietro e sotto non ci sia nulla.

Resta ora da tirare almeno la prima conclusione di questo discorso. A me pare evidente che la sola conseguenza logica delle premesse qui sopra elencate stia nella necessità che la storia criminale diventi — posto che non lo sia già — affare di persone che hanno la doppia competenza di storici giuristi e sociali, non essendo pensabile che ogni questione possa essere affrontata giustapponendo competenze diverse facenti capo a soggetti diversi. Occorre farsi bilingui per vivere ed operare in un mondo che è strutturalmente bilingue.

L'interdipendenza tra il penale ed il sociale (« le pénal n'est qu'une des excroissances du social », « le social, héritier du pénal » (24)), è la ragione essenziale di quella necessità, e non è evidentemente la sola. Robert Roth ne ha indicate quattro che, a suo parere, spingono « l'historien du pénal à se convertir vite en chercheur en histoire sociale ». Io credo di averne aggiunte diverse ancora, e tutte che consigliano ad entrambi, il giurista storico e lo storico delle società, di de-disciplinarizzarsi un po' e mettere ognuno le mani nella pasta dell'altro.

(24) R. ROTH, *Histoire pénale*, cit., p. 187, 194.

FONTI GIUDIZIARIE E FONTI GIURIDICHE.
RIFLESSIONI SULLA FASE ATTUALE DEGLI STUDI
DI STORIA DEL CRIMINE E DELLA GIUSTIZIA CRIMINALE

Leggo nel numero di « History Today » del febbraio 1988 ⁽¹⁾, che dopo una quindicina d'anni di serie ricerche accademiche e dopo la pubblicazione di una grande quantità di risultati, lo studio del crimine ha raggiunto una tale maturità da consentire agli storici di cominciare fruttuosamente a dichiararsi in disaccordo.

Non è detto che l'osservazione si adatti all'esperienza italiana, che non è altrettanto risalente e che non sembra paragonabile, per risultati, a quella anglo-americana e nemmeno, per dire di un'altra altrettanto vivace, anche se forse più prudente, a quella francese. È pur vero, però, che anche in Italia è oggettivamente in corso un confronto, implicito e mediato, tra differenti modi di concepire (o piuttosto di *fare*) la storia criminale: modi che oggi è possibile riconoscere nell'attività di alcuni centri di ricerca, nella produzione di parecchi giovani ricercatori che si stanno ormai qualificando come specialisti di questo genere di studi, nella pubblicazione di numeri monografici da parte di autorevoli riviste, nei risultati conseguiti in più di un importante convegno di studi.

Quel confronto, però, mi pare che resti indiretto e che continui a svolgersi a distanza. E dire che non sono mancate, e non mancano, occasioni di verifica ai nostri storici della criminalità che, forse per via della specificità e della relativa novità del loro campo di indagine, hanno finito per costituire una piccola congrega, trovando il modo di incontrarsi spesso intorno a numerose imprese comuni, fatte di

(1) T. CURTIS, J. A. SHARPE, *Crime in Tudor and Stuart England*, in *History Today*, vol. 38, feb. 1988, p. 23.

ricerche coordinate, di colloqui seminariali, di piccoli (ma anche grandi) convegni mirati.

Certo, considerato il loro grado di assestamento ed il livello della loro maturità, non è ancora possibile delineare tendenze metodologiche stabili nelle esperienze di studio in corso in Italia nel campo della storia criminale; e mi pare che i risultati conseguiti, pur non trascurabili, non sembrano ancora offrire materia sicura per un serio rendiconto. È anche vero, però, che si avverte la necessità di qualche ragionamento sulla loro collocazione nel generale panorama della storiografia, e che non sarebbe male riflettere un poco su alcune loro ricorrenti caratteristiche, che sono all'origine, se non mi sbaglio, del fatto che questi studi, malgrado siano solo agli inizi, paiono già dare qualche piccolo segno di stanchezza.

Il compito che assegno a queste poche pagine è soltanto quello di additare problemi. Lo scopo è quello di suscitare una riflessione che potrebbe poi essere sviluppata tra gli interessati ai lavori, magari in un ennesimo seminario, che sarebbe però il primo ad avere come oggetto il « che fare, come farlo, e per che cosa ». È quindi solo in questo spirito che produco qui di seguito un elenco lievemente brutale di questioni che mi sembrano aperte o che sarebbe bene aprire.

Le fonti giudiziarie. — Non diversamente da ogni altro genere di fonte, quelle che è dato reperire negli archivi giudiziari hanno valenza multipla, possono essere complementari ad altre fonti (così come altre fonti possono esserlo rispetto ad esse), e sono inseribili, volendo, in trattamenti tematici di svariato taglio ⁽²⁾. Sono forse più versatili di altre e passibili di un uso relazionale più ricco (ma ognuno sa che, quando si tratta di *uso*, più che la “virtù” delle fonti conta la “virtù” di chi ci lavora): questo le rende meritevoli di una utilizzazione provvista di coordinate interpretative, in ben individuati contesti di riferimento, né più né meno che se fossero fonti,

⁽²⁾ Sto usando parole scelte di recente da E. GRENDI, *Premessa* al numero monografico dedicato a *Fonti criminali e storia sociale*, di *Quaderni Storici*, 66, XXII, 1987, fasc. 3, p. 695, il cui senso generale era già stato espresso otto anni fa nella avvertenza alla sezione intitolata *Per lo studio della storia criminale* nel numero di *Quaderni Storici*, 44, XV, 1980, fasc. 2, p. 580.

invece che giudiziarie, poniamo, notarili o ecclesiastiche. Quanto poi al fatto che esse siano in alto grado il luogo del 'privato suggestivo', convengo senza riserve con chi considera questa una qualità che può trasformarsi in una trappola: occorre infatti giudizio, o molta consumata esperienza, per trarre da un simile pregio tutte le opportunità che esso offre, senza cedere al candore del "trattamento episodico esclamativo" (3).

Quel che meno si capisce è perché mai queste fonti giudiziarie (o, come ormai si dice, 'criminali'), dovrebbero supportare una storia sociale che respinga, o trascuri, profili di studio del crimine e della giustizia criminale. Se di una fonte è bene lodare la polivalenza per indicarne usi altri od ulteriori, meno bene è fare di ciò argomento per interdire la sua funzione naturale ed originaria, che è quella di essere prima di tutto fonte nell'ambito suo. Una delle spiegazioni possibili sta forse nel fatto che non abbiamo ancora provveduto a stipulare il significato della espressione *storia criminale* (ovvero l'area di pertinenza, l'oggetto e l'utensileria di quegli studi), per cui si finisce per escludere da essa alcuni suoi elementi costitutivi, comprimendola dentro una casella che non è la sua.

Ho di mira, essenzialmente, due presunzioni. In primo luogo il sospetto di positivismo rituale che viene accompagnando questi studi, chiamati a discolarsi del loro supposto vizio criminologico, nel senso della criminologia eziologica *d'antan*. Respingendo questo pregiudizio, aggiungerò tuttavia che, come sempre, la presenza di un sospetto è anche fumo di un arrosto: e non negherò l'esistenza di qualche *naïf* che concepisce la storia criminale come la scienza del determinato, della misura e delle quantità, e pensando che il crimine è effetto di alcune cause, si propone di scoprirle tirando le somme. Allo stesso tempo va detto che la disponibilità, almeno, a ragionare in termini quantitativi, se necessario, non può essere del tutto bandita dagli studi di storia criminale (4). Si tratta, evidentemente, di una questione di

(3) L'espressione, efficace e puntuale, è ancora di E. GRENDI, *Premessa*, cit., p. 695.

(4) Credo, tra l'altro, che ricerche capaci di fornire dati quantitativi coscienziosamente raccolti, relativi all'età prestatistica, o pubblicazione di serie statistiche ufficiali (come quella in preparazione in Francia da parte del gruppo che fa capo a *Déviance et Société*, relativa al *Compte Général de l'Administration de la Justice Criminelle*), siano di grande utilità. Come ben si comprende, il punto non è quello di avere a disposizione dati

dosaggi, contesti e misura, specie se si pensa che le principali obiezioni che vengono rivolte al seriale/quantitativo riguardano l'attendibilità delle serie e la presenza della cifra nera: di fronte a serie attendibili ed a crimini alti (per i quali c'è da aspettarsi un'incidenza minore del *black number*), se si osservano accurate cautele, il quantitativo può rilegittimarsi, salva sempre l'ipotesi che serva a qualcosa. La discussione tra chi lo giudica inutile o fuorviante e chi lo considera essenziale ed illuminante è ormai alle nostre spalle: la terza posizione, che dice "dipende", è quella più diffusa, ed è probabilmente la più giusta ⁽⁵⁾.

Diversa è la questione, bisogna convenirne, quando ci si riferisce alla resistenza del paradigma eziologico. L'opinione che il crimine abbia *cause*, e che sia quindi sensibile al sopraggiungere di fattori (il caldo e il freddo, la penuria e l'abbondanza) possiede tutta la forza di inerzia e sopravvivenza dei pregiudizi mascherati da ovvietà. Ora, è vero che tutto può influenzare tutto, ma è soprattutto vero che i comportamenti criminali non conoscono leggi e che i furti possono (sembrare) aumentare in tempi di carestia, e poi diventare clamorosamente innumerabili nella società del benessere e dello spreco. Ogni storico criminale sa che per riempire di fascicoli un archivio di tribunale vale molto di più una giustizia efficiente che una società trasgressiva; e sa che quando i processi per furto sembrano aumentare in tempo di carestia, questo potrebbe essere il risultato non tanto della fame dei ladri, quanto della paura — e quindi della vigilanza — dei proprietari. Si dirà, d'accordo, ma resta vero che la carestia fa aumentare i furti: non lo so, io vedo solo che aumenta (quando e se aumenta) il numero dei fascicoli in tribunale; e aggiungo che non mi sentirei di formulare la "legge dell'aumento dei furti in tempo di fame", non solo perché non sono certi i presupposti scientifici della sua formulabilità, ma soprattutto perché un principio criminologico che non aggiunge proprio nulla al patrimonio del nostro senso comune, non merita tanta fatica, tanti raffronti, verifiche e controlli, che comunque non potrebbero cancellare il suo non piccolo margine di errore.

Il fatto è che gli esercizi di storia criminale condotti su base

ben messi (ché, semmai, il problema è che ne abbiamo pochi), ma quello di non caricarli di operazioni storiografiche che non potrebbero reggere.

⁽⁵⁾ Parole equilibrate su questo punto anche nel citato scritto di T. CURTIS e J. A. SHARPE, *Crime in Tudor and Stuart England*, p. 24.

eziologica (spesso anche criptoeziologica), e/o con altissimi dosaggi di seriale/quantitativo, riposano tutti sul falso presupposto che negli archivi giudiziari si trovi effettivamente la storia della criminalità, mentre vi è soltanto quella della giustizia criminale. Tale falso presupposto non è ovviamente falso in assoluto e senza alcun residuo: è evidente che elementi per la storia del fenomeno criminale debbono essere raccolti anche interrogando le fonti giudiziarie, ma bisogna sapere, e non dimenticare, che i processi *trattano* il crimine, ma *rivelano* la giustizia. I numeri che è possibile estrarre da un fondo criminale non quantificano i delitti commessi, ma quelli perseguiti, e quindi non misurano la presenza del crimine, ma il funzionamento della giustizia. Come ben si sa, una grande quantità di elementi può essere desunta da quelle fonti: la dinamica dei processi, la loro struttura, l'ordinarietà o eccezionalità del procedere, le pratiche dell'inchiesta e dell'interrogatorio, lo *stilus* delle curie; poi, ancora, la condizione degli accusati, la cultura dei giudici, l'andamento ed il contenuto delle sentenze, la qualità delle pene irrogate, la selezione dei delitti e quella degli accusati, l'attività *sui generis* di speciali magistrature, e molto altro ancora. Non si tratta, come si vede, che di elementi per la storia della giustizia criminale.

La seconda presunzione è quella che dà per scontata la qualità di mera storia sociale dei risultati di quest'area della ricerca. C'è riluttanza a riconoscere nella storia criminale l'elemento della *autonomia* (come si sarebbe detto una volta), cogliendo il fatto che una robusta componente storico giuridica ne vieta la dissipazione nella storia sociale *tout court*, così come la sua dimensione storico-sociale la emancipa dal dominio della storia dei meri fatti giuridici. E mi pare che guardare alla storia criminale nello spirito di ammetterne l'autonomia (il che, per certi modi di vedere presenti anche tra gli storici giuristi, potrebbe comportare il passaggio previo di ammetterne la *legittimità*) ⁽⁶⁾, integra la condizione preliminare per partecipare alla stipula della sua accezione.

⁽⁶⁾ Usando parole come *autonomia* e *legittimità* non intendo rivendicare spazio (magari accademico: numero, raggruppamento, asterisco) per una nuova disciplina. Penso soltanto allo statuto scientifico di una *esperienza di ricerca*, la quale ha bisogno di individuare un suo terreno, guadagnarsi un oggetto, darsi strumenti operativi, fondare uno *stilus procedendi*, segnare limiti che le servano a convivere con altre esperienze ad

Non credo che si possa concepire la storia criminale se non come storia degli apparati complessi (e dell'attività) della giustizia penale, in rapporto ai quali il fenomeno criminale — che va letto come fenomeno 'sociale', ma collegato ai suoi numerosi contesti — è solo *uno dei componenti* che contribuiscono a segnare i contorni della repressione (7). Il presupposto di questo modo di vedere le cose sta nella forte indicazione che viene dalle fonti giudiziarie e nel ruolo che il diritto svolge nel rapporto tra un'azione minacciata di pena ed il sistema punitivo inteso in senso largo, o larghissimo.

La storia criminale è per forza di cose storia di rapporti, non storia di fatti, e semmai di fatti in quanto termini o fonti di rapporti. Le relazioni, o i rapporti, da implicare, sono quelli che passano tra poteri, società e soggetti, attraverso la mediazione di diritto, norme e pratiche. In termini criminologici molto approssimativi si potrebbe dire che la storia criminale va posta piuttosto nella prospettiva della "reazione sociale", che non in quella del "passaggio all'atto".

Le azioni punite penalmente, prese per sé, o all'interno di episodi, spazi e momenti *puntuali*, se valutate al di fuori della loro relazione con il funzionamento degli apparati repressivi, rivestono rilevanza ed interesse assai tenui. Nell'esperienza della criminologia storica classica, legata al principio epistemologico della "criminologia del passaggio all'atto" (8), questo approccio (metodologicamente coerente con la storia meramente quantitativa del crimine) è certamente responsabile della sua precoce eclissi, dopo la prima fioritura

essa prossime, consentendole anche di stipulare con esse, all'occorrenza, un regime, per così dire, di mutuo soccorso. Tutto questo, per arrivare ad essere riconoscibile, affinché i suoi prodotti possano essere valutati, e cioè paragonati, misurati su qualche *standard* convenzionale, vagliati secondo un criterio che sia "di quell'arte".

(7) Ho già avuto modo di riflettere sulla storia criminale come luogo (in ipotesi) privilegiato di un rapporto più stretto tra storia sociale e dimensione giuridica. Chi volesse potrebbe vedere M. SBRICCOLI, *Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca*, in *Storia sociale e dimensione giuridica*, a cura di P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 127-148 [t. II, pp. 1113-1134].

(8) Penso soprattutto al fondamentale, in questa prospettiva, — e comunque ormai classico — studio di G. RADBRUCH e U. GWINNER, *Geschichte des Verbrechens. Versuch einer historischen Kriminologie*, Stuttgart, Enke, 1951. Esso rappresenta in concreto un tentativo di fare storia del crimine (o "dei crimini", si direbbe), proseguito da qualcun altro (per esempio H. VON HENTIG, *Studien zur Kriminalgeschichte*, Bern, Stämpfli, 1962) e poi sostanzialmente abbandonato.

europea (soprattutto tedesca) degli anni trenta e cinquanta. Ciò non toglie, che si abbiano oggi sostanziali ripresentazioni non coscienti di una criminologia storica ormai irrimediabilmente datata. Così, se penso al genere storiografico detto della “storia del criminale e del suo atto”, ne posso riconoscere i tratti in più di uno studio di quelli che adesso si pubblicano come studi di storia sociale della criminalità: scopo di quel genere storiografico era infatti quello di penetrare la psicologia del criminale, o dei gruppi criminali, nonché quella della vittima, di esaminare le ragioni che avevano condotto all’atto criminale e di valutare motivi e psicologia delle persone cui era demandata l’applicazione del diritto ⁽⁹⁾.

È anche a questo che pensavo, alludendo all’inizio a qualche segno di stanchezza che pure è possibile cogliere negli studi che si vengono facendo in Italia sul crimine e sulla giustizia criminale. Si sente un certo affanno, per esempio, nell’uso che in essi si pratica del genere storiografico detto della *case history*. Bisogna dire, preliminarmente, che si tratta di un genere difficilissimo da praticare, anche se può assumere l’aspetto di un genere molto facile da affrontare. Fortemente coinvolto nel rischio belletteristico, possiede anche — nella sua versione storico criminale — una ingannevole forza di attrazione fatta innanzitutto di fonti circoscritte e compatte (talora anche tenui), e poi di episodica impressionante, di fascino dell’inusuale, di suggestione del *fait divers*. A pena di diventare trascurabili, l’episodio, l’*exemplum*, il fatto, il caso, devono possedere, come ben si comprende, un alto grado di rappresentatività, o almeno un buon potere di raffigurazione; oppure non essere affatto “esemplari”, ma testimoniare l’eccezionalità dentro le *routines* della vita e della giustizia: essere cioè veramente straordinari, perché i picchi della rappresentatività sono due, l’uguale assoluto e l’estremo disuguale. Queste caratteristiche vanno a costituire la paradossale fragilità della *case history*, perché la loro assenza la invalida, mentre la loro presenza la rende ardua e rischiosa.

Se poi si riflette in prospettiva sulla “storia fatta muovendo dall’accadimento criminale”, o in modo più generico, “a proposito

⁽⁹⁾ Così illustra quel metodo, credendoci, W. MIDDENDORFF, *La criminologie historique. Ses tâches et ses responsabilités, spécialement en France*, in *La Criminologie. Bilan et perspectives*, Mélanges offerts à Jean Pinatel, Paris, Pedone, 1980, p. 50.

di esso”, l’indicazione che se ne può trarre sembra quella del (necessario) progressivo logoramento del significato stesso della *case history (of crime)* man mano che si procede nella pratica del genere storiografico. Questo vale tanto di più nella storia del crimine e della giustizia criminale, nella quale la materia d’indagine corrisponde (apparentemente) ad una somma di avvenimenti o di “rationes operandi”, che contengono comportamenti e storie (cioè singoli fascicoli negli archivi giudiziari) i quali paiono prestarsi ad essere riportati alla luce ad uno ad uno. Possiamo così, con mediocre vantaggio delle nostre conoscenze, produrre numerose e successive “storie”, a partire da fattispecie diverse della stessa figura di reato (poniamo: l’infanticidio), che finiranno per andare sempre di più verso la logica di una storia *unius rei*, costruita *uno medio*. In natura gli accadimenti sono differenti, ma in punto di principio metodologico essi tendono ad andare nella direzione di sovrapporsi e somigliarsi tutti, fino a divenire storiograficamente la stessa cosa. Una “legge” della storia/caso sembra sancire che, in essa, la quantità procede cibandosi della qualità. I suoi prodotti sono di grande interesse quando sono pochi, onde se il primo sarà pieno di spunti, suggestioni e insegnamenti, l’ennesimo sarà totalmente *négligeable*. Ora, siccome questo genere di esercizi fa le mostre di rendere molto anche in presenza di modesti investimenti, c’è il rischio che se ne abusi, con il risultato di mandare in ipossia un settore della ricerca che già da sé mostra di avere qualche problema di respiro.

La storia/caso del crimine e della giustizia criminale, tra l’altro, e direi per forza di cose, pone in un cono d’ombra il momento giuridico e quello processuale, anche quando sembra essere costruita a ridosso di essi, o magari avere per oggetto proprio il secondo. Ma il processo è muto e inapprezzabile quando il caso è puntuale, perché esso può essere letto (non dico valutato, dico letto) solo se messo in prospettiva, comparato, e colto dinamicamente in cronologie e casistiche lunghe e ponderate. Così come nessuna politica del diritto, statuale o prestatuale che sia, può essere ipotizzata o svelata se ciò che si costruisce è, in realtà, l’“esemplare” di un’altra dinamica, non giuridica, non storico criminale, ma (normalmente) psicologica, oppure, come ora si dice, conflittuale. Quel che ne viene è comunque, assai spesso, un difetto di problematizzazione, una storia fatta, come si diceva una volta, di “spaccati”, che è

piuttosto frequente e viene formando oggetto di qualche riflessione nei *milieux* più attenti della storia criminale, e in tutta Europa.

Riflettendo ancora un poco sul punto di avvio di queste considerazioni, resto convinto che con le fonti c.d. criminali si possono fare molte cose, e continuo quindi a trovare un po' *naïf* l'atteggiamento di chi respinge senz'altro l'idea di usarle per la storia del crimine e della giustizia criminale. L'uva va mangiata? o ci si deve fare il vino? Mi pare che le si possa accordare la doppia prerogativa. Detto questo, non si può non vedere come anche attenti e non sprovveduti storici della società (non giuristi, in ogni caso) diano indicazioni, propongano percorsi di ricerca e avanzino dubbi che rientrano a pienissimo titolo ⁽¹⁰⁾ « ..nel filone corretto della “storia criminale” recente ». In quelle pagine, a parte la divergenza d'idee sull'uso e destinazione delle fonti giudiziarie (che però andrebbe forse verificata, perché quello che sembra il tenore delle posizioni induce un forte sospetto di malinteso) trovo spunti programmatici intelligenti e osservazioni equilibrate, mentre non riesco a trovare diversità di vedute, se non argomentando *ex silentio*. Il silenzio — che immagino dovuto al fatto che le barriere tra le scienze sociali sono ancora alte ⁽¹¹⁾, ma che potrebbe anche derivare da una rinuncia — riguarda il ruolo del “penale” in queste ricerche.

Dico “penale” per dire esperienza giuridica complessiva: positiva/sostanziale e processuale, dottrinale e normativa, come chiarisco più avanti, con riguardo a tutti i momenti rilevanti della pratica di repressione: dalla prevenzione (quando c'è) alla pena, passando per il giudizio. Non mi riferisco invece a nessun tipo di storia amministrativa, la quale potrebbe avere a che fare con la storia del crimine e della giustizia criminale soltanto in termini mediati ed eventuali, come potrebbe darsi per qualsiasi altra branca speciale della ricerca storica possibile.

È certamente avvertibile una carenza di dimensione giuridica in questi studi. Talora, essa viene apparentemente (o parzialmente)

⁽¹⁰⁾ Mi riferisco a E. GRENDI, *Premessa*, cit., p. 696.

⁽¹¹⁾ Parafraresi di un'espressione di J. LE GOFF, *Histoire médiévale et histoire du droit: un dialogue difficile*, in *Storia sociale e dimensione giuridica*, cit., p. 59, il quale svolge un fertile ragionamento sul rapporto tra il diritto e la storia, al quale mi piace rimandare per intero.

ovviata, dissolvendo il diritto in un imprecisato spazio 'ideologico', tanto da coinvolgerlo nel ragionamento, ma senza farne una presenza condizionante, con la quale occorra poi fare tecnicamente i conti; talaltra, il diritto viene preso per il suo verso 'antropologico', e considerato come *medium* cerimoniale, non scevro di caratteri esoterici, « jouant sur le même registre que l'activité magique dans des sociétés non régies par le *rule of law* » (12). Più spesso, nell'espressione di una rinuncia, la dimensione normativa dei problemi o, peggio, le tessere giuridiche del mosaico, vengono francamente espuntati dal quadro della ricerca. La rinuncia potrebbe nascere dal fatto che il diritto, inteso come scienza, ma anche solo in quanto 'presenza' culturale e ideologica, ha sempre messo gli storici privi della doppia formazione in seria difficoltà. Esso ha un complesso linguaggio proprio, conseguenza di una logica sua, speciale, astratta e rigorosa, per la quale le approssimazioni sono errori; ha una quantità indefinita di aspetti diversi, di istituti, di meccanismi, di principi generali e particolari, di regole per così dire idiomatiche, note solo a chi le pratica assiduamente (13).

Comprensibili motivi, dunque, hanno fatto in modo che il bagaglio degli storici [sociali] finisse per dotarsi di opportune formule, retoriche e comportamentali, tali da fornire loro una rosa di possibili bypass, grazie ai quali aggirare o attraversare illesi i nuclei giuridici dei loro oggetti di studio. « The "law" is more or less irrelevant to the enquiries of social historians — ha scritto J. H. Baker — except in so far as the legal system happens to have produced the records on which

(12) Così R. ROTH, *Evaluation de l'apport des résultats de la recherche historique à la politique criminelle.....*, in *La recherche historique sur la criminalité et la justice pénale*, (VIe Colloque Criminologique), Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1984, p. 67. È il caso di ricordare, come del resto fa anche Roth, lo scritto di G. H. MEAD, *The psychology of punitive justice*, in Id., *Selected writings*, New York, Liberal Art Press, 1964, pp. 212-239.

(13) Ripeto parole già scritte in *Storia del diritto e storia della società*, cit., p. 128 ss. [t. II, pp. 1114 ss.]. La difficoltà di affrontare l'universo del diritto che porta talora ad ignorare la dimensione giuridica dei problemi storici, anche quando è del tutto ed a tutti evidente che sarebbe necessario affrontarla, è la stessa che — nella storia della cultura — conduce talora ad amputare i giuristi, come se la cosa fosse decente, dal novero degli intellettuali presi in considerazione. Ho scritto qualcosa, a questo proposito, in *Il diritto penale liberale. La Rivista Penale di Luigi Lucchini, 1874-1900*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 16, 1987, nota 1 [t. II, p. 903].

they are dependent for factual information » (14). È da questo ordine di problemi, e cioè da quel silenzio/rifiuto, o silenzio/elusione, che emerge l'opportunità di allargare il discorso che vengo facendo sulle fonti, spostandolo ora nel campo del diritto.

Le fonti giuridiche. — Elemento naturale della storia criminale è il diritto. Dico naturale per dire essenziale ed inderogabile. In primo luogo il diritto rituale (15), inteso grosso modo come l'insieme delle regole (o delle pratiche) che, rispetto alle istituzioni giudiziarie, disciplinano le competenze ed il procedimento. Poi il diritto penale sostanziale, in tutte le sue epifanie storiche, la più decisiva delle quali, dal punto di vista della storia criminale, è nella *fase dell'emersione* (16), medievale e moderna, nella quale (*ament meminisse periti*)

(14) J. H. BAKER, *The Refinement of English Criminal Jurisprudence, 1500-1848*, in L. A. KNAFLA (Editor), *Crime and Criminal Justice in Europe and Canada*, Calgary, Wilfrid Laurier University Press, 1981, p. 17.

(15) La terminologia giuridica, come ben sanno gli storici del diritto, non è fungibile nel tempo. L'uso convenzionale della terminologia contemporanea (legata, tra l'altro, all'area culturale di chi se ne serve) per indicare nozioni giuridiche storiche è tollerato nella misura della sua efficacia, ed a patto che non induca fraintendimenti. Il rischio di imprecisione, o di equivoco, è molto forte nel caso della storia criminale, quando è necessario fare riferimento sinteticamente a fasi lunghe o complesse dell'esperienza, che non è possibile designare con espressioni tratte dall'uso contemporaneo, in conseguenza del loro significato rigoroso, o storicamente circoscritto. 'Diritto processuale', o 'procedura penale', rispetto alle pratiche di giustizia di antico regime sono espressioni in forte odore di anacronismo, ma anche se l'equivoco fosse evitato dalla intelligenza del lettore, è certo che esse non coprirebbero tutto il complesso insieme di operazioni e riti giudiziali che sta dentro i tanti (e differenti) "processi" possibili nelle tante combinazioni spazio-temporali possibili, considerato che si tratta di una miriade di 'istituzioni' giudiziarie (tante per Stato in tanti Stati) e di un arco di tempo di tre secoli. Così sarebbe anche per termini come *ordo*, *iudicium*, *ritus*, *processus*, *praxis*, ed altri ancora, che hanno significati troppo precisi, o troppo imprecisi, legati ad esperienze puntuali, o suggeriti da una esigenza di genericità (si veda, a questo proposito, l'intelligente contributo di N. PICARDI, *Processo civile (diritto moderno)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, 1987, p. 101 ss.). Lo storico deve allora ricorrere ad espressioni capaci di designare con efficacia, ma di pura invenzione, per evitare equivoci, esclusioni o anacronismi.

(16) La fase di emersione, del penale (rituale e sostanziale), interessa un periodo molto lungo che va dal XIII fino al XVIII secolo: è evidente, dunque che bisogna mettere un qualche ordine in questo arco di tempo. Una accettabile ipotesi di lavoro è proposta da Ph. ROBERT e R. LÉVY, *Histoire et question pénale*, in *Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine*, XXXII, 1985, pp. 483 ss., che indicano una fase del diritto penale detto

il diritto vigente è per intero *Juristenrecht*: un diritto di giuristi che viene talora (poi, dal secolo XVII in avanti, sempre più) integrato dalla legislazione, ma che resta a lungo l'architrave e il perno di tutto l'ordine giuridico penale. Le norme penali stanno nei libri dei giuristi. Ed anche quando le norme diventeranno norme di legge, in quei libri resteranno la cultura dei giudici e lo zoccolo fondamentale della loro attività di interpretazione ed applicazione.

Solo in conseguenza dell'ingresso del giuridico, oggetti di storia sociale si trasformano in oggetti di storia del crimine e della giustizia criminale: ed è l'inesonerabile qualificazione giuridica a fare di un'azione socialmente rilevante il polo di un *rapporto relazionale* (con chi ha poteri, con gli apparati di giustizia, con la vittima, con il resto della società, e così via), tanto da impedirle di essere pensata nella prospettiva di una mera "storia [sociale] della criminalità", la quale sarebbe, per l'appunto, una delle riedizioni possibili di quella "storia delle azioni criminali", di cui non mi pare si senta il bisogno.

La storia criminale si presenta dunque come prodotto di una interfaccia posta tra la storia della società e la storia del diritto penale e della giustizia criminale. E non si tratta solo di affermare la necessità di una sinergia ⁽¹⁷⁾: dal momento in cui il penale approda alla *fase della costruzione* ⁽¹⁸⁾, e cioè, fondamentalmente, nel corso del XIX secolo, esso *produce e governa* il reato, ente sempre più giuridico e sempre meno « comportamentale »; la criminalità diviene effettivamente un fenomeno normativo ⁽¹⁹⁾ ed il penale si trova ad essere in assoluto uno dei termini più rilevanti del rapporto tra soggetti, società e poteri: terreno e oggetto di storiche battaglie di civiltà, libertà, eguaglianza, emancipazione, non può non imporre alla ricerca storica di spostare il suo punto di focus per meglio equilibrarlo tra la società e l'ordinamento.

prodromico (in età prestatuale) ed una indicata come fase del proto-penale, che potrebbe essere collocata (nell'esperienza francese, però) tra il XVI e il XVIII secolo.

⁽¹⁷⁾ Sulle molte ragioni di tale necessità, e sulle numerose componenti culturali e disciplinari che la sostanziano, ho scritto in *Storia del diritto e storia della società*, cit., p. 145 ss. [t. II, pp. 1131 ss.].

⁽¹⁸⁾ Una convincente messa in prospettiva di questa dinamica è, ancora, in PH. ROBERT E R. LÉVY, *Histoire et question pénale*, cit., pp. 481-526.

⁽¹⁹⁾ L'espressione è usata da M. PAVARINI, *La criminologia*, Firenze, Le Monnier, 1980, p. 36.

Non sono pochi gli storici criminali, da Thompson (20) a Soman (21), fino a Hammer (22), Hay (23), Bellamy (24) ed altri ancora (25), che in relazione alla fase dell'emersione hanno compreso l'ineludibilità di questo passaggio, e messo a frutto, chi più chi meno, le sue straordinarie potenzialità. Mentre non sono numerosi quelli che hanno saputo cogliere il valore della fase della costruzione del penale, che è quella del penale in senso moderno (26): intriso di « statualità », ancorato al mito della legge, poggiante su apparati di giustizia molto più solidi e autonomi che in passato; costretto, infine, in una ambiguità (difesa della società, garanzia dei singoli) che lo pone fin troppo spesso nella condizione di essere conteso tra

(20) Soprattutto E. P. THOMPSON, *Whigs and Hunters: the Origins of the Black Act*, London, Allen Lane, 1975.

(21) A. SOMAN, *Deviance and Criminal Justice in Western Europe, 1600-1800: an Essay in Structure*, in *Criminal Justice History*, I, 1980, pp. 3-28.

(22) C. J. HAMMER, *Patterns of Homicide in fourteenth-Century Oxford*, in *Past and Present*, 78, 1978, pp. 3-13, dove il rapporto di valorizzazione è presente ma, in un certo senso, invertito, dal momento che Hammer illustra sostanzialmente l'apporto che gli studi sull'omicidio hanno dato alla storia penale.

(23) D. HAY, *Property, Authority and the Criminal Law*, in D. Hay e altri, *Albion's Fatal Tree*, Middlesex, Allen Lane, 1975, pp. 17-63.

(24) J. C. BELLAMY, *Crime and Public Order in England in the Later Middle Ages*, London, Routledge & Kegan Paul, 1973, ed il più recente *Criminal Law and Society in Late Medieval and Tudor England*, London, Alan Sutton & St Martin's Press, 1985.

(25) Ricordo, a puro titolo di esempio, gli scritti di D. GREENBERG, *Crime and Law Enforcement in the Colony of New York, 1691-1776*, Ithaca and London, Cornell University Press, 1974; N. CASTAN, *La justice expéditive*, in *Annales ESC*, XXVIII, 1976, fasc. 2, pp. 331-361; D. T. KONIG, *Law and Society in Puritan Massachusetts. Essex County, 1629-1692*, Chapel Hill, The Univ. of North Carolina Press, 1979; M. R. WEISSER, *Crime and Punishment in early modern Europe*, s.l., The Harvester Press, 1979; il volume curato da V. A. C. Gatrell, B. Lenman e G. Parker, *Crime and the Law. The Social History of Crime in Western Europe since 1500*, London, Europa Publications, 1980, con scritti espressamente rivolti a valutare contenuto, ruolo e impatto del diritto penale in ordine al crimine, di B. Lenman e G. Parker, C. Larnier, M. Weisser, J. A. Sharpe, D. Philips, S. J. Davies; la ricerca di I. A. CAMERON, *Crime and Repression in the Auvergne and the Guyenne, 1720-1790*, Cambridge, University Press, 1981, e, per più di un verso, i più recenti studi di J. A. SHARPE, *Crime in seventeenth-century England. A county study*, Cambridge-Paris, Cambridge University Press & Maison des Sciences de l'Homme, 1983 e *Crime in early modern England, 1550-1750*, London-New York, Longman, 1984.

(26) Su questo passaggio: PH. ROBERT e R. LÉVY, *Le sociologue et l'histoire pénale*, in *Annales ESC*, XXXVI, 1984, fasc. 2, p. 409.

autorità, ordine e sicurezza da una parte, libertà, legalità e garantismo dall'altra.

Per tutte queste ragioni, nella fase dell'emersione in un modo, in quella della costruzione in un altro, il penale appare come fonte primaria della storia criminale o, se si vuole, della storia sociale che si vale delle fonti così dette « criminali » (27). Esso è lo strumento di una messa in contesto dell'oggetto della ricerca. È di tutta evidenza, infatti, che per ricostruire, situare e valutare la trasgressione (in sé e nelle sue relazioni), l'elemento normativo si presenta per un verso coesistente e per un altro prodromico rispetto all'elemento giudiziario: il quale, del resto, viene molto spesso vagliato in una veste ancor più ridotta, che è quella strettamente processuale, a sua volta, talora, sub-limitata a quella di una particolare *fase* dell'evento processo.

Nel sistema delle fonti penali un posto speciale spetta all'opera dei giuristi. Non solo in senso tecnico (perché quell'opera, per qualche secolo, e non solo in area italiana, ha contenuto in modo diretto o mediato pressoché l'intero normativo pensabile), ma in senso qualitativo. Forse passerà ancora molto tempo prima che gli storici non giuristi trovino il modo (il tempo? la pazienza? il coraggio?) di addentrarsi in questo territorio fatto di centinaia di volumi, difficili da affrontare e padroneggiare, ma densi di indicazioni e di spunti; sono certo tuttavia che quando la fase sarà matura e si comincerà a farlo, ci troveremo di fronte allo stabilirsi di una grande attenzione. Si dirà: ma già oggi alcuni storici del diritto lavorano su quelle fonti, e niente di simile sta accadendo; è vero, ma l'ingresso in un campo come questo di nuovi punti di vista, guidati

(27) Vale anche il contrario: pensare, per esempio, come fa R. ROTH, *Evaluation*, cit., p. 66, all'estrema importanza della storia della povertà per l'approfondimento delle conoscenze in materia penale: « Qui pénètre ce territoire traditionnellement fort e bien exploré a souvent l'impression de traverser le *laboratoire* de l'histoire pénale stricto sensu. Se rencontrent entre autres phénomènes connus des spécialistes du pénal, mais à des époques antérieures et de manière souvent plus transparente, les mécanismes de répression et d'exclusion (la séparation entre "bons" et "mauvais" pauvres), le développement d'institutions de régénération combinant répression pure et rééducation, la rationalisation des méthodes de prise en charge, la bureaucratisation de ces institutions et même la mise au point de politiques d'intimidation qui annoncent l'idéologie pénale de la prévention générale ».

da altre competenze e stimolati da interessi extragiuridici, è la condizione per la formulazione di domande inedite, e quindi per l'ottenimento di nuove risposte.

Non si tratterà, certamente, di uno scavo facile. Quegli intellettuali erano restii al discorso diretto, non era nel loro stile parlare esplicitamente di quello che accadeva nel mondo, e consideravano elegante lesinare riferimenti scoperti ai rapporti di potere, sociali od interpersonali: poche pepite, dunque, per gli storici del sociale, in mezzo ad una grande quantità di sabbia giuridica. In compenso, molti di quei giuristi potevano stare a ragione, nelle loro realtà, tra le guglie dell'intellettualità del loro tempo: attenti, esperti, autorevoli, non ignari del potere e dei suoi meccanismi, talvolta critici e sovente preoccupati del grado di razionalità dell'ordinamento punitivo: cosa che finiva per giovare anche al suo livello di civiltà.

Si diceva un tempo che nelle carte dei processi penali, bene o male, si sentono parlare i subalterni, altrimenti resi muti dalla storia alta. Ebbene, nei libri dei giuristi parlano gli intellettuali, gli uomini del potere, gli uomini degli apparati, e lo fanno producendo il discorso costitutivo della repressione penale. Tale discorso è insieme dichiarativo e chiarificatore, e mentre fonda e spiega gli ingranaggi e le ragioni di un sistema punitivo, dà anche largamente conto dei contesti che gli sono correlati. Perché il diritto, come ben sa chi ci lavora per i versi giusti, ha nella sua natura uno straordinario potere di assorbimento ed un'altissima capacità di rifrazione. Esso è in alto grado capace di imprimere su di sé, seppure in cifra, i segni distintivi delle attitudini sociali, per poi rimandarli in chiaro a chi sappia leggerli o decodificarli.

HISTOIRE DE LA CRIMINALITÉ ET HISTOIRE PÉNALE.
LE ROLE DES SOURCES JURIDIQUE DANS L'HISTOIRE
DU CRIME ET DE LA JUSTICE CRIMINELLE

L'expérience de douze ans de séminaires de l'IAHCCJ est assez représentative de la recherche historique en matière de crime et de justice criminelle qui s'est déroulée en Europe (et aux Etats-Unis aussi) durant la même période. En réfléchissant sur cette expérience, on peut évaluer les orientations de l'histoire de la criminalité qui sont aujourd'hui présentes et diffusées parmi les chercheurs. En particulier, on peut se rendre compte du poids que l'on donne au droit, et plus précisément au droit pénal (la législation pénale semble avoir un espace plus grand que le droit) dans la phase actuelle de ce secteur de la recherche historique. Si je pense au rôle que le droit paraît avoir, aujourd'hui, dans l'histoire du crime et de la justice criminelle, me viennent à l'esprit Cendrillon ou le convive de pierre. Même dans les travaux qui pendant douze ans ont été produits pour les séminaires organisés par l'IAHCCJ, les profils juridiques ont été assez sous-estimés; et les historiens "sociaux" ont très rarement valorisé la dimension "droit" des problèmes abordés, même à l'occasion des journées expressément dédiées à des arguments à très fort contenu juridique.

Mais la raison fondamentale de la part minoritaire, ou nulle, qui lui est assignée se trouve, si je ne me trompe, dans un vice de conception de l'histoire de la criminalité, réduite au rang d'une forme secondaire de l'histoire des sociétés.

On trouve des difficultés à reconnaître dans l'histoire de la criminalité l'élément de l'*autonomie*. Plusieurs historiens abordent cette zone de la recherche dans la conviction qu'il s'agit simplement d'un aspect de l'histoire sociale. On sous-estime la remarquable

composante juridique, qui est celle, en effet, qui fait la différence entre l'histoire des faits criminels, soumis à la justice pénale, et l'histoire des autres faits sociaux, ou des sociétés, ou des couches sociales, qui ne sont pas caractérisés par la présence décisive de la qualification juridique. Et je crois que considérer l'histoire de la criminalité en admettant l'autonomie, représente déjà un premier pas dans la direction d'une meilleure compréhension de sa spécificité vis-à-vis des autres méthodologies historiques.

Elle nous apparaît comme l'histoire de l'activité et des appareils de la justice pénale. Par rapport à ces appareils, le phénomène criminel — qu'il faut lire comme phénomène social, marqué par le droit et lié à ses nombreux contextes — se présente en tant que une des composantes, en état d'influencer la formation des dispositifs de la répression, les contenus de la législation et la politique judiciaire. La condition nécessaire de cette façon de voir les choses repose dans l'indication très forte qui vient des sources judiciaires et dans le rôle que le droit joue dans le rapport qui s'instaure entre un acte menacé de peine et le système punitif dans son sens large. L'histoire de la criminalité est forcément histoire des rapports, non pas des faits, ou bien histoire des faits en tant que termes ou sources de rapports. Les relations à impliquer sont celles qui se déroulent entre pouvoirs, société et sujets, passant par la médiation du droit, des normes et des pratiques.

Les actes pénalement punis, considérés en soi, ou à l'intérieur d'épisodes, espaces et moments ponctuels, évalués en dehors de leur relation avec le fonctionnement des appareils répressifs, revêtent une importance et un intérêt très faibles.

Dans l'expérience de la criminologie historique classique, liée au principe épistémologique de la « criminologie du passage à l'acte », cette approche (cohérente, du point de vue méthodologique, avec une histoire purement quantitative du crime) est sans doute responsable de son éclipse précoce, après la première floraison européenne (notamment allemande) des années trente et cinquante. Cela n'empêche que l'on rencontre, de temps en temps, des substantielles rééditions non voulues d'une criminologie historique qui date désormais d'une façon irrémédiable. Ainsi, si je pense au genre dit de l'« histoire du criminel et de son acte », je peux en reconnaître les traits dans plusieurs études que l'on publie maintenant en tant que

études d'histoire sociale de la criminalité: le but de ce genre d'historiographie était en effet celui de pénétrer la psychologie du criminel, ou des groupes criminels, ainsi que celle de la victime et/ou de son entourage, et d'examiner les raisons qui avaient conduit à l'acte criminel en évaluant conjointement motifs et psychologie des sujets auxquels s'appliquait le droit.

Mais la perspective va changer. En particulier dans la recherche française et dans celle qui se développe en Angleterre et aux Etats Unis (bien moins en Italie), l'envergure prise par l'histoire de la criminalité semble bien plus grande. Même dans les séminaires de l'*International Association for the History of Crime and Criminal Justice*, les méthodologies employées ont bien surmonté l'héritage positiviste, le paradigme étiologique, les approches purement quantitatives, les psychologismes, ainsi que la reconstruction du phénomène criminel pris comme l'ensemble des actes criminels étudiés dans leurs « causes ».

Cependant, cela n'empêche pas que même dans les recherches les plus sérieuses et sophistiquées, l'attention aux profils pénaux de l'histoire du crime, et la réflexion sur les inexorables qualifications juridiques de la justice pénale, soient reléguées à l'arrière-plan, ou tout à fait inexistantes.

Les sources juridiques, probablement à cause de leur qualité technique, ont été négligées et sont restées l'apanage exclusif des historiens professionnels du droit. Le problème de l'historiographie du crime et de la justice criminelle, en tant que branche qualifiée de l'histoire sociale, devient/reste alors celui d'une confrontation adéquate avec le pénal. Par « pénal », j'entends expérience juridique d'ensemble: positive/substantielle et de procès, doctrinale et normative, comme je vais l'expliquer par la suite, eu égard à chaque moment de la pratique de la répression ou de la prévention (quand il y en a) à la peine, en passant par le jugement.

La connaissance correcte des règles substantielles et rituelles constitue assurément les prémisses de la lecture technique des sources judiciaires et la condition inéluctable de la compréhension du « pourquoi » technique des faits qui y sont enregistrés. Les sources judiciaires sont normalement le procès verbal d'un acte juridique qui doit être déchiffré selon sa propre langue. Différent est le cas du chercheur qui a des buts de recherche non liés à l'histoire

du crime et de la justice criminelle: la source judiciaire peut être alors entendue, et utilisée même en faisant abstraction de l'élément juridique.

L'évaluation et/ou l'utilisation de l'élément juridique permettent, plus généralement, de mieux interpréter du point de vue historique, et de mieux comprendre, certains aspects et certaines phases de l'histoire du crime et de la justice criminelle. La même chose, évidemment, vaut à propos d'objets spéciaux ou de problèmes historiographiques ponctuels ou particuliers.

Ces prémisses considérées, on peut sans doute saisir une carence de la dimension juridique dans les études sur l'histoire de la justice et de la criminalité, et même dans celles qui ont été produites au cours des douze ans d'activité de l'IAHCCJ. Parfois, elle est apparemment, ou partiellement, obviée en dissolvant le droit dans un vague espace "idéologique", assez pour l'impliquer dans le raisonnement, mais sans en faire une présence conditionnante, avec laquelle régler techniquement les comptes; quelquefois encore, on prend le droit par son côté "anthropologique", en le tenant pour un *medium* de cérémonie, ne manquant pas de caractères ésotériques. Plus souvent, la dimension juridique des problèmes est franchement ignorée, ou tournée, avec la conséquence (résultat, bien souvent, d'un refus) d'arracher au tableau de la recherche tout aspect juridique. Le refus pourrait provenir du fait que le droit, en tant que science, ou simplement en tant que "présence" culturelle ou idéologique, a toujours mis en difficulté les non-juristes. Il est caractérisé par un lexique de spécialiste et par un langage à structure particulière, conséquences d'une logique spéciale, abstraite et rigoureuse, pour laquelle les approximations constituent des fautes; il dispose d'une grande quantité d'aspects différents, d'institutions, de mécanismes, de principes généraux et spéciaux, de règles pour ainsi dire idiomatiques, connues seulement par ceux qui les pratiquent assidûment.

On peut bien comprendre alors le fait que les spécialistes d'histoire social se soient dotés de plusieurs formules opportunes, rhétoriques ou opératives, capables de leur assurer un groupe de pontages praticables, avec lesquels esquiver ou traverser indemnes les noyaux juridiques de leurs objets de recherche: le renvoi, l'inattention, le silence, font partie de ce répertoire, aussi bien que la

tendance à faire référence à la législation (plus facile à manier) plutôt qu'au droit, qui est toute autre chose. Et c'est en vertu de cet ordre de problèmes — c'est-à-dire de ce "silence/refus", ou "silence/évitement" — que l'on remarque l'opportunité d'étendre le discours du champ des sources juridiques au champ du droit (pénal) tout court.

Il me semble évident qu'il n'est pas possible de séparer le moment juridique d'avec l'histoire sociale, quand on travaille à l'histoire de la justice et de la criminalité. Le droit est, en effet, une composante indéracinable, presque naturelle, de la qualification d'un fait comme délit. Et je dis naturelle pour dire essentielle et inéluctable.

Je me réfère, d'abord, au droit "rituel", considéré grosso modo en tant que l'ensemble des règles et des pratiques qui, par rapport aux institutions judiciaires, disciplinent les compétences et le procédé. Ensuite, au droit pénal substantiel, dans toutes ses manifestations historiques, dont la plus décisive, du point de vue de l'histoire de la criminalité, se trouve dans la phase de l'émergence du pénal, médiévale et moderne, dans laquelle le droit est presque entièrement *Iuristenrecht*: un droit de juristes qui, suivant les différentes expériences de l'Europe continentale, se trouve être plus ou moins complété par la législation (du moins à partir du XIV^e siècle), mais qui reste longtemps l'architrave et le pivot de l'ordre juridique pénal entier, même dans des réalités (comme la française) qui connaissent une législation précoce, tant par son caractère exhaustif que par son importance.

Naturellement, il faut le dire, la situation européenne sur ce point est plutôt diversifiée: dans l'expérience italienne, le droit pénal commun reste la plus importante des sources juridiques jusqu'au début du XVIII^e siècle; on peut dire presque la même chose pour l'Allemagne et l'Espagne, mais en France la situation est différente, et encore plus différente est la situation anglaise. Cependant, on doit remarquer que, même dans les cas où la législation atteint précocement une fonction primaire, le pénal (c'est-à-dire la doctrine contenue dans les livres des juristes) garde son importance: une grande partie des décisions des juges passe de toute façon par les livres des juristes. Du moment que, même dans la phase où les normes seront devenues à tout effet des "normes de loi", les juges continueront à

construire leur culture sur ces livres et à fonder leurs interprétations sur l'interprétation, et sur l'autorité, des juristes.

Quant au rapport entre droit et faits sociaux, il faut toujours se rappeler que c'est seulement en conséquence de l'occurrence du juridique que des objets d'histoire sociale se transforment en objets d'histoire de la justice et de la criminalité. C'est à partir de la qualification juridique d'une action socialement évaluable qu'on peut la saisir en tant que pôle d'un *rapport* "relationnel" (avec ceux qui ont du pouvoir, avec les appareils de justice, avec la victime, avec le reste de la société, et ainsi de suite): de sorte qu'elle ne soit pas pensée dans la perspective d'une simple « histoire [sociale] de la criminalité », qui serait une des réédition possibles de cette « histoire des actes criminels » dont il me semble que personne ne relève la nécessité.

D'ailleurs, au droit peut être aussi confiée une fonction — pour ainsi dire — de vérification des résultats, ou des méthodes, d'une recherche historique. Il peut mettre à notre disposition les moyens pour dévoiler, ou éclaircir, ce nombreux rapports de pouvoir qu'on peut découvrir dans chaque source, même non juridique. Tout objet de recherche, en effet, quelque soit que sa nature, est porteur d'un statut, ou soumis à une discipline juridique, avec lesquels il pourra être comparé après sa reconstruction. Et très souvent, par rapport à des problèmes très complexes, qui entraînent des longues opérations de reconstruction, vérification et contrôle, il arrive qu'on puisse trouver — dans l'oeuvre de quelque juriste subtil et soigneux — des analyses, des hypothèses ou des affirmations, qui ne s'éloignent pas trop de ces mêmes résultats que le chercheur arrive parfois à remporter — et avec peine — par des voies nécessairement détournées. La fatigante reconstruction d'un usage de procès, par exemple, qu'on peut atteindre par l'analyse et la comparaison d'une grande quantité de documents relatifs à une cour particulière, peut être évitée en faisant recours à la *practica* d'un juriste, ou à une de ces *summae*, parfois manuscrites, qui circulaient fréquemment en ancien régime; et bien souvent l'historien arrive, à la suite d'une recherche longue et compliquée, à des conclusions générales ou particulières (relatives à l'état de la criminalité, à l'alarme sociale, à la considération qu'une société avait pour un comportement criminel donné, etc.), qui sont déjà présentes, et aussi évidentes, dans les réflexions

des juristes de la même époque. Il suffirait de savoir où aller la chercher, pour réussir, avec l'emploi d'une source juridique, à faciliter notre travail et à en vérifier la qualité finale.

Aux conditions décrites jusqu'ici, l'histoire de la criminalité (mais il faudrait dire plutôt "histoire de la justice criminelle") se présente comme le terrain naturel de la rencontre et de la collaboration entre l'histoire du droit et l'histoire de la société (histoire pénale et histoire du crime) et justement dans le sens que j'ai essayé de donner, et que je donnerai par la suite, à ces réflexions. Regardons, par exemple, les ingrédients qui forment la charpente de l'histoire de la justice criminelle. En premier lieu le droit pénal, la législation et la doctrine, en tant que *corpus* primaire de sources. Deuxièmement le grand appareil de la justice criminelle, qui comprend les juristes et leur fonction, dès lors qu'ils sont les interprètes (en tant que juristes de chaire, juges ou avocats) de l'ensemble normatif tout entier. Mais le système-justice se mêle aussi aux institutions qui le concernent, les répressives (la police en premier lieu) et les punitives, eu égard au rapport entre peine et société, ainsi qu'aux problèmes qui se manifestent à propos de la prison et des autres traitements qui comportent réclusion; il implique en outre les grands débats d'ordre idéologique sur le droit de punir et sur la mort en tant que peine, qui ont beaucoup influencé les mentalités et les comportements, et qui sont allés, en tant que problèmes de civilisation, bien au-delà de la dimension pénale; il implique les pratiques sociales de la punition et du contrôle, les processus de normalisation et ceux qu'on appelle de *disciplinamento*, le rapport entre peine et marché du travail, les stratégies de l'ordre et celle qui concernent le déplacement des ressources, le gouvernement de l'opinion publique et la recherche du consensus pour les politiques pénales, et ainsi de suite.

Mais l'histoire de la criminalité, et cela va de soit, n'est pas faite seulement de droit et d'appareils de justice. Elle s'insère à juste titre dans l'étude de la société, et exige l'emploi avisé des systèmes scientifiques qui la mesurent (ethno-anthropologie sociale et historique), qui la quantifient (démographie), qui la décrivent (sociologie). La nouvelle histoire de la criminalité se fonde principalement sur cette greffe: dans le passé la majorité des limites et des erreurs dans l'étude des problèmes criminels venaient du fait que les

chercheurs n'étaient pas formés à l'utilisation des instruments fondamentaux des sciences sociales. Aujourd'hui, l'effort des spécialistes va dans la direction opposée et comporte non seulement une utilisation correcte des catégories sociologiques appropriées, mais aussi un emploi croissant de la sociologie historique. Une partie d'importance de l'histoire de la criminalité, par exemple, profite directement des recherches très riches et sophistiquées sur les marginaux, sur les sociétés rurales, sur les comportements et les systèmes des valeurs des différentes couches sociales, etc.

A tout cela, on peut ajouter l'intérêt que l'étude du crime et de son traitement dans l'histoire doit avoir à l'égard de tout ce qui concerne la sphère des mentalités. Des sentiments comme la peur, l'alarme, l'agressivité, ne sont pas seulement des ingrédients éventuels, dont il est bien de tenir compte, mais constituent un point de repère pour toute recherche sérieuse sur certains aspects du phénomène criminel. Même la violence, ou le rapport psychologique avec les valeurs protégées — de la vie au biens, de la morale à l'ordre établi — deviennent objets spécifiques des évaluations ordinaires d'un historien de la criminalité. De la même manière, la formation des stéréotypes, les étiquetages, les processus de criminalisation, représentent des éléments qui naissent des mentalités, qui ont quelque chose à faire avec les comportements psychologiques de masse, mais qui ont aussi quelque chose de "matériel" et de concret, dans les dynamiques qui concernent le crime et sa répression.

L'histoire de la criminalité réalise une sorte de point de section, ou plutôt de fusion, entre sources, objets et méthodologies qui appartiennent en parts équilibrées à l'histoire juridique et à l'histoire sociale. A bien regarder, les deux perspectives s'entrecroisent en plusieurs points, et leurs raisons fondamentales se soutiennent mutuellement.

Il y a, par exemple, une forte interdépendance entre la politique pénale des États (ou des différents appareils de répression) et la condition de vie des pauvres, qui change remarquablement de qualité suivant le système répressif: souple et indulgent, ou bien même seulement inefficace, ou bien efficace, déterminé et sévère. Ceux qui s'occupent des couches pauvres et marginales, étudient — en effet — une branche de l'histoire des crimes contre la propriété: ils ne peuvent pas se passer de la qualité des rapports que ces

misérables entretenaient avec les propriétaires ou avec la police, s'ils veulent effectivement savoir quelle était la "qualité" de leur vie.

L'histoire de la justice criminelle — et même l'histoire du droit pénal — n'ont plus aucun plausible fondement sans une concomitante analyse du phénomène criminel. Les deux domaines sont tellement et si strictement liés qu'il serait impensable de les garder séparés, en jugeant pouvoir ignorer tout ce qui se trouve derrière et sous la production et l'application du droit, ou même en décidant que rien n'existe d'important, ni derrière, ni dessous. L'histoire du crime se propose alors comme une espèce d'*interface* placée entre l'histoire de la société d'un côté et l'histoire du droit pénal, et de la justice criminelle, de l'autre. Il ne s'agit pas seulement d'affirmer la nécessité d'une synergie: il s'agit de réaliser un *modèle d'histoire intégrée*, dans lequel l'analyse des sociétés se mêle à la valorisation de la dimension juridique des problèmes, grâce à l'emploi convergent de la sociologie historique et des autres sciences de la société, rapportées — à travers l'analyse des sources juridiques, et non seulement des judiciaires — aux profils "normatifs" des événements sociaux.

Du moment où le pénal aboutit à sa *phase de construction*, c'est-à-dire, fondamentalement, au XIX^e siècle, il "produit" et "gouverne" le crime, entité toujours plus juridique et moins "comportementale"; le délit se fait, de quelque façon, le résultat d'un mécanisme normatif, et le pénal gagne une position centrale dans le système de référence social. Il devient un des termes les plus considérables des relations entre sujets, société et pouvoir: terrain et objet de fameuses batailles de civilisation, liberté, émancipation, il ne peut pas éviter d'imposer même à la recherche historique de déplacer son *focus* pour mieux l'équilibrer entre la société et le système juridique.

On peut faire référence à plusieurs historiens de la criminalité, à commencer par Yves Castan, en passant par J.P.Thompson ou Alfred Soman, jusqu'à Douglas Hay ou John Bellamy, et d'autres encore, qui — en relation à la phase de l'émergence du pénal — ont saisi l'inéluctabilité de ce passage: ils ont tous plus ou moins exploités ses extraordinaires potentialités. Je dois donner acte, par exemple, de l'assiduité avec laquelle, le long de nos douze ans de discussion, Yves Castan s'est rapporté à la dimension juridique des problèmes,

au “pouvoir d’indication” des procédures, à la valeur et à la fertilité heuristique de certains principes soutenus par la doctrine. Au moins en Italie, et en particulier chez des jeunes chercheurs en histoire du droit, on commence à avoir des excellents résultats d’une conception intégrée de l’histoire juridique/criminelle: je pense surtout aux travaux de Floriana Colao sur l’histoire de la justice criminelle à Sienne dans la deuxième moitié du XVIII^e siècle, de Luigi Lacché sur la répression du brigandage sous ancien régime et d’Isabella Rosoni sur le rapport entre criminalité et politique de la justice dans l’État pontifical au XIX^e siècle.

Il faut dire, par ailleurs, que la situation de la recherche est différente en ce qui concerne la phase de la construction du pénal, qui réalise le pénal dans le sens moderne: trempé de caractères “étatiques”, ancré au mythe de la loi, soutenu par des appareils de justice bien plus solides et autonomes que par le passé, il est coincé dans une ambiguïté (défense de la société *versus* droits du sujet) qui le met dans un risque permanent de contradiction entre autorité, ordre et sécurité, d’un côté, et liberté, garantie et légalité de l’autre. Tout cela rend particulièrement ardu et délicat le travail de recherche et l’élaboration d’une ligne interprétative: c’est la raison pour laquelle, probablement, on dispose d’études de stricte histoire juridique sur plusieurs institutions pénales du XIX^e siècle, ainsi que de travaux de bonne histoire sociale sur certaines situations criminelles, qui ne se sont pas encore intégrés et même pas rencontrés. Encore un fois le point d’intersection pourrait être représenté par la doctrine juridique la plus attentive aux faits sociaux et aux dynamiques politiques.

J’insiste sur la doctrine, car dans le système des sources pénales — malgré la conviction générale qui fait de la législation l’élément le plus important — l’oeuvre des juristes occupe une place primordiale et non seulement dans le sens technique, mais aussi dans une perspective de qualité. Beaucoup de temps encore va peut-être passer avant que les historiens non juristes puissent trouver la manière (le temps? la courage? la compétence?) de s’enfoncer dans ce territoire fait de centaines de volumes, difficiles à aborder et maîtriser, mais pleins d’indications et de sollicitations; je suis sûr, cependant, que quand les temps seront mûrs et que ce nouveau type de source entrera, outil parmi d’autres, dans le bagage usuel des

chercheurs, on pourra disposer d'une grande quantité de réponses neuves: conséquence d'un bon nombre de questions inédites, posées à partir de points de vue nouveaux, par des studieux non juristes qui auront une autre formation, et donc des intérêts et des objectifs différents par rapport à ceux qui ont formé la tradition de l'histoire du droit. L'intégration entre histoire sociale et dimension juridique passe aussi, si je ne m'abuse, par l'ouverture de chacun.

Bibliographie

Les titres qui suivent sont limités à quelques uns de ceux qui intéressent l'objet de cette communication. En particulier, il s'agit:

- a) de contributions relatives aux problèmes d'archive, d'utilisation des sources juridiques et du rôle des sources non-juridiques dans l'étude de l'histoire du crime et de la justice criminelle;
- b) de travaux qui peuvent être considérés comme des exemples de recherches qui ont — dans une certaine mesure — intégré le profil de l'histoire criminelle (sociale) avec celui de l'histoire juridique (pénale). Ont été exclus les travaux strictement limités à la prison, la police, la prostitution, la sorcellerie.

ALLEGRA Luciano, *Oltre le fonti criminali: Chieri nel '500*, in: *Quaderni Storici*, XVII, 1982, 49, pp. 265-274.

ARNAUD-DUC Nicole, *Les « valeurs » et le « détail »: réflexions sur la pratique de l'histoire du droit*, in: *Droit et Société*, 10, 1988, pp. 409-422.

BAILEY Victor, *Crime, Criminal Justice and Authority in England*, in: *Bulletin of the Society for the Study of Labour History*, spring 1980, 40, pp. 36-46. Tr.it.: *Reato, giustizia penale e autorità in Inghilterra. Un decennio di studi storici, 1969-1979*, in: *Quaderni Storici*, XV, 1980, 44, pp. 581-602.

BAKER John Hamilton, *The Refinement of English Criminal Jurisprudence, 1500-1848*, in: L.A.Knafla (Editor), *Crime and criminal justice in Europe and Canada*, Calgary, Wilfrid Laurier University Press, 1981, pp. 17-42.

BEATTIE John M., *The pattern of crime in England 1660-1800*, in: *Past & Present*, 62, 1974, pp. 47-95.

BEATTIE John M., *Crime and the Courts in England, 1660-1800*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. XXIV, 663.

BELLAMY John G., *The law of treason in England in the later Middle Ages*, Cambridge, University Press, 1970, pp. XVIII-266.

BELLAMY John G., *Crime and Public Order in England in the Later Middle Ages*, London, Routledge & Kegan Paul, 1973.

BELLAMY John G., *The Tudor law of treason. An introduction*, London, Routledge & Kegan Paul, 1979, pp. 305.

- BELLAMY John G., *Criminal Law and Society in Late Medieval and Tudor England*, London, A. Sutton & St. Martin's Press, 1985.
- BELLAMY John G., *Bastard feudalism and the law*, London, Routledge & Kegan Paul, 1989, pp. 208
- BERCÉ Yves-Marie, *Aspects de la criminalité au XVII^e siècle*, in: *Revue historique*, CCXXXIX, 1968, pp. 33-42.
- BRETONE Mario, *Il diritto romano fra « storia dei dogmi » e storia sociale*, in: *Sociologia del diritto*, 1982, n. 3, pp. 183-203.
- BREWER John, STYLES John (edit. by), *An ungovernable people. The English and their law in the seventeenth and eighteenth centuries*, London, Hutchinson, 1980, pp. 400.
- CASTAN Nicole, *La justice expéditive*, in: *Annales ESC*, XXXI, 1976, 2, pp. 331-361.
- CASTAN Nicole, *Les criminels de Languedoc. Les exigences d'ordre et les voies du ressentiment dans une société pré-révolutionnaire (1750-1790)*, Toulouse, Association Pubb. Univ. de Toulouse, 1980, pp. VIII-362.
- CASTAN Nicole, *Justice et repression en Languedoc à l'époque des lumières*, Paris, Flammarion, 1980, pp. 313.
- CASTAN Nicole, *La justice en question en France a la fin de l'ancien regime*, in: *Déviance et Société*, VII, 1983, 1, pp. 23-34.
- CASTAN Nicole, *Bilan de l'apport de la recherche historique à la connaissance de la criminalité et de la justice pénale*, in: *La recherche historique sur la criminalité et la justice pénale (6^e Colloque Criminologique)*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1984, pp. 9-26.
- CASTAN Nicole, *La réforme pénale en France à la fin de l'Ancien Régime: tentatives et échecs*, in: *Le politiche criminali nel XVIII secolo*, a cura di L. Berlinguer e F. Colao, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 315-325.
- CASTAN Nicole, CASTAN Yves, *Une économie de justice à l'âge moderne: composition et dissension*, in: *Histoire économie et société*, 1982, 3, pp. 361-367.
- CASTAN Yves, *Civisme et libéralisme judiciaires: une tension critique devant les lumières*, in: *Illuminismo e dottrine penali*, a cura di L. Berlinguer e F. Colao, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 403-408.
- CHIFFOLEAU Jacques, *Les justices du Pape. Délinquance et criminalité dans la région d'Avignon au XIV^e siècle*, Paris, Publications de la Sorbonne, 1984, pp. 336.
- COHN Samuel K. jr., *Criminality and the State in Renaissance Florence, 1344-1466*, in: *Journal of Social History*, XIV, 1981, pp. 211-233.
- COLAO Floriana, *Post tenebras spero lucem. La giustizia criminale senese nell'età delle riforme leopoldine*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 322.
- CRAWFORD Richard W., MC KANNA Clare V. Jr., *Crime in California: using State and Local Archives for Crime Research*, in: *Pacific Historical Review*, 55, 1986 (may), pp. 284-295.
- DIEDERIKS Herman, *Patterns of Criminality and Law Enforcement During the*

- Ancien Regime: the Dutch Case*, in: *Criminal Justice History*. An International Annual, I, 1980, pp. 157-174.
- DI SIMPLICIO Oscar, *Archivio o fiction?*, in: *Studi Storici*, XXX, 1989, 3, pp. 747-755.
- FARGE Arlette, *La répression à Paris au XVIII^e siècle*, in: *L'homme et la société*, 67-68, 1983, pp. 51-57.
- FARGE Arlette, *Le goût de l'archive*, Paris, Seuil, 1989, pp. 153
- FRIEDMAN Lawrence M., *Sociology of Law and Legal History*, in: *Sociologia del diritto*, XVI, 1989, n. 2, pp. 7-18.
- GATRELL Valentine Arthur C., LENMAN Bruce, PARKER Geoffrei (edited by), *Crime and the law. The social history of crime in western Europe since 1500*, London, Europa Publications Limited, 1980, pp. XII-381.
- GRENDI Edoardo, *Per lo studio della storia criminale*, in: *Quaderni Storici*, XV, 1980, 44, p. 580.
- GRENDI Edoardo, *Gruppi sociali e crimini (proposta di un fascicolo di Quaderni Storici)*, in: *Quaderni Storici*, XXI, 1986, 61, pp. 311-313.
- GRENDI Edoardo, *Sulla "storia criminale". Risposta a Mario Sbriccoli*, in: *Quaderni Storici*, XXV, 1990, 73, pp. 269-275.
- GROPPI Angela, PELAJA Margherita, *Delitti e loro narrazione*, in: *Percorsi del femminismo e storia delle donne*, Supplemento a: "Donna DWF", XXII, 1982, pp. 108-127.
- HAMMER Carl I. Jr., *Patterns of Homicide in fourteenth-Century Oxford*, in: *Past and Present*, 78, 1978, pp. 3-13
- HAY Douglas, *Property, Authority and the Criminal Law*, in: *D. Hay & oth.*, *Albion's Fatal Tree*, Middlesex, Allen Lane, 1975, pp. 17-63.
- JULIA Santos, *Historia social — sociología histórica*, Madrid, Siglo Veintiuno de España Editores, 1989, pp. 98.
- LACCHE Luigi, *Latrocinium. Giustizia, scienza penale e repressione del banditismo in antico regime*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 426.
- LAMOINE Georges, *Littérature et justice pénale en Angleterre dix-huitième siècle*, Paris, Didier Erudition, 1987, pp. 268.
- LENMAN Bruce, PARKER Geoffrey, *The State, the Community and the Criminal Law in Early Modern Europe*, in Gatrell V.A.C., Lenman B., Parker G., *Crime and the Law. The Social History of Crime in Western Europe since 1500*, London, Europa Publications Ltd, 1980, pp. 11-48.
- LÉVY René, ROBERT Philippe, *Le sociologue et l'histoire pénale*, in: *Annales ESC*, XXXIX, 1984, 2, pp. 400-422.
- LONNI Ada, *Dalla prassi alla norma. Criteri di definizione e di repressione delle azioni proibite (secoli XVIII-XIX)*, in: *Emarginazione, criminalità e devianza in Italia fra '600 e '900*, a cura di A. Pastore e P. Sorcinelli, Milano, Angeli, 1990, pp. 85-101.
- LÜSEBRINK Hans-Jürgen, *Kriminalität und Literatur im Frankreich des 18. Jahrhunderts. Literarische Formen, soziale funktionen und Wissenskonstituenten von Kriminalitätsdarstellung im Zeitalter der Aufklärung*, München-Wien, Oldenbourg Verlag, 1983, pp. XIII-306.

- NICHOLAS D. M., *Crime and Punishment in Fourteenth-Century Ghent*, in: *Revue belge de philologie et d'histoire*, XLVIII, 1970.
- PERROT Michelle, *Premières mesures des faits sociaux: les débuts de la statistique criminelle en France (1787-1830)*, in: I.N.S.E.E., *Pour une histoire de la statistique*, Paris, s.d.(ma 1977), I, pp. 125-137.
- PIKE Ruth, *Crime and Punishment in Sixteenth Century Spain*, in: *The Journal of European Economic History*, 1976, 5, pp. 689-704.
- ROBERT Philippe, *De la "criminologie de la reaction sociale" à une sociologie pénale*, in: *L'Année sociologique*, 1981, 31, pp. 253-283.
- ROBERT Philippe, LÉVY René, *Le sociologue et l'histoire pénale* in: *Annales ESC*, XXXIX, 1984, 2, pp. 400-422.
- ROBERT Philippe, LÉVY René, *Histoire et question pénale*, in: *Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine*, XXXII, 1985, pp. 481-526.
- ROSONI Isabella, *Criminalità e giustizia penale nello Stato pontificio del secolo XIX. Un caso di banditismo rurale*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 249.
- ROSONI Isabella, *Paysans le jour, brigands la nuit. Société de pénurie et criminalité collective dans l'Italie du XIX^e siècle*, in: *Déviance et société*, XIII, 1989, 2, pp. 113-124.
- ROTH Robert, *Histoire pénale, histoire sociale, même débat?*, in: *Déviance et société*, V, 1981, 2, pp. 187-203.
- ROTH Robert, *Évaluation de l'apport des résultats de la recherche historique à la politique criminelle et à la prévision de son évolution compte tenu des changements de contexte social et économique*, in: *La recherche historique sur la criminalité et la justice pénale (6^e Colloque Criminologique)*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1984, pp. 61-84.
- ROULAND Norbert, *Histoire du droit et anthropologie juridique*, in: *Droit et cultures*, 1989, 18, pp. 193-221.
- RÜPING Hinrich, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, München, Verlag C.H.-Beck, 1981, pp. 127.
- SAURER Edith, *Dieci anni di studi austriaci di storia della criminalità e del diritto penale*, in: *Quaderni Storici*, XVII, 1982, 49, pp. 217-225.
- SBRICCOLI Mario, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 400.
- SBRICCOLI Mario, *Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca*, in: *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti di indagine e ipotesi di lavoro. Atti dell'incontro di studio (Firenze, apr. 1985)*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 127-148, [t. II, pp. 1113-1134].
- SBRICCOLI Mario, *Fonti giudiziarie e fonti giuridiche. Riflessioni sulla fase attuale degli studi di storia del crimine e della giustizia criminale*, in: *Studi Storici*, XXIX, 1988, 2, pp. 491-501, [t. II, pp. 1135-1149].
- SHARPE James A., *Judicial punishment in England*, London, Boston, 1990.
- SOMAN Alfred, *Deviance and Criminal Justice in Western Europe, 1600-1800: an Essay in Structure*, in: *Criminal Justice History*, I, 1980, pp. 3-28.
- SPIERENBURG Pieter, *Évaluation des conditions et des principaux problèmes de l'apport de la recherche historique à la compréhension de la criminalité*

et de la justice pénale, in: *La recherche historique sur la criminalité et la justice pénale* (6^e Colloque Criminologique), Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1984, pp. 31-56.

THOMPSON Edward P., *Whigs and Hunters: the Origins of the Black Act*, London, Allen Lane, 1975.

VALLERANI Massimo, *Fonti e studi su istituzioni giudiziarie, giustizia e criminalità nell'Umbria, nelle Marche e nel Lazio del basso medioevo*, in: *Ricerche storiche*, XIX, 1989, 2, pp. 407-428.

VALLERANI Massimo, *Le fonti criminali negli Stati italiani di antico regime*, [Terra del Sole, 11 novembre 1989], in: *Ricerche Storiche*, XX, 1990, fasc. 1, pp. 18-186.

VALLERANI Massimo, *Conflitti e modelli procedurali nel sistema giudiziario comunale*, in: *Società e storia*, XII, 1990, 48, pp. 267-299.

VINEIS Paolo, *Modelli di rischio. Epidemiologia e causalità*, Torino, Einaudi, 1990, pp. 159.

ZORZI Andrea, *Giustizia criminale e criminalità nell'Italia del tardo medioevo: studi e prospettive di ricerca*, in: *Società e storia*, XI, 1989, 46, pp. 923-965.

VOLKMAR HEYEN Erk, (Hrsg.), *Historische Soziologie der Rechtswissenschaft*, [Jus Commune, Sonderhefte 26], Frankfurt am Main, Klostermann, 1986, pp. 302.

ZORZI Andrea, *Recensione a M.Sbriccoli, "Storia del diritto e storia della società"* e Id., *"Fonti giudiziarie e fonti giuridiche"*, in: *Ricerche storiche*, XIX, 1989, 3, pp. 655-661.

Rapports aux Colloques et Conférences de l'IAHCCJ qui relèvent de cette communication.

1978:

CASTAN Nicole et Yves, *Justice locale et malaise répressif; le cas languedocien sous le règne de l'Ordonnance criminelle.*

ROMANI Marzio, *Storia della criminalità e storia sociale: qualche osservazione sul metodo.*

1980:

EVANS Richard J., *In pursuit of the Untertanengeist: Crime, Law and Social Order in 19th-century Germany.*

PERROT Michelle, *Brève histoire de la pénalité en France au XIX^e siècle.*

TUSHNET M., *Major Themes in the History of the Criminal Law in the United States: Some Implications of Methodology.*

VALLAUD Dominique, *Le crime d'infanticide et l'indulgence des Cours d'assises au XIX^e siècle*

1983:

LAMOINE Georges, *Représentation politique de la justice pénale.*

SBRICCOLI Mario, *Un aspect du thème 'Justice et politique' du XVI^e au XIX^e siècle: le droit d'asile.*

1984:

FABER S., Torture in Eighteenth-Century Amsterdam. Both a Means of Investigation and a Species of Punishment.

JANSEN J. C. J., Jews and Criminal Procedure in Limburg in the 18th Century.

LANGBEIN John H., The Abolition of Judicial Torture: Revisiting a Revisionist Thesis.

WALINSKI-KIEHL Robert, Judicial Torture, Confessional Absolutism and Witch-Hunting in Early Modern Germany.

1987:

EGMOND Florike, The organisation of criminal justice in 17 th-18th Century Holland.

EMSLEY Clive, The English Magistracy, 1700-1850.

RANIERI Filippo, Die Juristen im alten Reich, 17.-18. Jahrhundert.

1989:

COLAO Floriana, The political crime in the italian penal system.

MARTUCCI Roberto, Qu'est ce que la lèse nation? A propos du problème de l'infraction politique sous la Constituante (1789-91).

ROUSSEAU Xavier, Sédition urbaine, crime de lèse-majesté, atteinte à la sûreté de l'Etat: trois figures du délit politique (1400-1800).

LE DROIT PÉNAL, LE CRIME ET LA JUSTICE CRIMINELLE ONT UNE HISTOIRE

Ils ne sont pas trop nombreux les secteurs de la recherche historique qui, en tant que tels, sont en mesure de donner une contribution immédiate et directement utilisable à la réflexion empirique et théorique qui se déroule dans les correspondants secteurs de la connaissance contemporaine. Pendant les dix ou quinze dernières années, l'histoire du phénomène criminel et celle de la justice punitive et du droit pénal ont montré cette rare capacité. Le point de vue historique s'est imposé, en tant que clef interprétative, critère de recherche ou principe de vérification, à telle enseigne qu'il est devenu un outil privilégié dans la charpente des sociologues du pénal, des criminologues et des pénalistes qui travaillent dans la perspective de donner profondeur et densité à leurs propres recherches.

Il faut dire que cette branche particulière de la recherche historique ne s'est pas bornée à accroître nos connaissances du terrain qui lui est propre et qui consiste dans la compréhension du passé. Elle a su créer des modèles de reconstitution originaux, en état d'offrir un outil applicable aux recherches contemporaines, en proposant parfois un type *sui generis* d'enquête sur le terrain qui, lorsque les sources étaient suffisantes, adéquates, fiables et bien traitées, ont conduit à des résultats capables de susciter l'envie de tout chercheur engagé dans la réalité contemporaine.

La prospection judiciaire de l'historien est par excellence l'exemple type de toute prospection judiciaire possible, et même la reconstruction historique d'une politique pénale, ou l'évaluation d'une stratégie législative, si elles sont le résultat d'une historiographie habile, peuvent nous proposer un modèle utilisable, et dans

cette mesure elles constituent un précédent de haute garantie scientifique pour le savant « contemporanéiste ». Le fait que l'inverse ne soit pas moins vrai et valable — comme les historiens de la justice criminelle le savent très bien — (dé)montre que la recherche historique est désormais largement intégrée dans les méthodologies d'investigation qui sont particulières aux sciences sociales d'aujourd'hui.

Voilà donc une des raisons qui ont convaincu notre Revue de la nécessité de consacrer un numéro monographique à l'histoire du crime et de la justice criminelle. Il est question, en effet, de prendre acte d'un secteur de nos travaux qui est pour ainsi dire enkysté dans nos études et agit à l'intérieur des parcours productifs de la sociologie criminelle, de la criminologie, du droit pénal, et des stratégies de la justice en général: de la police jusqu'à la prison, en passant par le procès. Mais il s'agit aussi d'encourager un profil particulier de l'histoire criminelle: celui qui privilégie le côté « politique du droit », en faisant du côté « histoire sociale » le socle de sa construction, tandis qu'une autre typologie de la même expérience de recherche historique réduit l'histoire de la criminalité et de sa répression à un pur chapitre de l'histoire du conflit social. L'auteur de ces deux pages d'introduction pense qu'il faudrait mettre bien plus en valeur les sources juridiques: la pensée juridique tout d'abord qui, conjuguée à la loi, produit cette source complexe qui est la source judiciaire (procès plus sentence), et en suite la culture (juridique) des hommes (de culture) qui faisaient (font) matériellement la justice: les fonctionnaires, les avocats, les juges.

Déviance et Société a déjà publié, et assez fréquemment, plusieurs importantes contributions d'ordre historique. Il suffirait de faire référence à l'essai de Malcolm N. Ramsay (1979) qui propose pour la première fois, et d'une façon tout-à-fait convaincante, un lumineux rapport entre la circulation des informations et la « réalité » même du crime, dans le sens moderne de ce concept; de songer aux essais de Cyrille Fijnaut (1980) et de Clive Emsley (1989) sur la naissance des appareils policiers modernes en Europe; à l'article de Roberto Martucci (1990) sur la vision particulière de l'infraction politique qui caractérisa la politique pénale de l'Assemblée Constituante entre 1789 et 1791, ou à celui de Christian Dubuyt (1990), qui nous a donné une perspective nouvelle pour l'évaluation des

origines doctrinales de la pensée criminologique au niveau européen; sans oublier l'admirable problématisation opérée par Nicole Castan (1983) à propos de la justice pénale en France à la fin de l'ancien régime, l'excellente étude de Nicole Dyonet (1987) sur le fonctionnement de la procédure inquisitoire en France au XVIII^e siècle, ou la pénétrante contribution d'Isabella Rosoni (1989) qui a établi, à travers l'analyse d'un rapport historiquement donné entre criminalité et répression, une sorte de loi criminologique qui fixe l'impossible impunité du crime organisé contre les biens dans les sociétés de pénurie; enfin, les réflexions sur les premiers linéaments de la statistique criminelle en Suisse ou en France (1984, 1987), et les mémoires sur quelques-unes des figures fondamentales de l'histoire de la pensée criminologique, tels que Quételet (1984), Manouvrier (1986), Ducpétiaux (1988) ou Rusche (1984).

Dans ce numéro le lecteur trouvera quatre études — trois articles et une actualité bibliographique — unis par une logique, prédominante et commune, d'histoire « urbaine ». Du point de vue chronologique ils couvrent une longue période qui va de la phase communale du Moyen Age italien, jusqu'à nos jours, vu que l'essai de Paolo Pezzino aborde un sujet comme la mafia qui est, par excellence, un sujet dont l'histoire est indissolublement entrelacée à sa réalité contemporaine. Les sources utilisées, et bien sûr les méthodes d'approche, sont très différentes: le réalisme sociologique qui inspire l'esquisse lucide de Barbara Weinberger sur les violences dans les quartiers ouvriers de la Birmingham de la fin du XIX^e, diffère des considérations sur les mentalités, les rituels et les symbolismes qui ont représenté un passage obligé pour Michel Porret, aux prises avec les exécutions capitales dans la Genève du XVIII^e siècle; l'hypothèse construite et développée par Paolo Pezzino sur les nouveaux rôles qu'il faut assigner à l'honneur, à la violence comme langage social, à l'*organisation* de l'activité criminelle, et à la rencontre de tout ceci avec les méthodes (qui passe par une liaison avec le personnel de la politique), propose une perspective inédite dans l'histoire du phénomène criminel; et la revue critique, mêlée à plusieurs éléments de recherche originale, que Andrea Zorzi fait à propos de la justice criminelle dans les villes italiennes à la fin du Moyen Age, est évidemment encore autre chose, du point de vue de la méthode, des buts scientifiques, des résultats acquis.

L'histoire du crime et de la justice criminelle possède, mélangées et valorisées, les différentes qualités et virtualités des ses innombrables sujets potentiels: et c'est justement la richesse de sa veine actuelle dans l'étude du passé qui lui va assurer, probablement, un avenir confortable.

“STORIA DEL DIRITTO ITALIANO”:
ARTICOLAZIONI DISCIPLINARI VECCHIE E NUOVE

La storia del diritto ha sempre avuto, come ogni altro ambito della ricerca sul giuridico, le sue articolazioni metodologiche e scientifiche. Esse ci sono presenti e familiari. Quando però ci spostiamo dal terreno della ricerca a quello dell'uso 'formativo' dei suoi risultati, le articolazioni si fanno disciplinari e diventa meno facile individuare con precisione i termini stessi della discussione alla quale siamo chiamati. Dobbiamo infatti ammettere, ed io per primo non ho difficoltà a confessarlo, un qualche difetto di consuetudine (non pratica, ovviamente, ma teorica e metodologica) con ciò che riguarda gli strumenti, i destinatari e le prospettive dell'insegnamento storico-giuridico. Il livello di riflessione, per non parlare di quello di discussione, che abbiamo avuto nel passato a proposito della didattica della storia del diritto non mi sembra francamente molto alto. Non abbiamo alle spalle punti di riferimento che ci possano in qualche modo guidare, ed ognuno di noi può contare praticamente sulla sua sola esperienza personale, che è molto spesso un'esperienza isolata. Né molto aiuto ci viene dalla riflessione o dall'esperienza degli altri settori disciplinari della facoltà di giurisprudenza, che pure hanno ben poco lavorato — se non mi sbaglio — intorno a metodi, compiti o strategie dell'insegnamento del diritto. Di qui la difficoltà nell'individuare risposte all'altezza dei nostri compiti, dal momento che una lunga inoperosità sul terreno delle metodologie e dei contenuti della didattica ci pone oggi nella condizione di chi è persino sprovvisto di domande adeguate.

Devo dire tuttavia che per quanto riguarda almeno l'*individuazione* dei nostri compiti, alcuni punti fermi sono già nelle indicazioni che Paolo Grossi ci ha dato nell'avviare i nostri lavori: le forme

disciplinari nelle quali può articolarsi la nostra materia, ai fini della formazione degli studenti, fanno parte di un discorso più generale che tende ad individuare *quale didattica* sia necessario costruire, a vantaggio di *quale giurista*. Mentre resta evidente che tutte le nostre riflessioni devono essere convogliate verso un fine strategico più generale, che è quello di garantire alla storia del diritto uno spazio adeguato ai compiti formativi che credo tutti le riconosciamo.

1. Ma veniamo al primo punto. Che cosa significa esattamente ‘articolazioni disciplinari vecchie e nuove’? Credo che si possa affermare, considerando le cose che Raffaele Ajello e Antonio Padoa Schioppa hanno detto prima che parlassi io, che ognuno di noi tende a dare di questa espressione una lettura personale diversa. Alle stesse parole che la compongono, probabilmente, finiamo per dare un significato che non è per tutti lo stesso: perché la scarsa frequentazione che di questi temi abbiamo avuto non è riuscita a far sì che si creasse tra noi almeno un nucleo di termini e di concetti effettivamente comuni. Raffaele Ajello ha insistito soprattutto sui compiti da assegnare alla ricerca, indicando fasi storiche e tematiche che gli sembrano cruciali e irrinunciabili. Antonio Padoa Schioppa ha messo a fuoco più espressamente l’elemento della didattica, considerando però le possibili diversificazioni della nostra disciplina in una prospettiva che non è la stessa che mi accingo ad assumere io.

Cercando di individuare le articolazioni disciplinari della storia del diritto non ho tanto ragionato sulle classiche scansioni interne lungo le quali abbiamo organizzato tradizionalmente lo studio e l’insegnamento della materia (1). Ho pensato piuttosto alle sue articolazioni più recenti, quelle che hanno arricchito — o più semplicemente dilatato — il novero delle discipline che formano quella cosa un po’ logica ed un po’ burocratica che è il raggruppamento. Ho guardato dunque alle ‘nuove materie’ che sono state create — bisogna pensare — per ragioni squisitamente didattiche, posto che, scientificamente parlando, gli ambiti che le configurano

(1) Penso, in estrema semplificazione, alle più frequentate e discusse coppie della nostra tradizione storiografica: medievale / moderno, storia interna / storia esterna, approccio storico / approccio filologico, dottrina / legislazione, storia di istituti / storia locale del diritto, Italia / Europa, e così via.

avevano già una indiscussa esistenza, e non potevano non averla, all'interno della 'Storia del diritto italiano': materia, come sappiamo, 'sconfinata', per cronologia (dal tardo antico fino a ieri), spazio (non solo l'Italia, ma anche l'Europa), contenuti (tutte le branche del diritto), metodologia e problematiche.

Le nuove materie, costruite di solito a partire dalle articolazioni disciplinari proprie del diritto positivo (storia costituzionale, del diritto commerciale, del processo, del penale, ecc.), collegate a fenomeni significativi della storia giuridica (il diritto pubblico degli Stati regionali, i profili istituzionali generali, la codificazione), o misurate su vere e proprie concezioni del diritto (la storia del pensiero giuridico), hanno in qualche modo disaggregato l'*unicum* della storia del diritto, che peraltro *unicum* non era *nella pratica* dell'insegnamento. Esse hanno comunque imposto non soltanto oggetti specifici (disciplinariamente vincolati, almeno in teoria), ma anche un metodo sia pure in parte rinnovato, capace di integrarsi con l'oggetto e le finalità della nuova articolazione e tale da tener conto della sua particolare indicazione didattica.

Non entrerò nel merito di tutte le nuove forme disciplinari assunte dall'insegnamento della storia del diritto. Non posso farlo anche perché manchiamo degli strumenti necessari e non possediamo i dati numerici. Non sappiamo esattamente quante e quali delle nuove discipline storico-giuridiche siano effettivamente attivate nelle diverse sedi, in che misura gli studenti le scelgano nei loro piani di studio, e se poi — una volta che le hanno scelte — frequentino effettivamente i relativi corsi. Ci è quindi difficile pronunciarsi sull'efficacia didattica, allo stato, di queste articolazioni disciplinari. Una delle conseguenze del difetto di riflessione e di dibattito che lamentavo all'inizio sta proprio nella mancanza dei dati materiali, numerici, statistici, che non possediamo, se non limitatamente alla nostra personale esperienza, peraltro impoverita dalla sporadicità dei rapporti che abbiamo tra di noi. Restringerò dunque i miei riferimenti alle situazioni che conosco, non nascondendo i limiti metodologici di questa scelta obbligata.

2. Il secondo punto è quello che mi sembra qualifici più degli altri l'introduzione di Paolo Grossi: quale didattica, certo, e quindi quale ventaglio disciplinare, ma — soprattutto — per quale giurista?

Facciamo tutti le lodi del diritto. Abbiamo sottolineato il suo valore, affermato la sua supremazia, dichiarato la sua ineliminabilità. Mi si consenta di insinuare che il lieve sovrappiù di enfasi che avverto nei nostri toni potrebbe essere rilevato come un piccolo indicatore della crisi che la dimensione giuridica conosce — come crisi di identità o come incertezza d'orientamento — anche all'interno della nostra disciplina. La fondamentale dialettica tra chi concepisce il diritto come un complesso di tecniche da acquisire per far bene una professione e chi lo pensa come la scienza dei giuristi, attraversa evidentemente anche noi. Anche se dovremmo avere imparato ormai che il fatto di non avere complessivamente, nelle facoltà giuridiche, un peso adeguato alla nostra funzione, viene proprio dalla semplificazione che sta sotto lo scontro artificiale e pretestuoso tra addestramento e formazione.

Ma torniamo al punto. Il fine di concorrere alla formazione di un giurista nelle facoltà di giurisprudenza, che è un fine istituzionale, pratico, logico e non rinunciabile, porta con sé naturalmente un problema di valutazione e di definizione: valutazione in ordine a quale didattica, definizione, se posso usare questa espressione, in ordine a quale giurista.

Sono anch'io convinto — e ripeto parole non mie — che « diventare giurista significa acquisire una autonoma visione del mondo sociale, una autonoma mentalità; significa soprattutto acquisire la capacità di ordinare quel mondo secondo una grammatica e una sintassi irripetibili » (2). Una simile acquisizione è evidentemente compatibile con l'addestramento tecnico e con la specializzazione professionale: mentre addestramento e specializzazione non avrebbero senso, o non sarebbero possibili, se non preesistesse una formazione giuridica a base squisitamente scientifica. Una formazione nella quale la parte che sono chiamati a svolgere i giuristi che fanno gli storici si differenzia soltanto per linguaggi, tecniche o metodi, da quella svolta dai giuristi che fanno, poniamo, i privatisti, i costituzionalisti o i processualisti.

Un'impostazione che collega le strategie della didattica all'opzione sulla qualità del giurista che si vuole formare, porta con sé, per

(2) P. GROSSI, *Gli « occhiali » del giurista*, in *Panorami. Riflessioni discussioni e proposte sul diritto e l'amministrazione*, 3, 1991, p. 242.

forza di cose, una riflessione sul diritto come scienza e come esperienza. Ebbene, io sono certo che questo è innanzitutto un problema da storici, un classico compito degli storici. Credo che gli storici siano, tra i giuristi, quelli culturalmente meglio legittimati e metodologicamente meglio attrezzati non dico per avanzare senz'altro la definizione, ma certo per impadronirsi della questione e tenere il bandolo della discussione. Dico questo perché le incertezze che abbiamo oggi sul fenomeno giuridico, la coscienza dello sfiguramento della forma tradizionale dello Stato, la constatazione di un decisivo spostamento di centro (e perdita di confini) nei rapporti tra il pubblico ed il privato, ed in quelli tra privati, l'ingresso nel novero dei valori giuridici fondamentali di categorie non classificabili nel sistema tradizionale, consentono soltanto una risposta che venga dall'analisi storica. Quella che si pretende di dare offrendo certezze tecniche (o, peggio, un dubbio *dressage* professionale) in luogo di riflessioni storiche, è una risposta elusiva, ingannevole e per di più precaria: messa al vento dell'instabilità normativa, degli orientamenti giurisprudenziali, della mutevolezza degli indirizzi dottrinali o più semplicemente dell'evoluzione dei linguaggi tecnici.

3. Il diritto non viene tutto dallo Stato, non sta tutto nella legge, non si risolve tutto nel vigente, non è uniforme, non è unico, non procede lungo un percorso di inarrestabile evoluzione lineare, non è sempre uguale, non ha sempre lo stesso peso in tutte le società e in tutte le esperienze. Non è neanche rinvenibile per intero nel complesso degli insegnamenti attivati nelle facoltà di giurisprudenza. Dico delle ovvietà. Ma posso aggiungere che soltanto gli storici hanno il modo di portare queste riflessioni nell'esperienza didattica e che questo finisce per essere uno dei loro compiti primari: perché nelle facoltà di giurisprudenza non c'è nessun altro che lo storico che possa svolgere questa funzione di riflessione sui limiti, sulle articolazioni, sulle diversità, sulle sovrapposizioni, sulla pluralità del diritto, oltre che delle pratiche giuridiche. Sono profili dell'esperienza che possono essere forniti allo studente solo a patto della loro messa in prospettiva: la complessità e l'ampiezza del fenomeno giuridico, i suoi legami ed i suoi rapporti con la realtà, ovviamente la sua storicità, il suo stare nella lunga durata, il rapporto tra diritto e società. Non che tutto questo sia negato ai nostri colleghi del diritto

vigente. Anzi, i più attenti, ed i più *historisants* tra di essi mettono regolarmente in discussione, e lo fanno soprattutto con noi, il senso della propria tradizione, le trasformazioni della propria scienza, i limiti delle proprie tecniche, per portare la loro riflessione ad un livello più profondo e trovare risposte adeguate alle odierne domande sul diritto. Possono certo farlo anche con gli studenti. Ma nessuno di loro può farlo in modo assoluto e globale: il vincolo posto dai loro specifici compiti didattici (che non possono prescindere dall'addestramento tecnico, da coniugare con quello teorico) costringe la loro riflessione in un ambito disciplinare limitato, negando l'apertura ed il respiro che sono propri del discorso storico.

4. Nasce allora un nuovo interrogativo, rispetto al quale confesso subito di non avere una risposta adeguata. Se agli storici del diritto spettano compiti del genere di quelli indicati qui sopra, non si può non riflettere sul rapporto tra la nostra ricerca scientifica e la nostra didattica. La soluzione che si presenta immediata, la stessa che probabilmente ciascuno di noi pratica, è quella di considerare ricerca scientifica ed esercizio della didattica alla stessa stregua: con la conseguenza di versare semplicemente nella attività didattica il risultato della ricerca scientifica, con una trasfusione di contenuti, di prospettive, di metodi e di fini. È difficile dire se questa operazione sia di per sé corretta.

Da un lato pare evidente che il registro della didattica non è fungibile, di norma, con il registro della ricerca, essendo entrambi portatori di specificità che vanno ben oltre la questione del metodo o delle forme della comunicazione. Se è pacifico, infatti, che i due circuiti — quello scientifico e quello didattico — comportano linguaggi e criteri espositivi oggettivamente differenziati, è anche vero che la complessità strutturale dell'esperienza di ricerca non può (non deve) essere resa integralmente nell'insegnamento. L'impianto, o per così dire l'*armatura* di una ricerca, le sue componenti strumentali e gli apparati che la convalidano, non sono riconvertibili in didattica, né mi sembrano legittimati ad esserlo: posto che il nostro compito è primariamente quello di formare giuristi e non quello di insegnare come si fa la storia del diritto.

Da un altro lato, se i due registri comunicativi non sembrano coincidere, bisogna pur ammettere che ricerca e didattica rispon-

dono in gran parte a logiche comuni e non è pensabile che la seconda possa essere avulsa dalla prima. Del resto, l'individuazione del terreno di indagine, la scelta degli argomenti, la selezione dei modi di approccio, il collegamento con l'esperienza contemporanea o con i problemi giuridici che si vengono aprendo, rappresentano altrettanti terreni comuni che tengono collegate le due fasi e legittimano lo stato di contiguità tra ciò che si studia e ciò che si insegna. Voglio dire, semplificando forse un po', che se si studia una questione — e la si studia in un certo modo — i motivi di quella scelta dovrebbero essere tali da valere, ed essere quindi trasferibili, anche nelle opzioni didattiche. Salvo forse quando ci addentriamo in studi di particolare complessità o strumentalità, che in qualche modo ci allontanano dai problemi giuridici, sia pure larghissimamente intesi (penso alle mille manifestazioni del rapporto tra diritto e società), per confinarci dentro ambiti strettamente ridotti alle fonti, considerate nella loro dimensione documentale (*hardware*, per così dire). Certo, niente impedisce la traslazione in ambito didattico dei nostri studi sui documenti (attribuzioni, tradizione, varianti, restituzione di testi e così via), ma non è questa la storia del diritto alla quale penso quando rifletto sui contenuti e sui metodi della formazione di un giurista destinato ad operare nella società contemporanea.

Un problema aperto, dunque. Se appena si va oltre l'ovvietà, la questione del rapporto tra ricerca ed insegnamento ci si presenta come una questione irrisolta, quasi ancora da impostare sul terreno stesso del metodo. Scontiamo anche in questo, probabilmente, il nostro ritardo; o, più semplicemente, raccogliamo il frutto di una storica sottovalutazione della funzione didattica, messa in ombra dal modo probabilmente non corretto con cui abbiamo sentito ed affermato il primato della ricerca. Un primato indiscutibile, che ha però condotto alla semplicistica convinzione che il docente sia molto meno importante dello scienziato: una convinzione — se posso generalizzare — che ognuno di noi porta con sé, quasi come il risultato di un *imprinting* ricevuto fin dal suo primo avviamento professionale. La sottovalutazione che ne è derivata ci ha convinto (fin da tempi lontani) a non preoccuparci troppo della 'spendibilità' didattica delle nostre ricerche. E non è arbitrario pensare che proprio nella difficile spendibilità, quando si dà il caso, stia uno dei non ultimi motivi, forse, della fase critica che la nostra materia

attraversa da molti anni nel panorama didattico delle facoltà di giurisprudenza.

5. Procedendo oltre nel merito della questione, credo di poter dire, d'accordo con molti, che appare piuttosto logorata e di improbabile successo didattico una storia del diritto intesa come mera storia (esterna) delle fonti. Conosciamo tutti la grande tradizione che legittima e sostiene questo modo di intendere e praticare (nell'insegnamento) la storia del diritto, e tutti le dobbiamo qualcosa. Mi domando, però, quale sia oggi la reale utilità — non dico l'interesse (magari scientifico), ma l'utilità (intendo didattica) — di una storia del diritto che, presentandosi come mera storia di fonti, muova dal Codice Teodosiano (o da qualsiasi altro punto convenzionale) e vada avanti fin dove può arrivare, per far conoscere agli studenti l'esistenza (e grosso modo l'orientamento) di testi, prodotti da giuristi (organizzati in stili produttivi o correnti di pensiero) e da autorità pubbliche (disposte cronologicamente secondo il criterio *precoce/tardivo*), che sarebbero l'antecedente, peraltro remoto, astratto e sconnesso, del sistema normativo vigente.

Questo tipo di storia si legittima, sul piano didattico, come 'storia della tradizione giuridica' e in questo senso le va riconosciuto un fondamento. Vale anche come introduzione o premessa, perché fornisce mezzi di orientamento, vocabolario, punti di riferimento cronologici, ad una didattica che però poi l'oltrepasserà, addentrandosi in altri territori e affrontando contenuti più concreti. Di per sé, e non rapportata ad altro che a sé, la storia (esterna) delle fonti giuridiche rappresenta, se non mi sbaglio, la riduzione della storia del diritto ad una storia di generi letterari, di correnti, di centri, e di fasi, liberamente organizzati in suddivisioni o categorie per lo più mutuata dalla omologa storia di altre branche del pensiero quali la storia della filosofia o quella del pensiero politico; con l'uso — salvo sporadiche varianti — delle periodizzazioni ricevute dalla storia politica o da altre convenzioni storiografiche, oggi per altro messe molto in dubbio e discussione. Sarebbe, essenzialmente, una storia di metodi. Una storia del modo tenuto nella produzione del pensiero e delle norme giuridiche, capace di arricchire la cultura generale degli studenti, ma elusiva di entrambi i versanti possibili della didattica della nostra materia. Del versante che intende la storia del

diritto come storia di principi normativi, di categorie concettuali poste in un divenire progressivo, uniforme e costante: una sorta di *dogmatica in progress*, che si realizza, per esempio, nello studio degli istituti e delle loro trasformazioni successive. Del versante che la intende come storia del *giuridico integrato* — pluralista, io aggiungo, e cercherò di chiarire meglio più avanti —, non evolucionista; una storia del diritto che, tenendo conto di tutte le sue interazioni, non isoli il giuridico; valorizzi la componente ‘pensiero giuridico’, ponendo viva attenzione ai suoi contesti; e non muova dal presupposto che c’è nell’esperienza giuridica un progresso costante, per cui ogni fase della produzione giuridica viene sostituita da un’altra, migliore della precedente, destinata anch’essa ad essere rimpiazzata dalla successiva, secondo una concezione di linearità storica che pure è ben presente nella nostra tradizione storiografica.

6. Un’opzione didattica molto caratterizzata e particolarmente adattabile alla prospettiva di un insegnamento reso attraverso nuove articolazioni disciplinari, sembra quella legata ad una didattica della storia del diritto di taglio, per così dire, ‘dogmatico’. Lo storico, si dice, potrebbe concorrere alla formazione del giurista nelle facoltà di giurisprudenza ricostruendo ed interpretando il *diritto del passato* con la metodologia propria dell’analisi giuridica *tout court*. Egli potrebbe fare esattamente ciò che fanno i suoi colleghi civilisti o processualisti, con la sola variante delle fonti implicate nell’esegesi: storiche le sue, vigenti quelle dei colleghi. Si può infatti ricostruire un istituto, collocarlo nel suo sistema, valutarne la struttura, le implicazioni, la portata ed i diversi profili applicativi, stando interamente ed esclusivamente dentro una prospettiva di analisi tecnica e tutta giuridica, a partire dalle fonti normative proprie dell’epoca indagata. Un’operazione in tutto omologa a quella che si farebbe su fonti vigenti. È appena il caso di osservare che una simile metodologia, criticabile se assolutizzata e praticata ad esclusione di qualsiasi altra, può vantare una forte indicazione se la si contempera con adeguate contestualizzazioni e con il necessario corredo di integrazioni che vadano al di là del giuridico, dandogli concretezza e senso.

La scienza giuridica, ha scritto Pierre Bourdieu (3), così come la

(3) P. BOURDIEU, *La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique*,

concepiscono in particolare gli storici del diritto che identificano ancora la storia del diritto con la storia dello sviluppo interno dei suoi concetti e dei suoi metodi, assume il diritto come un sistema chiuso e autonomo, il cui sviluppo non può essere compreso che secondo la sua dinamica interna. La critica è nota, risalente, e riguarda soprattutto il difetto di confronto (con le pratiche sociali e con gli altri elementi che concorrono alla formazione, all'uso ed alla trasformazione del diritto) che è spesso riscontrabile negli studi di storia giuridica. Essa contiene tuttavia un avvertimento che è bene tenere presente anche quando dalla ricerca si passa all'elaborazione didattica dei suoi risultati.

Anzi, è possibile dire, sulla base di esperienze compiute, che di quella metodologia e di questo avvertimento sono capaci di avvalersi soprattutto le nuove articolazioni disciplinari. Esse, oltre a rispondere ad una esigenza di *specializzazione*, o se si vuole di *razionalizzazione* del territorio francamente troppo vasto che compete alla storia del diritto, inducono di per sé l'elaborazione di metodologie tipiche, rivelando con maggiore evidenza l'opportunità di muovere verso una storia giuridica concepita come storia integrata. È infatti nel momento della scomposizione razionale del grande contenitore 'storia del diritto' che si colgono meglio le implicazioni che l'esperienza giuridica ha con le altre esperienze dell'uomo e della società e, quindi, le connessioni che il diritto ha con le altre scienze umane e sociali. Si configurano allora segmenti disciplinari che avendo per oggetto la storia di un settore, di un grande tema cruciale, o di una fase dell'esperienza giuridica, si danno come nucleo centrale il diritto, e ne elaborano la storia integrandolo a tutti gli elementi culturali e storici senza i quali il diritto resterebbe privo di senso. Un allargamento degli orizzonti che valorizza l'esperienza giuridica e

in *Actes de la Recherche en sciences sociales*, sept. 1986, p. 3. Bourdieu, facendo riferimento alla (kelseniana) « autolimitation de la recherche au seul énoncé des normes juridiques, à l'exclusion de toute donnée historique, psychologique ou sociale, et de toute référence aux fonctions sociales que peut assurer la mise en oeuvre de ces normes », riecheggia le connessioni teoriche e metodologiche tra *diritto e lingua* e si richiama a Saussure, che fonda la sua teoria della lingua « sur la distinction entre la linguistique interne et la linguistique externe, c'est-à-dire sur l'exclusion de toute référence aux conditions historiques, géographiques et sociologiques du fonctionnement de la langue ou de ses transformations ».

rovescia gli elementi della critica tradizionale: il diritto viene rappresentato ed insegnato come sistema autonomo e tuttavia aperto, il cui sviluppo non può essere compreso che secondo una dinamica che lo integra nell'esperienza più vasta delle società che esso regola. Perché se è vero che il diritto ha una sua imprescindibile centralità ed una serie di peculiarità ineliminabili (logiche, concettuali, linguistiche) che esigono tecniche di studio e comunicazione che sono proprie della sua dogmatica e delle sue logiche evolutive interne, è anche vero che le ragioni stesse della sua funzione sfuggono a chi lo esamina, o lo ricostruisce storicamente, senza integrarlo alle coordinate non giuridiche che gli danno senso.

Resto convinto della validità di questa impostazione, se non altro come base per un'utile discussione (tra storici del diritto, con i giuristi, e con gli altri storici), quando si tratta di metodologie di ricerca ⁽⁴⁾. Avanzo l'ipotesi che una storia integrata del fenomeno giuridico possa conseguire anche una più alta resa didattica: non solo perché l'implicazione di categorie extragiuridiche chiarisce e persuade in ordine alla funzione del giuridico nelle società storiche, ma anche perché i relativi campi di riferimento (l'antropologia giuridica, la politica e l'economia, le dinamiche relazionali della vita associata e le fasi culturali) rivestono un'importanza ancora più rilevante nelle società contemporanee. Questo consente all'insegnamento storico di farsi veicolo di una riflessione sul diritto non erudita, non antiquaria, non meramente filologica e non soltanto tecnica; consente, voglio dire, un intervento più efficace, anche se mediato (ma spesso, perciò, più illuminante), sulla educazione del giurista. E posso aggiungere, sulla tenue base della mia esperienza, che una domanda didattica in questo senso esiste e potrebbe essere valorizzata. L'interesse degli studenti verso questi orientamenti mi sembra infatti presente e motivato, forse anche in ragione del fatto che negli insegnamenti di diritto positivo essi sono oberati di tecnicizzazione, di specializzazione e di finalizzazione professionale,

⁽⁴⁾ Mi permetto di rinviare al mio *Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca*, in *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*. Atti dell'incontro di studio (Firenze, 26-27 aprile 1985), a cura di Paolo Grossi, Milano, 1986, pp. 127-148 [t. II, pp. 1113-1134]. In quel saggio queste sintetiche indicazioni sono forse meglio sviluppate e più distesamente motivate.

mentre restano coscienti del fatto che il giurista ha bisogno di complessità e che il diritto non è riducibile alle astrazioni ed alle tecniche.

7. Nel XIX secolo, la storia del diritto nasce ed è accolta nelle facoltà di giurisprudenza come scienza legittimatrice del diritto costituito, inteso come il diritto che è prodotto dallo Stato. Prende in considerazione solo le fonti del diritto ufficiale ed ignora deliberatamente sia i fenomeni giuridici non statali, sia quei fenomeni non giuridici che costituiscono tuttavia i contesti in cui nasce e si sviluppa il diritto ⁽⁵⁾. È questo il nostro carattere originario: una disciplina al servizio della legittimazione del diritto ufficiale. Poi, agli inizi del secolo, a contatto con le correnti positivistiche e con l'affermarsi di metodologie critiche, la storia giuridica provò ad imboccare la via di una storiografia in qualche modo integrata con le altre scienze della società. Visse in quel momento una delle sue stagioni più prestigiose nel concerto delle scienze storiche, quando il metodo economico-giuridico, pur con i limiti che gli conosciamo, orientò la ricerca di storici di grande valore, che non erano giuristi, e che seppero utilmente rapportarsi con la storia giuridica, contribuendo anche a farla. Fu quello uno dei momenti di massimo allontanamento dalla funzione di legittimazione e convalida dello Stato e del suo diritto, e fu anche uno dei momenti di più alto vigore critico della storiografia giuridica, almeno in Italia. Trascorsa quella fase, lo storicismo idealista ci confinò di nuovo nel nostro recinto un po' esoterico, a svolgere una funzione ausiliaria della « grande storia » che, per un verso, non siamo riusciti, o non abbiamo voluto, svolgere noi, mentre per l'altro è stata lasciata cadere dai suoi stessi destinatari. Da tempo, tuttavia, occorre dire, la storia del diritto ha riguadagnato coscienza dei suoi problemi, ha imposto il suo specifico nel panorama della storiografia, ha intavolato con qualche autorevolezza un discorso di confronto nella duplice direzione dei giuristi e degli altri storici.

Oggi, se non sbaglio, ci rendiamo conto che l'allargamento (e, se non mi si fraintende, l'*aggiornamento*) degli oggetti di indagine e, soprattutto, le attenzioni interdisciplinari, aprono uno spazio che, se

⁽⁵⁾ Lo ricorda brevemente N. ARNAUD-DUC, *Les « valeurs » et le « détail »: réflexions sur la pratique de l'histoire du droit*, in *Droit et Société*, 10, 1988, p. 409.

è vitale per la ricerca, è per certi versi pregiudiziale al fine di far (ri)trovare alla storia una specifica funzione nella didattica del diritto. Ed una primaria funzione, in questa prospettiva, spetta proprio alle nuove articolazioni disciplinari, che hanno comportato un naturale allargamento dei nostri terreni di indagine e — nate spesso per questo — hanno condotto ad una specificazione dello sguardo storico che è di per sé una forma di aggiornamento.

8. Tra di esse, la storia penale. Al pari di altre recenti formazioni disciplinari mi pare che rappresenti un esempio abbastanza probante delle indicazioni che sono venute dando fino ad ora. Una prima precisazione mi pare necessaria: parlo di 'recente formazione disciplinare', mentre sappiamo bene che gli storici del diritto praticano da sempre la storia del penale, anche se in questo, come in altri campi della nostra attività, gli interventi, compresi quelli di eccellente livello, sono stati in passato sporadici e occasionali. Ma un campo di studi non è la stessa cosa che un'articolazione disciplinare. Si può dire quindi che solo di recente la storia penale, mentre è ancora impegnata a darsi, nel vivo della ricerca, un suo statuto scientifico, ha avuto modo di misurarsi sul terreno dell'autonomia disciplinare e didattica.

Mi riferisco alla storia penale come ad un campo che comprende la storia del diritto penale ma non si esaurisce in essa, perché nel penale non c'è soltanto il diritto. Ci sono le norme, che sono una cosa diversa e talora assai diversa, ci sono le connessioni con la società, ci sono i valori, gli interessi, le ragioni di allarme, i rapporti con lo Stato, il rapporto tra ordine e garanzia; c'è il controllo sociale, che non è diritto né legislazione, non è sanzione, non è sanzionato, ma ha una importanza straordinaria. Inoltre, malgrado quanto ci siamo abituati a pensare nel presupposto che il penale sia qualcosa di unidimensionale, determinato dalla sua derivazione integralmente statale, la storia penale è in realtà la storia di un'articolata pluralità. Per una lunga fase che arriva fino al momento della sua statalizzazione, il penale mantiene al suo interno elementi privatistici (gli storici cominciano solo ora a lavorare sulla natura sociale e giuridica dei *conflitti*), insieme a caratteri pubblici che però non sono ancora statali ed accanto a connotazioni statali che però non hanno ancora occupato interamente il campo. C'è il processo, ma ci sono forme di giustizia diverse dal processo (modernamente inteso) perché non

hanno come fine l'infrazione di una pena, ma il conseguimento di una vendetta, o una composizione, o un risultato arbitrario che prescinde dalla pena. Elementi di pluralità che, come sappiamo, non si dispongono ordinatamente in una successione nella quale quello più razionale e moderno prende via via il posto di quello più rozzo ed arretrato, ma tutti insieme convivono, si condizionano e si influenzano, facendo della storia penale qualcosa che si concilia a fatica con l'evoluzionismo giuridico⁽⁶⁾. Ponendoci da un altro punto di vista, si può dire che la valorizzazione del pluralismo delle pratiche a scapito del (preteso) susseguirsi ordinato delle regole, risponde alla necessità di passare dalla preminenza delle astrazioni giuridiche rispetto alle vicende storiche, alla preminenza delle vicende storiche rispetto alle astrazioni giuridiche: un buon viatico per il giurista in formazione, volto ad evitare quella forma di perversione che consiste nell'immaginare una priorità ed una onnipotenza del fenomeno giuridico, che non sarebbe, oggi come oggi, un buon insegnamento. Infine c'è il crimine, e c'è la società messa in rapporto con i comportamenti criminali, insieme a tutto ciò che riguarda il processo di criminalizzazione e la formazione della legge penale.

Il versante Stato della storia penale è un versante molto forte, ma il suo arrivo sulla scena è molto più recente di quanto di solito si pensi; la norma penale, dal canto suo, è una norma di forte interesse e la sua evoluzione costituisce un eccellente indicatore della evoluzione dello Stato e dei suoi rapporti con la società. Il penale ed il suo diritto, in senso moderno, si manifestano pienamente quando la dimensione politica diviene abbastanza stabile ed abbastanza autonoma rispetto alle relazioni sociali, da prendere il posto della vittima in un numero sempre crescente di conflitti privati. Si pretende allora che il torto principale non sia quello subito dalla vittima, ma quello inflitto alla pace pubblica, e poi alla società, di cui la politica o il potere si dichiarano rappresentanti e garanti, così come si intende punire ogni più piccola resistenza al monopolio, parimenti rivendicato, dell'uso legittimo della forza. Allo stesso tempo i delitti 'pubblici' abbandonano la sfera forte, ma tuttavia ristretta, della lesa maestà e crescono a misura dell'allargarsi della

⁽⁶⁾ Annotazioni metodologiche che vanno in questa direzione è possibile trovare in N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, Paris, 1988, p. 62 ss.

funzione regolatrice dello Stato. Questo processo di identificazione si svilupperà e si semplificherà fino a realizzare una totale identificazione tra il penale e lo Stato: le mutazioni attuali della sfera penale sono il segno delle mutazioni statali e la sua crisi è indizio della crisi dello Stato contemporaneo. La norma penale ne esce come l'indicatore più forte della crescita e della strutturazione dello Stato, allo stesso modo in cui essa è, per eccellenza, il vettore della sovranità.

Questa rassegna di elementi problematici, relativamente ovvii dal punto di vista scientifico, vuole mostrare le potenzialità didattiche di un'articolazione disciplinare, nella prospettiva della formazione di un giurista non genericamente inteso, ma qualificato da una visione integrata del fenomeno giuridico. Sto quindi insistendo su due punti: la speciale vocazione degli storici a svolgere questa funzione e l'adattabilità a questi fini di settori disciplinari particolarmente sensibili alla pluralità delle dimensioni. In nessuna sede meglio che in quella storica, io credo, è possibile mostrare come gli Stati di diritto hanno giuridicizzato la politica ed hanno costituzionalizzato il potere, o come il dispotismo non abbia conosciuto processi di autolimitazione col mezzo del diritto, e sia da ciò riconoscibile, secondo le regole della dialettica tra potere e garanzia: o, se si vuole, secondo le logiche dello scontro/incontro permanente tra giuristi e potere, che è il rumore di fondo di tutta la lunga storia dei sistemi punitivi.

Siamo alle condizioni fondamentali, o se si vuole alle premesse, della storia penale proiettata nella sua dimensione didattica, ed è appena il caso di dire che sto riflettendo su metodi, senza pensare minimamente a proporre contenuti. In questo tipo di lavoro didattico si coinvolgono, infatti, accanto allo specifico del diritto e della sua trasformazione su base tecnica, la società e i poteri, le istituzioni e le loro politiche, insieme alle culture, le mentalità, i valori, i beni. Si vede bene che ciascuno di questi elementi rappresenta un passaggio metodologico, e che sarebbe banalizzato ed impoverito se venisse assunto come un semplice contenuto del discorso formativo. Siamo in qualche misura, se riesco a farmi capire, sul terreno largamente inteso della *comparazione*, a ragione evocata e sottolineata nella relazione di Antonio Padoa Schioppa.

9. Antonio Manuel Hespanha ha proposto di recente, in un dizionario enciclopedico, una definizione del lemma *Storia del diritto*

che compendia in modo del tutto adeguato i termini nei quali è possibile porre oggi lo statuto scientifico della nostra materia. La Storia del diritto, scrive Hespánha, è quella « Branca della storia che si occupa del diritto, concepito sia come l'insieme delle norme giuridiche prodotte o riconosciute dai poteri 'ufficiali', sia come la pratica normativa spontanea della società o dei gruppi, sia infine come le categorie dottrinali o discorsive dei giuristi scienziati » (7).

È inutile che io dica che questi sono pure i termini, non solo logici, ma anche tematici (termini nel senso di confini), nei quali è possibile porre oggi l'insegnamento storico del diritto nelle facoltà di giurisprudenza. Hespánha aggiunge che « ...i progressi dell'antropologia politica e giuridica hanno prodotto una coscienza acuita della storicità dei paradigmi politici e giuridici della tradizione 'statale' e 'positivista', ed hanno aperto alla storia del diritto le vie di una concezione pluridimensionale (e non crono- o etnocentrica) del potere e del diritto » (8). Si tratta di un modo di indicare le potenzialità della nostra disciplina che mi pare del tutto condivisibile (9) e che dimostra come le innovazioni e gli arricchimenti succedutisi in questi ultimi venti anni abbiano prodotto, tra l'altro, una consonanza di vedute che ha spezzato recinti e schemi. Ormai, il terreno sul quale ci si misura va ben al di là dell'Italia, ed i protagonisti non sono più soltanto storici del diritto 'professionali' ma scienziati diversi, che applicano al fenomeno giuridico le loro diverse competenze. Io credo che questa buona stagione della nostra ricerca corrisponda anche ad una grande occasione per la nostra didattica. Si tratta di trovare gli strumenti operativi, o se si vuole, i veicoli disciplinari per realizzare i passaggi necessari. Alcuni di questi strumenti sono già disponibili e chiedono solo di essere utilizzati in modo adeguato.

(7) A. M. HESPANHA, voce *Histoire du droit*, in *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, dir. da A.-J. Arnaud, Paris-Bruxelles, 1988, p. 172.

(8) A. M. HESPANHA, voce *Histoire du droit*, cit., p. 173.

(9) Nel prosieguo della sua eccellente sintesi, Hespánha indica una serie numerosa di profili diversi sui quali la 'nuova' storia del diritto si è impegnata, allargando considerevolmente il respiro della ricerca e realizzando decisivi collegamenti con importanti correnti storiografiche, politologiche, antropologico-giuridiche e sociologiche della più recente e viva cultura europea.

JALON POUR UNE HISTOIRE
DE LA STATISTIQUE JUDICIAIRE
(IN COLLABORAZIONE CON PHILIPPE ROBERT (*))

... résumer ainsi le thème du numéro spécial que le comité éditorial nous a chargés de présenter, suppose d'entrée quelques précisions terminologiques. On entend judiciaire dans un sens large qui s'étend aux organes d'approvisionnement de la justice — ainsi la police ou le ministère public — comme ceux d'exécution — tels l'administration pénitentiaire ou le service de probation. Que cet ensemble d'articles soit essentiellement centré sur l'histoire de la statistique judiciaire ne doit pas dissimuler que certaines contributions s'attachent plutôt à l'utilisation scientifique de ces données ⁽¹⁾. Enfin, si nous parlons de jalon, c'est pour signifier une nouvelle étape dans une marche qui n'a pas commencé avec ce numéro ⁽²⁾ et qui appellera encore à l'avenir de nouveaux efforts. Tout ceci

(*) Centre national de la recherche scientifique (CNRS), Groupe européen de recherches sur les normativités (GERN) & Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales (CESDIP) Guyancourt (Paris)

⁽¹⁾ C'est probablement pourquoi le comité éditorial a souhaité que cette introduction soit confiée à un historien et à un sociologue.

⁽²⁾ Dans le domaine anglais, on peut relever le rôle joué par Gatrell et Hadden (1972) et par Philips (1977) dans la mobilisation de l'intérêt historien. Dans le domaine français, c'est à Michelle Perrot (1975; 1978) que revient le triple mérite d'avoir appelé l'attention des historiens sur la statistique judiciaire, d'avoir balisé les premiers pas d'une critique de cette source, enfin d'avoir pressenti l'importance de la période préparatoire dont elle remonte le point de départ à 1780. Rappelons encore qu'en 1991, Herbert Reinke avait présidé une table ronde sur l'histoire des statistiques criminelles et la 'construction' du crime lors de la seizième réunion de la Social Science History Association (New Orleans).

précisé, ce bouquet de six contributions nous a semblé propre à faire progresser un chantier cher à *Déviance & Société* (3).

Ces articles proviennent d'un colloque du *Groupe européen de recherches sur les normativités* (GERN) (4) organisé en 1995 avec le concours de l'Université de Louvain (UCL) et des Facultés universitaires Saint-Louis (FUSL) (5), par Bruno Aubusson de Cavarlay, René Lévy, Xavier Rousseaux et Fred Stevens. En fait, René Lévy et Xavier Rousseaux avaient mis sur pied, aux Facultés universitaires Saint Louis, un séminaire de recherche du GERN destiné à scruter les liaisons entre le développement de l'Etat européen moderne et celui du pénal (6). Chemin faisant, ils ont rencontré, ce n'est guère étonnant (7), la statistique judiciaire et ses multiples usages. Ce thème a pris suffisamment d'ampleur pour qu'ils décident de lui consacrer un colloque particulier: voici l'origine de ce numéro spécial (8).

La vocation même du GERN laisse attendre une perspective comparatiste européenne: on n'est pas déçu. En relatant l'origine des statistiques pénales (9) respectivement en Allemagne, en Belgique et en France, Herbert Reinke, Xavier Rousseaux, Fred Stevens, Axel Tixhon et Bruno Aubusson de Cavarlay ne manquent pas de souligner les emprunts, les concurrences, les imitations entre pays

(3) Le premier numéro de la revue ne s'était-il pas ouvert sur une contribution consacrée aux conditions d'utilisation de la statistique criminelle aux fins de recherche (Robert, 1977)?

(4) Ce n'est pas la première fois que le GERN approche ce thème: lors d'un colloque organisé en 1988 avec l'U. Hamburg, le premier atelier était consacré à une confrontation de lectures historique et sociologique sur les statistiques criminelles (Robert, Emsley, 1990); déjà Herbert Reinke y avait pris part.

(5) Il faisait partie d'un programme de recherche en coopération entre le Fonds national de la recherche scientifique (FNRS) et le Centre national de la recherche scientifique (CNRS).

(6) Publié depuis: Lévy, Rousseaux, 1997.

(7) Statistique vient, on s'en souvient, de *statisticus* néologisme latin du XVII^e qui désigne ce qui est relatif à l'Etat.

(8) Toutes les communications ne figurent pas dans ce numéro spécial, soit que leurs auteurs n'aient pu ensuite les mettre par écrit, soit qu'elles aient déjà fait l'objet d'une autre publication.

(9) On regrette évidemment qu'un des maîtres de l'histoire statistique, Alain Desrosières n'ait pas eu le temps de mettre par écrit sa précieuse contribution orale au colloque.

européens au siècle précédent, aussi le rôle de cette internationale européenne que constituent les congrès internationaux de statistique. Evidemment, limitée à trois pays, la fouille n'est pas complète; il lui manque notamment — les trois articles, singulièrement celui de Bruno Aubusson de Cavarlay, en laissent deviner le poids — une historiographie de la statistique anglaise ⁽¹⁰⁾.

Tous trois ont aussi en commun de remettre en cause les actes de naissance officiels de la statistique, ce qui leur permet d'exhumer de précieux prolégomènes. Sans remonter aux balbutiements pré-révolutionnaires ⁽¹¹⁾, Bruno Aubusson de Cavarlay s'attache à rendre justice aux réalisations antérieures à la publication en 1827 du *Compte général de l'administration de la justice criminelle pour 1825*. C'est dans les premières décennies du siècle que lui paraît se situer le moment décisif. Curieusement, son entreprise reçoit une aide précieuse du rapport belge: selon une démarche analogue, Rousseaux, Stevens et Tixhon cherchent à exhumer des préliminaires antérieurs à l'indépendance du royaume et à la constitution d'une autre statistique-modèle; ils parcourent ainsi les périodes française et néerlandaise. Ce faisant, ils produisent, pour le Consulat et l'Empire mais aussi pour le Directoire, des archives qui éclairent souvent, en même temps, les interrogations sur les prolégomènes de la statistique pénale française. Une méfiance analogue envers les actes de naissance officiels conduit Herbert Reinke à analyser les entreprises statistiques antérieures à la proclamation du *Second Reich*, notamment dans le royaume de Bavière ou, plus encore, dans le grand-duché de Bade... ou encore à montrer que les grandes villes produisaient des statistiques policières bien avant la centralisation policière nazie. De la même manière, une contribution relative à l'expérience italienne aurait pu relever l'initiative, assez insolite pour son époque, du grand duc Pietro Leopoldo: dans la phase préparatoire de la réforme de la législation criminelle toscane dite « Leopoldina », il demanda aux tribunaux les comptes des crimes de la période 1762-1782, pour évaluer la politique criminelle et préparer la réforme de la législation pénale. Et l'on aurait pu constater aussi

⁽¹⁰⁾ Egalement en ce sens, voy. *V^o Statistique* in Arnaud, 1993; on y trouvera brièvement rappelés quelques étapes de la statistique anglaise.

⁽¹¹⁾ Voy. p. ex. la monographie de Lecuir (1974) sur l'expérience Montyon.

que, presque dans la même période que pour les régions de l'Europe influencées par l'expérience française, les relevés statistiques toscans sur l'administration de la justice criminelle sont continus et très soignés à partir de 1826 ⁽¹²⁾.

Les trois articles dégagent bien le balancement ou l'articulation entre les deux objectifs concurrents de la statistique judiciaire, photographier l'*état moral* du pays ou constituer pour les gouvernements un outil d'aide à la décision dans la gestion de la justice. Ils font découvrir la complexité des calendriers, aussi leurs particularités nationales: il n'y a pas une période pour la statistique morale, une autre pour la statistique gestionnaire; l'un ou l'autre prend le pas à un moment, puis cède la vedette avant de resurgir éventuellement plus tard; souvent, ils sont intriqués; et même quand l'un des objectifs domine les discours (encore faut-il savoir lesquels; plusieurs peuvent coexister), l'autre peut très bien régir en sous-main les pratiques.

Cette double référence apparaît aussi à travers la contribution de Frédéric Chauvaud: l'une des plus riches initiatives des directeurs du colloque a certainement été de refuser la clôture habituelle à la seule statistique pénale: on peut ainsi apercevoir l'importance, bien oubliée maintenant, de la statistique civile et commerciale au XIX^e siècle. Reprenant la substance de son précieux travail sur l'histoire de la carte judiciaire en France ⁽¹³⁾, Chauvaud montre le rôle que le *cahier bleu* et le *cahier jaune* ont longtemps tenu dans ce débat récurrent.

Si cette contribution tout comme celles de Reinke et de Rousseaux, Stevens et Tixhon appartiennent clairement au genre historique ⁽¹⁴⁾, l'article d'Aubusson de Cavarlay se situe dans un genre différent: sa plongée dans le passé débouche sur des considérations sur la situation présente et ses problèmes, probablement le point

⁽¹²⁾ Voy. Da Passano, 1995.

⁽¹³⁾ Publié depuis in Chauvaud, 1995.

⁽¹⁴⁾ D'où leur attention à la prosopographie et aux remises en contexte. Pour la statistique pénale française, on trouvera un exercice analogue dans la présentation par Perrot et Robert de leur réédition chez Slatkine de la grande rétrospective de 1880 (voy. *Compte général...*, 1989).

d'ancrage de sa contribution. C'est probablement pourquoi, il s'ap-
pesantit moins sur la période classique que sur l'avant 1825 ou
l'après 1900, moins aussi sur les acteurs ⁽¹⁵⁾ ou les contextes que sur
les continuités ou les ruptures. Ce n'est pas à dire qu'il ignore le
risque de sa posture: tout au contraire, il se prémunit violemment
dès le début contre le *présentisme*. Ceci fait, il peut montrer com-
ment l'auto-démantèlement de la statistique judiciaire commence
dans les années '30, même si le recours aux fiches de casier judiciaire
au début des années '50 autorise, autour des années '70, un bref été
indien marqué par un réinvestissement de l'analyse sociologique des
statistiques judiciaires. En fait, ce hara-kiri judiciaire a pour effet
de laisser la place libre pour une mise en hégémonie de la nouvelle
statistique policière dans le débat public. Occasion pour l'auteur de
montrer comment l'usage de cette nouvelle statistique pâtit d'un
enfouissement des procédures qui conditionnent pourtant la saisie
de l'information statistique... autre façon de dire qu'une utilisation
canonique de telles données préconstituées suppose une exhuma-
tion de leurs conditions de production.

La même leçon émerge de l'œuvre de Jack Van Kerckvoorde
telle que Johan Goethals la retrace à travers un *In Memoriam* ⁽¹⁶⁾
non seulement pieux mais aussi instructif. On y voit bien le dilemme
du chercheur qui veut travailler sur des statistiques administratives:
sans cesse tenté de mettre la main à la pâte pour montrer aux
praticiens et aux statisticiens-gestionnaires comment améliorer leurs
systèmes, il finit souvent par se lasser de remonter le rocher de
Sysippe et par rêver de pouvoir enfin travailler sur ses propres
données. Autre leçon: sans avoir disposé souvent de bases empiri-
ques en vraie grandeur, Van Kerckvoorde a pourtant bien mis en
exergue les règles d'une comparaison entre enquêtes — de délin-
quance auto-reportée ou surtout de victimation — et statistiques
administratives: ne pas chercher à superposer l'une à l'autre dans
une recherche d'identité qui rêverait de transformer l'enquête en

⁽¹⁵⁾ S'il s'arrête peu à Arondeau ou à Emile Yvernès, il s'intéresse davantage à Maurice Yvernès.

⁽¹⁶⁾ Le comité de *Déviance & Société* est heureux de pouvoir, par cette publication, s'associer à l'hommage rendu à un collègue dont la riche carrière a été brutalement et prématurément interrompue.

comptable; prendre chaque source pour le point de vue d'un acteur différent; chercher surtout dans leur confrontation des enseignements sur ce qui git dans l'entre-deux: la propension de la victime à informer les autorités, celle de la police à enregistrer plus ou moins systématiquement les signalements, surtout la découverte de la prévalence en dessous de la seule incidence.

Le dernier article ne participe pas davantage que le précédent à la fouille historiographique: dans une contribution qui préfigure sa soutenance d'habilitation, Pierre Tournier détaille quelques principaux résultats de sa spécialité, l'application d'une méthode démographique aux comptages pénitentiaires. Ainsi, un allongement des peines peut, par effet de stock, masquer l'efficacité d'une compression, pourtant forte, du nombre de courtes peines. La statistique européenne dont il a doté le Conseil de l'Europe permet de découvrir l'exemple inverse: pourquoi, de tous les grands pays, la République fédérale est-elle le seul à avoir desserré la pression carcérale dans les années '80? Probablement parce que les longues peines y étaient assez courtes pour ne pas annuler d'emblée les effets d'une raréfaction des courtes peines (ou la dialectique du stock et du flux). Compliquer la procédure de mise en détention provisoire peut réduire le nombre de ces mesures... en détournant le parquet d'y recourir aussi libéralement que devant (ou l'effectivité dissuasive de la norme procédurale). Comment une administration pénitentiaire peut tuer à petit feu la libération conditionnelle, non pas pour lutter contre l'*érosion* des peines, mais pour lui substituer des remises de peines qui laissent davantage les mains libres à l'administration (ou la dialectique de l'administratif et du judiciaire)...

Au total, ce concours d'historiens, de sociologues-statisticiens et de démographes enrichit, à la fois, l'historiographie de la statistique judiciaire et le chantier de son utilisation par les chercheurs.

Bibliographie

ARNAUD A. J., Ed., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Deuxième édition corrigée et augmentée, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Éditions Story-Scientia, 1993.

CHAUVAUD F., *Le juge, le tribun et le comptable; histoire de l'organisation judiciaire entre les pouvoirs, les savoirs et les discours (1789-1930)*, Paris, Anthropos, 1995.

Compte général de l'administration de la justice criminelle en France pendant

l'année 1880 et rapport relatif aux années 1826 à 1880, publié et commenté par Michelle Perrot et Philippe Robert, Genève-Paris, Slatkine, 1989.

- DA PASSANO M., Le statistiche giudiziarie come strumento di politica penale nel Granducato di Toscana, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 1995, 25, 1, 43-58.
- GATRELL V. A. C., HADDEN T. B., Criminal Statistics and Their Interpretation, in WRIGLEY E. A., Ed., *Essays in the Use of Quantitative Methods for the Study of Social Sciences*, Cambridge, Cambridge University Press, 1972, 336-396.
- LECUIR J., Criminalité et moralité; Montyon, statisticien du Parlement de Paris, *Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine*, 1974, juillet-septembre, 445-493.
- PERROT M., Délinquance et système pénitentiaire en France au XIX^e siècle, *Annales ESC*, 1975, 30, 1, 67-93.
- PERROT M., Premières mesures des faits sociaux: les débuts de la statistique criminelle en France (1780-1830), in Coll., *Pour une histoire de la statistique*, Paris, Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE), 1978, 125-139.
- PHILIPS D., *Crime and Authority in Victorian England*, London, Croom Helm/Rowman & Littlefield, 1977.
- ROBERT PH., Les statistiques criminelles et la recherche, réflexion conceptuelle, *Déviance et Société*, 1977, I, 1, 3-28.
- ROBERT PH., EMSLEY C., Eds, *Geschichte und Soziologie des Verbrechens*, Paffenweiler, Centaurus Verlag, 1990.
- ROUSSEAU X., LÉVY R., Eds, *Le pénal dans tous ses Etats; Justice, Etats et sociétés et Europe (XII^e-XX^e siècles)*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1997.

GOBERNAR CASTIGANDO.
FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE E LA STORIA
DEL DIRITTO PENALE MODERNO

Mentre scrivo queste poche riflessioni, ho qui sul mio tavolo i due libri importanti ⁽¹⁾ ed alcuni dei più significativi saggi che Francisco Tomás y Valiente ha dedicato alla storia del diritto penale ⁽²⁾ ed alla metodologia della storia giuridica ⁽³⁾, nei tanti anni del suo attento lavoro. Accanto ad essi stanno la biografia intellet-

⁽¹⁾ *El derecho penal de la Monarquía absoluta. (Siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, 1969, e *La tortura en España*, 2ª ed., Barcelona, 1994.

⁽²⁾ *La prisión por deudas en el derecho castellano y aragonés*, in: *Anuario de Historia del Derecho Español*, 30, 1960, pp. 249-489; *El perdón de la parte ofendida en el derecho penal castellano (siglos XVI-XVII y XVIII)*, in: *Anuario de Historia del Derecho Español*, 31, 1961, pp. 55-114; *Derecho y proceso penal a finales del siglo XVIII: la crítica de Beccaria*, introduzione a: C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Aguilar, 1969, pp. 9-53; *Delincuentes y pecadores*, in: F. TOMÁS Y VALIENTE, B. CLAVERO, A. M. HESPANHA, J. L. BERMEJO, E. GACTO, C. ALVAREZ ALONSO, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza Editorial, 1990, pp. 11-31; *El crimen y pecado contra natura*, in: *Sexo barroco*, cit., pp. 33-55; *El derecho penal como instrumento de gobierno*, in *Estudis. Revista de Historia Moderna*, 22, 1996, pp. 249-262.

⁽³⁾ *Historia del derecho e historia* (1975), in: AA.VV., *Once ensayos sobre la historia*, Madrid, Fundación J. March, 1976, pp. 161-181; *Nuevas orientaciones de la historia del derecho en España*, in: AA.VV., *Estudios de Historia de España. Homenaje a Manuel Tunon de Lara*, Madrid, Ed. Univers. Internac. Menéndez Pelayo, 1981, pp. 607-625; *Escuelas e historiografía en la historia del derecho español (1960-1985)*, in: B. CLAVERO, P. GROSSI, F. TOMÁS Y VALIENTE (a cura di), *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales. Atti dell'incontro di studio (Firenze-Lucca, 25-27 maggio 1989)*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 11-46; *Eduardo de Hinojosa y la historia del derecho en España*, in: *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXIII-LXIV, 1993-1994, pp. 1065-1088; *Historia del derecho e historia*, in: AA.VV., *Once ensayos sobre la historia*, Madrid, 1976, pp. 161-181.

tuale ⁽⁴⁾ che gli ha dedicato Bartolomé Clavero e l'intensa pagina introduttiva ⁽⁵⁾ con cui Paolo Grossi ridelinea la figura del suo amico scomparso, ragionando sulle sue qualità di uomo e di intellettuale e ripercorrendo — senza rinunciare ad un dialogo durato oltre vent'anni — le due salienti fasi della sua opera di storico giurista.

Un modello impegnativo. — Tutto il Tomás di cui so è in queste pagine. Pur avendolo più volte incontrato non l'ho mai veramente conosciuto. E dire che già dal 1971, quando forse non erano ancora nati i suoi rapporti con l'Italia, mentre lavoravo al libro sulla lesa maestà, ebbi con lui un breve scambio epistolare: avevo letto il suo libro dedicato al *Derecho penal de la Monarquía absoluta*, con l'emozione di chi scopre un titolo recente che sembra promettergli confronto, verifiche e idee (respiro, in una parola) per la fatica che ha in corso, per poi accorgermi di avere a che fare con qualcosa che era ben al di là di quanto in concreto mi aspettavo. In quel libro alla lesa maestà si dedicavano poche pagine (ed io ero già abbastanza avanti nella ricerca per trovarvi più conferme che novità), ma alle questioni di sfondo era stato riservato un lavoro ampio, ricco, enormemente articolato per diversità di fonti, per ordine di idee, per ambiti disciplinari implicati, per punti di vista messi in opera, che un po' mi intimidiva. Convinto della bontà di quel modello, sapevo che lo avrei soltanto avvicinato. Alla mia ricostruzione, fatta di fonti dottrinali e di connessioni (mediate dagli intellettuali giuristi) con le ideologie e le politiche degli Stati di età moderna, mancavano infatti i riscontri delle pratiche ⁽⁶⁾, mancavano la casistica e l'articolazione

⁽⁴⁾ B. CLAVERO, *Tomás y Valiente. Una biografía intelectual*, [Biblioteca del Centro di studi per la Storia del pensiero giuridico moderno, n. 47], Milano, 1996.

⁽⁵⁾ P. GROSSI, *Alla ricerca di frammenti di verità (Omaggio a Francisco Tomás y Valiente)*, pagina introduttiva al volume di B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, cit., pp. VII-XXXVI, poi anche in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 25, 1996, pp. 771-799. Io citerò dai *Quaderni*.

⁽⁶⁾ Devo dire che i riscontri con le pratiche, quanto alla lesa maestà, mancano anche nel libro di Tomás. Il fatto è che la lesa maestà è innanzitutto un principio di incriminazione, un modello archetipico dell'intera funzione punitiva nella sua natura politica, è crimine enorme e inconsueto, per di più strutturato da un apparato dottrinale così imponente, massiccio e solenne, da non temere aggiustamenti o distorsioni che possano venire da pratiche svolte nell'ordinario quotidiano della giustizia criminale d'età moderna.

degli stili repressivi nelle diverse esperienze, realtà per realtà. Rimasi molto colpito da quel libro. Per me era, tra l'altro, la conferma della plausibilità di una scelta disciplinare, tematica e cronologica; ed in un momento in cui ancora si lamentava a ragione la riluttanza degli storici del diritto ad occuparsi dell'esperienza penalistica moderna, l'arrivo sulla scena del professore di Salamanca era anche la comparsa di un alleato. Ma su queste riflessioni, più direttamente legate allo storico del penale, avrò modo di tornare un po' più avanti.

Il Tomás che io conosco, dicevo, sta tutto nei suoi scritti. Ma la vicenda tragica che togliendolo a noi lo ha messo nella storia del suo paese, proprio perché testimonia di una complessità infinitamente più grande, mi obbliga a complicare, ben al di là dei libri e dei saggi che ci ha lasciato, l'analisi della sua figura di intellettuale. Essa non può essere ridotta, evidentemente, al suo mestiere di storico del diritto. Del resto, questa prospettiva mi è congeniale: io sono certo che la sua formazione culturale, la funzione intellettuale che egli ha lungamente svolto nella ricerca, nell'insegnamento e nell'impegno profuso come servitore dello Stato sul terreno della costruzione costituzionale e di un'alta e consapevole politica del diritto, abbiano molto pesato nel suo lavoro scientifico, nel modo e nel merito, e che tutto ciò sia riconoscibile, e si manifesti a chi sa vederlo. Tomás incarna, con la sua esperienza tra impegno civile e scienza del diritto, una figura antica, presente provvidenzialmente da secoli sulla scena europea: quella del giurista che svolge la sua funzione nel modo elevato e con l'impegno che i più grandi sanno usare. Un impegno profuso tra cultura e politica, tra tecniche e valori, dentro una strategia di servizio, ma passando per i poteri, con equilibrio e moderazione, coniugando l'indipendenza — che è il requisito della credibilità e del prestigio — con il servizio, che per chi come lui credeva nello Stato è una delle condizioni della dignità.

Devo anche aggiungere che il Tomás che emerge dalle sue pagine da quelle che gli ha dedicato chi lo ha avuto come amico, valutato, meditato e restituito in modo ampio e problematico, a me lettore non appare come un personaggio a tutto tondo. Difficile da collocare in una progressione conseguente o in un ritratto unitario che lo rappresenti per intero, anche se è certo possibile cogliere più di un filo continuo e lineare nella sua biografia. Il giovane studioso che muove i primi passi nella Spagna del franchismo usando *el*

lenguaje diagonal (7) e praticando il *neotacitismo* (8), per testimoniare posizioni di dissenso politico e diffondere in qualche modo elementi di critica al regime, sceglie un terreno ed un tema per il suo libro che gli consente di mantenere tesa la critica (riflessa, ma oggettiva) alle istituzioni autoritarie della Spagna in quella dura fase. Allo stesso modo, il prestigioso professore, negli anni ottanta, dispiegando interamente la sua professione democratica e con una ininterrotta *continuidad moral*, coinvolge nel fervore civile anche la sua sensibilità scientifica: realizza una significativa dislocazione di *focus* dalla storia penale alla storia costituzionale, ed avvia un lavoro con cui avrebbe ancora contribuito alla crescita ed alla maturazione della coscienza culturale del suo paese.

Tutto il libro che a lui ha dedicato Bartolomé Clavero ci restituisce un uomo dalla straordinaria tenuta morale, con un impegno permanente nel senso di una *preocupación constitucional* che sembra aver segnato la sua vita scientifica, vincolandolo ad una *posición constitucional*, perfettamente leggibile già nei tempi difficili, nella sua produzione di storia del diritto penale lungo gli anni sessanta. Ma dal ritratto che ne ha fatto Clavero risulta anche un uomo che si muove lungo le linee del possibile e del praticabile, che coltiva terreni che poi abbandona (lieve, la traccia che il penale, messo per così dire in *background* dopo la caduta del franchismo, lascia persino nella sua opera di storia giuridica più rappresentativa, il *Manual de Historia del Derecho Espanol*, tante volte ripubblicato tra il 1979 ed il 1996), ne coltiva altri che non lascia fruttificare,

(7) Non rinunciò — scrive B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, cit., p. 67, dal quale traggio la citazione — a quello che lui chiamò *el lenguaje diagonal* un linguaggio che a causa della censura obbligava allora a « hablar de lo exterior a España o de lo que nos concierne, pero viniendo desde fuera, para referirse a la España interior, nunca criticada de modo frontal » (F. TOMAS Y VALIENTE, *A orillas del Estado*, Madrid, 1996, p. 203).

(8) « Había escrito los trabajos que entonces quise agrupar en forma de libro poniendo en práctica lo que don Enrique Tierno solía denominar como ‘neotacitismo’. Durante las últimas (nadie aseguraba, sin embargo, que lo fueran) décadas del franquismo era frecuente la estrategia de hablar sobre determinados temas no en presente de indicativo, lo cual era imposible, sino con relación a tiempos pasados. El escritor confiaba en que el lector sabría entenderlo, porque uno y otro eran cómplices que intercambiaban guinos y descifraban claves, por lo demás, muy poco cabalísticas » (F. TOMAS Y VALIENTE, *La tortura en España*, cit., p. 5).

come la lunga e articolata ricerca sulla venalità degli uffici. Un uomo che — emerso per statura morale, culturale e professionale — viene chiamato per servire lo Stato in un'altissima funzione, che torna come è giusto, una volta assolto il suo compito, all'insegnamento universitario che ama e che sente come *vere dignum*, ma che subito medita ancora una volta di lasciare, come se stesse seguendo una linea di condotta di difficile decifrazione, che forse neanche a lui era del tutto palese. Il filo che mai si rompe è nella serietà e nell'elevatezza morale e culturale con cui svolge funzioni e adempie a doveri; ma la figura che ne esce è (per fortuna) diversificata, ineguale, travagliata da scelte, svolte, rinunce e ripensamenti. Si vede in trasparenza la logica dell'impegno civile, o se si preferisce, il segno dell'intelligenza e della vitalità, che obbligano a rinnovarsi, a rivedere convinzioni, a mutare progetti, ad accettare sacrifici, ma si vede anche l'incertezza che nasce dall'essere posti davanti a scelte non facili, tra alternative di eguale valore e dignità. Uomo complesso, personaggio tormentato, come dice Paolo Grossi, impossibile da misurare soltanto a fil di logica ⁽⁹⁾.

Nella lavoro storico tutta questa complessità si trasforma in attenzione per posizioni diverse dalle sue, ampiezza di vedute, capacità di tenere insieme metodi e prospettive disciplinari che arricchiscono i suoi contributi. Non senza qualche momento di eclettismo, forse, più avvertibile negli interventi di tipo metodologico, ma con una costante capacità di tenere fermi gli obiettivi di fondo della sua ricerca.

Il penale, l'età moderna, il XIX secolo. — Nel panorama della storia giuridica spagnola degli anni sessanta e dei primi settanta, Tomás y Valiente appare subito e decisamente come un innovatore. Anzi, per certi aspetti, il suo lavoro storiografico presenta elementi di grande interesse, proprio per la sua virtù innovativa, anche relativamente a quanto si veniva facendo in quegli anni in Italia, in

⁽⁹⁾ « La verità — scrive Paolo Grossi — è che Tomás, personaggio tormentato, si è sempre trovato al centro di valori confliggenti, soprattutto Stato e Università. [...] La coerenza assoluta è propria delle creature mediocri, che non nutrono dubbi e perplessità, che ignorano i tormenti interiori, logoranti ma spiritualmente fertili » (P. GROSSI, *Alla ricerca di frammenti di verità*, cit., pp. 798-799).

Germania, in Austria, oppure — poco, ed ancora per poco — in Francia e nelle altre aree francofone d'Europa.

In primo luogo, egli si dirige su oggetti di studio (che nel suo caso sono interi territori dell'esperienza giuridica) lasciati cadere da tempo, o mai seriamente affrontati dagli storici del diritto, collocati in età moderna e nell'esperienza del secolo XIX⁽¹⁰⁾. Tomás rompe, alla sua maniera⁽¹¹⁾, con il metodo storico giuridico imperante intorno a lui, imperniato su quella che Clavero chiama, a ragione, "filologia autistica"⁽¹²⁾. Si tratta di una maniera educatasi sulla storia giuridica altomedievale e su quella dei primi decenni di vita delle scuole giuridiche, che ha elaborato una straordinaria abilità nel muoversi intorno a fonti scarse, frammentarie, talora di difficile decifrazione. Ne è nata una storiografia delle ricostruzioni congeturali, per loro natura destinate a far oggetto di controversie senza fine, e quindi una sorta di produzione di storia a mezzo di storia, libri da altri libri, con un'eco reciproca tra autori e scuole che si legittimava e conferiva legittimazioni nel rimando scambievole di ipotesi, aggiustamenti, revisioni e puntualizzazioni⁽¹³⁾, tra rinveni-

⁽¹⁰⁾ È fondamentale il suo lavoro *El marco político de la desamortización en España*, Barcelona, 1971, anticipato da uno scritto pubblicato nel 1969. Vi affronta un tornante decisivo della modernizzazione spagnola, concretizzatosi in una serie di riforme dell'assetto proprietario immobiliare tra sette e ottocento (l'abolizione dei maggiorascati, la soppressione della manomorta, in sostanza la defeudalizzazione della proprietà fondiaria, attraverso espropriazione e privatizzazione). Parte dal riformismo agrario di fine Settecento e dalla legislazione *desamortizadora* di Carlo III, per arrivare — attraverso Manuel Godoy, Mendizábal e la *desamortización* dei beni ecclesiastici, agli ultimi provvedimenti di Pascual Madoz del 1855.

⁽¹¹⁾ La sua rottura avviene come fatto reale, in concreto e con le opere, senza manifesti né offensive di sorta, secondo il suo stile. Quando, in un passaggio del suo primo scritto metodologico, che si pubblica nel 1976, descriverà la realtà della storiografia giuridica che si veniva facendo intorno a lui, lo farà con garbo ed equilibrio, lasciando a chi pensasse di sottrarre sé a quel giudizio, la possibilità di farlo: «Suele reprocharse — scriveva in *Historia del derecho e historia*, cit., p. 167 — a la Historia del Derecho [...] erudición estéril, frío formalismo fuera del cual se escapa 'la vida misma', desconexión entre el Derecho y la economía o la 'vida social' o la política, inmutabilidad de las instituciones estudiadas, casi exclusiva dedicación a las fuentes e instituciones medievales. En casi todas estas acusaciones hay una parte de verdad, una indebida generalización y, acaso, una elusión del problema fundamental».

⁽¹²⁾ B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, cit., p. 34.

⁽¹³⁾ «la historia del derecho por lo usuai trabajaba sobre la historia del derecho,

menti di carte e scioglimenti di sigle. Certo, la situazione in cui versava in quegli anni la ricerca storica spagnola non era particolarmente favorevole ad approcci più ariosi e meno autoreferenziali: perché se è vero che Tomás e quelli come lui usavano il linguaggio trasversale e praticavano forme di 'neotacitismo', utilizzando anche metodi e oggetti di studio alla stregua di segnali di fumo (« claves por lo demás muy poco cabalísticas ») con cui trasmettere idee e orientamenti, c'è da comprendere come altri trovassero invece affidamento e rifugio nel comportamento opposto: gli anfratti più remoti della storiografia giuridica sui secoli lontani, la filologia applicata a frustoli e frammenti, il cuocersi « en el propio caldo de lecturas y relecturas, teorías y contrateorías »! (14), non mettevano al rischio di cadere, magari senza saperlo, nel temuto e da essi deprecato discorso indiretto.

La frattura che Tomás produce a fronte di tutto ciò, ha ragione Clavero nel sottolinearlo, si realizza quindi innanzitutto spostando la ricerca su epoche assai più documentate e quel tanto vicine da permettere l'istaurazione di un qualche rapporto con il presente; si concretizza poi con la scelta di terreni di indagine e di oggetti di studio che abbiano dietro problemi storici veri, questioni di portata adeguata, che consentano alla storia del giuridico di offrire un contributo non soltanto specialistico, settoriale, o magari strumentale, alla conoscenza storica nel suo insieme.

È partendo da questi contesti ed in questa prospettiva, che Tomás y Valiente affronta la questione chiave della politica penale dello Stato moderno in Spagna. La integra nella storia delle ideologie, rapportandola alla particolare fase di sviluppo che il penale come scienza giuridica conosce nei secoli XVI-XVII, assumendola infine come uno strumento fondamentale per l'esercizio pratico del potere di governo. Rispetto ad un'epoca nella quale, più che in qualsiasi altra fase della storia recente, il penale non era altro che *gobernar castigando* (15).

quiero decir, unos autores repitiendo y modulando o revisando y rechazando lo que decían otros » (B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, cit., p. 34).

(14) B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, cit., p. 34.

(15) « Gobernar castigando, esa es la finalidad de la Ley Penal, del Derecho Penal. Y éstos son los que yo creo presupuestos ideológicos, teológicos de los cuales arranca esa

Un metodo integrato. — In secondo luogo, egli si dà un metodo di lavoro integrato, che tiene rigorosamente insieme lo studio, la ricostruzione e lo svelamento delle tecniche giuridiche nella loro escogitazione ed evoluzione (*conceptos, mecanismos, instituciones*, nel linguaggio di Tomás) con le ragioni politiche o ideologiche connesse a quelle tecniche e con gli effetti storici che le seguono. Lo studio che parte dalle fonti giuridiche ha per lui, costantemente questi ambiti di riferimento: il contesto colto nelle dinamiche che precedono, l'oggetto giuridico particolare, gli esiti visti nelle dinamiche che seguiranno; e quando il complesso delle fonti giuridiche non si mostra sufficiente per dare all'analisi tutto il respiro necessario, occorre allargare lo sguardo e il discorso. Gli archivi divengono il luogo obbligato per avere risposte, così come il dialogo con le altre scienze dell'uomo e della società può fornire idee, contesti, e magari altre domande. Una integrazione che comprende dunque, e necessariamente, l'implicazione di aree culturali diverse, e talora francamente lontane, dalla storia del giuridico inteso strettamente; che comporta grande apertura e disponibilità verso la ricerca storica che si svolge fuori dagli ambiti dello specialismo e dello specifico; soprattutto, un'idea di storia integrata che insieme a tutto questo coinvolga costantemente il presente: la coscienza del presente, la critica del presente, la trasformazione del presente ⁽¹⁶⁾.

Certo, dette oggi, queste cose hanno un sapore trito, e sembrano declamare in ritardo una litania di formule ormai fin troppo risaputa. Provo qualche imbarazzo in queste ripetizioni. Occorre dire, però, che in quegli anni le cose stavano in modo radicalmente diverso. Certamente erano assai diverse in Spagna, e la cosa è scritta nella biografia di Tomás, al quale la testimonianza scientifica, insieme a quella civile, procurò attacchi radicali che arrivarono fino a chiedere la sua espulsione dall'Università. Peraltro, quelle che oggi sembrano posizioni condivise (da molti, mi pare, non ancora da tutti), lo sono diventate per l'opera di innovazione ed apertura che storici come lui, in Spagna e altrove, Italia compresa, hanno avviato

dura y dolorosa ley penal » (F. TOMAS Y VALIENTE, *El derecho penal como instrumento de gobierno*, cit., p. 262).

⁽¹⁶⁾ Una bella pagina, sul rapporto tra coscienza del presente e conoscenza del passato in Tomás, sta in P. GROSSI, *Alla ricerca di frammenti di verità*, cit., p. 788.

a partire dagli ultimi anni sessanta, per poi proseguirla con un impegno che ha pur dato qualche risultato.

Le basi culturali di un progetto di ricerca storica. — Infine, terzo punto distintivo, la produzione storiografica di Tomás y Valiente riposa su una costante tensione 'constitucional' (17), che gli viene principalmente dal fatto di avere legato indissolubilmente dentro di sé il lavoro scientifico alle sue convinzioni civili. Colpiscono due sue affermazioni: la *connexión* tra la storia che si vive e la storia che si scrive (18); la *razon critica*, da esercitare nella ricerca, ma da mettere in opera anche nell'insegnamento, quando ciò che si insegna prende per forza di cose il segno di una pedagogia che non può non essere anche pedagogia civile. Alla prima è collegato non soltanto il suo modo di fare storia, ma la ragione stessa che lo spinge a farla. La storia, e quindi anche la storia del giuridico, che di essa è « una especialidad » (19), non è altro che un modo di concorrere all'analisi e quindi alla conoscenza della *realidad como problema*, delle società in cui il giuridico viene prodotto ed opera, oltre che alla conoscenza delle forme giuridiche con cui la società si regge e si organizza.

La storia del diritto, ha scritto (20), contiene due parti che non corrispondono ad una reale divisione del suo oggetto, ma a due prospettive complementari: la storia dei modi di creazione del diritto e la storia degli istituti giuridici. L'espressione 'modi di creazione del diritto', « de claras resonancias marxianas, la tome sin embargo de Kelsen »: gli viene da Kelsen, ma non la usa alla maniera kelseniana,

(17) Trovo difficilmente traducibile il termine spagnolo *constitucional*, che mi sembra molto più ricco di sfumature e allusioni rispetto al suo calco italiano. Nel termine spagnolo (così come arricchito dall'uso politico, credo, più che da quello scientifico) c'è un implicito che rimanda con forza alla libertà, ai diritti dei cittadini, al sistema democratico, che li ingloba nel loro valore, trasportandoli con sé nel suo potere espressivo. Per farmi capire forse meglio, posso dire che talvolta, come in alcune sue occorrenze nel libro di Clavero che ne fa un larghissimo uso, *constitucional* suona semplicemente come sinonimo di *democratico*, talaltra come prossimo a *costituzionalmente garantito*.

(18) In concreto, rivendica un rapporto con la politica, che non deve essere aggirato (si veda il riferimento garbatamente critico al diverso orientamento di Garcia-Gallo in F. TOMAS Y VALIENTE, *Historia del derecho e historia*, cit., p. 164).

(19) F. TOMAS Y VALIENTE, *Historia del derecho e historia*, cit., p. 166.

(20) F. TOMAS Y VALIENTE, *Nuevas orientaciones*, cit., p. 623.

perché non intende lasciar fuori « los sectores o momentos políticos, económicos, ideológicos etc. de la realidad social que pesan sobre el sistema jurídico y lo conforman »⁽²¹⁾; si direbbe una prospettiva gramsciana⁽²²⁾, avvalorata dallo sviluppo del ragionamento, che sottolinea come l'espressione 'modo di creazione del diritto' si presti felicemente ad integrare il fenomeno giuridico nelle società globalmente intese, e ad accentuare la correlazione tra il diritto e la totalità sociale⁽²³⁾.

Nella formazione di Tomás sono confluiti elementi diversi che egli ha mediato, ha sottoposto a critica, ha accolto in parte e rielaborato con forte intuito delle componenti caduche, forte senso del nocciolo delle questioni, equilibrio nelle ricomposizioni, moderazione nelle scelte, ragionevolezza, riconoscimento delle ragioni altrui. Tutto ha passato ad un vaglio decisivo: quello del rifiuto delle rigidità dogmatiche e delle ortodossie. Così è stato per il marxismo, del quale ha messo a frutto con intelligenza e misura la non ignorabile lezione; così con gli insegnamenti venuti dalla scuola delle *Annales*⁽²⁴⁾, della quale ha probabilmente condiviso l'attenzione per fenomeni che non sono tutti perfettamente riconducibili al nesso reciproco che lega Stato e diritto, cogliendo anche il valore di

(21) F. TOMAS Y VALIENTE, *Nuevas orientaciones*, cit., p. 624.

(22) Che Gramsci non sia estraneo al suo orizzonte culturale e forse anche alla sua riflessione in quegli ultimi anni settanta, sembra indicato anche da una allusione presente nella sua messinese *Lectio magistralis*, cit., p. 276.

(23) Per non parlare di sé, Tomás fa parlare, in quella occasione, Benjamin Gonzales Alonso, che stava per pubblicare nei *Quaderni fiorentini* un commento all'edizione 1979 del suo *Manual de Historia del Derecho Español*: « ... el concepto 'modo de creación del Derecho' permite no sólo desbordar la consideración de los aspectos puramente normativos de Derecho, sino trascender el fenómeno jurídico en su conjunto e integrarlo en la globalidad social. Si al aludir al sistema jurídico se está postulando implícitamente la coherencia interna del Derecho, al construir un modo de creación del Derecho se pone el acento en la correlación entre el Derecho y la totalidad social » (B. GONZALEZ ALONSO, *Algunas consideraciones sobre la Historia del Derecho Español* (A proposito de Francisco Tomás Y Valiente, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1979, in: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 10, 1981, p. 372).

(24) Per aver letto tanti dei suoi scritti, credo di poter dire che la triade *Économies, Sociétés, Civilisation* che la rivista ha avuto nella sua testata fino al 1993, gli fosse abbastanza congeniale.

apertura e 'liberazione' della storiografia, per così dire il *respiro*, che quella tendenza ha restituito alla ricerca storica, liberandola dall'ipoteca che positivismo, idealismo e materialismo storico avevano messo su di essa, l'uno in conflitto con l'altro. Ma sopra a tutto, egli sembra aver praticato lo spirito libero del ricercatore che non si vincola né a preconcetti né a scopi, che opera con il suo metodo critico realistico, che tiene fermi l'ordine e la razionalità degli approcci ed agisce sapendo di essere parte della storia che scrive, in quanto essa è parte (radice, premessa, contesto) della storia stessa che egli vive.

La storia del penale. Diritto, potere, ideologie. — È stato già sottolineato il primo evidente senso che assume la scelta del penale come terreno d'indagine nel Tomás che muove i suoi primi passi di studioso durante gli anni di stagnazione culturale dell'ultimo franchismo. Clavero vi ha visto la prima manifestazione di un interesse 'costitucional' che sarebbe stato il filo conduttore di tutta la sua produzione di scienziato. La materia trattata nel *Derecho penal de la Monarquía absoluta* era la più congeniale alle « posiciones constitucionales primeras de Tomás y Valiente »⁽²⁵⁾ soprattutto perché « la historiografía de derecho penal importa a una cuestión de garantías que, como derechos, resulta mas específicamente constitucional »⁽²⁶⁾. D'altro canto « L'afflato morale che lo spinge a compiere atti ardimentosi contro la dittatura — ha scritto Paolo Grossi — è lo stesso che lo preme a scegliere come oggetto di ricerca non un innocuo tema neutrale ma delitti, pene, tortura, Inquisizione, che lo sollecita a tradurre Beccaria, che lo porta a consigliare come contenuto della dissertazione dottorale di una allieva l'istituto scottante del delitto politico »⁽²⁷⁾.

Entrambe queste osservazioni hanno fondamento, e muovono, come facilmente si avverte, dallo stesso nodo di fondo: in Tomás y Valiente l'attrazione per le aree problematiche a forte contenuto politico, nelle quali si dimostrano insieme la storicità del giuridico e la sua integrazione nel nodo di culture, valori e interessi di cui sono

(25) B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, cit., p. 37.

(26) B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, cit., p. 34.

(27) P. GROSSI, *Alla ricerca di frammenti di verità*, cit., p. 787.

fatte le società moderne, nasce da una tensione civile che deve essere considerata il *prius* costante di tutte le sue scelte. E la storia del penale in tempo di opposizione, come la storia costituzionale in tempo di costruzione, corrispondono in modo omologo a quella tensione.

Ma la storia del penale, più ancora di quella costituzionale, deve fare i conti con il momento strettamente giuridico, e seppure collocabile dentro un quadrilatero formato da Stato, potere, ideologie e politica, non può sfuggire ad una *componente tecnica* provvista di una sua speciale autonomia: il modo di creazione del diritto penale non risponde soltanto a logiche puramente politiche, perché proprio per ottenere l'efficacia che si domanda alla norma penale, essa deve essere costruita in riferimento a regole tecniche e principi giuridici che sfuggono ai criteri dell'utile, del contingente e dell'opportuno. Nella creazione della legge penale, questo è il punto, il diritto fa da strumento, e lo strumento va usato secondo l'indicazione che è sua, e secondo la logica che lo regge. Però, se io non sbaglio, su questo aspetto particolare della questione "diritto e politica" Tomás è pronto a praticare il principio ma sembra riluttante ad affermarlo. Forse teme l'insidia, sempre pronta a riapparire, che vorrebbe il diritto come strumento neutro, nell'intento di mettere al riparo dalla valutazione politica gli effetti che attraverso esso si producono; o forse vuole evitare una sottovalutazione storiografica dei contesti, delle ideologie e degli interessi, che finirebbe per sottrarre alla storia del penale il suo carattere "de signo constitucional". Preferisce così valorizzare negli enunciati il versante funzionale del diritto, che è quello che consente di *entender*, di capire: « il diritto non è mai una realtà autonoma, per se stesso. Il diritto è ciò che è, in funzione di una serie di convincimenti e di una serie di interessi: convincimenti dai quali muove, interessi in conflitto che cerca di risolvere: *y si non entendemos esto non entendemos nada* »⁽²⁸⁾.

Tutto ciò non toglie che nel suo approccio alla storia del penale egli sia sempre partito dal diritto, dal dato tecnico, per poi constatare, una volta entrato nel concreto, che esso trasforma in effetti la

⁽²⁸⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *El derecho penal como instrumento de gobierno*, cit., p. 250.

sua funzione: « Derecho es tècnica, si; pero es tambièn poder, poder organizado y limitado, pero poder. Y los conceptos iuridicos no son vagas y estèriles lucubraciones, sino instrumentos de enorme eficacia operativa. Los juristas los pensaron y los emplearon desde situaciones concretas. La Historia de la ciencia juridica debe estar tan enraizada en la realidad social en que surgió y duró como la Historia de las instituciones » (29). O ancora: affrontando lo studio dei problemi fondamentali della legislazione penale, della dottrina criminalistica e della politica penale sotto la Monarchia assoluta nel tempo che va dalla fine del Quattrocento agli inizi del secolo scorso, egli si pone subito da un punto di vista che tiene presenti i contesti che necessariamente caratterizzano il sistema penale in un'esperienza unitaria, ed a suo modo integrale, come quella di età moderna in Castiglia.

Già nell'introduzione viene ricordando al lettore che i principi dottrinali e giuridici del diritto penale moderno dipendevano in gran parte da esigenze di indole politica o da convinzioni [« creencias, en el sentido orteguiano »] nelle quali tutti erano immersi in quelle società (alcune di tipo religioso, altre di tipo filosofico), o dalla loro particolare struttura socioeconomica. Ma erano altrettanto legate, specifica e sottolinea, all'evoluzione della scienza del diritto, alle sue peculiari caratteristiche intrinseche, al modo in cui la tradizione romanistica era interpretata e si stava sviluppando nei secoli XVI o XVII (30). Del resto, al suo primo esordio, Tomás aveva adottato una visione storico giuridica tesa ad aggregare dati complessi, secondo un metodo che (alla stregua della storia penale allora praticata) non esito a considerare autenticamente innovativo, e nettamente precoce rispetto a quanto si sarebbe cominciato a fare, anche fuori dalla Spagna, solo molti anni dopo: « El termino Derecho hay que entenderlo aqui no sólo como el mero conjunto de las normas penales de la época; con él aludo al mismo tiempo al juego vivo que con tales normas forman la práctica judicial, la doctrina de los autores, las situaciones de hecho provocadas por las mismas normas, y las instituciones penales y aun penitenciarias » (31).

(29) F. TOMAS Y VALIENTE, *Historia del derecho e historia*, cit., p. 175-176.

(30) F. TOMAS Y VALIENTE, *El derecho penal de la Monarquía absoluta*, p. 15-16.

(31) F. TOMAS Y VALIENTE, *El perdón de la parte ofendida en el Derecho penal*

Quelle indicazioni, poste all'inizio dell'opera quasi a stabilire le coordinate di riferimento per un percorso che sarebbe stato lineare, ma anche molto articolato, fanno emergere quattro elementi sopra a tutti gli altri. Il primo riguarda la stretta connessione tra il sistema penale praticato nel Reinado de los Reyes Católicos e la loro politica di assunzione assoluta di una *iurisdictio* che continuava ad essere diffusa e troppo frammentata, anche sul punto fondamentale del potere di punire.

Il secondo concerne la logica di produzione e sviluppo del penale, individuabile nella funzione della dottrina criminalistica, di impianto romanista e di forte debito italiano, ma resa *sui generis* da un marcato teologismo che finirà per imprimere un carattere stabile al sistema penale, rendendo problematica la sua modernizzazione, anche nella fase del riformismo settecentesco. L'attenzione a questo aspetto dello sviluppo del penale in Spagna resterà costante nell'opera di Tomás. Basterà fare riferimento al fatto che non solo nelle sue analisi, ma anche nel suo interesse per particolari oggetti storiografici, nel solco — si direbbe — di una rilevabile tradizione giuridica spagnola ⁽³²⁾ un ruolo notevole è assegnato al rapporto tra crimine e peccato ⁽³³⁾. Troviamo in lui una costante valorizzazione del ragionamento a base teologica e dell'argomentazione che se ne può trarre ⁽³⁴⁾. Notiamo una sistematica attenzione all'ipoteca fatta

castellano (siglos XVI, XVII y XVIII, in: *Anuario de Historia del Derecho Español*, 31, 1961, p. 57.

⁽³²⁾ Per tutti, E. DE HINOJOSA, *Influencia que tuvieron en el Derecho Publico de su Patria y singularmente en el Derecho Penal los filósofos y teólogos Españoles anteriores a nuestro siglo*, in: *Obras*, Madrid, 1948, I, spc. p. 121 ss.

⁽³³⁾ Tale rapporto, già individuato come contesto per la comprensione degli elementi che integrano la nozione di delitto in *El derecho penal de la Monarquía absoluta*, cit., p. 219 ss., è più direttamente affrontato nello scritto *Delincuentes y pecadores*, cit., ma anche in *El crimen y pecado contra natura*, cit.; infine è vigorosamente ripreso come chiave di lettura primaria delle ideologie penali (spagnole) di età moderna nello scritto *El derecho penal como instrumento de gobierno*, cit., p. 250 ss. (« No hay en la concepción de la Teología Moral y el Derecho Penal una separación entre pecado y delito, sino todo lo contrario, una simbiosis. La mayoría de las conductas que son delito son delito porque son pecado » (p. 252).

⁽³⁴⁾ A Párraces, un villaggio della provincia di Segovia, nel 1650, una invasione di cavallette dà luogo ad uno dei non infrequenti processi ad animali che è dato incontrare nella storia penale dell'età moderna. La prevedibile condanna all'esilio di quei distruttivi

gravare dalla teologia morale sul sistema dell'incriminazione e sull'intero diritto penale sostanziale ⁽³⁵⁾ (teoria della legge penale, sua obbligatorietà — la legge penale giusta obbliga in coscienza, secondo l'insegnamento dei teologi giuristi —, il diritto di punire, la teoria dei fini della pena). Vediamo un frequente ricorrere al parallelismo tra legge penale e legge divina ⁽³⁶⁾.

Il terzo sta nella descrizione del fenomeno criminale presente lungo tutto il periodo esaminato, fondata su sondaggi archivistici ⁽³⁷⁾ sulla interpretazione in termini di politica penale della legislazione prodotta e su fonti diverse (*Noticias, Avisos*, atti di Consigli) che conferiscono una apertura alla ricerca, insolita allora ed assai raramente

ortoterri viene motivata con una violazione dell'ordine naturale che finisce per colpire le anime del purgatorio (« ... se castiga a las langostas, a los saltamontes, precisamente por lo mismo que se castiga a la muerte en la hoguera a las personas, porque alteran el orden naturai. Las cosechas estàn para que crezcan, Dios ha puesto las cosechas para que crezcan y si vienen las langostas y se las comen, pues, mire usted, se altera el orden naturai, pero no sólo se altera el orden naturai de aquí abajo, en està miserable tierra, sino que se altera también el orden naturai de las almas del purgatorio. Porque si la cosecha se pierde, los lobriegos no venden el trigo, non ganan dinero, no pueden pagar sufragios, no pueden pagar misas y las pobres almas del purgatorio alla que se estàn, por culpa de las langostas. Y eso no puede ser, estaria bueno. Hay que sacar las almas del purgatorio, para lo cual hay que decir misas, para lo cual los curas tienen que cobrar las misas, para lo cual los lobriegos tienen que vender la mies, para lo cual la mies tiene que crecer, para lo cual la langosta no se la puede comer, porque si se la comen se acaba el orden naturai de las cosas » (F. TOMAS Y VALIENTE, *El derecho penal como instrumento de gobierno*, cit., p. 253).

⁽³⁵⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *El derecho penal de la Monarquía absoluta*, cit., p. 85 ss. Ma si veda anche *El derecho penal como instrumento de gobierno*, cit., p. 250.

⁽³⁶⁾ Dio è legislatore, giudice e giustiziere, alla stessa stregua delle autorità politiche: la legge penale rispetcia la legge divina perché soprattutto essa, più che la civile, deve osservare l'ordine naturale stabilito per le società terrene (come per tutto il creato): F. TOMAS Y VALIENTE, *El derecho penal como instrumento de gobierno*, cit., pp. 251-252.

⁽³⁷⁾ Una corposa appendice contiene documentazione processuale di vario genere: verbali di interrogatorio peri tortura di grande interesse, processi informativi, perizie, atti di indagine, sentenze, concessioni di indulto, memorie di condannati, elementi di legislazione, ed una significativa prammatica di Filippo II, del 1566 "Sobre los vagamundos, ladrones, blasphemos, rufianes, testigos falsos, inducidos y casados dos vezes". Chi ha confidenza con gli studi di storia delle devianze avverte la 'precocità' di questi interessi rispetto al loro affermarsi — fino a degenerare in moda e maniera — a partire dalla seconda metà degli anni settanta.

praticata poi, almeno dagli storici del diritto. Si tratta, in effetti, della inattesa anticipazione di una linea metodologica che verrà messa a punto molti anni più tardi da quel settore della storia criminale che si rivelerà più sensibile al ruolo avuto dal dispiegarsi del pieno potere giudiziario degli Stati, nella stessa affermazione di una questione criminale in Europa. Nella sperimentazione precorritrice di Tomás ci sono certamente frammentarietà, incertezza di disegno metodologico e qualche ingenuità; ma essa ci dice anche della sorprendente sensibilità che quel giovane storico, operante in una realtà allora culturalmente appartata, per non dire isolata, in un contesto disciplinare tutto concentrato sulla sua 'filologia autistica', era in grado di mettere in campo. Le sue letture e le sue incursioni culturali al di là dei Pirenei, fecondate dall'intelligenza e dall'acutezza di sguardo, davano frutti di cui oggi, a così grande distanza di tempo, è ancora possibile riconoscere l'originalità ed apprezzare l'importanza.

Il quarto, infine, consiste in una analisi attenta di categorie ed istituti penalistici, esaminati non soltanto nella loro forma dottrinale e teorica, così come elaborata dai giuristi della scuola spagnola (che pure sono largamente implicati ⁽³⁸⁾), ma valutati soprattutto a partire dalla legislazione regia, in conseguenza del peso che quest'ultima ha avuto nella creazione e nel pratico funzionamento di quel sistema punitivo. Vengono individuati, per così dire, i progressi tecnici ed il maturare di alcune categorie penalistiche chiave che trasformano il penale nella faticosa direzione di una sua modernizzazione, predisponendolo ad una fase più esplicitamente 'constitucional', che Tomás sfiora appena ponendola però in un progetto di ulteriore ricerca del quale dirò tra poco. La nozione di delitto, gli istituti del tentativo, del mandato criminoso, del concorso di persone nel reato (visto nella chiave classica della nozione di 'complicità'), del favoreggiamento, vengono indagati nella loro dinamica dottrinale e legislativa, insieme a nozioni 'sensibili', quanto al potere modernizzante del nuovo diritto, quali la responsabilità penale, il dolo, la colpa, il caso fortuito. Infine la pena: il sistema delle pene arbitrarie e la maturazione di una nuova funzione del giudice nel processo, il rapporto della pena con i diversi

⁽³⁸⁾ Diego Covarrubias, Antonio Gomez, Alfonso de Castro, Lorenzo Matheu i Sanz e molti altri minori, ricorrono spesso e sono accuratamente commentati, circostanziati, precisati nel loro pensiero e nel senso dei loro contributi, lungo tutto l'arco del lavoro.

gradi di responsabilità e la questione dell'uguaglianza dei soggetti davanti alla legge penale, che costituisce in tutta evidenza uno dei tornanti decisivi del riformismo penale preborghese.

Non si tratta di cose da poco. Nel *Derecho penal de la Monarquía absoluta* si trovano, distese o *in nuce*, premesse ed elaborazioni di storia penale integrata che solo anni più tardi verranno emulate dalla storiografia giuridica ed istituzionale a scala europea. Occorre però aggiungere che malgrado il suo valore indiscutibile, quella ricerca finì per avere un ruolo ed un peso del tutto inadeguati rispetto alla storiografia giuridica ed istituzionale (ed anche riguardo ad alcuni settori della storia criminale che avrebbero potuto metterne a frutto più di una anticipazione), restando (se non vedo male) secondaria in Spagna e sostanzialmente ignorata nel resto d'Europa. Solo qualche cenno bibliografico da parte di chi si trovava ad evocare il penale dell'età moderna in Castiglia e nessun riferimento da parte, soprattutto, di quegli storici (spesso non giuristi) delle istituzioni degli Stati moderni che hanno fatto delle politiche criminali, penali e giudiziarie di quegli Stati il loro terreno di ricerca principale.

La tortura. Dal lenguaje diagonal al discurso directo. — Quando nel 1973 Tomás pubblicò per la prima volta la sua raccolta di saggi sulla tortura, non era nuovo né al tema ⁽³⁹⁾ né — se posso dire — al genere di operazione, intesa a far riflettere sulla questione della repressione nella Spagna dell'ultimo franchismo, affrontando il tema più classico, suggestivo e imponente, della giustizia arbitraria degli antichi regimi. Ma la tortura non è argomento che possa essere affrontato per vie traverse, o con giochi di specchio che rimandino dal passato al presente, là dove ancora accade che si pratici: che si pratici non, be-

⁽³⁹⁾ Lo scritto *La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España*, pubblicato negli *Anales de la Universidad de la Laguna. Facultad de Derecho*, 1, 1963-64, pp. 23-59, risale a dieci anni prima, ed altri due articoli (*Teoría y Práctica de la tortura judicial en las obras de Lorenzo Matheu i Sanz, 1618-1680*, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, 41, 1971, pp. 439-485, e *La tortura judicial y sus posibles supervivencias*, in: *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971, pp. 125-142) erano già usciti quando venne pubblicata la raccolta dell'editore Ariel (che li comprendeva, ovviamente tutti e tre, insieme all'introduzione all'edizione di Beccaria del 1969 e ad un commento ad alcuni testi e documenti — uno dei quali già pubblicato nella Appendice del *Derecho penal de la Monarquía absoluta* — intitolato *De la práctica del tormento*).

ninteso, come legittimo ed ordinario mezzo previsto dall'ordinamento, ma di fatto, in modo risaputo e tollerato (il che equivale ad 'autorizzato'), da parte delle polizie ufficiali o di squadre o corpi di azione che vengono lasciati o fatti operare al solo scopo di consentire alle pubbliche autorità di trarsi fuori all'occorrenza. La recente storia d'Europa, non solo quella di tante parti del mondo di oggi e di appena ieri, ci dice che la realtà della tortura è ancora viva, presente, e ci riguarda.

Visto così, quello sulla tortura non è mai un discorso indiretto. Affrontarlo in termini storici in un paese in cui la tortura si pratica, vuol dire affrontarlo a tutti gli effetti. Tomás lo fa, ed in qualche misura svelando le sue reali intenzioni, lo fa da storico politico, molto più che da storico giurista. La tortura che emerge dalle sue pagine è la stessa di cui parlava Beccaria: mezzo contrario al principio di umanità, strumento che azzera il livello di civiltà della giustizia criminale, capace di aggiungere vessatorio arbitrio anche alla più brutale delle repressioni, inammissibile anche nella più drammatica delle emergenze. Ed oltre a tutto questo, lo sappiamo, anche mezzo inefficace, inadatto a produrre comunque giustizia e verità, inaffidabile e quindi inutilmente (e quindi assurdamente) barbarico. È questo il messaggio che le pagine di Tomás vogliono fare arrivare a coloro che le leggeranno: un sistema politico che pratici o lasci praticare la tortura non ha scuse, è sistema rozzo ed efferato, va inesorabilmente avversato. Il messaggio è ovviamente implicito, ma il discorso è diretto, perché l'oggetto parla da sé.

Anche nel taglio adottato per l'analisi strettamente storica dell'istituto Tomás sceglie la prospettiva classica, valorizzando il profilo umanitario e quello che ne denuncia l'irrazionalità. Non la affronta a partire dalla sua pretesa originaria, che era quella di *eruerе veritatem* al servizio di un processo pensato nella prospettiva della *veritas*, e non avverte il valore che pure quell'istituto ha avuto — già mentre era operante — quale paradossale tramite capace di insinuare nel processo penale un iniziale nucleo del principio di garanzia ⁽⁴⁰⁾. La sua analisi procede piuttosto in termini di storia politica:

⁽⁴⁰⁾ A me è capitato di avviare una riflessione su questo punto nello scritto 'Tormentum idest torquere mentem'. *Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell'Italia comunale*, in: *La parola all'accusato*, a cura di J.-C. MAIRE VIGUEUR e A. PARAVICINI BAGLIANI, Palermo, 1991, pp. 17-32 [t. I, pp. 111-128].

relaziona la pratica della tortura alla maggiore o minore forza dei regimi monarchici, la mette in connessione con i limiti che un potere autorevole deve essere capace di imporre a se stesso: « ... en último termino el problema de la tortura es éste: el del límite del poder político » (41). Lì stanno il ruolo e il compito del diritto. I mezzi giuridici immaginabili per combattere possibili pratiche di tortura, aggiunge (42) toccano il fondamento stesso del diritto, e riposano per un verso in tante altre limitazioni del potere esecutivo e, per l'altro, nella conseguente e correlativa difesa di altrettante garanzie o diritti individuali.

È nell'ordinamento penale, e soprattutto nell'intelaiatura dei procedimenti, che Tomás vede una occasione per muovere in direzione della modernizzazione e democratizzazione del sistema politico spagnolo. Si tratta, nel suo disegno, di recuperare i principi del diritto penale liberale, dentro un sistema costituzionale garantito. « El Derecho Penal del Estado liberal — aveva scritto solo due anni prima di quella conferenza — fue más justo, más técnico, menos severo que el de la Monarquía absoluta. Naturalmente siguió habiendo unos “delitos políticos”, tan duramente perseguidos por el nuevo Estado como antes los *crimina laesae Maiestatis humanae* por el soberano absoluto; y por supuesto, la nueva clase dominante, la burguesía, utilizó también en su favor la nueva legislación punitiva. Pero aun en estos aspectos, los menos “confesables” de todo sistema jurídico, la dureza de la ley penal fue menor que la de siglos anteriores. Y al margen de ellos, la ley penal del Estado liberal protegió la pacífica convivencia en sociedad de manera menos opresiva, reduciendo el catálogo de delitos, disminuyendo la crueldad de las penas, mejorando el aparato técnico-jurídico de la época anterior, ocupándose no sólo del delito sino del delincuente... » (43). Il *paradigma della rivoluzione borghese* emerge qui come in tutta la fase degli studi di Tomás, che va dal primo impegno nella storia del

(41) F. TOMAS Y VALIENTE, *La tortura judicial y sus posibles supervivencias* (conferenza, 1971), in: *La tortura en España*, Barcelona, 2ª ed., 1994, p. 234.

(42) F. TOMAS Y VALIENTE, *La tortura judicial y sus posibles supervivencias*, cit, p. 234.

(43) F. TOMAS Y VALIENTE, *El derecho penal de la Monarquía absoluta*, cit., p. 408.

penale ⁽⁴⁴⁾ fino alla metà degli anni settanta. È essa che implicitamente guida i suoi ragionamenti sul diritto penale di antico regime, misurato sugli esiti settecenteschi della sua progressiva trasformazione, quella che suggerisce tema e svolgimento del lavoro sulla *desamortización*, quella che lo conduce ad occuparsi di tortura, tema emblematico del passaggio dall'arbitrio alla legalità, dalla tirannide alla garanzia.

Il progetto di un percorso di ricerca. — Le brevi considerazioni sul diritto penale dello Stato liberale borghese citate qui sopra sono una specie di ponte gettato tra l'ultima pagina del libro pubblicato nel 1969 e l'impegno scientifico e civile che egli vedeva davanti a sé. In quella stessa pagina aveva espresso il proposito di studiare il diritto penale liberale ed i delitti politici. « El estudio del *Derecho Penal del Estado liberal* — aveva scritto — tanto en cuanto a sus delitos comunes como a los políticos, es otro capítulo de la Historia del Derecho Penal en España. Capítulo aún no escrito y cuya elaboración tal vez emprenda yo mismo algún día » ⁽⁴⁵⁾.

Quel proposito non venne effettivamente coltivato. A motivo, si può forse immaginare, del percorso scientifico e di vita che lo vide allontanarsi dalla storia del diritto spagnolo per assumere un ruolo di protagonista nel Tribunal Constitucional del Regno di Spagna, e per orientarsi poi, una volta conclusa quell'esperienza, verso gli studi di storia costituzionale. Ma anche in ragione, credo si possa dire, delle mutate condizioni politiche della Spagna dopo il 1975, che gli facevano sentire in altri termini, e, se posso dire, su altri fronti, la necessità di testimoniare nella ricerca scientifica un orientamento 'constitucional' ⁽⁴⁶⁾ e le aspirazioni democratiche (ma anche le

⁽⁴⁴⁾ Penso ai due primi scritti di storia del diritto penale: *La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés*, in: *Anuario de Historia del Derecho Español*, 30, 1960, pp. 249-489, ed *El perdón de la parte ofendida en el Derecho penal castellano*, 1961, cit.

⁽⁴⁵⁾ *Ibidem*, corsivi miei.

⁽⁴⁶⁾ B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, cit., p. 34 ss. Clavero lascia intendere un implicito nella sua ricostruzione del tragitto scientifico e civile di Tomás, che vedrebbe il suo interesse per la storia del diritto penale negli anni sessanta come il più rilevante incunabolo del suo orientamento verso la storia costituzionale negli anni novanta: quasi il solo modo concesso in quegli anni lontani e difficili di produrre una storia giuridica che fosse al tempo stesso politicamente sensibile, rivolta verso le istituzioni, adatta ad un robusto discorso indiretto e quindi capace di svolgere funzione formativa per gli altri, e di testimonianza quanto a sé.

urgenze di svecchiamento ed apertura culturale) che si portava dentro, coltivandole con le sue letture, i suoi studi, le sue frequentazioni ideali. Tuttavia, se queste sono ipotesi ragionevoli per spiegare il fatto che egli non abbia dato seguito a quei suoi progetti, resta da riflettere sui motivi che lo spingevano a prefigurare in quel modo il prosieguo delle sue ricerche, mentre usciva, alla fine degli anni sessanta, dal lavoro dedicato al sistema penale casigliano dell'età moderna.

Per uno storico del penale, il percorso che, muovendo dallo studio dell'esperienza assolutistica di antico regime, approda alla vicenda dello Stato liberale, passando per i reati politici, risponde ad una logica facilmente individuabile ⁽⁴⁷⁾. Le questioni coinvolte si legano alla maturazione di un diritto penale che attinge, *attraverso la crescita tecnica* e poi con l'adozione di *politiche penali* connesse allo sviluppo degli Stati, livelli sempre più consapevoli nella direzione dell'*incivilimento* e della *costituzionalizzazione* (uso l'espressione nel senso che le dà Tomás), per poi assumere — a partire dalla fase liberale, dentro lo Stato di diritto — una sua specifica centralità nella vita istituzionale e nel governo della società.

Quella centralità, come ho avuto modo di dire in altre occasioni ⁽⁴⁸⁾, deriva dalla qualità e dall'importanza delle questioni che,

⁽⁴⁷⁾ Avverto qui il rischio di una identificazione o di uno scambio. Nella mia esperienza di studioso ha preso forma un itinerario di ricerca del tutto omologo a quello prefigurato da Tomás: prima l'analisi delle teorie penali delle monarchie assolute — per usare l'espressione di Tomás — indagate nel loro nucleo politicamente più esplicito, il *crimen laesae maiestatis*; poi la riflessione sui reati politici nella dottrina penalistica del XIX secolo; infine quella sul diritto penale liberale, entrambe compendiate poi nel saggio sulla *Penalistica civile*, che è del 1990. Occorre dire, però, che contesti assai differenti, orientamenti culturali vicini ma non sovrapponibili, opzioni metodologiche segnate da diverse sensibilità, rendono assai dubbioso ogni raffronto. Quelle che sembrano omologie sono talora analogismi impropri, e finiscono per essere significative di nulla. Il che non mi impedisce, tuttavia, di avvertire come singolare e suggestivo questo itinerario parallelo (soltanto virtuale, peraltro, trattandosi di un quale che sia percorso di ricerca, paragonato ad un proposito espresso da poche parole); e non mi impedisce inoltre — nel momento in cui rifletto sul Tomás storico del penale, ricostruendo e valutando — di percepirlo come un rischio.

⁽⁴⁸⁾ Si possono vedere: M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale, 1883-1912*, in: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, III-IV, 1974-75, I, p. 563

muovendo dalla maturazione dello Stato moderno tra XVI e XVII secolo, attraversano progressivamente l'esperienza penale, intesa, nella sua globalità, come dimensione normativa che ha bisogno di forte legittimazione e come dimensione operativa (nella amministrazione della giustizia e dell'ordine) che è determinata dalle scelte delle classi dirigenti e proprietarie.

È così che le norme penali e quelle processuali, le pratiche della prevenzione e quelle della punizione, l'efficienza del sistema punitivo e la sua credibilità, si collocano al centro del rapporto tra autorità, classi, formazioni sociali e individui. Esse si rapportano alla libertà dei soggetti stabilendone gli ambiti, il livello, la qualità; si intrecciano con i loro interessi, avendo la peculiare capacità di stabilire i livelli di protezione giuridica e potendo quindi imporre nella società una scala gerarchica dei beni e dei valori presidiati che, mentre viene presentata come naturale, razionale e rivolta all'utile generale, rispecchia in realtà, consolidandoli, i rapporti di potere esistenti.

In meno parole, la centralità del sistema penale che sempre più si va delineando dal XVIII secolo in poi, sta nel fatto che proprio quel sistema condiziona in gran parte il profilo della libertà individuale, è la sede della sua garanzia, stabilisce la qualità della giustizia ed il livello della sua 'civiltà', delimita con le politiche di ordine pubblico lo spazio in cui può svolgersi ogni attività politicamente rilevante. Esso è, infine, decisivo vettore della modernizzazione nei sistemi liberali e democratici: quando si è posto mano a rinnovamenti rilevanti nella vita delle società, specie negli ultimi due secoli, si è trattato anche di rifare o magari abolire congegni penali, particolari reati, determinate sanzioni. Ogni elevamento del grado di civiltà della vita associata è passato — e spesso ancor oggi deve passare — attraverso cambiamenti, non sempre facili, delle regole che afferiscono alla dimensione penale dell'ordinamento.

È dunque nella logica di questo ordine di idee che io credo vada ricercata la ragione di quel lontano progetto di Tomás. Non soltanto un naturale sviluppo delle sue « posiciones constitucionales prime-

ss. [t. II, p. 825 ss.], e *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in: *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. SCHIAVONE, Bari, Laterza, 1990, p. 152 ss. [t. II, p. 499 ss.].

ras », ma un esercizio obbligatorio, se posso dire, per lui che voleva continuare, sul terreno della storia penale, un'indagine tesa ad andare oltre gli stretti limiti di una storia meramente giuridica. Se il fine era quello di contribuire alla comprensione più profonda del rapporto tra Stato e società, dentro le complicate dinamiche del sistema politico, del pensiero e degli ordinamenti giuridici nuovi, il passaggio non poteva che prevedere lo studio del diritto penale dello Stato liberale e quello del nodo forse più significativo di quella esperienza, rappresentato dalla questione dei reati politici.

« La preoccupazione per i diritti fondamentali — ha detto una volta Tomás ⁽⁴⁹⁾ —, per le loro garanzie tecniche, per la loro efficacia e per l'espansione del numero dei diritti, e soprattutto del numero dei loro beneficiari effettivi è indissociabile dalla preoccupazione per lo Stato democratico del nostro tempo ». Poco più che un'ovvietà, si direbbe, nella luce della cultura politica di questa fine di millennio. Minore è l'ovvietà se un pensiero come questo accompagna lo storico della questione penale che sa cogliere di essa l'intera e reale portata. Qui sta la 'logica facilmente individuabile' di cui dicevo poc'anzi: quel disegno di ricostruzione storiografica ha come base la convinzione che ciò che ancora oggi è oggetto di una *preoccupazione*, nella lunga fase storica avviata dal riformismo giuridico-politico del XVII e XVIII secolo, e che non sembra tuttora compiuta, è stato in gran parte individuato nella costituzionalizzazione del penale. Il fine è quello di rendere sicura la dimensione penale, nel duplice versante delle prerogative dei cittadini e delle necessità della giustizia: le libertà insieme alla legalità, l'ordine e la sicurezza insieme alla tutela dei diritti dei singoli. Un cammino dalla lunga storia: si è presentato all'inizio come un'intuizione filosofica, poi come esigenza morale prima ancora che giuridica; ha assunto quindi forma tecnica, ha cominciato a realizzarsi politicamente, ha preso parzialmente ed imperfettamente a compiersi, è stato contrastato, fatto occasione di conflitti ideali e di battaglie civili, ha visto, e vede ancora, le sue conquiste messe in perenne discussione.

⁽⁴⁹⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *Lectio magistralis* detta in occasione del conferimento della Laurea Honoris Causa, Università di Messina, 1993, in: *Enunciazione e giustizia-bilità dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali europee. Profili storici e comparatistici*, a cura di A. ROMANO, Milano, 1994, pp. 277-278.

Dalla storia penale alla storia costituzionale. — C'è dunque in Tomás l'idea che il penale fosse uno dei luoghi giuridici primari dell'affermazione dei nuovi ordinamenti borghesi e che nel penale fosse presente *in nuce* un decisivo nucleo di diritti che, unito al complesso dei diritti politici e di cittadinanza, avrebbe costituito le basi di una nuova fase costituzionale. Lo spostamento del suo interesse dalla storia penale alla storia costituzionale (così come largamente argomentato, ma si può dire dimostrato, nella monografia di Clavero) si pone dunque nel segno della continuità, ed è il frutto di quella rara capacità che consente ad alcuni di mutare il punto di osservazione per mettere in luce nuovi oggetti storici, prima appena visibili. Un impegno, quello che stava ponendo nella storia costituzionale, inteso forse anche a riempire un vuoto di storiografia, così come aveva già fatto un quarto di secolo prima, ponendosi a colmare lacune nella storiografia del penale.

Il percorso sembra essere quello che va dallo Stato assolutista precostituzionale allo Stato liberale costituzionale, per giungere allo Stato democratico, in una progressiva « remodelación de un Estado ya existente », che passa attraverso oggetti di rilevante spessore storico quali autorità e legittimità, cittadinanza e garanzia, diritto e diritti. Il paradigma della rivoluzione borghese, chiave della storia penale, si muta nel paradigma della riforma costituzionale (Clavero).

La questione di fondo diviene quella della dislocazione dei poteri, della loro imputazione e della nuova direzione che progressivamente assume il loro procedere. E aggiungo: cede il presupposto fondamentale (che si attenua persino sul terreno della storia penale) della *unicità del potere*: i poteri, come i diritti, sono molti, articolati, diffusi. E se la pluralità dei diritti ha dettato la cifra della storia giuridica e istituzionale delle rivoluzioni borghesi e dello Stato liberale, la pluralità dei poteri si avvia a segnare quella della riforma costituzionale. Una fondamentale idea lockiana esce dall'ombra in cui è stata tenuta per tanto tempo e va a prendersi il posto che le compete.

Tomás y Valiente non ha avuto il tempo di precisare il suo percorso. È caduto in ragione della sua testimonianza, in termini di *continuidad moral* e di *integridad personal* — se riesco a farmi capire — proprio sul terreno della riforma costituzionale, intorno alla quale elaborava e propugnava soluzioni nuove. Ma quel percorso risulta

da anticipazioni e segni di facile interpretazione; e per quanto riguarda il piccolo punto di vista particolare nel quale mi sono messo io per riflettere sulla sua opera, le parole chiave sono quattro: diritti, garanzia, creazione politica, Stato.

I *diritti* vengono declinati al plurale (*derechos en plural* — dicesi —, *esto es, [los] derechos que las gentes tienen*), hanno la virtù di trasfigurare la nozione stessa di *diritto*, hanno un potere costitutivo nei confronti dello Stato. C'è una reale e radicale svolta tra la fase precostituzionale e quella costituzionale, particolarmente evidente se si guarda all'esperienza del diritto penale, riassumibile nella formula stretta “dalla legge ai diritti”⁽⁵⁰⁾. Quanto alla garanzia, complemento dei diritti, non può che riposare sullo Stato: essa è funzione conseguente della identità tra lo Stato e i diritti, mediante il diritto⁽⁵¹⁾. Questa connessione di diritto, diritti e Stato esprime il pensiero reale di Tomás, quello maturato, acquisito, tante volte espresso: « Non si può pensare ai diritti fondamentali senza pensare allo Stato, — ha detto ancora in tempi non lontani (era il marzo del 1993) — né rafforzare quelli senza rafforzare lo Stato. L'imprescindibile ed ineludibile paradosso consiste nel fatto che per rendere realtà quei diritti umani dichiarati per e nei confronti dello Stato, è necessario lo Stato. Lo Stato crea Diritto e deve rispettare e garantire i diritti, ma senza lo Stato non esistono né il Diritto né i diritti: c'è soltanto il caos »⁽⁵²⁾.

Ma la sua maturazione si era forse spinta più oltre. Bartolomé Clavero, in un gioco sottilissimo di ricostruzioni tra il documentato ed il congetturale, ricomponendo abbozzi ed appunti trovati tra le

⁽⁵⁰⁾ Non senza motivo Tomás osservava, in uno tra gli ultimi interventi che ha avuto modo di fare (era il settembre del 1995), che se fosse dovuto tornare a scrivere *El derecho penal de la Monarquía absoluta* non lo avrebbe intitolato più *El derecho penal*, ma piuttosto *Le ley penal*: anche perché, aggiungeva, « hablar de Derecho, sobre todo en el contexto de los oídos que ahora entienden esa palabra, *hablar de Derecho conduce a entender también el hablar de derechos en plural, esto es, de derechos que las gentes tienen* [corsivo mio], y el sistema penal del Antiguo Régimen estaba compuesto por un binomio que era la ley penal y el proceso penal, indisolubles entre sí puesto que el Derecho Penal o la ley penal sólo se aplica, sólo actúa a través de un proceso » (F. TOMAS Y VALIENTE, *El derecho penal como instrumento de gobierno*, cit., p. 249).

⁽⁵¹⁾ B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, cit., p. 289.

⁽⁵²⁾ F. TOMAS Y VALIENTE, *Lectio magistralis*, cit., p. 275.

sue carte, decifrando spie e valorizzando indizi, instaura con Tomás una singolare trattativa, in fondo alla quale si ritiene autorizzato ad ipotizzare che si stesse realizzando in lui (o si potesse realizzare) una sorta di rovesciamento: sono i diritti a ‘causare’ lo Stato, e lo Stato si deve ai diritti⁽⁵³⁾; « ... sabemos — conviene Clavero — que Tomás y Valiente formula lo primero menos nitidamente que lo segundo »⁽⁵⁴⁾, ma è tuttavia corretto presumere dagli impliciti, dilatando espressioni che nell’opera di Tomás appaiono da ultimo e sono per lui nuove⁽⁵⁵⁾. Si potrebbe allora ipotizzare uno Stato costituito a partire dai diritti (diritti di libertà, diritti politici, diritti civili), tale da esistere per difenderli, certificarli e garantirli, e non più — come nell’altra prospettiva — costruito per stabilirli e governarli. In una visione come questa, lo Stato è strumento artificiale, creato per tutelare e promuovere i diritti che gli preesistono e che danno ad esso esistenza e forma al solo scopo di ottenerne presidio e garanzia⁽⁵⁶⁾. Uno Stato di mera creazione politica, dunque, che sposta sui diritti l’intero asse costituzionale.

Se il quadro fosse effettivamente questo, si interromperebbe la continuità di ricerca che tiene uniti lo storico penale delle origini ed il costituzionalista degli esiti: il penale, da quando nella sua vicenda storica ha incontrato le libertà e le garanzie, da quando si è posto come esperienza giuridica centrale nelle esperienze costituzionali moderne, è sempre stato incardinato nello Stato produttore di diritti attraverso il diritto. Un rovesciamento della ‘natura’ dello Stato comporterebbe una sua radicale rifondazione. Dubito che Francisco Tomás y Valiente si muovesse effettivamente in questa direzione.

⁽⁵³⁾ B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, cit., p. 288 ss.

⁽⁵⁴⁾ B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, cit., p. 289.

⁽⁵⁵⁾ « Habría que analizar el papel de las declaraciones de derechos, entendidos como límites al poder del Estado, pero también como justificación de la existencia de éste, concebido precisamente como instrumento artificial para su defensa ». F. TOMÁS Y VALIENTE, *Cuatro lecciones de Historia Constitucional, 1812-1978* (1993), citato in: B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, cit., p. 245. Queste affermazioni sono una novità nella sua opera storiografica, commenta Clavero, e contengono un potenziale enorme: i diritti non artificiali — non gli piaceva chiamarli naturali, per evitare equivoci — come ragion d’essere dell’artificio costituito dallo Stato (B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, cit., p. 245).

⁽⁵⁶⁾ B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, cit., p. 245.

Credo anch'io, con Paolo Grossi ⁽⁵⁷⁾, che le sue convinzioni non possano essere risolte dentro uno sbrigativo giudizio di statalismo e legalismo, ma è fuori discussione che per Tomás lo Stato rappresentava un valore proprio perché egli lo vedeva come insostituibile creatore del diritto e come garante dei diritti, gli artificiali e i non artificiali: in questo senso, lo sentiva identificato con il diritto. Certezza, garanzia, libertà, principio democratico: Tomás crede veramente che nulla, allo stato delle cose, al grado attuale della vicenda storica, possa assicurare tutto ciò allo stesso modo in cui è in grado di farlo lo Stato costituzionale, ed il penale — per tornare al punto — non può che restare dentro questo ordine di cose e di idee.

Nella prospettiva della riforma costituzionale il suo carattere di normazione coattiva, derivato dall'antico (preteso) diritto di punire, non potrebbe essere che seriamente attenuato, ma non sembra che possa essere messo in discussione il monopolio pubblico della potestà punitiva. Gli Stati devono invece affrontare la proliferazione del penale nelle legislazioni moderne e l'ipertrofia che il penale sostanziale sta conoscendo, in conseguenza di un esercizio paradossale della potestà legislativa penale. La crescita del penale simbolico, del penale pedagogico, di quello mediatico, stanno facendo della questione giustizia uno dei più sensibili problemi degli odierni ordinamenti. Molti sistemi processuali sono inadeguati sul duplice fronte della difesa della legalità e della garanzia per gli accusati, ed è ancora universalmente irrisolta la questione della civiltà delle pene. Non si tratta di problemi aperti soltanto sul piano politico: la loro dimensione costituzionale è di tutta evidenza e questo tiene saldamente il penale dentro la prospettiva integrata in cui lo aveva posto fin dall'inizio Tomás y Valiente: perché non è più tempo di *gobernar castigando*.

(57) P. GROSSI, *Alla ricerca di frammenti di verità*, cit., p. 793 ss.

GIUSTIZIA NEGOZIATA, GIUSTIZIA EGEMONICA.
RIFLESSIONI SU UNA NUOVA FASE DEGLI STUDI
DI STORIA DELLA GIUSTIZIA CRIMINALE

Le pagine che seguono sono il frutto di una falsificazione. Avrebbero dovuto contenere le cose dette nella tavola rotonda in conclusione del Convegno dedicato alla storia della criminalità e della giustizia in Germania e in Italia, ma non lo fanno, se non in piccola parte. Contengono le considerazioni che feci sulle discussioni di quei giorni, ma anche molto di più. Raccolgono, in buona sostanza, una serie di osservazioni che sono venute facendo in questi ultimi due anni, in occasioni diverse, nelle quali ho tentato di mantenere aperta una riflessione organica, dentro un percorso costante. I due strati di questa stesura, malamente assemblati, sono, temo, tuttora troppo visibili. Ma avendone confessato la ragione, mi aspetto comprensione e indulgenza.

1. *Una nuova fase nella storia del crimine e della giustizia criminale.*

Ho detto, intervenendo nella discussione, che nel corso del Convegno si sono confrontate due minoranze. Ne resto convinto. Alcuni storici del crimine e della giustizia criminale, di area tedesca e di area italiana, hanno qui raffrontato oggetti e metodi delle ricerche che vengono facendo, proponendo prima di tutto risultati (in forme, talora, che possono far pensare a 'modelli') e ragionando sui modi con cui li hanno conseguiti. Hanno comparato categorie storiografiche e ipotesi di lavoro, insistendo soprattutto su quella che, in modo forse pomposo, potrei definire 'una teoria delle fonti'. Si tratta, se posso insistere, di storici che nelle rispettive realtà storiografiche nazionali sembrano formare una minoranza: non nel

senso di quello che resta quando tutti sono andati da un'altra parte, ma nel senso di quelli che hanno cominciato a muoversi, e che prima o poi verranno seguiti da molti altri. Sul terreno della storia del crimine e della giustizia criminale, del resto, si tratta di qualcosa di già visto, almeno in Italia.

Gli storici non dovrebbero mai compiacersi di nulla. Ma se è giusto ammettere che lo stato d'animo meglio capace di produrre innovazione e fertilità è con tutta probabilità l'insoddisfazione, mi si lasci aggiungere che quando una piccola idea nata da una radicata convinzione si fa strada, diventa senso comune e aiuta a suscitare ricerca nuova, il rallegrarsene può essere occasione di un utile bilancio, e non apparire soltanto piccola vanità. Fu Edoardo Grendi, in Italia, a rivolgere per primo l'attenzione a quanto avveniva oltralpe ed oltremarina sul terreno degli allora incipienti studi di storia della criminalità e nel campo della messa in opera dell'immenso giacimento delle fonti giudiziarie presente in Europa ⁽¹⁾. La discussione che ne sortì coinvolse alcuni storici del diritto ⁽²⁾ che si erano avviati da poco, e in sparuto numero ⁽³⁾, allo studio della

⁽¹⁾ E. GRENDI, *Per lo studio della storia criminale*, in « Quaderni Storici », 15, 1980, 44, p. 580, seguito, qualche anno dopo, da E. GRENDI, *Gruppi sociali e crimini (proposta di un fascicolo di Quaderni Storici)*, in « Quaderni Storici », 21, 1986, 61, pp. 311-313.

⁽²⁾ Chi scrive intervenne con alcune osservazioni sul tenore e sui metodi della ricerca in corso verso la fine degli anni Ottanta (M. SBRICCOLI, *Fonti giudiziarie e fonti giuridiche. Riflessioni sulla fase attuale degli studi di storia del crimine e della giustizia criminale*, in « Studi Storici », 29, 1988, 2, pp. 491-501 [t. II, pp. 1135-1149]), alle quali Grendi replicò puntualizzando con lucidità, e con ragione, due o tre questioni essenziali: la duplicità dei livelli in cui si distendeva l'esperienza della giustizia penale di età moderna, che imponeva articolazione di metodologie di ricerca; la valenza non solo tecnico-giuridica delle pratiche di giustizia rilevabili nella vita quotidiana delle comunità; la polivalenza dei conflitti, non tutti riducibili al formato destinato al trattamento penale (E. GRENDI, *Sulla « storia criminale ». Risposta a Mario Sbriccoli*, in « Quaderni Storici », 25, 1990, 73, pp. 269-275). Tutte questioni che sarebbero state suffragate ed avvalorate dalla ricerca successiva.

⁽³⁾ L'osservazione critica che lamentava la scarsità degli studi di storia penale era, in quegli anni Settanta, e nei primi Ottanta, una specie di luogo comune obbligato della critica storiografica tra gli storici giuristi. Se ne trovano *exempla* in L. BERLINGUER, *Considerazioni su storiografia e diritto*, in « Studi Storici », 15, 1974, 1, pp. 3-56; A. MAZZACANE, *Problemi e correnti di storia del diritto*, in « Studi Storici », 17, 1976, 3, pp. 5-24; E. CORTESE, *Storia del diritto italiano*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in*

storia del penale, con la scelta di temi e l'adozione di metodi allora ancora inconsueti nella storiografia giuridica ⁽⁴⁾.

Sappiamo tutti che mentre quelle consapevolezze maturavano, quindici o venti anni fa, da noi, gli studi di cui ora facciamo un parziale bilancio, erano sporadici e marginali, privi di uno statuto scientifico riconosciuto e chiamati a svolgere funzioni altre, strumentali o serventi, rispetto a quelle che erano, e sono, proprie dell'oggetto loro. Anche allora, a guadagnare l'affermazione, ma si potrebbe dire il successo, degli studi sul crimine e sulla giustizia criminale, fu un piccolo numero di studiosi, molti dei quali alle prime armi. In quella fase la questione chiave fu quella dell'«integrazione». Si trattava di mettere insieme metodologie (e conoscenze) di storia sociale, istituzionale, politica e giuridica, in una fase in cui, al di là delle declamazioni, i recinti erano ancora alti e robusti; ma soprattutto si trattò di spezzare il principio di pertinenza nel sistema delle fonti, che erano di fatto e da sempre rigorosamente lottizzate: le giuridiche ai giuristi, le altre agli altri. L'affioramento dell'immenso *iceberg* delle fonti giudiziarie (alle quali allora veniva dato il non gentile nome di 'fonti criminali') mise a disposizione un terreno di incontro, e indusse, nello stesso tempo, il principio dell'integrazione delle fonti, delle competenze e dei metodi.

Oggi, i risultati di quel lavoro impongono prospettive rinnovate all'interno delle discipline coinvolte. Si tratta di punti d'arrivo che erano stati largamente preconizzati già in quella fase lontana, ma la

Italia, Milano, 1982, pp. 787-858; A. CAVANNA, *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII) nella più recente storiografia italiana*, Milano 1983.

(4) Gran parte del merito di quella che oggi va considerata come una provvida apertura spetta a Paolo Grossi e alla sua concezione aperta, colta, rigorosa e innovativa della storia giuridica, fatta — tra molto altro — di attenzione speciale rivolta da un lato ai giuristi positivi, dall'altro agli storici capaci di riconoscere il valore della dimensione giuridica nei loro oggetti di ricerca. In un decisivo convegno da lui voluto e guidato, ebbi modo di proporre a storici e giuristi la storia del crimine e della giustizia criminale come terreno di incontro per sperimentare metodi concertati, e di prospettare una concezione integrata delle fonti e del loro trattamento; cfr. M. SBRICCOLI, *Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca*, in P. GROSSI (Ed.), *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti di indagine e ipotesi di lavoro*, Milano, 1986 pp. 127-148 [t. II, pp. 1113-1134].

loro attuale evidenza, espressa da ricerche fatte e pubblicate, li rende, se mi faccio capire, esecutivi.

Gli storici della società, gli storici della politica e delle istituzioni, che affrontano il tema del crimine e della giustizia criminale, sanno ormai bene che l'oggetto dei loro studi, collocato alla confluenza di politica, società, ordine, interessi e regole, possiede una rilevante e insonerabile dimensione giuridica che li obbliga a passare (anche) attraverso le opere dei giuristi, e a fare i conti con la loro ingombrante presenza al centro dell'incrocio. Non solo norme, e non solo procedure. I giuristi producono un discorso costitutivo, che fonda, in primo luogo, la giustizia alta e di apparato, ma è anche, in grado elevato, riflessivo della giustizia 'plurale', quella praticata dalle comunità e dai 'fori', le quali tutte costituiscono, nel loro insieme, la dimensione giustizia delle società europee medievali e moderne. Quel discorso va ben oltre le tecniche, che pure sono la ragione primaria della sua esistenza, e mette a disposizione dello storico uno sguardo coevo sulla società, sul diritto e sulla giustizia (sguardo prudente e attento, di intellettuali di qualità spesso rilevante) troppo prezioso per essere trascurato. In più, la dottrina giuridica dell'età medievale e moderna, malgrado la sua tipica vocazione, che la vedrebbe come naturale antagonista di un sistema esclusivamente e rigidamente normocentrico, finirà per contribuire — e da protagonista — alla produzione di un'ideologia della giustizia penale di tipo unificato e legalistico (che alla fine prevarrà), proponendosi quindi come luogo essa stessa della discontinuità e della contraddizione. Tutto ciò vuol dire che per gli storici non giuristi è necessario dunque familiarizzarsi con i linguaggi e con le categorie del discorso penale, con le norme e con la loro interpretazione, con i contesti e con i sistemi di principi, infine con gli ordinamenti e con le istituzioni del diritto e del processo penale, per capire, definire, distinguere e classificare, e poi per comunicare correttamente i risultati del loro lavoro (5).

(5) Sia detto in spirito di servizio e collaborazione, da uno che per mestiere legge ed ascolta: sarebbe già una buona piccola cosa se si tenesse a mente il significato del verbo *comminare*, che nel linguaggio giuridico sta per « minacciare una pena a chi dovesse trasgredire una legge ». Il mio dizionario ricorda che « è errore usarlo nel significato di infliggere una pena; infatti la legge, il codice commina una pena, il giudice,

La storiografia giuridica, dal canto suo, è ormai obbligata a prendere atto dell'esistenza di livelli diversi nella articolazione della giustizia penale (e dei sistemi normativi), con la conseguenza di non poter più considerare le fonti dottrinali e quelle legislative alla stregua di fonti generali, rappresentative dell'intero sistema. Oggi sappiamo che molte delle fonti normative della giustizia 'bassa', locale o comunitaria — voglio dire prassi e consuetudini penali — sono rinvenibili (talora a condizione di saperle 'dedurre') soltanto negli archivi giudiziari. Allo stesso modo, gli storici giuristi sono forzati a prendere atto del fatto che la categoria 'processo penale' va disarticolata e va inseguita dentro le 'pratiche', perché non sta tutta nelle regole del processo romano canonico, e nemmeno in quelle della legislazione locale, né è integralmente riflessa nell'opera dei giuristi. Sono invitati, infine, a ragionare sulla malsicura praticabilità del 'paradigma dello stato' nella ricostruzione del penale medievale e moderno, non dimenticando che quel paradigma ha carattere subdolo ed opera sovente in modo inavvertito, incistato com'è nell'ordine mentale dello storico del diritto, cresciuto dentro un orizzonte nel quale le 'condizioni di pensabilità' vengono tutte risucchiate nell'orbita del modello dualistico stato-società⁽⁶⁾, e lì finiscono accaparrate. E siccome le 'condizioni di pensabilità' che governano il bagaglio teorico dello storico del diritto si trasmutano in 'condizioni di visibilità' quando lui si pone ad indagare nelle fonti, accade che aspetti primari della giustizia praticata in età medievale e moderna abbiano dovuto attendere l'opera della storiografia non giuridica, priva di occhiali deformanti (ma talora, ahimè, anche di consapevolezza), per essere avvistati e portati alla luce. La strada è ancora lunga, perché il paradigma dello stato, congedato dall'evidenza dei fatti, si rimette in servizio camuffandosi dentro aggiornate

il tribunale la infligge». Infiggere, irrogare, applicare, disporre, prescrivere, stabilire, dare: la scelta è ampia, e il dizionario dei sinonimi può allargarla ulteriormente. Ahimè, il *thesaurus* del mio sistema di scrittura mette «comminare» tra i sinonimi di «far subire». Come si vede, la causa è disperata e la corrente contro cui nuoto è travolgente. La moneta cattiva archiverà queste poche righe nel deposito delle tardive pedanterie.

(6) Uso espressioni che traggio dalle prime pagine di P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano 1986.

categorie interpretative o riproponendosi per via indiretta attraverso nuove tipologie classificatorie.

L'esempio migliore è dato dal genere delle cosiddette infragiustizie. 'Infragiustizia' è il nome che è stato dato alla giustizia negoziata ed a quella comunitaria, quando alcune rinnovate metodologie di indagine hanno finalmente permesso di vederle (7). Il fatto è, però, che il paradigma statale impediva di designare col nome di 'giustizia' vendette e ritorsioni, negoziati e accordi, transazioni e composizioni, mediazioni e paci private, patti, condiscendenze, rinunce, perdoni o remissioni. Tutto ciò non essendo l'effetto della giustizia 'statale', nel senso della giustizia di apparato, celebrata da organi pubblici ad essa deputati, o resa nella sfera delle istituzioni ecclesiastiche, non poteva meritare il nome di giustizia. Il paradigma statale ha impedito, cioè, di accordare il nome di 'giustizia' a pratiche che, per ammissione degli stessi storici che si ingegnarono a trovargliene un altro, apparivano come le più diffuse, le sole accettate e condivise (8), quelle dalle quali ci si discostava soltanto nei rari casi in cui il formato del crimine lo imponeva (alto criminale e gravi reati senza vittima (9)), oppure quando l'autore si presentava come marginale intruso, recava caratteri di autentica pericolosità, o appariva ormai incorreggibile (10). Stando così le cose, sarebbe forse stato più logico rovesciare la prospettiva, invertire termini e designazioni, e prendere atto del fatto che quelle società consideravano giustizia in primo luogo quella comunitaria locale, destinata a risolvere i conflitti tra

(7) L'espressione ha cominciato a circolare, non a caso in Francia, sul finire degli anni Settanta.

(8) Per tutti, B. GARNOT, *L'ampleur et les limites de l'infrajudiciaire dans la France d'ancien régime (XVI^e, XVII^e et XVIII^e siècles)*, in B. GARNOT (Ed), *L'infrajudiciaire du Moyen Age à l'époque contemporaine*, Dijon 1996, pp. 69-76, sostanzialmente rifuso in B. Garnot, *Crime et justice aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Paris 2000, pp. 131-139.

(9) È indicativo che nel penale alto, riservato all'azione *ex officio* dei poteri pubblici, siano ricompresi, fin dalle origini, crimini senza vittima come l'eresia, l'apostasia e il sacrilegio, la sodomia volontaria, l'incesto consensuale, il lenocinio, la *permissio adulterii* ed altri ancora. Affidati all'azione pubblica, *quia carent ultore*.

(10) Un rilievo in questo senso è già in Y. CASTAN, *Honnêteté et relations sociales en Languedoc, 1715-1780*, Paris 1974, p. 518; numerose verifiche in N. CASTAN, *La Justice expéditive*, in « Annales ESC », 31, 1976, 2, pp. 331-361. Rinuncio ad indicare le tante ricerche successive che hanno in vario modo confermato questo carattere della giustizia negoziata e comunitaria.

vicini, mentre vedevano l'azione delle giurisdizioni 'statali' come residuale, interinale e di ultima istanza. Gli storici, riflettendo su quelle culture e su quelle mentalità, dovrebbero forse dire « giustizia la prima, repressione la seconda », e andrebbero molto più vicini al segno.

Ma il paradigma della giustizia come tipica funzione 'statale', o almeno di pubblico apparato, esige sacrifici. Recentemente, considerato che la nozione di infragiustizia è stata chiamata ad abbracciare tutte le controversie conflittuali che « sfuggono » al trattamento giudiziario di apparato (designato, lui, come *justice*), si è pensato bene di creare nuove categorie intese a coprire quanto di quelle controversie non avesse formato penale, insieme a tutte le altre forme risolutive di conflitti non riconducibili ad un rito classificato. Sono nate dunque la 'paragiustizia' e l'extragiustizia⁽¹¹⁾, figlie della giustizia dello stato⁽¹²⁾ assunta come vaglio, quanto alle fonti, e adottata come criterio storiografico ricostruttivo, quanto al metodo. Retrodatazione di eventi futuri, avrebbe detto Giovanni Tarello.

2. *Criminalità e giustizia: due storiografie a confronto.*

Ma torno ora al punto della collocazione degli studi sul crimine e sulla giustizia criminale nel panorama della storiografia sociale e giuridica tra Italia e Germania. Parlo di una storiografia di corrente, o di settore, perché gli studiosi che qui si sono confrontati (o, se vogliamo, i loro orientamenti) mi sembrano, rispetto ai contesti di provenienza, non precisamente preponderanti, ma soprattutto perché essi recano i caratteri strutturali, per così dire, delle minoranze

(11) B. GARNOT, *Justice, infrajustice, parajustice et extrajustice dans la France d'ancien Régime*, in « Crime, Histoire & Sociétés - Crime, History & Societies », 4, 2000, 1, pp. 103-120.

(12) Il nodo è complicato e la discussione rischierebbe di essere molto lunga, ma si ha l'impressione che la 'giustizia statale' assunta come criterio per denotare le 'altre giustizie', venga implicitamente disegnata con i tratti della giustizia dello stato liberale di diritto costruito dalla dottrina europea nel XIX secolo, quello di cui ha delineato i caratteri M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino 1995², pp. 116 ss.

vitali. Si tratta infatti, se non mi fa velo la simpatia, di storici in qualche misura 'lateralì' rispetto alle tradizioni in cui si sono formati, propugnatori di un approccio ricostruttivo rinnovato, collegati da rapporti, e tenuti insieme da consonanze, che sono in parte di scuola, in parte elettive, ma nascono soprattutto da una corrispondenza di sensibilità storiografiche, di approccio euristico e di esperienze di ricerca che non sembrano diffuse o generalizzate.

Cominciamo col dire che hanno, sia i tedeschi che gli italiani, una spiccata trasversalità disciplinare, non nel senso della interdisciplinarietà *d'antan*, ma nel senso che vengono in gran parte da una formazione diversa da quella che sarebbe tradizionalmente pretesa dall'oggetto di questi studi.

Peter Schuster ha detto che il Convegno non è veramente riuscito a mettere insieme le nostre esperienze storiografiche, che ci mancano definizioni comuni ed un catalogo comune dei problemi storiografici aperti. Anche Gerd Schwerhoff lamenta l'assenza di una carta comune dei problemi e considera ottimistica la mia impressione di sostanziale correlazione tra le nostre due esperienze storiografiche. A me pare che un canale di comunicazione si sia creato, al di là del fatto che le nostre esperienze si siano effettivamente messe in sintonia, oppure no (cosa comunque difficile da realizzare nel solo corso di un convegno). E non mi pare, la mia, un'osservazione ottimistica. Quel che rilevo è che io intendo perfettamente l'ordine di problemi esposto dai colleghi tedeschi e lo percepisco come simile o assai prossimo al mio; avverto come familiari i loro temi di ricerca, mi accorgo che abbiamo in comune molte domande, e trovo convincenti molte loro risposte. Dai risultati esposti dai colleghi di area tedesca ho tratto idee con le quali sento di potermi agevolmente confrontare, suggerimenti che mi sembrano realizzabili, notizie ed esempi la cui comparazione con quanto di omologo conosco dell'area italiana mi pare tranquillamente praticabile. In particolare, il quadro di fondo che emerge dal complesso delle loro ricerche, segue linee e direttrici interpretative che non si discostano di molto dalle nostre.

Certo, la storia delle due aree è diversa, e talora profondamente diversa: conosce fasi disomogenee, specie per quanto attiene alla costruzione di un processo ad azione pubblica (momento essenziale nella vita del penale praticato in giustizia), precocemente avviata (già

dal XIII) in area comunale italiana ⁽¹³⁾, e poi notevolmente sviluppato in area tedesca (secoli XVI-XVII), proprio mentre l'esperienza italiana cominciava a marcare un lungo stallo che si sarebbe trasformato in un severo ritardo. Avverto anche, dal mio punto di vista di giurista, che la storiografia di area tedesca in materia di criminalità e di giustizia penale tende a eludere il confronto con la dimensione giuridica dei problemi che affronta (ma in senso inverso vanno gli interventi di Karl Härter e Harriet Rudolph). E devo aggiungere che alcune sensibilità verso i profili antropologici della questione giustizia (Andreas Blauert), verso le sue implicazioni economiche, o nei confronti della sua contiguità alle questioni religiose (Francisca Loetz, Peter Wettman-Jungblut), mi sembrano più presenti in quella storiografia che non nella nostra. Si tratta però, nella mia opinione, di una distinzione che attiene al meno o al più, non di una vera distanza, e tanto meno di una spiccata disparità.

3. *Una nuova stipulazione della nozione di giustizia.*

Ormai la storia della giustizia criminale non è più soltanto affare di due soli generi storiografici non comunicanti: quello giuridico che ricostruiva le regole e quello sociale che disseppelliva gli eventi, o li andava a contare negli archivi. Non è neanche più il risultato di un approccio meramente istituzionale (« la storia della giustizia penale è un capitolo della storia dello Stato »), coniugato con qualche attenzione alla storia delle società. Questo Convegno ci dice (ma lo sapevamo già) che l'oggetto storiografico 'giustizia penale praticata', e l'annesso 'fenomeno criminale', sono cresciuti al punto che c'è bisogno di storici sociali e criminologi, antropologi, storici del diritto e delle istituzioni, storici dell'esperienza religiosa, della politica e dell'economia, i quali convergano con sociologi e giuristi per trarre dalla loro complessità tutto il potenziale di indicatori forti del carattere delle società storiche e delle dinamiche complessive che le caratterizzarono. Ma dirò di più: quella convergenza produce anche

⁽¹³⁾ M. SBRICCOLI, « *Vidi communiter observari* ». *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 27, 1998, pp. 231-268 [t. I, pp. 73-110].

il benefico risultato di mettere nell'argomento di questi studi una serie di reagenti disciplinari plurimi, che ottengono l'effetto di complicarlo, fecondandolo e dislocandolo su terreni diversi da quello su cui disciplinarmente 'dovrebbe' stare, rendendolo, storiograficamente, più efficace ed espressivo.

L'incremento dei punti di vista induce un esito caleidoscopico, che moltiplica le valenze della funzione giustizia restituendocela nella complessità che effettivamente la caratterizzò e per quello che oggettivamente fu:

— una risorsa d'uso per individui e per comunità in quelle società conflittuali, come alcuni hanno detto (A. Blauert, Xavier Rousseaux), ma anche un mezzo per l'affermazione di una concezione del potere che diverrà progressivamente un'idea dello stato;

— uno dei livelli in cui si manifesta il conflitto politico, ma anche un mezzo per gestirlo, quando non anche un'arma per risolverlo e prevalere (Andrea Zorzi, Marco Bellabarba);

— una rivelazione del dato di fondo delle società medievali e moderne, lette attraverso il paradigma del conflitto: dispute e composizioni trovano nel diritto (Paolo Marchetti) e nel suo uso strumentale — in combinazione col potere (A. Zorzi) — il terreno in cui dispiegarsi e indurre lo sviluppo delle relazioni sociali e delle istituzioni (politiche, giudiziarie, amministrative) ad esse collegate;

— uno strumento di assicurazione dell'ordine imposto dall'alto, ma anche il luogo della soddisfazione privata, della vendetta mediata, o della ragione fattasi in elusione o spregio dell'ordinamento formale, che consegue tuttavia concreti risultati, percepiti come forme accettate di giustizia;

— la spia del carattere negoziale e concertato delle società a base comunitaria e cetuale, medievali e moderne, ma anche la spia del procedere incessante ed inarrestabile di un'egemonia dei poteri pubblici che si valgono sempre di più della loro produzione normativa per trasformare radicalmente l'idea stessa della giustizia;

— il luogo in cui meglio che altrove è dato di cogliere la coesistenza tra regole comunitarie 'locali' e norme 'centrali', la dialettica tra diritto e pratiche, tra repressione e patteggiamenti (M. Bellabarba, A. Blauert), ed infine lo slittamento progressivo — ma non lineare, non limpido, non costante — verso l'affermazione di un corpo normativo unico, combinazione di leggi e giurisprudenza, che

solo dopo la frattura rivoluzionaria riesce a cancellare d'imperio consuetudini e pratiche: «una la legge, uno il processo, una la giustizia». Su questo punto sarebbe bene aprire una prudente e coraggiosa discussione. Coraggiosa, perché a forte rischio di fraintendimenti. Prudente, per ridurre più che si può quel rischio. L'affermazione di un nuovo diritto penale sostanziale e procedurale⁽¹⁴⁾, dentro il quadro dei principi propri dello Stato di diritto, rappresentò un momento di straordinaria accelerazione nel processo di incivilimento del penale. Traghetto tuttavia, dentro il mondo nuovo, più di un inquinante detrito e molte cattive abitudini che imperversavano nel vecchio. Fin qui c'è poco da discutere (anche se ancora abbastanza da scoprire, nel senso stretto e letterale del verbo). La discussione dovrebbe riguardare, invece, quel che è stato cancellato davvero. Uso una trita metafora per risparmiare lunghi discorsi: bisognerebbe guardare bene cosa c'era nell'acqua sporca che è stata buttata via.

L'ultima sua valenza storiografica, descritta poco sopra, ci ricorda che la funzione giustizia è anche — e soprattutto, per lo storico giurista — il laboratorio del lungo processo di incivilimento del penale, espressione che si può compendiare in due punti: l'interminabile cammino per «fuoriuscire dalla vendetta» ed il sempre precario «avvento della garanzia»⁽¹⁵⁾. Dentro queste due direttrici stanno, in tutta evidenza, la storia delle società e quella delle produzioni normative dei poteri pubblici, gli approcci politici e quelli antropologici (X. Rousseaux), i rapporti tra giustizia e

⁽¹⁴⁾ Approdata tardi, in area italiana, essa non fu l'effetto di una lineare ed autoreferenziale evoluzione, ineluttabilmente operante nel senso di cancellare il locale, il consuetudinario e l'imperfetto, per sostituirgli il sovralocale, l'efficiente, il normativo, come ha dimostrato S. CERUTTI in: *Fatti e patti giudiziari. Il consolato di commercio di Torino nel XVIII secolo*, in «Quaderni Storici», 34, 1999, 101, pp. 313-445.

⁽¹⁵⁾ Assegno al termine 'garanzia', per l'uso che ne faccio qui, una valenza complessa. Per intenderci, penso a tutta l'area che sta tra i grandi principi sostanziali che scaturiscono da quello di legalità ed i grandi principi processuali che culminano nel *nemo tenetur se detegere*, posto a tutela degli accusati. In mezzo il lettore sa cosa mettere, quanto a diritti dei soggetti e limiti del potere. Io aggiungo che una (moderna) nozione arricchita di garanzia postula un sistema punitivo minimo, che si limiti a sanzionare azioni effettivamente lesive di beni costituzionalmente protetti, con forme di penalità rigorosamente tenute dentro il principio di rieducazione.

potere, le giustizie plurali e la loro progressiva *reductio ad unitatem*, le culture, le consuetudini, le mentalità e le pratiche.

Se tutto questo (che peraltro non è tutto) è vero, bisogna dire che dai nostri studi l'oggetto 'giustizia', emerge come un *enjeu* infinitamente più articolato di quanto sembrasse ai tempi in cui i processi erano studiati semplicemente come un riflesso del potere politico, oppure come il luogo in cui era dato di incontrare il mondo dei senza nome, e di ascoltarne la voce.

Qualcosa del genere potrebbe essere detto per il crimine, anche se rispetto ad esso il discorso deve farsi più circoscritto e rigido, a pena di diventare insignificante per un verso, arbitrario ed ingannevole per l'altro. Si è detto del crimine come risorsa. Se ci si mette dal punto di vista di chi lo commette l'osservazione mi pare ineccepibile, ma non particolarmente produttiva. Il crimine serve al suo autore per ottenere illegalmente, ed in via breve, un risultato sperato (o repentinamente voluto), e rappresenta spesso uno straordinario mezzo risolutorio.

Ma proprio per queste ragioni quello è un crimine e viene reso oggetto di repressione. Al di là del sistema di valori che infrange, non si può lasciare che diventi — come certamente accadrebbe — maniera corrente di risoluzione dei conflitti o di appagamento delle pulsioni. Se così è, siamo in presenza di una risorsa *sui generis*, alla quale non può essere consentito di dispiegarsi oltre certi limiti. Se invece ci riferiamo a sottosistemi economici fondati sulla violazione penale, o a poteri politici 'criminali', oppure alle ragioni del controllo sociale e della coesione comunitaria, allora l'idea del crimine come risorsa si presenta come una plausibile proposizione classificatoria, buona per allungare gli elenchi di cui disponiamo già.

Quel che mi pare emergere dalle nostre discussioni, e non solo da ciò che ci siamo detti in questa occasione, ma dall'intero corpo degli studi che si sono venuti pubblicando in questi ultimi anni, è che sembra sempre più opportuna « una nuova stipulazione del valore e del senso che diamo come storici alla espressione 'giustizia' ». Dobbiamo ragionare sui suoi contenuti, sulla sua natura e sui suoi significati — quello di oggi e quelli di allora — per non confondere o mescolare due concezioni che, storicamente e concettualmente diverse, portano entrambe lo stesso ingannevole nome.

Una precisazione si impone. Io sto parlando della giustizia

(penale) praticata, intendendo quella, se mi spiego, che possiamo definire 'rituale'. La giustizia intesa come « risultato accettato di un rito » — qualsiasi esso sia — che ha lo scopo di 'rendere ragione' o 'dare soddisfazione', raddrizzare un torto, riparare un danno, compensare, risarcire, pacificare, oppure irrogare una pena, o più semplicemente dare seguito ad una previsione normativa attraverso un procedimento regolato. E aggiungo che le due concezioni alle quali ho accennato poco sopra, stanno entrambe « dentro la giustizia praticata » alla quale mi voglio riferire, nel senso che rappresentano due modi di 'praticare' la giustizia, la quale appare plurale ma è unitaria: è una sola — è 'la giustizia' — ma conosce modi diversi per manifestarsi o affermarsi. In vista della ristipulazione che auspico occorre ovviamente prendere atto storiograficamente dell'enorme salto — culturale, politico, giuridico — che l'idea di giustizia ha fatto nel lungo passaggio dai regimi antichi allo stato di diritto ⁽¹⁶⁾, o a quello che è stato a suo tempo puntualmente ideato, e poi malamente praticato, come 'stato di diritto'. Dobbiamo cioè prendere coscienza del fatto che nel nostro linguaggio — ma soprattutto nel nostro ordine mentale — la giustizia (penale) non è altro che la « corretta applicazione della legge realizzata da giudici soggetti soltanto ad essa, per mezzo di un apparato pubblico legalmente funzionante ». Tutto quello che avviene fuori da questa condizione,

⁽¹⁶⁾ Trovo già soltanto nel titolo del recente, densissimo, studio di P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna 2000, il dispiegarsi della vicenda alla quale penso, ravvisabile dentro formule definitorie per il mio punto di vista (troppo) larghe e (molto) comprensive, che tuttavia possono costituire una traccia percorribile. Il 'pluralismo dei fori' è formula capiente nella quale possono stare le numerose modalità per conseguire giustizia poste in uso dalla 'giustizia negoziata', così come il 'dualismo tra coscienza e diritto' contiene certamente la moderna contraddizione tra la giustizia che definisco 'egemonica' (la sola praticabile nello stato di diritto, *sub vigore legis*) e quella che al di là di leggi e ordinamenti può tuttavia continuare ad abitare *in corde hominis*. Capita a volte, oggi, che questa seconda salga *de corde ad orem* e mostri il suo poco attraente aspetto (pulsioni di vendetta, o invocazioni di crudo rigore, dettate da non ragionevole paura o dalla convinzione che la giustizia non possa essere cosa diversa dalla repressione): qualcosa che somiglia all'idea di giustizia che aveva nel 1701 l'anonimo autore che, spaventato dalla quantità crescente di 'poveri' percepiti come minacciosi, scriveva un edificante opuscolo intitolato *Hanging, not Punishment enough* (ed. B. MONTAGU, London 1810, cit. in P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Milano 1974, p. 358).

nel contesto dello stato di diritto è violazione, oppure patologia o, quanto meno, malaugurata anomalia: in ogni caso, non ha a che fare con la nozione formale di giustizia. Non era così nell'Europa medioevale e moderna. Solo uscendo dalla logica di questo paradigma nella ricostruzione e nella valutazione della giustizia nei regimi antichi, si possono evitare zone d'ombra, anacronismi o fuorvianti fraintendimenti.

4. *Giustizia negoziata e giustizia egemonica. Due tendenze nell'evoluzione del penale.*

Due sembrano gli ambiti di giustizia penale che possono essere rilevati tra medioevo tardo e antichi regimi, fermo restando che se i circuiti della giustizia e i fori in cui si celebra appaiono molteplici, la giustizia che ne deriva va considerata in modo unitario.

a) Giustizia negoziata, a carattere comunitario. Il primo è quello che indico come ambito della 'giustizia negoziata', segnata da uno spiccato carattere 'comunitario', fondata sull'appartenenza, diretta principalmente alla riparazione dell'offesa, regolata da norme e prassi condivise, in un ambito in cui domina l'oralità. Vi devono essere incluse le varie figure di giustizia conseguita con la mera trattativa tra gli interessati ad esclusione di qualsiasi formalità, quelle che implicano una mediazione sociale, ed anche quelle che si giovano della struttura giudiziaria pubblica, se quest'ultima si lascia coinvolgere nella negoziazione facendosene promotrice, fiduciaria o garante. A mio giudizio, anche le condotte di condiscendente clemenza adottate dai poteri pubblici comunitari nei confronti di *inners* tutelati (coonestazioni di contumacia, revoche o sospensioni dell'azione pubblica, riduzioni e commutazioni di pena, perdoni in accoglimento di suppliche, e simili benevolenze) andrebbero ricomprese in una nozione allargata di giustizia negoziata.

La giustizia negoziata ha le sue origini nel penale 'privato' della prima fase cittadina, quello rimesso all'iniziativa della vittima, che aveva come fine il risarcimento (o meglio, la soddisfazione, dell'offeso), tanto da ricomprendere tra le sue forme ammesse ed accettate (e quindi ordinarie) anche la ritorsione da un lato o la composizione irrituale dall'altro; una giustizia che, quando si vale di un giudice

terzo, non lo individua nell'esponente di un sistema di potere strutturato in apparati e provvisto di scopi, ma nell'arbitro designato, e perciò accettato, di una contesa tra soggetti negozialmente paritari.

Essa si fonda sull'appartenenza e sulla protezione, che è come dire sulla riconoscibilità dei soggetti, garantiti — perché di questo si tratta — dal fatto di essere parte della comunità. I membri della comunità, eminenti o marginali, *potentes* o *pauperes* che siano, godono di una forma di tutela o 'salvaguardia' e sono ammessi a 'negoziare'. Poi, ovviamente, sarà la negoziazione a fare le parti, il che vuol dire che la diversa caratura dei protagonisti non potrà non pesare sugli esiti.

Composizioni, paci, accordi e transazioni, mediazioni e fideiussioni, compensazioni, reintegrazioni e risarcimenti, insieme a ritualità penitenziali o soddisfatorie, sono gli strumenti usuali della giustizia penale negoziata, in un sistema che vede i poteri pubblici come espressione di equilibri comunitari, e non alla stregua di delegati di una forma statale che a quegli equilibri si sovrappone. Composizioni, transazioni e paci (che necessitano, ovviamente, di previa contrattazione) fanno riposare il loro carattere di giustizia sull'elemento della riparazione, condizione della riconciliazione; e si caratterizzano su due linee modali: la linea che va dalla contrizione fino alla penitenza e al perdono, e quella che segue la logica della punizione, retribuzione, espiazione. Linee che non si escludono in assoluto (anzi, talora si intrecciano o procedono appaiate) e che corrispondono nel loro complesso ad una nozione di giustizia forte, risalente, radicata, accettata e condivisa.

Nella primissima fase della vita cittadina, anche crimini di rilevante gravità (per esempio l'omicidio) sono, come è noto, soggetti a giustizia negoziata tra l'autore e l'*entourage* della vittima. Poi al penale negoziato (che quando si esplica in ambito pubblico ha come forma congeniale un processo di tipo accusatorio, ma sa farsi strada anche dentro le altre forme processuali aggressive di tipo proattivo) vengono riservati via via crimini di minore rilevanza. Ciò non toglie che il principio della negoziazione in materia di giustizia (voglio dire: in presenza di conflitti che hanno formato penale; ovvero, semplificando, in presenza di 'danno con dolo') permanga

nelle pratiche della convivenza quotidiana — ma anche nell'ordinamento — per lunghissimo tempo ⁽¹⁷⁾.

La giustizia negoziata riposa sul consenso, prima e più che sulla certezza. Solo là dove il consenso della comunità è presunto (repressione dei comportamenti dannosi o pericolosi dei *sans aveu*, punizioni per gli incorreggibili o persecuzione dei *crimina enormia*) si dà preminenza alla certezza: inesorabilità della risposta repressiva, in assenza di negoziazione, senza quartiere e fuori garanzia. Ciò considerato si capisce come la giustizia negoziata presenti un basso livello di formalità ⁽¹⁸⁾ e possa essere praticata, all'occasione, da arbitri notabili, non professionali, privi di cognizioni giuridiche adeguate.

La giustizia (negoziata) comunitaria è affare dei consociati. Esclude i forestieri, i vagabondi, i *sans aveu*, e tutti quelli che, pur appartenendo alla comunità, se ne sono tratti fuori per essersi messi contro di essa (banditi, *latrones*, incendiari, delinquenti abituali, *inner foes*, ma anche *disturbers* ritenuti incorreggibili, o devianti avvertiti come pericolosi). Più articolato sarebbe il discorso che potrebbe essere fatto in ordine alle violazioni che hanno a che fare con la religione o con la morale sessuale.

I valori che maggiormente la orientano sono l'appartenenza e la soddisfazione. L'«appartenenza» implica l'osservanza di regole e produce, attraverso le pratiche della convivenza, il sistema normativo di riferimento (vi includo, ovviamente, le norme scritte, per esempio le regole delle comunità e tutta la produzione di prassi penali messa in atto dagli organi di governo o desunta da importanti

⁽¹⁷⁾ È ormai accertata la preponderanza del trattamento per composizione stragiudiziale di una grande quantità di piccoli (ma non sempre piccoli) conflitti a rilevanza penale. Perdoni, paci, remissioni, da un lato; resistenze ed illegalismi, omertà e favoreggiamenti dall'altro; risarcimenti, ritorsioni rituali, mediazioni di poteri accettati, da un altro ancora. La giustizia pubblica, che guadagna progressivamente spazi qualitativi importanti e decisivi, rimane «quantitativamente» debole nel sistema giustizia considerato nel suo complesso, e lo rimane per lunghissimo tempo: fin dentro il XVIII secolo, per quanto riguarda l'esperienza italiana, e non solo quella italiana: si vedano, quanto a questo, le valutazioni riassuntive espresse in relazione all'esperienza francese da Ph. ROBERT, *Le citoyen, le crime et l'État*, Paris-Genève, 1999, pp. 23 ss..

⁽¹⁸⁾ Escludo da questa osservazione il processo accusatorio per formule e *positiones* delle origini.

decisioni di giudici, che spesso vengono fatte glissare all'interno del corpo normativo vigente).

La 'soddisfazione', categoria complessa che dice di più — per intenderci — di quanto non dica la nozione strettamente giuridica di 'risarcimento', è il vero fine della giustizia penale negoziata. Essa non passa necessariamente per l'irrogazione della pena, e seppure la pena del colpevole ha il potere di dare soddisfazione, non è detto che la si pretenda ⁽¹⁹⁾, perché la soddisfazione si compone, di regola, di elementi che variano a seconda del caso sottostante, della taglia dei contendenti, della contingenza che porta alla negoziazione, delle storie e dei contesti in cui la violazione è avvenuta. E se la componente economica svolge necessariamente un ruolo primario, non si può escludere che la soddisfazione passi anche per vie simboliche, e si realizzi, che so, con una ritorsione, o attraverso l'umiliazione del colpevole, o con un solenne riconoscimento capace di risarcire un onore oltraggiato ⁽²⁰⁾.

Questione di grande momento, che esigerebbe lunghe e laboriose indagini, è poi quella che nasce dall'ipotesi che questo genere di giustizia — pesata sui casi e soprattutto sulle persone, gestita con criteri equitativi ⁽²¹⁾, misurata sulla complicata dinamica dei fatti ben più che sulla legge, ma anche arbitraria, parziale, lassista coi protetti, brutale con gli altri — venisse sentita come la sola vera giustizia pensabile ed accettabile. L'altra, quella dei poteri pubblici costituiti in apparato per far osservare le leggi, concentrata su una finalità che certo appariva puramente repressiva, sembrava non corrispondere

⁽¹⁹⁾ Nella logica del penale negoziato la parte lesa ha, in ogni caso, un interesse eventuale e relativo all'irrogazione della 'pena prevista dalle leggi', che è invece la preoccupazione prima della giustizia che chiamo 'egemonica', la quale vede nella pena inflitta la 'soddisfazione' della *respublica*, e vi annette ben note finalità di legittimazione, ordine e governo.

⁽²⁰⁾ M. SBRICCOLI, « *Vidi communiter observari* », cit., p. 254 [t. I, p. 96].

⁽²¹⁾ Criteri equitativi che sovente mal si accordano con il principio di legalità, con quello di uguaglianza, con la vigenza delle leggi, le garanzie dello stato di diritto o la ritualità delle procedure. Inutile dire che cogliere una simile dissonanza corrisponderebbe alla invocazione di un anacronismo ed alla insinuazione nel procedimento ricostruttivo storico di un rilevante fattore di fuorviamento. Appena necessario ripetere ancora qui che con simili anacronismi in testa è stata ricostruita, forzandola dentro uno schema non suo, gran parte della storia della giustizia penale medievale e moderna.

se non per tratti, ed in speciali circostanze, all'idea di giustizia elaborata e introiettata dalle comunità. Perché nella sua vocazione c'era, come sappiamo, il monopolio della funzione e l'idea di mettere un mediatore necessario istituzionale al posto della vittima portatrice del bisogno di giustizia, che altro non era, in sostanza, se non un supposto diritto alla vendetta. Quel che la giustizia pubblica, fatta di leggi, giudici ed apparati, sembrava di fatto promettere era la fine del privilegio della giustizia domestica. Nel senso che portava con sé, da un lato, la surrogazione della vittima nella realizzazione della vendetta; dall'altro, la fine delle trattative, la caduta del beneficio dell'appartenenza, una giustizia 'uguale' per diseguali, messa in atto da una 'macchina' incapace di distinguere, valutare, soppesare e non più autorizzata, all'occorrenza, a farsi 'ingiusta' per essere equa o 'parziale' per non essere iniqua.

b) Giustizia egemonica, di apparato. Il secondo livello è rappresentato da una giustizia che chiamo 'egemonica', perché dagli inizi del XIV secolo in poi sembra crescere ed imporsi con incessante continuità, riducendo gli spazi della giustizia negoziata. Essa è segnata da uno spiccato carattere di apparato (22), fondata sulla sudditanza, diretta principalmente alla punizione del colpevole, regolata da norme di tipo legislativo (prodotte dal *princeps*), notevolmente e sempre più formalizzata, in un ambito in cui domina la scrittura.

La giustizia che indico come egemonica si incardina su quattro presupposti tecnici: la legge, l'azione, la prova, la pena. Come ripeterò più avanti, la legge è la base necessaria sulla quale una giustizia che vuole procedere sulla certezza e non necessariamente sul consenso, deve porre il suo fondamento. Per sua natura, infatti,

(22) Giudici professionali, ordinamenti giudiziari organizzati per settori di competenza (daranno vita, come si sa, ad un sistema intricato, ridondante, quasi barocco), magistratura con giurisdizione che oggi ci appare mista, amministrativa e giudiziaria. Poteri penetranti accordati ai giudici inquirenti, mezzi praticamente illimitati per la raccolta delle prove. Grandi leggi criminali (prevalentemente processuali) a valere per tutto lo stato, con abrogazione di legislazione e consuetudini locali, che imporranno seppure a grande fatica l'ulteriore marginalizzazione delle giustizie comunitarie. Infine, l'egemonia della giustizia statale (perché di questo si tratterà alla fine) verrà assicurata da Grandi Tribunali che lavoreranno alla unificazione degli stili giudiziari, dell'interpretazione della legge, delle politiche giudiziarie.

la legge (che tuttavia, è soggetta ad applicazione interpretativa) ha carattere di evidenza, assicura certezza e possiede il vigore necessario a conseguire l'obbedienza. Il dettato della legge non è assoggettabile a trattativa: può essere eluso o aggirato, ma rappresenta un elemento comunque antagonista alla logica del negoziato.

Azione e prova sono i due pilastri del processo pubblico a carattere inquisitorio che accompagna, incarna e rappresenta la giustizia di tipo egemonico. Si sa che i tipi processuali detti 'accusatorio' e 'inquisitorio' altro non sono che due modi di raccogliere le prove: la loro diversa struttura, il potere che hanno di cambiare la natura stessa della giustizia praticata, i differenti mezzi di cui sono dotati, vengono soltanto dalla diversa maniera di raggiungere la prova. Allo stesso modo, l'azione, privata e discrezionale, oppure pubblica e obbligata, connota in maniera assai differenziata le forme processuali alle quali può dare inizio. La giustizia di tipo egemonico si vale di un processo a prevalente azione pubblica (e sempre più invadente, con le sue *inquisitiones generales*), in un quadro in cui si riducono le violazioni perseguibili soltanto a querela di parte. Un processo nel quale la raccolta delle prove è affidata al potere di inchiesta del giudice e supportata da un corredo di mezzi intrusivi e coercitivi, ai quali fa da debole contraltare la precaria disponibilità di gracili strumenti difensivi a disposizione degli accusati.

Infine la pena. La giustizia egemonica è una macchina finalizzata principalmente all'inflizione della pena. Legge, azione, raccolta delle prove, convergono in un punto: mettere il giudice in condizione di punire coloro che hanno violato le leggi.

In conclusione, riassumendone, per così dire, i termini costitutivi, la giustizia che indico come egemonica:

- svolge l'ufficio di far osservare la legge e lo *ius*,
- avendo come suo solo compito quello di applicarla,
- dandole necessario seguito,
- nei confronti di chiunque, insonerabilmente, e fino in fondo,
- per giungere all'esito ordinario del processo penale, che è quello di: mettere sotto accusa il supposto autore di un fatto criminoso; provare, secondo le regole, la sua colpevolezza; irrogargli la pena prevista dalla legge o altra pena consentita dallo *ius*.

Il processo, così concepito, ha il potere di far slittare il senso ed

il significato della nozione stessa di giustizia, allontanandola dalla sfera semantica del distributivo e del risarcitorio, per metterla, come ho già avuto modo di dire, in quella della repressione e della 'lotta contro il crimine', che è azione politica, e risponde ad imperativi di tipo politico (23).

La dislocazione che l'egemonico realizza, spostando il fine della giurisdizione dalla giustizia alla repressione, si vale in primo luogo, come ho detto, della legislazione. La cosa apparirà chiaramente tra XVI e XVII secolo, quando le grandi leggi penali nazionali, indirizzate a modificare e rendere affidabili le politiche penali attraverso penetranti riforme del processo, cercheranno di imporre un nuovo stile di condotta agli apparati di giustizia. La divaricazione tra le due visioni della giustizia diverrà evidente in area tedesca con le furibonde resistenze delle popolazioni e delle comunità locali all'avvento della *Carolina* dopo il 1532, ed in area francese con la diffusa elusione di cui furono fatte oggetto l'*Ordonnance criminelle* del 1670, e, ben prima di essa, l'*Ordonnance di Villers-Côtteret* del 1539.

Lo stretto vincolo con il quale la giustizia egemonica si lega alla legge, si vale dell'idea — che viene veicolata dalle pratiche di giustizia e poi mano a mano si fa ideologia e senso comune — secondo la quale la violazione di un obbligo penale corrisponde sostanzialmente ad una forma di insubordinazione. È nel primo Trecento che la dottrina giuridica comincia a lavorare sulla identificazione della disobbedienza con la ribellione (24). I giuristi non sono estranei alla produzione delle prime importanti fonti legislative

(23) Quelli usuali, quasi tutti tratti dalle argomentazioni dei giuristi romani, sono mille volte ripetuti nella produzione penalistica di diritto comune, fin dalla fase della glossa: « ne maleficia remaneant impunita », « iudex debet curare ut provincia quam regit malis hominibus sit purgata », « ne fiant mala exempla », « propter tumultum et scandalum evitandum », « ne cives ad arma veniant », « ne ludibrium fiat Principi vel legibus », e simili.

(24) Agli inizi del XIV secolo si pone, probabilmente, il momento fondativo di questa attitudine. Una massiccia produzione normativa fiorisce intorno allo scontro tra Enrico VII e Roberto d'Angiò, subito corredata da fondamentali interventi della dottrina (per tutti, il celebre *Consilium* di Oldrado da Ponte che muove dalla *Pastoralis cura* del 1314, e il commento di Bartolo alle costituzioni di Enrico del 1313, *Ad reprimendum* e *Quoniam nuper*, meglio conosciuta come costituzione *Qui sint rebelles*). Il quadro normativo è completato dalla clementina *Saepe contingit* (1314, datazione Kuttner) e dalla bolla *Romani Principes*.

organiche, ed agiranno poi nel senso di integrare sempre di più nella giustizia penale ordinaria i criteri tipici della giustizia repressiva del dissenso politico.

Anche lo schema paradigmatico del reato politico si fonda sulla legge (è con la legge che il sovrano manifesta la sua volontà, e impegna quindi se stesso davanti ai sudditi) e cresce dentro il sistema penale, mentre le istituzioni si trasformano, si specializzano, si modellano dentro una logica 'costituzionale', fino a far affacciare un'idea di stato ⁽²⁵⁾. Il paradigma del reato politico — che passa attraverso l'egemonia del 'suo' processo — si fa vettore di un 'principio dell'obbedienza', al quale fa da sponda l'affermarsi corrispettivo di un « severo disfavore per l'infrazione ». La sola disobbedienza alla legge penale diventa motivo di pena: cosa che appare del tutto ovvia ai nostri occhi, ma non era piccola novità, e fece grande fatica ad affermarsi, nel contesto di quelle società abituate ad un rapporto diverso con la dimensione del normativo, e a un altro modo di fare giustizia.

Le ragioni di fondo di questa trasformazione stanno, come è ovvio, nel potere politico del *princeps* (o della *respublica civitatis*, cioè di chi la governa) e nella logica espansiva di poteri pubblici istituzionalizzati (costituiti in apparato) e armati. Ma stanno anche in esigenze di prevenzione generale, pedagogiche, di rassicurazione dei sudditi, di ammonizione e terrizione, affidate al penale dell'ordine pubblico che invade la dimensione processuale; mentre il penale sostanziale, si direbbe per le stesse ragioni, si « peccatizza » progressivamente, facendosi etico e paternalistico ⁽²⁶⁾.

L'apparato svolge una funzione di 'modello', e progressiva-

⁽²⁵⁾ Un lungo discorso, destinato ad altra sede, potrebbe tentare uno schizzo dell'evoluzione da uno 'stato di giustizia' ad uno 'stato legale', fino ad arrivare allo 'stato di diritto': figure convenzionali, o *Idealtypen* difficili da ritrovare nelle concrete realtà storiche, ma utili per sistemare e comprendere gli orientamenti di fondo del rapporto tra giustizia e forme costituzionali dei sistemi politici.

⁽²⁶⁾ Questo è quanto mi sembra di cogliere negli esiti cinquecenteschi della progressiva affermazione dell'egemonico: le norme penali positive sempre più invasive e 'disciplinanti', quelle processuali ormai consolidate nella logica della repressione mutuata dal 'processo pensato per il nemico' (gli eretici, alle origini canonistiche; i ribelli, nel prosieguo degli stati). Ma si tratta, una volta ancora, di linee tendenziali, di scenari, o prospettive, che andranno precisate, circostanziate e messe con i piedi per terra.

mente induce una omologazione della giustizia negoziata 'tradizionale', che passo dopo passo finisce per colorarsi dei modi, dello stile — fino a farsi in fine assorbire nel tipo — della giustizia egemonica.

La forza egemonica della giustizia di apparato sta soprattutto nel fatto che essa si trova in forte correlazione con la forma costituzionale assunta dalle città nella loro più tarda fase, e poi con quella che sarà propria degli Stati dell'età moderna. L'osservazione delle linee costituzionali delle formazioni politiche ha fondamentale importanza nello studio del penale, perché esso tende a conformarsi, starei per dire necessariamente, alle logiche costituzionali dei poteri che lo esprimono. Il discorso si farebbe qui troppo lungo, se volessi tentare di analizzare le dinamiche delle formazioni statali di età moderna in area italiana, in relazione alle trasformazioni del diritto penale ed al mutamento di funzione che investe il processo. Come ho già avvertito sopra, è la stessa idea di giustizia che viene condotta ad una lenta ma radicale trasformazione, perché la natura stessa dei poteri egemoni implica una dislocazione di tutte le logiche di obiettivo dalle periferie verso il centro, dal basso verso l'alto, dal vincolo orizzontale alla soggezione verticale, dalle prassi relazionali come contesto del giudizio, all'apparato come matrice di esso. In termini *lato sensu* costituzionali, la verticalizzazione dei processi di potere che mano a mano investe gli stati dell'età moderna, e la produzione normativa che ad essa si collega, si fanno vettore di una sistema giudiziario modellato sui caratteri del penale egemonico; ne consegue la graduale instaurazione di una giustizia disposta ad ordinamento, gerarchizzata, con livelli centrali dominanti e livelli periferici delegati, orientata da tribunali apicali che tendono ad uniformare politiche giudiziarie, stili delle curie e prassi locali.

Vale la pena di ripetere che, tuttavia, e malgrado tutto ciò, solo una piccolissima parte dell'ideologia della composizione morirà per sempre. Il grosso permarrà, sia pure dentro un processo di progressiva marginalizzazione, e continuerà ad affiancare la giustizia egemonica di apparato mantenendo un rango 'quantitativo' di tutto rispetto. Non solo. Tra i due livelli sembra realizzarsi una vera e propria osmosi degli stili di condotta, nel senso che se la giustizia negoziata soffre l'egemonia della giustizia di apparato e ad essa insensibilmente si conforma, quest'ultima finisce per adottare più d'uno dei caratteri della prima. In particolare, l'ideologia del nego-

ziato sembra abbandonare la fase di avvio del processo e quella del suo svolgimento, per rifugiarsi nel momento dell'esecuzione penale. È a sentenza emanata e a pena stabilita che si riapre il *bargaining*, secondo una logica che è del tutto simile a quella che ispirava la giustizia negoziata classica: tornano in gioco i livelli di integrazione e di protezione, l'*intuitus personae*, la mediazione dei potenti, il ruolo della comunità, l'influenza della Chiesa, le risorse che è possibile mettere in campo e, perché no, l'arbitrio di chi ha il potere di decidere (27).

Il quadro è dunque ordinato e complicato allo stesso tempo. Linee di tendenza distinguibili e classificabili emergono con sufficiente chiarezza, a saperle vedere e cogliere, ma la distinzione deve tenere conto della complessità, e le classificazioni si presentano rischiose. Come spesso nella ricerca storica.

(27) L'ultimo contributo, ed uno dei più significativi, su questo punto, è il saggio di P. SCHUSTER, *Il funzionamento quotidiano della giustizia nel tardo medioevo: i registri contabili come fonte di storia criminale*, in «Quaderni Storici», 34, 1999, 102, pp. 749-779, nel quale si documenta (in relazione alla città imperiale di Konstanz) il massiccio intervento che il consiglio cittadino (che, bisogna dire, esprimeva il Tribunale), opera nella riduzione, commutazione e cancellazione delle pene irrogate in conseguenza di un giudizio, malgrado che nessuna previsione normativa consentisse di aprire trattative sulla fase esecutiva della pena stabilita dal tribunale, o di mutare una pena in un'altra meno affittiva o meno onerosa. Occorre dire, però, che il saggio di Schuster riguarda la metà del secolo XV, che in tutta l'area tedesca è fase di egemonico debole. Sarebbe interessante vedere che cosa sarà di queste pratiche una volta affermatasi la *Carolina*, che apre in quelle stesse aree una contrastata fase di egemonico forte.

‘DETERIOR EST CONDICIO FOEMINARUM’.
LA STORIA DELLA GIUSTIZIA PENALE
ALLA PROVA DELL’APPROCCIO DI GENERE (*)

Per lungo tempo la storia del crimine e della giustizia criminale ha ignorato, senza neanche accorgersene, i profili di genere dell’oggetto che trattava. Quel vuoto si è placidamente installato nella ricerca storica non soltanto, come pur giustamente si dice, in ragione dei deboli segnali che salivano dalle fonti, o per la mediocre sensibilità di una storiografia che guardava altrove. Esso aveva alle spalle una opzione scientifica determinante che gli veniva dalla criminologia, per la quale l’universo della questione criminale era, ed è rimasto, un universo fondamentalmente maschile e mascolino (Pitch 2002, p. 171).

In un quadro di convinzioni scientifiche fondate su un’apparente evidenza, gli storici si sono mossi assecondando la corrente. Non hanno preso molto sul serio l’approccio deterministico di tipo psicobiologico, ma ne hanno inconsapevolmente assecondato gli esiti, avallando il presupposto che faceva della questione femminile, rispetto al fenomeno criminale, una questione marginale, scontata, poco significativa. Modesto peso sociale, inesistente peso politico, e quindi scarso interesse storico.

Quell’approccio ha reso superflue, o ingenuie, domande del tipo: perché le donne sembrano delinquere poco? Perché si discostano dagli standard? Perché rappresentano un’eccezione? E perché le

(*) Mantengo in questa stesura il tono e la maniera discorsiva della relazione di Pontignano. Inserisco tuttavia alcune note, rimaneggiando appena l’ordine delle cose dette nel Convegno, in modo da tenere conto delle osservazioni emerse dalla discussione che seguì.

‘donne delinquenti’ sembrano così poco donne? Simili domande avevano in sé l'impronta distorsiva di una visione retrostante nella quale c'erano già tutte le risposte: e le risposte si riferivano immancabilmente alla dominanza maschile, alla ‘diversità’ biologica e psichica delle donne, al loro marginale ruolo sociale.

Gli storici, prima che la proposizione di un approccio *di genere* li impegnasse ad interrogarsi meglio, e con domande nuove, si sono limitati a stare a quelle che apparivano come evidenze statistiche. Le fonti sembravano mostrare l'esistenza di reati tipicamente femminili, dentro un quadro di ‘accessorietà della criminalità delle donne’ e di *quantités négligeables*. Si proiettavano così in età storica i paradigmi della criminologia corrente (o quanto meno i loro esiti), fondati sulla biopsicologia applicata *alle sole donne* e tenuti insieme da una convinzione di ‘anomalia’ rispetto alla presenza femminile nel fenomeno criminale. Inutile dire che questo modo di impostare la questione ha *falsato* lo studio della criminalità *nella sua interezza*, e non soltanto quello della sua porzione femminile.

Vale la pena di rifletterci. Io affronterò la questione delle *quantità* statistiche che emergono dalla ricerca storica e che dimostrerebbero la tesi della marginalità della questione femminile dentro la questione criminale. Considererò gli effetti distorsivi di alcuni presupposti e di certi metodi della ricerca nella storia della giustizia penale. Ragionerò infine *sui compiti* che si propongono agli storici della criminalità e della giustizia, *sui modelli di ricerca e di analisi* che è possibile praticare, *sui percorsi* suggeriti dalla odierna sociologia penale, che possono essere utilmente messi a frutto anche in una ricostruzione storica che non voglia ignorare o sottovalutare le domande poste dalle questioni di genere.

Le statistiche criminali.

Si sa, e si dice comunemente, che le donne sono seriamente sottorappresentate nelle statistiche criminali che è possibile trarre dai fascicoli processuali presenti negli archivi.

In realtà, le cifre percentuali della criminalità femminile sono molto variabili: nella Parigi del XV arrivano a toccare il 30% (Porteau-Bitker 1980); nel XVIII in Germania stanno sopra il 10% e raggiungono picchi del 35, in Inghilterra si aggirano sul 30%, così come in Baviera nel XVII (Behringer 1990), e stanno stabilmente sul

10% in altre realtà, salendo al 20% mediamente nel XX secolo europeo (Jutte 1991; Feeley 1994). La questione andrebbe dunque esaminata meglio, circostanziata, e guardata più da vicino. Ma è invalsa la convinzione che le quantità femminili nelle statistiche criminali siano sempre state minori e marginali: quasi una proiezione nei numeri d'archivio di una preconvinzione, tutta culturale, sulla 'capacità' delle donne in materia criminale.

Questa sottorappresentazione è stata, come sappiamo, argomentata con quello che possiamo chiamare il *deficit approach*. Le donne sono deboli, biologicamente e antropologicamente. Hanno gracilità mentale ed emotiva, mancano di ruolo e risorse, devono limitarsi a delinquere col corpo, secondo lo stereotipo della devianza sessuale, individuato come *carattere nascosto*, o movente implicito, di ogni forma di criminalità delle donne.

Accanto al 'deficit approach' stava l'idea della irrilevanza economica delle donne. La loro marginalità produttiva e la loro minore partecipazione alla vita extradomestica le avrebbe tenute lontane dal comportamento criminale ordinario. I reati delle donne sarebbero stati più che altro reati minori.

L'approccio microstorico ha creato distorsioni. Da casi singoli, o da ricerche svolte in aree ristrette e per periodi brevissimi, si è estrapolato un senso comune intorno al crimine femminile ed al suo trattamento, tanto suggestivo quanto fuorviante, tanto 'convincente' quanto debolmente fondato.

Quanto all'approccio statistico, esso non tiene conto:

a) *della cifra nera*: in alcuni aspetti della formazione della *cifra nera* c'è la risposta al nesso tra l'apparente 'assenza' delle donne che delinquono e l'orientamento ideologico del sistema punitivo. Voglio dire che possiamo dare per certe ripetute violazioni commesse da donne che vengono trattate 'alla paternalistica', e non finiscono nei conti della giustizia ufficiale: non subiscono cioè un trattamento di criminalizzazione secondaria (Baratta 1982, p. 161). Ci tornerò.

b) *del meccanismo istituzionale della produzione del crimine*: il crimine è il risultato di un processo sociale/istituzionale complesso. Non bastano l'atto, il gesto, o l'evento, per fare il crimine. Possiamo convincercene riflettendo sul fatto che tutti abbiamo violato, almeno una volta, qualche prescrizione penale (abbiamo commesso qualche reato, magari piccolissimo), ma questo non è bastato a fare di noi un

criminale, né a farci subire un processo penale. Non c'è stata criminalizzazione secondaria, non c'è stato etichettamento. Stante questa premessa, bisogna tenere presente il fatto che, nel caso della devianza femminile, lungo tutta l'età moderna ed anche oltre, vale il principio della sua sottrazione, ove appena possibile, alla giustizia penale pubblica.

La logica della 'creazione' del crimine, legata al modo con cui le istituzioni producono norme, ha dunque tenuto ai margini le donne per due vie: prima di tutto, non sottoponendole alla filiera della criminalizzazione secondaria, se non quando si fossero rese colpevoli di una *duplice violazione*; poi, non riconoscendo loro una autentica pericolosità, e quindi alleggerendo il catalogo dei crimini rispetto a comportamenti femminili capaci di danno, ma governabili all'interno delle gerarchie sociali, senza bisogno di ricorrere a giudici e gendarmi.

Una 'duplice violazione'. Può avvenire che la donna che commette un reato violi, insieme, anche regole riconducibili al suo ruolo femminile tradizionale. Deve aspettarsi allora un assai probabile avvio della criminalizzazione secondaria. Se poi il reato commesso è grave, non potrà sperare indulgenza. Sembra contare molto, nell'istituzione e nel funzionamento di un simile 'meccanismo punitivo', l'orientamento di una convinzione popolare che è in primo luogo convinzione radicata delle altre donne; tanto che una traccia forte dell'ostilità che la donna colpevole incontra per aver violato il codice della tenerezza, della dedizione, o della fedeltà, si trova proprio nella letteratura popolare 'di piazza' (Wiltenburg 1992), che infierisce su donne che « uccidono spietatamente mariti, padri e figli che impediscono loro di liberamente godere il mondo » (Baronti 1999, p. 199).

L'idea che ha prevalso, tuttavia, è quella della 'correzione' delle donne, per via domestica, paterna o maritale, disciplinare e preventiva: perché lo statuto della sottomissione femminile consentiva (esigeva) l'esclusione degli apparati civili pubblici dal governo della condotta delle donne. L'efficacia del controllo sociale primario, praticato nelle famiglie e convalidato da *moral entrepreneurs* molto accreditati (i parroci, innanzitutto), sembrava adeguata allo scopo, e consentiva di limitare il ricorso al penale ai soli casi in cui la madre, la moglie, la figlia, negassero radicalmente lo statuto della sottomis-

sione, contravvenendo al ruolo e oltrepassando i limiti convenzionali del loro *status*.

Quel sistema normativo, costruito a ridosso di una concezione sociale e culturale del *genere* come quella che caratterizzò l'età moderna, dominato dal maschile e in sostanza mascolino, tenne fuori — anche dal processo di criminalizzazione primaria — comportamenti femminili potenzialmente lesivi, nella convinzione di poterli 'addomesticare' col solo mezzo della *vis viri*, dentro il rassicurante recinto della *potestas paterna vel maritalis*.

c) *del carattere ideologico della criminalizzazione secondaria*: la quale è l'effetto — per quanto riguarda le donne — di un processo storico di percezione e di una 'selezione sociale', che esclude tendenzialmente le donne conformi allo stereotipo della soggezione, e che è capace di condizionare pesantemente il rapporto tra le azioni delittuose e il loro trattamento processuale. La verità è che i dati statistici sono utili come qualificatori dell'analisi storica, ma assai pericolosi se assunti come sola o principale base di essa. Inoltre, quando si tratta di comportamenti criminali, l'approccio statistico rischia di raddoppiare l'handicap storico della condizione femminile, già penalizzata da una minore visibilità in età moderna, a cui si aggiungerebbe la seconda penalizzazione di una minore visibilità aggiuntiva, relativa alla donna deviante, che esiste, ma è certamente, e seriamente, sottorappresentata nei registri delle polizie o negli archivi dei tribunali, per le ragioni che ricordavo qui sopra.

È dunque debole il criterio della 'scarsità dei delitti femminili documentati' messo a principale fondamento della storiografia del crimine e della giustizia criminale. Nel crimine di stregoneria abbiamo l'80% di donne *per gli stessi motivi* per cui non troviamo donne nei processi per lesa maestà. Tuttavia, la scoperta della fallacia quantitativa non ci regala nessuna conquista storiografica: la notizia che le donne violavano regole e norme più di quanto si era pensato finora, non ci dice molto che non sapessimo già del rapporto tra giustizia e società nell'Europa moderna. Ci dice che la storiografia che abbiamo alle spalle lavorava coi suoi pregiudizi e che l'approccio quantitativo è ingannevole. Io lo sapevo. Lo sapevo prima ancora di vederne le conferme venute dalle ricerche inglesi e, soprattutto, da quelle tedesche. Chiunque poteva leggerlo nei giudizi sessisti dei giuristi di diritto comune, perfettamente riecheggianti in

età moderna nella giustizia dei tribunali pubblici maggiori. Le ideologie sociali, di complessa origine, che fondano il dominio maschile e colorano di sé l'intero sistema punitivo fino a rendere 'inaffidabili' le fonti giudiziarie (se prese candidamente sul serio, senza la necessaria consapevolezza critica), sono state raffinate e tradotte in sistema normativo e giudiziario dai giuristi di diritto comune. Nelle loro opere l'*ideologia*, che nasce dalla falsa coscienza, può essere decostruita e aperta come un libro, e può fornirci la chiave che serve a decifrare gli effetti del suo dominio sulla società e sulla giustizia.

In più, non mi stancherò mai di ricordarlo agli storici delle società moderne, quei giuristi erano assai spesso intellettuali colti, critici, attenti; erano *esperti della realtà* ed *erano lì*, l'avevano sotto i loro occhi e la sapevano leggere molto bene. Non si abbandonavano volentieri a giudizi sui fatti, ma qualche volta lo facevano. Nelle loro opere, a cercare bene, ed a saperle leggere, si trovano indicazioni che solo anni di archivio, finezza e fortuna ci consentono talora di conseguire con le nostre ricerche.

Sul finire del Cinquecento, per fare un esempio, Prospero Farinacci, penalista attento alle cose, scrive (o meglio prescrive) che le donne di onesta condizione vanno trattate con favore e non devono essere incarcerate, specie se il delitto non è *atrox*: il giudice che incarcerava una donna onesta *contra iuris dispositionem* — scrive — dovrebbe essere punito *capitaliter* (Farinacci 1589, n. 44). Aggiunge però che di fatto, nel suo tempo, il principio non si praticava più — almeno per i delitti gravi —, e che alle donne non era neanche riconosciuto il beneficio, un tempo regolare, della reclusione in un monastero; così come poteva capitare che, specie nelle comunità minori, le donne fossero punite per le loro *licentiae* con pene irregolari (Farinacci 1589, n. 52). Quest'uso nuovo, tuttavia, soggiunge Farinacci, non è senza eccezioni. A Milano (lo attesta Giulio Claro), a Napoli (lo dice Tomaso Gramatici), a Roma (lo ha deciso lui stesso), si usa diversamente, se sembra il caso, nei confronti di qualche donna « *nobilis vel honestae conditionis* ». Può capitare che vengano custodite « *aliquando in monasterio, aliquando in domo alicuius honestae mulieris* » (Farinacci 1589, n. 54). Inutile dire che nessun riguardo si deve avere « *in muliere meretrice, vel inhoneste ac luxuriose vivente* », anche se il reato è lieve: per essa non vale il

fatto che il *Codex* usi l'espressione « nulla mulier », nessuna donna: perché, dice Farinacci, *mulier* va intesa qui come fosse *materfamilias*, ad esclusione delle donne che hanno infranto le regole morali proprie del loro sesso. Si può ammettere un'eccezione soltanto per le *meretrices maritatae* (Farinacci 1589, n. 56), a patto che il loro marito sia « ignorans et non particeps meretricii ac inhonestae vitae quam tenet uxor »: solo in questo caso, « ob mariti reverentiam » l'apparato (il giudice, il carcere) manterrà il « respectum personae viri », condividendo con lui il compito di ridisciplinare la donna.

Cose non molto diverse, dopo ricerche accurate, lunghe e magari anche faticose, hanno appurato Jennifer Kermode e Garthine Walker per l'Inghilterra moderna (Kermode e Walker 1994), o Gerd Schwerhoff per Colonia (Schwerhoff 1993). Autori di eccellenti studi nei quali scoprono — e documentano — che la giustizia cittadina è molto severa con *certe* donne (di inonesta condizione) e che esagera — andando contro lo *ius*, avrebbe aggiunto qualche criminalista —, sia praticando *troppa* indulgenza con alcune donne, sia mostrandosi *troppo* rigorosa con certe altre.

Torno al punto. Sappiamo che le quantità che troviamo negli archivi sono talora ingannevoli: quelli che sembrano numeri sono assai spesso soltanto residui. Ci siamo convinti della necessità di prendere qualche critica distanza dalle fonti giudiziarie, e non solo per via della loro inaffidabilità quantitativa (Sbriccoli 1988). Lo sforzo va fatto in altre direzioni, partendo dalla critica delle fonti, ma non perché possono essere fuorvianti: le fonti a guardarle bene, ed a guardarle tutte (comprese le dottrinali), criticamente e con buon metodo, diventano specchi: è quel che riflettono che va affrontato con finenze nuove.

Intanto dobbiamo ammettere che alcuni dei metodi “nuovi”, che molto vengono praticati, portano con sé alcuni effetti distorsivi. Io ho critiche da fare alla *case history* applicata alla storia (criminale) di genere, per via dei suoi (inconsapevoli?) rischi deformativi. La ricerca di genere nel campo della storia del crimine e della giustizia criminale è condotta spesso col metodo della storia micro. La sua logica è quella di proporre con grande forza il coevo (di allora) stereotipo della devianza femminile, che invariabilmente invoca dallo storico una risposta stereotipata. Giulia Calvi ci ha proposto, nella sua introduzione, riflessioni molto efficaci, nelle quali ho colto

una sequenza che metteva di seguito, le une accanto alle altre, *microstorie* e storie ‘sfuocate’.

Prendiamo l’infanticidio. Utili i primi *case studies*, che ci hanno chiarito alcune dinamiche (il ruolo delle cerchie delle donne, il peso delle reti parentali) ed hanno precisato alcuni contesti, con ordinate messe a punto delle ragioni delle infanticide. Meno utili, e poi stucchevolmente ripetitivi, i *remakes* sulle ‘madri assassine’ o sulle sedotte sventurate. I *cases* non ci hanno fatto fare molta strada. Progressivamente — e ineluttabilmente — hanno prodotto una vulgata dell’infanticida come vittima, che ha filtrato e fatto slittare nella ricostruzione storica lo stesso pregiudizio che essa subiva/soffriva nel suo lontano contesto. Intorno alla casistica del crimine è fiorita, e presto sfiorita, una storiellografia un po’ stereotipata che cercava di farci sapere cose che sapevamo. Molto di più ci avrebbero dato ricerche sull’evoluzione della disciplina materiale dell’infanticidio, che ha di fatto accompagnato la trasformazione delle pratiche e delle politiche penali nell’Europa continentale: ne abbiamo ora una, assai recente, che documenta elementi materiali che sarà difficile ignorare o aggirare (Hanlon 2003). E molto di più potremmo aspettarci da studi sulle pratiche sociali e sulle politiche penali che finirono per accompagnarle, del genere di quelli che dalla fine degli anni settanta hanno affrontato la ‘depenalizzazione’ di fatto dell’infanticidio nell’Inghilterra tra Sette e Ottocento (Langer 1979, Rose 1986): perché si colloca nel XVIII secolo una discussione — che andrebbe meglio studiata, se non altro per la sua valenza prodromica rispetto alla ‘depeccatizzazione’ del diritto penale — dalla quale prese avvio una inclinazione depenalizzatrice in ordine all’eresia, ai conflitti familiari, alla sessualità pre-matrimoniale, alle *paillardises* ed anche all’infanticidio. Stava ruotando sul suo asse lo stereotipo femminile, sostiene Wolfgang Behringer, ed era la giurisprudenza a farsene carico: le donne cominciavano ad essere vissute come ‘vittime’ di regole irragionevoli e di condizionamenti esterni, dopo essere state a lungo considerate inclini al peccato e fautrici di colpe altrui, in ragione dell’*infirmetas sexus* e del carattere impresso su di esse dal peccato originale (Behringer 1995, p. 79).

Ho critiche da fare alla riduzione della storia del fenomeno criminale a mera storia sociale della criminalità. Il profilo della repressione, rispetto al crimine, è — se mi spiego — *costitutivo*,

perché il crimine non può essere concepito né tematizzato, lontano dal quadro normativo penale e fuori dall'ordine giuridico punitivo. È disancorando la questione criminale dal suo naturale contesto *normativo* che si convalidano i tre fondamentali stereotipi criminologici che hanno a lungo fuorviato gli studi di storia del crimine e della giustizia criminale, nel loro *coté* di genere:

a) le donne delinquono pochissimo

b) per via della loro indole psicobiologica, e della loro condizione 'sociale'

c) in ragione del loro marginale ruolo pubblico (secondarietà delle donne nel campo della produzione e delle altre funzioni sociali rilevanti ed 'esterne' alla cerchia domestica).

Il ruolo giocato dal diritto. — Bisogna fare attenzione ai meccanismi di selezione giuridica ed istituzionale, *che sono i principali responsabili* della scarsa presenza femminile nei tribunali. E il primo, decisivo, dispositivo di selezione è certamente il diritto, ed in particolare il diritto penale dottrinario, insieme alle pratiche processuali di età moderna.

Ci chiediamo: il diritto, strumento neutro e universale — si dice — ha rilievo sulla condizione delle donne? E lo studio storico ne ha tenuto conto?

Nel "trattamento" penale dei comportamenti femminili le *rap-presentazioni giuridiche* della donna hanno un peso determinante. È il diritto che disaggrega la nozione di donna separando lo statuto della nubile, della maritata e della vedova, della figlia di famiglia o dell'emancipata, con conseguenze non trascurabili nella formazione dei soggetti e nella elaborazione della loro stessa autocoscienza. Si può dire che l'intera condizione femminile è prodotta, condizionata, *costituita*, dal diritto, non meno che dall'opinione e dalle ideologie sociali. È difficile dire, del resto, quanta sia stata la parte del diritto nella formazione di quelle ideologie: è innegabile il peso avuto dal diritto canonico, e dalla cultura che lo supportava, così come pesò la recezione del diritto romano, che ha fatto da freno forte ed efficace — per secoli — alla evoluzione della disciplina dei rapporti tra i sessi e, di riflesso, alla stessa trasformazione della qualità di quei rapporti. Le sentenze della Cassazione che — ancora agli inizi del novecento! — si oppongono all'idea che una donna possa fare l'avvocato (casi

Poet e Labriola) si basano su decine di citazioni di massime di giuristi romani.

Tutto ciò si deve non solo al semplice contenuto delle regole. Si deve al fatto che il diritto è stato tenuto lontano dalle donne e le donne lontane dal diritto fino a ieri; e non è mai esistita, per le potenziali eccezioni femminili, una ‘porta laterale di accesso’ al diritto, come c’è stata per la medicina, per le scienze della natura, per il sapere religioso, per le lettere, per le arti o per altri settori minori della conoscenza, nei quali qualche donna ha potuto impegnarsi, eccellere, e costituire una ‘storica anomalia’. Il diritto è ‘maschile’ e mascolino, e inattingibile al di fuori delle sue logiche formative interne. Si è caratterizzato sulla base del potere e del volere, sulla logica del comando, sulla struttura del normativo: e potere, volere, comando e normazione hanno avuto da sempre una indicazione maschile, gelosa e protetta con ogni mezzo possibile.

Si è trattato di una esclusione culturale poggiata su una robustissima base ideologica. Non — si badi bene — nel senso della ‘esclusione’ da uno strumento fortemente connesso al ‘potere’ al fine di conseguire una generica esclusione delle donne dal potere. La lontananza del diritto dalle donne e l’estromissione delle donne dal diritto ha a che fare piuttosto con i fondamenti di una opzione radicale, antropologica prima, e poi ideologica e culturale. Le donne, come sappiamo, non sono state *tutte e sempre* emarginate, in quanto tali, dal potere: in età moderna abbiamo regine e feudatarie, leaders di imponenti comunità religiose e grandi fondatrici, donne proprietarie e donne notabili; abbiamo avuto donne maestre di teologia e donne condottiere, più di un’imperatrice e, sembra, persino una papessa. Ma nessuna donna mai è stata ammessa al sapere giuridico. Eleonora di Arborea, la mitica giudichessa della fine del XIV secolo, non era neanche lontanamente giurista e non faceva propriamente il giudice: i Giudicati erano signorie territoriali, e la *Carta de logu* che accompagna il suo nome fu solo il risultato della politica riformatrice sua e di suo padre Mariano IV, e venne di certo redatta da qualche giurisperito maschio. Solo sul finire del secolo XIX, e con lo strascico di accanite resistenze, qualche donna si avviò al mestiere di avvocato. In Francia fu necessaria nel 1899 una legge *ad personam* perché Jeanne Chauvin potesse esercitare in tribunale (Catinat 2003, pp. 353-54), ed in Italia Lidia Poet prima,

nel 1883, e Teresa Labriola poi, nel 1912, vennero tenute puntigliosamente fuori dagli ordini professionali (Canosa 1978, pp. 26 ss), con sentenze tonitruanti e ridicole, delle quali è difficile dire se intendessero difendere un traballante *status quo*, o se non trasudassero semplicemente una sconcertante misoginia. Né possiamo dimenticare che in questo Paese le donne hanno potuto accedere alla magistratura ben diciassette anni dopo che la Costituzione della Repubblica era entrata in vigore, vent'anni dopo che avevano cominciato a votare.

Il controllo sociale primario. — Le ragazze subiscono, da sempre, un complesso di controlli imparagonabili a quelli riservati ai maschi. Anche le donne adulte hanno (sempre avuto) libertà minori rispetto agli uomini, se non altro per il vincolo pratico — ma anche simbolico — della vita domestica e familiare. È un controllo che nasce in ambito domestico ed è coerentemente prolungato dalle altre 'istituzioni' (la comunità, la chiesa) con cui le donne sono state storicamente in rapporto.

Quanta criminalità femminile è assorbita a livello di controllo sociale in età moderna? E quanto di quello che è stato chiamato *infragiudiziario*, con termine fuorviante ed abusivo (Sbriccoli 2001, p. 349), è in realtà controllo sociale? Si impone una riflessione sul rapporto tra processo di criminalizzazione primaria e genere, cioè sulla configurazione *come reato* di determinati comportamenti, una volta che essi siano tenuti da donne.

Nella fase delle *pratiche*, sotto il dominio del sistema di diritto comune in età moderna, l'idea che la condotta incriminabile dovesse recare con sé, indissolubilmente, i caratteri del dolo e del danno, contribuì a rendere marginale l'apporto 'criminale' del comportamento femminile, concepito come naturalmente confinato in aree — non esterne, non pubbliche — nelle quali la possibilità di recare danno sembrava assai circoscritta. Assumo ad esempio quelli che in Francia si chiamavano *delitti forestali*, ricompresi in Italia, alla grossa, nella categoria del *danno dato*: nel mondo rurale degli antichi regimi italiani il compito di 'attingere' alle proprietà private e pubbliche per il *prelevamento di beni trascurati* o privi di apprezzabile valore economico (spigolatura, legna caduta, erbe commestibili e frutti spontanei) viene quasi interamente assunto dalle donne: si

tratta formalmente di reati contro la proprietà che, per il fatto di essere molto praticati e poco repressi vengono ridotti al rango di quelli che avremmo in seguito designato come *illegalismi*. La difficile misurabilità del danno e l'ardua dimostrabilità del dolo tenevano le donne al riparo dalla risposta repressiva. Sarà l'avvento del regime della legge, a cambiare le cose: riavuto il suo carattere di *crimine* — come avvenne per i furti di legna in Renania, resi celebri dal giovane Marx — l'appropriazione di beni trascurati o marginali divenne, con l'avvento del Regno d'Italia, uno dei terreni privilegiati del disciplinamento giuridico delle donne attraverso il penale.

Non basta. L'affiancamento al sistema normativo penale di un robusto (ed egemone) ordine normativo etico e comunitario, finiva per assorbire in esso — nella sfera del peccato, del disordine, della irregolarità, dell'anomalia censurabile — una parte notevole della devianza femminile, che veniva così sottratta ai processi di criminalizzazione. E non si può escludere che la censura morale, e la sanzione 'medicinale' che ne conseguiva — a scanso, però, dell'intervento penale — coprisse non solo i comportamenti licenziosi, la fornicazione, il concubinato, talvolta l'adulterio, ma anche i *petty crimes* commessi da donne saldamente integrate, e perciò 'protette', nelle comunità di villaggio. È il caso delle ingiurie verbali *tra donne*, delle quali si trova ben rara traccia negli archivi, mentre è innegabile il loro rilievo quando l'ingiuriato è un uomo, ad opera di un altro uomo.

L'insinuazione patologica. — Trascorsa la fase delle *pratiche*, una volta affermatosi nel penale il dominio *esclusivo* della legge, la devianza femminile è stata spesso assunta come conseguenza di una "patologia" psicologica, quando non psichiatrica.

Sulla scorta di questi elementi possiamo dire — paradossalmente — che se la devianza criminale delle donne è molto minore di quella degli uomini, ciò è dovuto anche al fatto che alle donne sono impediti molti più comportamenti che non agli uomini. La criminalizzazione primaria è stata costruita su modelli comportamentali maschili, non femminili, confinando la devianza femminile dentro schemi suoi propri (moralì, umoralì, 'incolpevoli') che l'hanno tenuta lontana dall'ordine penale strettamente inteso. Una lettura tutta maschile della possibili trasgressioni femminili, insieme alla loro

esclusione dall'orizzonte della *pericolosità* (considerata soltanto in ordine al sistema dei valori, delle sensibilità e degli interessi del mondo mascolino), ha fatto sì, per esempio, che nella ossessione per la sodomia che attraversa l'età moderna e dilaga nell'opera dei criminalisti tra Cinque e Seicento, l'omosessualità femminile sia stata largamente tenuta a margine, se non del tutto obliterata. Molti giuristi si nascondono dietro il *nefandum* — ciò che non si deve dire — e non ne parlano affatto. Qualche canonista che vi fa cenno inclina a configurare come *mollities* i rapporti sessuali tra donne (Sinistrari 1700, nn. 9-10), e propone di punirli con pene correzionali minori (fustigazione, lunga reclusione domestica, *relegatio in monasterium*), mentre riserva agli uomini l'« atrocissimum sodomiae crimen, igne puniendum ». C'è però da aggiungere che Ludovico Sinistrari, abbracciando una spericolata teoria sul corredo anatomico delle « mulieres androgynae [...] mutatae in mares » considera *crimen sodomiticum* quello che una donna potrebbe commettere *fisice copulando* con un'altra (Sinistrari 1700, n. 18).

Modelli di ricerca. — La lezione della sociologia penale “sensibile al genere” degli anni settanta/ottanta del Novecento è di grande utilità per affrontare in termini nuovi i profili di genere della storia del crimine e della giustizia criminale. Dalle osservazioni di quella sociologia penale è possibile trarre indicazioni per la costruzione di modelli di ricerca utili alla messa in opera di una “criminologia storica” che aiuti a capire.

Molto fruttuosi gli studi rivolti alla vittimizzazione femminile, specie per quanto riguarda i crimini occulti che le donne subiscono in casa, in famiglia, sui luoghi di lavoro. Ne emerge un universo di oppressione nascosta che non è estraneo alla commissione di reati da parte di donne che hanno alle spalle un vissuto di vittime di violenze occulte domestiche e familiari (Pitch 2002, pp. 174-75).

Meno conclusivo, ma egualmente fertile anche per gli storici, il quadro fornito dalla sociologia penale rispetto alla risposta giudiziaria riservata alle donne che commettono reati. Ancora oggi, come per *regula iuris* è costantemente avvenuto in età storica, le donne sembrano godere di un '*favor processuale*' rispetto agli uomini, in ragione di una loro presunta minore pericolosità, perché più degli uomini condizionabili da circostanze esterne, o perché ritenute

meglio recuperabili rispetto ad essi. Tale minore severità, però, sarebbe applicata soltanto a donne che non escano dallo stereotipo femminile (madri, figlie, mogli “normali”). « Viceversa, quando le donne autrici di reato deviano anche rispetto al ruolo femminile tradizionale, allora la severità sarebbe maggiore che non rispetto agli uomini, a parità di reato » (Pitch 2002, p. 176). Non ci si allontana, come si vede, da costanti che fin dall’età moderna sono state assunte, specificate ed applicate, nelle indicazioni dei criminalisti di diritto comune, e di regola praticate in sede di giustizia.

In un simile quadro, la riflessione della moderna sociologia criminale può essere molto utile per la individuazione delle dinamiche e dei moventi non dichiarati di quelle pratiche, offrendo una chiave possibile per la loro lettura. Una chiave che non va considerata a rischio di anacronismo, perché il rapporto tra la giustizia penale e il mondo femminile, collegato ad una certa concezione della società e del ruolo che in essa sarebbe ‘tipico’ delle donne, appare caratterizzato da una tenace lunga durata.

Ma il contributo forse più rilevante di quella sociologia penale sta semplicemente nel fatto di aver tematizzato con forza la questione ‘genere e giustizia penale’. Ne è nata una interrogazione sul femminile e sulle donne — e per converso sul maschile — che, colmando una lacuna presente nelle riflessioni tradizionali, promette risultati nuovi. L’implicito sta in un fermo invito a rinnovare il modo di porsi davanti alle questioni storiche che racchiudono una rilevante questione di genere.

Infatti, se non sbaglio, la debolezza dei profili di genere nella storia del crimine e della giustizia criminale non deriva dalle fonti (marginalità della presenza femminile), né nasce dalle regole che governavano quei sistemi o dalle prassi giudiziarie che a quelle regole davano seguito. Essa deriva dal modo con cui la storiografia ha affrontato questi temi, e sta nei paradigmi messi in atto nell’indagine storica. Se potessi usare un modo spicciativo, direi che la marginalità del femminile che gli storici hanno creduto di trovare nelle fonti è in realtà un riflesso della marginalità del femminile che essi hanno in testa, o che — nel migliore dei casi — aduggia i loro modelli di indagine. Con ciò — aderendo ad una preoccupazione della sociologia penale ‘sensibile al genere’ — voglio dire che non basta mettere più donne nelle nostre ricerche. Il potere distorsivo di

certi modelli di storiografia penale e criminale non si compensa, come dice Tamar Pitch, con la formula “aggiungere le donne e mescolare”. Il compito (non piccolo, non facile) è quello di ricalibrare modelli e paradigmi, confrontandoli seriamente con le conseguenze che su di essi ha prodotto l’obliterazione dei profili di genere.

Culture maschili. — Un’indicazione robusta è venuta in anni recenti dalla storiografia di genere: per riorientare i nostri modelli di ricerca, specie su un terreno come quello della storia criminale e penale, occorre volgere lo sguardo alla identità sociale e culturale maschile, alla sua costruzione, alle sue manifestazioni storiche, alle sue contraddizioni. Non entrerà in questo campo nel breve spazio di queste sintetiche osservazioni. Buoni studi sono avviati, anche in Italia (Bellassai e Malatesta 2000; Arru 2001), e la questione è saldamente posta. Mi limito dunque ad un solo aspetto, che nelle riflessioni sulla identità culturale maschile è certamente implicato, ed è in prima linea.

La *violenza fisica* è uno dei *topoi* centrali nella ricerca sul crimine e sulla giustizia criminale. Non è esagerato dire che i sistemi di giustizia degli Stati moderni si sono strutturati e sono cresciuti orientandosi principalmente nella direzione di governare, dominare e comprimere pratiche di violenza fisica presenti al loro interno a livelli non tollerabili. Tanto che l’avocazione agli Stati del monopolio dell’esercizio (legale) della forza segna una delle date fondamentali nella storia del penale.

Si conviene comunemente tra gli storici della criminalità che l’uso della violenza fisica corrisponda ad una dimensione interamente e tipicamente maschile. Peraltro, numerose ricerche hanno mostrato che l’uso della violenza non è del tutto estraneo al mondo femminile: è presente nei conflitti tra donne di simile o differente stato sociale, tra donne e uomini in genere, all’interno della vita familiare. Né si può dire che le donne siano estranee al fenomeno della ‘violenza quotidiana’, nelle comunità minori, nelle città: sono coinvolte nel diffuso impiego della violenza nei conflitti tra vicini, nei quali il denominatore comune sembra stare prevalentemente in un *rigido codice di onore*, anche quando le ragioni vere e sottostanti siano di ordine ‘economico’, o di altro genere ancora.

Accanto all’uso della violenza *come risorsa* (in una logica acqui-

sitiva di beni o di vantaggi), sembra essere l'onore la posta messa più spesso in campo, a fare da collettore dei moventi più eterogenei, che vengono così inquadrati dentro un unico, ma largo, codice di trasmissione. Ma come la violenza è un codice di comunicazione strutturato al maschile, così anche l'onore, cui la violenza fa da complemento, viene declinato (anche quando è brandito da donne) secondo le sue connotazioni maschiline. Il terreno che lo nutre è la competizione, le ragioni che lo muovono sono quelle dell'acquisto o della perdita, il codice che lo regola attiene al dominio ed all'ansia di sovrastare oppure, cosa che perfettamente vi corrisponde, all'angoscia dell'inferiorità e del sottostare. Stiamo parlando, credo, dell'insicurezza degli uomini.

Di regola questi conflitti iniziano con alterchi verbali e si concludono con scontri fisici che non raramente sfociano in un omicidio. Il passaggio all'atto violento appare correlato sostanzialmente alle condizioni sociali dei protagonisti, ed ha prodotto formule storiografiche quali 'violenza ritualizzata' o 'liturgia della violenza'. Ne fanno parte la 'comunicazione rissosa' (*ladro, canaglia, vigliacco, puttana*), il rito della *ritorsione* (che non coincide interamente con la categoria della *vendetta*), il ricorso drammatizzato al coltello, in un quadro di fondo che è, come dicevo, principalmente *competitivo*: perché l'onore maschile è per sua natura impostato sulla competizione, ed è in ultima analisi il prodotto dell'impulso dell'*avere* coniugato al terrore del *perdere*. Decisivo e centrale, come sappiamo, nella vita di quelle comunità, perché esso — l'onore — era l'unico 'bene generale': chiunque, per quanto misero fosse, aveva il suo, prezioso per l'immenso potere *compensativo* che gli era proprio, ma precario e fragile, e quindi sempre a rischio, da difendere ogni giorno su mille fronti. La violenza era la sua ineluttabile compagna, tanto che sarebbe difficile dire a quale dei due codici si debba la strutturazione dell'altro.

A scala europea, bisognerà attendere il XVIII secolo per cogliere i primi segni di una trasformazione della cultura della violenza. Dettero i loro frutti la lunga opera di disciplinamento messa in atto dagli apparati repressivi, e la crescita egemonica della giustizia penale pubblica, che arrivò a conseguire, sia pure a fatica, il riconosciuto monopolio della violenza legale. Dette i suoi frutti l'opera di sostituzione che il penale egemonico riuscì a realizzare, convin-

cendo i consociati ad affidare al potere pubblico la 'vendetta', la cancellazione dell'onore, e quindi la difesa dell'onore, inteso nel suo senso più largo.

Nella lunga fase dell'Europa protomoderna e moderna, infatti, la violenza venne messa progressivamente, ma assai lentamente, sotto l'effettivo governo del diritto. In ogni caso, la violenza regolata con il processo e con la pena fu principalmente quella delle ingiuste e rilevanti aggressioni fisiche e dell'omicidio. La violenza minore, quotidiana, e per così dire 'funzionale' ed 'operativa', rimase quasi interamente esclusa dal controllo penale; anzi, operò essa stessa come mezzo di controllo sociale: una risorsa tra le altre nella regolazione dei conflitti, strettamente correlata ad una *self-representation* della virilità, dispositivo necessario alla credibilità ed al successo di quella regolazione.

Tutto ciò ci mette in presenza, dunque, di un codice maschile di azione e di comunicazione che si è fatto 'antropologico', permeando pratiche e culture, senza risparmiare ovviamente il mondo femminile. La violenza può essere considerata in qualche modo quasi un precipitato del dominio sociale maschile, che ha finito per infiltrarsi pervasivamente nell'intero corpo sociale: un elemento strutturale di quelle società, culturalmente egemonico per lunghissimo tempo, che pone almeno un problema agli storici (ed alle storiche).

Posso formularlo così: un dato fondante della cultura di una società, innervato profondamente nella sua vita associata, trasformato in ideologia generale, senso comune e quindi irrimediabilmente egemonico, può essere assunto come dato distorsivo di quella realtà all'atto della sua ricostruzione storica? Voglio dire: questa egemonia delle pratiche maschili e dell'ideologia mascolina, va assunta come un elemento falsificatore della vita associata? Il fatto che abbia orientato la giustizia penale delle società moderne, va preso come una anomalia da correggere — per così dire — in sede storiografica? Certamente no. Va però fatto emergere e tenuto presente, valutato e tarato, perché non si fraintendano evidenze particolari, quali — per tornare al punto di partenza — l'ingannevole marginalità delle donne nelle statistiche criminali e la loro apparente irrilevanza nell'ambito della giustizia penale.

Bibliografia

- ARRU, Angiolina (a cura di), *La costruzione dell'identità maschile nell'età moderna e contemporanea*, Roma, Biblink, 2001.
- BARATTA, Alessandro, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Bologna, Il Mulino, 1982.
- BARONTI, Giancarlo, *Serpi in seno: figure e fantasmi di donne criminali nella letteratura di piazza*, in: *Il delitto narrato al popolo. Immagini di giustizia e stereotipi di criminalità in età moderna*, a cura di Roberto De Romanis e Rosamaria Loretelli, Palermo, Sellerio, 1999, pp. 199-218.
- BEHRINGER, Wolfgang, *Mörder, Diebe, Ehebrecher. Verbrechen und Strafen in Kurbayern vom 16. bis 18. Jahrhundert*, in: *Verbrechen, Strafen und soziale Kontrolle*, a cura di Richard van Dülmen, Frankfurt a. M., Klosterman, 1990, pp. 85-132.
- BEHRINGER, Wolfgang, *Weibliche Kriminalität in Kurbayern in der Frühen Neuzeit*, in: *Von Huren und Rabenmüttern. Weibliche Kriminalität in der Frühen Neuzeit*, a cura di Otto Ulbricht, Köln, Böhlau, 1995, pp. 215-229.
- BELLASSAI, Sandro e MALATESTA, Maria (a cura di), *Genere e mascolinità. Uno sguardo storico*, Roma, Bulzoni, 2000.
- CANOSA, Romano, *Il giudice e la donna. Cento anni di sentenze sulla condizione femminile in Italia*, Milano, Mazzotta, 1978.
- CATINAT, Anne Laure, *La féminisation du barreau de Paris de 1900 à 1939*, in: *Femmes et justice pénale, XIX^e-XX^e siècles*, a cura di Christine Bard, Frédéric Chauvaud, Michelle Perrot e Jacques Guy Petit, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2003, pp. 353-354.
- FARINACII, Prosperi, *Variarum quaestionum et communium opinionum criminalium liber primus*, Venetiis, Io. Variscus & Paganinus de Paganinis, 1589, *Quae.* 27.
- FEELEY, Malcolm, *The Decline of Women in the Criminal Process: A Comparative History*, in: *Criminal Justice History*, 15, 1994, pp. 235-274.
- HANLON, Gregory, *L'infanticidio delle coppie sposate in Toscana nella prima età moderna*, in *Quaderni Storici*, 38, 2003, n. 113, pp. 453-498.
- JÜTTE, Robert, *Geschlechtsspezifische Kriminalität im Späten Mittelalter und in der Frühen Neuzeit*, in: *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, Germ. Abt., 108, 1991, pp. 86-116.
- KERMODE, Jennifer e WALKER Garthine, (a cura di), *Women, Crime and the Courts in Early Modern England*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1994.
- LANGER, William L., *Infanticidio: una rassegna storica*, pubblicato in appendice a Thomas Mc Keon, *L'aumento della popolazione nell'era moderna*, Milano, Feltrinelli, 1979.
- PITCH, Tamar, *Le differenze di genere*, in: *La criminalità in Italia*, a cura di Marzio Barbagli e Uberto Gatti, Bologna, Il Mulino, 2002.
- PORTEAU-BITKER, Annik, *Criminalité et délinquance féminines dans le droit*

- pénal des XIII^e et XIV^e siècles*, in: *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, LXIII, 1980, pp. 13-56.
- ROSE, Lionel, *The Massacre of Innocents. Infanticide in Britain 1800-1939*, London, Routledge & Kegan Paul, 1986.
- SBRICCOLI, Mario, *Fonti giudiziarie e fonti giuridiche. Riflessioni sulla fase attuale degli studi di storia del crimine e della giustizia criminale*, in: *Studi storici*, XXIX, 1988, n. 2, pp. 491-501 [t. II, pp. 1135-1149].
- SBRICCOLI, Mario, *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*, a cura di Marco Bella-barba, Gerd Schwerhoff, Andrea Zorzi, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 345-364 [t. II, pp. 1224-1245].
- SCHWERHOFF, Gerd, *Frauen in Kölner Kriminalfällen des 16. Jahrhunderts*, in: *Geschichte in Wissenschaft und Unterricht*, VII, 1993, pp. 451-473.
- SINISTRARI, Lodovico, *De delictis et poenis tractatus*, Venetiis, Hieronymus Albriccius, 1700, Tit. IV, § Sodomia.
- WILTENBURG, Joy, *Disorderly Women and Female Power in the Street Literature of Early Modern England and Germany*, Charlottesville & London, University of Virginia Press, 1992.

HISTOIRE SOCIAL ET DIMENSION JURIDIQUE.
 CRIME ET JUSTICE CRIMINELLE DANS
 L'HISTORIOGRAPHIE ITALIENNE RÉCENTE (*)

Cet essai historiographique reprend le titre d'une communication donnée il y a dix-huit ans ⁽¹⁾. J'y évoquais la jonction naissante dans l'historiographie italienne entre l'histoire sociale et la dimension juridique des faits délictueux à laquelle les historiens sont confrontés. Juridiques, judiciaires, fiscales, notariales, administratives: en prônant l'usage croisé de telles sources parfois négligées (« documents administratifs »), j'y soulignais l'importance d'écrire une histoire du crime et de la justice criminelle pour ainsi dire *intégrée*. De cette manière, le terrain de l'histoire de la justice devient un lieu commun pour les historiens de la criminalité et ceux du pénal. Ils peuvent y éprouver des méthodes et des approches concertées et cordonnées aux sources dans une démarche critique. De telles propositions ont-elles toutes trouvé un écho dans la recherche italienne qui tire profit ces dernières années des historio-

(*) Tiré d'une communication prononcée à Ferrare le 19 septembre 2003, le texte esquissé, inachevé et avec très peu d'appareil critique de notre ami Mario Sbriccoli a été complété, étoffé de ci de là et mis en forme (dont les sous-titres) par Michel Porret, à qui sont imputables *in fine* les incertitudes de sens, les écarts par rapport au manuscrit original, notamment le choix définitif de certaines références historiographiques parfois à peine suggérées. Mario Sbriccoli mentionne de nombreux chercheurs et historiens italiens. Leur abondante bibliographie ne se ramène pas aux quelques titres évoqués (*exempla*) dans l'appareil critique qui repose principalement sur l'inventaire en ligne de l'*Istituto Centrale per il Catalogo Unico delle Biblioteche Italiane e per le Informazioni Bibliografiche*.

⁽¹⁾ À ma connaissance et selon les bibliographies électroniques consultées (dont l'inventaire de la bibliothèque de l'*Università degli studi di Macerata*, Sistema bibliotecario di Ateneo, SBA), la communication mentionnée est inédite.

graphies française, anglo-américaine et allemande? Ni les articles rédigés par un historien du droit, ni les « conclusions » d'un colloque n'infléchiront jamais les grandes lignes de l'historiographie et les convictions méthodologiques et intellectuelles des historiens animés par les logiques internes de la recherche qui les fait adhérer ou non à un programme épistémologique. La critique de l'approche quantitative de l'histoire du crime est aujourd'hui acquise. Les sources judiciaires sont traitées d'une façon ouverte et qualitative, en lien avec leur critique interne et externe dans leur dimension institutionnelle (économie, procédures et normes étatiques de la production juridique).

À travers la péninsule.

Avec un apport substantiel dans la connaissance globale de la justice aux époques médiévale et moderne, l'histoire de la justice criminelle s'enrichit maintenant de l'apport des sources fiscales, administratives, voire « prosopographiques » (*i.e.*: rôle de la magistrature). Ainsi, en Italie, on lira maintenant des enquêtes sur les « *suppliche* » [suppliques, demandes de pardon ou de grâce], ainsi que sur l'exécution pénale dont le lieu (*forum* de la cité, soit endroit privilégié sous l'Ancien Régime du négoce et du compromis) justifie son approche par la documentation administrative ⁽²⁾. Or, malgré ces résultats encourageants, notons qu'en Italie, l'histoire du crime et de la justice pénale traverse une phase d'anémie épistémologique, voire inventive. OEuvres marquantes, recherches substantielles sur enquêtes systématiques, renouvellement méthodologique: nul travail significatif n'a été publié. Or, souvent occasionnelle, l'historiographie ne résulte pas des chercheurs spécialisés dans le champ judiciaire, même s'il est loisible de lire des essais parfois brillants, parfois moins convaincants. Dynamique et féconds autrefois, des centres de recherche ont ralenti leurs activités. En outre, les aléas académiques ont désagrégé certaines équipes. Promus et transférés dans des centres universitaires lointains, de brillants jeunes chercheurs se sont coupés de leur lieu de formation. Pourtant, les impératifs académiques et bureaucratiques ne suffisent pas à expliquer la fatigue

⁽²⁾ Panico, 1985.

historiographique qui résulte partiellement des mécanismes mêmes de la recherche-poussée par des objectifs occasionnels, voire menée d'une manière qui en épuise la vitalité et l'originalité scientifiques.

À Venise, le groupe de recherche fédéré autour de Gaetano Cozzi s'est assoupi. Par contre, à Vérone des études prometteuses se développent sous la houlette du moderniste Alessandro Pastore, auteur d'enquêtes remarquables sur les rapports entre la maladie et la déviance et arpenteur du champ neuf de l'histoire médico-légale à l'époque moderne ⁽³⁾. À Trente, Diego Quaglioni et Silvana Seidel ont suscité, coordonné et publié des travaux collectifs sur les crimes sexuels et les désordres familiaux ⁽⁴⁾. S'y ajoutent les contributions substantielles de Marco Bellabarba ⁽⁵⁾, ainsi que deux importants volumes collectifs rédigés en collaboration avec des historiens allemands du crime et de la justice pénale ⁽⁶⁾. Il faut aussi évoquer l'impact marquant des travaux critiques sur le plan méthodologique et historiographique qu'Andrea Zorzi ⁽⁷⁾ et Massimo Vallerani ⁽⁸⁾ ont consacré aux liens entre conflits sociopolitiques, pouvoirs urbains et procès pénal en milieu urbain pour l'Italie centrale du bas moyen âge. Souvent isolés ou détachés de toute équipe de recherche collective qu'anime un projet spécifique, maints historiens ont focalisé leurs travaux sur les temps modernes (« Ancien Régime ») en publiant des travaux dont la qualité est considérable, tout particulièrement Ottavia Niccoli entre Bologne et Trente ⁽⁹⁾, Oscar Di Simplicio à Sienne ⁽¹⁰⁾, Giovanna Fiume à Palerme ⁽¹¹⁾, Elena Fasano à Pise ⁽¹²⁾, Irène Fosi à Rome ⁽¹³⁾. Pensons aussi aux intéressantes initiatives de l'École Française de Rome qui parfois organise des séminaires avec des chercheurs engagés sur le terrain de

⁽³⁾ Pastore, 1991, 1998.

⁽⁴⁾ Quaglioni, Seidel, 2001, 2006.

⁽⁵⁾ Bellabarba, 1996.

⁽⁶⁾ Bellabarba *et al.*, 2006; Bellabarba, Varanini, 1996.

⁽⁷⁾ Zorzi, 1988.

⁽⁸⁾ Vallerani, 1991, 2005.

⁽⁹⁾ Niccoli, 2000.

⁽¹⁰⁾ Di Simplicio, 2000.

⁽¹¹⁾ Fiume, 1990, 2002.

⁽¹²⁾ Fasano, 2001, 2006.

⁽¹³⁾ Fosi, 2007.

l'histoire de la justice criminelle ⁽¹⁴⁾. Par ailleurs, entre objets de connaissance et enjeux méthodologiques, d'importantes contributions à l'histoire judiciaire reviennent aux centres spécialisés dans l'histoire du droit pénal, notamment ceux des Facultés de droit de Milan, de Naples, de Sassari, de Ferrare et de Macerata. Ajoutons, que certains domaines de recherche touchent l'excellence, dont les études sur la justice de l'Inquisition romaine qui aujourd'hui sont les plus convaincants sur le plan européen. Si l'ouvrage fameux de Carlo Ginzburg sur le procès intenté inquisitoire à Menocchio Scandella propose un modèle épistémologique qui ouvre une nouvelle phase de l'histoire globale de la justice criminelle ⁽¹⁵⁾, le grand livre d'Adriano Prospero renouvelle radicalement l'historiographie de cet objet ⁽¹⁶⁾. Massimo Firpo ⁽¹⁷⁾, Elena Brambilla ⁽¹⁸⁾ ou Pierroberto Scaramella ⁽¹⁹⁾ ont aussi publié des contributions remarquables. Leurs livres annoncent les travaux prometteurs en qualité de jeunes chercheurs qui étudient la justice pratiquée par l'Inquisition romaine dans maintes régions italiennes.

Inquisitio.

Comprendre — de manière critique —, la nature, les démarches et la culture judiciaires dans les usages de l'Inquisition est crucial pour penser l'histoire complexe de la justice en Italie. Dès les années 1550 environ, l'Inquisition concrétise précocement une forme de justice pénale unifiée dans la péninsule italienne. L'Inquisition est la première forme de justice « nationale » dans le cadre de l'Ancien Régime italien. Formée d'entités politiques différentes, la péninsule est une épouvantable mosaïque judiciaire d'institutions, de « styles », de pratiques, de normes et de procédures. Le procès inquisitorial sous autorité pontificale ne diffère guère du procès séculier (« procès ordinaire ») quotidiennement mis en œuvre dans les États italiens pour réprimer les crimes majeurs. Le système inquisitorial

⁽¹⁴⁾ École française de Rome, 1984, 1986, 2006.

⁽¹⁵⁾ Ginzburg, [1976] 1992.

⁽¹⁶⁾ Prospero, 2003, 2005.

⁽¹⁷⁾ Firpo, 2003.

⁽¹⁸⁾ Brambilla, 2006.

⁽¹⁹⁾ Scaramella, 2005.

illustre pourtant la montée en puissance de l'unification judiciaire des formalités, du style, du rituel et de la conduite des magistrats. À l'échelle de la péninsule, l'Inquisition forge une économie de la *centralisation* et de la *hiérarchisation de l'activité judiciaire*, à quoi s'ajoute l'*unification procédurière* qui ignore les bornes des juridictions étatiques tout en en tirant parti (compétences des magistratures du siège) et en prescrivant aux inquisiteurs périphériques des critères uniformes pour en contrôler l'efficacité et l'activité. Je pense tout d'abord à la vigilante légalisation de l'activité des juges qui sont guidés par des textes normatifs confirmés et régis sans interprétation par la Congrégation du Saint Office. Depuis Rome, la Congrégation opère un intense et incessant affinement des règles. Elle les désigne à tous les tribunaux de la péninsule. La Congrégation veille aussi très attentivement à la professionnalisation du personnel judiciaire. Par ailleurs, l'Inquisition s'illustre aussi dans un style judiciaire et des pratiques *sui generis*. La Congrégation mobilise ainsi des synergies externes à l'appareil de justice (magistratures, organismes publics, paroisses, corporations religieuses et laïques). S'y ajoute la persévérante *linéarité de conduite* judiciaire que la justice séculière ignore. En raison de l'arbitraire, la justice civile et pénale s'adapte aux « circonstances », aux « cas », aux situations, aux rapports d'autorité et de pouvoir. Parfois, l'Inquisition est prête au compromis, mais à l'intérieur d'un cadre normatif qui atténue l'incertitude et génère des effets linéaires dans la variété des solutions judiciaires retenues. En fait, non laxiste, l'Inquisition ne négocie jamais. Ses compromis, ses précautions et ses « indulgences » sont ritualisés dans la finalité de ses exigences normatives. L'Inquisition reste vigilante pour la *rigueur des formes* afin d'assurer, tout à la fois, l'impératif répressif et une certaine considération envers l'accusé. L'inquisiteur scrupuleux prône et applique la minutie procédurale qu'illustrent les procès-verbaux authentiques, la conservation et l'archivage des pièces judiciaires. Ainsi, le « procès informatif » assure le secret de l'instruction menée par le juge pour en assurer l'efficacité inquisitoire en protégeant ses intentions et ses motivations. Par contre, le « procès répétitif » induit une certaine sollicitude pour la défense des accusés notamment pauvres (défenseurs licites, accès aux actes judiciaires). S'y ajoutent le recours modéré à l'incarcération, la vigilance et la prudence envers la qualité et la provenance des

accusations, ainsi que la méfiance pour les dénonciations anonymes et les témoins non assermentés. En fait, l'économie judiciaire du procès d'Inquisition romaine illustre une forme évoluée de l'hégémonie pénale. Celle-ci permet aux États italiens d'adhérer au style inquisitoire pour construire leur culture juridique. Si j'attribue ainsi une importance capitale à l'historiographie de la justice inquisitoriale, c'est bien parce que le modèle judiciaire de l'Inquisition forge l'archétype du procès et de la justice modernes. Après la césure révolutionnaire, le style et le système inquisitorial cadrent les usages et la culture de la justice du XIX^e siècle. L'histoire de la culture inquisitoire s'écrit ainsi dans la longue durée.

Una storia delle giustiziaz: le beau livre de Paolo Prodi (20) illustre à sa manière le dynamisme d'un autre secteur de l'historiographie du crime et de la justice. Entre érudition et synthèse, l'ouvrage n'étudie pas les pratiques judiciaires selon les archives criminelles, mais s'intéresse sur cinq siècles à l'histoire des idéologies du droit de punir (« justice pénale »). Autour des doctrines savantes, du Moyen-Âge aux Temps modernes, Prodi y évoque une histoire intellectuelle qui déploie sa dialectique entre conscience et droit pour mieux aller au cœur de la « question justice ». Cette contribution historiographique majeure mène Prodi à reconstruire le cadre culturel et idéologique dans lequel s'insère la justice matérielle. Abordant plusieurs questions fondamentales sur la modernité pénale en Europe, l'ouvrage permet de replacer les différentes phases de la justice pénale dans leur contexte historique pour mieux en penser les objectifs, les sens et les motivations politiques et sociales.

L'histoire de la criminalité et de son traitement aux XIX^e et XX^e siècles affiche des résultats encourageants. Dans la série *Annali di La Storia d'Italia* (Einaudi), entre histoire sociale, institutionnelle, intellectuelle, judiciaire et pénale, Luciano Violante a dirigé et publié deux volumes massifs consacrés à *La Criminalità* et à *Legge, diritto, giustizia* (21). Dans le même temps, des historiens italiens comme Paolo Pezzino (22), Salvatore Lupo (23), Delia Frigessi (24),

(20) Prodi, 2000.

(21) Violante, 1997, 1998.

(22) Pezzino, 1995, 2003.

(23) Lupo, 2007.

Guido Neppi Modona ⁽²⁵⁾ et Massimo Pavarini ⁽²⁶⁾ étudient les thématiques contemporaines de la *mafia*, de l'ordre public et de l'idéologie pénale. Criminalité des années 1920-1930, politique pénale du fascisme, criminalité et répression après la Seconde Guerre mondiale, terrorisme des années 1970, corruption et lutte judiciaire contre celle-ci au début des années 1990: de nouveaux champs sont ainsi ouverts. Ils font écho aux problématiques politiques et sociales de l'Italie contemporaine. S'il est difficile de rendre compte du contenu et de l'orientation globale d'une telle production intellectuelle, il est par contre possible de dégager ce qui caractérise depuis dix ou quinze ans en Italie les lignes de force de la recherche historique sur le crime et la justice pénale.

L'histoire du droit et des procès a apporté une contribution remarquable sur l'étude des mutations du système pénal en liaison avec les constitutions matérielles et concrètes des diverses formations « étatiques » de la péninsule lors de phases successives de son unification. Cette démarche illustre bien dans quels termes et dans quelles limites la justice criminelle a fonctionné comme instrument idéologique de domination sociale et politique pour l'appareil d'État. L'histoire juridique utilise volontiers le paradigme de l'« ordre ». *Ordo iuris*, ordre juridique, ordre pénal, ordre judiciaire ou de justice: de telles formules-concepts illustrent probablement mieux, sans anachronisme ni malentendu, la réalité historique de l'âge médiéval et moderne. La conception de l'ordre juridique comme forme de l'expérience et comme socle structurant la vie sociale revient à Paolo Grossi ⁽²⁷⁾. Il nous permet ainsi de rendre au pénal sa place singulière et centrale dans l'histoire de l'organisation sociale. Maintes études insistent sur le paradigme du « conflit ». De manière abstraite, il est aisé de conflictualiser toute relation sociale: alors le conflit se répand partout. Le caractère générique de la catégorie « conflit » induit des confusions ou des idéologies qui exagèrent les dynamiques ordinaires de la vie sociale. Celles-ci sont

⁽²⁴⁾ Frigessi Castelnuovo, 2003.

⁽²⁵⁾ Neppi Modona, 1991.

⁽²⁶⁾ Pavarini, 1996.

⁽²⁷⁾ Grossi, 2005, 2006.

transformées en discordes importantes malgré leur traitement pénal qui est pourtant ambigu. Histoire de confins et de limites, litiges successoraux: les conflits et les litiges habituels qui enveniment les relations sociales et familiales dans les communautés modernes n'ont pas grand-chose à voir avec l'histoire du crime et de la justice criminelle. Cela n'empêche pas des chercheurs ignorants de transformer en histoire du crime de banales controverses judiciaires pour la possession d'une citerne au XIII^e siècle. Liée à la localisation excessive de certaines micro-recherches, la *case story* produit ainsi des catastrophes épistémologiques.

En pensant aux faiblesses de la recherche en Italie, je ne tairai pas un double problème qui embarrasse le juriste historien que je suis. Des pénalistes italiens, spécialistes du droit positif en vigueur, aiment parfois se frotter à l'histoire. Or, c'est précisément leur connaissance solide et raffinée du droit contemporain qui les empêche de comprendre le sens du pénal aux époques médiévales et modernes. Juristes de la Renaissance, code pénaux des États italiens du XIX^e avant l'Unité: parmi d'autres, nous disposons sur ces objets d'études érudites, « scientifiques » et systématiques. Or, elles restent quasiment inutilisables, en raison des méprises méthodologiques ou des anachronismes intellectuels qui les marquent. Ainsi, Ippolito Marsili, remarquable criminaliste du XVI^e siècle, devient la bête noire d'un insigne professeur de Rome qui lui reproche d'approuver la torture ou « question ». Ce collègue confond histoire et démarche téléologique. On connaît l'adage: « Personne ne peut être historiquement damné si non en force de convictions générales, sensibilités collectives et conquêtes de civilisation qui se soient imposées *avant* ce qu'il pensait, disait, faisait les choses à cause desquelles on voudrait le damner ». Par ailleurs, à côté des « trop savants », campent les candides, les naïfs et les ignares en matière du droit pénal historique. *Quaderni storici*, qui est certainement la plus importante des revues historiques, a publié récemment deux articles quasi illisibles en raison de désarmantes méprises terminologiques et conceptuelles: « possession » confondue à « propriété », « compétence » du juge » nommée « expertise », « doit canonique » ramené à la théologie. Sans noircir trop le tableau, il reste beaucoup à faire dans le champ italien de l'histoire du crime et de la justice criminelle.

Infrajudiciaire: anachronisme historiographique?

Selon la tradition classique de l'historiographie italienne, la justice est souvent envisagée comme dispositif central des stratégies de gouvernement et de pouvoir, notamment lors du passage de la phase « républicaine » à l'avènement des principautés urbaines de l'Italie du nord et du centre. La centralisation du système judiciaire comme instrument d'autorité illustre la lutte politique sur l'exercice de la souveraineté moderne.

Les choses se compliquent avec la complexe mise en historicité de la notion d'État ou d'État de droit. Le concept de loi (*légalité*) est souvent utilisé de façon équivoque, antidatée, voire anachronique avant les grandes codifications de la fin des Lumières. Mains historiens ignorent trop souvent que la construction (unification) du « sujet de droit » se concrétise seulement avec la codification civile et pénale au XIX^e siècle. Champ historiographique récent, l'étude de l'*infrajudiciaire* (justice négociée et coutumière) montre les liens équivoques qui existent entre État, droit et justice. Vengeance, rétorsion, négociation, transaction, composition, médiation, paix privée, pacte, complaisance, accommodement, pardon, rémission: la catégorie historiographique d'*infrajudiciaire* montre que l'État justicier ne pouvait désigner sous le nom de « justice » ces comportements de négociation sociale, mise en œuvre hors du champ pénal, légitimée contre les justices étatique et ecclésiastique, qui revendiquent leur monopole normatif. Tiré du modèle européen d'*État de droit*, notamment pensé par Kant à la fin du XVIII^e siècle, le paradigme d'État s'est imposé dans une réalité historique ancienne où l'État est *de facto* absent. En conséquence, ces justices « sans nom » étaient, pour les historiens qui leur collent l'étiquette d'« infrajudiciaire », les plus coutumières, les plus appliquées, les seules socialement acceptées et partagées. On s'en éloignait seulement lorsque la qualification du crime (« format du crime ») imposait le recours à la notion de « grand criminel » — délits aggravés sans victime, *homo criminalis* particulièrement dangereux (« incorrigibles », « criminels endurcis »), marginaux les plus menaçants (28).

(28) Sbriccoli, 2006.

En fait, il aurait plutôt fallu renverser la perspective historiographique de l'*infrajudiciaire*, en échanger les termes et les concepts qui rendent anachroniques la notion d'État. En effet, dans la société traditionnelle de l'Ancien Régime, la communauté est tenue responsable de la justice locale. Elle doit pacifier les discordes de voisinage contre le recours en dernier ressort aux juridictions supérieures. De fait, en pensant mieux les cultures et les mentalités, les historiens partisans de l'*infrajudiciaire* devraient opposer la régulation communautaire comme « justice » au recours à l'État comme « répression ». Pourtant, l'*infrajudiciaire* donne naissance à d'autres catégories peu convaincantes comme *extra-justice*, *para-justice*, *sous-justice* qui toutes illustrent l'abus historiographique de la notion d'État dont la pertinence dans le champ pénal ressort du travail collectif dirigé par René Lévy et Xavier Rousseaux ⁽²⁹⁾.

Justice hégémonique.

À la critique de l'utilisation anachronique de la catégorie « État », s'ajoutent des observations plus précises sur l'expérience politique et juridique qui marque l'Italie des Temps modernes. L'histoire des institutions en Italie illustre l'émergence précoce du pénal. Un siècle environ avant le reste de l'Europe, la péninsule italienne est gagnée par une justice hégémonique, quasi officielle car portée par des appareils étatiques. La région d'Europe, où au XIX^e siècle s'impose tardivement l'État moderne, est aussi celle où, avec précocité et parfois hâte, se manifeste dès le XIII^e siècle un pénal public. La spécificité italienne repose sur le rôle déterminant des juristes ainsi que l'extraordinaire production culturelle de science juridique qui marque l'administration de la justice criminelle (notamment la « haute justice »). Ainsi, les *Practicae criminales* et autres *Practicae*, multipliées dans la péninsule, constituent la matrice normative de la centralisation législative naissante, tout à la fois en Italie et dans le reste de l'Europe des Temps modernes. *Caroline* impériale de 1532, *Costituzioni milanesi* de Charles V en 1541, lois criminelles « régionales » d'Allemagne ou des Pays-Bas espagnols, *Ordonnance*

⁽²⁹⁾ Lévy, Rousseaux, 1997.

criminelle de 1670 sous Louis XIV ⁽³⁰⁾: ces monuments étatiques du droit pénal et de la procédure inquisitoire sont édifiés sur les doctrines pénales et procédurales des *Practicae criminales* que rédigent les juristes italiens du droit commun. Une telle réalité historique et culturelle du pénal oblige à étudier la justice criminelle en y incorporant les sources juridiques dans l'ensemble des sources judiciaires, sociales, administratives, économiques et institutionnelles.

Textes doctrinaux issus de la pratique et fortement liées à elle, les *Practicae* instaurent progressivement la justice hégémonique qui marginalise sans les remplacer totalement les usages traditionnels et coutumiers de la résolution négociée des conflits. Formatant le pénal moderne, la justice d'hégémonie mélange pourtant encore à ses usages répressifs certaines pratiques de la justice négociée, qui ainsi perdure jusqu'au terme de la justice de l'Ancien Régime. En deux mots, bien que ce problème mériterait un long *excursus*: le système pénal moderne adossé sur les *Practicae* modifie le sens et la valeur de la notion même de « justice ». Il éloigne celle-ci de la sphère sémantique de la « justice distributive » d'indemnisation pour l'enraciner dans celle de la répression et de la « lutte contre le crime », véritable action politique. Cette nouvelle donne pénale vise donc un impératif strictement politique.

En s'ancrant ainsi au normatif, la justice d'hégémonie — véhiculée par les usages judiciaires et structurée par l'idéologie ainsi que le sens commun — tire sa puissance d'une conception sociale et morale de la violation de la norme pénale comme acte d'insubordination. Imposé par son *procès* hégémonique, le paradigme du crime politique élabore le « principe d'obéissance » qui culmine dans la déconsidération massive de l'infraction. Violer la norme pénale (soit désobéir) justifie la sanction (« peine »): devenue banale aujourd'hui, cette norme de la justice hégémonique s'est difficilement imposée dans la société traditionnelle de l'Ancien Régime marquée par la médiation communautaire.

La puissance hégémonique de l'appareil judiciaire est en corrélation directe avec la forme constitutionnelle qu'adoptent les prin-

⁽³⁰⁾ *Lex Bambergensis* 1507, *Lex Assiaca* 1535, *Crimineele Ordonnantien* 1570, *Lex Brandeburgensis* 1582.

cipautés urbaines de la péninsule italienne (« villes-États »). La logique constitutionnelle de ces régimes les place dans un modèle proto-étatique qui marque la justice. Celle-ci évolue selon la nature constitutionnelle de ces pouvoirs autoritaires qui réalisent le déplacement de leur *gouvernance* de la périphérie vers le centre, du bas vers le haut, de l'horizontal au vertical, des relations communautaires comme cadre de la composition à l'appareil judiciaire comme matrice du jugement pénal. Inscrits dans la verticalité du pouvoir et de la production normative, les procès deviennent le terreau d'un système judiciaire modelé sur le pénal d'hégémonie. La justice ordonnée qui en découle est hiérarchisée autour de la domination d'un noyau central sur les niveaux périphériques et délégués. En outre, elle est orientée par des tribunaux qui uniformisent les politiques et les pratiques judiciaires, ainsi que les styles des cours criminelles.

Revenons au point de départ: en Italie, l'historiographie du crime et de la justice criminelle a certainement progressé en qualité et en quantité. Visibilité scientifique, colloques nationaux et internationaux, crue des chercheurs, des étudiants et des doctorants enthousiastes: entre recherche et didactique, le champ de l'histoire du crime et de la justice pénale est très dynamique. Pourtant, j'estime que globalement la recherche en Italie sur l'objet de la criminalité et de la justice pénale reste assez faible, car souvent tributaire de modèles épistémologiques élaborés ailleurs. Échappent à ce constat, les études sur l'Inquisition romaine, ainsi que l'histoire juridique de la justice pénale. En Italie, celle-ci bénéficie intellectuellement et institutionnellement de la forte et prestigieuse tradition universitaire de l'histoire du droit (donc *histoire du droit pénal*) qui continue bien heureusement d'enrichir culturellement l'Université d'aujourd'hui.

Concluons ce premier panorama sur l'historiographie italienne du crime et de la justice pénale d'une manière à la fois insolite et insolente. Si en Italie, la recherche sur le crime et la justice criminelle reste certainement marginale dans le contexte international, cela provient notamment de la marginalité culturelle en Europe de la langue italienne. Je déplore pourtant l'attitude paresseuse des chercheurs professionnels qui rechignent à prendre connaissance de l'historiographie italienne, même la plus accessible, alors que la très

grande majorité des chercheurs d'Italie travaillent avec les trois principales langues européennes (allemand, anglais, français), ainsi que bien évidemment avec l'espagnol et le latin. Dans la péninsule italienne, nous ferons les efforts nécessaires pour améliorer la recherche sur l'histoire du crime et de la justice pénale. En échange, que nos amis européens prennent parfois le temps de mieux nous lire.

Bibliographie

- BELLABARBA, M., *La giustizia ai confini: il principato vescovile di Trento agli inizi dell'età moderna*, Bologna, 1996
- BELLABARBA, M., BONAZZA, M., OCCHI, K. (eds), *Ceti tirolesi e territorio trentino: materiali dagli archivi di Innsbruck e di Trento, 1413-1790*, Bologne, 2006
- BELLABARBA, M., VARANINI, G. M., *Adel und Territorium: Adels herrschaft im Raum Trentino-Tirol vom Hochmittelalter bis zur Frühen Neuzeit / Einfuhrung*, Vienne, Bozen, 1996.
- BRAMBILLA, E., *La giustizia intollerante: inquisizione e tribunali confessionali in Europa, secoli 4.-18*, Rome, 2006.
- DI SIMPLICIO, O., *Inquisizione, stregoneria, medicina: Siena e il suo stato (1580-1721)*, Monteriggioni, 2000.
- ÉCOLE FRANÇAISE DE ROME, *Du châtement dans la cité: supplices corporels et peine de mort dans le monde antique*, Rome, 1984.
- ÉCOLE FRANÇAISE DE ROME, *L'aveu: Antiquité et Moyen-Âge: actes de la Table ronde organisée avec le concours du CNRS et de l'Université de Trieste*, Rome, 1986.
- ÉCOLE FRANÇAISE DE ROME, *La vengeance, 400-1200*, sous la direction de Dominique Barthelemy, Francois Bougard et Regine Le Jan, Rome, 2006.
- FASANO, E. (ed.), *L'informazione politica in Italia, secoli 16.-18.: atti del Seminario organizzato presso la Scuola normale superiore, Pisa, 23 e 24 giugno 1997*, Pise, 2001.
- FASANO, E. (ed.), *Fuori dall'ombra: studi di storia delle donne nella provincia di Pisa (secoli 19. e 20)*, Pise, 2006.
- FIRPO, M., *Prime considerazioni sul processo inquisitoriale di Vittore Soranzo*, Florence, 2003.
- FIUME, G., *La vecchia dell'aceto: un processo per veneficio nella Palermo di fine Settecento*, Palerme, 1990.
- FIUME, G., *Il santo moro: i processi di canonizzazione di Benedetto da Palermo, 1594-1807*, Milan, 2002.
- FRIGESSI CASTELNUOVO, D., *Cesare Lombroso*, Turin, 2003.
- FOSI, I., *La giustizia del papa: sudditi e tribunali nello Stato pontificio in età moderna*, Rome-Bari, 2007.

- GINZBURG, C., *Il formaggio e i vermi: il cosmo di un mugnaio del '500*, Turin (1976), 1992.
- GROSSI, P., *Il diritto tra potere e ordinamento*, Naples, 2005 («Leçon magistrale»).
- GROSSI, P., *L'ordine giuridico medievale*, Rome, Bari, 2006.
- LÉVY, R., ROUSSEAU, X. (dir.), *Le pénal dans tous ses États: Justice, États et sociétés en Europe (XII^e-XX^e siècles)*, Bruxelles, 1997.
- LUPO, S., *Che cos'è la mafia: Sciascia e Andreotti, l'antimafia e la politica*, Rome, 2007.
- NEPPI MODONA, G., *Processo accusatorio e tradizioni giuridiche continentali*, Milan, 1991.
- NICCOLI, O., *Rituals of youth: love, play, and violence in tridentine Bologna*, Toronto, 2000.
- PANICO, G., *Il carnefice e la piazza. Crudeltà di stato e violenza popolare a Napoli*, Naples, 1985.
- PASTORE, A., *Crimine e giustizia in tempo di peste nell'Europa moderna*, Rome-Bari, 1991.
- PASTORE, A., *Il medico in tribunale. La perizia medica nella procedura penale d'antico regime (secoli XVI-XVIII)*, Bellinzone, 1998.
- PAVARINI, M., *I nuovi confini della penalità: introduzione alla sociologia della pena*, Bologne, 1996.
- PAVARINI, M., *Pena*, Rome, 1996.
- PEZZINO, P., *Mafia: industria della violenza: scritti e documenti inediti sulla mafia dalle origini ai giorni nostri*, Scandicci, 1995.
- PEZZINO, P., *Le mafie*, Florence, 2003.
- PRODI, P., *Una storia della giustizia: dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologne, 2000.
- PROSPERI, A., *L'inquisizione romana: letture e ricerche*, Rome, 2003.
- PROSPERI, A., *Dare l'anima: storia di un infanticidio*, Turin, 2005.
- QUAGLIONI, D., SEIDEL MENCHI, S. (eds), *Matrimoni in dubbio: unioni controverse e nozze clandestine in Italia dal 14. al 18. secolo: appendice documentaria*, Bologne, 2002.
- QUAGLIONI, D., SEIDEL MENCHI, S., *I tribunali del matrimonio (secoli 15.-18.)*, Bologne, 2006.
- SCARAMELLA, P., *Inquisizioni, eresie, etnie dissenso religioso e giustizia ecclesiastica in Italia, sec. 16.-18*, Bari, 2005.
- SBRICCOLI, M., *Periculum pravitatis. Juristes et juges face à l'image du criminel menaçant et endurci (XIV^e-XVI^e siècles)*, in Briegel, F., Porret, M. (dir.), *Le criminel endurci. Récidive et récidivistes du Moyen-Âge au XX^e siècle*, Genève, 2006, pp. 25-41 [t. I, pp. 279-295].
- VALLERANI, M., *Il sistema giudiziario del Comune di Perugia: conflitti, reati e processi nella seconda metà del 13. secolo*, Perugia, 1991.
- VALLERANI, M., *La giustizia pubblica medievale*, Bologne, 2005.
- VIOLANTE, L. (dir.), *Storia d'Italia (12): La criminalità*, Turin, 1997.

VIOLANTE, L. (dir.), *Storia d'Italia* (14): *Legge Diritto Giustizia, in collaborazione con Livia Minervini*, Turin 1998.

ZORZI, A., *L'amministrazione della giustizia penale nella Repubblica fiorentina: aspetti e problemi*, Florence, 1988.

SINTESI DEI LAVORI IN “CARCERI, CARCERIERI,
CARCERATI. DALL’ANTICO REGIME ALL’OTTOCENTO”

Sono felice di aver partecipato a questo seminario, e vorrei ringraziare voi tutti e in particolare Livio Antonielli che l’ha organizzato. Vediamo ora se si riesce a tirare le fila di questa interessante giornata d’interventi.

Da osservatore che ha una formazione storico giuridica, e dunque diversa da quella della maggior parte di coloro che son sin qui intervenuti, ho ascoltato queste relazioni partendo da un punto di vista interno alla storia del diritto penale.

Qualcuno di voi forse ricorderà quel bellissimo passaggio di *Sorvegliare e punire* in cui Foucault, richiamando *De la réforme des prisons* di Charles Lucas (1838), parla di « dichiarazione d’indipendenza carceraria », affermando che il carcere si dichiara indipendente perché, mentre il giudice condanna esclusivamente alla perdita di libertà per un certo tempo — e quindi l’oggetto della sofferenza è la perdita della libertà —, il carcere vi aggiunge una quantità di altre pene: le sanzioni o modalità di applicazione della pena, che vanno ben oltre la mera privazione della libertà ⁽¹⁾.

(1) « E si arriva così a un principio, formulato chiaramente da Charles Lucas, che assai pochi giuristi oserebbero ora ammettere senza reticenze, benché segni la direttrice essenziale del funzionamento penale moderno; chiamiamolo la dichiarazione d’indipendenza carceraria: vi si rivendica il diritto di essere un potere che non solamente ha una sua autonomia amministrativa, ma quasi una parte della sovranità punitiva. Questa affermazione dei diritti della prigione pone un principio: che il giudizio penale è un’unità arbitraria; che è necessario scomporla; che i redattori dei codici hanno avuto ragione già nel distinguere il livello legislativo (che classifica gli atti ed attribuisce loro delle pene), e il livello di giudizio (che emana le sentenze); che oggi il compito è analizzare a sua volta quest’ultimo livello; che bisogna distinguere ciò che è propriamente giudiziario (valutare

Il carcere gode di questa cosiddetta « indipendenza » soprattutto nel corso degli antichi regimi, perché è una forma di convivenza — di questo sostanzialmente si tratta — fortemente svincolata da regole certe, e non solo da quelle del sistema penale che usa il carcere come strumento di punizione, ma anche da regole certe provenienti dal suo interno. L'avvento di regolamenti carcerari è infatti assai tardivo, avviene solo quando anche il sistema penale ha sviluppato il principio della norma e della legalità in tutti i campi, compreso quindi quello carcerario. In questa giornata di lavori ha prevalso soprattutto il carcere nella logica del carcerario. Cercherò dunque di contaminarla con un'altra logica, quella penale.

Oggi si è discusso in parte di come erano fatte e pensate le carceri, di come funzionassero, di come ci si stesse e di che cosa vi si facesse all'interno. È emerso talora — meno che nella letteratura sul tema — il paradigma degli spazi. Si è parlato di carceri e tribunali, e cioè di quello che — con quella terminologia contemporanea che utilizzerò di qui in avanti — sono le carceri giudiziarie, e non invece dei penitenziari. Ho avuto l'impressione che la mancanza di una distinzione preliminare tra queste due forme di carceri abbia determinato in questa sede qualche parziale incomprendimento e confusione tra piani diversi. Il carcere *ad custodiam*, come si è detto, ovvero giudiziario, non avendo la stessa logica di quello penitenziario, è un luogo dove si può anche circolare, purché non ci si sottragga alla custodia e si resti a disposizione della giustizia. Allo stesso tempo, le forti critiche che si facevano nel Settecento sulla sua insalubrità, sulla sua cattiva organizzazione, sull'indisciplina — ad esempio quelle del Galanti, citato più volte, che appunto distingue tra la custodia e l'esecuzione — erano suscitate proprio dal fatto che non si trattava di applicarlo a colpevoli accertati. Queste modalità di

meno gli atti che non gli agenti, misurare le “intenzionalità che danno agli atti umani tante moralità differenti”, e dunque rettificare, quando è possibile, le valutazioni del legislatore); e dare autonomia al “giudizio penitenziario”, che è forse il momento più importante. In rapporto a quest'ultimo, la valutazione del tribunale non è che un “modo di pre-giudicare”, poiché la moralità dell'agente non può essere valutata “che alla prova. Il giudice ha dunque bisogno a sua volta di un controllo necessario e rettificante delle sue valutazioni; e questo controllo è quello che deve essere fornito dalla prigione penitenziaria” ». M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino 1976 (ed. or. 1975), pp. 270-271.

applicazione del carcere si avvicinava a quella che gli antichi chiamavano la *mala mansio* ⁽²⁾, ovvero ad una forma di tortura, ed era in questo senso che suscitava critiche, e non partendo solo da principi squisitamente umanitari, che in quel contesto faccio fatica a individuare. Dunque la critica nasceva dal principio che si trattava di persone giustiziabili, soggette alla custodia in vista del giudizio, e che dunque non andavano maltrattate oltre certi limiti.

C'è inoltre un altro elemento che non ho sentito affrontare nel trattare il caso dell'Italia, perché probabilmente qui non emerge, relativamente al quale ricordo alcune pagine del *Progetto giuridico* di Pietro Costa, dove egli cita una serie di critici inglesi di questa specie di *mob* allegro e intollerabile che si creava nelle carceri ⁽³⁾, dove prevaleva tra tutti i detenuti una specie di cameratismo vociante e conviviale che dava noia a quanti pensavano il carcere come punizione ed infatti in quel contesto inglese si trattava già di carceri punitive.

È dunque questo il tipo di carcere di cui si è qui prevalentemente parlato, che è soprattutto una realtà degli antichi regimi, e di cui non a caso le carceri ottocentesche portano ancora fortemente l'impronta, come nel caso trattato delle carceri romane, che saranno per lungo tempo una realtà che fa grande fatica a modernizzarsi nell'ottica delle nuove forme giuridiche e punitive che si affermano nel corso del secolo, almeno sino alla scomparsa dello Stato Pontificio. Il carcere del tribunale — e qui vorrei cominciare a trarre una delle prime conclusioni generali — si presenta nella logica che vede il criminale come risorsa: una logica presente in quello che in altre occasioni ho chiamato, e che continuerà anche qui a chiamare, il sistema della giustizia « negoziale », del penale negoziato, tipico del medioevo e di tutti gli antichi regimi.

D'altro canto, individuo nel penale che chiamo « egemonico » — ovvero in quello che compare sul finire del XIV secolo, per poi crescere all'interno del penale negoziato in maniera, appunto, egemonica — un'altra modalità di fare giustizia penale, che si affianca

⁽²⁾ La tenebrosa grotta sotto il colle Capitolino, nella quale i condannati venivano lasciati morire di fame e di sete.

⁽³⁾ P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, 1: *Da Hobbes a Bentham*, Giuffrè, Milano 1974, p. 369.

al modo negoziato, e che lo influenza, pur restando a sua volta contaminato da quello. Il penale egemonico, che si espande lungo tutto il corso dell'antico regime, ha infatti moltissimi elementi di negoziazione in sé. Chiarirò questo passaggio forse un po' criptico: il « negoziato » è il penale che pensa a una giustizia fondata sulla composizione, sulla soddisfazione, sul consenso, cioè una giustizia in cui la soddisfazione della pena, del vedere il colpevole punito, è minore rispetto ad altre soddisfazioni, come ad esempio quello di utilizzare il criminale come risorsa per trarne compensazioni, guadagni, indennizzi. E dunque una giustizia fondata su una forma di consenso che mira a realizzare l'accordo tra le tre parti in causa: la vittima, l'autore, i poteri pubblici. Intravedo in questo processo tre fasi: una fase medievale, in cui la giustizia negoziale è gestita da privati; una seconda fase più tarda in cui i privati concorrono con i poteri pubblici; e infine una terza fase, dominante nel Settecento, in cui sono i poteri pubblici a tenere le briglie, per così dire, della situazione, ma in cui i privati continuano ad avere una loro forte presenza nella negoziazione delle modalità delle pene, del procedimento, dei processi.

Il modello egemonico, d'altra parte, appare da subito destinato ai privi di protezione, ai *sans aveu*, e a coloro che commettono reati particolarmente atroci, come pure gli eretici. Si tratta di quel genere di colpevoli, o di reati, che appaiono privi di protezione in quanto non appartenenti alla comunità o comunque non accettati da essa, che vengono pertanto trattati con un sistema del genere « egemonico », cioè con l'erogazione della pena — e spesso si tratta di reati senza vittime, nei quali la negoziazione non sarebbe neppure possibile —, e con un processo inquisitorio, che tende appunto all'erogazione della pena. Non dimentichiamo mai infatti che l'inquisitorio, contrapposto all'accusatorio, altro non è che un modo di raccolta delle prove particolarmente efficace e penetrante, in cui è il giudice che si attiva a tal scopo; pertanto è una procedura particolarmente adatta per un determinato tipo di inchieste, per realizzare le quali appare a volte indispensabile. Del tutto inefficace sarebbe infatti una struttura accusatoria per un reato d'eresia, ad esempio, dato che non si presenterebbe nessuno per chiedere la punizione dell'eretico. L'egemonico si riserva dunque da subito questo genere di reati per poi entrare nel negoziale: e qui entra in gioco il problema

dell'azione, ovvero di chi ha il potere e il diritto dell'azione legale. *Est eius cuius est dolor*, si diceva, il diritto dell'azione appartiene a chi ha il dolore. I poteri pubblici, e in seguito lo Stato, hanno il compito di affermare che il dolore è il loro, sono essi gli offesi. Come fa lo Stato ad affermare ciò? Attraverso una teoria della legislazione che gli consente di stabilire che prima di tutto conta la disubbidienza verso la legge, dunque verso lo Stato, mentre la vittima che ha subito il danno dovrà vedersela in altra sede per farsi risarcire. L'egemonico presenta infatti la caratteristica di essere fondato sulla legge, di aspirare alla pena, e di opporre al consenso ed alla negoziazione la certezza. Il suo valore fondamentale è la certezza, mentre nel caso della negoziazione il valore è il consenso. Scusate la durezza schematica dell'esposizione, ma è necessaria per meglio inquadrare i discorsi affrontati oggi.

Siamo dunque in presenza di due tipi di giustizia. Sempre molto schematicamente, la giustizia dell'egemonico, che dopo la Rivoluzione francese si impone come l'unica forma di giustizia possibile, è l'applicazione della legge, con un procedimento « giusto », e dunque rituale, che arriva a determinare, attraverso un meccanismo d'interpretazione che spetta comunque al giudice, la pena, che deve essere quella prevista dalla legge. La giustizia oggi consiste, quindi, nell'applicare ritualmente la legge. È evidente per contro che la giustizia del sistema negoziato è una giustizia in cui la legge ha una posizione di primato solo perché l'egemonico la impone; ma, specialmente nella fase iniziale, la legge rappresenta veramente una componente assai piccola di tale sistema, mentre nella sua fase primordiale è addirittura assente. La legge è in questo caso un elemento forte solo quando si tratta di procedure. Non è un caso che le grandi leggi penali siano sostanzialmente leggi processuali. È infatti necessario fissare le procedure e conoscerle, ma per quanto concerne il penale sostanziale — quello che determina il reato, chi lo ha commesso e quanto gli tocca di pena — la legge è una componente debole. Ha maggiore importanza in questo campo il consenso: la giustizia è cosa che va regolata sulla base di un rapporto conflittuale, di negoziazione, di contestazione, di botta e di risposta, in cui la componente extragiudiziale conta moltissimo, in cui il carcere, che è quello giudiziario del tribunale, non quello della pena, ha importanza straordinaria, perché è un elemento di pressione, come è emerso

chiaramente dalle relazioni di oggi. Mentre il presunto colpevole è in carcere, si negozia, si valuta se è un personaggio dotato di risorse e quanto possa dare, si valuta innanzitutto se sia o meno « uno dei nostri », oppure se tocchi allo Stato occuparsene. C'è una formula, che ho trovato molto efficace, che dice: ai poteri locali gli appartenenti alla comunità, allo Stato i *sans aveu* e gli « atroci ». I poteri locali, quindi anche la giustizia baronale, si occupano di appartenenti alla comunità, di coloro che sono riconosciuti come tali e protetti. A tale proposito mi viene in mente la distinzione che è emersa nel discorso di stamattina su cittadini e contadini: se un contadino va a chiedere giustizia in città potrebbe avere dei problemi, ma se si rivolge al giudice locale la situazione cambia completamente. La questione dell'appartenenza fa giustizia, negli antichi regimi.

Nel sistema negoziato il criminale è una risorsa, nell'egemonico invece è una sorta di « vuoto a perdere »: non si ricavano risorse da una pena carceraria inflitta, a partire dal XIX secolo in avanti. Vi è forse il caso dei lavori forzati. E tuttavia, come è emerso durante il convegno dell'Asinara ⁽⁴⁾ e dalla relazione di Daniela Fozzi, vi è innanzitutto il forte dubbio che vi fosse un guadagno effettivo, dato che molte delle colonie penali vennero chiuse proprio perché indebitate, e in secondo luogo il sistema non funzionava, semplicemente perché i carcerati non lavoravano. Penso che, a tale proposito, ci fosse anche una forte resistenza morale, che qualche volta si manifestava attraverso la critica, secondo la quale costoro non lavoravano perché erano individui corrotti. Ma si trattava soprattutto di una resistenza morale nei confronti dell'istituto stesso dei lavori forzati, perché tale istituto era incoerente con l'idea della giustizia egemonica impostasi, che mentre approvava la rieducazione, trovava invece indecente trarre risorse dal condannato. Non accadeva così negli antichi regimi, nel sistema di giustizia negoziato.

Lo stesso aspetto contraddittorio lo ritroviamo ad esempio relativamente al tema delle galere, affrontato oggi da Franco Angiolini e da Luca Lo Basso. La galera infatti è una pena e quindi è uno

⁽⁴⁾ Si tratta del convegno « Le colonie penali nell'Europa dell'Ottocento », tenutosi a Porto Torres il 25 maggio 2001, i cui atti sono stati successivamente pubblicati con lo stesso titolo a cura di M. Da Passano, Carocci, Roma, 2004.

degli elementi dell'egemonico « incistato » nel negoziale; ma nello stesso tempo presenta elementi negoziali, dato che non si sa quando uno esca e dato che c'è il riscatto da pagare. Permangono poi anche elementi negoziali legati al discorso della cittadinanza e della riconoscibilità di appartenenza. Si tratta dunque di un meccanismo connotato in modo fortemente penale, ma che non rinuncia al piano « negoziale » del trarre risorse: non solo i galeotti compiono un lavoro utile, ma si possono anche commerciare. È una situazione che riguarda i marginali, gli zingari, i sodomiti, e che ha inoltre il potere di orientare il sistema punitivo, attraverso la progettata estensione della pena della galera a piccoli reati, come possono essere i furti di poco conto. C'è inoltre il sospetto che a essere coinvolti in questi reati di poco conto fossero proprio i marginali, i *sans aveu*, col che trova coerenza quanto ho detto in precedenza.

Un'altra curiosità: che fine facevano questi carcerati in attesa di giudizio? C'è sempre un giudizio, poi? E il giudizio in quale modo si conclude? Mi riferisco specificamente al Settecento, perché prima di allora, almeno per quanto riguarda la mia esperienza, le cose sono in qualche misura ipotizzabili. In questo secolo, dunque, che usa ancora il carcere preventivo in modo « negoziale », mi domando se le ricerche possano spingersi fino al punto di vedere anche quali siano poi gli esiti di queste forme di carcerazione negoziale.

Un'ultima curiosità concerne inoltre il protetto privo di risorse, un soggetto difficile da trattare perché costui, in quanto protetto, non può essere schiacciato con la repressione, a meno che non abbia commesso qualcosa di veramente grave; ma nel contempo, in quanto privo di risorse, non consente di ricavare nulla dalla sua carcerazione. In questo caso la carcerazione si protrae nel tempo? e chi paga? Perché, ricordiamolo, il carcere si paga: il carcere serve a dare da vivere ai carcerieri, e non c'è spesa che non venga accollata ai carcerati. Sebbene privo di risorse, il protetto gode tuttavia di protezione reale, come ad esempio nel caso del servo, privo di risorse, di un personaggio importante, che poi solitamente negozia con i carcerieri per farlo rilasciare e poterlo riportare a casa al suo servizio. Questo genere di verifiche archivistiche, che esulano dal tema strettamente carcerario, sono le maggiori curiosità che mi ha lasciato questa giornata di interventi. Mi sono domandato, ad esempio, durante la relazione di Merlotti, se qualche volta il padre che

manda al carcere correzionale il figlio non lo faccia per sottrarlo alla giustizia ordinaria o a quella formale, che per lui rappresenterebbe una sciagura. Ovvero, la mia ipotesi è che quel figlio non si fosse limitato a giocare e ad andare a donne, ma che avesse commesso qualche altro delitto per cui era stato necessario precedere l'intervento della giustizia ordinaria, magari con il carcere di correzione. Si tratta spesso di vicende intrafamigliari che vengono risolte con questo mezzo.

APPENDICE
“NEL LABORATORIO”

PROGETTO PER UNA STORIA
DEL DIRITTO PENALE (SEC. XIV-XX) (*)

[...]

Proposta per una
Storia del diritto penale (sec. XIV-XX)

Motivazioni

Largo interesse scientifico per la storia della dimensione penale, connessa a quella del crimine e della giustizia criminale. Domanda di conoscenza in ordine alla storia del diritto penale largamente intesa: come storia della legislazione penale, storia della giustizia, storia della penalità e storia dei rapporti tra sistemi punitivi, istituzioni e società.

Pubblico

Gli storici, ed in primo luogo gli storici della criminalità in particolare e della società in generale. Tra gli storici sociali e quelli delle istituzioni (specie per l'età moderna) l'interesse per la storia penale è visibile e crescente. I giuristi, in particolare i penalisti, presso i quali c'è continua domanda di ricerca storica sul penale, sul processo, sugli istituti più rilevanti.

Corsi universitari.

Persone colte e interessate a questo settore della storia delle idee e dei fenomeni giuridici.

L'individuazione di questi destinatari consiglia di pensare ad un certo equilibrio, nel taglio da dare al lavoro, tra il didattico/manualistico e le esigenze di circolazione scientifica. Il taglio soltanto didattico incontra il limite della rarità dei corsi di storia del diritto penale (credo esistano 4 o 5 insegnamenti in Italia), mentre un lavoro di questo genere è atteso soprat-

(*) Si pubblica, qui, parte di una lettera all'editore Laterza del 26 febbraio 1998 contenente l'originario progetto per una Storia del diritto penale.

tutto da storici politici, storici sociali, storici della criminalità, penalisti, storici del penale.

Concezione e metodo

Storia del diritto penale intesa come storia del pensiero giuridico penale e della costruzione dei principi penalistici: loro progresso e perfezionamento. Un momento particolarmente qualificato della storia della civiltà giuridica. Storia condotta per fasi, per giuristi, per problemi.

Secoli XIV-XV: L'emersione del penale: gli statuti, il primo pensiero penalistico (Alberto da Gandino, Angelo da Arezzo). La questione della pubblicizzazione del penale e l'affermazione del potere pubblico. L'avvento e l'affermazione del processo inquisitorio. La tortura. La criminalità urbana. Rapporto tra crescita dello Stato e maturazione del penale.

La grande criminalistica del Cinquecento: Ippolito de' Marsili, Claro, Deciani, Farinaccio, alcuni minori. Lo sviluppo dello Stato ed il sistema del *crimen laesae maiestatis*. La prima sistemazione del penale (un sistema complesso di reati e pene). La processualità del sistema punitivo di antico regime. La giustizia criminale nella crisi del Seicento: trasformazione del processo, crisi della tortura e del sistema delle prove. Dislocazione dei principi di giustizia dal *ne crimina al nemo tenetur*. Il divario tra legislazione (la Carolina, l'*Ordonnance criminelle*, la legislazione italiana) e dottrina, a partire dai prodromi cinquecenteschi fino alle idee dei protoriformatori del Seicento.

Le ideologie riformistiche del Settecento. La nuova legislazione in Italia e in Europa. Le idee penalistiche della rivoluzione francese.

La codificazione dell'Ottocento dall'Italia preunitaria fino al codice Zanardelli. La dottrina penalistica liberale, l'integrazione del diritto penale con le scienze sociali, la nascita e lo sviluppo della moderna criminologia, le 'scuole' penalistiche italiane a cavallo tra Otto e Novecento. La nuova criminalità, e la nuova giustizia penale. Le dottrine penali del fascismo, il codice Rocco, la crescente centralità della questione penale nella seconda metà di questo secolo. Il diritto penale nella prima Italia repubblicana. La crisi del penale dopo gli anni sessanta: *a)* crisi tecnica: il penale nella società in trasformazione; *b)* crisi politica: il penale tra emergenze e Costituzione; *c)* crisi radicale: l'ipertrofia del sistema normativo penale. Alla ricerca di nuove identità.

Mi piacerebbe se ci fosse lo spazio per pubblicarvi una notevole bibliografia, seria, articolata e ragionata, della quale dispongo praticamente già.

La concezione fondamentale del lavoro sta nel metodo della integrazione della storia (dottrinale) del diritto penale con elementi di storia della legislazione penale in area italiana, con cenni a quella europea che ha avuto il suo peso in età moderna.

Integrazione con la storia della criminalità, fase per fase. Questione

dell'ordine, della protezione delle persone, dei beni, dei 'valori' sociali minacciati o comunque da proteggere.

Integrazione con la storia della giustizia criminale (polizia, processo, forme di pena), fase per fase.

Collegata alla storia delle idee e della cultura giuridica in senso largo.

Dimensioni

Deve essere intorno alle 400 pagine.

Tempi

Ancora un anno e mezzo di lavoro da ora (termine, grosso modo, nell'autunno del 1999).

Netta preferenza, anche se avverto che la questione è prematura, per la *Collana storica*.

INDICE PARZIALE DEL LIBRO/STORIA DEL DIRITTO PENALE

AVVERTENZA (*)

INTRODUZIONE

I.

Il penale delle origini. Dalla civiltà comunale agli stati regionali.

Capitolo primo

TITOLO DEL CAPITOLO

1. *Una società conflittuale e la sua normatività*
2. *La giustizia plurale e il principio di mediazione*
3. *Il danno, il conflitto, l'infrazione*
4. *La vendetta, la composizione, la controversia, il giudizio*
 - a. *Vendetta*
 - b. *Negoziato*
 - c. *Pace*
5. *Il potere di punire e la crescita degli Stati cittadini*

Capitolo secondo

L'EMERSIONE DEL PENALE PUBBLICO

1. *La crisi delle libertà comunali, la 'nuova costituzione' cittadina ed il sistema penale tra XIII e XIV secolo.*
2. *[Il nuovo e più efficace modo di raccogliere le prove dà vita ad un processo differenziato ed infligge una torsione all'ordine penale, rendendolo 'pubblico'].*
3. *« Is ad quem spectat dolor », e la metamorfosi dell'accusa*
4. *La respublica si soddisfa con la pena*
5. *Processualità del penale praticato*

(*) Bozza inedita di indice per « Storia del diritto penale », 2001, da pubblicare con l'editore Laterza.

- a. *Le Practicae criminales. Formazione circolare del penale che emerge*
- b. *Il penale dentro le pratiche per la giustizia*
- 6. *Crimini grandi, crimini piccoli, crimini pubblici, crimini privati*
- 7. *« Continetur in statuto civitatis »*
- 8. *La logica degli apparati*
 - a. *Solo il giudice può*
 - b. *L'incriminazione parte dalle regole*
 - c. *Il paradigma dell'infrazione politica*

Capitolo terzo

LA PROVA E LA PENA, CARDINI DEL PENALE PRATICATO

- 1. *La prova*
 - a. *Che cosa è la prova, e perché incardina il penale*
 - b. *Il reato si conforma al modo della sua prova (o altra questione, perché questa è molto simile a quella del n. 1)*
- 2. *La raccolta delle prove*
 - a. *Il c.d. modo accusatorio*
 - b. *Il c.d. modo inquisitorio*
- 3. *La pena*
 - a. *L'archetipo dell'espulsione*
 - b. *Il modo ed il senso dell'irrogazione 'arbitraria'*
 - c. *La commisurazione alla quantità e qualità della prova*
 - d. *Gli accidentalia della pena: qualitas rei, quantitas delicti, altro ancora*
- 4. *Titolo del paragrafo numero 4 del terzo capitolo*

Capitolo quarto

I CARATTERI DELL'EGEMONICO

- 1. *Che vuol dire 'egemonico'*
- 2. *Perché emerge. Il rapporto con l'altrettanto nascente Stato: figlio dello Stato o suo co-fattore? I caratteri dell'egemonico sono quelli della costituzione degli Stati di A. R.*
- 3. *Per quali strade si avvia l'egemonico (il paradigma del reato politico). La decisiva partizione in alto/basso, grave/lieve, privato/pubblico, dei nostri/ dei loro.*
- 4. *Come si struttura (apparati, legge penale, insegnamento del diritto penale, dominio sovrano della pena e della grazia, con esclusione progressiva di poteri altrui — periferici o locali — su quel terreno.*
- 5. *La convivenza dell'egemonico con sistemi di giustizia 'comunitari'.*

II.
**L’AFFERMAZIONE DEL DIRITTO PENALE EGEMONICO
NEL CINQUECENTO**

Capitolo primo
LE GRANDI LEGGI

III.
IL PENALE DELL’ASSOLUTISMO E LA CRISI DEL XVIII SECOLO

Capitolo ...
LA BATTAGLIA PER LA LEGGE

IV.
**IL PENALE DEI CODICI E LA DIALETTICA DEI DIRITTI TRA
XIX E XX SECOLO**

V.
IL PENALE DAL FASCISMO ALLA DEMOCRAZIA

SCHEMA-SOMMARIO (*)

A) Introduzione

Cosa voglio dire con questo lavoro. Dove sta la storiografia del penale. Quali sono i nodi:

- a) Costituzione e diritto penale
- b) Negoziato — egemonico = Alla fine, il c.d. diritto penale dello Stato.
- c) Il diritto — la legge — la giustizia — i giuristi — le pratiche
- d) La criminalità in presenza
 - d.1) Le soglie: allarme — violenza — beni tutelati
 - d.2) La questione delle vittime, come questione dirimente

1. Secolo XIII. La situazione, così come appare dal diritto romano. Si parte dal *Tractatus criminum*. Le pratiche sono differenti e si imperniano sul diritto penale privato. Il diritto penale, come lo intendiamo noi, non c'è ancora. È arrivato il processo inquisitorio canonico che ha introdotto l'idea della infrazione/punizione: idea che non solo apre la via all'idea del potere pubblico che punisce, ma spiana quella del diritto penale in quanto tale.

2. Il contributo canonistico: basterà fare una storia di Decretali (per es. *Ad abolendam*, ed altre: un percorso è in Alessi, *Processo penale*, 35 ss.), e ricordare l'invenzione dell'inquisitorio, raccordandola al tipo di struttura politica che la Chiesa aveva: certo più compatibile con una attitudine 'egemonica' di quanto non avvenisse nel frattempo nel vicino campo delle immature esperienze cittadine.

3. Le norme statutarie. La legislazione penale introduce una logica ulteriore, che si combina con quella del processo inquisitorio. Come è fatta la legislazione penale? E quale è la costituzione del comune? Cioè: da quale costituzione scaturisce il diritto penale delle città?

4. La pubblicizzazione di Gandino. I comuni ed il loro penale 'politico', con le loro pratiche. I giuristi costruiscono un penale misurato sulle esigenze del comune. Insistere sulla funzione dei giuristi.

Paragrafi speciali da inserire quando sarà il loro momento

Pena come espulsione

Prostituzione in antico regime (?)

(*) Schema sommario inedito per « Storia del diritto penale », 2004.

Crimen sodomiticum / nefandum
 Infanticidio
 I poveri (i p. e il penale / la criminalità dei p.)

Dalla dottrina penale del Cinquecento, i seguenti reati:

Lesa maestà [trattandosi di un paradigma/modello, trattazione lunga e mirata sul “modello della repressione”]

Omicidio
 Furto
 Stupro
 Stregoneria

Secolo XVI

La legge Carolina
 Processo dell’Inquisizione romana [dentro la ‘logica della repressione’]

Secolo XVII

La questione della tortura, a partire dal XVII
 L’Ordonnance criminelle 1670

Secolo XVIII

Beccaria
 La legge Leopoldina

Secolo XIX

La questione della pena di morte (a partire dal XVIII)
 La questione dei furti violenti, partendo dalla legge toscana del 1816.
 Legislazione e dottrina (minore) degli Stati preunitari
 [...]

CATEGORIE E IDEE PER INTRODUZIONE

Storia del diritto penale — Teorica del penale (I giuristi) (*)

[...]

La progressiva crescita del diritto penale nell'opera dei giuristi.

Ricordare che queste articolazioni sono moderne. Che l'intreccio di processo e norme sostanziali risponde ad una logica di grande rilievo, che rovescia il rapporto tra norma punitiva e sua attivazione in tribunale: il centro, nel sistema di diritto comune, è il giudice, che si vale delle norme che diremmo sostanziali gestendole nella prospettiva del processo

Categorie penali (diritto sostanziale, materiale)

- a. Crimen, delictum: publica, privata, ordinaria, extraordinaria
- b. Dolo
- c. Colpa
- d. Errore
- e. Imputabilità
- f. Responsabilità penale, cause di giustificazione
- g. Colpevolezza
- h. Tentativo
- i. Recidiva
- j. Complicità
- k. Pena (struttura antropologico-culturale, senso nell'ordinamento)

Categorie processuali (diritto processuale, rituale)

- a. Processo (le forme, il senso, il giudice)
- b. Accusatio
- c. Inquisitio
- d. La competenza
- e. Indizi, prove
- f. Testimoni
- g. Tortura
- h. Diritto alla difesa
- i. Appello

(*) Materiale inedito per « Storia del diritto penale », 2001.

- j. Punizione (il rapporto con crimine e prova, le forme di esecuzione)
- k.

La variante dell'Inquisizione

- a. Quella romana adotta il processo 'laico' (ipotesi: la Carolina)
- b. Fa da modello: per il rito, per lo stile
- c. Giustizia di apparato, centralizzata, uniforme
- d. Civile/penale/inquisitoriale: l'Inquisizione è un momento 'terzo'
- e.

Reati

- a. Reati contro la religione
 - b. Reati contro lo Stato e contro gli interessi generali politicamente espressi (per es. l'amministrazione della giustizia).
 - c. Reati atroci (latrocinium, area del sodomiticum, ed altri, escludendo i religiosi)
 - d. Reati contro l'ordine pubblico (incendio, delazione di armi, per es.)
 - e. Reati contro la vita e contro l'incolumità della persona
 - f. Reati contro il patrimonio
 - g. Reati contro l'onore, anche sessuale
 - h. Reati contro la buona fede (per es. il falso)
 - i. Reati contravvenzionali
- [...]

Introduzione

Processualità del penale nella fase iniziale, e poi ancora per lungo tempo, anche se un penale 'autonomo' cresce via via, a partire almeno dal XVI secolo. L'intrico tra penale e processuale sussiste fino alla scissione realizzata dai codici. Il penale è una costola del processuale, ma, a sua volta, il processuale senza il penale non sta, ed esso stesso viene edificato coi materiali del penale, sia pure designati coi nomina più svariati. Il principio penale si chiarisce nella fase dell'enforcement, che è peraltro quella maggiormente produttiva di penale: non solo teorico, ma — per esempio — normativo: leggi, e principi penalistici, emergono dalle pratiche, prodotti nell'esperienza che si combina con la riflessione giuridica.

Negoziato, egemonico.

(fare un robusto sforzo di riflessione per legare nell'esposizione i due punti che precedono, esponendo il legame che essi hanno storicamente, ed esponendolo in modo che tale legame sia percepibile, ed allo stesso tempo produttivo di una impostazione storiografica nuova. Ragionare sul fatto che l'affermazione dell'egemonico dagli inizi del Cinquecento, e l'emersione di

un Diritto penale ‘autonomo’ nel Cinquecento, arrivano praticamente insieme.) [...]

Le fonti: le fonti sono necessariamente diverse: la legislazione, perché il penale poggia sulle norme; la dottrina, perché sono i giuristi che ne costruiscono faticosamente la dogmatica; la pratica dei tribunali, perché il penale vero, alla fine, è quello prodotto dalle corti di giustizia; la criminalità in presenza, le sue dinamiche, il suo peso, la sua percezione, perché è sulla scorta di essa, e delle sue ‘qualità’, che si stabilisce il profilo reale della repressione. Infine il quadro politico e quello *costituzionale*, perché è lì la chiave primaria per la comprensione del penale e, quindi, per la sua ricostruzione.

[...]

Annotazioni di metodo:

Recupero qui dei discorsi degli anni Ottanta?

Perché non comincio dall’alto medio evo: nessun interesse per le questioni di ‘remote origini’. Il mio interesse va al penale, e il penale è nozione ‘moderna’, che non è rinvenibile in termini riconoscibili prima dell’avvento di apparati pubblici capaci di irrogare pene sulla base di un complesso normativo assunto come riferimento per l’incriminazione; o, almeno, sulla base di un ‘interesse’ pubblico individuato e adottato come base di ‘legittimazione’, o come riferimento capace di fondare o giustificare la repressione. Tutto questo non sembra manifestamente presente prima del XII secolo e del radicamento del fenomeno comunale. Tra l’altro, solo la presenza delle città, del loro sviluppo e della loro presa di coscienza politica, è in grado di produrre l’elemento simbolico senza il quale la repressione penale non può farsi accettare dagli stessi soggetti, o strati sociali, contro i quali è diretta. Le società prive di apparati, posto che siano limpidamente rinvenibili in un’esperienza come quella che si svolge in Europa tra Giustiniano e Irnerio, non producono sistemi punitivi, e tanto meno *diritto penale*: esse registrano soltanto quel che comunque germina di suo in qualsiasi società minimamente aggregata: maniere di risolvere conflitti (il cui formato penale è di regola dubbio, o talora introvabile).

[...]

La criminalizzazione secondaria

Trovare lo spazio ed il luogo per introdurre considerazioni metodologiche su fonti giudiziarie e giuridiche, rapporto tra storia giuridica e storia criminale, errori e rischi della storia della giustizia criminale: i due articoli degli anni ottanta. Si potrebbe ricordare il fatto che negli studi che hanno rinnovato la questione della ‘nascita dello Stato’ e dello ‘Stato moderno’ intorno agli anni settanta (per es. Chittolini, e poi il resto — Schiera & C.) tra le funzioni dello Stato, che servono a riconoscerlo e misurarlo, accanto all’esercito, al fisco, alla burocrazia ed alla diplomazia, non figura la giustizia.

Ancora nel pieno del secolo XIII, che è il momento di avvio di questa ricostruzione storica, il penale è quasi interamente confinato nelle pratiche di giustizia, ed appena balbettanti ci appaiono la produzione normativa dei poteri laici e quella dottrinale dei primi giuristi criminalisti. La prima si ritrova quasi per intero nei *libri de maleficiis* degli statuti cittadini, mentre la seconda — già all'opera nella produzione di *quaestiones* rivelatrici e creative, sul terreno della pratica processuale — non sembra ancora interessata ad affrontare quella che oggi chiameremmo la dogmatica del penale sostanziale; il quale, a sua volta, giace con tutta la sua potenzialità, ma ancora non fecondato in modo adeguato dalla riflessione dei giuristi, nel *corpus* delle fonti romane. Quel *corpus* viene letto, trattato — si direbbe 'scoperto' — nelle università; viene talora richiamato davanti ai giudici, nelle contese giudiziarie originate da un'accusa e condotte sulla scorta degli *ordines iudicarii*; emerge inoltre, all'occasione, per fare da *argumentum* alle prime opzioni interpretative della pratica nascente; ma le risorse che racchiude si dispiegheranno più avanti, quando dallo *ius criminale* dei romani i giuristi trarranno categorie, terminologia ed ordine mentale, per supportare le urgenze di governo e le necessità repressive di poteri pubblici provvisti di una marcata caratterizzazione politica, che a partire proprio dalla metà del duecento conosceranno crescita ed espansione. Perché il diritto penale romano, con il suo spiccato carattere normativo per un verso, e per l'altro con il suo affinamento dogmatico (non particolarmente progredito, ma adeguato al compito di fornire una base d'avvio), sembrava offrire a poteri pubblici e giuristi un mezzo potente per conseguire in una fase in cui venivano prendendo piede formazione politiche ed esperienze costituzionali strutturate ed istituzionalmente consistenti. [...]

La produzione normativa degli statuti è cosa diversa.....

Questa realtà alza un altro schermo opaco davanti agli occhi di chi cercasse nelle esperienze di allora le tracce, sia pure embrionali, del penale di oggi, ma impone, sopra ogni altra cosa, l'uso di una inderogabile metodologia.

C'è un profilo antropologico, che è molto importante. C'è un profilo culturale (quella cultura non riesce a pensare ad un'offesa in termini che non siano 'offesa fatta da qualcuno a qualcun altro, con intenzione, con danno, con lesione dei beni o, magari, dell'onore': non si riesce a pensare che il punto è 'aver disobbedito a una regola' (quid delle regole morali e di quelle religiose?), o aver 'offeso qualcuno che non sia l'offeso, collegato al suo entourage').

Poi c'è un profilo politico: quella era una società con organizzazioni istituzionali tali da non produrre senza residui il penale che noi ci aspettiamo. Ma ne aveva un altro. Quello legato alla sua qualità culturale, antropologica e — in questo senso — costituzionale.

Stentiamo a vederlo perché partiamo da un radicale errore metodologico. In realtà quel diritto (penale) non c'è, e cercarne le tracce ci impedisce di ricostruire le cose com'erano.

Nelle società [assetto feudale] e nelle nascenti aggregazioni cittadine il suo spazio era naturalmente limitato, ... società con strutture pubbliche inizialmente deboli, o meglio 'non strutturate in forme per noi familiari' quindi senza diritto penale (ma diritto è impreciso; io dico *il penale*, ed intendo.....)

..... La consuetudine come costituzione (Perché la costituzione è essenziale). Come il diritto civile nasce dai rapporti concreti, così il diritto penale ha bisogno di una struttura riconosciuta, normata, provvista di una autorità che abbia 'il diritto di punire'. Noi lo intravediamo, con i nostri occhi moderni, in dinamiche relazionali che lo contengono solo dal nostro punto di vista, ma si trattava in realtà di cosa diversa, difficile da definire e collocare — per noi — in una casella plausibile.

Il penale: Il lettore avrà colto in questo esordio l'uso di un'espressione dettata dalla prudenza: *il penale*. È bene che io ne chiarisca il valore, esprimendo le ragioni del suo impiego.

Ragioni negative: dico *il penale* per non dire *diritto penale* — che sarebbe anacronismo, perché in quella fase non c'era —, e per non limitare l'orizzonte al *processo penale* (tanto meno alla *procedura*), che in quella fase c'era, ma senza l'autonomia alla quale siamo abituati a pensare, versione in punto di offesa di un processo pensato e praticato per conflitti originati da interessi difficilmente riconducibili ad un riconoscibile formato penalistico.

Ragioni positive: dico *il penale* per indicare la dimensione penale di quei rapporti intersoggettivi, che è qualcosa di diverso dalla somma — o dalla sintesi — di penale sostanziale e penale processuale.

[Ordine penale?] È un mix di diritto e processo; forse la categoria più adatta a metterci d'accordo con quel mondo è 'giustizia', senza la qualificazione di 'penale'.

[...]

L'azione d'ufficio e la conduzione inquisitoria del processo vengono assai di più dalla politica (esigenze del dominio) che dal modello 'canonistico', come si è spesso scritto. Il fatto che ci fosse un'esperienza tecnica da importare non vuol dire che il processo sia diventato 'inquisitorio' per imitazione giuridica: è la costituzione comunale nuova che lo impone, anche se i giuristi che lo mettono in piedi mettono a frutto, nel costruirlo, l'esperienza che la Chiesa aveva avviato per la repressione del dissenso religioso. La Chiesa aveva fatto la stessa cosa: un'esigenza politica, trattata con materiali presi dall'arsenale del diritto romano. Del resto, si trattava, per entrambe le esperienze, di adottare una linea penalistica (processuale) fondata su elementi comuni: l'autorità si appropria del diritto d'agire, di quello di condurre il processo e di quello di sanzionare. Il modello non può essere che quello del processo di autorità.

Se però guardiamo all'opera dei giuristi, vediamo quale è la funzione che svolgono: a fronte di una realtà di partenza che è di guerra al nemico col mezzo dell'amico, realtà che pretende il processo nuovo (pubblico — ma in realtà di parte, si può dire — inquisitorio, proattivo/aggressivo, ecc.),

i giuristi pongono regole, limitazioni, passaggi obbligati, criteri di razionalità, ecc. che tendono in tutta evidenza a ‘moderare’ l’uso aggressivo del processo.

2. *[Il nuovo e più efficace modo di raccogliere le prove dà vita ad un processo differenziato ed infligge una torsione all’ordine penale, rendendolo ‘pubblico’. Esso si legittima con un principio di giustizia (i crimini non restino impuniti), con l’efficacia del sistema (tra l’altro, le vittime mantengono una importante chance di soddisfazione), con il trasferimento al piano pubblico della ‘funzione vendetta’. La pena, inoltre, nella sua nuova dimensione ‘esclusiva’ innesca un processo di rafforzamento del potere degli apparati di giustizia che trasforma poco a poco l’intero ordine penale. Gli impone una funzione egemone nel campo della giustizia penale e postula l’avvento di un sistema imperniato sulla legge]*

Ma la nuova forma di giustizia non scaccia le maniere conciliative che occupavano il campo, non le rimpiazza, non arriva ad abolirle. La ragione sta nel fatto che la nuova forma di giustizia mette al centro l’infrazione, l’interesse comune e l’autorevolezza del potere pubblico, laddove le antiche maniere avevano di mira il danno, l’interesse dell’offeso — in equilibrio con quello dell’offensore — e l’‘onore’ delle due parti. La ‘nuova giustizia’ va dunque in un’altra direzione, ha moventi separati e fini divergenti, cosa che le impedisce di subentrare nelle ragioni che le preesistevano. La ‘nuova giustizia’ coglie (e in questa misura fonda, crea) la dimensione penale del conflitto: più precisamente, assegna al conflitto un formato penale e lo sussesce nella sfera dell’ordine, lo riduce a semplice violazione (*ius quod iussum*), ne fa risaltare la dimensione politica, con ciò attribuendolo alla sua competenza. (Le “due giustizie” si affiancheranno, e viaggeranno l’una accanto all’altra per molto tempo ancora)

« È ormai dimostrabile empiricamente che questi sistemi legali organizzati statualmente non si sostituirono affatto ad altri metodi conciliativi, per lo meno non per lungo tempo, e che non furono particolarmente liberi da pregiudizi, o nemmeno “razionali” nel senso come noi lo intendiamo. Ma si dà anche il caso che procedimenti più tradizionali e di origine locale che lo Stato cercò di rimpiazzare possedevano una loro logica interna. L’antropologia ci aiuta a riconoscere la logica di molte più alternative che non quelle che diamo per scontate. Le faide [...] L’ordalia è un altro caso [...]. ».

[...]

APPUNTI PER INTRODUZIONE

Storia del diritto penale - Canovaccio

[...]

Introduzione (*)

Si può fare una introduzione che copra insieme il discorso metodologico, l'avvio "pre-comunale" (anche roba come il Tractatus criminum?) ed un accenno problematico a questioni che si porranno nel libro:

non solo la prima fase, ma anche

l'unitarietà dell'esperienza penalistica in antico regime (il penale),

le pratiche,

la questione centrale del legame penale-costituzione,

altro ancora che dovesse emergere.

Per lungo tempo, nei primi secoli del secondo millennio, il penale ha fatto fatica a prendere forma.

Più esattamente, ha stentato a prendere una forma per noi riconoscibile, e cioè rassomigliante all'idea moderna del penale, che noi identifichiamo in un complesso di regole certe che minacciano di pena alcuni definiti comportamenti, compendiate da forme altrettanto certe di giustizia, destinate a dare rituale seguito a quelle minacce.

In parole più semplici, ma un po' meno precise, il penale che invano cercheremmo in quelle lontane esperienze è quel diritto, sostanziale e processuale, che tratta in modo diretto o mediato il delitto e la criminalità, vietando per legge determinati comportamenti ed adoperandosi per la punizione dei trasgressori. Un diritto che ha un prevalente fine di tutela e salvaguardia, e lo persegue con lo strumento della dissuasione, attraverso l'*incriminazione* di atti tipici, praticata con la produzione normativa di 'ingiunzioni' provviste di sanzione. Un 'sistema', fatto di norme certe, dirette a configurare modelli comportamentali sanzionati, in quanto lesivi di beni che il legislatore riconosce come meritevoli di tutela.

Invano cercheremmo tutto ciò in quelle remote vicende, e malissimo faremmo a volercelo trovare. Peggio ancora faremmo a mettercelo.

So che un avvertimento come questo, per quanto largamente scontato,

(*) Canovaccio inedito per una prima ipotesi di Introduzione alla « Storia del diritto penale », 2005.

e perciò non privo di una sua rozzezza, non è tuttavia, ancora oggi, completamente inutile. È ben vero che nella più recente storiografia giuridica (italiana) si è ormai comunemente raggiunta la coscienza della impraticabilità di un metodo ricostruttivo che utilizzi come criterio e vaglio le correnti categorie della dogmatica contemporanea. *Comunemente*, dico, il che vuol dire non sempre, non interamente e non da tutti.

Quel che resta ancora da conseguire è la capacità di uscire *realmente* e interamente — facendo storia del penale — da un modo di vedere tutto misurato sulle forme penali dello Stato di diritto. Occorre entrare correttamente in una prospettiva rinnovata.

È vero che la storia del penale accigliata e spicciativa, che accusava il sistema punitivo medievale e moderno di rozzezza e crudeltà, ormai non si pratica più. È vero che sembra ormai spenta una maniera di fare storia penale imputando ai criminalisti del passato un'ottusa, arrogante, colpevole e attiva complicità con la 'barbarie' di quei sistemi. Pesava forse su alcuni di quegli storici un retaggio, non elaborato, della critica *politica* (scambiata per ricostruzione storica) rivolta al penale dei secoli intermedi dal riformismo del XVIII secolo. Ma quella critica culturale e civile non era storiografia. Era lo strumento di lotta politica messo in opera da intellettuali riformatori che avversavano la *permanenza* del penale dei secoli intermedi, in un'Europa che stava cambiando segno all'idea di civiltà, aveva scoperto i diritti e li avrebbe dichiarati.

Quella stagione è trascorsa. E devo ammettere che anche i suoi ultimi eredi, nonostante la biasimevole abitudine di scrivere molto e leggere poco, hanno percepito e messo a qualche frutto gli esiti nuovi di uno sguardo più corretto, e perciò più fertile.

Più avveduta e prudente mi sembra la storiografia del penale degli anni più recenti. Molto si deve al lavoro fatto negli archivi. Lo studio dei processi, condotto talora, specie fuori d'Italia, da storici non giuristi capaci e consapevoli, ha consentito di cogliere il farsi concreto del penale nelle società medievali e moderne, di scorgere la fase della sua emersione e quella del consolidamento, di valutare il grado della sua presenza tra poteri pubblici, formazioni statali e comunità. Ha mostrato nei fatti il legame ben stretto che invariabilmente allaccia il penale ai caratteri costituzionali delle realtà istituzionali in cui agisce.

La storia della giustizia emersa dagli archivi ci ha persuaso dell'importanza del lavoro dei giuristi, impegnati ad adeguare il penale alle mutazioni delle costituzioni materiali, prima nelle formazioni prestatuali poi negli Stati, ma ci ha persuaso anche della non primarietà di quel lavoro. La giustizia penale non la fanno i giuristi. Essi ne governano un aspetto fondamentale, che è quello del diritto che dovrebbe regolarla. Ma in età medievale e moderna, la giustizia non è fatta solo — e forse neanche principalmente — di diritto. È fatta di *pratiche* che hanno il compito di comporre le necessità dell'ordine con le occorrenze del potere, insieme a quello di tenere in prudente equilibrio le mutevoli pretese della repressione

con le ragionevoli aspettative dei consociati. Di quelle pratiche i giuristi hanno, questo sì, fissato i termini. Hanno indicato l'*an* e il *quomodo*, il *posse* e il *nequire*, ma anche la maniera di prendere la regola di fianco, o alle spalle, per farla diversamente fruttare. Quel loro possente lavoro ha fondato la scienza penale, l'ha alimentata e resa matura, dandole insieme i mezzi (parametri e metodo) per crescere ancora, adattarsi, affinarsi. Un remoto lavoro di cui l'odierno diritto penale è ancora debitore, anche quando non sia capace di accorgersene.

Gli archivi, come è evidente, ci diranno ancora molto in futuro. Ma ci hanno già intimato una formidabile *cave*: la storia del penale va fatta alle sue condizioni. Va misurata sulle fasi della sua crescita, letta nella sua lingua, che non è sempre la stessa, fase dopo fase. E comunque non è la lingua (l'insieme concettuale e categoriale) con cui ragioniamo sul penale al giorno d'oggi.

Chi guarda alla prima fase della storia del penale, quella che va dalla civiltà comunale all'avvento degli Stati nazionali ed oltre, deve sapere che per quella storia *il metodo è il merito*. Se affrontata con un approccio errato, la vicenda penale delle origini rischia di venire irrimediabilmente falsata. La questione sta tutta nella scelta delle categorie 'penalistiche' da mettere in opera nella ricostruzione storica: esse non sono né neutrali né innocue. Anzi, alcune di esse hanno il potere di oscurare territori vastissimi di quella vicenda, sottraendoli alla vista dello storico; altre quello di obliterare fenomeni decisivi per la storia del penale, ordinandoli secondo una logica fuorviante che ne rovescia il senso o li porta a scomparire.

Mi riferisco a rappresentazioni mentali quali *legalità*, *efficacia*, *certezza*, *imperatività* o *garanzia*, a contrapposizioni del genere *diritto/pratica*, *norma/applicazione*, alla categoria della *legge*, la più arrischiata di tutte. La stessa espressione *diritto penale*, almeno fino al pieno Cinquecento, è largamente abusiva.

Non ha ancora perso piede, infatti, la spicciativa propensione (talora 'candida', spesso inconsapevole) a ricostruire tutto il penale storico *con le categorie* — anche se non sempre secondo il metro — del penale dell'età dei codici. Forte è la propensione a far retroagire in contesti remoti categorie del *diritto* penale prodotte in tempi assai vicini al nostro; ed anche la storiografia più avveduta può trovare malagevole rinunciare, poniamo, all'idea della *legalità* — quando non al principio che ne porta il nome — nell'analisi di un lontano ordine penale, nel quale pur chiaramente si vede operare un normativismo assai diverso da quello imperniato sulla legge, tipico dei moderni sistemi a poteri divisi. Per non dire di quelli (*quorum praecipue mei criminalistae temporis*) che trattano le fonti come fossero macchie di Rorschach: le guardano e vi vedono quello che hanno in testa loro.

Occorre dunque una forte e critica consapevolezza, unita, se posso dire, ad un vero e proprio *fresh thinking*.

Il penale ha attraversato fasi storiche che bisogna leggere in modo

sapiente e articolato, fuori da ogni logica monista, e badando ad evitare quel che spesso si è fatto: una storia di staticità messe in successione. È bene che l'approccio sia, se mi spiego, 'pluralista'. È bene che l'ottica ricostruttiva sia realistica, duttile e modulata, perché agli sguardi attenti appare evidente che fasi diverse 'convivono' affiancate, intrecciate o sovrapposte, in ragione di una 'inerzia' delle pratiche, che non si lasciano abrogare interamente da nuove regole e tanto meno da novità interpretative o da svolte dottrinali. Per cui non è dato vedere che una nuova fase del penale rimpiazzasse seccamente la precedente, cancellandola. Allo stesso modo, ogni singolo frangente della trasformazione e della crescita dell'ordine penale è fatto di molti elementi che coesistono ed interagiscono su diversi fronti, dando vita ad una complessità che non si presta ad essere semplificata o ridotta. Che non si presta, in ogni caso, ad una trattazione meramente 'evoluzionista', che limpidamente scandisca fasi e stabilisca progressioni.

È dunque l'approccio 'plurale, dinamico ed integrato' che permette allo storico di 'vedere' in tutta la sua rilevanza la specificità della 'dimensione penale' della vita associata ed il reale funzionamento dei sistemi penali storicamente rilevati. Intendo il loro concreto dispiegarsi nei fatti, e non soltanto la loro conformazione, qual è possibile desumere dalle norme e dalle dottrine. Penso alla implicazione di sistemi normativi diversi dal giuridico, alle mentalità ed alle culture, alla criminalità in presenza, alle inclinazioni della giustizia praticata, all'orientamento dei poteri politici, alle sinergie dispiegate dai poteri diffusi, dalla chiesa, dalle comunità o dalle oligarchie locali. Penso alle logiche economiche che si intrecciano con la più generale economia del penale, alle interferenze morali ed ai condizionamenti religiosi, al ruolo giocato in direzioni diverse dal *moral panic*, dalla incostante efficienza degli apparati repressivi, dall'anomia e dall'osservanza.

[...]

BIBLIOGRAFIA DEGLI SCRITTI
EDITI DI MARIO SBRICCOLI (1968-2007)

I contributi sono elencati secondo la loro successione temporale e precisando il luogo e i tempi della originaria pubblicazione:

— *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, Giuffrè, 1968 (Ediz. provvisoria).

— *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 493.

— *Recensione* a G. Tarello, "Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII", « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », I, 1972, pp. 422-429.

— *Politique et interprétation juridique dans les villes italiennes du Moyen Age*, « *Archives de Philosophie du Droit* », XVII, 1972, pp. 99-113.

— *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento. Il problema dei reati politici dal 'Programma' di Carrara al 'Trattato' di Manzini*, « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », II, 1973, pp. 607-702.

— *Recensione* a "Materiali per la storia della cultura giuridica", II/72, « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », II, 1973, pp. 763-769.

— *Strutturalismo e storia del diritto privato, Politica del diritto*, IV, 1973, fasc. 4/5, pp. 551-562.

— *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 399.

— *Il diritto penale sociale, 1883-1912*, « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », III-IV, 1974-75, I, pp. 557-642.

— *Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano*, « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », III-IV, 1974-75, vol. 2, pp. 873-1035.

— *Intervento* nel dibattito "Per una politica criminale del movimento operaio", [Bologna, 11 dicembre 1975], « *La Questione Criminale* », I, 1975, pp. 490-496.

— *Recensione* a "Materiali per una storia della cultura giuridica", [V/1975], « *La Questione Criminale* », II, 1976, pp. 205-210.

— *Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 169.

— *Intervento* nel dibattito *Ordine e democrazia nella crisi: un dibattito*

interno alla sinistra, [Bologna, 3 giugno 1977], « *La Questione Criminale* », III, 1977, pp. 232-236.

— *La storia, il diritto, la prigione. Appunti per una discussione sull'opera di Michel Foucault*, « *La Questione Criminale* », III, 1977, pp. 407-423.

— *Recensione* a R. Ajello, “Arcana Juris. Diritto e politica nel Settecento italiano”, « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », VII, 1978, pp. 455-461.

— *Recensione* ad A. Cavanna, “La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde”, « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », VII, 1978, pp. 466-473.

— *Intervento* nel seminario “Ceti dominanti e organizzazione del potere...”, [Trento, 9-10 dicembre 1977], in C. Mozzarelli e P. Schiera (a cura di), *Patriziati e aristocrazie nobiliari. Ceti dominanti e organizzazione del potere nell'Italia centro-settentrionale dal XVI al XVIII secolo*, Trento, Libera Università degli studi di Trento, 1978, pp. 120-126.

— *Interpretazione come argomentazione nella esperienza giuridica intermedia*, in G. Galli (a cura di), *Interpretazione e contesto. Atti del I° Colloquio sulla interpretazione*, Macerata (19-20 aprile 1979), Torino, Marietti, 1980, pp. 47-61.

— *Pellegrino Rossi et la science juridique*, in I. Rens (a cura di), *Des Libertés et des Peines. Actes du Colloque Pellegrino Rossi* (Genève, 23-24 novembre 1979), Genève, Georg-Librairie de l'Université, 1980, pp. 179-194.

— *Il furto campestre nell'Italia mezzadrile. Un'interpretazione*, in *Annali dell'Istituto 'A. Cervi'*, 2, 1980, pp. 371-378.

— *La piccola criminalità e la criminalità dei poveri nelle riforme settecentesche del diritto e della legislazione penale*, in M. Corti, M. Santucci, M. A. Cattaneo, C. Dionisotti, M. Sbriccoli, N. Bobbio, *Lezioni sull'illuminismo*, Bellinzona, Liceo economico-sociale, 1980, pp. 51-64.

— *Voce Chiappelli Luigi*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, XXIV, 1980, pp. 498-500.

— *Recensione* a “Des Libertés et des Peines. Actes du Colloque Pellegrino Rossi”, « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », X, 1981, pp. 243-251.

— *Il diritto come mediazione. Note sul pensiero giuridico-politico di Pellegrino Rossi*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata in onore di Attilio Moroni*, Milano, Giuffrè, 1982, vol. 4°, tomo 3°, pp. 1625-1644.

— *I giuristi maceratesi tra moderatismo cattolico e moderatismo liberale (1800-1860). Nella storia della città: Macerata dal primo Ottocento all'Unità*, Macerata, Agenzia Libr. Einaudi, 1984, pp. 21-38.

— *Voce Polizia*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1985, vol. XXXIV, pp. 111-120.

— *Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e*

problemi di ricerca, in P. Grossi (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti di indagine e ipotesi di lavoro*, Atti dell'incontro di studio (Firenze 26-27 aprile 1985), Milano, Giuffrè, 1986, pp. 127-148.

— *Brigantaggio e ribellismi nella criminalistica dei secoli XVI-XVIII*, in G. Ortalli (a cura di), *Bande armate, banditi, banditismo e repressione di giustizia negli Stati europei di antico regime*, Roma, Jouvence, 1986, pp. 479-500.

— *Il diritto penale liberale. La "Rivista Penale" di Luigi Lucchini (1874-1900)*, « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », XVI, 1987, pp. 105-183.

— *La Commissione di inchiesta sul brigantaggio e la legge Pica*, in *Il Parlamento Italiano, 1861-1988. vol. II: 1866-1869 La costruzione dello Stato da Lamarmora a Menabrea*, Milano, ESI, 1988, pp. 115-142.

— *Fonti giudiziarie e fonti giuridiche. Riflessioni sulla fase attuale degli studi di storia del crimine e della giustizia criminale*, « *Studi storici* », XXIX, 1988, n. 2, pp. 491-501.

— *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in A. Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 147-232.

— *Politica e giustizia in Francesco Carrara*, in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Atti del Convegno internazionale (Lucca-Pisa, 2-5 giugno 1988), Milano, Giuffrè, 1991, pp. 441-449.

— *Nox quia nocet. I giuristi, l'ordine e la normalizzazione dell'immaginario*. Introduzione a M. Sbriccoli (a cura di), *La notte. Ordine, sicurezza e disciplinamento in età moderna*, Firenze, Ponte alle Grazie, 1991, pp. 9-19.

— *"Tormentum idest torquere mentem". Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell'Italia comunale*, in J.-C. Maire-Vigueur e C. Paravicini Bagliani (a cura di), *La parola all'accusato*, Palermo, Sellerio, 1991, pp. 17-32.

— *Histoire de la criminalité et histoire pénale. Le rôle des sources juridiques dans l'histoire du crime et de la justice criminelle*, « *IAHCCJ Bulletin* » [Supplement to *MSH Informations*] n. 14, october 1991, pp. 86-102.

— *Le droit pénal, le crime et la justice criminelle ont une histoire*, « *Déviance et Société* », 15, 1991, n. 4, pp. 377-379.

— *Voce Truffa, storia*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1992, vol. XLV, pp. 236-243.

— *Il diritto penale*, in D. Cecchi (a cura di), *Il codice degli Statuti osimani del secolo XIV*, Atti del Convegno (settembre 1991), Osimo, Fondazione Don Carlo, 1992, pp. 123-133.

— *Presentazione* a M. Sbriccoli e A. Bettoni (a cura di), *Grandi Tribunali e Rote nell'Italia di antico regime*, Atti del Convegno (Macerata, 6-8 dicembre 1989), Milano, Giuffrè, 1993, pp. V-VIII.

— *"Storia del diritto italiano": articolazioni disciplinari vecchie e*

nuove, in P. Grossi (a cura di), *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno: strumenti, destinatari, prospettive*. Atti dell'incontro di studio (Firenze, 6-7 novembre 1992), Milano, Giuffrè, 1993, pp. 117-133.

— *Legislation, Justice and Political Power in Italian Cities, 1200-1400*, in A. Padoa Schioppa (a cura di), *Legislation and Justice: The Origins of the Modern State, 13th-18th Centuries*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 37-55.

— *Beccaria ou l'avènement de l'ordre. Le philosophe, les juristes et l'émergence de la question pénale*, in M. Porret (a cura di), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Genève, Droz, 1997, pp. 177-187.

— *Gobernar castigando. Francisco Tomás y Valiente e la storia del diritto penale moderno*, « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », 26, 1997, pp. 689-715.

— *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia. Annali*, 14: *Legge Diritto Giustizia*, Torino, Einaudi, 1998, pp. 485-551.

— *Jalon pour une histoire de la statistique judiciaire* [in collaborazione con Philippe Robert], « *Déviance et Société* », 22, 1998, n. 2, pp. 107-111.

— *Sintesi conclusiva* in A. Romano (a cura di), *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea tra la fine del '700 e la prima metà dell'800*, Atti del Seminario internazionale di studi in memoria di Francisco Tomàs y Valiente, (Messina, 14-16 novembre 1996), Milano, Giuffrè, 1998, pp. 1063-1077.

— *Teorie e ideologie del diritto penale dall'Unità al secondo dopoguerra*, in P. Grossi e Y. Murakami (a cura di), *La storia moderna del diritto italiano* [pubblicato in lingua giapponese, tr. di K. Ohara, T. Matuura, Y. Murakami], Tokio, ed. Akashi Shoten, 1998, pp. 203-259

— *Collaboration de justice et mafia: des réformes pour une urgence incessante*, « *Déviance et Société* », 22, 1998, n. 4, pp. 421-426.

— « *Vidi communiter observari* ». *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », 27, 1998, pp. 231-268.

— *Conclusioni* in E. Menestò (a cura di), *Gli Statuti delle città: l'esempio di Ascoli nel secolo XIV*, Atti del Convegno (Ascoli Piceno, 8-9 maggio 1998), Spoleto, Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, 1999, pp. 166-179.

— *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », 28, 1999, pp. 817-850.

— *Giuseppe Giuliani, criminalista. Elementi per una biografia*, in S. Vinciguerra (a cura di), *I Regolamenti Penali di Papa Gregorio XVI per lo Stato Pontificio (1832)*, Padova, Cedam, 2000, pp. CCLIX-CCXCIII.

— *Intervento* nel seminario "Uno Stato e la sua storia" (San Marino, 7 febbraio 2000), pubblicato in A. Grohman, G. Nenci, M. Sbriccoli, E.

Sori, *Uno Stato e la sua storia nei volumi 1-20 (1993-1999) del Centro Sammarinese di Studi Storici*, San Marino, Centro Sammarinese di Studi Storici, 2000, pp. 38-42 e passim.

— *Législation, justice et pouvoir politique dans les cités italiennes du 13ème au 15ème siècle*, in A. Padoa Schioppa (a cura di), *Justice et législation*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, pp. 59-80.

— Voce *Giuliani Giuseppe*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, LVI, 2001, pp. 735-740.

— *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in M. Bellabarba, G. Schwerhoff, A. Zorzi (a cura di), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna*, Bologna, Il Mulino/Berlin, Duncker u. Humblot, 2001, pp. 345-364.

— *Il problema penale*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti - Appendice 2000 - Eredità del Novecento*, a cura di G. Bedeschi, Roma, Enciclopedia Italiana, 2001, vol. II, pp. 822-837.

— *Giustizia criminale*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 163-205.

— Voci *Calamandrei Piero* (pp. 214-216), *Codificazione civile e penale* (pp. 299-305), *Costamagna Carlo* (p. 367), in V. De Grazia e S. Luzzatto (a cura di), *Dizionario del fascismo*, Torino, Einaudi, vol. I, 2002.

— *La benda della Giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna*, in M. Sbriccoli, P. Costa, M. Fioravanti e altri, *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 41-95.

— Voce *Rocco Alfredo*, in V. De Grazia e S. Luzzatto (a cura di), *Dizionario del fascismo*, Torino, Einaudi, vol. II, 2003, pp. 533-538.

— *Recensione* a F. Mele, "Un codice unico per un'Italia nuova. Il progetto di codice penale di Pasquale Stanislao Mancini", « *Sissco - Il mestiere di storico* », Annale IV, 2003, p. 478.

— *Lex delictum facit. Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico*, in M. Cavina (a cura di), *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero giuridico moderno*, Atti del Convegno (Udine, 12-13 aprile 2002), Udine, Forum, 2004, pp. 91-119.

— *Giuseppe Giuliani. La vicenda di un penalista moderato nell'Italia del XIX secolo*, « *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata* », n.s., V, 2000/02, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 1-39.

— *Justicia criminal*, in M. Fioravanti (edición de), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, (tr. spagnola di Manuel Martínez Neira del saggio *Giustizia criminale* pubblicato nel 2002), Madrid, Editorial Trotta, 2004, pp. 159-196.

— *Presentazione degli Atti della Seconda Giornata Gentiliana*, in *Alberico Gentili. L'ordine internazionale in un mondo a più civiltà*, Atti del Convegno (20-21 settembre 2002), Milano, Giuffrè, 2004, pp. 265-283.

— *Deterior est conditio foeminarum. La storia della giustizia penale alla prova dell'approccio di genere*, in G. Calvi (a cura di), *Innesti. Donne e genere nella storia sociale*, Roma, Viella, 2004, pp. 73-91.

— *La triade, le bandeau, le genou. Droit et procès pénal dans les allégories de la Justice du Moyen Âge à l'âge moderne*, « *Crime, Histoire et Sociétés/Crime, History & Societies* », vol. 9, 2005, n. 1, pp. 33-78.

— *Periculum pravitatis. Juristes et juges face à l'image du criminel méchant et endurci (XIV-XVI siècles)*, in M. Porret (a cura di), *Le criminel endurci. Récidive et récidivistes du Moyen Age au XXe siècle*, Atti del Colloque IAHCCJ (Ginevra, 6-8 giugno 2002), Genève, Droz, 2006, pp. 25-41.

— *Sintesi dei lavori in Carceri, carcerieri, carcerati. Dall'antico regime all'Ottocento*, a cura di Livio Antonielli, Saveria Mannelli, Rubbettino, 2006, pp. 269-273

— *Histoire sociale et dimension juridique: l'historiographie italienne récente du crime et de la justice criminelle*, in « *Crime Histoire et Sociétés* », 11, 2007, n. 2, p. 139-148.

INDICE DEI NOMI

- ADLER, M., 842
ADORNI BRACCESI, S., 176
ADORNI, D., 592
AGNETTA, F., 595
AGOSTINO DA RIMINI, 288
AJELLO, R., 1096, 1101
ALA, R., 434
ALBERGHINI, I., 439
ALBERICI, B., 586
ALBERICO DA ROSATE, 17, 58, 64, 116, 274
ALBERTO DA GANDINO, 7, 62, 74, 81, 84, 85,
86, 87, 88, 89, 90, 91, 93, 94, 103, 104,
109, 115, 116, 182, 238, 244
ALCIATO, A., 168, 201, 290, 1083
ALESSANDRI, T., 440
ALESSANDRO III, 161
ALESSI, G., 44, 111
ALFANI, N., 299, 314
ALFIERI, V. E., 200
ALIMENA, B., 632, 715, 944
ALLEGRA, L., 1161
ALLEGRETTI, U., 596
ALOISI, U., 587, 645, 715, 1022, 1023
ALPI, A., 767
ALVAREZ ALONSO, C., 1195
AMATO, G., 378, 382, 386, 391, 595, 732
ANDLER, C., 789
ANDREA DI BONAIUTO, 185
ANDREA ORCAGNA, 182
ANDREA PISANO, 181, 182, 207
ANDREANI, C., 765
ANDREOTTI, A., 766
ANGELO DA AREZZO, 363, 370
ANGELO DEGLI UBALDI, 282, 288
ANGELO GAMBIGLIONI, (Aretino), 7, 86, 87,
106, 226, 244, 288, 308
ANGIOLELLA, G., 810
ANGIOLINI, A., 781, 782, 840, 841, 847,
848, 851, 879
ANTELMI, B., 7
ANTOLISEI, F., 229
ANTONELLI, G., 440
ANTONIO DA BUDRIO, 86
APONTE, L., 513
APPIANI, G., 767
AQUARONE, A. 716, 1019
ARA, A., 443
ARABIA, F. S., 368, 508, 509, 761, 772, 773,
777
ARANGIO RUIZ, G., 456, 976
ARCANGELI, A., 444
ARISTOTELE, 160, 179, 180
ARLACCHI, P., 716
ARMAROLI, L., 434
ARMELLINI, C., 435
ARNAUD-DUC, N., 1161, 1181
ARNAUD, A. J., 784, 1042, 1060, 1065,
1186, 1192
ARRU, A., 1261, 1264
ASCHERI, M., 105, 176
ASOR ROSA, A., 903
ASTUTI, G., 386
AULO GELLIO, 160, 163, 168, 201
AURISPA, P., 449
AURITI, F., 761
AVIGLIANO, A., 767
AYMARD, M., 138
AYRAULT, P., 186, 187, 252, 1083
AZZONE, 123
BABBONI, R., 565
BACCAGLINE, A., 766
BACH, J. R., 595

- BAIARDI, G. B., 351
 BAILEY, V., 1161
 BAKER, J. H., 1145, 1161
 BALDO DEGLI UBALDI, 17, 168, 274
 BALESTRERI, P., 493
 BALLADORE PALLIERI, G., 652
 BARATTA, A., 758, 1249, 1264
 BARBAGLI, M., 1264
 BARCELLONA, P., 1051, 1102
 BARD, C., 1264
 BARILE, P., 391, 652, 716
 BARONE, L., 716
 BARONTI, G., 1250, 1264
 BARSANTI, P., 565, 734, 765, 771
 BARTHELEMY, D., 1279
 BARTOCCINI, F., 442, 447
 BARTOLI, G. L., 439
 BARTOLO DA SASSOFERRATO, 17, 58, 144,
 175, 179, 274, 282, 288, 313, 351, 363,
 370, 1242
 BARTOLOMEO DA SALICETO, 17
 BASSO, L., 845
 BATAACCHI, C., 742
 BATTAGLIA, A., 651, 716
 BATTANDIER, C., 13
 BEATTIE, J. M., 1161
 BECCAFUMI, D., 172, 177
 BECCARIA, C., 237, 393, 394, 397, 401, 404,
 433, 606, 1195, 1211
 BEHRINGER, W., 1248, 1254, 1264
 BELARDINI, E., 449
 BELING, E., 235
 BELLABARBA, G., 1265, 1269, 1279
 BELLAMY, J. G., 1147, 1161, 1162
 BELLANGER, Ch., 192
 BELLASSAI, S., 1261, 1264
 BELLOMO, M., 374, 376, 381
 BELLONI, G. A., 549, 844
 BENEDETTO DA MAIANO, 189
 BENVENISTE, E., 177, 180
 BENVENUTI, P., 440
 BERCÉ, Y. M., 1162
 BERENINI, A., 545, 565, 572, 586, 625, 839,
 900
 BERGMANN VON OLPE, J., 155
 BERLINGUER, L., 372, 1162, 1224
 BERLINGUER, M., 1019
 BERMEJO, J. L., 1195
 BERNARDI, G., 767
 BERTACCINI, G., 352
 BERTAZZOLI, B., 363, 370
 BERTELLI, S., 52, 69, 187, 205, 206, 378,
 380
 BERTOLLI, T., 767
 BETTIOL, C., 912, 916
 BETTIOL, G., 229, 651
 BETTONI, A., V
 BIANCHI, A. G., 855
 BIANCHI, H., 204
 BIANCHI, M. A., 13, 226, 227, 238, 288
 BIANCHINI, T., 449
 BIONDI, I., 402
 BIROCCHI, I., 228, 234, 240
 BISSOLATI, L., 788, 841
 BLANDINI, G., 734
 BLANSHEI, S. R., 60
 BLOCH, M., 1121, 1126
 BOBBIO, N., 1010, 1042, 1048, 1098, 1099
 BOCER, H., 304, 306, 317
 BOESPFLUG, F., 164
 BOHIER, N., 64, 116, 295
 BOLIS, G., 595, 764, 767
 BOLOGNA, C., 119, 124
 BOLZONI, L., 163, 165
 BONACCI, T., 456
 BONAGUIDA DA AREZZO, 168
 BONAZZA, M., 1279
 BONDI, A., 729, 764
 BONGER, W. A., 371, 635
 BONIFACIO, G., 274, 334, 360, 370
 BONINI, F., 652
 BONNIER, G., 739
 BOORMAN, S. A., 1060
 BORCIANI, A., 565, 625, 765, 781, 808, 809,
 851
 BORDONI, F., 13, 286
 BORGHI, F. S., 440
 BORGOGELLI, F., 449
 BORZON, N., 719
 BOSIO, G., 863

- BOSSI, E., 13, 335, 348, 351, 352, 362, 370, 560
 BOUCHARD, M., 716
 BOUGARD, F., 1279
 BOURDIEU, P., 1179, 1180
 BOVIO, G., 548, 841
 BOWSKY, W. M., 378
 BOZZINI, F., 420
 BRAMBILLA, E., 1270, 1279
 BRANT, S., 146, 155, 191
 BRAUDEL, F., 1119
 BRAUN, C., 294, 295
 BRENTANO, R., 379
 BRETONE, M., 1162
 BREWER, J., 1162
 BRICHERI, D., 402
 BRICOLA, F., 602, 641, 652, 656, 662, 663, 716
 BRIEGEL, F., 1280
 BRIGAGLIA, M., 716
 BROYA, F., 306
 BRUCKER, G. A., 383, 385
 BRUGI, B., 863
 BRUNI, F., 113
 BRUSA, E., 572, 629, 761, 763, 772, 773, 797, 827, 960, 961, 975
 BUCELLATI, A., 368, 515, 558, 559, 762, 932, 944, 959, 960
 BUDÉ, G., 168
 BULGARO, 168
 BUONAMICI, F., 462
 BUONFANTI, J., 506, 507, 508
 BURGIO, A., 394
 BUSCAROLI, P., 172
 BUSSI, E., 382, 386, 391
 BUSTELLI, N., 435
 CACCIARI, M., 121
 CACIOTTI BIANCHI, A., 402
 CADOPPI, A., 233
 CALABI IVALDI, P., 1060
 CALAMANDREI, P., 651, 652, 716
 CALDERINI, G., 133
 CALENDIA, V., 761
 CAMERON, I. A., 1147
 CAMPITELLI, R., 449
 CAMPORESI, P., 358
 CANDELORO, G., 716, 939
 CANONICO, T., 514, 761, 849
 CANOSA, R., 1257, 1264
 CAPALOZZA, E., 736
 CAPELLI, A., 548
 CAPITANT, H., 1119
 CAPOCELLI, A., 735, 766, 775
 CAPPÀ, D., 729, 764
 CAPPELLINI, P., 991
 CAPRIOLI, S., 74, 78, 88, 89, 97, 98, 106
 CARACCIOLO, A., 449, 454
 CARAMELLI, C., 435
 CARAVALLE, M., 449
 CARBASSE, J.-M., 93
 CARBONNIER, J., 1065
 CARCANI, A., 767
 CARELLI, L., 565, 762, 839, 765, 809
 CARENA, C., 13, 133, 289, 292, 352
 CARERI, L., 13, 291, 293, 294
 CARFORA, F., 734, 737, 766
 CARINI, C., 567, 624
 CARLEN, L., 156
 CARLO III, 1200
 CARLO V, 145, 150, 156, 185, 197, 198, 226, 242, 258, 282
 CARMIGNANI, G., 367, 370, 433, 435, 497, 498, 517, 551, 602, 606
 CARNEVALE, E., 586, 809
 CAROCCI, T., 449
 CARONI, P., 194
 CARPZOV, B., 168, 299, 300, 302, 303, 311, 313, 362, 363, 364, 370
 CARRARA, F., 229, 312, 362, 368, 370, 460, 461, 464, 486, 488, 489, 490, 498, 508, 509, 512, 514, 516, 518, 519, 525, 526, 527, 528, 551, 593, 602, 606, 612, 613, 614, 655, 739, 756, 757, 758, 759, 914, 958
 CARTARI, F., 13, 14, 120, 124
 CARULLI, L., 767
 CARUSO, C., 735
 CASCAVILLA, M., 567, 624
 CASORATI, L., 543, 616, 913
 CASSIODORO, 375

- CASTAN, N., 1147, 1162, 1165, 1128
 CASTAN, Y., 84, 1228, 1165
 CASTELLETTI, G., 449
 CASTIGNONE S., 1051
 CASTRACANE MOMBELLI, M., 435, 440, 453
 CATINAT, A. L., 1256, 1264
 CATTANEO, C., 511
 CATTANEO, M. A., 234, 491, 519, 529, 606
 CAVAGLIÀ, E., 955
 CAVAGLIERI, G., 570, 626, 895
 CAVAGNARI, C., 545, 571, 626, 762, 839, 879, 897
 CAVAGNARI, W., 565
 CAVALLI, P., 274, 337, 361, 370
 CAVANNA, A., 404, 1096, 1105, 1106, 1109, 1111, 1225
 CAVINA, M., 168, 250, 259
 CENTI, T. S., 178
 CERRONI, U., 1051, 1102
 CERUTTI, S., 1233
 CHARNAY, J. P., 1119, 1128
 CHARTIER, R., 358, 371
 CHAUVAUD, F., 1190, 1192, 1264
 CHAUVEAU, A., 738
 CHIAPPETTI, A., 379, 386, 391
 CHIAPPINI, C., 449
 CHIAVACCI, A. M., 175
 CHIAVARIO, M., 716, 1025
 CHIFFOLEAU, J., 1162
 CHIODI, G., 168
 CHIRONI, G., 785
 CHITTOLINI, G., 69, 83, 88, 105
 CIACCHI, E., 782, 785, 840
 CIANFEROTTI, G., 640
 CIANI, M., 402
 CICERONE, 160, 179
 CICOGNANI, F., 439
 CICONTE, E., 716
 CIMARELLI, E., 767
 CIMBALI, E., 785
 CINI, B., 778
 CIPRIANI, F., 991
 CLARO, G., 13, 16, 106, 132, 133, 238, 248, 249, 250, 362, 364, 370, 1083
 CLAVERO, B., 159, 1195, 1196, 1198, 1200, 1201, 1203, 1205, 1214, 1219, 1220
 CLEMENTE II, 182, 207
 CLEMENTE V, 22
 COCUZZA, G., 765
 COFRANCESCO, D., 1000
 COGLIOLO, P., 371, 565, 765, 781, 785, 855, 863, 880
 COHN, S. K. Jr, 1162
 COLAJANNI, N., 568, 569, 570, 571, 572, 625, 626, 782, 783, 829, 841, 863, 894, 895, 896, 897
 COLAO, F., 372, 489, 517, 528, 531, 564, 567, 577, 588, 596, 606, 624, 641, 716, 1003, 1004, 1162, 1166
 COLETTI, A., 729, 742, 760
 COLETTI, F., 629, 893
 COLLIN, F., 716
 COLOMBO, A., 854
 COMPAGNI, D., 61
 COMPARATO, V. I., 47
 CONFORTI, R., 509, 593
 CONSTANTIN, J., 252
 CONTI, U., 565, 625, 889
 CONTIGIANI, N., V
 CONTOLI, C., 434
 CONTUZZI, P., 797, 975
 CORDERO, F., 44, 65, 111, 114, 115, 118, 120, 122, 228, 244
 CORDOVA, A., 647
 CORTESE, E., 371, 84, 160, 178, 1224
 CORTESI, L., 830, 841
 COSENTINO, U., 1010
 COSENZA, V., 761
 COSPI, A. M., 358, 370
 COSTA, G. G., 761
 COSTA, P., V, 47, 153, 179, 183, 259, 496, 633, 634, 645, 716, 1012, 1017, 1087, 1090, 1094, 1227, 1235, 1285
 COTESTA, V., 1078, 1089, 1094
 COVARRUBIAS, D., 1210
 COZZI, G., 385
 CRAINZ, G., 717
 CRAWFORD, R. W., 1162
 CREMANI, L., 367, 370, 433

- CRESPOLANI, R., 766, 777
 CRISAFULLI, V., 652
 CRISIPPO, 160, 163, 168, 201
 CRISTALDI, R. V., 196
 CRIVELLARI, G., 366, 370, 515, 765, 931, 933, 953
 CROCE, B., 1101
 CRUSIUS, J. A., 274
 CUCUMUS, C., 365, 370
 CUJAS, J., 168
 CURCIO, G., 514, 595, 762
 CURTIS, T., 1135, 1138
 CUSUMANO, V., 909
 CYPRIAN, E. S., 274
 D'ADDIO, M., 732
 D'AGOSTINI, F., 717
 D'AGUANNO, G. 783, 863, 884
 D'ALESSANDRO, L., 1078, 1094
 D'AMELIO, G., 80, 104
 D'ORSI, A., 729, 753
 DA PASSANO, M., V, 606, 618, 1190, 1193, 1288
 DAMASKA, M. R., 44
 DAMHOUDER, J., 13, 150, 168, 173, 184, 196, 199, 203, 310, 364, 370
 DANTE ALIGHIERI, 175
 DAVIES, S. J., 1147
 DAVIS, J. A., 531, 595, 629
 DE ACUTIS, M., 641
 DE ANGELIS, F. G., 306, 352
 DE ANGELIS, F., 352
 DE AZEVEDO, C., 438
 DE CARNÉ, L., 454
 DE CASTRO, A., 1210
 DE FALCO, G., 509, 517
 DE FELICE, G., 878
 DE FRANCESCO, G., 530
 DE HINOJOSA, E., 1208
 DE JACO, A., 729, 742
 DE LUCA CARNAZZA, S., 767
 DE LUCA, F., 571, 626, 782, 787, 793, 843, 847, 856, 879, 889, 896
 DE LUCA, G. B., 258, 352
 DE MARINI AVONZO, F., 1051
 DE MARSICO, A., 1014
 DE MARTENS, F., 791
 DE MILLE, J., 13, 134
 DE NICOLA, E., 586
 DE NOTARISTEFANI, R., 586
 DE NOTTER, G., 961
 DE PILLA, D., 734, 739
 DE ROMANIS, R., 1264
 DE ROSA, G., 766
 DE ROSSI, P., 447, 449
 DE SANTIS, L., 767
 DE SANTIS, S., 586
 DE SIMONI, A., 360
 DE VERGOTTINI, G., 380
 DEBUYST, Ch., 611
 DECIANI, T., 13, 17, 106, 132, 133, 227, 228, 229, 230, 232, 233, 234, 236, 237, 238, 240, 241, 242, 244, 245, 247, 248, 249, 253, 254, 259, 274, 290, 301, 318, 360, 362, 370, 1083
 DECIO, F., 362, 370, 1083
 DEGLI AFFLITTI, M., 740
 DEL CERRO, E., 764
 DEL GIUDICE, A., 766
 DEL GIUDICE, P., 111, 375, 382, 391
 DEL LUNGO, R., 738
 DELAMARE, N., 387, 388
 DELEUZE, G., 1078, 1094
 DELITALA, G., 650, 666, 717, 1001
 DELL'ANDRO, R., 651
 DELLA PERUTA, F., 383
 DELLA PORTA, D., 717
 DELOGU T., 376, 377, 613, 614, 645, 717
 DELUMEAU, J., 274
 DEPRETIS, A., 533
 DEROISIÈRES, A., 1188
 DEROSAS, R., 385
 DEYAL, A., 792
 DEZZA, E., 77, 81, 93, 228, 252, 253
 DI LELLO, G., 717
 DI NOTO, S., 301
 DI PIETRO, G., 440
 DI SIMPLICIO, O., 1163, 1269, 1279
 DIAZ DE LUCO, J. B., 13
 DIEDERIKS, H., 123, 1162
 DIENA, M., 913

- DIGNEFFE, F., 611, 717
 DINO DEL MUGELLO, 81, 104
 DIONISI, M., 439, 440, 444
 DOLCINI, C., V, 619, 654
 DOLCINI, E., 589, 717
 DONATI, B., 789
 DONATO, M. M., 176, 178, 179, 180, 186
 DONINI, M., 656, 658, 664
 DONNEDIEU DE VABRES, H., 717, 1022, 1024
 DOUGLAS, M., 274
 DU BOYS, A., 454
 DU MOULIN, C., 252
 DUBY, G., 1121
 DUCCESCHI, P., 766
 DUCCIO DI BUONINSEGNA, 185
 DÜLMEN, R., 1264
 DURAND, B., 279
 DURAND, G., 274
 DÜRER, A., 155, 189
 ECKHARDT, K. A., 227
 ECO, U., 648, 717, 1002, 1060
 EDGERTON, S. Y. Jr., 156
 EGMOND, F., 1166
 ELLERO, P., 505, 509, 512, 513, 514, 729,
 735, 764, 767, 770, 788, 828, 925
 ELWERTH, J., 274
 EMANUEL, L., 792
 EMSLEY, C., 1166, 1188
 ENGELS, F., 864
 ENRICO DA SUSA, (Ostiense), 86
 ENRICO VII, 22, 144, 1242
 ESCOBEDO, G., 976
 ESMEIN, A., 111
 EULA, L., 761, 773
 EVANS, R. J., 1165
 EWALD, F., 1078, 1094
 EYMERICH, N., 133
 FABER, S., 1166
 FABREGUETTES, M. P., 792
 FACCHINEI, F., 401
 FACCIOLI, F., 1078, 1094
 FANTI, I., 734, 763
 FARANDA, F., 565, 761
 FARGE, A., 1163
 FARINACCIO, P., 13, 16, 128, 132, 133, 135,
 236, 245, 255, 274, 287, 290, 291, 293,
 294, 300, 302, 305, 310, 317, 337, 347,
 352, 360, 361, 362, 658, 370, 1252,
 1253, 1264, 1083
 FASANO, E., 1269, 1279
 FAUCCI, R., 968
 FEDELER, J., 305
 FEDERICO DELLE SCALE, 81
 FEDERICO II, 135
 FEELEY, M., 1249, 1264
 FEHR, H., 191
 FEI, A., 255
 FERRAJOLI, L., 44, 593, 601, 632, 642, 643,
 654, 659, 660, 717, 1001, 1010
 FERRARESI, F., 717
 FERRARI, C., 586
 FERRARIS, C. F., 909
 FERRARIS, P., 717
 FERRAROTTI, F., 804, 806
 FERREIRA DA CUNHA, P., 157
 FERRERO, G., 841, 855
 FERRI, E., 35, 230, 540, 545, 548, 551, 553,
 554, 556, 560, 566, 569, 570, 571, 572,
 586, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 625,
 626, 631, 762, 767, 781, 788, 795, 829,
 832, 833, 835, 836, 837, 839, 843, 844,
 850, 852, 855, 856, 863, 869, 870, 871,
 878, 894, 895, 897, 900, 955, 962, 970,
 971, 973, 1005, 1011, 1014
 FEUERBACH, P. J. A., 229, 739
 FIANDACA, G., 656
 FIANI, B., 389, 390
 FILANGIERI, G., 433
 FILARETE, 189
 FILINIS, K., 1060
 FILIPPO II, 1209
 FINCKE, M., 233
 FINCKLERH, F. G., 305
 FIORAVANTI, M., VIII, 171, 238, 259, 636,
 641, 643, 653, 717, 1012, 1229
 FIORE, C., 656, 749, 797, 798
 FIORELLA, A., 656
 FIORELLI, P., 89, 111, 112, 115, 121, 123,
 124, 127, 128, 387
 FIORENTINO, F., 908

- FIORETTI, G., 559, 560, 565
 FIRPO, M., 1270, 1279
 FIUME, G., 1269, 1279
 FLAMIGNI, S., 717
 FLORENZANO, G., 735
 FLORIAN, E., 489, 564, 565, 570, 571, 572, 573, 586, 624, 625, 626, 632, 717, 734, 735, 783, 785, 788, 790, 792, 794, 826, 843, 847, 872, 873, 874, 877, 881, 884, 885, 886, 895, 896, 897, 1014
 FLORIO, L., 595
 FOLLERIO, P., 13, 134
 FORNASARI DI VERCE, E., 629, 892, 893, 894
 FORTI, F., 498, 507
 FOSI, I., 1269, 1279
 FOUCAULT, M., 420, 1080, 1084, 1085, 1089, 1090, 1094, 1125, 1284
 FRANCESCO D'ACCURSIO, 81
 FRANCESCO I, 226, 252
 FRANCHINI, V., 380
 FRANCONI, G., 397
 FRASSATI, A., 565, 608, 965
 FREIHERR VON SCHWARZENBERG, J., 193
 FREZZI, R., 629
 FRICKE, J. H., 274
 FRIEDMAN, L. M., 1163
 FRIGESSI CASTELNUOVO, D., 1273, 1279
 FRIGESSI, D., 608
 FROLA, P. E., 777
 FULCI, L., 762
 FUMI, B., 158
 FURET, F., 1122
 GABELLI, A., 538, 559, 560, 561, 563, 564, 608, 612, 613, 630, 957, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 971, 1005
 GABRIELI, F. P., 1010
 GACTO, E., 1195
 GAETA, F., 1000
 GAGLIARDI, G., 370
 GAGLIER, G., 767
 GALL, A., 310
 GAITO, A., 74
 GALASSI, G., 767
 GALLO, E., 655, 718
 GALLO, G., 1203
 GAMBIRASIO, L., 766
 GANCI, S. M., 568, 829, 830, 832
 GARAVAGLIA, G., 595
 GARGANI, A., 235, 1129
 GARNOT, B., 1228, 1229
 GAROFALO, R., 513, 545, 548, 560, 565, 566, 586, 762, 808, 837, 973
 GARRAUD, R., 792
 GATRELL, V. A. C., 1147, 1163, 1187, 1193
 GATTESCHI, C., 767, 797
 GATTI, U., 1264
 GAUDEMET, J., 168
 GAUDENZI, A., 162
 GAUVARD, C., 192
 GAVAZZI, U., 565
 GEIB, G., 371
 GENNARI, P., 449
 GENTILE, G., 605
 GEREMEK, G., 383
 GERONZI, A., 449
 GERRATANA, V., 789, 868, 869
 GESELLE, J. H., 305
 GEYER, A., 529, 944
 GHERARDI, A., 449
 GHEZZI, M. L., 567, 624
 GHIRELLI, L., 767
 GHISALBERTI, C., 460
 GIACANELLI F., 608
 GIANTURCO, E., 785, 794, 795, 855
 GIASON DEL MAINO, 202, 352
 GIGANTI, G., 245, 352
 GINZBURG, C., 1270, 1280, 1084, 1094, 1129
 GIORDANI, F., 766
 GIORIO, F., 729, 764, 767
 GIOTTO, 146, 154, 181, 182
 GIOVANNI D'ANDREA, 86, 172, 289
 GIOVANNI DA IMOLA, 352
 GIOVANNI DA LUCCA, 343
 GIOVANNI PISANO, 181, 183, 184
 GIOVINE, U., 718
 GIULIANI, A., 435
 GIULIANI, C., 449
 GIULIANI, G., 367, 371, 389, 430, 431, 433, 434, 435, 436, 438, 439, 440, 441, 444,

- 446, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454,
455, 459, 461, 462, 463, 508, 513, 517
- GIULIANI, P., 439
GIULIANO, G., 739
GIUNTA, B., 255
GIURIATI, G. B., 369, 371, 514, 565
GIUSEPPE II, 232
GIUSTI, G., 402
GIZZI, T. P., 443
GLASER, H. F., 274
GOBLER, J., 198, 242, 258
GODARD, J. L., 1065
GODOY, M., 1200
GOLIA, G., 738
GOMBRICH, E. H., 158, 172, 189
GOMEZ, A., 226, 360, 370, 1210
GONELLA, G., 650
GONZALEZ ALONSO, B., 1204
GOURON, A., 79
GOVERNATORI, F., 732
GRAMSCI, A., 807, 1204
GRANDI, D., 718
GRASSETTI, I., 274
GRASSI, G., 650
GRAZIANO, 159
GREENBERG, D., 1147
GREGORIO MAGNO, 158
GREGORIO XVI, 434, 436
GRENDI, E., 1136, 1137, 1143, 1163, 1224
GREVI, V., 111, 125, 126
GRILLANDI, P., 121
GRIPPO, P., 744, 745
GRISPIGNI, F., 621, 718
GRIZIOTTI, B., 783, 787, 788, 878, 879
GROPPI, A., 1163
GROSSI, P., V, 77, 159, 498, 499, 504, 656,
661, 908, 914, 1174, 1181, 1195, 1196,
1199, 1202, 1205, 1221, 1225, 1273,
1280
GROSSO, C. F., 606, 1014, 1034
GUARINEI-VENTIMIGLIA, A., 879, 884
GUARNIERI, C., 624
GUASTINI, R., 1051
GUAZZINI, P. P., 352
GUAZZINI, S., 310
GUERINI, U., 624, 820, 860, 890
GUERRA, A., 789
GUIDI, G., 385
GUIDO DA SUZZARA, 81
GUILLAUME DURAND, 81, 88, 90
GWINNER, U., 1140
HADDEN, T. B., 1187, 1193
HALE, J. R., 379
HAMMER, C. I. Jr., 1147, 1163
HANLON, G., 1254, 1264
HAURIUO, M., 1119
HAY, D., 1147, 1163
HEERS, J., 380
HEINEMANN, F., 371
HÉLIE, F., 738
HELLER, A., 1129
HENTING, H., 1140
HERLIHY, D., 379
HESPANHA, A. M., 1186, 1195
HOLTZENDORF VON, F., 513, 791
HOMBERG, W., 304
HOTMAN, F., 168
HUIZINGA, J., 1060
IGLESIA FERREIRÓS, A., 74
IMBERT, J., 1083
IMPALLOMENI, G. B., 368, 371, 565, 566,
570, 572, 625, 629, 632, 718, 762, 783,
785, 787, 846, 852, 853, 854, 855, 884,
887, 888, 900, 944, 972, 974, 976, 978
IMPETRO, M., 842
INNAMORATI, F., 961
INNOCENZO III, 167
INNOCENZO VIII, 185
INSOLERA, G., 308, 655
IRTI, N., 656
JACHINO, C., 766
JACOB, R., 157, 189, 192, 195
JACOBELLO DA FIORE, 189
JACOPO D'ARENA, 81
JACOPO DA BELVISO, 7
JACOPO DELLA QUERCIA, 189
JAMIESON, A., 718
JANITSCH, J., 155
JANSEN, J. C. J., 1166
JOSSEAUME, R., 792

- JULIA, S., 1163
 JÜTTE, R., 1249, 1264
 KANTOROWICZ, E. H., 160, 162, 168, 170, 173, 176, 177, 179
 KANTOROWICZ, H. U., 74, 81, 85, 86, 87, 90, 91, 93, 94, 102, 103, 104, 109, 115, 169, 182, 183
 KATSCH, Ch., 275
 KAUTSKY, K., 842
 KELSEN, H., 229, 806
 KERMODE, J., 1253, 1264
 KIRCHHEIMER, O., 635
 KISSEL, O. R., 156, 172, 182, 189, 204
 KNAFLA, L. A., 1145
 KNEMEYER, F.L., 391
 KNITSCHKY, W. E., 739
 KOHLER, J., 128
 KONIG, D. T., 1147
 KRESS, J. P., 145, 150
 KUTTNER, S., 144, 1242
 LA REYNIE DE, G. N., 387, 388
 LABADIE, J. M., 611
 LABRIOLA, A., 789, 808, 809, 859, 864, 868
 LACAN, J., 1060
 LACCHÉ, L., V, 313, 597, 1163
 LAMBERTINO RAMPONI, 81
 LAMOINE, G., 204, 1163, 1165
 LANDAU, P., 198
 LANFRANCO DA ORIANO, 58
 LANGBEIN, J. H., 111, 146, 197, 387, 1166
 LANGER, W. L., 1254, 1264
 LANGUI, A., 319
 LANGUIN, N., 719
 LARNER, C., 1147
 LARNER, J., 384
 LAROCQUE, M., 173
 LASCHI, R., 571, 626, 628, 781, 799, 801, 802, 803, 808, 810, 896, 897, 898, 899, 901, 902
 LASSERRE, E., 959
 LATINI, C., V
 LAURI, L., 449
 LAVAGNA, P., 652
 LE CLÈRE, M., 377, 386, 391
 LE GOFF, J., 499, 1143
 LE JAN, R., 1279
 LEA, H. C., 111
 LEBIGRE, A., 319
 LECUIR, J., 1193, 1189
 LENMAN, B., 1147, 1163
 LENZ, A., 792
 LEONCILLI, F., 439
 LEONE, G., 646, 649, 650, 718, 1026, 1027
 LERDA OLBERG, O., 789
 LEVI, F., 619
 LÉVI STRAUSS, C., 1060, 1065
 LEVRA, U., 619, 718, 849, 940
 LEVRERO, R., 1051
 LEVY, R., 183, 1125, 1126, 1128, 1145, 1146, 1147, 1163, 1193, 1276, 1280
 LEYSER VON, A., 365, 370
 LIRUTI, G. G., 225
 LISI, G., 275
 LISZT VON, F., 762
 LIUTPRANDO, 377
 LOCATI, U., 13
 LOCHER, J., 155
 LODOLINI TUPPUTI, C., 448, 453
 LOLLINI, V., 595, 767
 LOMBARDI F., 1051
 LOMBARDI, F. G. S., 777, 778
 LOMBARDI, L., 228
 LOMBROSO, C., 545, 547, 549, 551, 560, 611, 631, 634, 718, 762, 766, 768, 781, 799, 801, 802, 803, 804, 806, 808, 810, 812, 839, 840, 841, 842, 908, 909, 929, 951, 952
 LONGHI, S., 718, 1017, 1018
 LONGHITANO, C., 718, 1019
 LONNI, A., 1163
 LORENZ, F. G., 304
 LORENZETTI, A., 172, 174, 177, 179, 186
 LORETELLI, R., 1264
 LORIA, A., 788, 823, 829, 856, 864, 865, 866, 867, 868, 884
 LOSANO, M. G., 806, 1051
 LOUIS, P., 842
 LOVRERO, R., 1051
 LUCA DELLA ROBBIA, 189

- LUCAS, C., 513, 738, 1079, 1080, 1283
 LUCCHINI, L., 511, 515, 520, 521, 522, 540,
 541, 545, 552, 555, 558, 559, 560, 572,
 604, 609, 610, 612, 614, 616, 618, 619,
 629, 718, 760, 761, 767, 827, 834, 849,
 906, 911, 912, 919, 920, 922, 923, 924,
 925, 926, 927, 928, 930, 931, 933, 934,
 935, 936, 937, 939, 941, 942, 944, 945,
 947, 948, 949, 950, 955, 956, 960, 961,
 967, 969, 970, 971, 974, 977, 979, 980
 LUCIUS, 735
 LUPI, I., 133
 LUPO, S., 1272, 1280
 LÜSEBRINK, H. J., 1163
 LUSTIG, A., 586
 MACHIAVELLI, N., 187
 MADDOZ, P., 1200
 MAGGIORE, G., 584, 585, 1009, 1013
 MAGRI, F., 371, 879
 MAIELLO, V., 1004
 MAINELLI, G., 767
 MAIRE VIGUEUR, J.-C., 60, 92, 148, 1212,
 1213
 MAJETTI, M., 586
 MAJNO, L., 559, 565, 572, 625, 762, 796,
 797, 798, 839, 840, 851, 900, 946, 954,
 961, 962
 MAJORANA, A., 925, 976
 MALATESTA, M., 1261, 1264
 MÂLE, E., 173
 MALPELI, P., 459, 462
 MAMIANI, T., 435, 449, 602
 MANASSERO, A., 430
 MANCI, F., 371
 MANCINI, P. S., 435, 461, 503, 509, 513,
 514, 515, 523, 593, 602, 761
 MANDUCA, F., 565, 777, 793, 852
 MANES, C., 570, 625, 770, 782, 787, 789,
 793, 856, 890, 891
 MANFREDI, S. A., 761
 MANGANO, O., 735
 MANGINI, R., 1010
 MANGONI, L., 606, 608, 635, 718, 914
 MANIKOWSKA, H., 70
 MANTICA, F., 275
 MANZINI, V., 371, 563, 582, 637, 718, 779,
 828, 1006
 MAO TSE TUNG, 1060
 MARADEI, F., 338, 352
 MARANTA, R., 13
 MARCHETTI, P., V
 MARCHETTI, R., 435
 MARCHETTI, V., 565
 MARCIANO, G., 371
 MARCONI, G., 531
 MARCUCCI, F., 449
 MARINELLI MARCACCI, O., 74, 106
 MARINI, G., 371
 MARINI, L., 718
 MARINUCCI, G., 619, 654, 663, 719
 MARIUS, 764
 MARONGIU, A., 225, 227, 228, 230, 232,
 362, 371, 1121
 MAROVELLI, P., 732, 939
 MARSHALL, P. K., 160
 MARSILI, I., 13, 14, 106, 227, 238, 244, 250,
 251, 252, 275, 288, 289
 MARTINI, G. B., 435
 MARTINO DI BARTOLOMMEO, 185
 MARTINO, F., 81
 MARTONE, L., 597
 MARTUCCI, R., 1166
 MARX, K., 864, 869, 1051
 MASÉ-DARI, E., 839
 MASINI, E., 13, 133
 MASSIMILIANO I, 145, 146, 193, 195
 MASUCCI, L., 371, 763, 764, 774, 777
 MATERELLI N., 87
 MATHEU I SANZ, L., 1210
 MATTEOTTI, G., 563
 MATTHES, A., 360, 362, 370
 MATTHEWS GRIECO, S. F., 199
 MAZZACANE, A., 498, 567, 640, 1224
 MAZZACUVA, N., 624
 MC KANNA, C. V. Jr., 1162
 Mc Keon, T., 1264
 MEAD, G. H., 1144
 MECACCI, F., 734, 739, 740, 741
 MECCA, G., V
 MECCARELLI, M., V, 86, 89, 90, 95, 250

- MELCHER, K., 391
MELOSSI, D., 1085, 1094
MENDIZÁBAL, J. A., 1200
MENGER, A., 789
MENOCHIO, J., 290, 336, 360, 361, 362, 364, 370
MEREU, I., 227, 228, 237, 390, 391
MERLINO, F. S., 729, 764, 767
MICELA, G., 371
MICHELINI, L., 1000
MICHELS, R., 842
MIDDENDORFF, W., 1141
MIGLIORINO, F., 88
MINGHETTI, M., 435
MINNUCCI, G., 167
MINO DA FIESOLE, 189
MIRAGLIA, G., 763, 774, 775
MITTERMAIER, K. J. A., 434, 438, 439, 440, 447, 453, 493, 494, 512, 548
MOCCI, S., 621
MOCCIA, S., 665, 719
MOLFESE, F., 592
MOMIGLIANO, A., 1117
MONCADA, R., 763
MONTAGU, B., 1235
MONTESQUIEU DE, C. L., 433, 1038
MORI, F., 506
MORO, A., 370, 650
MORTARA, L., 719
MORTATI, C., 652
MOSCATELLI, A., 793
MOSCATO, A., 805
MOSCHETTI, C. M., 301
MUCHEMBLED, R., 275
MUGNA, P., 493
MURATORI, L. A., 340
MUSCO, E., 655, 665, 718
MUSSOLINI, B., 1011
NANI, T., 367, 370
NAPODANO, G., 734, 762, 778, 793
NAPOLEONE BONAPARTE, 232
NAQUET, A., 792
NARDELLA, T., 460
NATALE, G., 371
NEBRISSENO, A., 352
NEGRI, A., 765
NELKEN, D., 719
NELLI, L., 489, 528
NEPPI MODONA, G., 488, 527, 542, 564, 567, 571, 584, 605, 619, 606, 608, 619, 620, 621, 622, 624, 630, 638, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 719, 729, 732, 736, 750, 754, 758, 770, 820, 850, 871, 895, 956, 991, 1001, 1008, 1016, 1019, 1021, 1023, 1024, 1029, 1273, 1280
NERONE, 172
NICCOLAI, F., 51
NICCOLI, O., 1269, 1280
NICCOLÒ DA BOLOGNA, 172
NICHOLAS, D. M., 1164
NICOLAI, N., 766
NICOLINI, U., 90
NIPLES, J. S. G., 738
NOBILI, M., 602
NOCITO, P., 368, 514, 565, 571, 572, 625, 626, 734, 762, 781, 785, 790, 791, 872, 896
NOVELLI, J., 13
NUVOLONE P., 618, 621, 622, 651, 658, 668, 1001, 1023, 1025
OBEROSLER, G., 789
OCCHI, K., 1279
ODOFREDO DA SUZZARA, 81
OLDRADO DA PONTE, 144, 1242
OLIVIERI, V., 565, 839, 880
ORANO, P., 1007
ORLANDO, V. E., 574, 580, 596, 636, 640, 719, 764
ORNAGHI, L., 1000
ORTOLAN, J., 738
OTTOKAR, N., 51
OTTOLENGHI, S., 586
PADOA SCHIOPPA, A., 63, 77, 78, 79, 80, 87, 115
PADOVANI, T., 597, 606, 613, 619, 622, 644, 646, 656, 719, 1024
PAGANI, P., 439
PAGANINI, P., 236
PAGANO, F. M., 124
PAGLIARO, A., 650

- PAGONCELLI, G., 434, 440
 PALAZZO, F., 233, 650, 656, 657, 660, 665, 666, 668, 719
 PALIERO, C. E., 656, 665, 666, 668, 669, 719
 PALOMBARINI, G., 641
 PANAGIA, S., 531
 PANICO, G., 1268, 1280
 PANNAIN, R., 229
 PANOFKY, E., 146, 163, 199
 PANTALEONE, M., 719
 PANTALEONI, P., 432
 PANUNZIO, S., 1007
 PAOLETTI, G., 370
 PAOLI, B., 507, 509, 514, 515, 750, 931, 932
 PAOLO DI CASTRO, 17
 PAPA, E. R., 564, 566, 605, 624, 630
 PAPAFAVA, F., 855
 PARADISI, B., 160
 PARAVICINI BAGLIANI, A., 92, 148, 1212
 PARIDE DAL POZZO, 317
 PARKER, G., 1147, 1163
 PASCAL, B., 200
 PASOLINI, P., 1065
 PASTA, R., 401
 PASTORE, A., 1163, 1269, 1280
 PATTI, G., 767
 PATTI, S., 991
 PAVAN, E., 275
 PAVARINI M., 1085, 1094, 1146, 1273, 1280
 PAVONE, C., 652
 PEDRAZZI, C., 371, 656
 PEGUERA, L., 352
 PELAJA, M., 1163
 PELISSERO, M., 621, 630, 644, 645, 646, 647, 648, 719, 991, 1001, 1008, 1016, 1019, 1021, 1023, 1024, 1029
 PELLEGRINI, B., 766
 PELLEGRINI, P., 448, 449
 PELLER, Ch., 304, 305
 PEÑA, F., 133
 PENNINGTON, K., 154
 PERELMAN, Ch., 202
 PERFETTI, F., 1000
 PERLA R., 761
 PERRONE, F., 883
 PERROT, M., 1164, 1165, 1187, 1190, 1193, 1264
 PERSICO, F., 925
 PERTILE, A., 382, 383, 385, 391
 PESSINA, E., 368, 371, 503, 504, 506, 508, 509, 513, 532, 534, 535, 572, 593, 601, 632, 734, 745, 746, 747, 748, 749, 752, 754, 761, 778
 PETERS, E., 111
 PETTIT, J. G., 1264
 PETRINI, D., 595
 PETROCELLI, B., 371, 584, 585
 PEZZINO, P., 1280
 PHILIPS, D., 1147, 1187, 1193
 PIASENZA, P., 719, 583, 584, 590, 622, 646, 649, 1025
 PICARDI, N., 435, 1145
 PICCOLOTTI, L., 449
 PIERANTONI, A., 514
 PIERGIOVANNI, V., 1051
 PIERINI, M. N., 805
 PIERIO VALERIANO, 172
 PIKE, R., 1164
 PINATEL, J., 1141
 PINCHERLE, G., 761
 PINCHERLI, E., 762, 777
 PINTO, M., 371
 PINTURICCHIO, 190
 PIO IX, 434, 439, 447, 448
 PIOLETTI, U., 371
 PIPIA, U., 883
 PIRES, A. P., 611
 PISANELLI, G., 463, 503, 509, 513, 514, 593
 PISANI, M., 650, 719
 PISAPIA, G., 371
 PITCH, T., 1259, 1260, 1264
 PLEICKARDT, L., 305
 PLEISTER, W., 157
 POGGI, G., 498
 POLACCO, V., 883
 POLITI, G., 383
 POLLAIUOLO, 185
 PONI, C., 422

- PORRET, M., 1267
 PORTEAU-BITKER, A., 1248, 1264
 POST, G., 58
 POYET, G., 252
 POZZOLINI, A., 360, 361, 365, 371, 489,
 565, 570, 571, 572, 577, 625, 632, 639,
 719, 721, 770, 783, 787, 840, 853, 881,
 882, 883, 889, 897, 900, 934
 PRADEL, J., 399
 PRAZ, M., 172
 PROCACCI, G., 730
 PRODI, P., 44, 196, 200, 1235, 1272, 1280
 PROSPERI, A., 1270, 1280
 PUCCIONI, G., 367, 371, 504, 506, 508, 524
 PUCCIONI, P., 761
 PUGLIA, F., 371, 565, 809, 944
 PUGLIESE, A., 762, 777
 PUGLIESE, G. A., 763
 PULITANÒ, D., 659, 662, 719
 QUAGLIONI D., 47, 81, 1269, 1280
 QUETELET, A., 548
 QUOZZA, G., 1010
 RABBENO, A., 565
 RACHTENÖFER, J. H., 275
 RADBRUCH, G., 319, 1140
 RADZINOWICZ, L., 547
 RAEFF, M., 1106
 RAGNO, G., 371
 RAINALDI, G. D., 361, 370
 RALPH NIGER, 169, 183
 RAMSAY, M. N., 283, 284
 RANELLETTI, O., 596, 1013
 RANIERI, F., 1166
 RAVIZZA, F., 371
 REBUFFA, G., 1051
 REINHARDT, H., 275
 REINKE, H., 1187, 1188
 REMUS, G., 198, 259
 RENAZZI, F. M., 433
 RENOIR, J., 1065
 RICCARDINI, C., 735
 RICCARDO MALOMBRA, 81
 RICCIULLO, A., 289
 RICHERI, T. M., 359, 370
 RIIS, T., 383
 RIPA, C., 172, 190, 201, 202, 275
 RIPA, P., 275
 RIPEPE, E., 860
 RIVIÈRE, P., 1084
 ROBERT, Ch. N., 156, 173, 175, 188, 189,
 195, 200, 201, 205, 667, 719
 ROBERT, Ph., 183, 664, 667, 720, 1125,
 1126, 1128, 1145, 1146, 1147, 1163,
 1164, 1188, 1190, 1193, 1238
 ROBERTI, R. G. F., 440
 ROBERTO D'ANGIÒ, 144, 1242
 ROCCO, Alfredo, 230, 648, 720, 1009,
 1010, 1014, 1016, 1022
 ROCCO, Arturo, 574, 575, 577, 578, 580,
 581, 635, 636, 637, 638, 639, 641,
 642, 646, 720, 779, 828, 1005, 1006,
 1010, 1011, 1012, 1013
 RODOTÀ, S., 394, 720, 1039, 1118
 ROEHRSEN, C., 1051
 ROLIN, A., 513, 791
 ROMAGNOLI, S., 393
 ROMAGNOSI, G. D., 433, 602, 606
 ROMAN, K. F., 275
 ROMANELLI, R., 624, 636
 ROMANI, M., 1165
 ROMANO, A., 1217
 ROMANO, S. F., 852, 853
 ROMANO, S., 1013
 RONCORONI, G., 489, 528
 ROSA, M., 383
 ROSADA, M. G., 842, 848
 ROSE, L., 1254, 1265
 ROSONI, I., 450, 504, 517, 1164
 ROSSETTI, G., 1120
 ROSSI, E., 720, 1021
 ROSSI, G., 513
 ROSSI, Paolo, 651, 1008
 ROSSI, Pellegrino, 447, 505, 521
 ROSSI, Pietro, 1122
 ROSSI, V., 810
 ROTH, R., 1115, 1116, 1131, 1134, 1144,
 1148, 1164
 ROULAND, N., 53, 1164, 1184

- ROUSSEAU, X., 74, 81, 1166, 1193, 1276,
 1280
 ROUSTANG, F., 1078, 1094
 RUFINI, I., 440, 444
 RUGGIERO, G., 275, 384
 RUINI, C., 250
 RUOCCO, F., 1020
 RÜPING, H., 1164
 RUPP, M., 155
 RUSCHE, G., 635, 1132
 SABA SARDI, F., 191
 SACCONI, A., 767
 SACK, F., 664, 720
 SALES, I., 720
 SALUTO, F., 508
 SALVADORI, R., 830
 SALVI, C., 991
 SALVIOLI, G., 375, 381, 385, 391, 634, 787,
 872
 SALVIOLI, P., 111
 SAMPOLO, L., 767
 SAN TOMMASO D'ÀQUINO, 116, 179, 237
 SANDEO, F., 352
 SANMARCO, G., 371
 SANT'AGOSTINO, 179, 237
 SANTALUCIA, B., 183
 SANTONCINI, G., 389, 391, 446, 447
 SANTORO PASSARELLI, F., 649, 720
 SANTORO, A., 553, 607
 SANTOSUOSSO, A., 1004
 SARACINI, E., 729, 764
 SARFATTI, M., 720, 1021
 SARTRE, J. P., 1060, 1094
 SAUERLÄNDER, W., 161
 SAURER, E., 1164
 SAUSSURE, F., 1180
 SAVELLI, M. A., 279, 287, 292, 338, 353
 SAVIGNY, F. C., 1101
 SBRICCOLI, M., V, 8, 44, 49, 52, 57, 64, 70,
 80, 92, 141, 148, 152, 170, 171, 183,
 188, 195, 238, 239, 241, 259, 275, 279,
 285, 308, 315, 383, 400, 432, 485, 487,
 499, 505, 525, 541, 567, 577, 593, 596,
 598, 600, 608, 610, 611, 612, 615, 618,
 619, 620, 622, 624, 625, 629, 630, 635,
 638, 655, 666, 720, 839, 880, 900, 991,
 1001, 1004, 1005, 1013, 1014, 1019,
 1023, 1029, 1030, 1140, 1444, 1164,
 1165, 1181, 1212, 1215, 1224, 1225,
 1231, 1239, 1253, 1265, 1267, 1275,
 1280
 SCACCIA, S., 132, 133, 353
 SCANAROLI, G. B., 281, 286, 287, 290, 292,
 293
 SCANAROLI, I. B., 361
 SCARAMELLA, P., 1270, 1280
 SCHAFFSTEIN, F., 198, 227, 228, 232, 234,
 235, 356, 365, 371
 SCHIATTARELLA, R., 909
 SCHIAVONE, A., 598, 991, 1001, 1216
 SCHILD, W., 156, 157, 165, 172, 175, 182,
 185, 189
 SCHIRACH VON, C., 739
 SCHLOSSER, H., 259
 SCHMIDT, G., 198
 SCHMINCK, C. U., 732, 789
 SCHMITT, J. C., 159, 162, 164, 206
 SCHMUGGE, L., 169
 SCHNAPPER, B., 386, 563, 630, 720
 SCHROEDER, F. Ch., 198
 SCHUSTER, P., 1245
 SCHWARZENBERG, C., 991
 SCHWERHOFF, G., 1253, 1265
 SCIASCIA, L., 401
 SCIUMÈ, A., 372
 SEIDEL MENCHI, S., 1269, 1280
 SELLIN, T., 635
 SERENO DI MARSIGLIA, 158
 SERNICOLI, E., 809, 811, 812, 813, 814, 815,
 816, 817
 SERRA, I., 767
 SERRA, R., 914
 SERRA, V., 976
 SETTI, A., 565, 586
 SEUFFERT, H., 792
 SHARPE, J. A., 1135, 1138, 1147, 1164
 SIGHELE, G., 761, 809
 SIGHELE, S., 565
 SIGNORELLI, L., 184
 SILVANI, A., 434, 439, 440, 444

- SIMANCAS, J., 133
 SIMON, J. G., 275, 276
 SIMONE DA CASCINA, 163
 SINISCALCO, M., 652
 SINISI, L., 202
 SINISTRARI, L., 1259, 1265
 SISTO IV, 185
 SOMAN, A., 1147, 1164
 SORCINELLI, P., 1163
 SPADONI, G., 432
 SPAGNESI, E., 228
 SPASARI, M., 652
 SPAVENTA, S., 753
 SPIERENBURG, P., 1164
 SPIRITO, U., 549, 581, 605, 621, 1014
 STAJANO, C., 601, 721, 1001
 STARACE, F., 163
 STAURINI, F., 449
 STOPPATO, A., 545, 565, 586
 STRONATI, M., V
 STYLES, J., 1162
 TABACCO, G., 54, 1120, 1126
 TADDEO DI BARTOLO, 189
 TAMASSIA, A., 762
 TAMBRONI ARMAROLI, E., 449
 TARANTINI, D., 729, 810
 TARELLO, G., 26, 44, 115, 394, 496, 598,
 661, 1038, 1039, 1042, 1043, 1044,
 1047, 1051
 TARTAGNI, A., 353
 TENENTI, A., 173, 189
 TERTULLIANO, 237
 TESSITORE, G., 1019
 TETI, R., 991
 THOMASIVS, Ch., 353
 THOMPSON, E. P., 1116, 1147, 1165
 TIERNO, E., 1198
 TIRAQUEAU, A., 226, 276
 TOLOMEI, A. D., 357, 360, 365, 366, 372
 TOLOMEI, G. P., 357, 360, 365, 366, 372,
 509
 TOLOMEI, G., 761, 762, 944, 961
 TOMÁS Y VALIENTE, F., 111, 120, 1195,
 1196, 1198, 1202, 1203, 1204, 1206,
 1207, 1209, 1211, 1213, 1214, 1215,
 1217, 1219, 1220
 TOMMASO DI PIPERATA, 81
 TORRE, A., 1106
 TORTORI, A., 783
 TOSCHI, D., 344, 353
 TOSI, G., 402
 TRANFAGLIA, N., 619, 721, 732, 940, 1000
 TREVES, C., 789
 TREVES, R., 567, 624
 TRIBOLATI, F., 431, 453, 462
 TROMBETTA, S., V
 TUOZZI, P., 371, 762, 777, 793, 961
 TUPINI, U., 622
 TURATI, F., 568, 570, 571, 625, 626, 788,
 829, 830, 831, 834, 894, 896
 TURIELLO, P., 764
 TUSHNET, M., 1165
 UGOLINI, Z., 133
 ULBRICHT, O., 1264
 UNGARI, P., 732, 789, 820, 1000
 URBANI, U., 402
 URBANO IV, 22
 VACCA, G., 509, 514
 VACCARO, M. A., 570, 571, 625, 626, 721,
 770, 782, 785, 856, 857, 858, 859, 860,
 861, 862, 865, 896
 VACCHELLI, G., 778
 VADALÀ PAPALE, G., 863
 VALLAUD, D., 1165
 VALLAURI, C., 760
 VALLERANI, M., 56, 74, 76, 82, 83, 84, 87,
 91, 94, 98, 1165, 1269, 1280
 VAN CAENEGEN, R., 74, 111
 VANNI, I., 574, 578, 863
 VARANINI, G. M., 1279
 VARISCO, G., 236, 255
 VARISCO, V., 255
 VASARI, G., 186
 VASOLI, C., 1096
 VASSALLI, F., 991
 VASSALLI, G., 586, 618, 649, 650, 651, 654,
 658, 659, 664, 721, 1001, 1021
 VENTURI, F., 401
 VENTURINI, F., 459, 462

- VERA, A., 513
 VERGÈS, J. M., 850
 VERRI, P., 401
 VERVAELE, J., 624
 VEYNE, P., 1117
 VIAZZI, P., 489, 565
 VICO, G. B., 1101
 VIDA, J., 934, 967
 VIGLIANI, P. O., 742, 745, 750, 761
 VILLA, R., 547
 VILLEY, M., 1065
 VILLEY, P., 738
 VINCIGUERRA, S., 429, 596, 606, 618, 621
 VINEIS, P., 1165
 VIOLANTE, L., 530, 542, 567, 592, 595, 596,
 606, 621, 624, 638, 649, 650, 716, 718,
 975, 991, 1001, 1004, 1014, 1272, 1280
 VIORA, M., 1045
 VIRGILIO, 175
 VIRGILIO, G., 548, 810
 VISCONTI, A., 385
 VITTORIO EMANUELE II, 515
 VIVANTE, C., 785, 787, 846, 884
 VIVANTI, C., 904
 VOGEL, F. A., 282, 288
 VOLKMAR HEYEN, E., 1165
 VOLTAIRE, 237, 1039
 VON EIBEN, U., 305
 VON HAGEN, D. Ch., 305
 VON MOELLER, E., 199
 WALDMAN, M. R., 802
 WALINSKI-KIEHL, R., 1166
 WALKER, G., 1253, 1264
 WAUTRIAN CAVAGNARI, V., 765
 WEBER, F. G., 513
 WEISBACH, W., 155
 WEISS, S., 305
 WEISSER, M., 1147
 WELLING, J. C., 111
 WICKHAM, Ch., 167, 168
 WIELANT, P., 13, 203
 WILLOWAEIT, D., 74, 105
 WILTENBURG, J., 1250, 1265
 WRIGLEY, E. A., 1193
 YATES, F. A., 185
 YVERNÈS, E., 1191
 YVERNÈS, M., 1191
 ZALUSKA, Y., 164
 ZANARDELLI, G., 369, 625, 759, 761, 946,
 947, 948, 951
 ZANETTI, G., 160
 ZANGHERI, R., 624
 ZAUNSCHLIFFER, O. Ph., 276
 ZDEKAUER, L., 105, 185, 190
 ZERBOGLIO, A., 489, 565, 570, 571, 572,
 624, 625, 626, 632, 721, 782, 786, 787,
 795, 847, 851, 855, 856, 872, 875, 876,
 877, 878, 889, 890, 891, 894, 895, 900
 ZINI, L., 729, 764
 ZORDAN, G., 381
 ZORZI, A., 44, 83, 1165, 1265, 1269, 1280
 ZUPPETTA, L., 459, 460, 745
 ZYSBERG, A., 1078, 1083, 1094

INDICE SOMMARIO

Tomo I

<i>Pagina introduttiva</i> , di PAOLO GROSSI	V
<i>Nota redazionale</i> , di LUIGI LACCHÈ	VII
<i>Elenco degli scritti pubblicati nei due tomi</i>	XI

INTRODUZIONE

1. Giustizia criminale	3
----------------------------------	---

LA GIUSTIZIA NEGOZIATA E L'EMERSIONE DEL PENALE PUBBLICO

2. Legislation, Justice and Political Power in Italian Cities, 1200-1400	47
3. « Vidi communiter observari ». L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII.	73
4. « Tormentum idest torquere mentem ». Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell'Italia comunale	111

L'AFFERMAZIONE E I CARATTERI DEL PENALE EGEMONICO

5. L'inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale	131
6. La benda della Giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna.	155
7. Le droit à la Renaissance	209
8. « Lex delictum facit ». Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico	225
9. « Nox quia nocet ». I giuristi, l'ordine e la normalizzazione dell'immaginario	261

FIGURE DEL PENALE IN ETÀ MODERNA

10.	« Periculum pravitatis ». Juristes et juges face à l'image du criminel méchant et endurci (XIV-XVI siècles)	279
11.	Brigantaggio e ribellismi nella criminalistica dei secoli XVI-XVIII.	297
12.	La culture de la corruption. Profils historico-juridiques d'un style du pouvoir	321
13.	Profili giuridici delle suppliche per giustizia in età moderna	343
14.	Truffa, storia	355
15.	Polizia	373
16.	Beccaria ou l'avènement de l'ordre. Le philosophe, les juristes et l'émergence de la question pénale	393
17.	La piccola criminalità e la criminalità dei poveri nelle riforme settecentesche del diritto e della legislazione	407
18.	Il furto campestre nell'Italia mezzadrile. Un'interpretazione	419

**IL PENALE DEI CODICI
E LA DIALETTICA DEI DIRITTI TRA XIX E XX SECOLO**

19.	Giuseppe Giuliani. La vicenda di un penalista moderato nell'Italia del XIX secolo	429
20.	La Commissione di inchiesta sul brigantaggio e la legge Pica.	467
21.	Politica e giustizia in Francesco Carrara	485
22.	La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita	493
23.	Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990).	591
24.	Il problema penale.	671

Tomo II**GLI ORIENTAMENTI DOTTRINALI TRA XIX E XX SECOLO**

25.	Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento. Il problema dei reati politici dal 'Programma' di Carrara al 'Trattato' di Manzini	725
26.	Il diritto penale sociale, 1883-1912	819
27.	Il diritto penale liberale. La "Rivista Penale" di Luigi Lucchini (1874-1900).	903
28.	Codificazione civile e penale	981
29.	Rocco Alfredo	993
30.	Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo.	1001

QUESTIONI DI METODO E PROBLEMI DI RICERCA

31. Recensione a G. Tarello “Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII” 1037

32. Recensione a “Materiali per la storia della cultura giuridica, II/72” 1047

33. Strutturalismo e storia del diritto privato. La regola del gioco nel gioco delle regole 1057

34. Recensione a “Materiali per una storia della cultura giuridica V/1975” . . 1069

35. La storia, il diritto, la prigione. Appunti per una discussione sull’opera di Michel Foucault 1077

36. Recensione a R. Ajello “Arcana Juris. Diritto e politica nel Settecento italiano”. 1095

37. Recensione ad A. Cavanna, “La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde” 1105

38. Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca 1113

39. Fonti giudiziarie e fonti giuridiche. Riflessioni sulla fase attuale degli studi di storia del crimine e della giustizia criminale 1135

40. Histoire de la criminalité et histoire pénale. Le role des sources juridique dans l’histoire du crime et de la justice criminelle. 1151

41. Le droit pénal, le crime et la justice criminelle ont une histoire 1167

42. “Storia del diritto italiano”: articolazioni disciplinari vecchie e nuove . . . 1171

43. Jalon pour une histoire de la statistique judiciaire (in collaborazione con Philippe Robert) 1187

44. ‘Gobernar castigando’. Francisco Tomás y Valiente e la storia del diritto penale moderno 1193

45. Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale 1223

46. « Deterior est conditio foeminarum ». La storia della giustizia penale alla prova dell’approccio di genere 1247

47. Histoire social et dimension juridique. Crime et justice criminelle dans l’historiographie italienne récente. 1267

48. Sintesi dei lavori in “Carceri, carcerieri, carcerati. Dall’antico regime all’Ottocento” 1283

Appendice

“NEL LABORATORIO”

— Progetto per una storia del diritto penale (sec. XIV-XX) 1293

— Indice parziale del libro/storia del diritto penale 1297

— Schema-sommario 1301

— Categorie e idee per introduzione 1303

— Appunti per introduzione 1309

<i>Bibliografia degli scritti editi di Mario Sbriccoli (1968-2007) (I contributi sono elencati secondo la loro successione temporale e precisando il luogo e i tempi della originaria pubblicazione).</i>	1313
<i>Indice dei nomi.</i>	1319

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- Vol. 1 (1972), 8°, p. 486
Vol. 2 (1973), 8°, p. 798
Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041
Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140
Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648
Vol. 8 (1979), 8°, p. 564
Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590
Vol. 10 (1981), 8°, p. 584
Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200
Vol. 13 (1984), 8°, p. 782
Vol. 14 (1985), 8°, p. 646
Vol. 15 (1986), 8°, p. 748
Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718
Vol. 17 (1988), 8°, p. 640
Vol. 18 (1989), 8°, p. 744
Vol. 19 (1990), 8°, p. 736
Vol. 20 (1991) - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588
Vol. 21 (1992), 8°, p. 750
Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706
Vol. 23 (1994), 8°, p. 554
Vol. 24 (1995), 8°, p. 620
Vol. 25 (1996), 8°, p. 810
Vol. 26 (1997), 8°, p. 744
Vol. 27 (1998), 8°, p. 590
Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180
Vol. 29 (2000), 8°, p. 578
Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988
Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950
Vol. 32 (2003), 8°, p. 796
Vol. 33-34 (2004-2005) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408
Vol. 35 (2006), due tomi in 8°, p. 1120
Vol. 36 (2007) - Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli), due tomi in 8°, p. 1562
Vol. 37 (2008), 8°, p. 744
Vol. 38 (2009) - I diritti dei nemici, due tomi in 8°, p. 1956

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484

- 2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO
GIURIDICO ITALIANO
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTO-
CENTO TEDESCO
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDEN-
TALE
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO
LAICO
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638

- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87
- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144
- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195

- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(1991), 8°, p. X-536
- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna
(1991), 8°, p. VI-259
- 40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755
- 42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio
A cura di Carlo Mansuino
(1994), 8°, p. XIV-368
- 44 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 Luca Mannori, IL SOVRANO TUTORE
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448

- 47 Bartolomé Clavero, TOMÁS Y VALIENTE
Una biografía intelectual
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 GIURISTI E LEGISLATORI
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996
A cura di Paolo Grossi
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO
(1998), 8°, p. X-474
- 53 Giovanni Cazzetta, PRÆSUMITUR SEDUCTA
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426
- 54 Stefano Mannoni, POTENZA E RAGIONE
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)
(1999), 8°, p. IV-276
- 55/56 Sergio Caruso, LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden
(1584-1654)
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf
(2001), 8°, p. VIII-106
- 58/59 Maurizio Fioravanti, LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918
- 60 Raffaele Volante, IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE CLASSICO
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani
(2001), 8°, p. IV-502
- 61 CODICI
Una riflessione di fine millennio
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi
(2002), 8°, p. VIII-604

- 62 Pietro Costa, IURISDICTION
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)
Ristampa
(2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, TRA LEGGE E CONTRATTO
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine
(2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO
Tomo I (1910-1927)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazzarella, NEL SEGNO DEI TEMPI
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale
(2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, GENERALIA DELICTORUM
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale
(2006), 8°, p. 468
- 67 Maria Rosa Di Simone, PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA
(SECOLI XVII-XX)
(2006), 8°, p. XII-374
- 68 Franco Cipriani, SCRITTI IN ONORE DEI PATRES
(2006), 8°, p. XIV-502
- 69 Piero Fiorelli, INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO
(2008), 8°, p. XXXII-548
- 70 Paolo Grossi, SOCIETÀ, DIRITTO, STATO
Un recupero per il diritto
(2006), 8°, p. XX-346
- 71 Irene Stolzi, L'ORDINE CORPORATIVO
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista
(2007), 8°, p. IV-464
- 72 Hasso Hofmann, RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento
(2007), 8°, p. XL-586
- 73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO
BRITANNICO (1690-1832)
(2007), 8°, p. VIII-156
- 74 Giovanni Cazzetta, SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento
(2007), 8°, p. X-388
- 75 Manuela Mustari, IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile
(2007), 8°, p. VI-284
- 76 Carlo Fantappiè, CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282
- 77 Rafael D. García Pérez, ANTES LEYES QUE REYES
Cultura jurídica y constitución política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)
(2008), 8°, p. XII-546

- 78 Luciano Martone, DIRITTO D'OLTREMARE
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia
(2008), 8°, p. X-228
- 79 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA
I. Pubblicità dell'impero e scienza di polizia 1600-1800
(2008), 8°, p. X-632
- 80 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO
Profili di giuristi
(2008), 8°, p. XII-742
- 81 Andrea Marchisello, LA RAGIONE DEL DIRITTO
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento
(2008), 8°, p. XXIV-532
- 82 Bartolomé Clavero, GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007
How to make, unmake, and remake law with words
(2008), 8°, p. VIII-268
- 83 Paolo Grossi, TRENT'ANNI DI PAGINE INTRODUTTIVE
Quaderni fiorentini 1972-2001
(2009), 8°, p. XXVIII-252
- 84 Aldo Sandulli, COSTRUIRE LO STATO
La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)
(2009), 8°, p. XVIII-324
- 85 DIRITTI E LAVORO NELL'ITALIA REPUBBLICANA
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008
A cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta
(2009), 8°, p. IV-306
- 86 Pio Caroni, LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO
(2009), 8°, p. VI-252
- 87 Federigo Bambi, UNA NUOVA LINGUA PER IL DIRITTO
Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisorie fiorentine del 1355-57
(2009), 8°, p. IV-816
- 88 Mario Sbriccoli, STORIA DEL DIRITTO PENALE E DELLA GIUSTIZIA
Scritti editi e inediti (1972-2007)
Tomo I (2009), 8°, p. XVI-722
Tomo II (2009), 8°, p. IV-723-1338

Per Informazioni e Acquisti

Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano
Tel. 02/380.892.90 - Fax 02/380.095.82
<http://www.giuffre.it>

Centri di documentazione e di distribuzione Giuffrè

€ 140,00

I DUE TOMI

5046-11

ISBN 88-14-14507-5



9 788814 145070